



ANKARA  
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ  
**LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

**MEŞRUIYET VE HUKUKİLİK ÇERÇEVESİNDE SAF  
HUKUK KURAMI**

**Rıdvan DEĞİRMENCİ**

**Tez Danışmanı**

**Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU**

**DOKTORA TEZİ**

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**MAYIS 2021**



**MEŞRUIYET VE HUKUKİLİK ÇERÇEVESİNDE SAF HUKUK  
KURAMI**

**Rıdvan DEĞİRMENCİ**

**DOKTORA TEZİ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

**Mayıs 2021**

## ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Rıdvan  
Değirmenci

31.05.2021

# MEŞRUIYET VE HUKUKİLİK ÇERÇEVESİNDE SAF HUKUK KURAMI

(Doktora Tezi)

Rıdvan Değirmenci

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

Mayıs 2021

## ÖZET

Hukukun meşruluğu sorunu Antik Yunan'dan itibaren tartışma konusudur. Platon'un ideal hukuk arayışı, kendisinden sonraki tabii hukukçu düşünürleri de etkilemiştir. Hukukun meşruluğuna dair tartışmalar 19'uncu yüzyılda ideolojilerin getirdiği ön kabuller çerçevesinde yapılmıştır. Buna mukabil, hukuki pozitivizmin doğuşu ile birlikte, hukukun değer yargıları ile vasıflandırılmasına karşı çıkmıştır. Hans Kelsen saf hukuk kuramını, bilim temelinde inşa etmeye gayret etmiştir. Hukukun diğer belirsiz etmenlerden etkileneceğini kabul etse de kuramını belirlenebilir, ölçülebilir, bilimsel temelde oluşturmaya çalışmıştır. Hans Kelsen'in anayasa yargısı ve uluslararası hukuka yaklaşımı çağdaşı düşünürlerden farklıdır. Farklılığın temelinde saf hukuk kuramının bilimselliğini sağlama amacı yer alır. Bu müesseseleri, saf hukuk kuramı içerisinde değerlerden bağımsız olarak ele almıştır. Ancak, Kelsen'in saf hukuk kuramı, İkinci Dünya Savaşı sonrası eleştiriye tabi tutulmuştur. Adalet kavramının ve insan hakları teorisinin hukukun merkezine yerleşmesi ile hukuki pozitivizmin değerlere olan yaklaşımı sorgulanmıştır. Adalet ve insan haklarını merkeze almayan saf hukuk kuramı, her iki kavramın yükselişi ile birlikte, teorik ve kurumsal olarak eleştiriye maruz kalmıştır.

Bilim Kodu : 50501

Anahtar Kelimeler : meşruiyet, hukukilik, geçerlilik, Hans Kelsen, normlar hiyerarşisi

Sayfa Sayısı : 230

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu

Öğrenci

ORCID ID : 0000-0002-8408-1033.

# THE PURE THEORY OF LAW IN FRAMEWORK LEGITIMACY AND LEGALITY

(Ph. D. Thesis)

Rıdvan Değirmenci

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY  
THE INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES

May 2021

## ABSTRACT

The problem of legitimacy of law is a matter of debate from Ancient Greece. Plato's search for the ideal law also affected the natural jurist thinkers after him. Discussions on the legitimacy of the law were made within the framework of the preliminary acceptance of ideologies in the 19th century. However, with the birth of legal positivism, the characterization of law with value judgments was challenged. Hans Kelsen endeavors to build the pure theory of law on the basis of science. Although he acknowledges that the law will be affected by other uncertain factors, he has established his theory on a determinable, measurable, scientific basis. Hans Kelsen's approach about constitutional jurisdiction and international law are different from contemporary thinkers. The basis of this thesis is the aim of ensuring the scientificity of pure legal theory. He handled these institutions independently of values within pure legal theory. However, Kelsen's pure legal theory was criticized after the Second World War. The approach of legal positivism to values has been questioned by placing the concept of justice and human rights theory at the center of law. Pure legal theory, which does not center justice and human rights, has been criticized theoretically and institutionally with the rise of both concepts.

Science Code : 50501

Key words : legitimacy, legality, validity, Hans Kelsen, hierarchy of norms.

Page Number : 230

Supervisor : Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu

Student

ORCID ID : 0000-0002-8408-1033.

## TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın ortaya çıkmasında katkı ve desteğini esirgemeyen tez danışmanım Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu'na ve doktora tez jürisinde yer alan hocalarım Prof. Dr. Muharrem Kılıç, Prof. Dr. İlyas Doğan, Doç. Dr. Taylan Barın ve Dr. Öğr. Üyesi Balkan Demirdal'a,

Tez konusu seçmem hususunda istişarelerde bulunduğum Arş. Gör. Murat Hacıfettahoğlu'na, tezimi okuyup değerlendirerek önemli katkılar sunan Dr. Dilara Buket Tatar'a, Ar. Gör. Süleyman Buğrahan Bayram'a, Hakim Mustafa Burak Yetişkin'e,

Doktora sürecindeki destekleri için Kamu Denetçiliği Kurumunun kıymetli yöneticileri Kamu Başdenetçisi Şeref Malkoç'a, Kamu Denetçisi Celile Özlem Tunçak'a, Kamu Denetçiliği Kurumundaki tüm mesai arkadaşlarıma,

Manevi destekleriyle beni bu süreçte hiçbir zaman yalnız bırakmayan anneme, babama, kardeşlerime teşekkürü bir borç bilirim.

Kıymetli eşim Gizem Özge'nin, oğullarım Yahya Kürşad ve İsa Enver'in verdikleri maddi, manevi destekten ötürü kendilerine ayrıca şükranlarımı sunuyorum.

## İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER .....	vii
KISALTMALAR .....	x
1.GİRİŞ .....	1
2. MEŞRUIYETTEN HUKUKİLİĞE: HUKUKUN KAYNAĞI SORUNUNUN FELSEFİ TEMELLERİ .....	11
2.1. Tabii Hukuk Düşüncesinde Hukukun Meşruiyetine Dair Yaklaşımların Tarihsel Çerçevesi .....	11
2.1.1. Antik Yunan’da Hukukun Meşruluğu Sorunu.....	11
2.1.1.1. Sokrates öncesi düşüncede hukukun dünyevileşmesi .....	11
2.1.1.2. Sophokles ve Sokrates düşüncesinde meşruiyet .....	14
2.1.1.3. Platon ve adalet kavramı çerçevesinde hukukun temellendirilmesi ..	17
2.1.2.Stoa Düşüncesi ve Hristiyan Teolojisinde Hukukun Meşruluğu Sorununun Dönüşümü.....	20
2.1.2.1. Stoa düşüncesinde yasaların meşruluğu.....	20
2.1.2.2. Augustinus ve kilise öğretisinde yasaların meşruiyeti .....	22
2.1.2.3. Thomas Aquinas ve aklın zaferi.....	27
2.1.3.Meşruiyetten Hukukiliğe: Aydınlanma Çağında Tabii Hukukun Meşruiyet Temelinin Dünyevileşmesi .....	29
2.1.3.1. Tabii hukukun meşruiyet temeli: doğal hakkı koru! .....	29
2.1.3.2. Demokrasi teorisi ve hukukun meşruiyeti tartışmalarına etkisi .....	37
2.2. Meşruiyet Tartışmasından Hukukilik Tartışmasına: Hukuki Pozitivizmin Doğuşu.....	46
2.2.1. Jeremy Bentham Düşüncesinde Hukukilik: “Hukuk Ortak Faydayı Amaçlar” .....	46
2.2.2. John Austin Düşüncesinde Hukukun Kaynağındaki Belirsizliğin Giderilmesi: Yasa Egemenin Buyruğudur!.....	54
3. HANS KELSEN’İN SAF HUKUK KURAMININ MAHİYETİ VE MEŞRULUK SORUNUNUN HUKUKİLİK SORUNUNA DÖNÜŞÜMÜ .....	63
3.1.Hans Kelsen’in Saf Hukuk Kuramının Epistemolojik Temelleri.....	63
3.1.1.Hans Kelsen’in Entelektüel Biyografisi .....	63
3.1.2. Temel Soru: Saf Hukuk Kuramı Neyi İnceler? .....	67
3.1.3. Saf Hukuk Kuramında Grundnormun Yeri .....	72
3.1.3.1. Grundnorm düşüncesinin kaynakları .....	72



3.1.3.2. Saf Hukuk kuramında grundnorm kavramının gelişimi.....	76
3.1.3.3. Grundnorm kavramına getirilen temel eleştiriler ve kavramın dönüşümü .....	82
3.1.3. Adalet Mefhumu Olmaksızın Bir Hukuk Düşüncesi .....	89
3.1.4. Saf Hukuk Kuramında “Hak” Kavramının Dönüşümü .....	92
3.1.5. Hukuki Pozitivizmin Gereği Olarak Ahlakın Kuram Dışında Bırakılması .....	94
3.1.6. Meşruiyet Kavramının Yerine İki Temel Kavram: Geçerlilik ve Etkililik .....	97
3.2. Saf Hukuk Kuramının Teorik Eleştirisi.....	103
3.2.1. Bilim Anlayışının Değişimi: Viyana Okulu’ndan Frankfurt Okulu’na ...	103
3.2.2. Adalet İdesinin Hukuktan Dışlanması Eleştirisi: İyi İnsanlar Kötü Yasalara Uymaz .....	106
3.2.3. Saf Hukuk Kuramının “Hak” Kavramına Yaklaşımının Eleştirisi .....	111
3.3. Kelsen’in Normlar Hiyerarşisi Teorisinin Eleştirisi.....	118
3.3.1. Hukuki Pozitivizme Farklı Bir Katkı Olarak Hart’ın Eleştirisi .....	118
3.3.2. Yorumun Yükselişi ve Hukukun Sistem Olarak Eleştirisi .....	121
3.3.3. Dworkin Hak Temelli Hukuk Anlayışı ve Normatif Hukuk .....	127
3.3.4. Yeni Tabii Hukuk Düşünürlerinin Kelsen’e Yönelttiği Eleştiriler .....	131
4. HANS KELSEN’İN SAF HUKUK KURAMINDAN BUGÜNE KALAN TARTIŞMALAR .....	137
4.1. Hukukun Bilimselliğinin Bir Gereği Olarak Hukukun Bütün Olarak Kavranması.....	137
4.1.1. Devlet ve Hukukun Birliği.....	137
4.1.2. Özel Hukuk- Kamu Hukuku Ayırımının Reddi: Hukukun Birliği .....	141
4.1.3. Saf Hukuk Kuramında Yorum Esasları .....	144
4.2. Saf Hukuk Kuramında Hukukun Geçerliliğini Sağlayan Kurum Olarak Anayasa Yargısı .....	149
4.2.1. Kıta Avrupası’nda Anayasa Yargısı Düşüncesinin Doğuşu ve Saf Hukuk Kuramına Etkileri .....	149
4.2.2. Meşruiyetin Sağlanmasından Normların Hiyerarşik Denetimine: Saf Hukuk Kuramında Anayasa Yargısının Görevleri .....	155
4.2.2.1. Anayasanın üstünlüğünü sağlamak .....	155
4.2.2.2. Normlar hiyerarşisini denetlemek ve hukukun birliğini sağlamak ..	159
4.2.2.3. Negatif yasa koyucu olarak anayasa yargısı ve kuvvetler ayrılığı....	165
4.3. Saf Hukuk Kuramında Oluşturulan Anayasa Yargısı Düşüncesinin Dönüşümü .....	171

4.3.1. Norm Denetiminden Demokrasinin Koruyuculuğuna .....	171
4.3.2. Hukuk Devletinin Bir Gereği Olarak Anayasa Yargısı .....	175
4.3.3. Anayasa Yargısının Aktivizmi .....	178
4.4. Hukukun Geçerliliği ve Etkililiği Bağlamında Saf Hukuk Kuramının Nihai Hedefi Olarak Ulusal-Uluslararası Hukuk Birliği .....	183
4.4.1. Saf Hukuk Kuramının Etkileyen Uluslararası Hukuk Kuramları .....	183
4.4.2. Saf Hukuk Kuramının Uluslararası Hukuka Yaklaşımının Esasları .....	189
4.4.2.1. Dualist hukuk görüşünün reddi .....	189
4.4.2.2. Uluslararası hukuk ve iç hukukun birliği: uluslararası hukuk geçerli midir? .....	193
4.4.2.3. Uluslararası hukukta yaptırım sorunu: uluslararası hukuk etkili midir? .....	198
4.5. Saf Hukuk Kuramının Uluslararası Hukuk Anlayışının Eleştirisi .....	200
4.5.1. Uluslararası Hukukun Normativist Boyutu .....	200
4.5.2. Uluslararası Hukuk Normlarının Anayasal Olarak Belirlenen Konumu .....	203
4.5.3. Uluslararası Hukuk ve İç Hukuk Birliği Kavrayışının Bugünü .....	205
5. SONUÇ .....	209
KAYNAKÇA .....	217
ÖZGEÇMİŞ .....	229

## KISALTMALAR

<b>a.g.e.</b>	: adı geçen eser
<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>BM</b>	: Birleşmiş Milletler
<b>C.</b>	: Cilt
<b>Çev.</b>	: Çeviren
<b>DEHFD</b>	: Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>Ed.</b>	: Editör
<b>EÜHFD</b>	: Erzinan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>GÜHFD</b>	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>HFSA</b>	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>s.</b>	: Sayı
<b>SBF</b>	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
<b>ss.</b>	: sayfa sayıları
<b>TBB</b>	: Türkiye Barolar Birliği
<b>TBMM</b>	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>Vol.</b>	: Volum

## 1.GİRİŞ

Hans Kelsen, 1881 yılında doğmuş ve 1973 yılında vefat etmiş, uzun hayatında hukuk teorisine birçok eser vererek katkıda bulunmuştur. Hans Kelsen, 20'nci yüzyılın başlarında hukuk eğitimi tamamlamış, 1920'lerde ise tanınmış bir hukuk kuramcısı olarak kamusal görevler de üstlenmiştir. Kelsen, sosyal bilimlerin yeni akademi anlayışı ile kurumsallaştığı bir zaman diliminde hukuk üzerine önemli eserler vererek onun müstakil bir ilim sahası olmasını amaçlamıştır. Bir imparatorluğun çöküşü, iki dünya savaşı, dini inanca dayalı ayrımcılık, sürgün, göç gibi pek çok 20'nci yüzyıl insanının yaşadığı dramı bizzat yaşayan Kelsen, hukuka dair verdiği eserlerle hukuk düşüncesini önemli ölçüde etkilemiştir. Düşüncesini olgunlaştırma safhasının Kıta Avrupası'nda başlaması, ardından Amerika Birleşik Devletleri'ne göç ederek burada önemli çalışmalar yapması, Almanca ve İngilizce dillerinde eserler vermesi, kitap ve makalelerinin farklı dillere çevrilerek tüm dünyada ilgiyle takip edilmesi bu etki gücünün kaynağını işaret etmektedir.

Hukuk felsefesi literatüründe, normativist pozitivist kuram 20'nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren hukuk teorisinde etkisini artırmıştır. Öyle ki, kuramın “normlar hiyerarşisi” olarak ortaya koyduğu normatif açıklama metodu, modern hukuk sistemlerinin temeli olarak kabul edilebilir. Normlar hiyerarşisi teorisinin işleyebilmesi için anayasa mahkemelerinin ihdası yaygınlaşmıştır. Diğer yandan, kuramın insan haklarına dayalı liberal hukuk sistemi çerçevesinde eleştirildiği görülmektedir.

Modern hukuka dair meşruluk tartışmaları normativist pozitivist kuramla daha çetrefilli bir hal almıştır. Kuramın tüm zaman ve mekanlarda geçerli bir hukuk sistemi inşa etme çabası, liberal hukuk teorisyenleri ve Kelsen'den sonraki pozitivist kuramcılar tarafından eleştirilmiştir. Bu anlamda tez, hukuk felsefesinin temel alanlarından birisi olan hukukilik ve meşruluk sorununu saf hukuk kuramı çerçevesinde açıklayarak, kuramın diğer hukuk felsefecileri tarafından eleştirileri ile birlikte ele alınmasını konu edinmektedir. Saf hukuk kuramının bilimsel metodolojisinin yanı sıra kuramın rol biçtiği kurumlar olan anayasa yargısı ve uluslararası hukuk kurumlarının teori içerisindeki rolü ile uygulanmaları arasındaki farkın incelenmesi gerektiği düşüncesi tezin temel sorun alanını oluşturmaktadır.

Bu çalışmanın özünü, Kelsen'in hukukun meşruiyeti ve hukukiliği kavramlarına olan yaklaşımı oluşturmaktadır. Çalışmanın odağına ise Kelsen'in saf hukuk kuramının ilk edisyonu alınmıştır. Kelsen, saf hukuk kuramında ilerleyen yaşlarında değişikliğe gitmiştir. Onun hukuk düşüncesinde özgün bir yer edinmesini sağlayan ilk edisyonu hukuku bir bilim olarak inşa etmeyi amaçlar. Bu itibarla, meşruiyet ve hukukilik kavramlarına dair yaklaşımını bu edisyon çerçevesinde ele almak daha uygun görülmüştür.

Kelsen, 19'uncu yüzyılda başlayan ve 20'nci yüzyılda devam eden ideoloji ile temellendirilen hukuk teorilerini hukukun bilimselliğini zedelemesi sebebiyle reddetmiştir. Kelsen, hukukun meşruiyet bağlamında ele alınmasında değerlere referans verileceğinin farkındadır. Ancak, değerlerle açıklanan hukukun adil-gayri adil ikiliği içerisinde açıklanması ile hukuk yekpare olarak bir bilim olmaktan çıkarak etik, sosyolojik, tarihi değerlendirmelerin bir konusu haline gelmektedir. Kelsen ise, hukuku, bir bilim olarak inşa etmek amacıyla pozitivist bir inşa süreci içerisinde açıklamak arzusundadır.

İradeci pozitivistlerin hukuku egemenin iradesi olarak açıklamaları göreceliliği barındırmaktadır. Kelsen'in amacı ise hukuku açıklarken bilimsellikten taviz vermemektir. Kelsen, hukuku normlara indirgemekte, normların normlara kaynaklık ettiği bilimsel bir hukuk teorisi inşa etmektedir ve değerlere refere eden ve 19'uncu yüzyıl boyunca tartışılan doğal hukuk teorisi yerine, *geçerlilik* ve *etkililik* kavramları ile hukuku açıklamak istemiştir.

Meşruluk sorunu, hukukun akla uygun olarak kodifiye edilmesi sonucu ortaya çıkan bir sorundur. Evrensel akılla temellendirilen hukuk, ortaya çıkan belirsizlikleri parlamenter demokrasinin kurumları ile aşmaya çalışsa da parlamentoların kanunu oluştururken dayanacağı temel ilkeler problemi sorunludur. Bu durum, Aydınlanma sonrası sanayi toplumlarındaki felsefeciler tarafından eleştiri konusu yapılmıştır.

Tezin amacı, öncelikle rasyonel tabii hukuk düşüncesinin eleştirisi olan saf hukuk kuramının mahiyetini inceleyerek, kanunların bilimsel ve hukuki bir meşruluk zemininin mümkün olup olmadığı sorusuna cevap aramaktır. Saf hukuk kuramının ele aldığı bilim temelli hukukun, anayasa yargısı ve uluslararası hukuk ile ilişkisi oldukça önemlidir. Çalışmada, Kelsen'in her iki kuruma bilim temelli hukuk inşa sürecinde metafizik öğelerden kaçınma misyonu yüklemesine rağmen, günümüzde her iki

kurumun adalet, özgürlük, insan hakları gibi saf hukuk kuramının dışarıda bıraktığı kavramlar temelinde hareket etmesinin incelenmesi amaçlanmaktadır.

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm “Meşruiyetten Hukukiliğe Geçişin Felsefi Temelleri” başlığı ile tabii hukuk doktrinin Antik Yunan, Hristiyan teolojisi ve Aydınlanma çağında hukukun meşruiyetine dair yaptığı sorgulamanın, 19’uncu yüzyılda hukukiliğe ve geçerliliğe dönüşümünü ele almaktadır. Bu bölümde, ideal hukuka kıyasla meşru addedilen hukukun, 19’uncu yüzyılda akıl temelli inşa süreci, anayasacılık ve hukuk devleti tasavvurlarının ortaya çıkması ile ideoloji temelinde hukukileştirilmesi ve nihayet hukuki pozitivizmin ortaya çıkması ile hukukun metafizik tasavvurların reddi süreci ele alınacaktır. Hukukun meşruiyet ile ilişkisi özellikle, tabii hukukun esas tartışma alanıdır. Tabii Hukukçular, pozitif hukukun kendisinden kaynaklanan bir meşruiyet çizgisinin olmadığını, pozitif hukukun üzerinde kavramsallaşan bir ideal hukuka uygun olmakla geçerli olabileceğini ve insanların bu takdirde pozitif hukuka ve onu uygulayan egemene itaat edeceği anlayışını uzun yıllar sürdürmüştür. Hukukilik ve meşruiyet kavramlarına ilişkin temel soruların Antik Yunan hukuk düşüncesinde tartışıldığı bir gerçektir. Bir çalışmada, hukukilik ve meşruiyet kavramlarının tüm insanlık serencamı izah edilemez. Ancak kavramsal olarak tespit edilebilen tartışmaların başlangıçta işlenmesi, Kelsen’in normativist pozitifist anlayışı ile çözmeye çalıştığı hukuk normları ve değerler arasındaki ilişkiye dair tartışmaların, insanlığın ortak mirası izlendiğinde çok yeni bir mesele olmadığı görülecektir. Nitekim, Kelsen’in “Adalet Nedir” adlı makalesinde adalet kavramının insanlığın tarihi kadar eski ve çok çeşitli anlamlar barındırdığı, bu muğlak çerçevesi ile bir bilim olan hukukun temelinde yer alamayacağı iddiası görülebilir. Bu sebeple çalışmamızın ilk bölümünde Kelsen düşüncesine kadar meşruiyet tartışmalarının hukukilik sorununa dönüşümü ele alınacaktır.

İkinci bölümde “Hans Kelsen’in Hukuk Kuramının Mahiyeti ve Meşruluk Sorununun Hukukilik Sorununa Dönüşümü” başlığı ile Kelsen’in saf hukuk kuramının hukuku bilim temelli inşasının esasları ele alınacaktır. İlk olarak saf hukuk kuramının dayandığı temeller açıklanırken, ardından kuramın ana ilkeleri ile hukukun meşruiyeti tartışmasını dışarıda bırakmasının sebep ve sonuçları irdelenecektir. Bu bölümde ayrıca, Kelsen’in bilim temelinde inşa ettiği saf hukuk kuramının, hukukun

geçerliliğini sağlama amacına matuf olarak ele aldığı iki kurumu incelemektedir. İlk olarak anayasa yargısı teorisinin kurucularından olan Kelsen'in anayasa yargısı düşüncesi ile hukukun geçerliliğinin sağlanmasına dair ortaya koyduğu temel sorun alanları incelenecektir. İkinci olarak, uluslararası hukuk ve iç hukuk birliği tezi ile iç hukukun yalnızca anayasal cihette değil, en nihayetinde uluslararası toplumun kabul ettiği grundnorma uygun olarak geçerli ve etkili olmasına dair tezinin dayanakları açıklanacaktır. Kelsen'in uluslararası hukuk paradigması, İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası hukuk teorisini derinden etkilemiştir. Dolayısıyla, bilim temelli hukuk kuramının devletleri aşarak bir uluslararası normativist toplum yaratma amacının dayanaklarının saf hukuk kuramındaki yeri açıklanmaya çalışılacaktır.

“Hans Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı'ndan Bugüne Kalan Tartışmalar” başlıklı üçüncü bölümde, saf hukuk kuramının bilimsellik iddiasının, saf hukuk kuramının temeli olan normlar hiyerarşisi tezinin, kuramın anayasa yargısı ve uluslararası hukuk düşüncesinin meşruiyet kavramının dönüşümü ve hukukilik cihetinden oluşturulan temellerine yöneltile eleştiriler ele alınacak ve çalışma nihayete erecektir.

### **Literatür Değerlendirmesi**

Hans Kelsen'in saf hukuk kuramı, Türk hukuk literatüründe ilk yıllardan itibaren ilgi çeken konu olmuştur. Ethem Menemencioğlu'nun Kelsen'in Demokrasi, Mahiyet, Kıymeti isimli eserinin Türkçe çevirisi 1930'lu yıllarda yapılmış olması dikkat çekicidir. Kelsen'in saf hukuk kuramına olan ilgi, 1940'lı yıllardan itibaren artmış, Mehmet Ali Aybar'ın “Şe'niiyetçi Telakkilere Karşı, Suri Bir Hukuk Telakkisinin Müdafaasına Teşebbüs” adlı makalesi, Muvaffak Akbay'ın “Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi” çalışmaları ile devam etmiştir.

Yeni Kantçı ekole dair çalışmalar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı öğretim üyeleri tarafından yürütülmüştür<sup>1</sup>. Orhan Münir Çağıl'ın Kelsen'in “Mahz Hukuk Nazariyesi Nedir” isimli makalesini çevirmesi ve yine müellifin makalelerinde saf hukuk kuramını ele alması bizlere o dönemde saf hukuk kuramının kavranışına dair fikir vermektedir. Bu tarihe kadar

---

<sup>1</sup> Işıktaç Y. (2004) Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Tükiye'deki Yansımaları, HFSA 11, ss. 138-155, s. 144 v.d.

yapılan çalışmalar, genel olarak Kelsen'in düşüncesinin tanınması ve eleştirisine dair kapsamı dar çalışmalardır.

1978 yılına gelindiğinde Vecdi Aral'ın "Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri" adlı çalışması yayımlanmıştır. Kelsen'in saf hukuk kuramına dair Türkçe literatürde yapılan en kapsamlı çalışma olma özelliğini bugün de sürdüren eser, ilk bölümde Kelsen'in saf hukuk kuramının metodunu, metodun etkilendiği felsefi akımları, saf hukuk kuramının temel kavramlarını açıklamaktadır. İkinci bölümde ise Kelsen'in saf hukuk kuramının metoduna yöneltelen eleştiriler sıralanmaktadır.

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisine dair çalışmalara, hukuk fakültelerinde 1940'lı yıllardan itibaren yer verilse de ülkenin siyasi ve sosyal krizlerinin ortasında yer alan hukuk fakültelerinde teorik çalışmalara ve kamu hukuku doktrinine dair çalışmaların yavaşlamasına sebep olmuştur. Diğer yandan, Türk siyasi hayatına ve düşüncesine katkıda bulunan önemli kamu hukukçuları mevcut ise de; hukuk teorisinin ilmi bir çalışmalar zinciri ile olgunlaşması, gelişmesi akamete uğramıştır.

1990'lı yıllarda, kamu hukukunun teorik çerçevesine dair çalışmaların arttığı gözlemlenebilir. Esas olarak bu tartışmalar insan hakları, anayasa yargısı, demokrasi, kamusal alan gibi kavramlar ve kurumlar etrafında yoğunlaşmaktadır. Bu dönemde, Kemal Gözler "Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu" adlı eseri ile kamu hukuku teorisinde, hukuki pozitivizmin yeniden yer almasını sağlamıştır. Diğer taraftan Kemal Gözler'in "Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet" adlı eserleri, hukuki pozitivizm ve adalet kavramlarına dair sorgulamalarda ufuk açıcı olmuştur.

2000'li yıllar, hukuk felsefesi ve sosyolojisi literatüründe telif eserlerin sayısının arttığı ve farklı konularda pek çok çalışmanın ilk eserlerinin görüldüğü yıllardır. "Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi" çerçevesinde yapılan düzenli toplantılarda hukukun teorik çerçevesine dair esaslı tartışmalar yürütülmüş, bu tartışmalar yazılı olarak da basılarak literatüre ve çalışanlara önemli bir kaynak teşkil etmesi sağlanmıştır. Arkivin sayılarına bakıldığında, hukukun teorik düzlemine dair esaslı ve muhtevalı çalışmalar yapıldığı, bugün doçent ve profesör unvanlı öğretim üyelerinin hukuk teorisine dair ilk çalışmalarının bu toplantılarda yapıldığı, bir önceki kuşak ile genç akademisyenlerin karşılaştığı bir gelenek başladığı görülecektir. Her türlü akademik ve siyasi görüşten kişinin "hukuk felsefesi ve sosyolojisi" disiplini altında



demokratik bir şekilde fikirlerini sunmaları bugünkü çalışmaların tohumlarının atılmasına vesile olmuştur. Türkiye'nin yoğun hukuk gündemi arasında, teorik düzlemde bu denli bir akademik faaliyetin yürütülmesi ve bunun gelenekleştirilmesi hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanında geleceğe bırakılmış en önemli miras olarak değerlendirilebilir.

Bu çalışmalarda, Kelsen'e ve hukuki pozitivizme dair pek çok çalışma görmek mümkündür. Tüm bu gelişmelere rağmen, Kelsen'in saf hukuk kuramına dair kapsamlı bir çalışma yapılmamıştır. 2010 yılında Mehmet Ruhi Demiray'ın "A Search For An Integral View Of Law, The State And Human Rights: Comparing Hans Kelsen's Positivism, Carl Schmitt's Realism And Höffe's Rationalism" adlı çalışmasında Kelsen'in teorisine yer verilmektedir. Ardından Onur Altınsu'nun "Hans Kelsen Düşüncesinde hukuk Ahlak İlişkisi ve Temel Norm Kuramı", Yunus Emre Koçak'ın "Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi", Hüseyin Dengiz'in "Hans Kelsen'de Hukuki Geçerlilik ve Temel Norm", adlı yüksek lisans çalışmaları yayımlanmıştır.

Cemal Bali Akal'ın "Grundnormun Yolları Sonsuzdur" adlı makalesi ile "Hukuk Nedir ?" adlı çalışmalarında Kelsen'e dair görüşleri, Akal gibi önemli bir düşünürün bu eserin müellifine önemli ufuk çizmiştir. Akal, Kelsen'in tabii hukukçular ve iradeci pozitivistlerden farklılığını vurgularken onun demokrat siyasi tavrını öne çıkarmaktadır. Grundnorm kavramını kuramının merkezine alarak iradeci olmayan bir hukuk kuramı oluşturduğunu belirtmektedir.

Gözler'in yönetmiş olduğu "Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü" yüksek lisans tezinin ilk bölümünde Kelsen'in teorik incelemesine yer veren Yahya Berkol Gülgeç, çalışmalarının odağında Kelsen'in saf hukuk kuramına yer vermektedir. 2020 yılında ülkemizde Carl Schmitt çalışmalarına yaptığı çeviri ve telif eserleri ile önemli katkı suna Ali Emre Zeybekoğlu yönetiminde tamamladığı "Akıl Temelli Normativite Teorileri ile Hukuki Pozitivizmin Bağdaştırılması" başlıklı doktora tezinde Kelsen ve diğer hukuki pozitivist kuramcılarının teorilerine dair analizlerini, birbirleri ile ilişkilerini detaylı biçimde incelemiştir. Bu çalışması, Gözler tarafından muhtasar bir makale ile tanıtılmış<sup>2</sup> ve hem Gözler'den hem de kamu hukuku teorisi

---

<sup>2</sup> Gözler K. (2021) Yahya Berkol Gülgeç Bir Tanıtım Yazısı, [anayasa.gen.tr/ybg.htm](http://anayasa.gen.tr/ybg.htm) Erişim Tarihi: 27/03/2021.

akademisyenlerince takdir toplamıştır. Berkol'un çalışmaları, müellifin tez başlıklarını ve başlıklar içerisindeki tartışmaları oluşturmada önemli katkılar sunmuştur.

Kelsen'in saf hukuk kuramının anayasa hukuku bağlamında, teorik değerlendirmesinin yapıldığı eser olan Mehmet Turhan'ın "Anayasa Hukukunda Kelsenci Temalar" adlı eserinden oldukça istifade edilmiştir. Özellikle Kelsen'in kuramında anayasa yargısına verdiği önem, buna ilişkin tartışmalar Turhan'ın çalışmasından hareketle ele alınmıştır. Kitabın yayımlanmasından sonra da Kelsen üzerine çalışmalarını sürdüren Turhan, normun alternatif karakteri hususunda "Hans Kelsen'in "Normatif Alternatifler Kuramı"nın Gözden Geçirilmesi" başlıklı çalışması, kavram üzerine yeniden düşünülmesini sağlamıştır.

Son zamanlarda, Türk hukuk literatürün Kelsen'in çalışmalarına ilgi gösterdiği görülmektedir. Engin Arıkan'ın "Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Ötesi", Gözde Türkeli'nin "Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması", son zamanlarda Kelsen düşüncesi üzerine yayımlanan önemli çalışmalardır.

Türk Anayasası'nda 2017 yılında yapılan referandumla parlamenter sistemden Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. Cumhurbaşkanlığı sisteminin alameti farikası cumhurbaşkanlığı kararnameleri olup; bu kararnamelerin normlar hiyerarşisindeki yeri anayasa hukukunda tartışma konusu olmuştur. Bu konuya Taylan Barın'ın "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi" isimli monografik eser kararnamelerin normlar hiyerarşisindeki yerine dair tartışmaları ve anayasallık denetimini konu edinmektedir. Keza, Anayasa Yargısı Dergisi'nin 2019 yılı 36 Cilt 1 Sayılı dergisi söz konusu kararnamelerin hukuki rejimini tartışan makaleleri kapsamaktadır. Bu tartışmalar Kelsen'in saf hukuk kuramının temelini oluşturan "*normlar hiyerarşisi*" kavramının, Türk hukuk literatüründe daha fazla tartışılmasına vesile olmuştur.

Tez çalışmasının odağı, Kelsen'in saf hukuk kuramının ilk edisyonudur. İkinci edisyonunda yapılan değişiklik, tez çalışmasında gerekli görüldükçe vurgulanmıştır. Saf hukuk kuramının ilk edisyonu, Türk hukuk teorisinin iki önemli ismi Ertuğrul Uzun ve Melike Belkıs Aydın tarafından çevrilmiştir. Çeviride ayrıca Stanley Poulson ile Bonnir Litschewski'nin sunuş yazısına ve Kelsen'in biyografisinin önemli noktalarına yer verilmiştir. İki güçlü kalem ve Türkçeye pek çok hukuk teorisi eserini

çevirmiş akademisyenin saf hukuk kuramını Türkçeye kazandırması, çalışmanın ilerlemesi ve olgunlaşmasının önemli katkı sunmuştur. Saf hukuk kuramının yanı sıra, Hans Kelsen'in birçok makalesi, Kelsen'e dair diğer önemli düşünürlerin değerlendirmelerini içeren makaleler Türkçe'ye çevrilmiş olup, tez yazım aşamasında bu çevirilerden oldukça istifade edilmiştir. Bu eselere tez içerisinde ve kaynakçada yer verilmiştir. Yine Türkçe hukuk felsefesi ve sosyolojisi literatürünün son yıllarda hem çeviri hem de telif eser anlamında gösterdiği gelişme, çalışmanın tamamlanmasına çok önemli katkılar sunmuştur. Bu itibarla, hukuk felsefesi, anayasa hukuku, uluslararası hukuk ve siyaset bilimine ilişkin pek çok eserden istifade edilmiştir.

Lars Vinx'in "Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy", Stanley L. Poulson ve Bonnie Litschewski Poulson'un editörlüğünü yaptığı "Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes", Jeremy Telman'ın editörü olduğu "Hans Kelsen in America: Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence", Peter Langford, Ian Bryan ve John McGarry'nin editörü olduğu "Kelsenian Legal Science" adlı çalışmalar doğrudan saf hukuk kuramının mahiyeti ve tezde problem olarak kurgulanan alanlarla ilgili temel yaklaşımlara değinmektedirler.

Görüldüğü üzere, Türkçe ve uluslararası literatürde Hans Kelsen'in kuramı üzerine yoğun çalışmalar yürütülmüştür. Türkçe literatürde, Kelsen'in kuramının temellerine dair tartışmalar monografik birkaç eser dışında genel olarak son yıllarda yayımlanan yüksek lisans tezlerinde, yukarıda isimleri zikredilen kıymetli araştırmacıların yayımlarındaki bölümlerde ve makalelerde görülmektedir.

Çalışmamızı farklı kılan husus, öncelikle Kelsen'in kuramının hukukun meşruluğu sorununu hukukun dışına çıkarmasına odaklanmasıdır. Kelsen, hukukun bir bilim olarak inşası için hukuku meşruiyet zemininden çıkararak geçerlilik ve etkililik kavramları çerçevesinde açıklamaktadır. Bu açıklama gayreti, hukuk ve devlet, hukuk ve yorum, anayasa yargısı, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişki meselelerinde Kelsen'in diğer hukuk kuramcılarından ve hukuki pozitivistlerden ayırmaktadır. Bunun sonucunda Kelsen'in kuramı yeni tabii hukukçular, yorum esaslı realist kuramcılar ve hukuki pozitivistler tarafından eleştiriye tabi tutulmuştur. Bu çalışma, Kelsen'in hukuku meşruiyet tartışmalarının dışında tutmak ve bir bilim olarak inşa etmek için oluşturduğu kuramının temel kavramlarını, bu kavramların yanında saf hukuk kuramının iki temel kurum olan anayasa yargısı ve uluslararası hukukun

işlevlerini açıklamayı hedeflemektedir. Bu açıklamalar, kuramın temel amacına, kavram ve kurumlarına getirilen eleştiriler çerçevesinde yapılacaktır.





## 2. MEŞRUIYETTEN HUKUKİLİĞE: HUKUKUN KAYNAĞI SORUNUNUN FELSEFİ TEMELLERİ

### 2.1. Tabii Hukuk Düşüncesinde Hukukun Meşruiyetine Dair Yaklaşımların Tarihsel Çerçevesi

#### 2.1.1. Antik Yunan’da Hukukun Meşruluğu Sorunu

##### 2.1.1.1. Sokrates öncesi düşüncede hukukun dünyevileşmesi

Sokrates öncesi Yunan düşüncesinde esas mesele evrenin cevherinin ne olduğudur. Felsefî düşüncenin başlangıcı olan Milet (*Miletos*) Okulu düşünürleri, evreni açıklamak için farklı savlar ileri sürmüşlerdir. Milet Okulu düşünürleri, Yunan teogonisinin<sup>3</sup> dayandığı çok tanrılı inanç temeline karşılık; evrenin izahını maddi temelde açıklamak istemişlerdir<sup>4</sup>. Bu düşünürlerin başında ise Thales gelmektedir. Thales, Mısır’da gözlemlediği arazi hesaplamalarında kullanılan yöntemleri, araçsallıktan kurtararak geometri bilimine dönüştürmüştür. Böylece aklın imkanları içerisinde doğru kabul edilmesi zorunlu olan belirli ilkelerin varlığı kabul edilmiştir<sup>5</sup>. Thales’in bilim metodolojisi çerçevesinde güneş tutulmasını tahmin edebilmesi ile dünyanın sırlarının teogoni yerine kozmogoni çerçevesinde açıklanması cihetine gidilmiştir<sup>6</sup>.

Thales evreni su temelinde açıklarken, Anaksimendros devinim, Aneksimenes hava temelinde açıklama gayretinde olmuştur. Bu kabuller, esasında evreni tılsımlarından

---

<sup>3</sup> Teogoni, Yunan Tanrılarının meydana gelişi hakkında bilgi olarak tanımlanabilir. Hesiodos’un “Theogonia” adlı eseri, Tanrıların doğuşu, iş ve eylemleri ile ilgili anlatılar mevcuttur Hesiodos (2019) Theogonia, (Çev. Sebahattin Eyüboğlu- Azra Erhat), Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul. Diğer taraftan Yunan Tanrıları’nın esas anlatıcısı Homeros’dur. İlyada ve Odessia destanlarında, Yunan Tanrıları hakkında detaylı anlatılara yer verilmektedir. Erhat’a göre, Hesiodos ile Homeros’un Tanrıları birbirine benzemezler. Hesiodos’un Tanrıları ilhamını Doğu’dan Hurri-Hititlerden, Finikeliler’den ve Mezopotamyalılardan almaktadır. Homeros’un Tanrıları, Yunan öğelerini daha fazla içerdiğinden daha çok benimsenmiştir. Eyüboğlu S. ve Erhat A. (2019), “*Hesiodos Eseri ve Kaynakları*”, içinde; Hesiodos, Theogonia, s. 83 v.d.

<sup>4</sup> Thales’in başta geldiği Miletos okulu ile inanç temelli açıklamalar yerini bilim diline bırakmıştır. Weber A. (2013). *Felsefe Tarihi* (Çev. H. Vehbi Eralp). İstanbul, s. 22.

<sup>5</sup> Conford F. M. (2020). *Sokrates Öncesi ve Sonrası*, (Çev. Celal Şengör ve Senem Onan), İstanbul, s. 6. Russel B. (2016). *Felsefe Tarihi 1. Cilt*, (Çev. Ahmet Fethi), İstanbul, s. 67.

<sup>6</sup> Kozmogoni ise, evrenin doğuşu hakkındaki bilgidir. Bu geçişle birlikte, metafizik bir anlatıdan dünyevî bir anlamlandırmaya geçiş süreci başlamıştır. Thales’in gökbilimde yaptığı yenilik ile göklerde yer alan hakikati yeryüzüne indirmeyi başarmıştır ve böylelikle ilk filozof unvanını almış, ardından gelen pek çok düşünürün hocası olmuştur. Preus A. (2007). *Historical Dictionary of Ancient Greek Philosophy*, Meryland, s. 261. Thales’in bilimsel metodolojile yaptığı yeniliğin benzeri bir yenilik ancak yeniçağ filozoflarının göklerde yaptığı keşiflerle mümkün olacaktır.

arındırmanın bir gayretidir<sup>7</sup>. Dolayısıyla Milet Okulu, hakikatin insanlar tarafından mistik kavramlar ve hurafelerden başka akıl yürütme ile kavranabileceğini söylemekle büyük devrimi başlatmışlardır. Thales'in felsefesi, bilginin kaynağının mistik olandan fiziki varoluşa dönüşmesi zemininde şekillenmiştir<sup>8</sup>.

İnsanlık, olanı kendi zihni süreci ile açıklama ve anlamlandırma yetisine sahip olduğunu fark ettiğinde toplumsallığın içerisinde bağlı bulunan yasaların kaynağı farklılaşmıştır. Bu farklılaşmanın esas sebebi, halkın demokratik yönetimde yasayı akıl ile keşfedebileceğine olan inancın gelişmesi sonucunu doğurmuştur. Antik dönemde siyasal rejimin şehir devletleri şeklinde örgütlenmesi, bir idare tarzı olarak demokrasinin benimsenmesini kolaylaştırmıştır. Zira Pers saldırıları ile birlikte topyekûn bir mücadeleye girilmesinin yarattığı askeri gereklilikler, sadece soylulara ait olan siteyi yönetme işinin halka açılmasını gerektirmiştir<sup>9</sup>.

Atina'nın demokratik yönetiminde Solon'dan evvel bazı tiranların yasa oyucu olarak belirdiği vakidir<sup>10</sup>. Ancak bu yasalar soyluların çıkarlarını korumak ve geleneksel otoritenin devamını sağlama amacını taşımaktadır. Solon Yasaları, Atina'da eşitsizliği ortadan kaldırmak için önemli yasal reformlar yapmıştır<sup>11</sup>. Solon, borcundan dolayı bir kimsenin köle olmasına dair yasal düzenlemeyi kaldırmakla birlikte, kişilerin özgür birer yurttaş olarak hayatlarını devam ettirmelerine imkân sağlamak istemiştir<sup>12</sup>. Antik Yunan'ın ilk yasa koyucuları eşitsizlikçi yasalar oluşturmaktaydı. *Drakon* yasaları cezaların orantılılığı ve eşitliği ilkesine aykırı bir biçimde çok ağır cezalar içeren

<sup>7</sup> "Thales'in, Anaksimandros'un ve Anaksimenos'un spekülasyonlarını bilimsel hipotez saymak gerekir" Russel, 2016, s. 72.

<sup>8</sup> İlk Yunan filozoflar Tanrısal olanı terk etmediler. Yalnızca evreni kanıtlanmamış olan önermeler yerine kanıtlanabilir ve akılcı çözümlemelerle açıklama çabasına giriştiler. Arslan bu durumu şöyle ifade etmektedir. "İlk Yunan filozoflarında teoloji yerini bilime, tanrılar doğa güçlerine terketmiş değildirler. Kanıtlanmamış masallar (unargued fables) yerlerini kanıtlanmış kurarlara (argued theories), dogmalar yerlerini akla bırakmışlardır. Çünkü teoloji ve doğa-üstü de dogmatik veya akılcı bir bir tarzda incelenebilir. Yunanlı filozoflar dindarlık (piety) ve şiirin (poetry) iddialarını reddetmişlerdir, ama bu bütün tanrısal şeylerin ve doğa-üstünün reddini gerektirmemiştir." Arslan A. (2006), *İlkçağ Felsefe Tarihi I Sokrates Öncesi Yunan Felsefesi*, İstanbul, s. 40.

<sup>9</sup> Ağaoğulları M.A. (1994). *Kent Devletinden İmparatorluğa*, Ankara, s. 40.

<sup>10</sup> Solon öncesi yasalar, aristokratik içerikli ve sözlü yasalardı. Kökenleri bilinmeyen bu yasalara *thesmoi* denirdi. Yunanlılar bu yasaları Tanrıların koyduğu kutsal yasalar olarak kabul etmekteydi. Ağaoğulları, a.g.e., 1994, s. 26.

<sup>11</sup> İnsan yapımı bu yasalara *nomoi* adı verilmektedir. Ağaoğulları, a.g.e., s. 27. Solon ile birlikte Spartalı Khilion, Periandroslu Korinthos ve Priene'li Bias da ünlü yasa koyucular olarak adlandırılır. Hadot P. (2004). *What is Ancient Philosophy*, London, s. 20.

<sup>12</sup> Ancak Solon eski düzenin kalıntılarını tam olarak yıkamamıştır. Aristokratlar güçlü ve zengin olarak site yönetimini elinde tutmaya devam etmişlerdir. Wallace R. W. (2007). "Revolutions and a New Order in Solonian Athens and Archaic Greece", *Origins of Democracy in Ancient Greece*, Berkeley, s. 74.

düzenlemeler barındırmaktaydı. Bu durum siyasal açıdan devrim gerçekleştirmese de aristokratların hukuk alanındaki egemenliklerine sınır getirmesi açısından önemli olmuştur<sup>13</sup>.

Solon ise soylu bir aileden gelen ve aynı zamanda orta sınıf uğraşı olan ticareti meslek edinen bir devlet adamı olarak arabulucu rol üstlenmiştir. Solon yasaları oligarşi ve demokrasi arasında bir nitelik taşımaktadır. Memuriyete giriş hakkını yalnızca belirli servete sahip olanlara tanınması, onun oligarşik yanını gösterirken halk meclisine servetine bakılmaksızın tüm Atinalıların üye olabilmemesini düzenlemesi, onun demokrat bir kişi olduğunu göstermektedir<sup>14</sup>.

Solon yasaları, Atina'da eşitliği sağlasa da demokratik yönetim modelinin benimsenmesi yönetime ilişkin tartışmaları bitirmedi. Soyluların kazanımlarını koruma çabalarına karşılık, servet sahiplerinin mülklerini artırma talepleri ve bununla orantılı olarak yönetimde söz sahibi olma talepleri, Atina'da büyük ve süregelen bir gürültüye meydan verdi. Gürültü içerisinde hakikat arayışında birleşme olabilmesi mümkün değildir. Nitekim, Solon'un yarattığı uzlaşmacı demokrasi kültürü, Peisistratos'un tiranlığı ile yıkıldı<sup>15</sup>. Esasında bu yıkım bir yönetim değişikliğinden ziyade meşruiyetin demokratik zemine oturamamasının göstergesidir.

Atina'da Sokrates öncesi düşüncede Sofistlerin derin tesiri görülmektedir. Sofistler, insanı merkeze alan ve değişken doğruları bireye göre yorumlayan bir metodoloji kullanmışlardır. Sofistlerin öncüsü Protagoras, insanı her şeyin ölçüsü addederek, düşüncelerinde insan yasaları ve doğa yasaları arasında var olan gerilimi ele almaktadır. Sofistlerin söz konusu gerilimde hangisinden taraf oldukları tartışılabilir. Ancak nihayetinde, Sofistler bir retorik ustası olarak olanın, olması gerekene uygunluğunu inceleyip anlamlandırmayı tercih etmektedir. Olması gereken ise, doğa yasalarını inceleyerek açıklama gayretindedirler.

Tüm bu belirsizlik içerisinde bir aydınlanma hareketi olarak addedilebilecek olan Sofistlerin genel karakterinin çizilmesi mümkün değildir. Ancak, hakikatin göreceliliğine ve dogmalara karşı olan tutumları barizdir. İnsanı ve doğayı merkeze

---

<sup>13</sup> Yetiş M. (1999). “Antik Atina'da Demokrasinin Gelişimi: Soloncu Pasif Devrimden Peisistratos'un Tiranlığına”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 54 (2) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/38184> Erişim Tarihi: 11/04/2020.

<sup>14</sup> Aristoteles (2012). *Atinalıların Devleti*, (Çev. Ari Çokona), İstanbul, s. 10 vd.

<sup>15</sup> Yetiş, a.g.e.,1999, s. 19. Ağaoğulları, a.g.e., 1994, s. 33.



alan düşünceleri ile kendilerinden sonraki pek çok öğretiyi etkilemeyi başarmışlardır. Keza Platon ve Aristoteles'ten evvel öğretimi kurumsallaştırarak pek çok yeniliği düşünce dünyasına kazandırmışlardır.

Bununla birlikte hukuk felsefesi için önemli olan iki temel öğretiyi bizlere miras bırakmışlardır. Birincisi, doğa ve yasa arasındaki gerilimini ortaya koymalarıdır. Bu anlamda doğal yasa ile pozitif hukuk arasındaki ilişkiyi ele almaları, pozitif hukukun bir anlamda meşruiyetinin doğadan hareketle açıklanmasına öncülük edecektir<sup>16</sup>. Diğer taraftan, hukukun bir sözleşmeler bütünü olduğunu ileri sürmeleri ile birlikte hukukun ilahi kaynaklı meşruiyet temelini pozitif bir temele dayandırmaları, önemli bir düşünce evrimi olarak adlandırılmaktadır<sup>17</sup>. Atina demokrasi pratiğinin yanı sıra, Sokrates ile birlikte düşüncenin ideci kavranışı, hukuk ve devletin yasalardan farklı olarak idelerde bulunan değerleri amaçlayan bir kurgu içerisinde anlamlandırılması gerekli kılmalıdır. Adalet, iyilik, bilgelik değerlerini kavrayabilecekler ise Sokrates'e göre yalnızca filozoflardır.

#### **2.1.1.2. Sophokles ve Sokrates düşüncesinde meşruiyet**

Sokrates'ten önce, Yunan trajedisinin büyük yazarı Sophokles'in ölümsüz eseri Antigone'da yasaların meşruiyeti hususundaki tartışmalar dikkat çekicidir. Filozofların kaleme aldıkları metinler, Antik Dünya'nın düşünsel temellerini izleyebileceğimiz eserlerdir. Tragedya yazarlarının kaleme aldığı oyunlar ise bizlere Antik Dünya'nın ruhunu izleme fırsatı sunarlar. Nitekim, Sophokles'in kaleme aldığı Antigone adlı eser bizlere yasa ve meşruiyet ilişkisinin sorgulanışını aktarmaktadır. Antigone adlı eser, bir egemenin buyruğuna itaat etme ve etmeme çelişkisini ana tema olarak belirlemiştir. Ana karakter Antigone, kralın gömülmesini yasakladığı kardeşini, kralın emrine rağmen toprağa gömerken yakalanmıştır. Kralın huzuruna çıkarıldığında, kendisinin suç işlemekle itham edilmesini kabul etmeyecektir. Antigone, kardeşinin cesedini kralın aksi emrine rağmen gömmekle suç işlemiş midir? Krala göre, evet işlemiştir<sup>18</sup>. Zira egemenliğini ele geçirdiği topraklarda Antigone'nin

<sup>16</sup> Arslan A. (2006). *İlkçağ Felsefe Tarihi 2 Sofistlerden Platon'a*, İstanbul, s. 77.

<sup>17</sup> Arslan, a.g.e., 2006, s. 78.

<sup>18</sup> Yasağı koyan Kreon şöyle seslenmektedir. "Oidipus'un çocukları için şu karara vardım. Vatanımı kahramanca savunurken ölen Eteokles'in cenazesi, şehitlere layık bir törenle kaldırılacak. Ama sürgünden dönerken, Tanrıların tapınaklarıyla vatan toprağını baştan başa yakıp yıkarak kardeş kanı dökmek, kendi halkını köleleştirmek isteyen diğerinin –Polyneikes'i kastediyorum- hiçbir şekilde cenazesi kaldırılmayacak, cesedi yıkanıp süslenmeyecek, mezara konmayacak ve yası tutulmayacak." Sophokles (2019). *Antigone*, (Çev. Ari Çokona), İstanbul, s. 8.

kardeşinin cesedinin gömülmesini yasaklamış ve emrine karşı gelenleri cezalandıracağını ilan etmiştir. Antigone ise kralın emirlerine uymadığını kabul etmekle birlikte tanrı yasaları gereği kardeşini toprağa verdiğini ve kralın emirlerinden daha üstün olan tanrı emirlerine uymakla suç işlemediğini düşünmektedir<sup>19</sup>.

Tanrıların emirleri, olması gereken bir normatif alanı işaret etmektedir. O halde, mer'i hukuk ancak tanrı yasalarına uygun olmakla meşruiyet kazanabilecektir. Aksi takdirde, kişiler tanrı buyruklarına riayet etmek amacıyla mevzu hukuka aykırı hareket etmek durumundadırlar ve bu eylemleri gayri meşru olarak addedilemeyecektir. Bu örnek, bizlere, sofistlerin görüşünden farklı olarak, kaynağını idea aleminde bulan bir yasa kavrayışının benimsendiğini göstermektedir. Antigone'un yazarı Sophokles'in döneminde bir filozof olan Sokrates, tragedya karakterinin çelişkisini gerçekte yaşamıştır.

Antik Yunan'da demokrasi ile birlikte gelen pozitif hukukun *demosun*<sup>20</sup> iktidarı çerçevesinde açıklanması fikri, Sokrates'in teolojik perspektifi ile eleştirilmiştir. Sofistlerin retorik çerçevesinde açıkladıkları doğaya uygun olması gereken normatif alan, Sokrates tarafından kabul görmemiştir. Sokrates, *doksaların*<sup>21</sup> peşinden giden insanın hakikati kavrayamayacağından bahisle adalet idesinin ancak Tanrı yasalarına uyulmakla kavranabileceği savını benimsemiştir.<sup>22</sup>

Sokrates, Sofistlerin her şeyin ölçüsünü insan olarak öne sürmelerine karşın, her şeyin ölçüsünü Tanrı olarak belirlemektedir. Sokrates'in Tanrı fikri ise, esasında, en genel anlamda mutlak iyiyi temsil etmektedir. Sokrates, insanların ortak iyiyi amaç edinerek

---

<sup>19</sup> Antigone, kardeşini toprağa verirken yakalanan Antigone Kreon'a yasağı niçin çiğnediğine dair şu şekilde bir savunma yapmaktadır:

“-Kreon: ...Bilmiyor muydun şu yaptıklarını yasaklayan buyruğumu.

-Antigone: Biliyordum. Bilmeyen mi kaldı?

-Ve buna rağmen yasağı çiğnemeye cüret ettin!

-Evet. Çünkü Zeus öyle demiyor

Ve yeraltında yaşayan Dike

öyle yasalar buyurmadı insanlara

Bir ölümünün emirleri, tanrıların hatasız,

yazıya geçirilmemiş, değişmez yasalardan önemli olamaz...”Sophokles, a.g.e., 2019, s. 18.

<sup>20</sup> “Demos, belirli bir poliste (kentte) yaşayan vatandaşlar anlamını taşımanın yanı sıra sıradan insanlar, alt tabaka ya da alt tabakadaki din adamlarını ifade ediyordu.” Dinçkol B. (2017).“Atina Demokrasisinden Roma Cumhuriyetine - "Demos"tan "Populus Romanus"a” *MÜHFD*, 23 (3), ss. 751-765, s. 753.

<sup>21</sup> Sanrı anlamında kullanılan kavram, kişisel inançları ifade eder. Audi R. (1999). *The Cambridge Dictionary Of Philosophy*, Campridge, s. 243.

<sup>22</sup> Gerçekte iktidarda olanın kim olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan bilginin, erdemin, adaletin, doğruluğun hüküm sürmesidir. Ağaoğulları, , a.g.e., 1994, s. 141.

ahlaklı bir yaşam süreceğine olan inancını yaşamı boyunca sürdürmüştür. Erdemli insan, sanrıların değil hakikatin, epistemenin izinden giderek yaşamını sürdürür. Herkes bu hakikati kavramak noktasında mahir olamaz. Bunun uğrunda çaba sarf edilmesi gerekmektedir. Bunun yanında hiç kimse bilerek kötülük de yapamaz, zira kötülük bilgi yoksunluğundan kaynaklanmaktadır<sup>23</sup>. O halde, filozof öncelikle topluma öğretilecek değerlerin hakikatine vakıf olmalı ve Sofistlerin yarattığı değer karmaşasının önüne geçmelidir<sup>24</sup>.

Sophokles'in tragedyası ve Sokrates'in düşünce evreni etrafında teolojik olarak açıklanmaya çalışılan normun meşruluğu, sitenin kazandığı dini kimlik etrafında ele alınmalıdır. Polis, yalnızca içerisinde yaşanılan, sosyo ekonomik bir yapıyı değil, ibadethanesi, ritüeli ve cezalandırma mercileri ile dini bir kimliği haiz bir kuruluştur. Bu sebeple Tanrılara olan bağlılık sitenin ruhundan gelen bir gerekliliktir<sup>25</sup>.

Sokrates, Atina'nın Tanrılarına inanmamak ve gençleri kötü yola, inançsızlığa sevk etmekle suçlanarak yargılanacaktır. Sokrates, savunmasında kendisi yargılayan mahkemenin dayandığı esasları kabul etmediğini; fakat otoritenin kendisi hakkında verdiği cezaya razı olacağını da beyan etmiştir<sup>26</sup>. Çağdaşı Sophokles'in tragedya karakteri Antigone gibi Tanrı yasalarına aykırı yasalara uymamayı ve onlara karşı gelmeyi uygun bulmamıştır. Sokrates savunmasında, yasalara karşı gelmediği ve eylemlerinin cezalandırılabilir olmadığı hususunda mahkemeyi ikna etmeye çabalamaktadır. Kendisinin Tanrı'nın Atina'nın devletine koyduğu bir at sineği olduğunu ve polisi sürekli olarak dürttüğünü, uyardığını, azarladığını ve peşini bırakmadığını ifade etmektedir<sup>27</sup>. Bu sebeple, kendisinin suçlandığı gibi gençleri tanrılara ve yasalara itaatsizliğe değil, iyiliğe sevk etmeye çalıştığını, onurlu bir yurttaş olarak hayatını sürdürdüğünü ve filozofluk görevini de aynı bilinçle ifa ederek mahkemede suçlandığı düşüncelerini de aynı kararlılıkla savunacağını beyan etmiştir<sup>28</sup>. Mahkemece kendisine verilen cezaya razı olacağını ve bunun affedilmesi

<sup>23</sup> Ağaoğulları, a.g.e., 1994, s. 133.

<sup>24</sup> Ağaoğulları, a.g.e., 1994, s. 133.

<sup>25</sup> Ağaoğulları, a.g.e., 1994, s. 16. "Kişinin yaşamını sürdürebilmesi, bir "polis"e bağlı olmasına ve onun tanrılarının korumasından yararlanmasına bağlıydı. Bu nedenle "polis"lerde yaşayanlar, yaşaıkları "polis" in tanrıları ve yasaları dışında, kendilerini kabul edecek ve koruyacak başka bir düzen olmadığını ve "polis" in yasalarına uymadıkları takdirde tüm haklarını kaybedeceklerini bilirlerdi" Salihpaşaoğlu Y. (2014). *Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği*, Ankara, s. 42.

<sup>26</sup> Russel, a.g.e., 2016, s. 177.

<sup>27</sup> Platon (1998). *Sokrates'in Savunması*, (Çev. Niyazi Berkes), Ankara, s. 66.

<sup>28</sup> Platon, a.g.e., 1998, s. 62.

için yalvarmayacağını belirten Sorkates<sup>29</sup>, adalet karşısında kendisini ölümden kurtaran bu gibi araçlara başvurulmaması gerektiğini salık vermiştir<sup>30</sup>. Sokrates'in yazdıkları günümüze ulaşmadığından; onun sistemli bir felsefe oluşturduğu hususunda kesin bir bilgiye sahip olunamamaktadır. Ancak, öğrencisi Platon, hukukun meşruiyet zeminini idelerde temellendirerek kendisinden sonra gelen nesilleri etkileyen bir felsefe inşa etmeyi başarmıştır.

### 2.1.1.3. Platon ve adalet kavramı çerçevesinde hukukun temellendirilmesi

Antik Yunan düşüncesinin evrimi, Platon'da kendini göstermiştir. Tüm batı düşüncesi Platon'a düşülmüş dipnotlardan ibarettir diyen North Whitehead'ın haklılığı, meşruiyet zemininde de göze çarpmaktadır<sup>31</sup>. Zira Platon'un meşruiyete dair koymuş olduğu çizgi, esasında, tüm hukuk teorilerini etkileyecek çaptadır.

Platon'un özellikle Türkçeye Devlet (*Politeia*) ve Yasalar (*Nomoi*) olarak çevrilen eserleri, hukukun meşruiyetine dair yeni bir yaklaşım ortaya koymuştur. Devlet adlı eserinde Platon, mağara alegorisi<sup>32</sup> ile hakikatin çok az insanın zor şartlar altındaki esaretinden kurtulacak cesareti ve çabayı göstererek ulaşabilecekleri bir bilgi alanı olarak sunar. Bu yetiden yoksun kişilerin ise ancak sanrılarını sanki hakikatmiş zannıyla kavrayacakları bir yanılsama içerisinde resmeder<sup>33</sup>. Adalet, tüm bu bilinçlenme ve hakikati arama çabasının bir neticesidir.

Leo Strauss, klasik dönemde doğal hak öğretisini Sokratik ve Platonik, Aritotelesçi, Thomistik olarak üç grupta inceler. Platon'un doğal hak öğretisini ise, insana doğası gereği iyi olanı verme olarak tanımlar<sup>34</sup>. Ancak, her bir birey için iyi olanın belirlenmesi, zahmetli ve kolayca çözüme kavuşturulamayacak bir meseledir. Nasıl ki bir hekim insan için hangi tedavinin uygun olduğuna karar veriyorsa, bu zor görevi de

<sup>29</sup> Platon, a.g.e.,1998, s. 74.

<sup>30</sup> Platon, a.g.e.,1998,s. 88.

<sup>31</sup> Whitehead, Platon'un düşüncesinin sistematik olarak değil, içinde barındırdığı zengin içerikten dolayı bu şekilde tanımlamaktadır. Onun kişisel yetenekleri, büyük bir medeniyette edindiği tecrübeler ve sahip olduğu henüz sistematikleştirme ile sertleştirilmemiş entelektüel gelenek mirası yazdıklarını tükenmez bir fikir madeni haline getirmektedir. Northwhitehead A.(1978), "Process and Reality: Essay in Cosmology", New York, s. 39.

<sup>32</sup> Platon, mağara alegorisi ile hakikatin çok az insan tarafından bilinebileceğini, bunun ise ancak aklını kullanma cesareti gösterebilen filozoflar tarafından yapılabileceğini belirtir. Platon. (2011). *Devlet*, (Çev. Sebahattin Eyüboğlu-M. Ali Cimcoz), İstanbul, s. 236.

<sup>33</sup> Ağaoğulları, 1994, s. 178. Arslan, 2006 b, s. 261.

<sup>34</sup> Strauss L. (2011). *Doğal Hak ve Tarih* (Çev. Murat Erşen, Petek Onur), İstanbul, s. 173.

ancak bilge insan üstlenerek hakkıyla yerine getirebilir<sup>35</sup>. Bu taksimin üzerine bina edildiği temel kavram ise adalettir.

Platon'un adalet anlayışı, olanın olması gerektiği yerde kalması yönündedir. İnsanlar, olması gerektiği yaratılış rolünü edinmeli<sup>36</sup>, alması gereken vazifeyi almalı ve tüm bunlar demagogların elinde değil, hakikatin bilgisine erişerek devleti yönetmeye talip kişilerce uygulanmalıdır<sup>37</sup>. Demokrasi gibi demagog ve retorik ustalarının iktidarda söz sahibi olmasını sağlayan, bilgi ve bilinç düzeyleri eksik kişilerin devlet yönetimine katılmalarına sebebiyet veren tüm yönetim biçimleri terk edilmelidir. Platon, hakikatin bilgisine sahip kişilerin yönetimde olduğu ve sürekli bir kastın bulunduğu politik düzen arzusundadır<sup>38</sup>.

Yasalar adlı eserinde ise, Devlet adlı eserindeki görüşlerinin bir kısmından vazgeçerek bir devletin asgari yasalarının içeriğine dair görüşlerini sıralamaktadır. Platon, yaşlılık eseri olarak adlandırılan söz konusu eserde, Devlet'teki radikal görüşlerini yumuşatmıştır. Yorumcular bu değişimi Devlet adlı eserde ideal olan devlet nitelenirken, Yasalar adlı eserde mevcut devletlerde yerine getirilebilecek değişimlerden bahsedilmesine bağlamaktadır<sup>39</sup>.

Platon felsefesinde hukuk, devletten ayrı bir anlamı olan yapı değildir. İnsanlar, ideal anlamdaki kavramların bilgisine ulaşmakla gerçek bir düzen içerisinde yaşayabilecektir. İyiyi bilebilecek zihin kapasitesinde olan kişi ise sınırlıdır<sup>40</sup>. Hayat boyu sürecek belirli eğitimlerden geçerek ulaşacağı felsefi düzlem, çok az insana hakikati bilebilme olanağı taşıyacaktır<sup>41</sup>. Sofistlerin aksine, insanın her şeyin ölçüsü olduğu bir maddenin bilgisine ulaşma çabasına baştan itibaren karşıdır. Sofistlerin tüm

---

<sup>35</sup> Strauss, a.g.e., 2011, s. 174.

<sup>36</sup> Platon insanları, altın, gümüş ve bakır olmak üzere üç gruba ayırır. Adil bir nizamın oluşabilmesi için kişinin hangi gruba mensup ise o gruba özgü toplumsal rolleri edinmesi gerekmektedir. Aksi bir durumda toplumun nizamı bozulacaktır.

<sup>37</sup> Russel, bu önerisi ve diğer tanımlamaları ile Platon'un mokrasisi karşısında Sparta yönetiminin usulünü benimsediğini ve bu yönetim anlayışını yerleştirme gayretinde olduğunu ifade etmektedir. Russel, 2016, s. 185 v.d.

<sup>38</sup> Filozof kralın yönettiği ve koruyucular sınıfının seçkin, ahlaklı ve iyi eğitilmiş kişilerden oluştuğu bir toplumda ideal devletin hayat bulacağı inancındadır. Ağaoğulları, a.g.e.,1994, s. 216 v.d. Platon, a.g.e.,2011, s. 133.

<sup>39</sup> Ağaoğulları, a.g.e.,a.g.e., s. 264.

<sup>40</sup> Devletin tümel olarak çıkarlarını koruyacak bilgi, diğer zanaatların bilgisinden farklıdır. Bu bilgi ise ancak koruyucularda bulunur ki bunlar devlet adamıdır. Platon a.g.e, 2011, s. 126.

<sup>41</sup> Platon, a.g.e.,2011, s. 217-2018, Ağaoğulları, a.g.e.,1994, s. 232 v.d., Arslan, a.g.e., 2006, s. 410.

bilgi teorisine karşı çıkan Platon, devletin ve devlet içerisinde yer alan insanların ulaşmak istedikleri en yüce bilginin ise adalet olduğunu ifade etmektedir<sup>42</sup>.

Platon, gençliğinde Atina sitesinin mağlubiyetlerine ve hocası Sokrates'in mahkûmiyetine sebep olarak gördüğü demokrasi yönetimine ise karşıdır. Demokrasiyi bozuk bir düzen olarak gören Platon, bilgisiz kişilerin elinde bulunan yönetimin en kötü yönetim olduğu kanısındadır<sup>43</sup>. Adaletle uygun yasaları filozoflar kavrayacak ve toplumda yaşayan diğer fertler bu bilgilere uyarak hayatlarını idame ettireceklerdir. Böylelikle bilgisiz kişilerin yönetimine imkân verilmeyecektir.

Platon'un hukukun meşruluğunu idedi bir yaklaşımla açıklaması ve Sofistlerin pozitif temelli, insan ve sözleşme odaklı hukuk tanımlamalarını reddedişi, kendisinden sonra gelen medeniyetlere derin bir tesir bırakmıştır. Doğruluk, hakikat, adalet, ölçülülük gibi kavramlar çerçevesinde açıkladığı ideal devlet modeli, idelerde bulunan hakikatin bilgisine sahip bir sınıfın devlete yol göstermesini gerekli kılmaktaydı. Bu sebeple, Platon sonrası kurulan medeniyetlerde ilme sahip olan bir kesimin yönetimi ve hukukun meşruluğunu idelerde temellendiren, kitlenin sanrılarının hukuk karşısında anlamsız kalan bir açıklama metodu benimsediği görülmektedir. Platon, ideler etrafında oluşturduğu meşruiyet temeli ile idelerin bilincine varabilecek düşünürlerin tekelinde olan bir bilgi kaynağı üretmiştir.

---

<sup>42</sup> Platon'un siyaset felsefesinde adalet, ahlakî, siyasi ve hukukî kavrayışın tümüne karşılık gelmektedir. Onun öğretisinde söz konusu kavramların ayırımından bahsedilemez. Platon, 2011, a.g.e, s. 53 v.d. Arslan, a.g.e.,2006, s. 401.

<sup>43</sup> Özgürlüğün sınırsız biçimde kullanıldığı demokratik rejimler, Platon tarafından kötü yönetimler olarak adlandırılır. Tiranlık gibi, demokrasi de hakikatin göz ardı edildiği ve adil düzenin bozulduğu yönetim biçimleridir. Demokraside devlet yönetimi hususunda bilgisi olmayanların dahi belirli görevlere getirilmesi, kuralların bilgisiz kişiler tarafından uygulanması yönetimin kötü olmasının başlıca sebepleridir. Ağaoğulları, a.g.e.1994,, 211. Diğer bozuk rejimler ise, aristokrasinin bozulmuş şekli olan şeref devleti, oligarşik devlet ve tiranlıktır. Arslan, a.g.e.2006, s. 422 v.d. Platon, a.g.e, 2011, s. 267 v.d. Devlet adlı kitabın sekizinci kitabı, bozuk düzenlerin anlatısına ayrılmıştır.

## 2.1.2.Stoa Düşüncesi ve Hristiyan Teolojisinde Hukukun Meşruluğu Sorununun Dönüşümü

### 2.1.2.1. Stoa düşüncesinde yasaların meşruluğu

Felsefe tarihinde “Geç Stoacılık”<sup>44</sup> olarak tanımlanan Roma dönemi Stoa felsefesi, yasaların meşruluğu sorununa dair yaklaşımlarının etkileri itibarıyla Cicero, Seneca ve Marcus Aurelius olmak üzere üç önemli filozofçerçevesinde ele alınacaktır. Yasaların, meşruiyetinin idelerde olduğuna dair anlayışını Roma Cumhuriyeti’nin en önemli filozofu olan Cicero sürdürmüştür. Cicero, Platon gibi yasaların meşruluk zeminin pozitif bir mahiyette değil, Tanrı ve akıl ile bir arada kavranan ve akılla temellendirilen tabii hukuk perspektifi oluşturmuştur.

Cicero’ya göre, pozitif yasa, meşruluğunu doğal yasadandır<sup>45</sup>. Doğal yasanın oluşumunda esas etkili olan ise Tanrısal akıl ve Tanrı yasalarıdır. Tanrı yasalarının özünde adalet mefhumu yer almaktadır ve bu yasalara uyulmasının sebebi, insanın adalet idesini arayışıdır. Toplumsal yasalar değişip gelişerek insanların sosyal hayat içerisindeki davranışlarını düzenlese de; gerçek yasa değişmez olarak kalacak, ona itaat etmek adaleti arzulayan herkesin ödevi olacaktır<sup>46</sup>.

Cicero’ya göre, Toplumun genelinde yasalara uyulmasının sebebi uyulmadığında ortaya çıkacak olan yaptırım korkusudur<sup>47</sup>. Toplumda adaletin özünü kavrayabilecek olanlar, Platon ile benzeşir biçimde, küçük bir azınlıktır<sup>48</sup>. Roma, bu az sayıda kişinin kavrayabileceği adalete dayanan Tanrısal yasaya yakın olmakla yükselebilmıştır. Devlet adamları tanrısal yasanın özünü bilmekle yükümlüdürler. Böylelikle bir uyum olan devletin vatandaşlarına mutlu bir hayat yaşamasını temin etmesine katkı sağlayabilecektir.

Cicero, Platon’a özgü bir kavrayışla pozitif hukukun meşruiyetini Tanrısal akla ve tanrı yasalarına, bunların özünü oluşturan adalet tasavvuruna dayandırmıştır. Ancak,

---

<sup>44</sup> Arslan A. (2008). *İlkçağ Felsefe Tarihi 4*, İstanbul, s. 207.

<sup>45</sup> Çevik C. (2019). *Roma’da Siyaset ve Felsefe*, İstanbul, s. 196. Çevik’e göre Cicero’nun Platon gibi idedi adalet anlayışını benimsese de Stoacıların evrensel uyum fikrini de benimser ve bu itibarla devletin tüm içsel dinamikleri ile uyumlu bir işlerlik kazanmasını arzu etmektedir. Diğer taraftan, Platon’un Devlet adlı eserindeki gibi ideal anlamda bir devletten bahsetmek yerine, onun Yasalar kitabında yaptığı gibi mümkün bir devleti tasavvur etmiştir. Çevik, a.g.e, 2019, s. 198.

<sup>46</sup> Cicero (2014). *Devlet Üzerine*, (Çev. Cengiz Çevik), İstanbul, s. 202.

<sup>47</sup> Ağaoğulları M.A. ve Köker L. (2006). *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, Ankara, s. 52.

<sup>48</sup> Krallar, komutanlar, magistratuslar, senatorlar ve halk meclisleri aklın bedeni yönettiğine benzer şekilde toplumu idare etmektedir. Cicero, a.g.e, 2014, s. 203.

kendisi de bir kamu görevlisi olarak devletin tam anlamıyla olmasa da tanrısal yasaya yakın bir icraat yürütebilmesini sağlamak ödevini kamu görevlilerine yüklemektedir. Böylelikle, Aristo'nun hakkaniyet perspektifi ile adil bir politik düzeni fiiliyata geçirebilme tasavvurunu da kabul ettiği belirtilebilir<sup>49</sup>. Cicero, bir yandan hukukun meşruiyet zeminini ideler alemine, metafizik bir temele sahip adalet anlayışında inşa ederken, fiili olarak adalet tasavvuruna sahip devlet adamları eli ile ideale en yakın hukuk düzeninin oluşturulabileceği kanısındadır<sup>50</sup>. Cicero'nun bu anlayışı kendisinden sonra gelen ve Hristiyanlık ile Roma devleti arasındaki ilişkiyi düzenleyen Augustinus'a rehberlik etmiştir.

Diğer bir Stoa felsefesi içerisinde olan Seneca düşüncesinde, bilge kişi doğayı yeterince gözlemlediğinde bilgeliği artacak, erdemli bir kişi olacaktır. Zira erdem, doğaya uygun olarak yetkinleşmiş akıldır. Seneca'ya göre, doğada her şey iyidir. Stoa felsefesinin esası, kendisini doğanın bir parçası kabul edip onunla uyumlu olmayı temel gayreti edinmesi gerektiğidir. Bu durumda, insanın her şeyi kapsayan kutsal öğretiye rıza göstererek başına gelen şeyleri kötü olarak tasavvur etmemesi gerekmektedir. O halde, insanın bilgece bir yaşam sürmesi için doğa yasalarını bilmesi ve yasalarını doğa yasalarına uygun hale getirmesi gerekmektedir<sup>51</sup>.

Stoa felsefesine katkıları ile felsefe tarihinde önemli bir yeri olan Marcus Aurelius, aynı zamanda Roma İmparatoru olarak yasaların meşruluğu üzerine yaptığı değerlendirmelerle Roma siyaset felsefesine önemli katkıları olmuştur. Aurelius, hukukun meşru olması için onun adaletli olmasını şart koşar. Adil yasa ise ancak doğaya uygun olanın akılla kavranması ile mümkündür. Adaletsiz davrananlar, kendilerinin ve başkalarının doğalarına zarar verir, böylece kendilerini kötü yaparlar. Adil olanın tespiti ise, erdemli ve akıl sahibi insanların meziyetidir. Aklını kullanarak doğadaki eylemleri gerçekleştiren insan adaletli kimsedir. Burada diğer bir husus ise,

---

<sup>49</sup> Aristoteles ve Stoacıların etkisi ile devlet adamının en önemli görevinin halkın esenliğini sağlamak olduğu düşüncesini benimsemiştir. Çevik, 2019 a.g.e., s. 220.

<sup>50</sup> İdeale en yakın sistemin oluşması doğal yasanın bilgisine bağlıdır. Bu bilgiye sahip olmaksızın devleti yöneten kişiye ise aktif bir direniş gerçekleştirilebilir. Zira, kendisi de Caesar'a karşı, tiran olması sebebiyle kurulan komplonun bir parçası olmuştur. Ağaoğulları, Köker a.g.e., 2006, s. 54.

<sup>51</sup> Çevik C. (2010). *Seneca'nın Naturales Quaestiones Adlı Eserinde Doğa Ve Ahlak Anlayışı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, ss. 67-69.



insanın adalet sınırlarında eylemlerini gerçekleştirirken, bilgisi sayesinde adil olanın sınırını aşmaması, adalet çizgisini aşan eylemlerden kaçınmayı bilmesidir<sup>52</sup>.

### 2.1.2.2. Augustinus ve kilise öğretisinde yasaların meşruiyeti

Augustinus, Roma'da Hristiyanlığın siyasal olarak merkez bir yer edinmesini sağlayan felsefi temelleri atan önemli bir düşünürdür. Cicero'nun pagan devlet anlayışını Hristiyanlıkla meczeden düşünür<sup>53</sup>, Tanrı Devleti teorisi ile Roma devletinin teokratik temellerini pagan dinden Hristiyanlığa taşımıştır. Bu taşıma, başlangıçta sınırlı bir etki yaratsa da Orta Çağ'da tüm Batı felsefesinin Katolik kilise etrafında şekillenmesinin temelini oluşturmuştur<sup>54</sup>. Augustinus adalet idesini Platoncu bir kavrayışla hakiki evrene taşır<sup>55</sup>. Adalet Tanrı katındaki evrende insanın ulaşmayı arzuladığı en önemli erek olarak tasavvur edilir<sup>56</sup>. İnsan, hakkaniyete uygun davranmakla Tanrı'nın adaleti tesis edecek kişiyi dünyaya göndermesine vesile olur. Bu da ancak Tanrının emirlerini yerine getirmekle mümkündür.

Tanrı, yasasında öncelikle doğal düzeninin bozulmamasını buyurur. İnsan ilk günahı ile ebedi yasayı çiğneyerek doğal düzenin oluşmasını sağlamıştır. Ancak, dünyaya geliş ile birlikte insan belirli bir sosyal düzen içerisinde yaşamak ve hayatını devam ettirmek için devleti meydana getirmiştir. Dolayısıyla devlet de doğal düzenin bir parçasıdır. Diğer taraftan devleti oluşturduğu düzende ihdas ettiği kurallara doğrudan meşruiyet sağlayamaz. Pozitif yasaların adil olabilmesi için Tanrı yasalarına uygun olması gerekmektedir<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> Doğan S. (2016). *Marcus Aurelius'un Felsefesi*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, s. 57.

<sup>53</sup> Tanrı Devleti (De Civitas Dei) adlı eseri, Gotların 410 yılında Romayı yağmalamasının ardından, imparatorların Jüpitere taptığı müddetçe Roma'nın güçlü kaldığı, ondan yüz çevrilince Roma'nın çöküşe geçtiğine dair teze bir cevap olarak hazırlanmıştır. Russel B. (2016 b). *Batı Felsefesi Tarihi*, 2. Cilt, İstanbul, s. 95.

<sup>54</sup> Ağaoğulları ve Köker, a.g.e, 2006, s. 140.

<sup>55</sup> Cicero'nun adalet kavramı siyaset ile ilişkilidir ve mümkün olan bir düzlemde siyasetçilerin bilginlikleri ile gerçekleştirilebilir bir kavram olarak anlatılmaktadır. Ancak, Augustinus, adil devletin ancak Tanrı Devleti'nde mümkün olabileceğini ve diğer devletlerin haydut devlet olarak tanımlanmasının gerekliliğini ortaya koymakla tamamı ile teolojik bir meşruiyet temeli oluşturmaktadır. Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., 2006, s. 153.

<sup>56</sup> Akıl ruhun gözüdür. Kendisine doğru gidilmesi gereken hakikat bilgeliktir ve bu ancak Tanrının bilinmesi ile mümkündür. Weber, a.g.e, 2014, s. 143.

<sup>57</sup> Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., 2006, s. 156. Augustinus'a göre her gerçek devlet yeryüzünde bulunmayan "Tanrı Devleti'dir". Yeryüzü devleti ise insanın ilk günahının cezası olan cennetten düşüşün bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 77.

Augustinus'un Tanrı Devleti öğretisi, Roma'nın yıkılması ile beliren siyasi boşlukla birlikte, Hristiyanlığın yayıldığı Avrupa coğrafyasında kurumsal boşluğu doldurabilmiştir. Ancak, bunun için kilise skolastisizminin örgütlenmesi, güçlenmesi ve siyasi iktidarın kiliseye mutlak biçimde itaat ederek meşruiyetini sağlayabileceği görüşünün kabul görmesi gerekmektedir. 13'üncü yüzyıl kilise babaları bu inşa sürecini tamamlayabilmişlerdir.

Agustinus'un Tanrı Devleti öğretisinin ardından kilisenin siyasi bir aktör oluşu hemen gerçekleşmemiştir. Kilisenin Ortodoks ve Katolik olmak üzere ikiye ayrılması, siyasi olana bağlılığını güçlendirmiştir. Ancak, Batı Roma'nın yıkılması ile birlikte Avrupa'da doğan otorite boşluğunda kilise, kendisine önemli bir sosyo-ekonomik güç alanı belirlemiştir. Bu güç alanının oluşumundaki ilk evre Kral Şarlman'ın 800 yılında Papa III. Leo tarafından taç giydirilerek Batı Roma İmparatoru olmasıdır. Kral Şarlman, kilise ile iş birliği içerisinde hareket ederek, Hristiyanlar üzerinde gücünü meşrulaştırmış, Papalık müessesesi krala sağladığı imkanla gücünü artırmıştır<sup>58</sup>.

Bu güç alanı sayesinde, dünyevi iktidarın meşruiyetinin kilisenin onayına tabi olduğu paradigması yerleşmiştir. Özellikle VII. Gregorius'un IV. Henry ile olan mücadelesi bu paradigmanın oluşumunda büyük bir rol oynar. VII. Gregorius'a göre Papa, Aziz Paulus'un varisi olarak iman ve öğreti ile ilgili son sözü söyleme salahiyetindedir<sup>59</sup>. Krala bağımlı olmayan Papa, Kralın tahtta oturduğunda Tanrı yasasından saptığını tespitite ona bağlı değildir. Bu sebeple Papa, tüm devletlerdeki kiliselerin atamalarında tek yetkili olmak iddiasındadır<sup>60</sup>.

IV. Henry'nin bu talebi kabul etmemesi Papa'nın onu aforoz etmesi ile sonuçlanmıştır<sup>61</sup>. Bu ise Kralın egemenlik yetkilerini zedelemiştir. Sonrasında IV. Henry af dileyerek bu durumu düzeltse ve VII. Gregorius'u papalıktan azletse de kendisinden sonra gelen hükümdarlar Papaların kilise üzerindeki hakimiyetini kabul etmişlerdir.

---

<sup>58</sup> TDV İslam Ansiklopedisi, C. 34, ss. 160-162.

<sup>59</sup> Esas olarak mücadelenin sebebi belirli bir mülke sahip olan kiliselerde, piskoposluk atamasının Papa tarafından mı yoksa Kral tarafından mı yapılacağıdır. Nitekim, ikisi arasındaki mücadele, siyasî ve ekonomik olarak elde edilebilecek pek çok kazancın kime ait olacağını belirleyecektir. Bkz. Salihpaşaoğlu a.g.e., 2014, s. 99, Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., 2006, s. 195.

<sup>60</sup> Salihpaşaoğlu a.g.e., 2014, s. 99.

<sup>61</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 100, Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., 2006, s. 196, Russel, a.g.e., 2016 b, s. 197.

VII. Gregorius'a göre, bir kral Aziz Petrus'un halefi olan Papa'nın vassalı durumundadır. Zira, Petrus'un otoritesi bölünemez ve bu durumda dünyevi olanla uhrevi olan arasında ayırım yapmak olanaksızdır. Papa bir güneş, hükümdar ise aydır. Bu itibarla, Tanrı'nın ışığını yansıtan Papa karşısında hükümdar ancak bir yansıtıcıdır<sup>62</sup>. Diğer taraftan, Papa'nın adaletsiz hükümdara karşı tebaanın sadakat yemininin bozabilme yetkisi elinde bulundurduğu iddiası, kilisenin dünyevi egemenlere karşı halk direnişini başlatabileceği iddiasını içermektedir<sup>63</sup>.

VII. Gregorius ile başlayan Papalığın yükselişi III. Innocent ile zirve yapmıştır<sup>64</sup>. Artık kilise hükümdarlar üzerinde mutlak hâkim durumdadır. III. Innocent ile birlikte kilise bürokrasisi de tekâmül ettirilmiş, kilisenin halk ve hükümdar üzerindeki etkisi artırılmıştır<sup>65</sup>. III. Innocent, Papayı Mesih'in vekili, Aziz Petrus'un halefi ve kilisenin başı olarak ilan etmiştir<sup>66</sup>. Tanrı ile insan arasında bir yere konumlandırıldığı Papa'nın herkesi yargılayabileceğini, ancak onu kimsenin yargılayamayacağını ileri sürmüştür<sup>67</sup>.

IV. Henri ile VII. Gerogry arasındakine benzer bir çekişme, III. Innocent ile Kral John arasında, Canterbury başpsikoposluğu atamasında yaşanmıştır. Kralın Papa tarafından önerilen adayı başpsikopos olarak atamaması üzerine, Papa, Fransa Kralı Philip Augustus'u İngiltere'ye saldırmaya hususunda kışkırtmıştır. Bunun üzerine John, Papalık tarafından önerilen adayı başpsikopos olarak atamış, el koyduğu kilise mallarını iade etmiş, İngiltere topraklarını "fief" olarak geri almak kaydıyla Papalığa teslim etmiştir<sup>68</sup>. Böylelikle Kral, Papa'nın vassalı olduğunu ve ona vergi ödemekle mükellef olduğunu kabul etmiştir<sup>69</sup>.

Hükümdar üzerinde mutlak hâkim olan kilisenin halk üzerindeki etkisi çok daha tesirlidir. Engizisyon mahkemelerini kurarak kilisenin otoritesini dünyevi olan her

<sup>62</sup> Ağaoğulları ve Köker, 2006, s. 194, Russel, a.g.e., 2016 b, s. 195.

<sup>63</sup> 27 maddeden oluşan bildirisi ile Papa, kilisenin kurumsal yetkilerini ve dünyevi egemen üzerindeki etkilerini sıralamaktadır. Ortaçağ siyaset felsefesinde kilisenin etkinliğini ortaya koyması bakımından çok önemli bir metindir. <http://web.mit.edu/aorlando/www/SaintJohnCHI/Church%20History%20Readings/Dictatus%20Papae.pdf> Erişim Tarihi: 26.06.2020.

<sup>64</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 107. Ağaoğulları ve Köker, 2006, s. 202,

<sup>65</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 108.

<sup>66</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 107.

<sup>67</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 107.

<sup>68</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 108.

<sup>69</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 108.

şeyin kilise tarafından belirlenmesi ve buna karşı çıkanların acımasız bir şekilde mahkûm edilmesi yoluna gitmiştir. Esasında, Papa ve Kral arasında yaşanan çatışmalar dünyevi gücün meşruiyeti ve kullanımına ilişkindir. Bu çatışmada uhrevi olanın yarattığı meşruiyet gücünü elinde bulunduran Papa uzun süre galip gelebilmiştir. Kilisenin hukukun meşruiyet kaynağını elinde tutması, teolojik olanın politik ve sosyal olana galip gelmesi olarak anlaşılabilir. Ancak, kilise, sadece ruhani bir yapı değildir. Birçok mülkü olan, Orta Çağ zenginliğini elinde tutan ve politik alanda söz söyleme kabiliyetinde olan bir kurumdur<sup>70</sup>. Bu durumda kilise, esas olarak dünyevi iktidarın meşruiyet tekeli elinde tutmakla politik bir üstünlük kazanmıştır. Bu politik üstünlük zenginlik ve gücü getirmiştir.

Kilisenin dünyevi egemene üstün olduğunu temellendiren öğretilerin başında “iki kılıç kuramı” gelmektedir. Kilise, tekamülü sonrası kendisine özerk bir alan oluşturamamıştır. Özellikle Salisburyli John’un “Policraticus (Devlet Adamının Kitabı)” adlı eserinde değinilen teori hakkında, orta çağda Kilisenin dünyevi egemene üstün olduğunu savunan düşünürler ortak kanaate varmışlardır<sup>71</sup>. Teoriye göre, dünyevi ve ruhani iktidarın kaynağı Tanrıdır. Tanrı biri maddi diğeri manevi olan iki kılıcı da Kiliseye vermiştir<sup>72</sup>. Ancak, Kilise manevi kılıcı kendi elinde tutmuş, maddi olanı ise dünyevi otoriteye teslim etmiştir. Bu nedenle, eline değer bahşetme yetkisi verilen Kilise, değer bahşedilen devletten üstündür.

John’a göre, güç kullanarak Hristiyan yasalarını uygulayan dünyevi otorite ile Kilise arasında yakın bir ilişki mevcuttur. Kilise’nin dünyevi otoritenin erdem sahibi olarak bu gücü kullanmasını sağlamak amacıyla onu yönlendirmesi gerekmektedir. Organizmacı görüşe sahip olan John, dünyevi iktidar sahibini başa benzetmekte, nasıl

---

<sup>70</sup> “Feodal toplumun en başından itibaren temel bileşeni olan Kilise’nin can alıcı önemi asla gözden kaçırılmamalıdır. Çok sayıda ve genellikle geniş olan toprak sahipleri pek çok Kilise senyörlüğüydü. Psikoposlar, manastır rahipleri, bütün manastırların senyörüydü. Ayrıca, Kilise dinsel ve ideolojik gerekçelerle bütün feodal sistemi destekliyordu. Ayrıca Kilise dinsel ve ideolojik gerekçelerle bütün feodal sistemi destekliyordu. Tanrı gerçekten hepsinin senyörüydü. İnsanı ilk başta ilk günahı esarete atmıştı, serfler de kesinlikle insanın bu köleliğinin bedenleşmiş haliydi. Kilise dünyevi senyörlerin müttefiki, ayrıca bütün feodal sistem kemerinin kilit taşı olarak kabul ediliyordu.” Goff J.L. (2005), “Ortaçağ’da Batı Avrupa”, (Çev. Nilüfer Uluç), *Doğu Batı Dergisi -Ortaçağ Aydınlığı* 33, ss. 39-68, s. 46.

<sup>71</sup> Salihpaşaoğlu, 2014, s. 107.

<sup>72</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 107; Ağaoğulları Köker, a.g.e., 2006, s. 219.

ki baş ruhun yönlendirmesi ile eyleme geçiyorsa, iktidar, devletin başı olarak ruhu temsil eden Kilise ve din adamlarının yönlendirmesi ile hareket edebilecektir<sup>73</sup>.

Kontrolün bulunmadığı her güç tekelinin yaptığı gibi, kilise de gücünün zirvesinde iken bugün insanlığın utanç içerisinde hatırladığı uygulamalar yerine getirmiştir. Engizisyon mahkemelerinin kurulması, insanların bilime dair uğraşlarının kısıtlanması gibi uygulamalar, kilisenin teolojik olarak hukuku meşrulaştırmakla birlikte, tiranca bir dünyevi yönetim sergilediğini göstermektedir. İmanını kaybeden veya kaybettiğinden şüphelenilen kişilerle mücadele için kurulan engizisyon mahkemeleri, Papalığın gücünün zirvesinde iken İtalya, Almanya, İspanya, Portekiz ve Fransa’da pek çok kişinin diri diri yakılmasına hükmetmiştir<sup>74</sup>.

Engizisyon uygulaması ile Papalık, bir terör dönemi başlatmış, kilise öğretilerine karşı çıkanların, Yahudilerin ve Müslümanların engizisyon mahkemelerinde yargılanarak ölüme veya daha hafif cezalara çarptırılmalarına sebep olmuştur<sup>75</sup>. Papalık, otoritesini sorgulayan kişiler ile birebir mücadelesini sürdürürken, 16’ıncı yüzyılda ortaya çıkan Protestanlık mezhebi ile birlikte, kilisenin artık başka bir mezhebe inanan geniş kitleler ile mücadele etmesi gerekecektir<sup>76</sup>. Katolikler ve Protestanlar arasındaki savaşlar Avrupa tarihinin önemli bir kısmını teşkil etmektedir<sup>77</sup>. Kilisenin zalim uygulamalarının sonunu, dünyaya dair bilginin artması ile kilisenin bilgi üzerindeki otoritesinin, aynı zamanda iktidar ve hukuk üzerindeki meşruiyetinin azalması getirmiştir. Kilisenin dünyevi olana dair otoritesini sorgulayan ve bunu sistemli bir şekilde açıklayan ise yine kilise içerisinde yetişmiş bir din adamı tarafından gerçekleştirilecektir.

<sup>73</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e.,2014, s. 108. Ağaoğulları-Köker, a.g.e., 2006, s. 212.

<sup>74</sup> TDV İslam Ansiklopedisi, 11. Cilt, s. 238-241, Engizisyon maddesi.

<sup>75</sup> Eroğlu A.H. (2004). “Farklı inancı Tehdit Olarak Algılamanın Sonucu: Engizisyon Terörü”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, 7 (20), ss. 93-100, s. 97.

<sup>76</sup> Nitekim, 30 yıl savaşları, 100 yıl savaşları gibi bitip tükenmek bilmeyen çatışmalar mezhepler arası pek çok diğer sebebin yanında mücadelenin bir sonucudur. Ancak, en üzücü olanı “Aziz Bartholomew Yortusu Katliamı” olarak kayıtlara geçen ve binlerce savunmasız protestanın öldürülmesi olayıdır. Bu saldırının ardından Fransa’da pek çok protestan soylu Katolikliğe geçmek durumunda kalmıştır. Konner M. (2008). *Early Modern Europe: The Ages of Religious War- 1559-1715*, Toronto, s. 105-106. Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 134.

<sup>77</sup> Katolikler ve Protestanlar arasında uzun süren savaşların en kanlısı 1618 ile 1648 yılları arasında meydana gelen “otuz yıl savaşları”dır. Bu savaş Westphalia Antlaşması ile sona ermiştir. Salihpaşaoğlu Y. ve Gümüş Boyacı Ö.T. (2020). “Bir Modern Devlet ve Egemenlik Miti: Westphalia Barışı”, *ERÜHFD*, 15 (1), s. 200.

### 2.1.2.3. Thomas Aquinas ve aklın zaferi

Thomas Aquinas ile birlikte Hristiyanlığın Platon felsefesinden mülhem olan ideci yaklaşımı, yerini Aristo felsefesine dayanan maddi anlayışa bırakmıştır<sup>78</sup>. Bu değişim, hakikatin Tanrısal alemde değil, yeryüzünde kavranabileceği ve dolayısıyla mutlu bir yaşamın gereksinim duyduğu adaletin dünyada politik bir düzen içerisinde kurulabileceğini varsaymaktadır.

Thomas'ın yaptığı bu değişim esasında büyük bir din düşüncesidir<sup>79</sup>. Ancak bunun yanında hukukun meşruluk zeminini akli olana çekebilmesi ayrı bir önem taşımaktadır. Thomas, kilisenin Tanrı'nın vahiy aracılığı ile insanlara hakikati bildirdiği öğretisine akli dahil ederek yeni bir anlayış oluşturmuştur<sup>80</sup>. Bu anlayış, Antik Yunanda köklerini bulan ve Orta Çağda yükselen skolastik anlayıştır.

Thomas'a göre, yasa ortak yararın gerçekleşmesini sağlamak maksadı ile irade ve akılla oluşturulmaktadır. Ancak yasalar kademeli bir şekilde sıralanarak birbiri ile ilişkisi kademelendirilmektedir. Yasalar, sonsuz yasa (lex aeterna), doğal yasa (lex naturalis), tanrısal yasa (lex divina), insan yasası (lex humana) olmak üzere dört sınıftır<sup>81</sup>.

İnsanlar sosyal bir varlık olarak bir arada yaşamak durumundadır. Bu insanın doğasının bir gereğidir. Ancak, insanlar arasında çatışma meydana geldiğinde, uyuşmazlıklar baş gösterdiğinde sükuneti sağlayacak, ortak yaşamı idame ettirecek bir müesseseye ihtiyaç duyulacaktır. Sosyal düzenin barış içerisinde devamı ancak bir devletle sağlanabilir. Bu sebeple devlet, doğal bir olgudur. O halde devlet bir yasaya bağlı olarak değil, kendiliğinden gelişen doğal bir olgu olmakla meşruiyet tartışmalarının dışındadır<sup>82</sup>. Devletin ortaya koyduğu kurallar, sosyal düzenin devamını sağlama amacına matuf olmakla baskıcı dahi olsa aşırıya kaçılmadığı zaman

<sup>78</sup> Weber, a.g.e., 2013, s. 180.

<sup>79</sup> “Senteziyle, felsefenin Ortaçağ’da ulaştığı en yüksek düzeyi ifade eden Aquinaslı hiç kuşku yok ki, herşeyden önce kendisinden önceki Hristiyan düşünürlerin yapmış olduğu gibi, tutarlı bir teoloji geliştirmek, Kilisenin veya Kilise Babalarının öğretisindeki kimi çelişik unsurları ortadan kaldırmak ve Hristiyan inancım sistemleştirmek işiyle meşgul olmuştur.” Cevizci A. (2001), *Ortaçağ Felsefesi*, Bursa, s. 261.

<sup>80</sup> “...Aquinas’a göre siyasal toplum yani devlet, Augustinus’un ileri sürdüğü gibi insanın “ilk günah (original sin)” nedeniyle yaşadığı düşünün bir ürünü değildir. İnsanın ihtiyaçlarının, rasyonel ve sosyal kapasitesinin ortaya çıkardığı, insanın doğasına tamamen uygun bir kuruluştur. Amacı güvenliği korumak, ortak yararı gerçekleştirmek ve insanların ahlaklı, erdemli ve mutlu bir hayat sürmelerini sağlamaktır...” Salihpaşaoğlu, a.g.e, 2014, s. 113.

<sup>81</sup> Ağaoğulları ve Köker, a.g.e, 2006, s. 247.

<sup>82</sup> Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., 2006, s. 252.

uyulmak durumunda olan yasalar<sup>83</sup>. Zira, insanın sosyal kapasitesi tek başına yaşamak için uygun değildir. İnsan, ihtiyaçlarını karşılamak için hemcinsleri ile aynı toplum düzenin yaşamak zorundadır<sup>84</sup>.

Yasaların meşruiyeti ancak doğal yasalara ve tanrı yasalarına uygun olmakla kazanılır. Yasalara uyulması, devletin doğal bir olgu olması ve yaptırım korkusu ile norma uymanın gerçekleştirilmesindendir. Ancak, meşruiyet yine doğal yasa ve tanrı yasalarına uygun olmakla kazanılmaktadır<sup>85</sup>.

Thomas her ne kadar dini aklileştirme çabasında olsa da nihayetinde bir din adamıdır. Dolayısıyla, teokratik bir meşruiyet teorisinin nirengisidir. Yine de Thomas, kilise öğretisinin akli yok saydığı ezberi kırabilmiştir<sup>86</sup>. Thomas, aklın kiliseden bağımsızlaşmasının yanı sıra, insanın doğası gereği rasyonel olması ve sosyal kapasitesinin siyasal iktidarı zorunlu kıldığını<sup>87</sup>, Aristo'dan esinlenerek dile getirmiştir. Nasıl ki rüzgârın etkisi ile farklı limanlara yönelen gemiler bir kaptan sayesinde limana ulaşıyorsa, insanın bütün yaşamıyla eylemlerini amaca uygun olarak gerçekleştirebilmesi için bir rehber ihtiyacı vardır ve bu rehber dünyevi iktidardır<sup>88</sup>. Bu öğretisi ile Augustinus'un "ilk günah (original sin)" görüşünden ayrılarak dünyevi iktidarı insanın rasyonel ve siyasal kapasitesi ile açıklamıştır<sup>89</sup>. Yine de Aquinas'ın dünyevi iktidar ile ruhani otorite arasındaki ayrımı mutlak biçimde ortaya koyduğu söylenemez. Papanın, dünyevi ve ruhani iktidarın elinde topladığı, din ve vicdan özgürlüğünü reddi, Hristiyan inancını güçlendirmek için dünyevi gücün kullanılmasını önermesi gibi düşünceleri, bu ayrım hususunun Thomas Aquinas düşüncesinde belirsiz kaldığını göstermektedir<sup>90</sup>.

<sup>83</sup> Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., 2006, s. 254.

<sup>84</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 112.

<sup>85</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 113.

<sup>86</sup> "Thomas (Aquinas), Augustinus ve Anelmus'dan sonra Hristiyan dogmatizminin en mükemmel örneğidir. Fakat ne kadar ateşli olursa olsun, inancı artık el sürülmemiş kanıların tazeliğine sahip değildir. bu daha ziyade istenen bir inançtır. Kendisine binlerce güçlük çıkaran düşünce ile savaşan enerji sahibi bir iradenin devamlı çabasıdır. Thomas devrinden başlayarak akıl ve Katolik inancı, resmi ilahiyat ve felsefe birbirinden ayrılıyorlar, karşılıklı prensip ve menfaatlerinin farkına varıyorlar. Daha uzun zaman felsefe ilahiyata bağımlı olacak ama bağımlı olmakla beraber, onun bundan sonra ayrı bir yaşayışı, kendine özgür bir faaliyet alanı vardır." Weber, a.g.e., 2013, s. 188.

<sup>87</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 113.

<sup>88</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 113.

<sup>89</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 113.

<sup>90</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2014, s. 114.

Bir iktidarın tiranlığa varan yönetim sergilemesi durumunda John'un tirana isyana teşviki karşısında Thomas, onun yüreğini değiştirecek Tanrı'ya dönülmesini önermesi ve kutsal yardım talebini dile getirmesi Kilisenin devlet üzerindeki üstünlüğünün işareti olarak kabul edilebilir. Salihpaşaoğlu, Aquinas düşüncesinde Kilisenin mevcut pozisyonunu koruyan, Kilise müttefiki olduğunu gösterir ifadelerin yanı sıra, dünyevi iktidar ile ruhani iktidar arasında ayrım yapan, yeni dönemin habercisi olarak nitelendirilebilecek değerlendirmeler olduğunu, modern siyasal düşüncenin izleriyle karşılaşılabileceğini belirtmektedir<sup>91</sup>.

Her ne kadar Russel, Thomas'ın özgün bir düşünür olmadığını ifade etse de<sup>92</sup> yukarıda söz ettiğimiz şartlar altında, kilise otoritesinin zirvesinde iken yaptığı paradigma değişimi ile bilgi tekelinin teolojiden sıyrılmasına katkı sağlamıştır. Kendisinden sonra, Papaların dünyevi iktidar üzerindeki etkilerinin kısıtlanmasında, Aquinas'ın öğretilerinin büyük tesiri olmuştur. Diğer taraftan, hukukun aklileşmesinde teolojik olanın etkisinin azalmasının yanı sıra, dünyanın etrafındaki esrarın kalkması da etkili olmuştur.

### **2.1.3.Meşruiyetten Hukukiliğe: Aydınlanma Çağında Tabii Hukukun Meşruiyet Temelinin Dünyevileşmesi**

#### **2.1.3.1. Tabii hukukun meşruiyet temeli: doğal hakkı koru!**

Batı Avrupa'da 15'inci yüzyıldan itibaren kilisenin siyasi otoritesini sorgulayan metinler ortaya çıkmıştır. Önce Rönesans, ardından Reform hareketleri ile kilisenin teolojik işlevi derin bir sarsıntı geçirmiştir. İnananların Tanrı'nın gösterdiği hakikati doğrudan kavrayabileceği tezi pek çok yerde kanlı savaflara sebep olsa da Hristiyan dünyasında kabul edilmiştir; bugün ayrı ayrı pek çok mezhep hayatına devam etmektedir<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e.,2014, s. 115.

<sup>92</sup> "Aquinas'ta gerçek felsefi ruh fazla yoktur. Platon'un Sokrates'i gibi, argümanın götürdüğü yere gitmek üzere yola çıkmaz. Sonucunu önceden bilmenin olanaksız olduğu bir soruşturmaya girmez. Felsefe yapmaya başlamadan önce, hakikati zaten bilmektedir; Katolik inançta ilan edilmiştir. İmanın bazı bölümleri lehine açıkça rasyonel argümanlar bulabilirse ne âlâ; bulamazsa, vahye dönmesi yeter. Önceden verili bir sonuç için argümanlar bulmak felsefe değildir, özel savunmadır. Bu nedenle, Yunanistan'ın ya da modern zamanın en iyi filozoflarıyla bir düzeye koyulmayı hak ettiğini düşünemiyorum." Russel, a.g.e., 2016 b, s. 274.

<sup>93</sup> Bu ayrılmalara esas olarak Martin Luther, Thomas Münzer ve Jean Calvin'in kilise skolastiği ile yaptıkları mücadelenin büyük katkısı olmuştur. Diğer taraftan, skolastiğin zayıflaması ile Batı Avrupa, seküler hukuk düzenini ve meşruiyetini aklî temelde inşa edebilecekleri siyasal iktidarlara kurma



Reform hareketinin en önemli sonucu, evrensel bir örgütlenme olan Roma Kilisesi'nin ve hiyerarşisinin yeniden parçalanmasıdır. İznik Konsili'nde gerçekleşen ayrılığın ardından, Katolik dünyası yeni bir ayrılık yaşamak durumunda kalmıştır. Bunun neticesinde ortaya çıkan dinden ayrı bir epistemoloji kurulmasının sağlanmasıdır<sup>94</sup>. Kilisenin yara aldığı diğer alan ise bilimsel bilginin kiliseden ayrı olarak inşa edilmesidir. Kepler, Copernicus ve Galileo ile dünyanın güneş sistemindeki konumu, ay ve yıldızların hareketleri gibi gök bilime dair yeni kavrayışlar, aklın temelde olduğu bir bilgi sahasının inşasına öncülük etmiştir<sup>95</sup>. Gök cisimlerin hareketlerinin akıl yolu ile kavranması ve açıklaması ile birlikte teolojik anlatının dünyaya dair söylemiş olduğu efsunlar dağılmıştır. Diğer taraftan, yeni paradigma Hristiyanlığın insan kavrayışının dönüşmesine ve hümanizmin doğmasına vesile olmuştur<sup>96</sup>.

İnsan bu dönemde, doğayı, teolojik anlatıyı bir kenara bırakarak akla dayalı bir biçimde kavramak istemiştir. Felsefe alanında Bacon'ın gözlemciliğin ile başlayan bu akım, tümdengelim yerine tümevarım metodunu benimsemiştir. Bir hipotez ile başlayan deneysel akıl, rasyonel felsefenin inşa sürecini başlatmıştır<sup>97</sup>.

Bu bilimsel ve felsefi gelişmelere ek olarak, kara imparatorluklarının belirlediği coğrafi alan, okyanusların aşılması, yeni ticaret yollarının ve Amerika kıtasının keşfi ile eski anlatıların kılavuzluğunun sorgulanmasına sebep olmuştur. Amerika'nın keşfi Avrupa'ya yeni bir ufuk açmış, yeni ticaret yolları, maden sahaları ve fazla nüfusun çalışabileceği yeni topraklar siyasi ve ekonomik olarak pek çok yeniliğin ortaya çıkmasına vesile olmuştur. Kara imparatorluklarının domine ettiği düzen, denizlerde hâkim olan imparatorlukların pay ettiği yeni bir küresel anlatıda vücut bulmuş; önce

---

becerisini gösterebilmiştir. Şenel A. (2006). *Kemirgenlerden Sömürgenlere İnsanlık Tarihi*, Ankara, s. 840 v.d. Ağaoğulları M.A. ve Köker L. (1991). *Tanrı Devletinden Kral Devlete*, Ankara, s. 142.

<sup>94</sup> Ağaoğulları ve Köker a.g.e.,1991, s.142.

<sup>95</sup> Russel, bilimsel aklın oluşumunda Kopernik, Kepler, Galileo ve Newton'un kurucu olduğunu ifade eder. Russel B. (2016 c), *İlkçağ Felsefe Tarihi 3. Cilt* (Çev. Ahmet Fethi), İstanbul, s. 68 v.d.

<sup>96</sup> "Hristiyan din anlayışında Tanrı insanları düşük olarak yer yüzüne göndermekte ve sonra da onları, bütün ömürleri boyunca bu düşüklüğün izalesi için çırpınmak zorunda bırakmaktadır." Hocaoglu D. (1995). *Laisizmden Milli Sekülerizme: Laiklik Sorununun Felsefi Çözümlemesi*, Ankara, s. 83.

<sup>97</sup> Bacon F. (2015). *Novum Organum* (Çev. Talip Kabadayı), İstanbul, 1. Kitap, 70. par. v.d. Bacon'ın hedefi, bilgidен çok, doğa üzerinde güç sahibi olmak, doğaya egemen olmaktır. Bacon'a göre kendinde bilgi ya da doğruluk yoktur. Bütün bilgiler insana yararlı olmak, dünya üzerinde regnuma humanum'u (insan egemenliğini) sağlamaktır. Bumin T. (2016). *Tartışılan Modernlik: Descartes ve Spinoza*, İstanbul, s. 19.

Portekiz ve İspanya, ardından Hollanda, İngiltere ve Fransa denizlerde kurdukları güçle kara imparatorluklarını ekonomik ve askeri olarak geride bırakmıştır<sup>98</sup>.

Altın ve gümüşe dayalı, merkezi idaresi güçlü yeni devletler, burjuvanın arzuladığı belirli bir hukuk düzeni inşa etmek durumunda kalmışlardır. Batı Avrupa'nın ekonomik modeli olan feodaliteden miras kalan sözleşme esaslı hukuk, burjuvanın belirlenebilir bir hukuki kaideler talep etmesine vesile olmuştur. Borsa, banka ve sigorta müesseselerinin ihdası ile burjuva kapitalizminin ihtiyaç duyduğu temel kurumlar olan özgürlüğü koruyucu mahkemeler, pozitif hukuk düzenlemelerindeki yerini almıştır<sup>99</sup>.

Pozitif hukuka dair düzenlemelerin artması ile birlikte, iktidarın meşruiyetine dair sorgulamalar yeni dünyevi meşruiyet araçları ve hukuki müesseseler kurulmasını zaruri kılmıştır. Bu sorgulamalar esasında Kilise taassubundan kurtulan ve akıl aracılığı ile dünyayı anlamaya çalışan Batı Avrupa düşünürlerinin bir adım daha ileri gitmesini gerektirmiştir. Nihayetinde, filozoflar, 17'nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren kamusal alanı kendi siyasi, hukuki norm ve uygulamalarıyla varlığını sürdüren, özerk, gayri şahsi, kurumsal bir varlık biçiminde kavramsallaştırdıkları egemenlik fikrini olgunlaştırmışlardır<sup>100</sup>. Egemenlik fikrinin olgunlaşması ile birlikte bireyler haklarını ileri sürebildikleri, yönetimine katılabildikleri, ondan yeni haklar talep edebildikleri modern ulus devletin vatandaşı olma yolunda olmuşlardır<sup>101</sup>.

Bilimsel ve ekonomik olarak ortaya çıkan yenilikler hukukun meşruiyet alanının değişimini de gerekli kılmıştır. Prens adlı eseri ile Machiavelli devleti elinde tutan iktidarın izahını reel gücü (actua potestas) çerçevesinde sağlamıştır. Machiavelli meşruiyet kaygısı gütmeksizin iktidarın reel politik alanda kendisine itaat edilmesini sağlayacak anlatıları kendiliğinden oluşturmasını beklemiş vesiyasal iktidarın erdemle (virtue) birlikte talih (fortuna) yardımı ile kişilerde vücut bulduğunu ifade ederek meşruiyetin teolojik zeminini terk etmiştir<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Merriman J. (2018). *Rönesans'tan Bugüne Modern Avrupa Tarihi* (Çev. Şükrü Alpagut), İstanbul, s. 205 v.d.

<sup>99</sup> Smith A. (2018), *Hukuk Üzerine* (Çev. Ahmet Celiloğlu), İstanbul, s. 85.

<sup>100</sup> Loughin M. (2015). *Kamu Hukukunun Temelleri*, (Çev. Dilşad Çiğdem Sever- Kıvılcım Turanlı), Ankara, s. 82.

<sup>101</sup> Loughin, a.g.e, s. 82.

<sup>102</sup> "Machiavelli'nin asıl tercih ettiği iktidare gelme yolu ise kendi yetenekleri, becerileri, cesareti gibi bireysel güçlerini (virtu) kullanarak iktidara gelmesidir. Böyle iktidara gelmek zordur ama, yetenekleri kullana kişi, koşulların yerine getirecek, talihin (fortuna) değişmesinden en olumlu bir biçimde

Descartes'ın yöntem olarak akli önceleyen metodunun<sup>103</sup> etkisi ilk olarak Hobbes'un teorisinde kendisini göstermiştir. İktidarın meşruiyetinin niçin teolojik alandan ayrılması gerektiğini izah ettiği eserinde, geometri biliminden mülhem akılcı bir iktidar temellendirmesine girişmiştir<sup>104</sup>. Her ne kadar despot olarak nitelendirilecek bir iktidar tasavvur etse de iktidarın yalnızca akli olarak izahı, hukukun ve iktidarın teolojik meşruiyet alanından çıkmasında çok büyük bir etki yaratmıştır.

Hobbes, doğa durumu tasavvurunda, insanın en önemli amacının hayatta kalmak olduğunu belirtir<sup>105</sup>. İnsanların birbirilerinin kurdu olmasının sebebini, kurtların sürüdeki diğer kurtları yiyerek hayatta kalmasından esinlenerek dile getirmektedir. Ancak, insan çatışma halinde bir toplumsallık inşa edemeyecek ve hayatını birey olarak idame ettiremeyecektir. Bu durumda, en temel doğal hakkı veya dürtüsü olarak tanımlanabilecek hayatta kalma düsturunu izleyerek tiranlığa varan yönetimin doğa durumundaki çatışma ortamının ortaya çıkmaması için meşru addedilmesini salık verir. Otoritenin çatışmayı önlemesi o derece mühimdir ki dünyevi otorite ilahi olanın yorumlanmasında din adamlarının üzerinde yetkiye sahiptir<sup>106</sup>. Hobbes ile birlikte doğal hak meşruiyetin ölçüsü haline gelmiştir. Tiran dahi meşrudur çünkü doğal hak olan yaşamda kalmayı doğa durumuna görece daha iyi sağlayabilmektedir. Bu durumda, Hobbes'a göre temel doğal hak, insanın hayatta kalmak için gerekli tüm

---

*etkilenmeyi bilecek yeterliliğe sahip olduğundan, iktidarını güçlü kılıp uzunca bir süre koruyabilecektir.*" Ağaoğulları ve Köker, 1991, s. 179. Machievelli (2015). *Prens*, (Çev. Ayşe Tolga), İstanbul, s. 57.

<sup>103</sup> Metodun temel prensipleri için bkz. Descartes (2015). *Metot Üzerine Konuşma*, (Çev. Atakan Altınörs), İstanbul, s. 19.

<sup>104</sup> "16 ve 17. yüzyıl matematikte elde edilen ve yukarıda kısaca değindiğimiz büyük başarıların nedenini kullanan yöntemde görenler, aynı yöntemi diğer düşünsel alanlarda da kullanmak istediler. Bununla birlikte özellikle Padua Okulu'nun "ayırıştırma(resolution)- birleştirme(composition)" 16 ve Euclid'in 17 "geometrik" yöntemine kendisini Hobbes kadar kaptıran çok az sayıda sosyal bilimci vardır" Salihpaşaoğlu Y. (2013). "Mutlak Monarşiye Laik Savunma: Tevratın Canavarı Leviathan", *AÜHFD*, 62 (3), s. 824.

<sup>105</sup> Uslu, Hobbes'un bu temel savunusunu "kendini koruma" olarak niteler. Uslu, Hobbes'un teorisinin kişinin kendi hayatıyla ilgili konularda mutlak egemen olduğu savından hareketle oluştuğunu; fakat bireysel öncüllerden hareket etmesine rağmen insan haklarını merkeze alan sınırlı bir devlet anlayışını korumadığını belirtmektedir. Bunun sebebi olarak Hobbes'un felsefi metodu ve insan doğası anlayışını göstermektedir. Hobbes'un bireysel hak ve özgürlükleri ahlâkî bir norm veya değer olarak ortaya koymak yerine insanların psikolojik güdülerini ile temellendirme yoluna gittiğini, pozitivist ve ampirik bilim anlayışının sonucu olarak; insanları, sadece hayatta kalmaya çalışan bir canlı olarak gördüğünü, onları ahlaki eylemlerde bulunan bir fail olarak kabul eden perspektiften yoksun olduğunu iddia etmektedir. Uslu C. (2007). *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri: Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, s. 83.

<sup>106</sup> Salihpaşaoğlu, Hobbes'un bu çabasını monarşiye getirilen laik savunu olarak ifade eder. Zira; Hobbes, kilise kurumunun üzerinde bir dünyevi otorite kurgular, bu kurgunun temelinde ise doğal hak ve sözleşme teorisi gibi seküler iki kavram yer almaktadır. Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2013, s. 839 v.d.

yolları kullanmasıdır<sup>107</sup>. Hobbes’a göre insan için en iyi olanın kendisini koruması, en kötü olanın ise ölüm olduğunu ifade etmiştir.<sup>108</sup> Bunun neticesinde, insanın doğa durumunda temel hakkını koruyacağı bir ortam oluşmadığından, yapması gereken kendisinin ve başkalarının hayatlarının idamesi için barışı aramalı ve izlemelidir. Barışın teminin sağlayacak olan ise herkesi korku altında tutacak üstün güç olan *Leviathan*’dır<sup>109</sup>.

İnsan aklının doğayı keşfi ile birlikte kendisine konulan teolojik engelleri aşabilmenin bir arayışı sonucu, özgürlük fikri siyasetin temel itici unsuru haline gelmiştir. Bu anlamda özgürlük düşüncesinin siyasi ve hukuki olanı şekillendirmesinde Spinoza ve Locke düşüncesinin önemli bir yer ihtiva ettiği muhakkaktır. Spinoza, Hollanda’da 1670 yılında kaleme aldığı metin ile siyaset alanında otoriteye özgürlük çağrısında bulunmaktadır. Ancak, bu özgürlük sınırsız bir özgürlük değildir. Şöyle ki; Hobbes’un *Leviathan* isimli devleti nasıl siyasal alanda zorunlu olarak tek ve mutlak egemen olarak tanıdı ise, Spinoza da her bir bireyi kendi düşüncesi üzerinde tekil bir mutlak erke olarak görmektedir. Bu sebeple, Spinoza insanların doğal olarak düşündüklerini ve düşüncelerinin biricik olduğunu ifade eder. Ancak, bu düşünce hürriyeti ifadeye dönüştüğünde, kamusal alana yansıdığına, devletin burada düşünceyi açıklama hürriyetine müdahalesi söz konusu olabilir. Bu anlamda hiçbir yerde mutlak olarak düşünceyi açıklama hürriyetinin bulunmayacağını belirtir. Yine de, devlet açıklanan düşünceye müdahalede bulunurken bunu kendisine karşı yapılan yıkıcı eylemler ile bir tutmamalıdır<sup>110</sup>. Yalnızca devletin belirli işleyişlerinin değişmesine veya değerlendirmesine ilişkin olup yıkıcı bir özellik barındırmayan düşüncelerin sınırlanmaması gerekmektedir. Bu talep, bireylerin doğası gereği düşünmelerinin bir sonucudur<sup>111</sup>.

Spinoza’nın düşünce ve ifade özgürlüğüne bakış açısının yanı sıra, Locke’un mülkiyet hakkını doğal hak olarak kabul etmesi, doğal hak teorisini siyasal düzenin yeniden oluşumundaki etkisini artırmıştır. Burjuvanın arzuladığı kamu düzenini kurması için mülkiyet hakkının güvence altına alınması gerekmekte idi. Locke, doğa durumunda herkesin ortak kullanımına sunulan şeylere insanın emeğini katarak onu bireysel

<sup>107</sup> Hobbes. (2011). *Leviathan*, (Çev. Semih Lim), İstanbul, s. 87; Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2013, 831.

<sup>108</sup> Hobbes, a.g.e., 2011, s. 87; Salihpaşaoğlu, a.g.e. 2013, 831.

<sup>109</sup> Hobbes, a.g.e., 2011, s. 114; Salihpaşaoğlu, a.g.e. 2013, 831.

<sup>110</sup> Ağaoğulları M.A, Çulha Zabcı F., Ergün R.(2009). *Kral Devletten Ulus Devlete*, Ankara, s. 69.

<sup>111</sup> Ağaoğulları ve diğerleri, a.g.e., 2009, s. 70.

mülküne geçirdiğini, bu sebeple mülkiyet hakkının asla dokunulmaması gereken temel bir doğal hak olduğunu ileri sürmesi ile burjuva mülkiyetini otoriteye karşı güvence altına alınmıştır<sup>112</sup>. Mülkiyetin dışında yaşam hakkını ve özgürlüğü koruması gereken iktidar, bunları temin etmediğinde gayri meşru hale gelmektedir ve bu iktidara direnmek ahlaki bir ödev halini almaktadır. Locke, İngiliz devriminde parlamentonun iktidarın merkezinde yer almasını sağlayan teorisini bu tez üzerine bina etmiştir. Hükümet Üzerine İki İnceleme (*Two Treatises of Government*) adlı eserinde Locke, devlet iktidarını yasama, yürütme ve federatif olmak üzere üçe ayırmış ve uhrevi iktidar anlayışını dünyevi olarak açıklamaya çalışmıştır<sup>113</sup>. Locke teorisini oluşturmada evvel İngiltere, General Cromwell diktasında uzun yıllar tiranlıkla yönetilmiş bir memleket idi. Locke ise, geleneksel krallık otoritesinin muhafaza edildiği, burjuva değerlerinin korunduğu bir siyasi sistem oluşturma amacı ile iktidarı hem fikri hem kurumsal olarak sınırlandırmayı amaçlamıştır<sup>114</sup>. Diğer taraftan, Locke, insan doğasını, Hobbes'tan farklı olarak düşünen, eyleyen, tercih edebilen bir aktif fail olarak kabul etmektedir. Uslu, İkinci Deneme'nin ruhundan, Locke düşüncesinde, üç temel doğal yasa olarak kabul edilen, hayat, hürriyet ve mülkiyet haklarının birincil ilkeler olduğuna dair çıkarım yaptığını belirtir<sup>115</sup>. Uslu ayrıca, "İkinci Deneme" eserinde, Locke'un doğal hak anlayışının tam olarak görülemediğini, "*Tabiat Kanunu Üzerine Denemeler*" (*Questions Concerning the Law of Nature*) adlı eserinde ise doğal hakların ilahi bir kökenden geldiğine dair savlarının bulunduğunu belirtmektedir. Böylelikle Locke düşüncesinde doğal hakları yalnızca aklın bir zorunluluğu olarak değil ilahi bir temeli olan teoriye dönüşmektedir<sup>116</sup>. Ayrıca Locke, rasyonel olarak insanın ahlaki bakımdan doğa yasalarına uygun hareket etmesinin bir gereklilik olduğunu da belirtmektedir<sup>117</sup>.

<sup>112</sup> Ağaoğulları ve diğerleri, a.g.e.,2009, s. 178-179.

<sup>113</sup> Locke J. (2003). *Two Treatises Government and A Letter Concerning Toleration*, London, s. 164. Özkan Duvan A. (2019). "Devlet Teorisinde Kuvvetler Ayrılığının Doğuşu: Locke Ve Montesquieu", *YBHD*, 4 (1) s.s. 35-60, s. 40.

<sup>114</sup> Ağaoğulları ve diğerleri, 2009,s. 208-212.

<sup>115</sup> Uslu, 2007, s. 92.

<sup>116</sup> Uslu, a.g.e., s. 92.

<sup>117</sup> Uslu, a.g.e., s. 92. "Bu yasalar insan davranışına yön vermek üzere, iyi ve kötüye, doğru ve yanlışla ilişkin ödevlerler yüklerler. Doğa yasasının insanın kendini koruma güdüsüne ve kendi çıkarıyla ilgilenmesine indirgenemeyeceğini belirtir. Bu durumda insan kendi çıkarına uygun gördüğü her şeyi "iyi" olarak görecektir ve onun üzerinde herhangi bir ahlaki yükümlülük kalmayacaktır. Locke doğa yasasını tabii bir dürtü olarak anlayan ve "bütün doğruluk ve dürüstlüklerin dışardan gelen bir kanun tarafından değil de her insanın kendi özel çıkarı tarafından belirlenmesi gerektiğini" ileri sürenlere karşı çıkar. Arkasından, doğal yasanın temelinin özel çıkar olamayacağını söylerken,

Düşünce ve ifade özgürlüğü, mülkiyet hakkının güvenceye alınması, eğitimin yaygınlaşması ile okuryazarlığın artması ve matabaanın gelişimi insanların Katolik inançtan kaynaklı bir siyasal erke itaat etmesini zorlaştırmıştır. İngiltere’de parlamento, Fransa’da Eiaux Generaux meclislerinin toplanması ve bu sayede insanların yönetimde temsil edilme arzusu, demokratik yönetimin ilk gereği olan halk temsilini gerçekleştirmiştir. Yeni dünyada kurulan ABD’de de ise devlet zaten doğrudan temel doğa yasaları ve sosyal sözleşme teorisi çerçevesinde kurumsallaşmıştır.

Meşruiyetin zemini ölçülebilir, bir başka somut veri ile sınanabilir bir yaklaşıma dönüşmüştür. Tanrıdan, kültlerden atalardan gelen meşruiyet yerine doğrudan siyasal bilince sahip halk tarafından kabul edilen siyasal iktidara itaat edilmesi beklenmektedir. Sivil toplum, burjuva sınıfı ve yeni bir devlet idaresi sistemi ile hukukun meşruiyet zemini teolojik olandan rasyonel olana evrilmiştir. Bu durumda en büyük etken ise artık geleneksel ekonominin yarattığı toplum ve bireyin yerini uzun mesafeli ve çok katmanlı ekonomik ilişkilerin alması olmuştur<sup>118</sup>. Bu ilişki biçimleri yeni bir devlet ve hukuk teorisini gerektirmiştir.

Sosyal sözleşme teorisi, bu anlamda, teorisyenlerin rasyonel iktidar arayışlarının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Locke’un teorisinde sosyal sözleşme ile iktidara yüklenen ödev hayat, hürriyet ve mülkiyet hakkına dokunmamaktır. İktidarın gayri meşru biçimde bu haklara dokunması durumunda halkın direnme hakkına müracaat ederek iktidarı görevden el çektirme hakkı vardır<sup>119</sup>.

Rousseau ise doğa durumunda insanlar arasındaki eşitsizliği, mülk edinmenin bozduğu iddiası ile sosyal sözleşme sonucu ortaya çıkan genel iradenin mülk ile bozulan sosyal düzeni korumayı ve toplumu bir arada tutmayı amaç edindiğini ifade

---

*insanların çıkarı ile bu ahlâkî normlar arasında bir aykırılık olduğunu kast etmediğini belirtir. Zira “insanların özel mülkiyetlerinin en güçlü koruyucusu tabii hukukun kendisidir”* Uslu, a.g.e, s. 93.

<sup>118</sup> Habermas, modern ekonominin “oikos” (ev) yerine pazarı esas almasının toplumu ve bireyi dönüştürdüğü kanaatindedir. Habermas J. (2014). *Kamusal Yaşamın Yapısal Dönüşümü*, (Çev. Tanıl Bora-Mithat Sancar), İstanbul, s. 82.

<sup>119</sup> Locke J. (2012). *Yönetim Üzerine İkinci Deneme*, (Çev. Fahri Bakırcı), Ankara, s. 98-99. Locke tarafından sistemleştirilen direnme hakkının belirli şartlar altında kullanılması meşrulaştırılmıştır. Bu şartlar; yönetimin meşruiyetini yitirmesi, direnişin son çare olması ve direnişin siyasal toplum tarafından icra edilmesidir. Bkz. Değirmencioğlu B.(2016). “John Locke’da Doğa Durumu Ve Direnme Hakkı”, *GÜHFD*, 20 (3), ss. 375-410, s. 391 v.d.

eder<sup>120</sup>. Genel irade Tanrı ile aynı özellikleri taşımakta, yanılmazlığı ile bireylere yol göstermektedir<sup>121</sup>.

Rousseau ise Locke ile benzer şekilde bir doğa durumu tasvir etmektedir. İnsanın zincirlere vurulmadığı bu çağda, eşitsizlik, adaletsizlik ve diğer olumsuz kavramlara yer yoktur. Ancak, insandaki mülkiyet hırsı, bir çit ile etrafını çevirdiği yere benimdir demesine sebep olunca olumsuzluklar baş gösterir. Bu durumdan çıkmak isteyen rasyonel ve özgür insanın bir sözleşme imzaladığını varsayar. Bu varsayım etrafında oluşan siyasal birliğin esası genel iradedir. Genel irade yanılmaz, devredilmez, Tanrı gibi mutlak bir iradedir. Bu durumda, sözleşme sonrası hukuk genel irade tarafından yaratılmakta ve onun yanılığı söz konusu olmadığından bireylerin bu normlara uyması zaruridir. Hatta birey genel iradeden neşet eden normun yanlışlığını düşünecek olursa bu durumda kendisini tekrar sorgulamalı ve kendisinde bulunan eksiklikleri tamamlamalıdır<sup>122</sup>.

Bu düşünürler, kapitalist burjuva hukukunun temel düşünürleri olarak hakları önceleyen ve devleti hakları korumakla mükellef olan bir aygıt gibi tasavvur etmektedir. Ancak, bu düşünürlerin esas olarak mücadele ettikleri hukuk ilahi doğal hukuktur<sup>123</sup>. Kant da bir Aydınlanma düşünürüdür. Deontolojik ahlakın kurucusudur. Fakat, iktidar ve hukuk belirleniminde direnme hakkını savunmaz. Otoriteye bir düşünüre yakışır biçimde, yalnızca düşünce ve ifade özgürlüğünü sınırlamama edimi yükler. Zira Aydınlanma evvel emirde insanların ön yargılarından kurtulmasıdır ve ön yargılardan kurtulmak ancak diğer kişilerin yargılarından haberdar olarak düşünceleri gözden geçirmekle mümkündür<sup>124</sup>.

Aydınlanma sonrası ortaya çıkan siyasal düzenler, belirli birtakım formlar eşliğinde egemenliğini ve hukukunu meşrulaştırmaktadır. Bu meşruiyet ise, demokratik bir

---

<sup>120</sup> “Bir toprak parçasının etrafını çitle çevirip “Bu bana aittir!” diyebilen, buna inanacak kadar saf insanlar bulabilen ilk insan uygar toplumun kurucusu oldu.” Rousseau J.J. (2015). *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*, (Çev. Rasih Nuri İleri), İstanbul, s. 133.

<sup>121</sup> Genel irade, devredilmez, bölünmez ve yanılmazdır. Bu nitelikler esasında Tanrı’ya ait özelliklerdir. Rousseau teorisi ile söz konusu özellikleri genel iradeye teşmil etmiştir. Rousseau J.J. (2010). *Toplum Sözleşmesi*, (Çev. Vedat Günyol), İstanbul, 23-27.

<sup>122</sup> Rousseau, a.g.e., 2010. s. 103.

<sup>123</sup> Locke hükümet üzerine iki deneme kaleme almıştır. İkinci denemede siyasal iktidara dair düşüncelerini ele alırken, birinci denemede Robert Filmer’in monarşinin kaynağının Hz. Adem’e dayanmasına dair tezini eleştirmektedir. Locke J. (2012). *Hükümet Üzerine Birinci İnceleme* (Çev. Fahri Bakırcı), Ankara .

<sup>124</sup> Arendt H. (2005). “Kant’ın Siyaset Felsefesi Üzerine Notlar”, *Cogito Dergisi- Sonsuzluğun Sınırında Immanuel Kant*, İstanbul, ss. 340-380, s. 343.

rejim içerisinde anayasaya bağılı, kuvvetler ayrılığını gerçekleştiren ve halk egemenliği esasında oluşmaktadır. Ancak 19'uncu yüzyılla birlikte burjuva kapitalist düzenine yapılan eleştiriler ve milliyetçilik dalgasının yükselmesi ile kitleler ideolojiler yolu ile dünyayı anlamlandırmaya başlamışlardır. Aydınlanma ile özgürleşen akıl, kendi dogmalarını inşa ederek yeni bir kabuller silsilesi ile ideleştirilen metalarla dünyaya anlam katmaya başlayacaktır. Ancak, 17'inci ve 18'inci yüzyıl düşünürleri ile birlikte doğal hak teorisi meşruiyetin temel ölçütü haline gelmiştir. Doğal hakları koruyan anayasacılık ve demokrasi hareketleri ise, meşruiyet tartışmalarının siyasal alandaki iz düşümleri olarak izlenebilir.

### 2.1.3.2. Demokrasi teorisi ve hukukun meşruiyeti tartışmalarına etkisi

Anayasal hareketler, devletin yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında iktidarın bölünmesi ve sınırlandırılması düşüncesinin modern pozitif metinler aracılığı ile sağlanmasını temin etmişlerdir. 13'üncü yüzyılda papalığın Avrupa üzerindeki gücünün sınırlandırılmasına dair teoriler, 16'ncı yüzyıl ile birlikte sınırlı bir egemen düşüncesine ilham vermiştir. Bodin<sup>125</sup> ve Hobbes<sup>126</sup> ile birlikte egemenin bölünemeyeceği düşüncesi dünyevi iktidarı uhrevi olan karşısında mutlak bir biçimde üstün kılarsa da sınırlı iktidar ve erkler ayrılığı teorileri 18'inci yüzyılda felsefi olarak tartışılmaya başlanmıştır<sup>127</sup>.

18'inci ve 19'uncu yüzyıl anayasacılık hareketlerinin ortak noktası, iktidarı hukuk ile sınırlandırma düşüncesidir. Rousseau'nun milli egemenlik tezi her ne kadar siyasi olanı metafizik boyuttan kurtararak milletin ortak iradesinin ürünü olarak ortaya koyuyor ise de genel iradeye yüklediği nitelikler<sup>128</sup> onun metafizik bir öge olarak varlığını devam ettirmesini gerektirmiştir. Bu sebeple siyasal iktidarın kaynağı hala metafizik bir öge veya saptanamaz ve tasavvur edilemez bir mit olarak durmaktadır.

<sup>125</sup> Ağaoğulları M.A. ve Köker L. (2009). *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, Ankara, s. 31.

<sup>126</sup> Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., 2009, s. 232-233.

<sup>127</sup> Spinoza, devletin amacının insanları hayvanlara ve otomatlara dönüştürmek olmadığını, tersine onların zihinsel ve bedensel işlevlerini güvenlik içerisinde yerine getirmelerini sağlamak olduğunu belirtmektedir. Spinoza (2010). *Teolojik-Politik İnceleme*, (Cemal Bâli Akal & Reyda Ergün) Ankara, s. 285-287. Burada Spinoza'nın Hobbesçu güvenlik endişesinden ötede, devletin zihinsel işlevleri de koruması altına almasını bir amaç olarak belirlemesi özgürlük iktidar dikotomisinde yeni bir pencere açabilmiştir. Felsefeyi teolojiden ayırmaya çalışan Spinoza, aklın rehberliğinde yeni bir siyaset felsefesi inşa etmiştir.

<sup>128</sup> Genel istem, yok edilemez ve yanılmazdır. Rousseau, a.g.e., 2010, s. 99.



Hukuk ise liberal haklar üzerine bina edilen ve insan yapımı maddi bir fenomen olarak iktidarın sınırlandırılmasını sağlayan araçsal bir form olarak kavranmaktadır<sup>129</sup>.

19'uncu yüzyıl, 1776 ve 1789 yıllarında siyaset ve hukuk felsefesini derinden etkileyen iki önemli olayın etkisi altında başlamıştır. Amerikan Haklar Bildirgesi ile Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirgesi, Aydınlanma ile birlikte siyaset ve hukukun felsefi zeminini dolduran doğal hukukçu düşüncenin temel savlarını normatif bir boyuta taşımıştır. “*Yasa genel istencin ifadesidir.*” lafzı ile Fransız Devrimi, yasayı parlamento tarafından çıkarılan bir normatif emir olarak tanımlamıştır<sup>130</sup>. Bunun neticesinde, Fransa'da devrimin akabinde bir parlamento oluşmuş ve Fransa'nın yönetimini üstlenmiştir. Nitekim, Amerikan tarihi de Amerikan Anayasası ve parlamentosu etrafında şekillenmiştir.

İlk olarak Amerikan anayasacılığının geliştiği zemin ele alınacak olursa, İngiliz devriminin egemenin yetkilerini sınırlandırmasının Amerikan anayasacılığının ilham kaynağı olduğu belirtilmelidir. Bir aristokrasiye, doğrudan bir mutlakiyet rejimine veya dini bir otoriteye karşı ayaklanma ile değil, öz siyasi bilincin bir ürünü olarak ortaya çıkan Amerikan Anayasası, Avrupa düşününü etkilemiştir. Nitekim Tocquville, Amerika'da Demokrasi adlı eserinde parlamento ve başkan arasındaki ilişkiyi, mahkemelerin denge rolünü ve özgürlüklere saygıyı Avrupa'ya örnek kabilinden sunmaktadır<sup>131</sup>.

İngiltere'de iktidarın kurumsal olarak sınırlandırılması, burjuva haklarına devlet müdahalesinin belirli durumlarda meşru kabul edildiği ve müdahalenin usulünü

---

<sup>129</sup> Liberal ekonominin babası Adam Smith, iktidarı elinde bulunduran gücün sınırları hakkında kesin konuşmanın mümkün olmadığını belirtir. Ancak, kuvvetler ayrılığının sağlanması ile birlikte Kralın belirli yetkilerine parlamento tarafından sınırlama getirilmesinin güce dair bir sınırlama getirdiğine dikkat çekmektedir. Nitekim, Kral II. James'in ithalat ile ilgili olarak yapmış olduğu vergi düzenlemesine parlamento tarafından “Haklar Bildirgesine” dayanılarak karşı çıkılmasının örnek olarak göstermektedir. Smith, 2018, s. 107-109.

<sup>130</sup> Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi 6. Madde.

<sup>131</sup> “...Daha büyük umutları ve daha büyük dersleri başka nerede bulabiliriz? Amerikalıların canla başla bağlandığı kurumlarını olduğu gibi kopyalamak için değil, bize uygun olanı daha iyi kavramak için, örnek almaktan çok ders çıkarmak için, yasalarının ayrıntılarından çok ilkelerini ödünç almak için Amerikalılara başımızı çevirelim. Bu durumda, Fransa cumhuriyetinin yasaları, Birleşik Devletler'de yürürlükte olan yasalardan farklı olabilir ve olmak zorundadır, ama Amerikan Anayasası'nın kendisi üzerine dayandığı ilkeler, kuvvetler düzeni, dengesi, hakiki özgürlük, hukuka samimi ve derin saygı ilkeleri tüm cumhuriyet için zorunludur; bunların tüm cumhuriyetlerde müşterek olması gerekir. Bunların olmadığı yerde cumhuriyetin artık var olamayacağını önceden söyleyebiliriz...” Tocqueville A.D. (2016), *Amerika'da Demokrasi*, (Çev. Seçkin Sertdemir Özdemir), İstanbul, s. 28.

belirleyen yasaların kabul edilmesi ile sağlanmıştır<sup>132</sup>. Hem krallık hem de parlamento yeni sisteme ayak uydurmayı başarinca İngiltere’de uzun soluklu bir devrim süreci ve çalkantı yaşanmamıştır. Ancak, İngiltere’de yaşanan gelişmeler, İngiliz hakimiyetinden bağımsızlığını kazanan ABD topraklarında yeni bir siyasal belgenin oluşmasına vesile olmuştur. ABD Anayasacılık hareketlerinin özünde burjuva haklarının korunması söz konusudur. Ancak, ABD’nin kurucu babaları, bu hakların kâğıttan ifadelere yazılarak korunamayacağını farkında idiler, zira kendileri kâğıttan kurdukları bağlılığı yırtıp atabilmişlerdir. Bu sebeple, kurumsal işleyişi de temellendirecek bir belge hazırlayarak kuvvetler ayrılığının hayata geçirilmesini sağlamışlardır<sup>133</sup>. Çok büyük bir iç savaş ve iki dünya savaşının içinde yer almasına rağmen Amerika, demokratik parlamenter sistemini işleterek kuruluşundan bugüne demokratik prensiplere dayanarak sistemini sürdürmeye devam etmiştir.

Fransız Devrimi’nin en büyük katkısı, devrime kadar Avrupa tarihinde herhangi bir rol alamayan üçüncü sınıfın doğrudan iktidarın merkezine taşınmasıdır. J.J. Rousseau ve Sieyes’in fikri mirası<sup>134</sup>, devrimcilerin 1793’te oluşturulan parlamentoda halkın üçüncü sınıfına geniş katılımını gerektirecek biçimde normatifleştirilmiştir. Fransız Haklar Bildirgesi’nde “*Yönetimin halkın kendisi veya temsilcileri aracılığı*” ile oluşturacağı fikri parlamentoya dayalı mutlak bir yönetimin hedeflendiğini göstermektedir<sup>135</sup>.

Montesquieu’nin kuvvetler ayrılığı teorisi, esas olarak devrim sonrası kurulan birinci Cumhuriyet’in anayasasında kendisini göstermiştir<sup>136</sup>. Montesquieu teorisinde, yasama-

<sup>132</sup> İngiltere’de Petition of Rights 1628 yılında kabul edilirken, Habeas Corpus Act 1679 yılında kabul edilmiştir. Fransız İhtilali’nden yaklaşık yüz yıl evvel İngiliz hukukunda temel haklar güvence altına alınmıştır. Doğan İ.(2015). *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara, s. 84-86.

<sup>133</sup> Madison, kuvvetler ayrılığının gerçekleşmesinin özgürlüğün bir güvencesi ve şartı olduğunu ifade ederken, yasama-yürütme-yargı erklerinin bir elde toplanması durumunda tiranlığın oluşacağı tehlikesini de belirtmektedir. Hamilton A., Madison J., and Jay J. (2008). *The Federalist Papers*, (Ed. Lawrence Goldman), New York, s. 239.

<sup>134</sup> Sieyes E.J.(1951). “Tiers Etat Nedir”, (S. Derbil, Çev.), *AÜHFD*, 8 (1), ss. 126-207.

<sup>135</sup> Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi 3 ve 4’üncü maddeler “Egemenliğin özü esas olarak ulustadır. Hiçbir kuruluş, hiçbir kimse açıkça ulustan kaynaklanmayan bir iktidarı kullanamaz.

Özgürlük, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektir. Böylece her insanın doğal haklarının kullanımı, toplumun diğer üyelerinin aynı haklardan yararlanmalarını sağlayan sınırlarla belirlidir. Bu sınırlar ise ancak yasa ile belirlenebilir.”

<sup>136</sup> Kuvvetler ayrılığı olmayan bir devlette anayasa yoktur. Montesquie bir ülkede özgürlüğün var olup olmadığının anlaşılması için devlet iktidarının iktidarla sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına bakılması gerektiğini ifade eder. Montesquie (2019). *Kanunların Ruhu Üzerine*, (Çev. Berna Günen), İstanbul, s. 196.

yürütme ve yargı erklerinin birbirlerini dengelediği ve böylece iktidarın iktidarla sınırlandırıldığı bir yönetim sistemi tasavvur etmiştir. Ancak bu sistemde, demokrasinin bugün geldiği noktada mutlak bir yargı güvencesi veya parlamentonun üstünlüğü gibi hususların yer almadığı gözlenmektedir. Esasında Montesquieu, yasalar çerçevesinde bireylerin özgürlük alanının devletin temel erklerinin birbirlerini sınırlandırması suretiyle müdahaleden korunmasını arzulamıştır<sup>137</sup>.

Sınırlandırılmış iktidar düşüncesi, devlet ve hukukun ayrı birer fenomen olarak kabul eder. Bu kabul, devletin iktidarı kullanan güç olarak ancak doğal haklar felsefesi ve bu felsefeye dayanan kurucu yasa ile sınırlandırılabilceği belirtir. Liberal ekonomik modelin devleti piyasanın bir aktörü olmaktan çıkararak bir gözetleyici formuna büründürmesi bu öğretiyi güçlendirmiştir. Ancak, Parlamento ve yürütmenin sert biçimde ayrıldığı anayasa geleneği, bilindiği üzere uzun ömürlü olmamış, önce terör dönemi, sonra da Napolyon'un dikta yönetimi ile kesintiye uğramıştır<sup>138</sup>. Kuvvetler ayrılığı teorisi çerçevesinde Kıta Avrupasında bir yönetim modeli uzun yıllar oluşamamıştır. Fransa, sürekli kesintiye uğrayan bir cumhuriyet yönetimi ile yönetilmesinin yanı sıra, Avrupa'da geleneksel mutlakiyetçi devletler varlıklarını sürdürmeyi başarmıştır<sup>139</sup>. Diğer yandan, bağımsızlıklarını yeni kazanan devletlerin kuvvetler ayrılığına dayalı bir sınırlı iktidarı olgunlaştırması mümkün değildi. Bu sebeple, yasaların özgürlük alanını koruması ve böylelikle meşruluk zemininin sağlanmasını amaçlayan kuvvetler ayrılığı teorisinin pratik hukuka yansımaları beklenen düzeyde olmamıştır.

Fransız Devriminden sonraki yönetim pratiği terör dönemi ve ardından Napolyon önderliğinde diktatör bir devre ile takip edilmiş olsa da<sup>140</sup>, devrim pratiğinin temel felsefesini oluşturan eşitlik ve temsili demokrasi, Fransız Devrimi sonrası mutlakiyetçi rejim altında yaşayan tüm ulusların parlamento fikri ile kuşanmasına vesile olmuştur.

---

<sup>137</sup> Montesquieu, a.g.e., 2019, s.196.

<sup>138</sup> Merriman, a.g.e., 2018, s. 328 v.d.

<sup>139</sup> Özellikle Çarlık Rusyası, Osmanlı Devleti ve Habsburgların başında olduğu Avusturya- Macaristan İmparatorluğu 19'uncu yüzyıl boyunca varlıklarını sürdürmeyi başarmışlardır. Her ne kadar milliyetçi uyanmalar olsa da reformist tutumu ile Avusturya İmparatorluğu varlığını sürdürmüştür. Merriman, a.g.e., 2018, s. 733 v.d.

<sup>140</sup> Jakobenler ve ardından gelen dikta rejimi, şiddeti ulusun selametinin sağlanması için bir araç olarak kullanmışlardır. Öyle ki, devrim sonrası Paris'te devrimin önderliğini yapan kişiler dahi oluşturulan terör ortamından kurtulamamışlardır. Devrim güçleri ve ardılları oluşturulan şiddet ortamı ve sonrasında yapılan savaşlarla cehennemin kapısını ardına kadar açmışlardır. Ağaoğulları M.A.(2010). *Ulus Devlet ya da Halkın Egemenliği*, Ankara, s. 344.

Almanya'nın küçük prenslikleri, İtalya, İsviçre, İspanya, Portekiz, İrlanda gibi devletlerde devrim sonrası oluşan özgürlük ve eşitlik düşüncesi maddi formunu parlamento fikri ile tecessüm ettirmiştir<sup>141</sup>. Bunun yanı sıra imparatorluklardan ayrılma veya özerklik talebi ile mutlakiyetçi yönetimlere baskı kurmaya çalışan azınlık grupları, parlamentoda temsil edilme veya yerel meclisler kurarak karar alma mekanizmalarında âdem-i merkeziyetçiliğin sağlanmasını talep etmişlerdir<sup>142</sup>.

Demokrasi teorisinin Antik Yunan sonrasında yönetim modeli olarak kabul edilmesi 18'inci yüzyılın sonuna rastlamaktadır. Ancak "demokrasi" fikrinin kurumsal gelişimi ve tatbiki 20'nci yüzyılın ikinci yarısında mümkün hale gelebilmiştir. Zira, Fransız Devrimi sonrası demokrasi pratiği oluşturulmaya çalışılmış olsa da, devrim sonrası terör dönemi yaşanmış ve Napolyon önderliğindeki Fransa ile Avrupa'nın diğer ulusları arasında kıyasıya bir savaş yaşanmıştır. Kıta Avrupasında gelişen Alman idealizmi ise demokratik bir meşruiyet çizgisi içerisinde değildir<sup>143</sup>.

Napolyon öncesinde kabul edilen 1791 tarihli Anayasada oy hakkının elde edilebilmesi için devlete belli oranda vergi ödemenin koşul olarak kabul edildiği görülmektedir<sup>144</sup>. Devrim sonrasında burjuva tarafından, geleneksel otoritelere karşı elde ettiği zaferi taçlandırmasının sembolü olan parlamentoyu sınıfsal bir çatışmanın

<sup>141</sup> Hobsbawn E. (2003). *Devrim Çağı*, (Çev. Bahadır Sina Şener), Ankara, s. 39.

<sup>142</sup> Öncelikle Habsburg İmparatorluğu ve Osmanlı İmparatorluğu'ndaki azınlık gruplar kendi meclislerinin veya idari anlamda özerkliklerinin tanınmasını talep etmişlerdir. İncelik'in çalışmaları Osmanlı modern anayasal gelişmesinin başlangıcı olan Tanzimat fermanı ile Balkanlardaki milliyetçi ayaklanmaların önlenmesi arzusu arasındaki bağlantıyı açıklamaktadır. Bkz. İncelik H. (2012), "Tanzimat Nedir", *Tanzimat*, İstanbul, s.s. 29-57, s. 49 v.d.

<sup>143</sup> Fichte, Hegel, Schelling, Herder ve diğer Alman filozoflar, demokrasi teorisinden veya bir burjuva devriminden ziyade Alman milliyetçiliğini merkeze alarak felsefelerini inşa eden filozoflardır. Bununla birlikte özellikle Hegel'in felsefesinde kullandığı sivil toplum, uluslararası toplum kavramları daha sonra demokrasi teorisinin içeriğinde ele alınmıştır. Alman idealist filozofları demokrasi teorisi merkezli bir düşünce içerisinde değillerdir. Özellikle Hegel'in hukuk felsefesi ahlak ve hukuk normlarının diyalektiği ile oluşan objektif ahlaklılığa ulaşmakta araçsal niteliktedir. Zira Hegel, devletin kendisini mutlak töz olarak görmekte ve hukukun devletle bireyin hemhal olduğu, objektif tinin devlet ile oluştuğu bir düzen tasavvur etmektedir. Hirş E.(2001), *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Ankara, s. 166. Güriz A.(2006), *Hukuk Felsefesi*, Ankara, s. 251.

<sup>144</sup> 1791 Anayasası yurttaşları aktif yurttaş ve pasif yurttaş olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Oy hakkının kullanılabilmesi için vergilerin düzenli olarak ödenmesi ve acze düşülmemesi gerekmektedir. Gürcan E.C.(2011). "1791 ve 1793 Fransız Anayasaları'na İlişkin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 13 (3), ss.183-214, s. 190. Bu düşüncenin doğuşu Fransız demokrasisinde olmamıştır. Liberal teorisinin kurucu babalarından John Locke dahi oy hakkının yalnızca mülkü olana tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Locke, mülksüzler sınıfını siyasal toplumun dışında bırakmaktadır. Ağaoğulları ve Köker, a.g.e., 2009, s. 229, Andrew Heywood (2014), *Siyasi İdeolojiler*, Ankara, s. 60.

arifesinde olduğu işçiler (baldırı çıplaklar) tarafından ele geçirilmesi sorunu ile karşı karşıya olduğundan servete dayalı oy sistemi uzun süre uygulanmıştır<sup>145</sup>.

Fransız İhtilali sonrası tüm modernleşme pratiklerinde parlamento merkezli yönetim benimsenmiştir. Metternich sonrası Avusturya, Prusya ve Osmanlı Devleti parlamento ve meclis ekseninde anayasal yapılarını belirlemişlerdir. Ancak, hukukun belirlenmesinde parlamentoların ne kadar etkili olduğu tartışmalıdır. Parlamentolar yeni kurulan devletlerin yönünün belirlenmesinde ve politik kararlarının alınmasında etkili iken, hukukun üretilmesinde modern ülkelerin normlarının esas alındığı resepsiyon hareketlerinin etkili olduğu görülmektedir<sup>146</sup>.

19'uncu yüzyıl sosyo-politik düzleminde parlamento yalnızca mutlakiyetçi yönetimlere bir başkaldırı olarak var olmamıştır. Bunun ötesinde, reform hareketleri sonucu kilise otoritesine karşı gücünü sağlamlaştıran kralların yaptığı benzeri, parlamentolar aracılığı ile burjuvalar tarafından mutlakiyetçi yönetimlere yapılmaktaydı. Burjuvaların gücünü kaybetmemesi için yeni bir sözle siyaset sahnesinde yer alması gerekmiştir. Bu söz ise kendisine liberal teori tarafından verilmişti. Parlamentolar, Fransız İhtilali sonrası benimsenen belli başlı liberal değerlerin temel savlarının gerçekleşmesi için gerekli alt yapının oluşmasını hedefleyen yasaların çıkarıldığı temel kurumlar olarak belirmiştir. Özellikle Napolyon dönemindeki yasalaştırma ve kurumsallaşma faaliyetleri, krallara karşı isyan eden veya bağımsızlığı henüz kazanan memleketlerde rehber işlevi görmüştür<sup>147</sup>.

Diğer yandan, yeni kurulan demokrasilerde dahi oy hakkının belirli bir kesime tanındığı, ancak kadınlara oy hakkının tanınmadığı gibi hususlar,<sup>148</sup> demokrasi

<sup>145</sup> Genel oy prensibi İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaygınlaşmıştır. Özellikle Birleşmiş Milletler sonrası hak belgelerinde oy hakkının yer alması ile genel oy prensibi dünya çapında kabul görmüştür. Akartürk E.A. (2013). *Oy Hakkının Anayasal İlkeleri*, İstanbul, s. 43 v.d.

<sup>146</sup> Bozkurt resepsiyon faaliyetlerinin üç temel nedeni olduğunu ifade eder; değişme ve modernleşme isteği, dış baskının etkisi ve son olarak bağımsızlık isteği. İlkinin tipik örneği Japon ve Türk hukuk resepsiyonlarıdır. İkinciye örnek olarak Çin'in batı ülkeleri ile yaptığı ağır ticari anlaşmalar sebebiyle Alman ve İsviçre hukuklarından yaptığı resepsiyonlar verilebilir. Son olarak, Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri bağımsız birer devlet olmak amacıyla resepsiyon faaliyetleri yürütmüşlerdir. Bozkurt G. (2010). *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara, s. 9-11.

<sup>147</sup> Örneğin Yunanistan'ın Osmanlı İmparatorluğu'ndan ayrılarak bağımsızlığını ilan etmesi ile devlet düzeninin oluşmasında Fransız idari sisteminin etkileri oldukça önemlidir. Yunanistan ve bağımsızlığını yeni kazanan diğer ülkeler (y.n.), kendilerinden evvel modernleşme hamlelerine başlayan ülkeleri örnek alarak yollarına devam etmiştir. Koliopoulos J. S. and Veremis T. M. (2010). *Modern Greece A History Since 1821*, Oxford, s. 1

<sup>148</sup> Kadınların siyasi katılım hakkı elde etmesi oldukça geçtir. Bu durum kadın hareketlerinin merkezde yer almak için çevreden bir hareket etrafında örgütlenmesini gerektirmiştir. Feminist hareketlerin dünya çapında yaygınlaşmasının tarihselliği kadının hemen her toplumda siyasi katılım hakkından yoksun

teorisinin 19'uncu yüzyıl boyunca hukukun meşruiyet zeminini sağlamasını tartışmalı hale getirmektedir. Kıta Avrupasında bugünküne benzer bir şekilde demokratik meşruiyet kaygısı güden bir demokratik rejim ile karşılaşmak mümkün değildir. Zira, Durgun'un belirttiği üzere, yaygın kanının aksine Devrim sonrası demokratik değerlerin Fransa'da ve Avrupa'da benimsenmesi kolay olmamıştır. Fransız Devrimi sonrası, siyaset kitleselleşmişse de, Devrim sonrası oluşan jakoben terör döneminde, hürriyet, eşitlik, kardeşlik değerlerinin inşası uğruna büyük bedeller ödenmiştir<sup>149</sup>. Demokrasinin işleyişinin sağlıklı ilerlemesini sağlayan; yerel yönetimler, siyasi partiler, serbest seçimler gibi uygulamalar her ne kadar 19'uncu yüzyılın sonlarına doğru kurumsallaşmış ise de istikrarlı bir şekilde uygulamaya konulması ancak İkinci Dünya Savaşı sonrasına kalmıştır<sup>150</sup>.

19'uncu yüzyılda oluşturulan parlamentolarda, geleneksel otoriteye karşı örgütlenen sınıfların parlamento bilincinden yoksun oluşu, parlamentoları genel iradenin özünün sergilendiği mekanlar olmaktan uzaklaştırmıştır. Fransız Devrimi sonrası Napolyon'un dikta yönetiminin halkta karşılık bulması parlamentoda oluşturulan kaotik yapının eseridir<sup>151</sup>. Yine 1876 Kanun-i Esasi ile oluşturulan parlamento, imparatorluğun temel sorunlarına çözüm aranan rasyonel bir hukuk kurumu olamamış ve kısa ömrü ile demokrasinin kurumsallaşmasını geciktirmiştir<sup>152</sup>.

---

bırakılmasıdır. Birinci dalga feminist hareketin esas amacı kadınların seçme hakkının elde edilmesidir. Yeni Zelanda'da 1893, ABD'de 1920, İngiltere'de 1918 yılında kadınlar seçme hakkını kazanmışlardır. Bununla birlikte 1960'lardan itibaren kadının toplumsal statüsüne ilişkin taleplerin yalnızca siyasi ve hukuki düzenlemelerle değil, farklı alanlarda kadının örselenmesinin önün geçmeyi hedeflemiştir. Heywood, a.g.e., 2014, s. 240.

<sup>149</sup> Durgun F. (2021). Modern Avrupa Tarihini Yeniden Düşünmek: Aydınlanmadan 19. Yüzyıla, İstanbul, s. 112 v.d.

<sup>150</sup> Demokratik kurumların kurumsallaşmalarını tamamladıkları 20'nci yüzyılın başında I. Genel Savaşın çıkması ve ardından otoriter rejimlerin dünya genelinde yaygınlaşması, demokratik kurumların tam anlamıyla işlerlik kazanmasını geciktirmiştir. Berlin duvarının yıkılması ve Sovyet Bloğunun çöküşü ile demokrasi teorisi dünya genelinde benimsenmiş ve uygulanmıştır. Burada demokrasi teorisine katkı veren düşünürlerin, teoriyi yeniden inşa etme çabalarının etkisi göz ardı edilemez. Yine de demokrasi teorisinin gelişimindeki esas etken anayasal demokrasinin benimsenmesi, kuvvetler ayrılığının sağlanması ve yargının denetleyici gücünün kamu gücünü kullananlar üzerinde olmasıdır. Zira demokrasi, hem temel prosedürlerinin işlemesi hem de temel hak ve özgürlüklerin korunduğu bir rejim olarak kavranmaktadır. Bunun sürdürülmesi için ise hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi hayati önemi haizdir. Hadenius A. (2004). *Democracy And Development*, Melbourne, s. 36.

<sup>151</sup> Yalnızca parlamentoda değil, tüm siyasal alanda bir istikrarsızlık söz konusudur. Jakobenler ve kralcılar arasındaki gerilim direktuarın yönetimdeki zaafı Napolyon iktidarını desteklemiştir. Merriman, a.g.e., 2018, s. 522.

<sup>152</sup> I. Meclisi Mebusan için bkz. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Meclis-i Mebusan maddesi, Cilt 28, s. 245-247.

Bu durumda, genel iradenin bir tezahürü olarak hayat bulması amaçlanan hukuk, parlamentoların istenilen seviyede işlerlik kazanamamasından ötürü, farklı metotlarla ve farklı kaynaklara dayanılarak oluşturulmuştur. Bu sebeple, “halk egemenliği” fikri, parlamentolar aracılığı ile yasaların meşruiyet zeminini sağlamakta yetersiz kalmıştır<sup>153</sup>. Halk egemenliği teorisinin yanı sıra kuvvetler ayrılığı çerçevesinde sınırlı iktidar fikrinin meşruluk sorununa etkisini tartışmak gerekmektedir.

Parlamentolar, siyasal olanın belirlenmesinde burjuva sınıfının temsil kabiliyetini güçlendirmiştir. Ancak, parlamentoların hukukun oluşumundaki rolünü ayrıca tartışmak gerekmektedir. Bu tartışmayı “Code Civil” in oluşumu ve yarattığı etki üzerinden incelemek mümkündür. Code Civil, esasında rasyonel bir medeni toplum inşası için gerekli normların oluşturulduğu bir temel yasadır. Ancak “Code Civil”in olduğu dönem Napolyon dönemidir ve Fransız örf ve adetlerini, Roma Hukukunu normatif bilinci etkileyecek pek çok hususu içinde barındırmaktadır<sup>154</sup>. “Code Civil” yürürlüğe girmiş ve modern hukuk sisteminin en kapsamlı düzenlemesi olarak birçok ülke hukukunu doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiştir.

19’ncü yüzyılda hukuk değişimlerine bakıldığında, Avrupa’nın geneli ve diğer ülkelerin bu dönemde bir reformcu siyaset adamı ile anıldığı görülmektedir. Napolyon, Metternich, Mustafa Reşid Paşa, Bismarck, Abdülhamid, III. Napolyon gibi isimler belli ülkelerdeki değişimleri çağrıştıran isimler olarak anılırlar ve dönemlerinde ortaya çıkan reformların öncüleri olması sebebiyle tarihin müstesna sayfalarında yerlerini almışlardır<sup>155</sup>. Bugün dahi demokrasi ve hukuk arasındaki ilişki hukuk ve siyaset felsefecilerinin uğraştığı temel meselelerden birisidir. Ancak, 19’uncü yüzyıla bakıldığında devletin anayasal olarak kavranmasında önemli bir payı olan demokratik söylemlerin, hukukun oluşumu ve uygulanmasında aynı rolü oynayamadığını, modern

---

<sup>153</sup> Hayek’e göre, Amerikan parlamentosunun dahi başlangıçta idealize edildiği şekliyle hukuk yaratma işlevinden sıyrılarak belirli çıkar gruplarının lehine düzenlemeler yapmak, yürütme organının icrai faaliyetlerini kolaylaştırmaktadır. Bu durumda demokratik rejimlere yeni bir isim bulan Hayek, bu şekilde bazı çıkar gruplarına iktidar sağlayan rejimin “demaşî” olarak tanımlanması gerektiğini ifade etmektedir. Hayek F.A. (2012). *Hukuk, Yasama ve Özgürlük* (Çev. Mustafa Erdoğan, Atilla Yayla, Mehmet Öz), Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, s. 467-488.

<sup>154</sup> Seldağ Güneş Ceylan (2004). “Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi”, *GÜHFD*, Yıl 2004, 8(2).

<sup>155</sup> 19’uncü yüzyılda kapitalist ekonomiye geç intisap eden ülkelerde, kurumsallaşma ve toplumun değişimi bürokratlar eliyle yürütülmüştür. Mises’in belirttiği üzere, Fransız Devrim ile birlikte, yasal olarak sınırlandırılmayan kraliyet idaresi, keyfili uygulamalardan arındırılmış, anayasal ve yasal zemine oturtulmuştur. Ancak, bürokratik sistemin ortadan kaldırılması söz konusu değildir. Ludwig von Mises (1983). *Bureaucracy*, New York, s. 16.

hukukun parlamentolardan ziyade bürokratlar ve ileri gelen siyasetçiler tarafından şekillendirilmek durumunda kaldığı görülmektedir.

Kurumsallaşmasını sağlayamayan demokrasinin hukukun meşruluk zemini olabilmesinin önünde engeller mevcuttur. Geleneksel meşruluk anlayışında uhrevi kavramlara göndermeler mevcut iken, rasyonel tabii hukuk; adalet, doğal haklar, kuvvetler ayrılığı, özgürlük zemininde hukuku meşrulaştırmıştır. Tüm bu kavramlar üzerine inşa edilen egemenlik yapısı ise demokratik prensiplere dayalı bir yönetim anlayışıdır. Bodin'in ve Hobbes'un mutlak egemenlik anlayışı 18'nci yüzyılda parçalı ve sınırlı iktidar anlayışına evrilmiştir. Bu sebeple, demokrasinin yönetim şekli olarak belirlenmesi, hukukun genel iradenin ürünü olması ve temel hakların korunması fikrinden beslenmektedir.

Ancak demokrasi ve hukuk ilişkisi 19'uncu yüzyılın hemen başında sorgulanmıştır. Zira Alman hukukçular, hukukun kaynağının doğrudan parlamento olamayacağını, hukukun halk ruhundan damıtılarak uygulanması gerektiğini ifade etmişlerdir. Hukukun bir hukukçular sınıfı tarafından hazırlanması ve uygulanması gerektiği fikri pandekt hukukunun<sup>156</sup> temel argümanı olmuştur<sup>157</sup>.

19'uncu yüzyıl hukuk reformları, parlamentolar tarafından oldukça geniş bir müzakere sonucu ortaya çıkan fikirlerin oluşturduğu normlardan ziyade, belirli güç odaklarının iktidarı yönlendirmesi veya ele geçirmesi ile oluşan reform hareketleri idi. Bu hareketler de Marksist ve anarşist teorinin kapitalist hukuk düzenini eleştirmesine sebep olmuştur<sup>158</sup>. Zira modern hukukun başarısı, bir alışkanlıklar üzerine inşa edilebilmesidir<sup>159</sup>. Ancak, Marksist anlatı bu alışkanlığı terk ederek, yeni bir anlatı

---

<sup>156</sup> Temel kaynağı Corpus Iuris Civilis, özel kaynağı ise Digesta olan; pandekt hukuku esasında Roma Hukuku'nun Orta Çağda yeniden keşfedilme çabaları sonucu ortaya çıkmıştır. Roma İmparatorluğu'nun yıkılmasının 5 yüzyıl kadar sonra Avrupa devletlerinde yer alan bilim merkezlerinde araştırılarak yeniden uygulanmaya çalışılan Roma hukuku, bu adla anılmıştır. Küçük E. (2007). "XII. Yüzyıl Rönesansı Ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku", *AÜHFĐ*, 56 (4), ss. 111-122, s. 115-116.

<sup>157</sup> İleride ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Tarihçi okul kanun koyucunun hukuk kurallarını hazırlamadığını, hukukun milli ruhtan doğması sebebiyle bunların derlenebileceği ifade etmektedir. Hırş, a.g.e.,2011, s. 88.

<sup>158</sup> Teknik hukuk alanı tarihin ilk zamanlarından itibaren büyücülerin elindedir. Halk zihni yönlendirilebilir ancak rasyonel hukuk inşa edemez. Marksa göre hukuku yaratan üretim biçimleridir. Her üretim biçimi kendi hukukunu yaratmaktadır. Marks K. (1993). *Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı*, (Çev. Sevim Belli), Ankara, s. 225. Liberal hukuk kurumlarının mülkiyeti koruma esasına dayanarak oluşturdukları hukuk anarşistler tarafından mülkiyetin temelden reddedilmesi ile eleştirilmektedir.

<sup>159</sup> Modern hukuk, modern bireyin içinde bulunduğu güven ve risk arasındaki konumunu, rutin bir işleyiş halinde işleyerek başarı elde etmektedir. Topuzkanamış E. (2014). "Alışkanlık ve Hukuk",



ortaya koymayı amaçlamıştır. Hukukun ideolojik olarak eleştirildiği çağda, pozitif ilimlerin yükselmesinin etkisi ile hukuku değerlerden ayrı bir zeminde ele alma çabası ortaya çıkmıştır. Tabii hukuk esasına göre işleyen common law hukukunun etkili olduğu İngiltere’de, hukuki pozitivistimin ilk düşünürleri eserlerini vermiş; hukuku değerlerin ve kişisel yargıların taassubundan kurtararak hukukilik vasfını haiz bir kuram oluşturmaya çalışmışlardır.

## **2.2. Meşruiyet Tartışmasından Hukukilik Tartışmasına: Hukuki Pozitivizmin Doğuşu**

### **2.2.1. Jeremy Bentham Düşüncesinde Hukukilik: “Hukuk Ortak Faydayı Amaçlar”**

Common law, yargıçların hukukun yapımı ve uygulamasında merkezde olduğu bir hukuk sistemidir. Common law’ın ortaya çıktığı 13’üncü yüzyıldan itibaren hakimlerin atanmasına büyük özen gösterilmiştir. Yargıçların özellikle mesleğinde temayüz eden avukatlar arasından seçildiği görülmektedir. O zamanki genel kabule göre yargıçlar hukuk yaratmamakta, hukukun emanetçisi konumundadırlar.<sup>160</sup> Hukuk, dava konusu olaydan evvel kabul edilen hakkaniyet ve adaleti sağlayan hukuktur. Yargıç ise olayın adil ve hakkaniyete dayalı olarak sonuçlandırılabilmesi için gerekli iş ve işlemleri yapmaktadır.

Yargıcın, common law davalarındaki konumu basit bir memuriyet uygulamasından farklıdır. Zira yargıç, toplumun kadimden getirmiş olduğu hukuki birikimi somut olayda adaleti sağlamak için ortaya çıkarabilen bir bilgidir<sup>161</sup>. Büyük bir hukuk birikiminin varisi olarak kabul edilen yargıç ilk kez karşılaşılan bir hukuki meselede dahi karar verdiği takdirde bu yargıca değil, yargıcın da bir parçası olduğu kadim bilgeliğe atfedilir. Bu sebeple yargıçlar kendilerinden evvel ortaya konulan içtihatlarla çok büyük önem vermektedir. Yine de içtihatlarla dayanan yargıçlar hukuka yeni bakış açıları getirmek için bu içtihatlardan farklı karar verebilme yetki ve kapasitesine sahiptir.

---

*HFSA Arkivi 26. Kitap*, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye, İstanbul, ss. 415-423, s. 419, 420.

<sup>160</sup> Cotterell R. (2018). *Hukukbiliminin Politikası*, (Çev. Saim Üye), İstanbul, s. 50.

<sup>161</sup> Cotterell, a.g.e., 2018, s. 51.

Yargıçların bu kadar önemli bir role sahip olması yargılamaların bir çeşit ayin şeklinde geçmesine sebebiyet vermektedir. Hukukun dili halkın yabancı olduğu bir dildir ve ancak profesyonel hukukçular mahkemelerde olan biteni anlayabilir. Ayrıca yargılamalarda yargıçlar ve diğer sùjeler için yerine getirilmesi gereken birtakım ritùeller belirlidir<sup>162</sup>. Yargıçların kralın tahakkümünden sıyrılarak bağımsız ve tarafsız bir erk olarak rol oynamaları İngiliz anayasal gelişiminin zirvesi olan 17'inci yüzyılın sonunda gerçekleşmiştir. Adil yargılanma, mahkeme olmaksızın kişinin tutuklanmaması, mallara el koyma yasağı gibi hukuki hakların elde edilmesi mahkemelerin devlet içerisindeki gücünü artırmıştır. Kıta Avrupasında yer alan parlamentoların aksine İngiliz parlamentosunun devrimci bir tutum takınmaması, mevzuat eksenli bir hukuk değil, yargısal içtihatların temelini oluşturduğu bir hukukun oluşumuna katkıda bulunmuştur<sup>163</sup>.

Jeremy Bentham, hukuk teorisini common law hukukuna karşı çıkararak oluşturmuştur. Hukukun kaynağını ve meşruiyetini egemenin buyruğu ile açıklamaya çalışmıştır. Bu temellendirme, common law uygulamasındaki yargıç eksenli hukuku eleştiri konusu yapmasına vesile olmuştur. Bentham İngiliz hukuk uygulamasını keyfilikle suçlar ve hukukçuların yapmış olduğu dava ritùellerini alay konusu eder<sup>164</sup>.

Bentham, yasa koyucunun devre dışı bırakılarak hukukçuların teamül hukuku adı altında hukuki süreci belirlemesini şiddetli biçimde eleştirmektedir. Bentham, common law'ın ruhu olarak övülen teamül hukukunu meşruiyet ve belirlilik açısından sorunlu bulmaktadır. Bu itibarla, Bentham hukukta kesinlik arayışının ilk adımlarını İngiliz doğal hukuk uygulamasının genel olarak kabul edildiği bir zeminde ortaya koymak durumunda kalmıştır<sup>165</sup>.

Yargılamadaki usul kurallarının belirsizliği ve hükümlerdeki istikrarsızlığın yaratmış olduğu ortamın vatandaşlar aleyhine, hukukçuların lehine olması durumu Bentham'ı

---

<sup>162</sup> Bentham'ın teorisi bu karmaşıklığa karşı bir tepki olarak ortaya çıkacaktır. Bkz. Wacks R. (2016). *Hukuk Kuramını Anlamak*, (Çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver- Serdar Ünver), Ankara, s. 115.

<sup>163</sup> Özbudun'a göre, "hukukçular ne derse desin, herkes sağduyunun icabı olarak, Parlâmentonun egemen iktidarının sınırsız olmadığını bilir... Parlâmento egemenliği teorisi, Parlâmentoya sınırsız bir iktidarın izafesi demek ise, bu bir faraziye den başka bir şey olamaz ve şüphesiz üzerinde bu kadar fazla durulmaya değmez." Özbudun E. (1968). "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi", *AÜHFD*, 25(1), ss. 59-79, s. 73

<sup>164</sup> Wacks, a.g.e., 2016, 117. Hukukçuların aşırı yorumlarını alay konusu ettiği örnekler için bkz. Bentham J. (2017). *Yasamanın İlkeleri*, (Çev. Barkın Asal), İstanbul, s. 91, s. 95.

<sup>165</sup> Wacks, a.g.e., 2016, 114. Bentham, yasamayı fayda ilkesi çerçevesinde açıklarken, yasamayı ahlaktan ve diğer mülâhazalardan ayırmaktadır. Bentham, 2017, s. 75.

hukukta kesinlik ve bilinirliğin sağlanması çabasına itmiştir. Bentham yargıçların sübjektif tutumlarının yargılamalardaki etkisi ile alay etmekte, bu durumun adil bir hukuk düzeni inşasını engellediğini düşünmektedir<sup>166</sup>.

Bentham, yargıçların dillerinin ağırlığı ve ritüellerin halk nezdinde bilinebilirlik imkânının düşük olması sebebiyle, mahkemelerin yargılamadaki dillerinin açık olmasını savunmuştur. Herkese mahkemeye erişim imkânı tanınmasının yanı sıra, mahkemelerde görülmekte olan davaların da insanlar tarafından anlaşılabilir olmasını önemsemektedir. Diğer yandan, yargıçların soğuk ve mesafeli davranışlarını da eleştirmekte, onların daha babacan bir şekilde tavır takınmalarının gerekli olduğunu ifade etmektedir<sup>167</sup>.

Bentham, hukukta kesinliğin kodifikasyonla sağlanabileceğini düşünmektedir. Burada hukuk adamlarının rolünü ortaya koyan Bentham, Austin'in analitik pozitivistizmde olduğu gibi hukukçuların rolünü sınırlı bir alana hapsetmez. Bunun yanında, yasa koyucunun yasaları ortaya koyarken uyması gereken dört temel kuralı sıralamaktadır; mümkün olduğunca teknik terimlerden kaçınılmalı, eğer teknik terimler kullanılır ise hukuki çerçeve içerisinde tanımlanmalı, bu tanımlama bilimin ve genel olarak kullanılan kavramlar ile yapılmalı, bir fikir birden fazla kez açıklanır ise aynı kelimelerle açıklanmalı.

Bu prensiplere bağlı olarak oluşturulan yasa açıklanması için bir okul, alt kırımlarını açıklanması için safсатаacıları gerektirmez. O (yasa), herkesin aşına olduğu bir dilden konuşur, her bir kişi ihtiyaç duyduğunda yasaya başvurabilir. Yasalar açıklığı ve yalınlığı ile diğer tüm kitablardan ayrılırlar. (Böylelikle) bir aile babası yasaları eline alarak çocuklarına şahsi ahlak ilkeleri ile kamusal ahlakın haysiyeti ve gücünü öğretebilir.<sup>168</sup>

Bentham'ın hukuk reformlarının gerçekleştirilmesine ilişkin amacı, kendi yaşadığı yüzyılı derinden etkilemiştir<sup>169</sup>. Henry Maine, 1875 yılında Bentham'ın düşüncesinden etkilenmemiş olan bir hukuk reformu bilmediğini ifade etmektedir<sup>170</sup>. Bentham, hukuk ve hukukçulara dair yaptığı eleştiriler ile hem yaşadığı toplumu hem de pozitivist hukuk anlayışı derinden etkilemiştir. Bentham'ın düşüncesi ile yasa

<sup>166</sup> Bentham'dan aktaran; Alfange D.J.(1969), "Jeremy Bentham and the Codification of Law," *Cornell Law Review*, 55 (1), s. 65.

<sup>167</sup> Wacks, a.g.e., 2016, s. 116.

<sup>168</sup> Alfange, a.g.e., 1969, s. 72.

<sup>169</sup> Alfange, a.g.e., 1969, s. 76.

<sup>170</sup> Maine H. (1875), *Early History of Institutions*; aktaran, Alfange, a.g.e.1969, s. 76.

koyucunun işlevinin artırılması teorik olarak artırılmış ve desteklenmiştir. Yargıcın yasanın yorumlanması hususundaki serbestliği, Bentham düşüncesi ile sınırlanmıştır.

Bentham, 18'inci yüzyılın ikinci yarısından itibaren, hukuk eğitimi gördüğü Oxford'da common law öğretisi üzerine eğitim almıştır. Öğrenimi sırasında gerek İngiliz ampirizminden gerekse Antik Yunan hazcı düşüncesinden oldukça etkilenmiştir. Oxford'daki öğrenimi sırasında William Blackstone tarafından öğretilen doğal hukukçu teori<sup>171</sup>, Bentham tarafından tam olarak kabul görmemiştir. Öğrenim hayatından itibaren doğal hukukçu teoriyi, yasa yapımı, yargıçların konumu hususunda sorgulamalara girmiş ve doğal hukukçu teoriden ayrılmıştır.

Doğal hukukun dayandığı temel kabullerin her birini eleştiri konusu yapmıştır. Bentham doğal hukuk anlayışının temeli olan; hukukun tabiata uygun olması, hukuk kurallarının tabiat gözlemlenerek ve insan doğası tetkik edilerek bulunabileceğine dair görüşleri reddeder. Hart, Bentham'a göre hukukun, insan tarafından doğuştan dünyaya getirilen değil, dünyada oluşturulan bir şey olduğunu belirtmektedir<sup>172</sup>. Mevzu hukukun tabii hukuka uygun olması gerektiği fikri, tabii hukukun dayandığı temel prensiplerin kabulünü gerektirir ki bu prensipler belirsiz, göreceli ve istikrarsızdır. Blackstone'un ifade etmiş olduğu hukukun doğaya uygun olması ile geçerlilik kazandığı fikri, Bentham tarafından tehlikeli bulunur. Zira hukukun doğası tam olarak tespit edilmiş değildir; bu durumda insanların hukuka aykırı şekilde davranmaya iten sebepler tespit edilemeyecektir<sup>173</sup>.

Yine tabii hukukçu düşüncenin temelinde yer alan; insanların doğuştan getirdikleri devredilmez, vazgeçilmez ve bölünemez haklara sahip oldukları düşüncesi, Bentham

---

<sup>171</sup> Blackstone İngiliz hukukunun mükemmelliği ve bu hukukun olduğu gibi muhafaza edilmesi ile tabii hukuk prensiplerinin ebedi hakikati temsil ettiği düşüncelerini teorisinin temeline yerleştirmiştir. Bu itibarla Blackstone İngiliz Hukuku'nun ele alırken tenkitçi bir bakış açısını değil açıklayıcı bir tarzı benimsemiştir. Bu ise Bentham ile aralarında yaşamış oldukları ayrışmanın nedenleri arasında yer almaktadır. Güriz A. (1963). *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara, s. 64.

<sup>172</sup> Hart H.L.A (2001). *Essays on Bentham Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, s. 26.

<sup>173</sup> Schofield P. (2006). *The Political Thought of Jeremy Bentham*, Oxford University Press, s. 54. "... (Belirtilmek istenilen) husus şudur; hukukun doğası ortaya çıkmamıştır- ve günyüzüne çıkmayan şey bilinemez. Bu sebeple pozitif bir hukuku geçersiz kılmak için hukukun doğası kavramına müracaat etmek saçma olmasının yanı sıra söz konusu pozitif hukuka karşı çıkanların "açık temelsiz tenkitlerinin" bir yansımasıdır da. Bu durumlardan hiçbir hükümet kurulamaz. Blackstone "hukukun her zaman kendisini meydana getirecek bir üstün güce ihtiyaç duyduğunu" ifade eder. Bentham da buna paralel bir şekilde şunu belirtir: eğer hukuku oluşturan yoksa, hukuk da yoktur. Çelişkili bir biçimde Blackstone'un doktrini, özü itibarıyla anarşik olan bir temele dayanmaktadır. Sadece "isabetli bir şekilde kavranmış ve istikrarlı bir şekilde uygulanan" yararcılık prensibi, iktidarın sınırlanmasının ne zaman uygun olacağı problemini çözebilir."

tarafından reddedilmektedir. Yaşadığı yüzyılda özgürlüğün “başkasına zarar vermeden her şeyi yapabilme kudreti” şeklinde tanımlanmasının, esasında özgürlüğün sık sık ihlal edilmesi anlamına geldiğini ifade etmektedir. Bentham tabii haklar görüşünü reddederken insanların hukuken ileri sürebilecekleri hiçbir hakları olmadığını ifade etmez. Ona göre, her yasa özgürlüğe bir müdahaledir. Ancak yasa, belirli bir alan içerisinde eylem yetki ve kudreti (hakkı) verebilmektedir. Bu haklar mevzu hukuk tarafından tanınmakta olup devlet ve topluma takaddüm etmezler. “Gerçek hukuk gerçek hakları, kurgusal hukuk ise kurgusal hakları doğurur”<sup>174</sup>. Bu sebeple maddi hakların varlığına dair zihinlerde beliren düşüncelerin yükselmesi, bu hakların gerçek hayatta var olmalarından kaynaklanmaktadır. Hukuk tarafından oluşturulan haklardan bahsetmek mantıklıdır, çünkü bu haklar yasa koyucunun iradesinde kendi kaynaklarını bulabilmektedir. Ancak Bentham’a göre, doğal haklardan bahsetmek saçmadır, eğer bahsediliyor ise bu cahillikten kaynaklanmaktadır. Eğer cahillik değil ise, hukukun doğal haklara uygun olması gerektiğinden mülhem, bir şeyin olması gerekeni birileri tarafından ifade ediliyor ise bu söylemi, bilimsel yahut ahlaki bir temeli bulunduğundan değil, dile getirenler hukuk kuralının düzenledikleri şekilde olmasını istedikleri için ifade etmektedirler<sup>175</sup>.

Bentham sosyal sözleşme teorisini de sert bir şekilde eleştirmiştir. Sosyal sözleşme teorisi, bilindiği üzere bir faraziyedir ve Locke, Hobbes, Kant, Rousseau gibi ünlü tabii hukukçuların teorilerini meşrulaştırma biçimi olarak kullanılmıştır. Blackstone da sosyal sözleşme teorisinin ortaya koymuş olduğu meşrulaştırma biçiminden yararlanmıştır. Blackstone, Kant ile benzer bir şekilde, sosyal sözleşmenin tarihsel olarak gerçekleşmesinin mümkün olmadığını kabul etmekle birlikte, toplumun her bir bireyin hakkını koruması, bireylerin ise toplum tarafından ortaya konulmuş olan kurallara riayet etmesi için sosyal sözleşme teorisini gerekli görmektedir<sup>176</sup>.

Bu noktadan hareketle, Bentham sosyal sözleşmenin dayandırıldığı adalet, doğru akıl, doğa yarası gibi kavramların müphemliği sebebiyle bu teorinin dayanaksız olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, insanların sözleşmeye neden uyduklarının tabii hukuk teorisyenleri tarafından açıklanmadığını ifade eden Bentham, bunun olsa olsa fayda

---

<sup>174</sup> Özkurt H. (2013). *Jeremy Bentham’ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi*, Ankara s. 108.

<sup>175</sup> University College London Library, Bentham Papers, lxx. 106 (c.1776; aktaran; Schofield, a.g.e., 2016, s. 77.

<sup>176</sup> Schofield, a.g.e. 2016, s. 55.

prensibi ile açıklanabileceği düşüncesini savunur. İnsan sözleşmeye uyar çünkü buna uyması onun faydasına, uymaması ise zararınadır. Böylelikle Bentham ahlak felsefesinde olduğu gibi hukuk ve devletin temellendirilmesinde de fayda ilkesinin temel alınması gerektiğini açık bir şekilde ifade etmiştir<sup>177</sup>.

Bentham, David Hume'un olan ile olması gereken ayrımını esas alarak bu ayrımı temellendirmiştir. Hume, olgunun değerden, olanın olması gerekenden tamamıyla ayrı olması sebebiyle olandan olması gerekenin çıkarılamayacağını ifade etmiştir<sup>178</sup>. Bentham da hukuki kaidelerin ahlaki ilkeler temel alınarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Zira, ahlaki değerler görecelidir, müphemdir ve öznel tavırlara yer vermektedir. Hukukun varlığı ile ilgili sorular, hukukun ne olması gerektiğine dair cevaplar ile cevaplandırılmazlar. Hukuk diğer tüm ahlaki, dini ve diğer normatif alanların değer yargısı ile değil, kendi içerisinde ve bilimsel metotlarla değerlendirilebilecektir<sup>179</sup>.

Bentham, hukuku eleştirilemez bir normlar sistemi olarak görmemektedir. Ona göre hukukun kritik edilmesinde, esas alınması gereken fayda ilkesi olmalıdır. Sosyal düzen kuralı olarak hukuk, toplumsal faydayı maksimize edebildiği ölçüde yararlı olacaktır. Bu itibarla, hukuka, hukuksal kavramları, kanunların içeriğini, hukukun kendi doğasını kavrayarak ve fayda ilkesini sağlama amacıyla yaklaşmak gerekmektedir. Bu anlamda hukukun dışında yer alan dini ve ahlaki değerler ile hukukun değerlendirilmesi, meşruluğunun tartışılması anlamsızdır. Hukuk fayda temelli yaklaşım ile doğası kavranarak tartışılmalı ve genel faydayı artırma eğiliminde düzenlemeler yapılmalıdır.

Bentham, hukukun toplumun ortak iyiliğini sağlama amacını gerçekleştirmek için vaz' ettiği hukuk kurallarını yaptırıma bağlanmasının gerekli olduğunu ifade etmektedir. Ancak, faydacı ahlak prensibini benimsediğinden mülhem, insanların ahlaki olarak müeyyideye tabi tutulmalarının söz konusu olmadığını savunur. Zira, insan tekinin en önemli özelliği iyiliği arzulamak ve kötülükten kaçınmaktır. Bu itibarla insanı

---

<sup>177</sup> Özkurt, a.g.e., 2013, s. 99; Bentham'ın hukuka itaati fayda temelinde açıklaması eylem faydacılığı olarak ifade edilir. Eylem faydacılığı, ahlaki doğruluğun ölçütünü faydaya indirgeyerek, hukuka itaati açıklamakta ve fakat Gürler'e göre yetersiz kalmaktadır. Gürler S. (2011). *Hukuka İtaat Yükümlülüğü ve Sınırları*, İstanbul, s. 140-141.

<sup>178</sup> Özkurt, a.g.e., 2013, s. 117.

<sup>179</sup> Özkurt, a.g.e., 2013, s.119.

eylemlerinden alı koyan vicdan gibi metafizik ögeleri teorisinin dışında tutmaktadır<sup>180</sup>. Ona göre ahlaki müeyyide denilen şey, esasında bireyin eylemlerine toplum tarafından gösterilen reaksiyondur. Birey, toplum tarafından olumlu reaksiyon gösterilen eylemi gerçekleştirmek isterken, tepki duyacağını düşündüğü eylemi gerçekleştirmekten kaçınır<sup>181</sup>. Bu sebeple toplumun yapısı ve anlayışı ahlaki müeyyidenin kapsamını belirlemektedir.

Bu düşünce Bentham'ın common law öğretisine karşı duruşunun bir tezahürü olarak belirmiştir. Bentham, fayda ilkesini esas alan ve nesnel ölçütlere dayanan kodifikasyon önerilerini oluşturmuş, geleneksel İngiliz içtihatlar hukukuna karşı pozitif kodifikasyon hukukunu ön plana çıkarabilmiştir. Bu düşünce, pozitif hukuk teorisinin temelini oluşmasına, İngiliz Hukuku'nda geniş çaplı reformlar yapılmasına vesile olmuştur<sup>182</sup>.

Bentham, ayrıca doğal hukukçu öğretiyi reddetmiş, hukukun ahlaktan ayrılması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Nesnel ve bilimsel ölçütlere göre, fayda ilkesini gerçekleştirebilecek bir hukuk kuramı inşa etmeye çalışan Bentham, esas olarak hukuku common law'u eleştirdiği gibi, gizeminden kurtarma amacıyla teorisini şekillendirmiştir. Bentham'a göre egemenlik, egemennin egemenliğini kabul eden kişilere belirli bir eylem yapmalarını emretmesi ve yapmamaları durumunda onlara yaptırım uygulama yetisidir. Bu anlamda Bentham, hukuku egemenin yaptırımlarla desteklenmiş emri olarak nitelendirmiştir. Bentham, hukuku, Luther'in din ve Newton'un fizik alanında yapmış olduğu gibi, bir bilim olarak tasarlamak istemiş, hukuku madden tanımlayarak onu metafizik ögelerinden kurtarmıştır<sup>183</sup>.

Bentham teorisinde yargılamayı, hukuki gerçeklikleri gözlemlemek suretiyle oluşan tecrübi bir bilim olarak görmektedir. Öğrencisi Austin'den farklı olarak Bentham, yasaların daha iyi olmasını amaç edinmektedir<sup>184</sup>. Bu itibarla, Bentham yasaların

---

<sup>180</sup> Güriz, a.g.e., 1963, s. 84.

<sup>181</sup> Güriz, a.g.e., 1963, s. 84.

<sup>182</sup> Güriz, a.g.e., 1963, s. 104.

<sup>183</sup> Menski W.(2006). *Comparative Law in a Global Context*, New York, 154.

<sup>184</sup> "...Sonuç olarak, Austin'in derslerinin bazıları faydayı doğrudan tartışsa da, yazılarının bütününde bu mesele merkezi bir konum işgal etmez; Bentham için ise tersi geçerlidir. Austin'in yoğun olarak başvurduğu Bentham'ın "açıklayıcı hukukbilimi" (hukukbilimi yerine kullandığı terim) fayda ilkesini hukuk reformunda uygulanmak üzere hazırlama kaygısının izini taşıyordu. Demek ki, yasama bilimi (denetleyici hukukbilim diye adlandırır) Bentham için merkezdendir ve açıklayıcı hukukbilim, denetleyici hukukbilimin sürdürülebilmesi için gerekli bir bilgi temelidir. Tersine Austin, mevcut hukuka dair bir teorisinin irdelenmesine özgülünmüş dersleriyle bilinir. Bu derslerde fayda ilkesine

yönlendirici ve yaptırımsal olmak üzere iki kısmı olduğunu ifade etmektedir. Yönlendirici kısmı yasaların emir, yasak, tavsiye ve izin verme işlevlerini barındırmaktadır. Yaptırım kısmı ise egemenin buyruğunun yerine getirilmemesi durumunda ortaya çıkan cezayı ifade eder. Bentham, yasalara uyulmasının ana etkeninin ödül değil ceza olduğuna inanır ve yaptırımsız bir yasanın varlığını kabul etmemektedir.

Bentham sosyal sözleşme teorisini reddetmektedir. Her ne kadar Hobbes'un egemenlik kuramı ile Bentham'ın öğretisi benzerlik taşısa da Hobbes'un kuramında sözleşme öncesi toplum doğa durumunda yaşamakta ve egemen bulunmamaktadır. Oysa Bentham bu tür meşrulaştırma çabasına girmeksizin egemeni olgusal olarak tanımlamaktadır. Ona göre egemen, bir siyasi toplumun tümünün, bir başkasına değil de yalnızca onun iradesine itaat etme yatkınlığında bulundukları kişi ya da kişilerden oluşan birleşimdir.<sup>185</sup> Siyasal toplum ise egemenin altında varlığını birlikte sürdürme gayesi etrafında toplanan kişiler topluluğudur.

Bentham'a göre egemenin yasama yetkisi hukukla sınırlandırılmış değildir ve tüm hukuk sistemleri, i açıklayıcı, sarıh veya örtük bir şekilde egemenin iradesinden neşet eden kurallar bütünüdür. Bu sebeple, yasama yetkisini kullanan egemenin yasa yapma yetkisinin hukuk tarafından sınırlandırılması düşünülemez. Ancak, egemenin diğer organları (destekleyici/subordinate) hukuk tarafından oluşturulur ve yetkileri hukuk tarafından belirlenmektedir; bu organların yetkileri belirli konularla veya belirli bir coğrafi bölge ile sınırlandırılabilir. Bu durumda organın işlemiş olduğu fiil, hukuken belirlenmiş yetki dahilinde ise hukuka uygun, yetkisinin dışında ise hukuka aykırı olarak tanımlanacaktır<sup>186</sup>.

Bentham egemenin iradesinin yansıması olan hukuku, yasadışı unsurlar yahut metafizik temellendirmeler ile sınırlandırılmasına karşı çıkmaktadır<sup>187</sup>. Bu itibarla

---

değişimini, hukukun neden belli biçimler almış olduğunu açıklamaya yaradığı için gerekli oluşyla apolojetik biçimde haklılaştırır. Bu yüzden, Austin'in derslerinin özgün bağlamında yasama bilimi hukuk bilimine göre *alt seviyededir*.” Cotterell, a.g.e., 2018, s. 93.

<sup>185</sup> Hart, a.g.e., 2011, s. 221.

<sup>186</sup> Hart, a.g.e., 2011, s. 224.

<sup>187</sup> Hart, Bentham'ın hukuku mistik ifadelerden arındırdığını ve hukukun esasında emirler, yasaklar yahut izinler, insan iradesinin bir ürününden başka bir şey olmadığını düşündüğünü ifade eder. Bentham'a göre hukukun insan eseri olması ve doğal hukuk kuralları olmamasına rağmen, yasa koyucuya yol gösteren ve hukuku kritik eden rasyonel prensipler olduğunu kabul eder. Bunlar faydacılık prensipleridir ve bu prensipler bir hukuk için neyin iyi bir sebep olduğunu ifade ederler. Ancak Bentham



egemenlik altında yaşayan kişilerin egemene itaat etmeleri zorunludur. Ancak egemen kendi çıkarmış olduğu yasa ile egemenliği altında yaşayan insanlarla bir anlaşma yaparak egemenlik yetkisini sınırlandırabilir. Bu durumda toplumsal fayda gerektirir ise egemene karşı direnilebilir. Bunun dışında, tabii haklar kuramına yahut diğer metafiziksel ögelere dayanılarak egemenin iradesinin yok sayılması, geçersiz sayılması, alınan kararlara direnilmesi mümkün değildir.

### **2.2.2. John Austin Düşüncesinde Hukukun Kaynağındaki Belirsizliğin Giderilmesi: Yasa Egemenin Buyruğudur!**

John Austin, Bentham'ın ardından hukuk kurallarını egemenin iradesi temelinde açıklayan ve analitik pozitivizmi sistematik hale getiren düşünürdür. Austin düşüncesinde yasa, bir monark yahut belirli sayıdan oluşan egemen tarafından, egemenin otoritesi altında bulunan kişi veya kişilere uygulanır. Bir egemenden söz edebilmek için siyasal ve bağımsız bir toplumun var olması gerekmektedir. Austin'e göre, siyasal toplumun iki ayırt edici özelliği bulunmaktadır; toplumun tamamı yahut büyük çoğunluğunda ortak üste itaat alışkanlığı olmalıdır. Bu durum siyasal ve bağımsız toplumun pozitif yönünü oluşturmaktadır.

Ancak siyasal toplumun ve bağımsız bir toplumun var olabilmesi için sadece toplumun egemene itaat etme alışkanlığında olması yeterli değildir. Bunun kadar önemli olan diğer husus kendisine itaat edilen egemenin (belirli bir kişi yahut organ) başka bir egemene itaat alışkanlığı içerisinde olmamalıdır. Bu da siyasal ve bağımsız toplumun negatif yönünü oluşturmaktadır. Austin'in egemenliğin kullanımı için zorunlu gördüğü siyasal ve bağımsız bir toplum için negatif özelliğin pozitif özelliklerle bir araya gelmesi gerekmektedir<sup>188</sup>.

Siyasal toplumun, pozitif ve negatif yönlerin belirlenmesi kolay değildir. Özel durumlarda egemen ile siyasal ve bağımsız toplumun varlığının belirlenmesi oldukça güçtür. Austin örnek olarak Fransa'nın 1815 yılında müttefiklerce işgal edilmesini gösterir. Her ne kadar Fransa halkı müttefiklerin emirlerine o an için (işgal süresince)

---

şu uyarıyı da yapmaktadır; bu prensipler yalnızca sebeplerdir, hukukun kendisi değildir. Hart, a.g.e., 2011, s. 23-24.

<sup>188</sup>Austin J. (2015). *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, (Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş), İstanbul, s. 140.

itaat etseler de bu itaat geçici ve istisnai olduğundan siyasal toplum bağımsızlığını, Fransa ise egemenliğini kaybetmemiştir<sup>189</sup>.

Yine iç savaş durumunda eğer her iki tarafın gücü birbirine denk ise bu durumda pozitif ve negatif yön her iki tarafta mevcut olacağından, iki farklı siyasal toplumun varlığından söz edilebilecektir<sup>190</sup>. Ancak, örneğin valinin yönettiği bir toplumda bağımsız ve siyasal toplumdan ve egemenden söz edilemez. Zira, vali itaat edilen üst makam olsa da, o daha üstün bir merciye itaat etmektedir<sup>191</sup>. Bu durumda ise siyasal toplumun negatif yönü eksik kalmaktadır. Ancak egemenliğin yalnızca negatif yönü değil pozitif yönü de bazen belirsiz olabilir. Örneğin, I.Charles'ın parlamento ile arasında yaşadığı çekişmede toplum her ikisine de itaat etme eğiliminde olmuştur. Bu durumda toplumun itaat etme alışkanlığının hangisine yöneldiği belirsizdir<sup>192</sup>.

Bir siyasal toplumun varlığı için toplumun belirli bir sayıya ulaşmasının gerekli olup olmadığı da Austin tarafından tartışılmıştır. Ona göre net bir sayı verilemez. Zira pozitif ve negatif bir yön bulunmakta ise egemen ve siyasi toplumdan bahsedilebilir. Montesquieu'den alıntı yapan Austin, siyasal erkin zorunlu olarak birçok ailenin birleşimini kapsadığını ifade eder<sup>193</sup>.

Austin, egemenin sınırlanamayacağı görüşündedir<sup>194</sup>. Pozitif hukuku oluşturan egemen sınırlanamayacağı gibi daha üst bir yasa veya ilke ile de bağlı değildir. Egemen sınırlanamazken, egemenin bir toplum sözleşmesi sonucu ortaya çıktığının kabul edilmesi durumunda da bu sözleşme ile bağlı olduğunun kabulü mümkün değildir<sup>195</sup>. Egemenin en yüce amacı toplumun genel mutluluğunu sağlamaktır<sup>196</sup>. Bu mutluluğun gerçekleştirilmesi için kendisi yasa yaptığı gibi daha önce çıkarılan yasaların uygulanmasının devamını da sağlamaktadır. Austin bu düşüncesi ile Hobbes'un düşüncesinin çizgisinde ilerleyerek, egemenin daha önce çıkarılan yasalar ile bağlı olduğunu kabul etmemektedir<sup>197</sup>.

---

<sup>189</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 141.

<sup>190</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 142.

<sup>191</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 143.

<sup>192</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 146-147.

<sup>193</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 149.

<sup>194</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 223.

<sup>195</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 216.

<sup>196</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 192.

<sup>197</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 217. Her ne kadar, Hobbes bazı yorumcular tarafından tiranlıkla suçlansa da Austin bu suçlamalara katılmaz ve Hobbes'un tiranlık savunucusu olmadığını ileri sürer. Hobbes'un Leviathan adlı eserinde monarşiyi savunmasını iki sebeple açıklamaktadır; ilki egemen gücün pozitif

Austin egemen için despot veya demokratik olarak yapılan ayrımları kabul etmez. Zira, her egemen doğası gereği sınırlayıcıdır. O halde hepsi biraz despot bir tavır takınmak durumundadır<sup>198</sup>. Austin egemen için şu ifadeleri kullanmaktadır “pozitif hukuka göre kurulan veya mevcut egemen bir siyasi yönetim ne hukukidir, ne hukuka aykırıdır, ne haklıdır ne haksız, ne adildir ne gayri adil. Bu sebepten ne yasaldır ne de yasa dışı.”<sup>199</sup>

Austin özgürlüklerin aşırı şekilde övülerek egemenin karşısında çıkarılmasını eleştirmektedir. Siyasi ve medeni özgürlüklerin polis ve civitas kelimelerinin işaret ettiği siyasi ve hukuki kısıtlamalardan fazla övgüyü hak etmediğini ifade etmektedir<sup>200</sup>. Austin bu düşüncesini yönetimin var olmasının nihai hedefinin ortak refahın mümkün olduğunca geniş şekilde ilerletilmesi olduğu fikrine dayandırır. Ortak refahın gelişmesinin ise hak ve özgürlüklere olduğu kadar, kısıtlamalar getirilmesine bağlı olduğunu ileri sürmektedir<sup>201</sup>.

Ahlakı kendisinden önceki düşünürlerin teolojik ve deontolojik temellendirmelerinden farklı olarak ele alan Bentham, hukuku da nesnel bir açıklamaya tabi tutma girişimindedir. Bu itibarla, pozitivist hukuk kuramının kurucusu olarak addedebileceğimiz Bentham, hukuk felsefesinin temel tartışmalarından birisini de başlatmıştır. Doğal hukukçu olarak addedilen düşünürler hukukun meşruluğunu ahlaki referansları dikkate alarak belirlemeye çalışmışlardır. Oysa Bentham, hukukun ahlaki referanslarla belirlenmesine açıkça karşı çıkmıştır.

Austin, sistematik hale getirdiği analitik pozitivist düşüncesinde, yasaların niteliğini açıklamaya çalışmıştır. Austin, yasaları öncelikle doğru şekilde yasa olarak adlandırılanlar ve yanlış şekilde yasa olarak adlandırılanlar olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Yanlış şekilde yasa olarak adlandırılanlar, benzetme yolu le yasa ve metafor olarak adlandırılanlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>202</sup>. Ancak, benzetme

---

hukukla sınırlandırılmayacağı görüşü ki Austin de aynı görüştedir. İkinci olarak Hobbes, hükümetin yapısı ne olursa olsun yararcılık düşüncesi ile ortak iyiye yahut mukaddes olarak bilinen Tanrı yasalarına yaslanılarak bir iktidara isyan edilemeyeceğini ileri sürer. Ancak Austin aynı düşüncede değildir. Hobbes’un hükümete isyan edilemeyeceği düşüncesini ise yaşamış olduğu zamandaki iktidar boşluğunun yarattığı kaosun etkisi olarak görmektedir. Dyneaus D. (2013). “Austin, Hobbes, and Dicey”, “The Legacy of John Austin’s Jurisprudence,” New York, s. 226.

<sup>198</sup> Austin, a.g.e., 2015, s.180. -186.

<sup>199</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 217.

<sup>200</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 179.

<sup>201</sup> Austin, a.g.e, 2015,s. 179.

<sup>202</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 29.

yolu ile yasa olarak adlandırılan yasalar, hukuk biliminin konusu olmayıp pozitif ahlakın konusunu oluşturmaktadır.

Gerçek anlamda yasa olarak adlandırılanları ise Austin, Tanrı yasaları ve insan yasaları olarak ikiye ayırmaktadır. Tanrı yasalarının daha çok doğal hukuk olarak adlandırıldığını ifade eder. Tanrı yasaları evrensel olup, Tanrı'nın insan kullarına uymaları için göndermiş olduğu kurallardır. Bu kuralların çerçevesi ve mahiyeti insanlar tarafından bilinemeyeceğinden hukuk biliminin konusu oluşturmazlar. Bu anlamda hukukun konusu oluşturan yasalar pozitif yasalardır<sup>203</sup>.

Austin, yasaları tıpkı Bentham gibi common law hukukunda yerleşik olan hukuk anlayışını reddetmek üzere temellendirmektedir. Common law hukukunu terk ederek Roma Hukuku'ndaki hukuk sistematğine geçildiğinde, kaos ve karanlık imparatorluğundan uzaklaşarak, görece düzenin ve aydınlık bölgesi gibi görünen bir dünyaya geçileceğini ifade etmektedir<sup>204</sup>. Bu sebeple Austin, yasa deyiminden belirli bir hukuk sistemi içerisinde yer alan ve egemen tarafından buyruk olarak vaz' edilen kuralları anlamaktadır.

Austin, egemen tarafından oluşturulan buyruklara itaatsizliğin söz konusu olması durumunda bu fiillerin karşılığı olarak yaptırım ön görülmesini yasanın bir şartı olarak görmektedir. Zira, itaat edilmemesi durumunda yaptırım ön görülmeyen yasa eksik yasadır<sup>205</sup>. Austin yaptırım hususunda Bentham'dan farklı bir bakış açısına sahiptir. Bentham cezanın yanı sıra ödülün de yaptırım olarak belirlenebileceğini ifade etmektedir. Oysa Austin, yalnızca cezanın yaptırım olarak belirlenebileceğini kabul etmektedir. Ödülün ise cezadan ziyade bir söz verisi veya teşviki ifade etmekte ise de yasanın ihlali durumunda ancak negatif yani cezai yaptırımların uygulanması gerektiğini belirtir<sup>206</sup>.

Austin, hukukun yasalardan ibaret olduğunu benimsemişse de, yalnızca yasama organı tarafından kodlaştırılan kuralların yasa olduğu fikrine katılmaz. Yasama organı tarafından oluşmasa da uygulanacak yasanın herkes tarafından bilinebilir olmasını, kendi yasa anlayışında geçerlilik için asgari şartların sağlanmasını yeterli görmüştür. Zira, Bentham hukukun temeline fayda ilkesini koyarak hukukun yeniden inşasını

---

<sup>203</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 29.

<sup>204</sup> Cotterell, a.g.e., 2018, s. 91.

<sup>205</sup> Cotterell, a.g.e., 2018, s. 102.

<sup>206</sup> Cotterell, a.g.e., 2018, s. 101.

amaç edinse de, Austin mevcut hukuk düzenini rasyonelleştirmek adına hareket etmiştir<sup>207</sup>.

Bentham'ın hukuki reformları ifade ederken esas amaçlarından birisi hukukçuların hukuk uygulaması üzerindeki tekeli kırmasıdır. Ancak Austin bu çerçevede bir amaç gütmemektedir. Zira Austin, yargıçları egemenin bir vekili olarak görmektedir. Bu sebeple yargıçların yargılama faaliyeti sonucu varmış oldukları kanaat, egemenin bir buyruğu olarak görülerek itaat edilmelidir. Elbette Bentham gibi Austin de kodifiye edilmiş hukuku common law'dan üstün tutmuştur. Ancak, bu durum Bentham gibi yargıçların hukuku yorumlamalarını dahi gereksiz gören radikal bir anlayışı değil, toplumun yaşadığı rasyonel bir hukuk zemini tesis etmek için gerekli gayretin gösterilmesini savunan bir anlayışa hizmet etmektedir<sup>208</sup>. Bu sebeple, Austin, yargıcın hukuku yaratmasını hukukun bağımlı kaynağı olarak kabul eder<sup>209</sup>.

Austin, metafizik öğelerden arındırmış olduğu yasa tanımını ile birlikte fiili egemenin buyruğunu hukukun kaynağı olarak belirlemiştir. Bu sebeple, hukukun emredici kurallardan oluştuğunu ifade ederek, hukukun kaynağını tabii hukuk çizgisinden farklı olarak test edilebilir bir boyuta indirgemıştır<sup>210</sup>. Keza, Bentham'ın hukukçuları sistemin dışında bırakma çabasına karşılık olarak Austin yasaların yorumunda hukukçuların önemli bir rol oynadığını kabul etmiştir.

Austin, Bentham'ın ardından hukukun bilimselliğinin sağlanması için ahlak kurallarından ayrılması gerektiğini savunmuştur. Ona göre hukuk, bilimi yalnızca pozitif hukuk kurallarını inceleyerek bilimselliğini kazanabilecektir ve hukuk bilimi

---

<sup>207</sup> Cotterell, a.g.e., 2018, s. 93.

<sup>208</sup> Cotterell, a.g.e., s. 120-121. Yine de yargıçların keyfi kararlar vermesinin önüne geçilmesi için “(i) Temyiz Mahkemesinin alt derece mahkemelerinin kararlarını incelediği hiyerarşik yapıya sahip bir hukuk sisteminin varlığı, (ii) yargıçların, egemen yasa koyucunun bizzat kendisi bu olayla ilgilenmiş olsaydı ne yapacağı yolundaki düşüncesi tarafından yönlendirilmeleri yani, “genel çıkarın tatmin edici bir şekilde dikkate alınması”, (iii) sadece “meslek çıkarını” koruyan kurumların (örneğin Baronun) ve diğer hukukçuların düşüncelerinin etkisinin azaltılması.” gibi önlemlerin alınmasını zaruri görmektedir. Uzun E. (2003). “İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin”, *Sosyal Bilimler Dergisi*, s. 22.

<sup>209</sup> Uzun, a.g.e., 2003, s. 21.

<sup>210</sup> “Austin'in buyruk teorisi çerçevesinde hukukun içeriğini belirleyebilecek farklı (aynı zamanda ilişkili) farklı yollar mevcuttur. İlki, hukuk esas olarak güçle ilgilidir. İkincisi, hukuk en iyi şekilde aşağıdan yukarıya doğru bir kurum olarak değil (hem İngiliz common law yorumcularının hem de tarihçi hukuk okulu mensuplarının yaptığı gibi), hükümet tarafından vatandaşlar üzerine yüklenen normlarla yukarıdan aşağıya doğru bir kurum olarak anlaşılır (ve uygulanır). Üçüncüsü ise her hukuk sistemi gücü tam olarak sınırlandırılmamış bir kuruma (egemene) sahiptir.” Bix B.H. (2013). “John Austin and Constructing Theories of Law”, *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, New York, s. 11.

hukuk kurallarının iyiliği yahut kötülüğü ile ilgilenmez<sup>211</sup>. Ahlak kuralları hukukun konusunu oluşturmazlar. Ahlak kurallarının kim tarafından oluşturulduğu belirli değildir. Bunun yanı sıra, ahlak kurallarına aykırı olan eylemin yaptırımı belirsizdir. Toplumdan topluma ve zamana göre değişkenlik göstermektedir. Bu sebeple istikralı ve tek biçimli bir ahlak kuralından bahsetmek mümkün değildir<sup>212</sup>. Tüm bu özellikler Austin'in hukuku bilimselleştirme gayreti ile uyum göstermemektedir.

Pozitif hukuk tarafından yasaklanan birçok eylem esasında pozitif ahlak ve tanrı yasaları tarafından yasaklanmıştır. Örneğin, adam öldürme hukuken, ahlaken ve tanrı yasaları tarafından açıkça yasaklanmıştır. Austin, kaçakçılığın pek çok kişi tarafından hukuka aykırı olarak görülmesine rağmen bu fiili suç saymayan insanların mevcut olduğunu belirtir. Yahut düello pek çok Avrupa ülkesinde açıkça yasaklansa da kişi şerefî için bunu kabul etmek durumunda kalmaktadır<sup>213</sup>. Bu durumda, ahlaken yasak görülmeyen benzeri fillerin hukuken yaptırma bağlanmaması mümkün değildir. Bazı ahlaki veya tanrısal yasalar pozitif hukuk tarafından kodifiye edildiğinde bunların kaynağının ahlak veya tanrı olduğu düşünülür<sup>214</sup>. Oysa bu yasalar da egemen tarafından yasalaştırılmış ve böylece yürürlük kazanmıştır<sup>215</sup>. Yine gelenek de yasa koyucu tarafından yaptırma bağlanmadan gerçek anlamda yasa niteliği taşıyamayacaktır<sup>216</sup>.

Austin, Blackstone'un Tanrı yasasına uymayan yasanın yasa olamayacağına dair görüşünü açıkça saçma bulmaktadır<sup>217</sup>. Bir yasanın topluma uygun olmadığı açıklanabilir ve bu belirli ölçülerde de faydalıdır. Ancak, Tanrının yasalarına aykırı oldukları gerekçesi ile yasaya uymamaya teşvik etmek anarşiyi öğütlemektir<sup>218</sup>. Bu tiranlık için de tehlike doludur, ancak iyi bir yönetim için zararlıdır<sup>219</sup>. Adalet düşüncesini önceleyerek yasaların geçerli olmadığı tezini de eleştirmektedir. Hukukun kendisi adaletin ölçütüdür. Hukuka aykırılık o norma istinaden adaletsizdir. Bu itibarla bir normun geçerliliğini adalet değeri üzerinden eleştirmek, bir hukuk uygulayıcısının

---

<sup>211</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 108.

<sup>212</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 126.

<sup>213</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 124

<sup>214</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 125

<sup>215</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 125

<sup>216</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 125.

<sup>217</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 126.

<sup>218</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 127.

<sup>219</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 127.

o ülkenin hukukunu uygulamak için var olduğunu, doğrudan o hakkaniyeti veya adaleti uygulamadığını unuttuğunu göstermektedir<sup>220</sup>.

Hukuk bilimi içerisinde ahlakın yer almayışı, Austin'in hukuku bilimselleştirme çabasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak Austin, hukukla ahlakın bilimsellik cihetinden birbirinden ayrılarak incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte Austin, pozitif hukuk, pozitif ahlak ve tanrı yasası arasında bir ilişkinin var olmadığını iddia etmemektedir. Pozitif ahlak ve tanrı yasasının pozitif hukukun kaynağı olduğunu kabul etmektedir. Bu sebeple, hukuk ve ahlakın ayrılmasına dair görüşü hukuk ve ahlakın keskin bir ayrımını imlememektedir<sup>221</sup>.

Hukuk ve ahlak arasında kurucu bir bağ olduğu varsayımı doğal hukukçu teori tarafından savunulmaktadır. Liberal hukuk düzenin gerektirdiği asgari ahlaki değerler hukuk düzenini de etkilemektedir. Common law 'ın üzerine inşa edildiği temel değerler de ahlaki yargıları içerisinde barındırmaktadır. Oysa Austin, hukukta kesinlik arayışı sebebiyle ahlaki yargıların hukukun ele alınışında öncelemesinden vazgeçilmesini arzulamaktadır. Burada esas olarak Austin'in Alman hukuk felsefesinin etkisinde kaldığı ifade edilmektedir. Nitekim Austin, Almanya'da hukuk eğitimi almış ve dönemin ünlü hukukçuları olan Thabut, Savigny'nin eserlerini ele alabilmiştir. Bu sebeple, Austin'in dönemin Alman hukuk felsefecileri ile pozitivist, romanist ve sistematik tutumu benimseme açısından pek çok ortak yönü olduğu ifade edilmektedir<sup>222</sup>.

Austin, Alman hukukçulardan etkilendiğinde, Almanya'da doğal hukuk anlayışının hukukun üzerindeki etkisi kırılmakta idi. Kant'ın ahlak felsefesi ile ahlakı dışarıdan gelen bir etki üzerine yapılan eylemle değil, bizatihi bireyin zihninde yer alan kategorif emparatif ile açıklaması, ahlakın dışsal zorlamanın aracı olan hukuk ile ayrılmasına vesile oldu<sup>223</sup>. Kant'dan sonra gelen tarihçi hukuk okulu, her ne kadara hukuku halkın ruhundan (volkgeist) gelen bir fenomen olarak kavrasa da, hukukun oluşumunda

---

<sup>220</sup> Austin, a.g.e., 2015, s. 130.

<sup>221</sup> Rumble W.E. (2005). *Doing Austin Justice, The Reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth – Century England*, New York, s. 113.

<sup>222</sup> Schwarz A.B. (2008). "John Austin Ve Döneminin Alman Hukuk Felsefesi," Çev.: İzzet Mert Ertan, *İÜHFM*, Cilt 66 (2), ss.383-400, s. 391. "Eğer İngiliz etkisi (Bentham ve Hobbes) Austin'in teorisinde hukukun ne olduğunu belirlemiş ise, Alman etkisi de onun (teorinin) nasıl çalışacağını göstermiştir. Lobban M. (2013). "Austin and the Germans", *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, New York, s. 256.

<sup>223</sup> Lobban, a.g.e., 2013, s. 257.

hukukçulara tanımış olduğu geniş bir alanla, ahlaki hukukun yapımında egemenin sınırlandığı bir alan olarak nitelendirmemiştir.

Kelsen, normatif düzenini tasarlarken, temel kuralını iradenin norm yaratma zincirinden çıkarılması olarak belirlemiştir. Normun kaynağı bir irade değil, diğer bir normdur. Hukuk, kendisinin kaynağını olan piramidel bir model ile oluşmaktadır. Keza, hukuk ve devleti, kamu hukuku özel hukuku, ulusal ve uluslararası hukuku iki ayrı yapı olarak değil; bir ve bütün olarak tasavvur etmektedir. Bu sebeple, analitik pozitivizmin temel savlarının Kelsen'in normativist pozitivist kuramında pek çok değişikliğe uğradığı görülecektir. Bu değişikliğin sebebi, kuramların amaçlarında yatan farklılıktır. Analitik pozitivizm, fayda temelinde metafizik ögeler barındıran arkaik bir hukuku saf dışı bırakmak için inşa edilirken; Kelsen, saf hukuk kuramını diğer tüm sosyal bilimler teorilerinden ayırarak, tüm zaman ve mekanlarda geçerli bir bilimsel metodoloji olarak oluşturma gayretindeydi. Bu sebeple analitik pozitivizmin temel savı olan egemenin iradesini kuramın dışında bıraktı<sup>224</sup>. İlerleyen bölümde bu gayretin temelinde yatan unsurlar incelenerek, hukukun meşruiyet zemininin nereye taşındığı, bu tartışmalara getirilen yeni perspektiflerin kurumsal izdüşümü irdelenecektir.

---

<sup>224</sup> Vinx L. (2013). "Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty: Notes on the History of Modern Legal Positivism", *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, New York, ss.51-71, s. 53.





### 3. HANS KELSEN'İN SAF HUKUK KURAMININ MAHİYETİ VE MEŞRULUK SORUNUNUN HUKUKİLİK SORUNUNA DÖNÜŞÜMÜ

#### 3.1.Hans Kelsen'in Saf Hukuk Kuramının Epistemolojik Temelleri

##### 3.1.1.Hans Kelsen'in Entelektüel Biyografisi

Hans Kelsen'in hayatı, Yahudi bir ailede doğduğu 19'uncu yüzyılın sonunda Orta Avrupa'da başladı, 20'nci yüzyılın sonlarına doğru Amerika'da sona erdi. Bu uzun hayat serüveninde Kelsen, çok önemli hukuk düşünürleri ile karşılaştı, önemli makamlarda bulundu ve üretken bir yazar olarak pek çok esere imza attı. Saf hukuk kuramı, Kelsen'in en önemli düşünsel mirası olarak adlandırılabilir. Olgunlaşmış bir zihinle ortaya koyduğu kuram, Kelsen'in hayatından belirli izler taşımaktadır. Diğer taraftan Kelsen'in 1940'larda Amerika Birleşik Devletleri'ne göç etmesi ve burada farklı hukuk ekolleri ile tanışması teorisini de etkilemiş, saf hukuk kuramının ikinci edisyonunda belirli değişikliklerin oluşmasına sebep olmuştur. Çalışmanın odağı saf hukuk kuramı olsa da; kuramdaki değişiklikler için Kelsen'in entelektüel biyografisine dair bir başlığın önemli olduğunu düşünülmektedir<sup>225</sup>.

Hans Kelsen, 11 Ekim 1881 yılında Prag'ta doğdu. Ailesi Yahudi kökenli Almandı. Kelsen henüz 3 yaşında iken ailesi ile birlikte Viyana'ya göç etti. Küçüklüğünden itibaren felsefe edebiyat mantık ve yanı sıra matematik ve doğa bilimleri ilgilenen Kelsen, Yahudi geleneklerine göre hanenin ilk çocuğu olarak babasının işini devam ettirmek yerine eğitimine devam etti<sup>226</sup>. Lise yıllarında, küçük denebilecek yaştan itibaren felsefe ile ilgilenmeye başladı. Schopenhauer ve Kant'ın felsefesi çalışmalarına ilgi duydu<sup>227</sup>. Matematik ve mantık ilimlerine olan ilgisi, hukuka olan bakışını da şekillendirmiştir.

1903 yılından itibaren hukuk teorisi ile ilgilenmeye başladı. İnanç olarak agnostik iken 1905 yılında Katolik oldu. "Die Staatlehre des Dante Alighieri" adlı eserini bu yılda kaleme aldı. Katolikliğe dönmesindeki en önemli sebep, ailesinin kökeninin

<sup>225</sup> Kelsen'in biyografisinde önemli noktalara Saf Hukuk Kuramı'nın Türkçe çevirisinin sonunda yer verilmektedir. Baskıda sayfa numarası verilmeksizin kitap sonuna konulan biyografik notlar biyografik inceleme için önemli bir rehberlik sunmaktadır.

<sup>226</sup> Olechowski T. (2015) Biographical Researches on Hans Kelsen in the years 1881-1920, s. 282. [https://www.univie.ac.at/kelsen/workingpapers/Biography\\_1881\\_1920.pdf](https://www.univie.ac.at/kelsen/workingpapers/Biography_1881_1920.pdf) Erişim Tarihi: 10.11.2020

<sup>227</sup> Olechowski, a.g.e., s. 282.

üniversitede görev almasına engel teşkil etmesiydi. Ancak Yahudi kökenleri ona ileride daha büyük zorluklar yaşatacağı<sup>228</sup>. 1906 yılında hukuk doktoru oldu<sup>229</sup>.

1908 yılında Heidelberg Üniversitesi'nde Jellinek'in bir seminerine katıldı. 1911 yılında Viyana Üniversitesi'nde kamu hukuku ve hukuk felsefesi kürsüsüne ataması yapıldı. Bu sırada, "Hauptprobleme der Staatsrechtlehre" (*Kamu Hukukunun Temel Meseleleri*) adlı eserini yayınladı. 1912 yılında Margarete Bondi ile evlenen Kelsen'in bu evlilikten iki kızı dünyaya geldi. 1914 yılında Birinci Dünya Savaşı sırasında savunma ve adalet bakanlıklarında müşavir olarak çalıştı. 1918 yılında Viyana Üniversitesine geri döndü<sup>230</sup>.

Viyana Üniversitesi kamu hukuku ve idare hukuku kürsüsüne 1917-1919 yılları arasında doçent, ardından profesör olarak atandı. Adolf Merkl<sup>231</sup>, Alfred Verdross, Felix Kaufmann, Fritz Sander, Erich Voegelin, Alf Ross, Charles FJsenmann, Luis Legaz y Lacambra and Franz Weyr. Gibi isimler öğrencileri arasındadır. "Wiener Schule" (*Viyana Okulu*) olarak adlandırılan bu entelektüel çevre ile birlikte Otto Bauer, Max Adler, Joseph Schumpeter and Ludwig van Mises gibi isimlerle de diyalog halindeydi. Görüş olarak sosyalistlere yakınlık duysa da; aktif siyasette yer almadı.

1920 anayasasının hazırlanmasında önemli rol üstlendi. 1918 yılında Viyana Üniversitesi'ndeki görevinin yanı sıra Alman- Avusturya Devleti için çalışmak üzere anlaşmaya vardı<sup>232</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasının ardından 1921 yılında Mahkeme üyesi olarak atandı<sup>233</sup>. 1930 yılında politik sebeplerden ötürü mahkemeden ayrıldı. Viyana'da politik olarak zor zamanlar geçirince Köln'e taşındı. Burada uluslararası hukukun ulusal hukukla ilişkisini ve egemenlik kavramını inceledi. 1931 yılında Carl Schmitt'e cevaben "Wer soll der Hitter der Verfassung sein?", (*Anayasanın Koruyucusu Kim Olmalı*) kitabını yayımladı. 1933 yılında Nazilerin Köln'de

---

<sup>228</sup> Ladavac, N. B. (1998). "Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography" *European Journal of International Law*, Cilt 9, Sayı 2, ss. 391-400, s. 391.

<sup>229</sup> Ladavac, a.g.e., s. 391.

<sup>230</sup> Ladavac, a.g.e., s. 391.

<sup>231</sup> Adolf Merkl, normlar hiyerarşisi kavramının Kelsen'in saf hukuk kuramının merkezinde yer almasına vesile olan kişi olarak da bilinir. Olechowski T. (2018). "Legal Hierarchies in the Works of Hans Kelsen and Adolf Julius Merkl", *Reconsidering Constitutional Formation II Decisive Constitutional Normativity*, ss. 353-362, s. 354. Poulson S. L. (2013). "How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law", *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, ss. 29-45. .

<sup>232</sup> Olechowski, 2015, s. 287-288.

<sup>233</sup> Ladavac, a.g.e., s. 392.

güçlenmesi ile birlikte, Köln Üniversitesi'nin yapısı değişti. Kelsen Nazilerin "Mesleki Kamu Hizmetinin Restorasyonu Kanunu" kapsamında Yahudi kökenli olması sebebiyle buradan ayrılmak zorunda kaldı<sup>234</sup>.

Daha sonra Cenova'ya taşındı ve Institut Vniversitaire des Hautes Etudes International'da yeni bir akademik kariyere başladı. Burada Georges Scelle, William Rappard, Paul Mantoux, Maurice Bourquin, Guglielmo Ferrero, Paul Guggenheim and Hans Wehberg gibi isimlerle düşünce alışverişinde bulundu. Yine uluslararası hukukun teorik işlevi ile ilgili çalışmalarını sürdürdü. 1934 yılında saf hukuk kuramını kaleme aldı<sup>235</sup>.

Burada anti semitizmin yükselmesi ile birlikte 60'lı aşlarında 1940 yılında Amerika'ya göç etti. Başlangıçta İngilizce bilgisi zayıftı. Harvard Hukuk Fakültesi'nde ders vermeye başladı. Roscoue Pound'un desteği ile Kaliforniya Üniversitesinde Siyaset Bilimi kürsüsünde misafir öğretim üyesi oldu. Burada uluslararası hukuk alanında dersler verdi ve 1945 yılında "General Theory of Law and State" adlı eserini kaleme aldı. 1950 yılında "Birleşmiş Milletler Hukuku" adlı eserini yayımladı. 1952 yılında ise "Principles of International Law'u" yayımladı. Viyana, Kopenhag, Stockholm, Helsinki, Edinburg ve Şikago'da konferanslar verdi. Utrecht, Harvard, Şikago, Mexico, Berkeley, Salamanca, Berlin, Viyana, New York, Paris, Salzburg üniversitelerinden 11 adet fahri doktora aldı. 90 yaşını kutlamak için Avusturya Hükümeti, 1971 yılında Viyana'da Hans Kelsen Enstitüsü'nü kurdu. 93 yaşında 1973 yılında Berkeley'de vefat etti<sup>236</sup>.

Kelsen'in hukuk teorisine katkısı 1910'lu yıllardan itibaren üst düzeyde oldu. Hayatının sonuna kadar sürdüreceği olağanüstü üretkenliğini, genç yaşından itibaren gözlemlenmektedir. Avusturya Anayasası'nın hazırlanmasında görev alması, ardından Anayasa Mahkemesi'nde görev yapması, teori ile pratik bilginin zihninde bir arada olgunlaşmasına katkı sağlamıştır. Nitekim, Mahkemede görev yaptığı esnada Schmitt ile yapmış olduğu anayasanın koruyucusuna dair tartışmalarda izlerini görmek mümkündür.

---

<sup>234</sup> Ladavac, a.g.e., s. 392.

<sup>235</sup> Ladavac, a.g.e., s. 393.

<sup>236</sup> Ladavac, a.g.e., s. 394.

Saf hukuk kuramını oluşturduğunda, Kelsen henüz Avrupa'daydı. Kuramın yankılarının büyük olduğu söylenebilir. Nitekim ülkemizde de hemen o tarihlerde Kelsen üzerine çalışmalar yapılmıştır. Kelsen'in Amerika'ya göç etmesinin ardından, önemli bir diğer eseri "General Theory of Law and State" İngilizce olarak basılmıştır. Eser, Kelsen'in saf hukuk kuramının yanında, devlet ve hukuka dair diğer hususlarda tahliller içermektedir. Ancak, Kelsen'in Amerika'da etkisi sınırlı olmuştur. Araştırmacılar, genel olarak bu durumu iki hususa bağlamaktadır. Birincisi Hart'ın Kelsen'in teorisine yapmış olduğu reddiye, diğeri ise realist hukuk teorisinin saf hukuk kuramını felsefi olarak eleştirmesi. Ancak Telman, bu görüşlere katılmamaktadır. Telman, Kelsen'in Amerika'ya hukuki realistlerin Amerikan akademisinde önemli bir konum elde ettiği ve hukuk eğitiminin bu bakışlar oluşturulduğu bir zaman diliminde gelmesinin, hukuk teorisinde olan etkisinin zayıf kalmasındaki en önemli amil olduğunu düşünmektedir. Kelsen'in metodunun bu şekilde oluşan hukuk akademisinde dikkate alınmasının zor olduğunu belirtmektedir<sup>237</sup>.

Carsten Heidman, Hans Kelsen'in hayatını 4 bölüme ayırarak incelemektedir. 1911-1922 yılları arasını yapılandırmacı, 1922-35 arasını transendantal, 1935-1962 yılları arasını realist, 1962 sonrasını ise analitik dilci fazlar olarak tanımlamaktadır<sup>238</sup>. Poulson ise Heidman'ın bu dönemlendirmesini ele aldığı çalışmasında Kelsen'in hayatını 1911-1922 yılları arasını yapılandırmacı, 1922- 1960 arasını klasik, 1960 sonrasını ise şüpheli fazlar olarak tanımlar. Yine klasik dönemi kendi içinde 1922-1935 arasını Yeni Kantçı, 1935-1960 arasını hibrid periyodlar olarak tanımlamaktadır<sup>239</sup>.

Bu dönemlerdeki esas önemli nokta, Kelsen'in düşüncesinin doğrusal bir çizgi halinde izlenmesinin mümkün olmadığına vurgulanmasıdır. Çalışmanın odağında yer alan saf hukuk kuramı, esas olarak Kelsen'in klasik döneminde oluşturulan yapısı ile ele alınmakta, diğer eserlerindeki görüşler bu çerçevede incelenmektedir. Diğer yandan saf hukuk kuramının ikinci edisyonu başka bir dönemde oluşturulmuş, İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan tartışmalar ve Amerika'da Kelsen'in tanıştığı yeni teoriler çerçevesinde yeni bir boyut kazanmıştır. Nitekim, grundnorm kabulü

<sup>237</sup> Telman D.A. J. (2010). "A Path not Taken: Hans Kelsen's Pure Theory of Law in Land of the Legal Realist's", *Hans Kelsen Anderswo/Hans Kelsen Abroad*, ss. 353-376, 376.

<sup>238</sup> Poulson S. L. (1998). "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization", *Oxford Journal of Legal Studies*, 153-166, s. 161.

<sup>239</sup> Poulson, a.g.e., s. 161.

temelinde iradenin oynadığı rol Kelsen'in teorisindeki en önemli değişiklik olarak belirtilebilir. Kuram, diğer veçhelerini büyük ölçüde korusa da, kapsam ve iddia olarak farklılıklar arz etmektedir.

Kelsen'in biyografisinde dikkat çeken nokta, Kelsen'in saf hukuk kuramını Nazilerin gadrine uğradığı 1933 yılının akabinde kaleme almasıdır. İleride görüleceği üzere, Kelsen'e yöneltilen en önemli eleştirisi hukuku saf bir biçimde ele alırken, ahlaki ve hukuki değerleri referans noktası olarak göstermemesidir. Bu sebeple, normativist pozitivist teorinin Nazilerin ve Sovyetlerin işlediği insanlık suçlarına hukuki kılıf buldukları eleştirinin odağını oluşturmaktadır. Oysa Kelsen, teleolojik bir şekilde birilerinin eylemlerin hukukilik atfetmek için saf hukuk kuramını oluşturmamıştır. İlmi bir gayretin neticesinde, hukuka yeni bir nitelik kazandırmak, onu bir bilim haline getirmek esas gayesi olmuştur. Diğer yandan, Kelsen'in hayatının her dönemecinde karşılaştığı fikirlerle etkileşim halinde olduğu görülmektedir. Bu hasleti, ilme adanmış bir yaşamın kat'i düşünceler ve dogmaları içeren eserler üretmektense, merak duygusu, mütevazılık ve sorgulayıcı olma meziyetlerinin bir tecellisi olarak yaşadığı dönemin birikiminden istifade edebildiğini göstermektedir.

### 3.1.2. Temel Soru: Saf Hukuk Kuramı Neyi İnceler?

Kelsen, hukuk kuramını oluştururken ilk olarak yapmış olduğu düşünsel faaliyetin amacını ortaya koymaktadır; “saf hukuk kuramı hukuk bilimini kendisine konu eder, hukuk politikasını değil.”<sup>240</sup>. Esas olarak bu cümle Kelsen'in eseri ile oluşturmaya çalıştığı hukuk teorisinin özeti gibidir. O halde saf hukuk kuramının konu edinmediği hukuk politikası ve kendisine sorun alanı olarak belirlediği hukuk biliminin mahiyetlerinin ortaya konulması gerekecektir.

Kelsen, “hukuk politikası” (*legal policy*) kavramı ile hukukun bilimsel olarak ele alınmasını engelleyerek öznel değerlendirmeleri içerisinde barındıran tüm diğer ögeleri kast etmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, Kelsen tabii hukuk karşıtı bir düşünür olarak hukukun ve normların belirlenmesinde tabii hukuk okulunun

<sup>240</sup> “Saf hukuk kuramı, başlı başına pozitif hukukun kuramıdır, herhangi bir hukuk sisteminin değil. Belirli uluslar 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 sorularına cevap vermeye çalışır, hukukun ne olması gerektiği veya nasıl yapılması gerektiği sorularına değil. Saf hukuk kuramı hukuk bilimidir (Rechtswissenschaft), hukuk politikası (rechpolitik) değil.” Kelsen H. (2016). *Saf Hukuk Kuramı*, (Çev. Ertuğrul Uzun), Ankara, s. 1.

görüşlerini kabul etmez. Tabi hukuk esas olarak mevcut hukukun ilmen idrakini değil, meşruiyetinin sağlanması gayretini gütmektedir<sup>241</sup>. Saf hukuk teorisi, hukuk teorisi ile hukuk uygulamasını hukuk ilmi ile hukuk siyasetini ayırarak hukuku bir bilim haline getirme amacını gütmüştür<sup>242</sup>. Ona göre hukuk ancak bilimsel olarak kavranabilecektir. Bunun için gerekli olan, hukukun iç içe geçtiği psikoloji, biyoloji, etik ve teolojiden ayrılması gerektiğini savunmaktadır<sup>243</sup>.

Bir toplumsal kategori olan hukukun bilimsel bir perspektifle kavranması için gerekli olan, onun diğer toplumsal fenomenlerden ayrılmasıdır. Ancak bir eylemin, normun yahut kararın diğer toplum bilimlerinin konusu değil de hukuk biliminin konusu olması nasıl anlaşılacaktır? Daha açık bir soru ile sorulursa, bir eylemin başka bir sıfatla değil de ona hukuksal niteliği kazandıran nedir? Bir eylemi hukuki yapan onun olgusalılığı, yani nedensel yasalara tabiiyeti değildir. Onun hukuksallığı eyleme atfedilebilen objektif manadadır<sup>244</sup>.

Normun kendisinin nasıl yaratıldığı ise saf hukuk kuramında bir başka norma atıfla açıklanmaya çalışılmıştır. Norm bir diğer normdan kaynaklanan hukuki bir eylem vasıtasıyla kendisini var edebilmiştir<sup>245</sup>. Bir eylemin olgusal anlamının hukuki olarak farklı şekilde nitelendirilmesini sağlayan unsur buradadır. Kelsen, bir kişinin öldürülmesinin cinayet mi yoksa idam cezasının uygulanması mı olduğunun bu şekilde ispat edilebileceği kanısındadır. Ceza ve ceza usul kuralları ile bir kişinin idamına hükmedildi ise ve bu hüküm bu işle yetkilendirilmiş bir kamu görevlisi tarafından uygulanmış ise adam öldürme fiili, hukuki olarak bir idam hükmünün infazına dönüşecektir<sup>246</sup>. O halde saf hukuk kuramı, bir eylemi hukuki olarak nitelendirirken

---

<sup>241</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 409.

<sup>242</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 416.

<sup>243</sup> “Burada Kelsen’in mücadele ettiği iki temel husus söz konusudur. Kelsen, öncelikle doğal hukuk anlayışının dayandığı temel prensipler ile hukukun açıklanmasına karşı çıkmaktadır. Bu anlamda hukukun tanrı yasalarına uygun olması gerektiği yahut doğal olana uygun olması gerektiği gibi düşünceleri reddetmektedir. Kelsen aynı zamanda hukukun dışında gelişen bilim alanlarının da hukuku açıklamaya çalışmalarına karşı çıkmaktadır. Bu anlamda sosyolojinin hukuku açıklamaya dair çabalarını eleştirmektedir. Hukuk Sosyolojisi, normların bilgisini değil onun yöneldiği olayları nesnel olarak ele alır. Bu itibarla bir hukuk bilimi değildir.” Aral V.(1978). *Saf Hukuk Kuramının Metodu ve Değeri*, İstanbul, s. 5. Ayrıca bkz. Kelsen, a.g.e.,2016, s.10,

<sup>244</sup> Tabi hukuk kuramından farklı olarak saf hukuk kuramı hukukun ne olması gerektiği ile değil olgusalılığı ile ilgilenmekte ve hukuku bilimsel bir düzeyde ele almaya çalışmaktadır. Kelsen H. (1957). “Mahz Hukuk Nazariyesi Nedir” (Çev. Orhan Münir Çağıl), *İÜHFİM*, 22(1-4), ss. 398-417, s. 401.

<sup>245</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 5.

<sup>246</sup> Fiili olayların hukuki olarak anlamlandırılması, söz konusu olayların hukuken oluşturulan bir yasa hükmüne karşılık gelmesi ile mümkündür. Parlamento faaliyetleri sonucu oluşan metnin yasa olarak

zihinsel süreçlere yahut bu türden herhangi bir fiziksel olayı referans almamaktadır<sup>247</sup>. Bir hukuk uygulayıcısının bir olayı doğada yaşandığı gibi anlaması ve onu olaya uygulayacağı yasa ile bir araya getirmesi ile algılaması hukuki biliş haline gelmektedir. Örneğin, bir haksızlığın ceza hukuku anlamında bir suç tipine karşılık gelerek tanımlanması bu anlamda hukuki bilişin devreye girdiğini göstermektedir. Mala karşı işlenen her suçun hırsızlık ya da dolandırıcılık olmaması, kamu görevlisinin vatandaştan haksız yere para almasının her zaman rüşvet suçunu oluşturmaması gibi.

Kelsen diğer yandan doğal hukuk öğretisinin hukuk için ahlaki bir töz öneremediğini ifade etmektedir. Her ne kadar bütün teoriler evrensel ve yanılmaz olduklarını iddia etseler de esas olarak birbirleri ile çelişik durumdadırlar ve yanlışlanabilir mahiyettedirler. Göreceli ve sübjektif değer yargıları içeren doğal hukuk teorisi, hukukun temelini oluşturabilme kabiliyetinden uzaktır<sup>248</sup>. Bu sebeple saf hukuk kuramı, daha yüksek bir sistemin geçerli olup olamayacağını tartışmayan pozitif hukukla kendisini sınırlayarak hukuk biliminin pozitif hukuku yüksek bir sistemmiş gibi göstermesine yahut onu yüksek bir sisteme dayanarak meşrulaştırmasına da engel olmaktadır<sup>249</sup>. Aynı zamanda pozitif hukukun içeriği belirsiz adalet anlayışı ile geçersiz kılınma çabalarını da önlemektedir<sup>250</sup>.

Kelsen'e göre saf hukuk teorisi doğal hukukun metafizik öğelerle açıklamaya gayret ettiği hukuku bulunduğu sisten kurtarmaktadır. Ayrıca adalet prensibini açıkladığını zanneden doğal hukuk teorisinin bu iddiasını, muhtelif teorilerin verdiği türlü cevaplar ve kavramın hala belirsizliğini koruması sebebiyle reddetmektedir<sup>251</sup>. Doğal hukuk bilimsel bir fonksiyona haiz değildir, ancak siyasi ve mantıki bir fonksiyon ifa etmektedir. Kelsen, hukuku, bilim haline getirme amacından sapma göstermeyeceğini ifade etmiştir. Kelsen hukukun aşkın bir doğal hukukla meşrulaştırılamayacağını ifade etmenin yanı sıra, onun bir amaca hizmet etmeyecek olmasını kast etmediğini de ileri

---

adlandırılması bu faaliyetlerin anayasanın belirli hükümlerine karşılık gelmesinin bir sonucudur. Kelsen, a.g.e., 2016, s. 6.

<sup>247</sup> Kelsen'e göre hukuki biliş bizatihi normların bilinişidir. Bu itibarla hukuk normlarının hukuki bilişin neşesi olduğunu söylemenin totoloji olduğunu ifade eder. Zira Hukuk normdur (das Recht ist Norm). Kelsen, a.g.e., 2016, s. 7.

<sup>248</sup> Arıkan, Kelsen'in hukuk bilimini siyasi bir ajanda ile açıklamadığını, siyaseten bağımsız olduğunu, hukukun betimlenmesine eğildiğini belirterek; siyasi ve ahlaki değerleri referans olarak almadığını belirtmektedir. Arıkan E. (2020). "Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Ötesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, ss. 417-446, s. 422.

<sup>249</sup> Kelsen, a.g.e., a.g.e., s. 41.

<sup>250</sup> Kelsen, a.g.e., a.g.e., s. 41.

<sup>251</sup> Kelsen a.g.e., 1957, s. 409.



sürmektedir. Kant'ın kategoriler düşüncesinden hareketle doğa yasalarının “*a olduğunda b nin olması zorunludur*” yargısına benzer şekilde, pozitif yasaların “*a meydana gelirse b uygulanmalı*” diyerek a priori bir kategori oluşturmaktadır. Bu anlamda oluşan kategori eylemin tipi ve olayların içeriği ne olursa olsun uygulama kabiliyeti bulunduğundan aşkınsal değil formel nitelik taşımaktadır<sup>252</sup>. Bu durumda oluşan hukuki kategori aşkınsal- metafizik değil transendental-bilişsel- teoriktir.

Kelsen Kant'ın yanı sıra Viyana Çevresi olarak adlandırılan Yeni Kantçı felsefi akımın da etkisi altındadır<sup>253</sup>. Yeni Kantçı okul, Kant'ın bilgi felsefesinde kendinde şey (*Ding an sich*) kavramını terk ederek her türlü realizmin aksine bütün gerçek şeyleri düşünülmüş şeylere indirger<sup>254</sup>. Düşüncenin konusu reel olandan değil, düşünsel olarak oluşturulan ve böylece bilimsel olarak kavranan idealardan oluşmaktadır<sup>255</sup>.

Kelsen, hukuk biliminin diğer bilimlerin kendisinden ve yönteminden farklılaşarak var olması gerektiğini ileri sürmektedir. Böylelikle öznel değerlendirmelerden sıyrılan hukuk, kendiliğinden objektif bir bilim haline gelebilecektir. Hukukun objektif bir bilim haline gelmesi Kelsen için neden önemlidir? Başka bir ifade ile hukuk objektif bir bilim haline gelmekle hukuka ne kazandıracaktır? Esas olarak diğer pozitivist hukuk kuramcıları ile Kelsen'i ayıran temel soru budur. Geçmiş bölümlerde görüldüğü üzere gerek İngiliz pozitivist hukuk kuramcıları gerekse pozitivist olarak kabul edilebilecek diğer kuramcılar bulunduğu zaman dilimindeki iktidarı ve hukukun mahiyetini araştırmak için girişimde bulunmaktadırlar. Kelsen ise teorisini bu ideolojik hukuk kavrayışına karşı temellendirmiştir. Öncelikle hukuka bir meşruiyet arayışına girişmemiştir. Zira bunu sorunlu görmüş ve bir hukuk normunun meşru yahut gayri meşru olduğuna dair iddiaların bilimsellikten uzak, siyasi ve felsefi olmakla birlikte bilimsel bir hukuk temeli olmadığını kabul etmiştir<sup>256</sup>. Bu bakış açısı hukuki pozitivistizmin temel savı ile benzerlik taşısa da, hukukun salt irade ile

---

<sup>252</sup> Kelsen, 2016, s. 27.

<sup>253</sup> Aral a.g.e., 1978, s.19.

<sup>254</sup> Aral, a.g.e.,1978, s. 19.

<sup>255</sup> Aral, a.g.e., 1978, s. 20.

<sup>256</sup> “Kelsen’in kuramı, istisnai bir Hukuk Felsefesi kuramıdır, çünkü o sonucu asla felsefi olamayacak “hukukun saf bilimi”ni kurmayı amaçlar. Bu bilimin konusu da saf anlamda hukuki olmadığı düşünülen unsurlardan ayrılarak işaret edilen normlar piramididir. Kelsen’in, kuramını onlardan kurtararak saflaştırmaya çalıştığı mutlak değerlerin ötesinde, kendisini kuşatan sosyal zorunluluklardan da saflaştırılmış bir Hukukî Bilim konusu yaratma çabası bütünüyle yanlış anlaşılmasına sebep olacaktır. O, hukukun zorunluluklardan arındırılmasının mümkün olmadığını biliyordu; zaten saf olan hukuk değil, kuramıydı. Tartışılması gereken Kelsen’in hukuk felsefeciliğidir.” Akal C.B. (2017). *Hukuk Nedir?*, Ankara, s. 128.

açıklanmasının da aynı derecede müphem olacağı kabulüyle Kelsen, düşünce dünyasında farklı hukukilik evreni yaratmıştır. Oysa Kelsen saf hukuk kuramı ile hukuku bilimselleştirerek bir sistem haline getirmektedir. Hukuku bir sistem haline getirmekle Kelsen, teorisini uluslararasılaştırmaktadır.<sup>257</sup> Böylelikle hukuka dair meseleleri, bireysel, tecrübi yahut metafizik penceresinden incelememektedir. Saf hukuk kuramı hukuku yalnızca ve sadece bir sistem olarak kavrar, bunun sonucunda hukuki meseleler sistematik problemler olarak görür ve çözümler<sup>258</sup>. Kelsen için hukuk sistemleri, meşruiyete dair tartışmalar ve ideolojik olarak nitelenecek değerlerden arındırılmış biçimde incelenmelidir. Yapılan değerlendirme neticesinde normatif sistemin geçerli ve etkili olduğu tespit edilmekte ise o saf hukuk kuramı çerçevesinde bu niteliği taşıyan her hukuk sistemi “hukuk” olarak nitelendirilmektedir.

Saf hukuk kuramının amacını yalnızca hukuku tanımak ve açıklamak belirleyen Kelsen, teorisini, hukuku metafizik olarak kavrayan hukuk felsefesinden net bir biçimde ayırmıştır<sup>259</sup>. Bunun dışında ileride değineceğimiz üzere bilimsel olarak kavranamayacak ilkeler ve değerler üzerinden hukuku ve hukuku oluşturan mekanizmaları saf hukuk kuramının içerisine dahil etmemiştir<sup>260</sup>. Dahil edilmeyen hususların başında ise her pozitivist hukuk teorisinde olduğu üzere adalet mefhumu ve ahlaki yargılar gelmektedir.

---

<sup>257</sup> Kelsen H. (2002). *Introduction To The Legal Problems Of Legal Theory*, (Trans. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley Paulson), Oxford University Press, s. 52. Saf Hukuk teorisi herhangi bir hukuk sistemini yorumlamaz, tüm hukuk sistemlerince paylaşılan ana özellikler ortaya koymaya çalışır. Vinx L. (2007). *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford, s. 10.

<sup>258</sup> Kelsen, a.g.e., 2002, s. 53. “... Bu belirmede, saf hukuk teorisinin metodolojisi “objektif ve evrensel”dir”. Kelsen’in teroisi tüm fenomenleri diğer tüm fenomenlere yalnızca sistematik bir bağ içerisinde bağlanarak, her bir bileşeni hukuki bütünlük içerisinde birleştirmeyi amaçlayan bir süreç içerisinde oluşmuştur. Bu yasal bütünlüğün oluşumunun, Kelsen’in teorisini bilişsel bir çaba ile oluşmasını amaçlamaktadır.” Langford P., Bryan I., and McGarry J. (2017). “Introduction: Kelsen, Legal Science and Positive Law”, *Kelsenian Legal Science and Nature of Law*, (e book), s. 3-4.

<sup>259</sup> Kelsen’in saf hukuk teorisi, metoda yabancı öğelerin atılması konusunda her şeyden önce politikaya ilişkin etki ve sonuçları açık bulunan ideolojik eğilimlere, doğal hukuk teorisine karşı cephe almaktadır. Aral, a.g.e., 1978, s. 40. Akbay M. (1947). “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, *AÜHFD*, 4 (1), s. 31. Aral V. (1968). “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, *İÜHFM*, 34 (1-4), s. 521.

<sup>260</sup> Kelsen ahlaki yargıların hukuku belirlemesini reddetmektedir. Hukuk doğru veya yanlış olarak tanımlanamaz. Hukuk yalnızca geçerli veya geçersiz olarak tanımlanabilir. Geçerliliğin kıstası ise Kelsen’e göre hukuk sisteminin bizatihi kendisidir. Ahlakı, dini veya siyasi olgular hukukun geçerliliğini bilimsel bir perspektifle belirleyemez. Quiviger P. (2017). “Natural Law and the Nature of Law: Kelsen’s Paradox”, *Kelsenian Legal Science and Nature of Law*, s. 49.

### 3.1.3. Saf Hukuk Kuramında Grundnormun Yeri

#### 3.1.3.1. Grundnorm düşüncesinin kaynakları

Hans Kelsen, 20'nci yüzyılda bir hukuk filozofu olarak, dönemin bilim anlayışını teorisine yansıtmıştır. Avusturya'da ortaya çıkan Yeni Kantçılık düşüncesinin Kelsen'in teorisine etkisi büyüktür. Bu sebeple Kelsen'in teorisinin temelinde yer alan grundnorm temelli normatif düzen inşasının temellerini, Kant düşüncesi ve Yeni Kantçılık olarak adlandırılan akımın etkisi çerçevesinde incelemek gerekmektedir.

Immanuel Kant bir Aydınlanma filozofudur. Aydınlanma üzerine yazdıklarının yanı sıra ahlak felsefesine dair oluşturduğu çerçeve, insan aklına dair güvenin önemli bir göstergesi olarak felsefe tarihindeki yerini almıştır. “*Aydınlanma Nedir Sorusuna Yanıt*” adlı makalesinin girişinde Kant, Aydınlanmayı insanın kendi suçu ile düşmüş olduğu ergin olmama durumundan kurtuluş olarak tanımlamaktadır. Bu kurtuluşun en önemli aracı insanın aklını kullanma cesareti göstermesidir<sup>261</sup>. Aklın kullanılabilmesi için ise özgür bir toplumun varlığı gerekmektedir. Oysa insana toplumdaki diğer aktörler tarafından dimağına düşünmeden itaat etme ödevi yüklenmektedir<sup>262</sup>. Buna rağmen insan düşünme cesareti göstererek ergin olamama durumundan kurtulabilecektir.

Kant bu makalede esas olarak Aydınlanma felsefesi için gerekli olan ilk ilkeyi zikretmiştir: *sapere aude* (aklını kullanma cesaretini göster). Bu anlamda Kant, bulunduğu zaman dilimindeki felsefi sorunlara dikkatle eğilme ve onları inceleme cesaretini göstermiştir. Kant kendisinden sonra gelen Alman Felsefesi'ni derinden etkilemiştir. Kant'ın Kelsen üzerinde yarattığı etkinin kapsamı çalışmamızın önemli bir sorunu olarak belirlenmiştir.

Kritisizm olarak adlandırılan Kant'ın felsefesi ahlak, din ve siyaset felsefesinde özgün bir yer elde edebilmiştir. Kant, bilginin kaynağı ve kapsamı üzerine düşündükleri ile Aydınlanma filozoflarından farklılaşmaktadır. Kant, Aristoteles'in bilgi sistemi olan kategorileri ele almış ve sorgulama cihetine gitmiştir. Aristoteles, Platon'un bilgi felsefesinde yer alan idealar anlayışından farklı olarak, kategoriler anlayışını

<sup>261</sup> “*Sapere aude!* “Kendi aklını kullanma cesaretini göster” aydınlanmanın düsturudur.” Kant I. (2005). “Aydınlanma Nedir”, (Çev. Atilla Yayla), *Liberal Düşünce Dergisi*, 10 (38-39), s. 225-230, s. 225.

<sup>262</sup> Kant, a.g.e., 2005. s. 226.

benimsemiş, hakikatin ise formlar aracılığı ile bilinebileceğini ifade etmiştir<sup>263</sup>. Oluşturduğu felsefe bilimin dışında tutan Aristoteles, insanın dış dünyada tecrübe edindiğinden başka bir bilginin insan zihni tarafından kavranılamayacağını savunur. Dil-düşünce- gerçeklik üçlüsü çerçevesinde aklın dil aracılığıyla gerçekliği kavrayabildiğini ifade eder. Buradan hareketle gerçeklik, algılayan öznenin dışında tabiatıta yer almaktadır<sup>264</sup>.

Kant ise, Aristoteles'in düşüncesinden farklı olarak aklı ele almıştır. Hakikatin, şeylerin formlarında değil, özne merkezli düşünce ile bilinebileceğine dair tasavvuru ile Kant, Kopernik devrimini metafizikte başardığını ileri sürmüştür<sup>265</sup>. John Locke ve David Hume ile insan bilgisinin kaynağının tecrübe olduğu, duyu verileri ile algılanan dış dünyanın insan zihninde bilgiye dönüştürüldüğü düşüncesi, Aydınlanma düşüncesinin insanı merkezine alan ve hakikatin göreceli olduğuna dair görüşünün yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Kant'ın tecrübenin yanı sıra zihinde bulunan kategoriler vasıtası ile insan zihninin hakikati bilebileceği düşüncesi, onu diğer Aydınlanma filozoflarından ayırmaktadır. Kategoriler düşüncenin temel, kurucu ve bağlayıcı formlarıdır<sup>266</sup>.

Kant deneycilerin duyularımızın bilginin kaynağı olduğu fikrini tümüyle reddetmez. Ancak duyularla algıladığımız dünyayı kavrayabilmek ve algıları bilgiye dönüştürmek için akla ihtiyacımız bulunmaktadır. Kant, aklı bilginin tek kaynağı olarak görmez; bilgileri düzenleyici, yönetici görevi olduğunu ifade eder<sup>267</sup>. O halde, zihnimizde

<sup>263</sup> Bir şeyin ne olduğu sorusu aslında onu o yapan şeyin ne olduğudur. Bu soru ise bizi maddenin tözüne yani formuna götürmekte ve bize ilksel neden olarak formu kavramamız gerektiğine işaret etmektedir. Mutlu E. (2014). "Aristoteles'te Töz (Ousia) Bağlamında Varlığın Çokanlamlılığı ve Maddenin (Hyle) Rolü", *Cogito Dergisi*, Sayı 77, ss. 115-130, s. 130.

<sup>264</sup> Duralı Ş. T. (2017). *Aklın Anatomisi: Salt Aklın Eleştirisinin Teşrihi*, Dergah Yayınları, İstanbul, s. 90.

<sup>265</sup> "Şimdiye kadar tüm bilgilerimizin objelere göre düzenlenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Ama kavramlar aracılığıyla nesneler hakkında a priori (bilgi) oluşturmak ve buna dayanarak bilimizi genişletmek konusundaki tüm denemeler, bu tasarım (varsayım) altında boşa gitmiştir. Bu nedenle, metafiziğin güçlükleri içinde daha iyiye gidip gitmediğimiz, bir kez de, objeler hakkında böyle bir a priori (bilginin) zaten bizde mevcut olduğu kabul edilerek denenmelidir. Bu, objeler bize verilmeden önce onlar üstüne bir şey saptamış olması gereken bir a priori bilginin arzulanıma daha uygun düşer. Bu durum, Kopernikus'un ilk düşünceleriyle pek benzerlik taşır. Kopernikus, bütün yıldızlar kümesinin gözlemcinin çevresinde döndüğü kabul edildiğinde gök cisimlerinin hareketlerini açıklamakta hiç de daha iyiye gidilemeyeceğini gördükten sonra, gözlemcinin onların çevresinde döndüğünü ve buna karşılık yıldızların durağan olduklarını kabul etmenin daha iyi sonuçlar verip vermeyeceğini araştırmıştı." Immanuel Kant, *Saf Aklın Eleştirisi*; aktaran Cassirer E. (2007). *Kant'ın Yaşamı ve Öğretisi*, (Çev. Doğan Özlem), İstanbul, s. 201.

<sup>266</sup> Bkz "categories of table" maddesi. Thorpe L. (2015). *The Kant Dictionary*, New York, s. 41.

<sup>267</sup> Cassirer, a.g.e.,2007, s. 218.

deneyimden bağımsız, zorunlu, evrensel özelliklere sahip bilginin olması gerekmektedir. Duyuları biçimleyen, zamanı ve mekânı anlamamızı sağlayan, algıları düzenleyerek tecrübeyi var eden bilgi a priori bilgidir<sup>268</sup>.

A priori bilgi sayesinde analitik yargılardan başka sentetik yargılar insan zihni tarafından oluşturulmaktadır. A posteriori bilgi, insanın deneyimi sonucu ortaya çıkan ve zorunluluk sebebiyle zihin ve maddi alemde var olan bilgidir. Nitekim zorunlu eylemler de yine insan zihni ve eylemi sebebiyle oluşan hareketlerden müteşekkildir. Oysa sentetik yargılar, zorunluluğun bir sonucu olarak değil insan zihninin bir ürünü olarak belirmektedir<sup>269</sup>.

Kantın bilgi felsefesi, 20'inci yüzyılın başında Viyana Çevresi (*Der Wiener Kreis*) olarak adlandırılan okul tarafından yeniden ele alınmıştır. Moritz Schlick, Rudolf Carnap, Philip Frank, Hans Hahn, gibi dönemin düşünürleri tarafından oluşturulan topluluk, 1929 yılında Bilimsel Dünya Anlayışı: Viyana Çevresi (*Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis*) adlı bildirileri ile kamuoyuna paradigmasını tanıtmışlardır<sup>270</sup>.

Viyana Çevresi tarafından temsil edilen felsefi akım, metafiziğe dayanan her türlü temellendirmeye karşı çıkmaktadır<sup>271</sup>. Bunun yanında söz konusu akımın mantıksal ampirizm, mantıksal pozitivizm, neopozitivizm veya mantıksal neopozitivizm olarak adlandırılmasından anlaşılacağı üzere olguya ve pozitif olana güven duymakta, meşruiyet alanının yalnızca deneyim ile ifade edilmesini amaçlamaktadırlar<sup>272</sup>. Viyana Çevresi'nin amacı netlik ve açıklıktır. Bunun için çözümsüz muammalar reddedilmekte, açık kılmanın yani mantıksal çözümlemenin değerine inanılmaktadır<sup>273</sup>. 19'uncu yüzyılda başlayan fenemonoloji akımını tersine, bilim temelli bir paradigma oluşturma gayretindedir. Bunu sağlamak için Kant'ın sentetik a priori kuramını reddederek, bu tür yanılgılardan uzakta, bilimin kavramlarının

---

<sup>268</sup> A priori bilgi, analitik yargıları üretmemizi sağlayan bilgidir. Örneğin “yağmur ıslaktır” önermesi, yüklemi öznedede barındırmaktadır. Zira ıslak olamayan bir yapmur düşünülemez. Akkoyun G.K.(2019). *Descartes ve Kant'ta Apriori Bilgi Problemi*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 34.

<sup>269</sup> Akyüz T. (2017). “Kant'ın Analitik Ve Sentetik Ayrımının Aristotelesçi Felsefe Geleneği Bakımından Değerlendirilmesi”, *Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, Sayı 12, ss. 149-159, s. 155.

<sup>270</sup> Erkipçak H.T.(2019). *Viyana Çevresi Program Yazıları*, İstanbul, s. 14-15.

<sup>271</sup> Erkipçak, a.g.e., 2019, s. 16.

<sup>272</sup> Erkipçak, a.g.e.,2019, s. 16.

<sup>273</sup> Delecampagne, a.g.e.,2016, s. 119.

dayanak noktasının salt duyumsal tecrübelerimiz olduğu kabulü ile düşüncelerini temellendirmişlerdir. Böylelikle, bilimlerin Husserl'ın söylediğinin aksine temellendirilmeye veya yargılanmaya değil, sadece açıklanmaya ihtiyacı vardır<sup>274</sup>. Bu yönüyle Viyana Çevresi, Kant'ın bilgi teorisinden ayrılmakta, Kelsen'in saf hukuk kuramına rehberlik etmektedir.

Kelsen teorisini oluştururken Kant'ın ve Viyana Çevresi'nin bilgi teorisinden oldukça etkilenmiştir. Kant'ın bilgi felsefesini aklın değerlerden arınmış bir biçimde oluşturması ile Viyana Çevresi'nin bilimlerin temellendirilmesi yerine açıklanması prensibi Kelsen'e ilham vermiştir. Hukukun saf kuramını oluştururken Kant'ın saf aklın eleştirisine dair düşüncesini rehber edinmiştir. Kant, olandan olması gerekenin çıkarılamayacağını, bu itibarla insan tabiatı ve deneyim sonucu elde edilen bilgiler ile bir ahlak felsefesi kurulamayacağı kanaatindeydi<sup>275</sup>.

Kelsen de saf hukuk teorisinin hukukun ne olduğu ve nasıl yapıldığı sorusu ile ilgilendiğini, ne olması ve nasıl yapılması gerektiği ile ilgilenmediğini, bu sebeple teorisinin hukuk politikası değil hukuk bilimi olduğunu ifade etmiştir<sup>276</sup>. Böylelikle deneyimlerden gelen yargılardan farklı olarak bir hukuk bilimi inşa etme gayreti içerisinde olmuştur<sup>277</sup>. Kelsen, dönemin hukuk bilimcileri tarafından hukukun saf bir şekilde ele alınmayışını eleştirir; psikoloji, biyoloji, etik ve teoloji ile iç içe geçen hukuk biliminin yitip gideceğini ifade eder<sup>278</sup>. Böylelikle, Viyana Çevresi'nin ilke edindiği gibi, belirsiz ve farklı anlamlara gelen kavramların hukuku temellendirmesini reddederek, hukuku net ve açık bir biçimde bilimin konusu yapma gayretindedir. Kelsen, diğer içtimai mefhumların hukuku etkilediğinin farkındadır. Fakat hukuk ilminin konusunu yalnızca saf hukuk kuramının metodolojisi ile incelenmesi gerektiğini temel düşünce olarak ileri sürmektedir.

---

<sup>274</sup> Delecampagne, a.g.e.,2016, s. 120.

<sup>275</sup> Kantçı ahlak felsefesinde ahlaki eylem, hipotetik buyruğa göre eylediğimiz eylemler değildir. Fizyolojik ve mental dürtülerin rehberliğinde eylenen eylem ahlaki eylem değildir. Ancak kategorik buyruk üzerine, eylenen eylemler ahlakî olarak nitelenebilir. Rawls J. (2005). “Kant'ın Ahlak Felsefesinin İzlekleri”, *Cogito Dergisi*, Sayı 41-42, ss. 241-275.

<sup>276</sup> Kelsen H. (1967). *Pure Theory of Law*, Berkeley, s. 1.

<sup>277</sup> Kantçı bilgi teorisinin etkisi burada görülmektedir. Olması gerekene atıfla bir hukuk teorisi inşa etmek yerine, ahlak ve pratik ölçülerin bir kenara bırakıldığı, hukuksal bilinç içerisinde bilimsel bir tutarlılıkla kuram oluşturmak, Kelsen'in teorisinin temel amacıdır. Luf G. (1998). “On The Trancendental Import of Basic Norm”, *Normativity and Norms*, Oxford, ss. 221-235, s. 232.

<sup>278</sup> Kelsen, a.g.e., 1967, s. 1.

### 3.1.3.2. Saf Hukuk kuramında grundnorm kavramının gelişimi

Kelsen, hukuku doğal hukukçu ve ahlaka dayalı bir sistem olarak kavramanın ideolojik yanlarını sıraladıktan sonra, hukuku bilimsel olarak kavramanın nasıl mümkün olacağına dair bir sistem geliştirme çabası içerisine girer. Kelsen, 1933 yılında Dr Treves'e yazmış olduğu mektupta, teorisinde yer alan Kantçı ve Yeni Kantçı izleri açıklamaktadır. Kelsen, bilimsel bir metodoloji oluşturmak için grundnorm hipotezini kabul ettiğini, tıpkı Kant'ın bilgiyi değerlerden arındırdığı gibi hukuku da değerlerden arındırmak için kullandığını, bu anlamda Kant felsefesinin sadık bir koruyucusu olduğunu belirtir<sup>279</sup>. Diğer pozitivist kuramlar hukuku egemenin iradesinin bir ürünü olarak kabul ederken; Kelsen bir normun başka bir norma kaynak teşkil etmesi gerektiği savıyla pozitivist teorisinin klasik yaklaşımından uzaklaşır. Bu itibarla Kelsen; hukuku bir normlar sistemi olarak ele alarak bireylerin iradesinin dışında ve bilimsel bir yaklaşımla ortaya konabilen bir sistem inşa etmek ister<sup>280</sup>. Kelsen, grundnorm kabulü ile birlikte, sadece hipotetik olarak geçerli nihai normu tartışmamakta, ayrıca adaleti normların içerik ve geçerlilik kriteri olmaktan çıkarmaktadır<sup>281</sup>. Dengiz'in belirttiği üzere, Kelsen'in grundnorm kavramını ele alışının tarihçesi "Saf Hukuk Kuramı" eserinin öncesine dek uzanmaktadır. Ancak Kelsen, saf hukuk kuramında grundnorm kavramına dair anlayışını oturtmuş ve teorisinin temeline oturtmuştur<sup>282</sup>.

Saf hukuk kuramı, hukuk sistemini, bilimsel bir yaklaşımla ele alan bir sistem oluşturmaya çalışır. Bu yolda normların çokluğundan bir sistem üretme çabası içerisindedir. O halde normların birbiri ile ilişkisi saf hukuk kuramının temel araştırma ve inceleme alanını oluşturacaktır. Normlar saf hukuk kuramında iki şekilde ele

<sup>279</sup> Kelsen H. (1933). "Letter to Trevers", *Normativity and Norms*, Oxford, ss. 169-177, s. 172.

<sup>280</sup> Akal, Kelsen'in hukuku gerçekten arındırılmasının mümkün olmadığını kavradığını ifade eder. Ancak hukuk felsefesinin düşünceden olgulara yönelen klasik tarzından farklı bir yöntem izlediğini belirtir. Kelsen'in, seçtiği konu ile hukuk bilimini hukuk sosyolojisinin ve antropolojisinin tahakkümünden kurtarmaya çalışırken, yine de hukuk felsefesinden hukuk kuramına yöneldiğini, böylece bir bilim olmayan hukuk felsefesi ya da "adalet metafiziği" karşısında, hukuk biliminin özgül nesnesinin aradığını, bir hukuk felsefesi oluşturmaya çalışırken, tabii hukuk felsefesinin dışına çıkarak hukuk biliminin pozitivist felsefesine ya da hukuk epistemolojisine kaydığını ifade eder, Akal C.B. (2014). "Grundnormun Yolları Sonsuzdur", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), s. 20.

<sup>281</sup> Krijnen C. (2019). "Hans Kelsen and South West German Neo Kantianism on Natural Law: Transcendental Philosophy Beyond Metaphysics and Positivism", *Hans Kelsen and Natural Law Tradition*, Boston, ss. 289-327, s. 316.

<sup>282</sup> Dengiz, saf hukuk kuramından önce Kelsen'in grundnorm kavramını işlediğini, 1925 yılında yayınladığı kitapta grundnormu "Hukuki otoritenin emrettiği gibi davran" şeklinde formüle ederek iradeci pozitivistlere yaklaştığını ancak ilerleyen dönemlerde bu görüşünü tekrarlamadığını belirtmektedir. Dengiz, a.g.e., s. 42.

alınmaktadır. Birinci tipteki normlar içerikleri nedeniyle geçerlidirler. Bu tip normlar ahlak normları olup ‘çalmayacaksın’, ‘sözünü tutacaksın’ gibi normlardır<sup>283</sup>. Ancak bu normlar bir yaptırım içermediğinden pozitif hukuk alanında bir sonuç doğurmamaktadır. Bu defa ikincil normlar karşımıza çıkar. İkincil normlar ise birincil normlardan farklı olarak içerikleri sayesinde geçerli olmazlar. Bu normlar hukuk dünyasında belirli bir metoda dayanılarak ortaya çıkarıldığı için geçerlidirler<sup>284</sup>. Söz konusu normların geçerliliği doğa yasasında olduğu gibi ahlaki belirlemelere, kabul edilen doğal ilkelere yahut Tanrı yasalarına uygun olduğu için değil belirli bir metotla ortaya konulduğu için geçerlidir<sup>285</sup>. Bu durumda saf hukuk kuramı bilimsel bir nitelik kazanmış olup normun varlığı üstte yer alan normlara göre geçerlilik kazanmaktadır.

Hukukun oluşturulmasını kendi varlık sahasında konumlandıran Kelsen, hukuk sistemini norm yaratma süreci olarak tanımlar. Burada normlar bir üstte yer alan norm ile geçerlilik kazanır. Bir norm geçerliliğini başka bir norma uygun olarak oluşması ile kazanır, böylelikle oluşturulan normun geçerliliğinin sebebi, bir önceki normun geçerliliğidir<sup>286</sup>. İçeriği ve belirlemiş olduğu yönteme göre norm oluşturulan kural üst norm olarak adlandırılırken, söz konusu yönteme göre oluşturulan norm alt normdur. Böylelikle hukuk sistemi her bir hukuk normunun geçerliliğini bir üst normdan - doğadan, iradeden, ilahi bir kelimadan değil- olarak bilimsel bir sistem haline gelmektedir. Böylelikle, realitede etkisi görülen normlar, hukuki bakıştan normatif bir alanda kavranırken, ahlaki ve politik değerlerden bağımsız şekilde, kendi özerk sistemini oluşturmaktadır<sup>287</sup>.

Bir mahkeme kararı ile tesis edilen ceza tekil bir normdur. Bu norm bir devlet kurumu tarafından oluşturulduğu için değil; normu oluşturan kişi ve kurumdan bağımsız olarak dayandığı norma uygun olduğu için geçerlidir. Tekil normun dayandığı ceza kanunu ise bir üst norma uygun olduğu için, anayasa tarafından ihdas edilen metot ile oluşturularak geçerlilik kazanır<sup>288</sup>. Bu soru sorulmaya devam edildiğinde en nihayetinde tüm hukuk kurallarının ortaya çıkmasında temel teşkil eden grundnorma

---

<sup>283</sup> Kelsen, a.g.e, 2016, s. 67.

<sup>284</sup> Kelsen, a.g.e, 2016, s. 68.

<sup>285</sup> Kelsen, a. g.e., 2016, s. 69.

<sup>286</sup> Kelsen H. (1945). *General Theory of Law and State*, (Trans.Andres Wedberg), Massachusetts, s. 124.

<sup>287</sup> Honroe T. (1998). “The Basic Norm of a Society”, *Normativity and Norms*, Oxford, ss. 89-113, s. 94.

<sup>288</sup> Kelsen, a.g.e.s, 2016, 70.



varılır<sup>289</sup>. Hukuk kurallarının tümüne ortak kaynaklık yapan temel norm, normların çokluğunun birliğini inşa etmektedir<sup>290</sup>.

Temel norm Kelsen tarafından saf hukuk kuramının varsayımsal temeli olarak adlandırılmıştır. Kelsen'in "normlar hiyerarşisi" olarak adlandırılan kuramının temelini oluşturan "grundnorm" kavramı, saf hukuk kuramının kilit taşı olarak adlandırılabilir. Kelsen her ne kadar pozitivist bir hukuk teorisyeni olsa da; hukuki pozitivistin iradeci yaklaşımına karşıdır. Bu itibarla Kant'ın bilgi teorisinden esinlenerek, kategorik bir zorunluluk olarak normlar hiyerarşisinin temeline grundnormu yerleştirir. Grundnormu teorisine bir zorunluluk olarak yerleştirdiğini söyleyen Kelsen, en önemli eleştirilerini de buradan almaktadır<sup>291</sup>.

Temel norm, esas anlatılmamış, tanımlanmamış zamanın dışında olan ve fakat anayasa ve diğer tüm yasaların geçerliliğini kendisinden alan bir önvarsayımdır. Temel norm bir anlama ve muhtevaya sahip değildir ancak; varsayımsal olarak kabul edilmesi ile birlikte pozitif olarak inşa edilen hukuk sisteminin içerisinde oluşan hukuki normun koşulu ile sonucunu bir araya getiren işleve sahiptir<sup>292</sup>. Temel normun varsayımsal olmasının yanı sıra herhangi bir içeriği de yoktur. Aynı zamanda hukuki kuramın ve

<sup>289</sup> Aybar'ın Kelsen'in saf hukuk kuramını tanıttığı veciz ifadesini burada anmak yerinde olacaktır: "Menşe düsturuna, yakınlıklarına göre, muhtelif kademeler işgal eden hukuk kaideleri, muteberliklerini medyun bulundukları bir üst kademeye nazaran, hukukun tatbiki; ve fakat, muteberlik şartlarını tayin ettikleri bir alt kademede kaidelere göre de hukuk menbaı sayılırlar. Bu esasın tek bir istisnası var; muteberliğini hiçbir kaideden almayan "menşe düsturu", kelimenin en şümüllü manâsile, münhasıran hukuk membaidır." Aybar M.A. (1941). "Şe'nîyetçi Telakkilere Karşı, Suri Bir Hukuk Telakkisinin Müdafaasına Teşebbüs", *İÜHF*, Cilt 7, Sayı 4, ss. 943-956, s. 951.

<sup>290</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 67. Aral, Kelsen'in, doğaya ilişkin olarak kavranılması gereken her şey tek sistematik bağıntıda düşünölmek zorunluluğunda bulunduğı gibi, hukuk bilimi için de ancak tek bir hukuk düzeni mevcut olabilir düşüncesinden hareketle Grundnormu devlet hukuk düzeninin birliği için kabul ettiğini ifade eder. Kelsen böylelikle hukukun yaratılmasını olması gereken mantiki bir ilke üzerine bina etmiş olmaktadır. Aral, a.g.e., 1978, s. 47.

<sup>291</sup> Türkçe literatürde sert bir Kelsen eleştirisi Celaleddin Kavas'tan gelmiştir. Kavas, eleştirisini hem Kelsen'e hem de Kelsen'in hukuki pozitivist olarak kabul eden çalışmacılara yöneltmektedir. "...Hukuk kuralının yine hukuk kuralını resmettiğı totolojisini de kabul edilebilir veya işe yarar bulmayacaksak Kelsenciliğın neden "pozitivism" olarak etiketlendiğini bir daha sormak gerek. Hukuk kurallarını hangi -eğer öyle bir şey var ise- "dış dünya" gerçekliğiyle, öznenin dışındaki hangi nesne ile ilişkilendirebiliriz? Basılı veya sanal ortamdaki mevzuat neşriyatı ile ve içtihatlarla mı?

Neticede, Kelsenci kurgunun, saf hukuk kuramının bir pozitivism değil de bir "fıkıh metodu" olduğunu, Kelsen'in de bir pozitivist değil, bir ilahiyatçı olduğunu ifade etseydik3 modern hukukun mantıksal, rasyonel bir yapı olmayıp, bir tür "din" olduğunu fark etmemiz ve zaman zaman bu dinin peygamberleri, azizleri, şamanları, şeyhleri olarak kimi politik figürlerin kendi arzuları doğrultusunda "reformlar", "mezhepler", "sapık yollar", vb. türettiklerini söylememiz garip kaçmazdı. Schmitt yaşasa benimle gurur duyar, içinin yağları erir miydi? ...",

Kavas D.C. (2019). "Kuvvetler Ayrılığı Ölmüş Diyolar?", *Hukuk Kuramı*, C. 6, S. 3, ss. 57-64, s. 62.

<sup>292</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 71.

hukuk sisteminin içerisinde değildir<sup>293</sup>. Saf hukuk kuramının dışında olan temel norm vasıtasıyla hukukun içerisindeki normların oluşması ve kavranması hususunda hukukçuların bilinç düzeyi yükseltilmektedir<sup>294</sup>.

Grundnorm; Kelsen teorisinde normlar hiyerarşisinin temelinde bulunurken, normlar hiyerarşisi teorisinin iki ayrı boyutta ele alınması durumunda bu kabulün mahiyeti daha net anlaşılabilir. Bir kere, her bir hukuk sistemi ayrı bir grundnorma dayanarak oluşmaktadır. Nitekim, ileride görüleceği üzere, hukuk ve devletin birliği her bir ayrı hukuk sisteminin ayrı bir grundnorma tabi olması ile meydana gelmektedir. Somut bir içeriği olmayan grundnorma dayanılarak inşa edilen anayasal ve yasal düzen ise her biri ayrı egemenlik sahası bulunan devletler meydana getirmektedir. Bu durumda grundnorma dayalı maddi hukuk sistemleri, her biri asli kurucu iktidarın belirlediği esaslar çerçevesinde birbirinden bağımsız şekilde kurulmaktadır. Diğer taraftan, aynı coğrafyada farklı zamanlarda farklı hukuk sistemlerinin inşa edilmesi, yine grundnorm kabulünün değişiminden kaynaklanmaktadır<sup>295</sup>. Saf hukuk kuramı, asli kurucu iktidarın tercihlerini sorgulamamakta, onu meşruiyet cihetinden değerlendirmemektedir. Bu sebeple grundnormun içeriğinin belirsizliği saf hukuk kuramına her bir maddi hukuk sistemini bilimsel olarak temellendirme imkânı sunmaktadır<sup>296</sup>.

Grundnormun, saf hukuk kuramının merkezinde olmasının en mühim sebebi, kuramda iradenin norm yaratamayacağı kabulüdür. Dolayısıyla, asli kurucu iktidar anayasa yaparken, belirli kuralları bir araya getirip deklare etse de, bu durumda anayasanın kaynağı asli kurucu iktidarın iradesi değil grundnormdur. Saf hukuk kuramının sübjektif iradenin normun kaynağı olmasını kabul etmemesi, analitik pozitivizmin egemen merkezli hukuk düşüncesinin reddinin sonucudur. Saf hukuk kuramı, hukuku bilimsel cihette ele alırken, akli temelli bir kavrayışla hukuku açıklamaya çalışır. Temel normla

---

<sup>293</sup> Wacks, a.g.e., 2017, s. 163.

<sup>294</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 71. Turhan, temel normun şu işlevlere sahip olmasının da düşünüldüğünü ifade eder; maddi ve biçimsel açıdan hukuk sisteminin birliğini kurmak, sistemdeki yasaların kimliğini belirlemek, hukuksal yükümlülüğü gerekçelendirmek. Turhan M. (2017). *Anayasa Hukukunda Kelsenci Temalar*, Hukuk Yayınları, Ankara, s. 21.

<sup>295</sup> Kelsen, bir anayasal düzenin ortadan kalkması ve etkisiz kalması ile birlikte, eski grundnormu esas alarak oluşan anayasal düzenin ortadan kalktığını ve yeni grundnormu esas alan bir sistemin oluştuğunu kabul etmemiz gerektiğini belirtir. Bu durum, etkililik kısmında detaylı şekilde incelenecektir. Kelsen H., a.g.e., 1967, s. 210.

<sup>296</sup> Grundnorm kabulü ile birlikte, hukuk bilimi doğadan ve kültürel değerlerden ayrı bir şekilde, kendisi bir bilim olarak oluşturulabilecektir. Erdel G. (1998). “The Hypothesis of The Basic Norm: Hans Kelsen and Herman Cohen”, *Normativity and Norms*, Oxford, ss. 195-221, s. 212.

birlikte, her bir hukuk kuralının içeriği önceden belirlenmiş olmaz, sadece kuralların geçerlilik esası norm temelinde izah edilerek bilimsel temeli sağlanmış olmaktadır, böylelikle saf hukuk kuramı pozitif hukukun ne olması gerektiğini değil, ne olduğunu izah edebilir<sup>297</sup>. Saf hukuk kuramının esasında madden, asli kurucu iktidarın ideolojik yapısı, dünya tasavvuru, iktidarı oluşturan yapının formu anayasanın oluşmasında oldukça etkilidir. Kelsen bu hususun elbette farkındadır. Ancak, iradelerin hukukun kaynağı olması meselesi doğrudan sübjektif değerlendirmeleri ve anayasanın meşruiyetine dair sorgulamaları beraberinde getirecektir. Oysa Kelsen, bu tartışmaları kuramın dışında tutarak hukuka bilimsellik sıfatı kazandırmak için bir kabul olan grundnormun anayasaya geçerliliğini sağladığını ifade etmektedir<sup>298</sup>. Geçerliliği grundnormdan alan anayasanın varlığını kazanabilmesi için yalnızca bu şekilde kavranması yetmemekte, ileride görüleceği üzere diğer tüm normatif sistemin unsurları gibi, etkili olması gerekmektedir.

Kelsen, grundnorm kavramını saf hukuk kuramının ikinci edisyonunda yeniden ele almaktadır. Grundnorm kavramının varsayımsal kabulünden farklı olarak teolojik örneklerle grundnorm kavramını izah etmeye çalışmaktadır<sup>299</sup>. Bir normun geçerliliğini diğer bir normdan alması gerektiğini, bir olaydan alamayacağını bu edisyonunda da yenilenmektedir. Kelsen, “On Emrin geçerliliği, Tanrı Yahova’nın bu emirleri Sina Dağında bildirmesidir.” veya “Düşmanımızı sevmeliyiz çünkü İsa böyle buyurdu.” gibi önermelerin normların kaynağını bir olaya bağlamakla hatalı hale geldiklerini belirtir<sup>300</sup>. Ona göre, bu normların geçerliliği, temel norm olan “Tanrı’nın kurallarına uyulmalıdır” temel normundan kaynaklanmaktadır. Bir normun kaynağı daha üstte yer alan normdur ve zincirin sonuna gidildiğinde bir olayın değil yine bir normun normlar sistemine kaynaklık ettiğinin gözlenmesi gerekmektedir. Bu norm da ifade edildiği üzere temel norm olacaktır<sup>301</sup>.

Kelsen, normları statik prensipler ve dinamik prensipler olarak ikiye ayırmaktadır. “yalan söyleme”, “yalan tanıklık etme”, “verdiğin sözünü tut” gibi normlar, içeriğinden ötürü geçerliliğini kazanan normlar olup; temel norm olarak varsayılabilir

---

<sup>297</sup> Erdel, a.g.e., 1998, s. 219.

<sup>298</sup> Erdel, a.g.e., 1998, s. 219.

<sup>299</sup> Kelsen, PTL 2, s. 193.

<sup>300</sup> Kelsen, a.g.e., s. 194.

<sup>301</sup> Kelsen, 194-195.

normlardır. Bu normlardan oluşan sistem, Kelsen tarafından statik norm sistemi olarak adlandırılır<sup>302</sup>.

Kelsen, bu açıklamalardan grundnormu açıklamak için sonra baba- oğul arasında geçen bir diyalogu kullanır. Bir baba çocuğuna okula gitmesini söyler, çocuk neden diye sorar, baba çocukların babanın söylediklerine uyması gerektiği cevabını verir. Çocuk babaların sözüne neden uyulmalı diye sorduğunda baba Tanrı'nın "ebeveynlerinize itaat edin" buyurduğunu söyler. Çocuk bu kez Tanrı'nın buyruğuna neden uymalıyız diye sorduğunda baba, bu sorunun sorulamayacağını, Tanrı buyruğunun kaynağını teşkil eden bir norm bulunmadığını, buyruğun geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiği şeklinde cevap verir. Bir başka örneği ise bir toplulukta evlenmek isteyen birisi, kızın babası veya amcasına belirli bir miktar para vermek zorunda olsun. Damat adayı bu parayı neden vermek zorunda olduğunu sorduğunda, bunun bir gelenek olduğu, bu topluluktaki her kız babasına para ödendiği söylenecektir. Bu durumda o topluluğun geleneği temel norm haline gelecektir. Bu örnekler, normun dinamik prensibine karşılık gelen örneklerdir. Zira içerik olarak kendi geçerliliklerini sağlamazlar. Bir temel norma dayanarak geçerlilik kazanmaktadırlar<sup>303</sup>.

Kelsen, saf hukuk kuramının ilk edisyonunda grundnorm kavramını yalnızca bir varsayım olarak tanımlarken, ilerleyen çalışmalarında bu kavramını maddi örneklerle açıklama çabasına girmiştir. Bu durumda, Kelsen'in grundnorm kavramının maddi içeriğinin neler olabileceği tartışma konusu olmuştur. Başlangıçta normlar hiyerarşisi teorisinin bilimsel izahı için gerekli olan kavram, Kelsen'in Amerika'da hukuki realizm akımının etkili olduğu bir dönemde eser vermesinin de etkisi ile içeriğinin belirlenebilir veya tahmin edilebilir olduğu bir kavrama dönüşmüştür. Din ile örf ve adet kurallarında grundnormu aramak, bir nevi tarihselci okulun halk ruhundan neşet eden kuralları kodifiye etme anlayışının bir benzeri olarak düşünülebilir. Oysa Kelsen, teorik olarak tarihselciliğin karşısındadır. Tarih ve kültür ile açıklanacak bir hukuk kuramın bilimselliği zedelenebilecektir. Bununla birlikte, Kelsen'in düşünce hayatının son döneminde hukuki pozitivizme yönelen taarruzları kuramını maddi temelde açıklayarak karşılama çabası görülebilmektedir.

---

<sup>302</sup> Kelsen, a.g.e., s. 195.

<sup>303</sup> Kelsen, a.g.e., s. 196.

Duxbury, “Kelsen’in Son Hamlesi” olarak Türkçe’ye çevrilen makalesinde, Kelsen’in grundnorm kavramında yapmış olduğu değişikliği, kuşları seven ve vasiyetinde onların korunmasını isteyen kişinin ölmeden önce vasiyetini değiştirerek mirasını güvercin vurmak için kurulmuş bir kuruma bırakmasına benzetmektedir<sup>304</sup>. Kelsen’in teorisinde yaptığı değişikliği daha önce ifade ettiklerinden bir vazgeçiş değil, teorisinin aşırı büyümesi olarak görür. Kelsen’in saf hukuk kuramının ilk halinde, her bir hukuk normu daha yüksek bir hukuk normu tarafından yetkilendirilir. Saf hukuk kuramının ikinci halinde ise geçerli hukuk normları diğer hukuk normlarını yetkilendirmez, bir kişiye belirli bir güç, özellikle de normları yürürlüğe koyma gücü verir<sup>305</sup>. Artık normun kaynağı onu oluşturan iradedir, onu yetkilendiren ise bir üst hukuk normudur, Yetkilendiren hukuk normu ise daha üst bir irade tarafından konulmuştur. Duxbury basitçe ifadeyle, her hukuk normunun daha önceki bazı zihinsel eylemlerden türetildiğini belirtir<sup>306</sup>. Böylelikle, grundnorm, bir varsayım olarak değil kurgu olarak benimsenmekle, saf hukuk kuramının temel argümanı sıfat değiştirmiştir. Duxbury, bu değişimin sebebini irdelediği makalesinde kesin bir sonuca ulaşmamakla birlikte<sup>307</sup>, Kelsen’in düşüncesindeki değişimi bu şekilde açıklamıştır.

### **3.1.3.3. Grundnorm kavramına getirilen temel eleştiriler ve kavramın dönüşümü**

Kelsen’in hukuk teorisindeki temel kaygısının hukuku bilimsel bir temelde tartışma ve başlı başına bir bilim olarak inşa etmek olduğu ifade edilmişti. Grundnormun içeriğinin belirsiz olması ve varsayımsal bir karakter taşıması, Kelsen’in saf hukuk kuramının zedelendiği ve metafiziksel bir boyut kazanarak doğal hukuka yaklaştığına dair eleştirilere zemin oluşturmıştır. Aral, Kelsen’in saf hukuk kuramında, grundnorm kavramının hukuk ötesi olması ve belirsiz içeriğe sahip olması sebebiyle teoriyi doğal hukuka yaklaştırdığını ifade etmektedir<sup>308</sup>.

Kelsen’in grundnorm varsayımı ve pozitif hukuk düşüncesine karşı eleştiri getiren önemli hukuk düşünürlerinden birisi Cahit Can’dır. Can, Kelsen’in teorisinin hukuku yalnızca normların geçerliliği çerçevesinde, diğer sosyal bilimlerden ayrı bir bilim dalı

<sup>304</sup> Duxbury N. (2021). “Kelsen’in Son Hamlesi (Çev. Hüseyin Dengiz)”, DEHFD, Cilt 23, Sayı 1, ss. 823-838, s. 833.

<sup>305</sup> Duxbury, a.g.e., s. 834.

<sup>306</sup> Duxbury, a.g.e., s. 834.

<sup>307</sup> “... Daha önce uyardığım üzere bu kafa karışıklığı tamamen ortadan kalkmayacaktır. Zaten hukuk felsefecilerinin bu en özgün ve karmaşık (ve bazen de sinir bozucu) olanında kafa karışıklığının görülmediği nadirdir.”, Duxbury, a.g.e., s. 836.

<sup>308</sup> Aral, a.g.e., s. 123.

olarak tanımlamakla hukuku, hukuksal düşünce, tarihsel geçmişindeki konumu kısaca özünden kopardığını iddia etmektedir<sup>309</sup>. Can, Kelsen'in teorisinin mantıksal olarak tutarlılığının olağanüstü olduğunu vurgularken<sup>310</sup>, mantıksal doğruluk ile olgusal doğruluğun birbirinden farklı olduğuna dikkat çeker. Kelsen'in analitik önermelerden sentetik doğrular çıkardığını, ancak analitik önermelerin her zaman gerçeklerle bağdaşmadığını belirtir<sup>311</sup>.

Can'ın bir diğer eleştirisi ise Kelsen'in hukuku açıklarken onun “kendiliğinden şey” gerçekliğini göz ardı ettiği iddiasını taşır. Marburg Okulu'nun izleyicisi olan Kelsen'in, Okulun bir nesnenin salt belirli bir özelliği izlenerek açıklanabileceği görüşünü kabul ederek, hukuku normlar cihetinden açıkladığını belirtir<sup>312</sup>. Ancak, bu açıklama hukukun diğer özelliklerinin gerçeklik alanında var olduğunu değiştirmemektedir. Böylelikle Kelsen'in yaklaşımının varsayımsal alandan çıkılarak olgu alanına dönüldüğünde tüm görkemini yitirdiğini iddia etmektedir<sup>313</sup>. Krichman'ın “İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği”<sup>314</sup> makalesine dikkat çeken Can, Krichman'ın hukukun hukuk biliminden sonsuza kadar önde olduğu, zira hukuk biliminin normları bilim konusu yapması karşısında kanun koyucunun üç yeni düzeltici kelimesinin koca kütüphaneleri okkalık haline getirdiği düşüncesini benimser. Buradan hareketle salt gerçeklikler dünyasındaki hukukun hukuk biliminden önde olduğunu vurgular<sup>315</sup>.

Can'ın diğer eleştirisi ise Kelsen'in kuramının somut yaşam üzerinde olumsuz etkiler bıraktığıdır. Kelsen'in grundnormu “Tanrı'nın emri” yaklaşımını model olarak

<sup>309</sup> Can C. (2012). Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Siyasal Kitabevi, Ankara, s. 273.

<sup>310</sup> Can, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin oluşumunu Kelsen'in temel norm kavramı çerçevesinde açıklamaya çalışmıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş sürecinde temel normun içeriğinin belirlenmesinde kongrelerin payını, Türk – Sovyet ilişkilerini, Cumhuriyet Halk Partisi'nin oluşumunu inceleyerek belirlemeye gayret etmiştir. Bu anlamda; Can'ın “grundnorm” kavramı ile açıklamaya çalıştığı, Kelsen'in ile hukuku bilimsel larak temellendirmesinden farklı olarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluş aşamasına farklı bir bakış açısı getirmektir. Can C. (2011). Cumhuriyet Devrimi ve Öngörülme Bugünü, İstanbul, s. 107 v.d.

<sup>311</sup> , “Bütün insanlar ölümsüzdür, Socrates insandır, o halde Socrates de ölümsüzdür” önermesinin analitik olarak doğrulanabilir olduğunu, ancak gerçeklikle bağdaşmadığını ifade ederek, Kelsen'in teorisinin analitik değerinin olgularla bağdaşmaz tarafına dikkat çekmektedir. Can, a.g.e., 273-274.

<sup>312</sup> Can a.g.e., 274,

<sup>313</sup> Can, a.g.e., 274, 275.

<sup>314</sup> Krichman, J. C. (1949). “İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği”, (Çev. Coşkun Üçok), AÜHFD, Cilt 6, Sayı 1, ss. 181-212.

<sup>315</sup> Can, 2012, 275.

ürettiğini belirtirken<sup>316</sup>, kuramının çok tutarlı ama gerçeklik ötesi olduğunu ifade eder. Bununla birlikte, Kelsen'in "aşkın-mantıksal" hukuk açıklaması, hukukun gerçekliğini göz ardı ettiğini, oysa İnsan Hakları Bildirgeleri'nden hiç birinin anlamlardan ve varsayımlardan yola çıkılarak değil, somut biçimde insanların duydukları, yaşadıkları büyük acılar ve kısımlar neticesinde kaleme alındığını belirtir<sup>317</sup>. Kelsen'in bakış açısının gerçekler dünyasının soyuta indirgenmesi ve salt kavramlar düzeyinde akıl yürütülmesi yaklaşımının özgün modelini oluşturduğunu ifade eder<sup>318</sup>. Kelsen'in bakış açısının belirlenmesi ile hukuk biliminin "hukukun yasalaştırılması" aşamasından önceki işlevini tümüyle yadsıdığını, yasamanın kabul ettiği normların birbiri ile ilişkisinin araştırılmasına özgülendiğini, böylelikle tüm hukukçuların "yasama etkinliğinin onaylayıcısı" konumuna indirgendığını iddia etmektedir<sup>319</sup>. Hukukun biçimsel olarak kavranmasının ile demokrasilerin de biçimsel olarak kavranmasına yol açtığı, bu durumun demokrasi yönetimlerine uygun düşmediği kanaatindedir<sup>320</sup>. Her ne kadar, Kelsen demokrasiyi benimsemiş bir hukukçu olsa da, olgusal olarak kuramının tüm zaman ve mekanlarda, değerlerden bağımsız olarak hukuku açıklaması, hukukun sosyoloji ve antropoloji ile olan ilişkisini teorik çalışmalarının merkezine konumlandıran Cahit Can'ın eleştirilerine konu olmak durumunda kalmıştır.

Gülgeç, bir makalesinde, Kelsen'in grundnorm kavramını teorisinin merkezine koymakla, hukuku bilimselleştirmeyi amaçladığını ifade etmektedir. Böylelikle, bir varsayımdan hareketle gerçeğe ulaştığını ifade eden tüm düşünceler gibi Kelsen'in düşüncesinin de dinsel bir karakter taşıdığını ifade eden yazar, temel normun normatif gerçekliğin yaratılışı olduğunu belirtir<sup>321</sup>. Yazar her ne kadar, mistik Kelsen'in teorisinin mistik ifadelerle konu edinilebileceğini ima etse de; daha sonraki çalışmasında temel normun "1) hukuk sisteminin birliğini sağlamak, 2) sistemsel geçerlilik sorgulamasını sonuca erdirmek ve 3) hukuk sistemindeki normların

---

<sup>316</sup> Can, a.g.e., 276, Tanrının emri analogisi, Kelsen'in saf hukuk kuramının ikinci edisyonunda yer almaktadır. İlk edisyonda grundnorm, varsayımsal bir kabul olarak ifade edilmektedir. Can, değerlendirmelerinde saf hukuk kuramının ikinci edisyonunun Fransızca tercümesini esas aldığı için bu farka değinmemektedir.

<sup>317</sup> Can, a.g.e., 278.

<sup>318</sup> Can, a.g.e., 278.

<sup>319</sup> Can, a.g.e., 279.

<sup>320</sup> Can, a.g.e., 281. Can'ın konuya ilişkin diğer bir çalışması olan "Hukuk ve Matematik" adlı eserinde, benzer bir eleştiriyi getirmektedir. Can C. (2004) Hukuk ve Matematik, HFSA 13, ss. 5-15, s. 15.

<sup>321</sup> Gülgeç Y.B. (2017), "Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi" GÜHFD, Sayı 2, ss. 81-159, s. 87.

bağlayıcılığını temellendirmek.” şeklinde sıraladığı amaçları gerçekleştirmek üzere Kelsen tarafından ortaya konulduğunu belirtmekte, grundnorma yüklediği metafizik nitelikleri sıralamamaktadır.

Dengiz, yapmış olduğu çalışmada, Kelsen’in doğal hukukçu bir kuramcı olmadığını vurgulamakla birlikte; Kelsen’in grundnorm kavramının doğal hukuka yaklaştığını ifade eder. Kelsen’in de bu durumun farkında olduğunu ve General Theory of Law and State adlı eserinde bu hususu vurguladığını belirtir<sup>322</sup>.

Grundnormu varsayımsal olarak kabul etmesi sebebiyle Alf Ross tarafından eleştirilmiş ve pozitivist bir hukuk teorisyeni değil, pozitivist benzeri bir düşünür olduğu söylenmiştir<sup>323</sup>. Kelsen’in grundnormu varsayması, hukuki düşünüş anlamında bir açıklama olarak kabul edilebilirken, gerçekte mantıksal bir analizde yol göstermemektedir<sup>324</sup>. Bu durumda, Kelsen’in metodolojisini değerlere refere ederek oluşan doğal hukuk kuramının pozitivist benzeri bir şekilde kurtarıcısı olarak görmekte olduğunu belirten Ross<sup>325</sup>, geçerlilik düşüncesinin bir analist tarafından terk edilmesi gerektiğini ifade eder<sup>326</sup>.

Akal, Kelsen’in kuramının doğal hukuka yaklaştığı iddiasına katılmamaktadır. Oysa Kelsen, saf hukuk kuramının inşasında temel normu kuramın içerisine dahil etmemiştir. Temel norm tarif edilemez ve içeriği muğlak bir karakter taşımaktadır. Kuramın kendisi temel norm olmadan izah edilemeyeceğinden; ancak temel normun kabulü ile anayasa ve yasaların bilimsel bir izahı mümkün hale gelebilecektir. Kelsen hukukun diğer metafizik öğelerden bağımsız olduğunu iddia etmemektedir. O hukukun saf kuramını inşa etmektedir. Yani saf olan hukukun kendisi değil, kuramdır. Bu itibarla, Kelsen doğal hukukun olan-olması gereken ayırımından hareketle değil, normatif bir sistem inşası gerçekleştirmek amacıyla kuramını oluşturmaktadır<sup>327</sup>.

Acar da grundnomun normatif olanın sistemleştirilmesi için gerekli olduğunu, bu itibarla önvarsayımsal bir kavram olarak saf hukuk kuramının temelinde bir Kantçı

---

<sup>322</sup> Dengiz, a.g.e., s. 81.

<sup>323</sup> Ross A. (1998). “Validity and Conflict Between Positivism and Natural Law”; *Normativity and Norms*, Oxford, ss. 147-163, s. 159.

<sup>324</sup> Ross, a.g.e., 1998, s. 161.

<sup>325</sup> Ross, a.g.e., 1998, s. 160.

<sup>326</sup> Ross, a.g.e., 1998, s. 161.

<sup>327</sup> Akal, a.g.e., 2014, s. 20.



kavram olarak yer aldığını belirtir<sup>328</sup>. Gözler ise, Kelsen'in saf hukuk kuramından mülhem, normlar hiyerarşisi kuramını benimsemekle birlikte, kuramda yer alan belirsiz bir grundnormu temel olarak belirlemez. Asli kurucu iktidarı anayasa koyucu olarak belirleyen Gözler, bu anlamda Kelsen'in grundnorm kavramına teorisinde yer vermemektedir<sup>329</sup>.

Joseph Raz, Kelsen'in temel norm kuramını hukuku, doğal hukukçu perspektiften kurtararak değerlerden arınmış bir şekilde açıklamak için ortaya koyduğunu ifade etmektedir. Raz, temel normla birlikte ortaya çıkan durum ile normatifliğin doğası hakkında düşünce üretmeye çalışmaktadır. Raz'a göre normatiflik iki şekilde düşünülmektedir; birisi gerekçeli normatiflik diğeri ise sosyal normatifliktir. Gerekçeli normatifliğe göre davranış standartları ancak gerekçelendirildiklerinde norm haline gelmektedir. Bu ise objektif ve evrensel kurallar çerçevesinde veya kişisel mutabakatla gerekçelendirilebilmekle beraber; sezgisel yolla anlaşılabilir. Sosyal normatiflikte ise normlar faziletlerine bakılmaksızın norm olarak adlandırılır. Söz konusu normlar toplumsal olarak onaylanmıştır ve bireylere söz konusu normlara uyma hususunda baskı yapabilme kapasitesine sahiptir<sup>330</sup>.

Raz'a göre gerekçeli normatiflik doğal hukukçu teorisyenler tarafından benimsenirken sosyal normatiflik pozitivist teorisyenler tarafından kabul edilmektedir. Gerekçeli normatiflik kuramında insanlar kurallara moral değerleri açısından baktıklarında, onları uyma davranışı göstermeye layık buldukları için hukuka itaat etmektedirler. Oysa sosyal normatiflik kuramında, insanlar kurallara uygun davranış biçimi gösterirken normların ahlaki boyutunu veya moral açıdan değerini sorgulama davranışı göstermemektedirler.

---

<sup>328</sup> Acar A. (2011) “(Yeni) Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir?” *Çankaya University Journal of Law*, ss. 109-131, s. 115.

<sup>329</sup> Acar'ın çalışmasında belirttiği üzere, Gözler her ne kadar asli kurucu iktidar- tali kurucu iktidar ayrımını ele aldığı çalışmasında Kelsen'e atıf yapmasa da; asli kurucu iktidarı anayasa koyucu olarak belirler. Böylece, Kelsenci normatiflik tartışmalarına girmeksizin, anayasanın ancak asli kurucu iktidar tarafından yapılabileceğini, tali kurucu iktidarın asli kurucu iktidarın belirlediği usul çerçevesinde değişiklik yapabileceğini vurgular. Asli kurucu iktidarın “hukuk dışılık” ve “sınırsızlık” olmak üzere iki temel özelliğe sahip olduğunu belirterek tali kurucu iktidardan farkını ortaya koyar. Kelsen teorisinde grundnorm kavramının içeriğinin belirsizliği ve hukukun temelinde yer alması ile paralel bir okuma yapmak mümkünse de; Gözler'in anayasanın kaynağı olarak asli kurucu iktidarın iradesini esas alması temel iki düşünür arasındaki temel fark olarak gözlemlenebilecektir. Gözler K. (2011). “Asli Kurucu İktidar- Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?”, [www.anayasa.gen.tr/tbmm-yeni-anayasa.htm](http://www.anayasa.gen.tr/tbmm-yeni-anayasa.htm). (Erişim Tarihi: 02/02/2020).

<sup>330</sup> Raz, a.g.e., 1998, s., 58.

Kelsen, hukukun bilimselliğinin sağlanabilmesi için değerlerden arınmış bir hukuki bakışın gerekliliğini vurgulamaktadır. Kelsen grundnorm kuramı ile normatif hukuki sistemi temellendirmektedir. Ancak bu temellendirme kesinlik ifade eden bir biçimde yapılmamaktadır. Zira Kelsen, ahlaki göreceliliğe inanan bir düşünüdür. Kelsen'e göre ahlaki yargılar rasyonel olarak doğrulanabilir veya yanlışlanabilir değildir<sup>331</sup>. Bu sebeple bir kişinin hukuki bakışına göre hukukun oluşumu temellendirilmeye çalışılır ise, bu durumda hukuk normları arasında bir çelişkiden söz edilebilecektir. Oysa Kelsen, çelişkili yapı değil, bütün bir hukuk sistemi inşa etmenin arayışındadır. Bu durumda çelişkin ortadan kaldırılması için bireysel değil; hukuk bilimi açısından bir inceleme yapılması gerekmektedir<sup>332</sup>.

Kelsen'e göre, bir normun bireysel olarak değerlendirilmesi ile bilimsel olarak değerlendirilmesi arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Bireysel değerlendirme sonucunda, bir normun geçerliliği ancak onun adil olup olmadığına göre belirlenecektir. Bilimsel bakış açısından incelendiğinde, normun geçerliliği "adil" kavramı ile ölçülmeyecektir. Bu durumda bilimsel bir bakış açısı ile bakıldığında hukukun tanımlanması değil kabul edilmesi kavramı gündeme gelecektir. Yani, bilimsel bir bakış açısından bakıldığında olan hukukun adillik cihetinden açıklanması söz konusu olmayıp; profesyonel ve bağımsız bir bakış ile hukukun kabullenilmesi söz konusudur.

Raz, Kelsen'in hukuku, doğal hukuk teorisinden hareketle açıklamadığını kesin olarak ifade eder. Bununla birlikte diğer bir tespiti çok önemlidir. Raz, Kelsen'in hukuku açıklarken pozitivist kuramın açıklama metodu olan sosyal normatifliği değil; gerekçeli normatifliği kullandığını ifade etmektedir<sup>333</sup>. Kelsen, doğal hukuk teorilerinin dayandığı ilahi bir kaynak veya doğanın hukuka kaynaklık edişini benimsememekle birlikte; tüm bunların yerine pozitif kuramını temellendirdiği grundnorm teorisini yerleştirmektedir. Bu yöntemle Kelsen'in, normatif teoriyi duyumsanan bir hukukilikten çıkararak, pozitivizmin içinde düşünülebileceği bir yol inşa ettiği tespitinde bulunur<sup>334</sup>. Akal da benzer biçimde Kelsen'in grundnorma doğal hukukçu bir yaklaşım getirmediğini belirtmektedir<sup>335</sup>. Nitekim adalet mefhumunu ele

---

<sup>331</sup> Raz, a.g.e., 1998, s., 60.

<sup>332</sup> Raz, a.g.e., 1998, s. 62-63.

<sup>333</sup> Raz, a.g.e., 1998, s. 67.

<sup>334</sup> Raz, a.g.e., 1998, s. 67.

<sup>335</sup> Akal, a.g.e., 2016, s. 138.

aldığı makalesinde; hukuku bilimsel cihetten açıklamak için bu kavrama gerek olmadığını belirtmektedir. Adalet kavramını ve insan hakları teorisini hukuk kuramının dışında bırakan Kelsen'in grundnorma doğal hukukçu bir nitelik atfetmesi beklenemez.

Bununla birlikte, Kelsen'in teorisinin eleştiriye uğradığı temel husus 1960 sonrasında grundnorm kavramına getirdiği dönüşümdür. Kelsen, saf hukuk kuramının ikinci edisyonunda, grundnorm kavramına geniş bir izahat ayırdı. Bu izahatta, kendisine gelen eleştirileri karşılamaya çalıştı. Grundnorm kavramını yine bir ön varsayım olarak ifade eden Kelsen, bu varsayımın temelini saf hukuk kuramının hukuku metafizik bir anlatıya nispetle açıklamamayı, hukuku bilimsel olarak temellendirmeyi hedeflediği için yaptığını yine açıkça dile getirmiştir. “Doğal hukuk ve grundnorm” başlığı altında ise, araştırmacıların grundnorm kavramında bir tabii hukuk imlemesi aradığını ve fakat; hukuk sisteminin geçerliliğini açıklamaya çalıştığını belirtir. Bu sebeple grundnorm kavramının etik-politik bir kavram olmadığını, epistemolojik bir fonksiyon ifa ettiğini belirtmektedir<sup>336</sup>.

Kelsen, teorisinin başlangıcında grundnormu, otorite tarafından belirlenen bir norm değil varsayılan bir norm olarak ifade etmeyi sürdürse de eleştirileri göğüslemek için, yaşamının son döneminde, grundnormu bir norm olarak değil bir kurgu olarak ifade etti<sup>337</sup>. Kelsen, “Normların Genel Kuramı” adlı eserinde grundnormu (*fictitious*) bir norm olarak ifade etmiştir. Gözler, Kelsen'in bu tanımını, hukuku, hukukçu bakış açısı ile açıklamaya çalışmasının neticesi olarak görmektedir<sup>338</sup>. Kelsen, Vaihinger'in kurgu felsefesinden faydalanarak, grundnormu bir kurgu olarak tanımladığını belirtmektedir. Bu durumda Kelsen, saf hukuk kuramını oluşturduğundan itibaren grundnormu bir varsayım olarak kabul etme düşüncesini terk etmiş ve grundnormu bir kurgu olarak ifade etmiştir. Gülgeç ise, Kelsen'in son eseri olan General Theory of Norms eserinde grundnormu kurgu olarak kabul etmesinin tam anlamıyla Kelsen düşüncesini yansıtmaktan uzak olma ihtimaline dikkat çekmektedir. Yazara göre söz konusu eser

---

<sup>336</sup> Kelsen, PTL II, s. 218.

<sup>337</sup> Bu ifadesi, Kelsen'in teorisini değiştirdiğine dair eleştirilere maruz bıraksa da, onun teorisinin ilk halindeki grundnorm varsayımı araştırmacılar tarafından benimsendi. Dengiz H.(2020). *Hans Kelsen' De Hukuki Geçerlilik Ve Temel Norm*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 67. Dengiz'in Kelsen'in grundnorm varsayımının değişimini konu alan eserinde bu değişime dair eleştiriler ele alınmıştır.

<sup>338</sup> Kelsen H. (1991). *General Theory of Norms*, London, s. 256. Gözler K. (1998). *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Us Yayıncılık, Ankara, s. 78.

Kelsen'in vefatından sonra yayımlanmıştır. Dolayısıyla Kelsen'in yazıları kontrol etmesi mümkün olmamıştır<sup>339</sup>.

### 3.1.3. Adalet Mefhumu Olmaksızın Bir Hukuk Düşüncesi

Hukuk felsefesinin çağlar boyunca cevabını aradığı temel soru adaletin “ne” liğidir. Şüphesiz pozitivist teori adaleti hukuk felsefesinin ilgilendiği bir konu olmaktan çıkarak hukuku *egemen-norm* dikotomisinden temellendirmeye çalıştığında adalet sorununun hukukun mekanikliği içerisinde kaybolduğuna dair yaygın bir kanaat oluşmuştur<sup>340</sup>. Bunda pozitif bilimlerin sosyal bilimlere etkilemesi ve hukuk sisteminin bir bütün olarak sosyal ve bireysel hayatın tamamını kodifiye etme çabası da etkili olmuştur<sup>341</sup>.

Kelsen, saf hukuk kuramını oluştururken egemeni dışarıda bırakarak *grundnorm-norm* ikilisi ile hukuku açıklamaya çalışmış, “adalet” kavramını kuramının dışına taşımıştır. Teorisinde her ne kadar Kant'ın bilgi felsefesinden esinlense de Kant'ın doğal hukukçu yanı onun pozitivist hukukçuluğunu etkilememiştir. Ancak tüm bunlar Kelsen'in adalet gibi temel hukuk felsefesi sorununu görmezden geldiği anlamına ulaşmaz<sup>342</sup>. Eserlerinin hemen hepsinde adalet bahsine değinen Kelsen, klasik bir metin olan “Adalet Nedir” isimli makalesinde bu husustaki görüşlerini etraflı bir şekilde dile getirmiştir. Adalet sorunu Kelsen'e göre felsefe tarihinin en çok tartışılan, uğruna en çok kan ve gözyaşı dökülen ve filozofların en yoğun ilgilendiği sorundur.

<sup>339</sup> Gülgeç. Y. B. (2020). *Akıl Temelli Normativite Teorileri İle Hukuki Pozitivizmin Bağdaştırılması*, Uludağ Üniversitesi sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, s. 403 v.d.

<sup>340</sup> Öktem, pozitivist hukuk okulunun yükselişi ile hukuk değer ilişkisini göz ardı edildiğini şu şekilde ifade eder: “Hukukta belli sosyo- ekonomik ilişkiler, adalet ve norm öğeleri vardır. Başka bir anlatımla hukuk adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşama düzenidir. Hukuk okulları, genellikle adı geçen öğelerden yalnız birine ağırlık vererek hukuku tanımlamak isterler. Doğal Hukuk Okulu, hukuk yalnız değer, adalet bakımından ele almış, Tarihçi Okul halkruhuna (folkgeist), Dayanışmacı ve Marksist Okul sosyal ve ekonomik olguya önem vermiş; Hukusal Pozitivizm ve Normativist Pozitivizm akımları hukukun yalnız norm alanıyla ilgilenmiştir.” Öktem N. (1977). “Hukusal Pozitivizm Akımı”, *İÜHFİM*, 43 (1-4), ss. 271-299, s. 273.

<sup>341</sup> Rehbinden M. (2015). *Hukuk Sosyolojisi*, (Çev. İlyas Doğan- Hilal Kafkas), Ankara, s. 139

<sup>342</sup> Kelsen yukarıda ifade edildiği üzere, hukuku bilimin bir konusu yaparak, hukuka bilimsel bir nitelik kazandırmayı amaç edinmiştir. Bu itibarla hukukun üzerine bina edildiği temel kavramları tek tek ele alır ve bilimselliğe aykırı gördüğü hususu teorisinin dışında bırakmaktadır. Adalet temel değeri hukuku meşrulaştırmak üzere ilkçağ, ortaçağ ve yeniçağ doğal hukuk filozofları tarafından farklı manalar verilerek de olsa kullanılmıştır. Ancak Kelsen değerlerin göreceliğini ve adalet temel değerinin bilmenin konusu olamayacağı için teorik zemininde adalete yer vermemektedir. İleride göreceğimiz üzere bu yaklaşım demokrasi, hak, egemenlik v.s. gibi kavramları ele alırken Kelsen'in uygulayacağı temel kriter olacaktır. Kelsen'in adalet yaklaşımına ilişkin değerli bir inceleme için bkz. Gözler K. (2008). “Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı”, *Muhafazakar Düşünce Dergisi*, Yıl 4, Sayı 15, Kış, s. 79-89.

Aynı zamanda “adalet nedir” sorusu cevapsız kalmış bir sorudur ve insanlık bu soruya cevap vermeye değil, onu geliştirmeye mahirdir<sup>343</sup>.

Kelsen, adalete dair felsefi görüşlerin hepsine eleştirel biçimde yaklaşmaktadır. Çağının popüler düşünürü olan Jeremy Bentham’ın adaleti, en fazla sayıda kişinin mutluluğu olarak formüle etmesine mutluluğun belirsiz bir kavram olması sebebiyle karşı çıkar. Kelsen, çok fazla değerın öznel olarak farklı biçimde tercih edilebileceğini, en fazla sayıda insanın mutluluğunun ölçülebilir olmadığı ve adaleti belirsiz kıldığını ifade eder<sup>344</sup>. Yine Platon’un adaleti hakikatle özdeşleştirerek açıkladığı düşüncesini, adalet değerinin ve mutlak adil yasaların mümkün olmayışı sebebiyle eleştirir<sup>345</sup>. Kelsen, özgürlük, eşitlik, güvenlik, hakikat, yasallık ve benzeri değerlerin inanmış bir Hristiyan veya bir materyalist tarafından farklı şekilde cevaplandırılacağını ifade ederek, bunlara verilecek her cevabın öznel ve göreceli olduğunu belirtir<sup>346</sup>.

Adalet idesi, geçmişten günümüze insan davranışını meşrulaştırmak için kullanılmaktadır. Bu anlamda adaleti nihai bir amacın varlığı ile meşrulaştırma gereği rasyonel düşünceye değil metafiziksel çıkarımlara sürükler. Bu durumda insanlık adaleti öteki dünyada var olan ve Tanrı’nın zorunlu bir işlevi olarak görülen bir şekilde meşrulaştırır. Bununla birlikte, rasyonel görünmekle insan aklının bir takım adalet ilkeleri oluşturabileceğine inanan düşünürler, fikirlerini metafizik bir mahiyete büründürerek adalet idesini meşrulaştırmaya çalışmaktadırlar<sup>347</sup>.

Adaleti Tanrı vasıtası ile temellendirenlerin başında Platon ve onun takipçileri gelmektedir. Ancak rasyonel bir biçimde adaleti meşrulaştıran düşünce Aristo’nun “*herkese hakkını vermek*” biçiminde ifadesini bulan ve bu düşünceyi takip eden düşünürlerce meşrulaştırılmaktadır. Bundan başka, aynı olana aynı davranma, karşılıklılık ilkesi, eşitlik ilkesi, gibi düşünceler de belirli bir öznelliği barındırdığından, bunların Kelsen tarafından kabul görmesi mümkün değildir. Keza, yeni doğal hukukçu ekolün doğayı gözlemleyerek insan aklının temel adalet ilkelerini kavrayabileceği düşüncesi de kabul edilemez. Nitekim Robert Filmer’in doğal hukuka dayanarak monarşinin tek ve mutlak yönetim biçimi olduğunu iddiası üzerine, John

---

<sup>343</sup> Kelsen, 2013, s. 431.

<sup>344</sup> Kelsen, a.g.e., s. 434.

<sup>345</sup> Kelsen, 2013, s. 437.

<sup>346</sup> Kelsen, 2013, s. 437.

<sup>347</sup> Kelsen, 2013, s. 441

Locke'un bunu kesin bir dille reddettiği savlar aynı düşüncenin ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>348</sup>. Özel mülkiyetin insanın kutsal bir hakkı olduğu düşüncesi ile özel mülkiyeti kaldırılmasını savunan düşünce tabii hukuk düşüncesinden neşet etmiştir. Yine Kelsen'e göre, Kant'ın “*öyle davran ki bu davranışın evrensel bir yasa olsun*” ilkesinden hareketle adalet kavranamaz. Zira bu boş formülasyondan hiçbir şey çıkarılamaz. Kant'ın ortaya koyduğu örnekler ancak ve ancak herkese hakkı olanı ver altın kuralı gibi kategorik emperatifin de egemeni meşrulaştırmasına kolaylık sağlayabilir<sup>349</sup>.

Kelsen adalet nedir diye başladığı makalesini esasında siyasal teoriye bakış açısını ortaya koyan düşüncelerle sonlandırmaktadır. Zira ona göre hiçbir düşünce adaleti tanımlama hususunda başarılı değildir. Dolayısıyla kendisinden adaleti tanımlama hususunda bir başarı beklenmesini istemez. Mutlak adaletin ne olduğunu bilmediğini ve bunun ne olduğunu söyleyemeyeceğini ifade eder. Göreceli adaleti kabul ettiğini ve kendisine göre bir bilim adamı olarak adaletin “hakikat” arayışının gelişebileceği bir toplumsal düzen olduğunu ifade eder. *Onun adalet anlayışı, özgürlük adaleti, barış adaleti, demokrasi adaleti ve hoşgörü adaletidir*<sup>350</sup>.

Kelsen'in hukuk anlayışı, yukarıda ifade edildiği üzere sistematik bir düzen içerisinde kavranmaya çalışılan normlar sistemidir. Bu itibarla hukukun tüm problemlerini sistematik problemler olarak ele alır ve pozitif hukukun ancak tüm etik-politik değer yargılarından sıyrılarak ele alındığında çözümlenebileceğini ifade eder<sup>351</sup>. Zira doğal hukukçu yaklaşımdan farklı olarak Kelsen, hukukun doğa bilimleri vasıtası ile açıklanamayacağını ifade eder. Özellikle adil olanın akla uygunluğunun kabul edildiği yeni çağ hukuk düşünürlerinde, hukukun doğa ile uyum içerisinde oluşturulması durumunda adaletin tecelli edeceği kanaati mevcuttur. Oysa Kelsen, hukukun doğa bilimlerinden farklı bir kurgu ile oluştuğunu ifade eder. Doğa yasaları sebep ve sonuç (*cause and effect*) ilişkisi çerçevesinde şekillenmektedir. Bir A olayı meydana geldiğinde doğa yasaları gereği B olması zorunludur. Hukuki olarak olması gerekenin belirlenmesi normatif bir düzlemde oluşmaktadır ve bu olması gerekenin doğa yasalarına uygun olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Normatif bir düzlemde yasa

---

<sup>348</sup> Kelsen H. (2013). “Adalet Nedir?”, (Çev. Ali Acar), *TBB Dergisi*, Sayı 107, ss. 431-454, s. 451.

<sup>349</sup> Kelsen, a.g.e., 2013, s. 448.

<sup>350</sup> Kelsen, a.g.e., 2013, s. 454.

<sup>351</sup> Kelsen, a.g.e., 2002, s. 53.

şöyle der; A meydana gelirse B'nin uygulanması zorunludur. Bu kurgu, doğa yasalarından kaynaklanan zorunluluğu yahut ahlaki dayatmayı dışarıda bırakarak, hukuk biliminin bir objesi olarak açıkça bir olması gerekeni inşa etmektedir<sup>352</sup>. Bir bilimsel problem olarak hukuk problemi Kelsen'e göre, ahlaki bir problem değil sosyal teknik bir problemidir. Bu bakımdan ahlaki göndermeleri de bulunan hak kavramını da kuramın içerisine dahil etmemektedir.

#### 3.1.4. Saf Hukuk Kuramında “Hak” Kavramının Dönüşümü

Kelsen hak hususunda pozitivist bir filozof olması hasebiyle tabii hukukçulardan farklı bir düşünceye sahiptir. Özellikle Yeniçağ Tabii Hukuk doktrininde insanın haklarının devletten önce var olduğu kabul edilmektedir. Devlet, hukuk düzenini inşa ederken devletten önce ve devletin meşruluğunu sağlayan haklara saygı duymak, korumak ve bireylerin bu hakları kullanmasını sağlamakla yükümlüdür. Böylelikle devlet tarafından oluşturulacak hukuk hakları önceleyerek onlara uygun bir normlar bütünü oluşturmak durumundadır.

Kelsen tüm bu görüşleri sıraladıktan sonra, bu görüşlerin pozitif hukukun yapısını analiz etmekten ziyade hukuk bilgisini etkileme amacını taşıdığını ifade eder<sup>353</sup>.

Eğer bir devlet hakkı yaratmayıp yalnızca onu garanti altına alma yetkisine sahip ise o halde bir hakkın varlığını da ortadan kaldıramaz. Bu durumda ise devlet için herhangi bir kişinin mal varlığını ortadan kaldırmak, daha da ötesinde herhangi bir kişinin herhangi bir hakkını ortadan kaldırması imkansızdır. Hakkın önceliğini teorisinin tüm bu sonuçları hukuki gerçeklik ile çelişkilidir. Bu durumda hakkın önceliği teorisi pozitif hukukun bilimsel bir izahatı değil politik bir ideolojidir<sup>354</sup>.

Kelsen, bireysel hakların ve politik hakların birbirinden ayrı kategorilendirilmesine karşıdır. Şöyle ki, Kelsen'e göre hak, yaptırımı ortaya çıkaran hukuki bir imkandır. Yani, hak esasında olası bir yaptırımla hukuk aleminde mevcudiyet kazanmaktadır. Bu demektir ki hak, hukuk tarafından korunan değil hukuk tarafından oluşturulan bir kavramdır<sup>355</sup>. Sözleşme, iki kişinin ortak iradesi ile ortaya çıkar ve bir tarafın diğer taraftan belirli bir şekilde davranmasını isteme hakkı verir. Bir taraf bir hakka sahip iken diğer taraf hukuki bir yaptırım ortaya çıkmasını diye belirli bir şekilde davranışta bulunma yükümlülüğü altındadır. Ancak yükümlülük yerine getirilmediği takdirde,

<sup>352</sup> Langford, Bryan, Garry, a.g.e., 2017, s. 3.

<sup>353</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 80.

<sup>354</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 80.

<sup>355</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 81.

hak sahibi olan taraf mahkeme yolu ile yükümlülüğü olan tarafı zorlayabilir. Bu durumu Kelsen “medeni hukukun özel bir tekniği” olarak adlandırır<sup>356</sup>.

Bir kişi hak sahibi ise hukuki düzen içerisinde onu dava etme potansiyeline sahiptir. Böylelikle hak, yükümlü olan tarafta bir dava yahut yaptırım korkusu oluşturabilme iradesi veya hakkından başka bir şey olamaz<sup>357</sup>. O halde hukuki hak da tıpkı hukuki yükümlülük gibi dava yolu ile belirlenen bir kişiye uygulanan normdur<sup>358</sup>. Böylelikle “hukukun özel bir tekniği” olarak hak sahibi kişi kamu otoritelerinden yükümlü olan tarafın belirli bir yaptırıma uğramasını talep edebilir. Bunun sonucunda; hak sahibi menfaatine olarak, karşı taraf için bir yükümlülük meydana gelmiş olur.

Mahkeme kararı ile getirilen bu yükümlülük bireye karşı oluşturulan bir normdur. Ancak medeni yargılamalarda bu norm şarta bağlıdır, zira yükümlü taraf mahkeme ihtarı ile yükümlülüğünü yerine getirdiğinde bir yaptırıma tabi tutulmayacaktır. Medeni haklarda mahkeme kararları ile yükümlülük için norm yaratılması davacının bunu ileri sürmesine bağlanmıştır. Yani, hukuki bir hakka sahip olmak, yükümlülüğünü yerine getirmeyen bir kişiye karşı bireysel bir normun oluşumuna katılabilme kapasitesi olmak anlamına gelmektedir. Nasıl ki hak hukukun bir görüngüsü (*fenomen*) ise bu bireysel normlar da hukukun karakteridir. Hukuk genel normlardan ve kurallardan ibaret değildir<sup>359</sup>.

Kelsen’e göre, hakkın doğasının hukuk yaratma sürecine katılım kapasitesi olduğu kabul edilir ise kişisel haklar ile siyasi haklar arasındaki farkın iddia edildiği kadar esaslı olamayacaktır.<sup>360</sup> Siyasi hakkın özünü parlamentoda yasa yapımına katılım oluşturmaktadır. Bu katılım ise temsili demokrasilerde parlamentoya temsilci seçimi ile vücut bulur. Kişisel haklarla siyasi hakların aynı olduğunu kabul etmek için kişisel hakların oluşturulduğu sözleşme ilişkisinde olduğu gibi bir tarafa belirli yükümlülüklerin yüklenmesi gerekmektedir. Vatandaşların oy kullanma haklarının karşılığında yükümlülük taşıyan ise seçimden sorumlu olan kamu kurumları ve görevlileridir<sup>361</sup>. Bir seçmen seçim için özel olarak kurulan mahkemelere hakkının

---

<sup>356</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 82.

<sup>357</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 83.

<sup>358</sup> Kelsen, a.g.e. 1945, s. 83.

<sup>359</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 87.

<sup>360</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 87.

<sup>361</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 88.



ihlal edildiğine dair bir başvuru yaptığında oy kullanma hakkı kişisel hak ile teknik olarak aynı vasfı taşımaktadır<sup>362</sup>.

Hukuk yaratma sürecinden bakıldığında kişisel haklar ile siyasi haklar arasında esaslı bir fark bulunmamaktadır. Her ikisi de “Devletin iradesi”nin hukuki olarak şekillenmesinde yer alırlar. Böylelikle hak, bir kişinin kişisel ilişkisinde bir yaptırım uygulanması için irade ortaya koyması gerektiği bir hukuki norm olarak adlandırılır<sup>363</sup>.

Kelsen’in insan haklarını teorisine yerleştirmemesinin esas sebebi, yukarıda ifade edildiği üzere hukuku bilimsel bir temelde ele almak istemesidir. Kelsen, normların hukukiliğini inceleyen anayasa yargısının insan haklarının şüpheli, genel ve muğlak anlamları ile bağlı kalmasını arzu etmemektedir<sup>364</sup>.

Hakların Kelsen’in teorisi içerisinde önemli bir yer ihtiva etmemesinin temel sebebi Kelsen’in teorisinin genel çerçevesidir. Kelsen, hukuk ve ahlakın ayrımını teorisinin temeline yerleştirmiştir. Aynı zamanda doğal hukukçu müphem değerleri de teorisinin dışında tutmuştur. Bunların bir sonucu olarak hukuk ve devleti ayrı varlık alanında gören bir bakış açısını da benimsememiştir. Tüm bunlar Kelsen’in hakları, hukukun koşullu bir unsuru olarak görmesine yol açmış ve hak kavramının teorisinin merkezinde yer almasına mani olmuştur<sup>365</sup>.

### **3.1.5. Hukuki Pozitivizmin Gereği Olarak Ahlakın Kuram Dışında Bırakılması**

Tabii hukuk ekolü esas olarak hukuku ahlaki bir zeminde tartışmaktadır. Platon’un idea felsefesinde ahlakın devlet, toplum ve bireyin varlık sahasının esasını teşkil ettirmesi sebebiyle Antik Yunan’dan başlayarak ahlak, hukukun temeli olarak addedilmiştir. Ahlaka dayanmayan yönetimler Platon ve takipçisi Aristo tarafından iyi yönetim olarak addedilmemiştir. demokrasi, timokrasinin, tiranlık ise ve aristokrasi’nin bozulmuş halleri olarak kötülenmiştir<sup>366</sup>.

Antik Yunan’ın ardından Hristiyan teolojisinin Roma’nın evrensel felsefesi ve Platon’un idealar felsefesi ile bütünleşmesi hukukun ahlakın bir sahası olarak ele

---

<sup>362</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 89.

<sup>363</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 83.

<sup>364</sup> Champeil-Desplats V. (2017). “Hans Kelsen’s Works and the Modern Theories of Human Rights”, *Kelsenian Legal Science*, s. 190.

<sup>365</sup> Champeil-Desplats, a.g.e., 2017, s. 177-187.

<sup>366</sup> Yönetimlerde ahlaki çöküntünün eleştirisi için bkz. Platon, a.g.e., 2011, s. 284. Aristoteles (2014). *Politika*, (Çev. Mete Tunçay), İstanbul, s. 135 v.d.

alınmasını sağlamıştır. Katı kilise otokrasisi ahlakın ve hukukun temel kaidelerini belirlerken teolojik temellere dayanmışlardır. Aristoteles Thomas Aquinas'ın hukuku metodolojik olarak ele alışı, Ortaçağ felsefesini genel karakteristiği olan ahlakçılıktan ayırmamış, ahlakın temeli olan Tanrı yasasını pozitif hukukun üzerine bina etmiştir<sup>367</sup>.

Aydınlanma felsefesi ile başlayan rasyonel din dışı tabii hukuk anlayışında ise bireyin doğasından gelen ve doğal olarak kazanılan hakların hukukun temelini oluşturduğu kabul edilmiştir. Locke ve Rousseau gibi sosyal sözleşme teorisi ile devlet ve hukuk sistematüğini açıklamaya çalışan filozoflar tabii haklara dayanan anlayışlarının ahlak ve hukukun temeline yerleştirmişlerdir. Nitekim bu anlayış yalnızca devletlerin iç hukukunu ele alan filozoflarda değil; uluslararası hukuku ele alan Hugo Grotius'un hukuk felsefesinde, *pacta sunt servanda* ilkesinden mülhem kendisini ahlaki bir zemine oturtmuştur<sup>368</sup>.

Kelsen doğal hukukun dayandığı bu esasları bir pozitif hukuk kuramcısı olarak kabul etmez. Hukukun ahlaki ilkelere dayanmasını zorunlu olarak kavrayan anlayışı da reddeder. Kelsen'in hukukun ahlak ile ilişkili olduğunu inkâr etmesi söz konusu değildir hatta bu durumun aşîkar olduğunu belirtir. Kelsen'in karşı çıktığı husus, hukuk kuralının sırf bir toplumsal düzen kuralı olması hasebiyle ahlakın bir parçası olarak değerlendirilmesidir. Bu durumda hukuk ahlakın bir dalı olarak tasavvur edilecek yahut hukukun ahlaki bir karaktere sahip olduğu kabul edilebilecektir. Hukukun, yukarıda yer verilen doğal hukukçu perspektifte olduğu gibi yüksek bir ahlaki ilkeyi amaç edinerek oluşması gerekecektir<sup>369</sup>.

---

<sup>367</sup> Kılıç M. (2010). "Hukukta Gaye Problemine Artsüremli Bir Yaklaşım: Şatıbî ve John Finnis Karşılaştırması", *HFSA 20. Kitap*, İstanbul, s. 243.

<sup>368</sup> Grotius'un temel ilkesi klasik uluslararası hukukun kaynağını teşkil etmekte ve XVII ve XVIII'inci yüzyıl düşüncesini derinden etkilemektedir. Erkiner H.H. (2012). "Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klâsik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius Ve Postgrotien Yazarlar Samuel Von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius Van Bynkershoek Ve Samuel Rachel'e İlişkin İnceleme Ve Değerlendirme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18 (3), ss. 3-143, s. 84.

<sup>369</sup> "Reddettiğimiz elbette hukukun ahlaka uygun ve iyi olması gerektiği yönündeki buyruk değil; bu aşîkar bir mesele, ama gerçekte ne anlama geldiği de başka bir soru. Asıl reddedilen şey, hukukun ahlakın bir parçası olduğu ve dolayısıyla her yasanın, hukuk olması hasebiyle, bir anlamda ve bir dereceye kadar ahlaki olduğu anlayışıdır. Hukuku ahlakın bir dalı olarak tasvir etmek sadece hukukun ahlaka uygun biçimlenmesi gerektiği gibi, ahlakın parçası olarak hukukun fiilen ahlaki bir karaktere sahip olduğu anlamına da gelebilir. Her iki durumda da, hukuka, ahlakın savunduğu mutlak bir değer yüklenmesi söz konusudur." Kelsen, a.g.e., 2016, s. 13-14.

Ahlakın hukuka etkisine dair yaklaşımı, Kelsen'in adalet kavramına bakışında da tezahür etmektedir. Kelsen, öncelikle rasyonel bilişin hukukun üzerine bina edildiği değerleri bilebilme imkanının bulunmadığını ifade eder. Rasyonel biliş, yalnızca bireylerin menfaatlerini kavrayabilir. Ancak bunların sıralanması veya birinin öteki yerine seçilmesi gerektiğine dair değer bilgisinin rasyonel biliş tarafından bilinemeyeceğini belirtir<sup>370</sup>. Burada adaletin hukukun temeline yerleştirilmesinde ortaya çıkan karmaşayı ele alır. Adalet ise ideolojik eğilimleri hukuk analizinde öne çıkarmaya sebebiyet verdiğinden Kelsen tarafından saf hukuk kuramının dışına itilmiştir<sup>371</sup>.

Saf hukuk kuramı pozitif hukukun kuramı olduğu için yalnızca fiili ve mümkün hukuku incelemeyi amaç edinmiştir. Ahlakın rölativist karakteri hukukun temelini değerlendirmek için kullanılır ise bilimsellik anlamında problem ortaya çıkacaktır. Kelsen ahlakın hukuk üzerindeki etkisinin ele alınmasını Platonik bir etki olarak değerlendirir ve hukukun bilimsel kavrayışına zarar verdiğini kabul etmektedir. Bu sebeple Kelsen hukuku adil gayri adil dikotomisi çerçevesinde değil bilimsel bir sistematik çerçevesinde ele alır<sup>372</sup>. Bu bağlamda hukukun bilimsel olarak ele alınışı, etik ve siyaset biliminin ideolojik kavramlarının hukuku değerlendirmek için kullandığı argümanların kuramın dışında tutulmasını gerekli kılmaktadır.

Kelsen hukuk ve ahlakın bir arada ele alınması durumunda olması gereken çerçevesinde ideolojik bir hukuk değerlendirmesi yapılmasına karşıdır. Bu durumda hukukun belirli bir metodolojik çerçevede ele alınmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Oysa Kelsen'in muradı tam da bunu engellemektir. Ahlakın hukuk ile ilişkisinin hukuk bilimi dışında ele alınmasını makul görse de; aşkın bir kavrayış ile hukuku belirlemeye

---

<sup>370</sup> “Saf hukuk kuramı özellikle de, mevcut toplumsal düzeni meşrulaştırmaya yahut değerini reddetmeye yarayacak ideolojik araçlar sağlamak suretiyle şu veya bu türden siyasal çıkara hizmet etmeyi reddeder. Böylece bilerek veya bilmeyerek, kimi zaman daha çok ideolojik araçlar sağlamak suretiyle şu veya bu türden siyasal çıkara hizmet etmeyi reddeder.” Kelsen, a.g.e., 2016, s. 18.

<sup>371</sup> Atalay, Kelsen'in ahlak ve hukuku ayrı ayrı ele almasını “erekbilimsizlik” olarak kavramsallaştırmaktadır. Ona göre Kelsen bu şekilde bir ayırım yapmakla hukuku bilimsel olarak ele almanın gereğini yerine getirmektedir. Ahlak ve hukukun ayrılmasındaki esas sebep ise bilişin yetisi ile psişin yetisinin birbirinden ayrı oluşudur. Atalay A.H. (2008). “Kelsen ve Hart: Bilinebilir Hukuk”, *HFSA 19*, İstanbul, ss. 104-113, s. 108-109.

<sup>372</sup> Bir bilimsel problem olarak hukuk problemi, der Kelsen, sosyal teknik bir problemdir, ahlaki bir problem değil. Hukuki karaktere sahip olan belirli bir sosyal düzen kuralı hukuk kuralıdır düsturu, iyi ve adile dair bir ahlaki yargıyı imlemez. Yine de belirli bir bakış açısından bakıldığında adil olmayan kurallar olabilir. Hukuk ve adalet iki farklı konseptir. Adaletten ayrılmış hukuku pozitif hukuktur. Burada belirtilen pozitif hukukun kapsamıdır; ve pozitif hukukun bilimi, açık bir şekilde adalet felsefesinden ayrılmalıdır. Kelsen, a.g.e., 1945, s. 5.

ve değerlendirmeye çalışılmasının ideolojik yönünü hukukun bilimselliğine zarar verdiği için reddetmektedir<sup>373</sup>. Faşist İtalya, Sovyet Rusya ve kapitalist ülkelerin hukukları bu çerçeveden değerlendirildiğinde biri diğerine göre meşru olmayan bir hukuk sistemi olarak karşımıza çıkacaktır. Oysa ifade edildiği üzere Kelsen, zamandan, coğrafyadan ve diğer tüm göreceli kategorilerden arındırılmış bir saf hukuk kuramı inşa etmeyi murat etmektedir. Bu sebeple, geleneksel ahlak anlayışının hukuk kuramındaki etkisini ortadan kaldırmayı amaçlayan bir hukuk sistemi inşa etmek durumunda kaldığını ifade etmiştir<sup>374</sup>.

### **3.1.6. Meşruiyet Kavramının Yerine İki Temel Kavram: Geçerlilik ve Etkililik**

Kelsen, saf hukuk kuramının metodolojisi ile tabii hukukun meşruiyet kavramı çerçevesinde oluşturduğu hukuku siyasi olanla bir arada açıklama çabalarını sona erdirdi. Kurmuş olduğu normlar sistemi ile piramidel bir hukuk kuramı oluşturdu. Böylelikle norm yaratma zincirinden oluşan normatif düzenin geçerliliği açıklanabilecekti. Bu açıklama tamamıyla objektif, tutarlı ve bilimsel bir temelde normatif düzemde yapılabilir.

Hukuk sistemi kişiye haklar ve yükümlülükler yükleyen normlardan oluşmaktadır. Normların geçerliliği normlar hiyerarşisi içerisinde ve temel norma uygun olarak oluşturulmasına dayanmaktadır. Geçerli olan bir norm, belirli bir bölgede, belirli bir zaman diliminde, o bölgede yaşayan insanlar için geçerli olup; bu bölgede yaşayan insan davranışlarını düzenler<sup>375</sup>. Normun geçerliliğinin yanı sıra onun etkili olmasından söz edilir. Kelsen'e göre geçerlilik normların bir üst norma aykırı olamaması veya aykırı olması durumunda yetkili bir organ tarafından üst norma uygun olmayan normun iptal edilmemiş olmasına bağlıdır. Ancak, sadece bir normun üst norma aykırı olmaması yeterli değildir. Bir normun uygulanabilmesi için geçerli olmasının yanı sıra etkililik özelliğine de sahip olması gerekir. Etkililik ise normlara uygun davranan insanların, normların kabul edildiği ve uyulduğu şekli ile

---

<sup>373</sup> “Kelsen der ki; Saf hukuk kuram, şunu ileri sürmektedir; iyi yahut adil sosyal düzen kuralları için doğadan, akıldan yahut ilahi iradede neşet eden kesin bir standart söz konusu değildir. Bu şu anlama gelmektedir; adaletin bir standardı yoktur ve adalet hakkındaki tüm düşünceler, böylelikle, yalnızca sübjektif düşünce ve tercihlerdir.” Vinx, a.g.e., 2007, s. 68.

<sup>374</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 5.

<sup>375</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 42.

davranmasıdır<sup>376</sup>. Etkililik esasında insan davranışlarının norma uygun olmasını belirtir.

Geçerlilik yukarıda ifade edildiği üzere normlar hiyerarşisi içerisinde bulunan normun üst norma uygun olarak oluşmasıdır. Kelsen'in normatif teorisinde norm geçerliliğini ancak bir başka normdan almaktadır<sup>377</sup>. Bu itibarla Kelsen kuramında normun meşruluğunu değil, geçerliliğini inşa etmeye çalışmaktadır. Bu sebeple Kelsen öncelikle biçimsel geçerliliği ele alarak bunu normatif sistemden hareketle açıklamaktadır<sup>378</sup>. Böylelikle Kelsen, tabii hukukun geçerlilik kriteri olan aksiyolojik geçerlilik ile hukuki realizm akımının tanıdığı maddi geçerlilik kriterlerini kabul etmeyerek, pozitivist bir geçerlilik kuramı oluşturmuştur. Kelsen'in oluşturduğu sistemde, biçimsel olarak geçerli olan normun etkililiği ile arasında bir bağıntı olabilecektir<sup>379</sup>.

Kelsen, hukukun teorisini inşa ederken yalnızca biçimsel bir modelle sınırlı kalmamıştır. Hukukun ancak bir yaptırım ile varlık kazanacağını farkında olan Kelsen, geçerliliğin yanında etkililiği de ele almıştır. Her ikisi de ampirik olarak bilinir ve belirlenebilir olduğu için hukuku aksiyolojik zaviyeden ele almak yerine pozitivist bir hukuk kuramı inşa etmiştir.

Tabii hukukçu bağlamda, norm etkili olsa da; onun meşruiyet zemini uygun değilse geçerli addedilmez. Zira, meşruiyetini yitirmiş bir iktidarın eylemleri kendi kanunları çerçevesinde etkili olsa da tabii hukuk zaviyesinden gayri meşru addedilebilir. Bu durumda etkili olan normatif düzen geçerliliğini kaybetmektedir. Zira tabii hukuk adil olması sebebiyle tek gerçek hukuktur, pozitif hukuk onunla ne kadar uyumlu ise, bu uyumluluk zaviyesinden hukuk olarak nitelenebilir<sup>380</sup>. Oysa Kelsen etkililiği, geçerlilik ile birlikte tanımlamakta, bir norm geçerli ise onun ontolojik olarak var olabilmesi için etkili olmasının gerekli olduğunu vurgulamaktadır.

---

<sup>376</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 39.

<sup>377</sup> Gülgeç, Kelsen'in teorisinin Austin'in teorisinden ayrıştığı noktanın burası olduğunu ifade etmektedir. Kelsen, Kant'ın olan olması gereken ayrımından mütevellit geçerliliği bir zorlayıcı karakterden ziyade ve olandan değil; kendi cinsinden bir olması gereken ifade eden normdan bahisle ele almaktadır. Böylelikle en üste grundnorm varsayımını kurarak normatif piramidini inşa etmektedir. Gülgeç Y.B. (2017). "Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness", *AÜHFD*, 66(4), ss. 677-729, s. 683, 687.

<sup>378</sup> Gözler, biçimsel geçerliliği geçerliliğin aslı koşulu olarak tanımlamaktadır. Gözler, 1998, s. 89.

<sup>379</sup> Gözler, a.g.e. 1998, s. 83.

<sup>380</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 60.

Tabii hukukçu bağlamda, normatif alan, tabii hukuk esaslarına aykırı olduğunda meşruiyet tartışması doğar. Bu durumda, pozitif hukuk alanında tabii hukukun esaslarının geçerli olmadığından bahis açılabilir. Tabii hukukun belirgin esasları normatif anlamda o an ve mekânda, egemenin hakimiyeti altında etkili değilse bile bir gün etkili olabilmesi mukadderdir. Dolayısıyla, tabii hukukun dayandığı esaslar normatif düzenin açıklanması ve anlamlandırılmasında ölçü norm olarak esas alınabilir. Nitekim insan hakları teorisinin yaygın olarak içtihatlarla normatifliği aşması bunun bir sonucudur.

Oysa Kelsen, geçerli olan normun normlar hiyerarşisine göre etkililiğini, somut ölçülere dayandırır. Normun var olduğunun kabulü için, etkililiği bir ek koşul olarak kabul eden Kelsen, kavramı iki boyutta ele almaktadır. İlki normatif sistemin global etkililiği, ikincisi ise normun minimum etkililiğidir.

Normatif sistemin global etkililiği, geçerli olan bir normun geçerliliğini yitirmemesi için normun ait olduğu hukuk düzeninin etkili olması gerekmektedir<sup>381</sup>. Eğer hukuk düzeni etkililiğini yitirir ise, bu durumda o düzene ait tüm normlar geçerliliklerini yitirir<sup>382</sup>. Bu durum, işgal ve devrim gibi tüm hukuk sisteminin etkililiğini yitirdiğinde ortaya çıkmaktadır. Global hukuk düzeni etkililiğini yitirdiğinde, bu düzene ait tüm normlar geçerliliğini yitirir<sup>383</sup>.

Etkililiğin diğer boyutu ise normun minimum etkililiğidir. Diğer taraftan hukuk sisteminin etkili olması yanında o sisteme ait belirli normlar uygulanmıyor olabilir. Bir norma uyulmaması onu doğrudan geçersiz kılmaz. Ancak bir normun geçerli olabilmesi için minimum etkililik kriterini taşıması gerekmektedir. Minimum etkililik kavramı belirsizliğini korumakla birlikte Kelsen bunu da normun geçerliliği için ikinci bir ek koşul olarak tanımlamıştır<sup>384</sup>. Minimum etkili bir norm; geçerli ise o halde vardır ve norm yaratma zincirindeki yerini alır. Bir normun etkililiği, hukuk düzeni içerisinde normun ortaya çıkaracağı yaptırım korkusundan ötürü uyuluyor veya norma aykırı davranıldığında yetkili organlar tarafından norma aykırılık yaptırımı tabi tutulmakta

---

<sup>381</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 90.

<sup>382</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 90.

<sup>383</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 90.

<sup>384</sup> Kelsen'e göre bir mafya lideri ile bir devletin emrinin ayırt edici özelliği, onun etkili olamamasıdır. Etkili değildir zira bir grundnorma dayanmaz ve grundnorma dayanmayan bir hukukun etkililiğinden söz edilemez. Gülgeç, a.g.e., 2017, s. 695.

ise bu durumda o norm etkilidir<sup>385</sup>. Ancak, bir normun minimum etkililiğinin belirlenmesi sorunludur. Zira, bir normun hiç uygulanmaması onun etkililiğini yitirdiği anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, bir normun minimum etkililiğinin belirlenmesi zaman ve uygulama açısından oldukça zordur<sup>386</sup>.

Yaptırıma bağlanmayan, yani aksi davranış gösterilmesi durumunda ortaya yaptırım çıkmayan norm etkililiği sorgulanır. Bu tüm hukuk sistemi için geçerli ise o hukuk sisteminin etkililiği sona ermiş demektir. Nitekim asli kurucu iktidarın yeni bir anayasal düzen ihdas ederek bir önceki normatif düzeni ilga etmesi; bir önceki normatif alanı hem geçersiz hem de etkisiz kılmaktadır. Bu durum tali kurucu iktidarın anayasal değişikliklerinde de okunabilir. Nitekim anayasa değişikliği ile yeni bir hukuki müessese ihdas edilmesi ile ona mugayir olan normatif alan geçerliliğini ve etkililiğini yitirir. Ancak tali kurucu iktidar önceki düzenlemelerin bir kısmının geçerli ve etkili kalmasını düzenleme altına almış olabilir<sup>387</sup>. Ancak bu durumda; söz konusu normatif alan, kabul edilen anayasal normun geçerli ve etkili kılması ile geçerliliğini ve etkililiğini koruyabilmektedir.

Etkililik, insan davranışlarının geçerli bir norm tarafından şart koşulan ve olması gereken fiillere uygun olup olmadığının değerlendirilmesidir. Bir norm a fiilini şart koşmakta ise, bir insanın eyleminin ele alınması sonucunda o fiilin a olup olmadığı kontrol edilir<sup>388</sup>. Geçerlilik ve etkililik arasında çok sıkı bir bağ olsa da esasında ikisi farklı durumlara işaret etmektedir. Etkililik geçerliliğin bir nedeni olmamakla birlikte, normun geçerli addedilmesi için gerekli bir sonuçtur. Geçerlilik, Kelsen'in teorisinde temel norma uygun olarak oluşturulan hukuk sisteminde, alttaki normun üstte yer alan norma uygun olması; ve böylelikle bir norm sistemi içerisinde yer alması, aynı

---

<sup>385</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 94.

<sup>386</sup> Gözler, a.g.e., 1998, s. 99.

<sup>387</sup> Örneğin, 6771 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen anayasa değişikliklerinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Geçici 21. Maddesinin f bendinde *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür. Yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler hakkında 152 nci ve 153 üncü maddelerin uygulanmasına devam olunur."* hükmü yer almaktadır. Bu hükümle tali anayasa koyucu bir önceki anayasal düzenlemelere uygun olarak ortaya çıkarılan kanun ve daha alt mevzuatın yürürlükten kaldırılmadıkça geçerli olacağını düzenlemiştir.

<sup>388</sup> Kelsen, a.g.e., s. 41.

zamanda normun etkili olması ile sağlanmaktadır. Bir norm etkili olduğu müddetçe geçerlidir<sup>389</sup>.

Normun etkililiği ise, hukuka aykırı eylemin oluşması ile ortaya çıkan yaptırımla kendisini göstermektedir. Hukuka aykırı eylemin ortaya çıkması ile birlikte geçerli olan hukuk normunun olması gerekeni belirlediği alanda norma aykırılık meydana gelmiştir<sup>390</sup>. Bu durumda etkili olan hukuk normu, cezalandırma veya tazminat ile hukuka aykırı eyleme yaptırım uygulanmasını gerektirir. Bu durumda hukuka aykırı eylem hukukun ihlal edildiği, hukukun reddedildiği anlamına gelmez. Genel olarak ilkel toplumlarda hukuka aykırılık günah olarak tanımlandığından hukukta da bu şekilde adlandırmalar söz konusu olabilir. Ancak yine de saf hukuk kuramı bu kavrayışları reddetmektedir<sup>391</sup>.

Hukuka aykırılık teşkil eden eylem, kanun koyucunun toplum için zararlı gördüğü ve yaptırımla önlemeye çalıştığı, işlenmesi sonucunda yaptırım öngörülen bir insan fiilidir. Bu durumda hukuku ihlal eden eylem hukuk kuramının dışında değil, içerisinde değerlendirmektedir<sup>392</sup>. Hukukun amacı insanların arzu edilen şekilde davranmalarını sağlamaktır<sup>393</sup>. Bu sebeple, hukuken bir yükümlülük söz konusu ise, bu durumda bu yükümlülüğü şart koşan bir norm ve norma uymama durumunda ortaya çıkan bir yaptırım söz konusu olmaktadır<sup>394</sup>.

Kelsen'in etkililiği, geçerliliğin yanında zikretmesi, saf hukuk kuramının saflığı hususunda tartışmalara sebebiyet vermiştir. Şöyle ki; etkililiği normun uygulama alanında ölçebileceğimize göre, Kelsen'in normun geçerliliğini normatif alanda test edilebileceği yaklaşımını terk edip, normun olaylara olan etkisinin gözlemlenmesi gerekmektedir. Bu durumda bir normun gerçek dünyada var olması ancak etkili

---

<sup>389</sup> Kelsen, a.g.e., s. 42,

<sup>390</sup> Belirli bir beşeri davranışı hukuka aykırı yapan ne eyleme içkin bir özellik ne de hukuk-üstü bir normla, ahlaki bir değerle, pozitif hukuku aşan bir değerle olan şu veya bu türden bağlantıdır. Belirli bir davranışı hukuka aykırı yapan şey, basitçe ve sadece yeniden inşa edilmiş hukuk normunda bu davranışın belli bir sonucun koşulu olarak belirlenmiş olmasıdır; onu hukuka aykırı eylem yapan, basitçe ve sadece pozitif hukuk sisteminin bu davranışa cebri bir eylemle karşılık vermesidir. Kelsen, a.g.e., 2016, s.28.

<sup>391</sup> Kelsen, a.g.e., 2016 s. 30; Kelsen, a.g.e., 1945, s. 54.

<sup>392</sup> Hukuka aykırı eylem, hukukun varlığındaki bir duraklamayı veya kesilmeyi temsil etmez, söz konusu olan tam tersidir: hukukun mevcudiyeti kendisini hukuka aykırı eylemin varlığıyla kanıtlar, zira bu varlık hukukun geçerliliğinden, yani hukuka aykırı eylemin sonucu olan zorlayıcı eyleme ait olması gerekenden ibarettir. Kelsen, a.g.e. 2016, s. 30.

<sup>393</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 32.

<sup>394</sup> Kelsen, a.g.e., 1991, s. 133.



olmasına bağlı olmaktadır ki; böylelikle geçerlilik kavrayışı terk edilmiş olmaktadır<sup>395</sup>. Etkililik hukuki normatifliğe dayanan saf hukuk kuramının saflığını tehlikeye düşürmektedir. Bu duruma Raz da işaret etmektedir<sup>396</sup>.

Kelsen'in geçerliliği ve etkililiği normlar hiyerarşisi sisteminde açıklaması ile birlikte, meşruiyet ve hukukiliğe ilişkin yeni bir perspektif gelişmiştir. Meşruiyet, tabii hukukçu kuramda dışsal bir değerlendirme ile normatif alanın tabii yasalara uygunluğunun kamuoyu veya yetkili organlarca sürekli olarak kontrol edilmesiyle oluşur. Meşru olmayan yasalara uyulmaması durumunda hukuka aykırılık ortaya çıkmayacağı gibi, bunların meşruiyetinin yitirmesi, normların geçerli addedilmemesi sonucunu doğurur. Yine kanunilik, hukuki pozitivizmin analitik kuramında, normun dışında ve kaynağı konumunda olan egemene nispetle hukuki addedilmektedir. Kelsen, dışsal unsurlara kuramının içerisinde yer vermemiştir. Asli kurucu iktidarın anayasa yapımı, sadece hukuki bir faaliyet olarak açıklanmakta, iktidarın norma kaynaklık etmesi tasavvuru, kabul edilmemektedir<sup>397</sup>.

Bununla birlikte, Kelsen'in normatif alanda aktör olan demokratik müesseseleri incelediği eserleri mevcuttur. Nitekim temsilde adalet, meclisin yapısı, demokrasinin kıymeti gibi meseleleri tartıştığı gözlenmektedir. Kelsen, yaşadığı çağın ruhunu izleyebilse de; kuramının saflığını korumak için bilimselliğin dışında, göreceli ifadelerin ve değerlerin tartışıldığı mecraları hukukun açıklanmasında üstlendiği rolü minimize etme gayretindedir<sup>398</sup>. Bu sebeple meşruiyet tartışmalarını çağırıştırabilecek değer içeren tüm yargıları kuramın dışında tartışmıştır. Adalet, demokrasi, insan hakları kavramlarını kuramın dışında tutmuştur. Tüm bunların yanı sıra, devlete ilişkin tartışmalara katılmış, normatif alanla devlet tüzel kişiliğinin bir ve aynı şey olduğunu ifade ederek, devlet ve hukukun birliğini savunmuştur. Bu tezi ile devlet teorisine önemli bir katkı sunmuştur.

---

<sup>395</sup> Zhao J. (2016). "The Justification Problem in Hans Kelsen's Theory Of Legal Validity", *Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie - Beiheft 151*, ss. 131-145, s. 140.

<sup>396</sup> Zhao, a.g.e., 2016, s. 140.

<sup>397</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 115. Acar A. (2011). "Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir? Hukuki Pozitivizmden Yanıtlar", *ÇÜHFD*, 8(2), ss. 109-131, s. 115.

<sup>398</sup> Arıkan, Kelsen'in olan/olması gereken ayrımına hukuki pozitivist düşüncede titiz şekilde uyan tek kişi olduğunu belirtmektedir. Böylelikle Kelsen'in hukuku bilimsel olarak açıklama çabasının hukuki pozitivizmde müstesna bir yeri olduğunu vurgulamıştır. Arıkan, 2020, s. 444.

## 3.2. Saf Hukuk Kuramının Teorik Eleştirisi

### 3.2.1.Bilim Anlayışının Değişimi: Viyana Okulu’ndan Frankfurt Okulu’na

Kelsen’in hukuk bilgisini dayandırdığı normlar hiyerarşisi teorisinin temellerinin Viyana Çevresi’nden etkilendiği, daha önce ifade edilmişti. Fakat, 1930’lu yıllardan itibaren Viyana Çevresi’nin bilim anlayışı eleştirilere uğramış ve bilimsel bilginin temelleri hususunda farklı teoriler geliştirilmiştir. Bu sebeple, hukukun bilimselliğini sağlama hedefiyle yola çıkan saf hukuk kuramı çerçevesinde hukukun bilimselliği hususu da tartışılmaya başlanmıştır.

Viyana Çevresi’ne göre ileri sürülen tüm önermelerin doğrulanabilir olması gerekmektedir. Bu okulun düşünürleri, deneyimden gelen bilgileri mantıkçı bir çözümleme ile açıklamaya çalışarak dünyayı bilimsel bir bakış açısı ile kavramaya çalışmıştır<sup>399</sup>. Önermelerin bilimsel olarak değerlendirilmesi, ancak önermelerin belirli bir metot dairesinde doğrulanabilmesi ile mümkün olacaktır. Doğrulanabilir olan önermeler bilimsel bilginin konusu olabilirken; doğrulanamayan önermeler bilimsel bilgi kategorisi dışında değerlendirilecektir.

Popper, Viyana Çevresi’nin doğrulanabilir felsefe anlayışını değiştirerek yanlışlanabilir olan bilginin bilimsel bilgiye konu olabileceğini ifade etmiş ve Viyana Çevresi’nin tümevarımcı metodunu eleştirmiştir. Carnap’ın öncülüğünü yaptığı doğrulanabilir bilgi anlayışı, Popper tarafından tersine çevrilmiştir. Popper iki sebepten ötürü doğrulanabilirlik ilkesine itibar etmemektedir. Bir kere, bu ilkenin uygulanamadığı kuantum mekaniği gibi su götürmez bilimsel disiplinler mevcuttur<sup>400</sup>. İkinci olarak, doğrulanabilirlik ilkesi Hume tarafından eleştirilen tümevarımcı metoda dayanmaktadır. Oysa Popper, evrensel bir yasanın gözlemler toplamı tarafından doğrulanabileceğini kabul etmemektedir. Popper tüm gözlemlerin yapılarak evrensel bir yasaya ulaşılamayacağını kabul ederek alternatif bir yöntem önerisi sunmaktadır. Bir önermenin doğruluğu hakkında, sistematik denemelere rağmen genelleştirilmiş bir esaslı sonuca varılamaz. Zira, deney ve gözlem, ne kadar fazla olursa olsun, sınırlı sayıda olacaktır. O halde, bir önermenin sınırlı sayıda gözlemle doğrulandığı iddiası kabul edilemez. Ancak, söz konusu deneyimler başlangıçta ortaya attığımız hipotezi

<sup>399</sup> Güzel C. (2014). *Bilim Felsefesi*, Ankara, s. 78.

<sup>400</sup> Delecampagne a.g.e., 2016, s. 129.

yanlışlamamakta ise hala itibar edilebilir bir önerme var demektir<sup>401</sup>. Bu sürecin sonunda esas varmak istenilen sonuç, yanlışlama olmalıdır. Böylelikle Popper, Viyana Çevresi'nin olgusalci bilim anlayışının metodu yerine bir alternatif metod türetmiştir<sup>402</sup>.

Popper'ın yanı sıra, İkinci Dünya Savaşı'nın öncesi ve sonrasında yaşanan derin kriz, olgusalci pozitivist düşüncenin kritik edilmesine vesile olmuştur. Başta, İkinci Dünya Savaşı'na yakinen şahit olan filozoflar tarafından olmak üzere, pozitivistin bel bağladığı temel kurum ve kavramlar teker teker sorgulanmıştır. Edebiyatta daha evvel başlayan modernlik sorgulaması felsefeye de uzanmıştır<sup>403</sup>. Bu anlamda, felsefenin modern bilimin temelini ve teknolojiyi eleştiren metinlerini Heidegger felsefesinde görmekteyiz. Heidegger, insanlığın yaşadığı trajedinin esas sorumlusu olarak teknik, bilim ve ilerlemeyi ilan etmiştir. Bir Nazi olarak suçlandığı savaşın ertesinde, insanlığın ortak trajedilerinin özünde bilim kavrayışı olduğunu ifade etmektedir. Bilimden ziyade düşüncenin insanlığa yol göstereceği, bilimin ise düşünme yetisi bulunmadığından insanlığa zarar verdiği kanısındadır<sup>404</sup>. Bilimin düşünmemesi sebebiyle bir entelektüel alanın içerisinde varlık kazanamaması gerektiği iddiasındadır.

Heidegger'e göre teknik, yeryüzünün yıkımıdır. Teknik, nötr olarak görülebilir bir kavram değildir. Teknik, insanın özgürlüğünü kısıtlamakta ve onu her yönüyle bağlamaktadır. Teknik ile birlikte insanlık, geleneksel tekniğin amacında yer alan doğadan yararlanmayı dönüştürmüştür. İnsanlık artık teknikle toprağın altındaki madeni çıkarmakta, doğada bulunan uranyum elementi ile atom bombası icat etmekte veya nehirlere bentler inşa ederek elektrik üretmektedir. Böylelikle, doğanın bizlere gizlediği özün gizini açarak, doğada bulunan enerjiyi kilit altından kurtarmakta, kurtulan şey dönüştürülmekte, dönüştürülen şey depolanmakta, depolanan şey dağıtılmakta, dağıtılan şey de hep yeniden devreye sokulmaktadır<sup>405</sup>. En nihayetinde tekniğin soruşturmanın sürdürülmesini düşünmenin dindarlığı olarak addeden filozof,

---

<sup>401</sup> Popper K. (2017), *Bilimsel Araştırmanın Mantığı*, (Çev. İlknur Aka, İbrahim Turan), İstanbul, s. 107.

<sup>402</sup> Delecampagne, a.g.e., 2016, 130, Popper olgusalci felsefeyi yerle bir ettiği iddiasındadır. Delecampagne, a.g.e., 2016, s. 131.

<sup>403</sup> Kafkanın edebî eserleri ve Nietzsche'nin felsefî eserleri modernliğini ilk eleştirileri olarak adlandırılabilir.

<sup>404</sup> Delecampagne, a.g.e., 2016, s. 173.

<sup>405</sup> Heidegger M. (1998). *Tekniğe İlişkin Soruşturma*, (Çev. Doğan Özlem), İstanbul, s. 58.

teknikğin soruşturmasının teknikğin özüne akraba olan ve fakat ondan temelde ayrılan bir alanda oluşmasını salık vermekte ve bu alanı da sanat olarak ifade etmektedir<sup>406</sup>.

Bunun yanı sıra, ilerleme de muhafazakâr filozof için uğruna çaba sarf edilecek bir süreç değildir. Gerek kapitalizm gerekse komünizm tarafından kullanılan kavram, ona göre oluşan yeni toplumsallıkta bir ayartmanın ürünleridir. O, esasında, kurtuluşu gelecekte değil, uzak geçmişte aramakta, yurda dönüşte bulmaktadır. Demokrasiyi ve aydınlanmacı aklı reddeden Heidegger, Sokrates öncesi filozoflarda ve Germen kökenlerinde kurtuluşu aramaktadır<sup>407</sup>.

Viyana Çevresi'nin dışında bilimsel bilginin kavranışı üzerine çeşitli argümanlar ortaya konulmuştur. Bilim felsefesinden metafiziğin dışlanması hususu, özellikle İkinci Dünya Savaşı trajedisinin ardından gündeme gelmiştir. Bilimsel bilgideki gelişmeler ile birlikte metafizik bir alanda değerlendirilen ahlak normlarının bilimin içerisinde alması gereken yer hususunda pek çok tartışma ortaya konulmuştur. Popper, metafizik değerlerin bilginin üretim sürecinde tamamen dışarıda bırakılmasının gerçekçi olmadığını belirtir. Metafiziğin, bilimsel ilerlemeye katkı sağladığını ifade etmektedir<sup>408</sup>. Yine Feyerabend, kültürün bilimsel bilgi üzerindeki etkisini incelemiş, kültürden bağımsız bir bilginin olamayacağını ileri sürmüştür<sup>409</sup>.

Bu tartışmalar ile birlikte hukukun bilimselliği ve 19'uncu yüzyılda egemenin merkezde olduğu ve katı kurallarla örtülü hukuk anlatısı, çözülmeye başlamıştır. Hukuk, halen kurumlar ve kurallar bütünü olarak işlemeye devam etmektedir. Ancak, özellikle İkinci Dünya Savaşı'nda meydana gelen yıkımlarla birlikte, Aydınlanma sonrası ortaya çıkan akıl ve bilim rehberliğini sorgulama faaliyetleri, hukuka da sirayet etmiştir<sup>410</sup>.

Bu durum, yukarıda ifade edilen bilim anlayışının değişimi ile paralellik arz etmektedir. Esasında Kelsen'in teorisini kurguladığı zaman diliminde, kuantum fiziği,

---

<sup>406</sup> Heidegger, a.g.e., 1998 , s. 81.

<sup>407</sup> Delecampagne, a.g.e.,2016 s. 174.

<sup>408</sup> Popper, a.g.e., 2017, s. 44; Tatar D.B. (2019). *Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi: Modern Ve Postmodern Paradigma Ekseninde Bir Değerlendirme*, Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, s. 108.

<sup>409</sup> Feyerabend P. (2012). *Akla Veda*, (Çev.: Ertuğrul Başer), İstanbul s. 106; Tatar, a.g.e., 2019, s. 108.

<sup>410</sup> "Hukuk da artık Kaygı Çağı'na adım atmıştır. Postmodern döneme pozitif hukukun üstünlüğüne olan güven kaybının yarattığı kaygı hakimdir. Çağdaş hukuk teorisi farklı teorik perspektiflere ve yorumlayıcı topluluklara bölünmüştür. Söz konusu gelişmelerin, Thomas Kuhn ve Feyerabend tarafından tanımlanan bilimdeki paradigma kaymaları modelini izlediği söylenebilir." Tatar, a.g.e., 2019, s. 111.

maddenin özünün Newton fiziği kavrayışından farklı olduğu hususunda tezler ortaya koyarak müphemliğin doğanın bir parçası olduğunu iddia etmiştir. Böylelikle bilimselliğin sorgulanmasına gidilmiştir. Ancak, bilimin değerden yoksun olarak ele alınışının getirdiği ahlaki ve insani yıkımlar, esasında, bilim etiğinin ve bilimin doğasının felsefi olarak ele alınmasını gerekli kılmıştır<sup>411</sup>.

Bilim anlayışının eleştirisinin izdüşümü olarak, Kelsen'in saf hukuk kuramı ile hukukun bilimsel olarak açıklamaya çalıştığı pozitivist anlayış da İkinci Dünya Savaşı sonrasında filozoflarca eleştiriye tabi tutulmuştur. Değerlerden arınmış bir hukuk anlayışının bilimselliği konusu, pek çok filozof tarafından işlenmiş; adalet, özgürlük demokrasi gibi kavramların hukukun dışında değerlendirilmesine dair anlayış reddedilerek doğal hukukçu anlayış canlandırılmaya çalışılmıştır<sup>412</sup>. Her ne kadar Kelsen, teorisi ile Nazi rejimini asla desteklemese de<sup>413</sup>; teorisinin dayanağını oluşturan bilimsel doğrulama anlayışının terk edilmesi ile, Kelsen'in teorisi de eleştirilmiştir. Eleştirilerin temelinde, Viyana Çevresi'nin doğrulanabilirlik argümanının terk edilmesinin yanı sıra, hukukun sadece bilimselliğinin sağlanmasını temel alarak açıklanamayacağı varsayımı yer almaktadır. Yasaların adalet ilkesini gözetmeksizin yapılması ve uygulanması durumunda ortaya çıkan sistemin, hukuk olarak değerlendirilmesine itirazlar yükselmiştir.

### **3.2.2. Adalet İdesinin Hukuktan Dışlanması Eleştirisi: İyi İnsanlar Kötü Yasalara Uymaz**

Kelsen'in hukuku metafizik bir değerlendirmeden arındırarak bilimsel bir kavrayışın konusu haline getirme çabası, teorisinin en çok eleştiri alan noktalarından biridir. Kelsen'in yasaların meşruluğunu değil, yalnızca geçerliliğini ve etkililiğini değerlendirdiği teorisi, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından kıyasıya eleştirilmiştir. Özellikle Nazi yönetimi tarafından yapılan mezalimlerin yargılama konusu yapıldığı

---

<sup>411</sup> Frankfurt Okulu ile başlayan eleştirel süreç postmodern teori ile devam etmiştir. Aydınlanma zuhur eden bilimin totaliter olduğu ve diktatör için halk ne ise, bilim adamı için de uğraştığı nesnenin aynı olduğu, nesnenin kendisi için değil bilim adamı için var olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir. Adorno T. W. ve Horkheimer M. (2014). *Aydınlanmanın Diyalektiği*, (Çev. Nihat Ülner- Elif Öztarhan Karadoğan), İstanbul, s. 26.

<sup>412</sup> Özellikle realizm akımı ile ortaya çıkan pozitif hukukun belirsiz niteliği, daha sonra eleştirel hukuk çalışmalarına da konu olmuştur. Bu durumda modern bilimin postmodern eleştirisinin etkisi yadsınamaz niteliktedir. Tatar, a.g.e., 2019, s. 166.

<sup>413</sup> Zalewska M. (2017). "Some Misunderstandings Concerning Hans Kelsen's Concepts Of Democracy And The Rule Of Law", *The Principle Equality of As a Fundamental Norm in Law and Political Philosophy*, ss. 105-118, s. 117.

davalarda Nazi yöneticileri, yaptığı eylemlerin yasaya uygun olduğunu ve dolayısıyla suç teşkil etmeyen hukuki eylemler olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.

Nürnberg yargılamalarında Nazi yönetiminin hukukçularının yargılandığı “Adalet Davasında” Naziler, *Führerprinzip*’in (Führer İlkesi) Hitler Almanyası’nın ana ilkesi olduğu ve görevlerini bu ilkeye bağlılıkla sürdürdüklerinden bahisle işlenen suçlardan ötürü bireysel sorumluluklarının bulunmadığı yönünde savunma yapmışlardır<sup>414</sup>. Führerprinzip temelde üç ilkeyi içermektedir; “1. Hukuk siyasi liderliğe hizmet etmelidir. 2. Führer en üstün yargıdır, teoride hüküm verme yetkisi ona aittir. 3. Führerle doğrudan sadakate dayalı ilişkisi olan yargı Führer gibi karar vermeldir.”<sup>415</sup>. Ancak, mahkeme bu savunmalara itibar etmemiş, iç hukukun verdiği güvenceye dayanarak hukukun evrensel ilkelerini göz ardı eden uygulamalara imza atan sanıkları cezalandırmıştır. “Suikastçinin hançeri, yargıcın cübbesinin altına gizlenmiştir.” ifadesi ile işlenen suçlarda yargı erkine hizmet eden kişilerin sorumluluktan kurtulamayacağı ifade edilmiştir<sup>416</sup>.

Söz konusu savunmalar neticesinde, bir eylemin yasallığı ve hukukiliği arasında bir çelişki olup olmadığı, belirli bir zamanda ve coğrafyada egemen olan iradenin ortaya koyduğu her kuralın hukuk olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususları tartışma konusu olmuştur. Kelsen’in kuramının temelinde yer alan, değerlerden bağımsız bir hukuk kuramı inşası, bir hukuki pozitivizm düşünürü olan Radbruch tarafından eleştirilmiştir. Radbruch, hukuk sisteminin temel insan haklarını ihlal ettiğinde geçerliliğini koruyamayacağı savıyla, Kelsen’in saf hukuk kuramından farklı olarak, belirli değerleri hukukun temeline yerleştirmiştir.

Radbruch, “Radbruch Formülü” olarak literatüre geçen değerlendirmesi ile yasa ve adalet arasındaki dikotomide bir yargılama etiği kurma girişiminde bulunmuştur. Kelsen’in teorisinin aksine, oluşturmuş olduğu hukuk teorisinde, pozitif hukukun adalet kavramı ile çeliştiği durumlarda, hukuk uygulayıcılarına rehber ilkeler sunmuştur. Radbruch formülü iki parçadan oluşmaktadır; ilki tahammül edilemezlik,

---

<sup>414</sup> Reicher H. (2020). “İnsanlığa Karşı Suçlarda Sorumluluktan Kaçmak: Eli Kanlı Hukukçular Nürnberg’de, içinde; Nazi Almanyası’nda Hukuk: İdeoloji Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması, Ed. Alan E. Steinweis, Rober D. Rachlin, (Çev. Kıvılcım Turanlı), İstanbul, ss. 167-191, s. 168.

<sup>415</sup> Reicher, a.g.e., s. 178.

<sup>416</sup> Reicher, a.g.e., s. 167.

ikincisi ise yadsıma ve inkardır<sup>417</sup>. Tahammül edilemezlik, bir yasal buyruğun adalet karşısındaki durumunun tahammül edilemez boyuta ulaştığında yasanın adalet karşısında geri çekilerek hukuki geçerliliğini yitirmesidir<sup>418</sup>. Radbruch, içeriğinden bağımsız olarak herhangi bir yasanın hukuk güvenliğini sağlaması sebebiyle hiç yasa olmamasından daha iyi olduğunu ifade etmektedir. Ancak, pozitivizmin yasanın geçerliliğini yasanın yaratılmasını sağlayan güçten aldığı düşüncesini reddeder. Zira yasanın arkasındaki güç, belirli bir zorlayıcılığa dayalı olarak yapılması gerekenin belirlenmesinde etkili olsa da oluşturduğu yasanın geçerliliğini ve olması gerekeni belirlemede yetersiz kaldığını ifade eder<sup>419</sup>.

Radbruch’a göre yasanın geçerliliği sağlayan, hukuk güvenliğini yanı sıra amaçsalılık ve adalet değerleridir. Bir yasa, hukuk güvenliği yaratmasının yanı sıra adaletle yönelme çabası içerisinde olmalıdır. Bir pozitif kurallar silsilesi adaletle yönelme amacını taşımaksızın var olmuş ise bu durumda salt hukuk güvenliğinden bahisle söz konusu normların geçerliliğinden bahsedilemeyecektir<sup>420</sup>. Bu sebeple, Nasyonel Sosyalist iktidarın çıkardığı yasalar asla geçerli bir hukukun onuruna erişemeyecektir<sup>421</sup>. Rüthers ve diğerlerinin ifade ettiği üzere, Radbruch formülünde tahammül edilemezlik kavramının bir parçası olan “adaletli” ve “adaletsiz” yasalar arasında kesin bir kavramsal ayrım sunulmamaktadır. Bununla birlikte, açıkça “adaletsiz” yasaların reddi için bir sınır niteliği taşıdığı genel kabul görmüştür<sup>422</sup>. Kristian Kühl, bu sınıra örnek olarak; “Doğu Alman Sınır Kanunlarının” uygulanmasına ilişkin davalarda Radbruch formülünün, Radbruch’un öğretisi Arthur Kaufmann tarafından uygulanmasını örnek göstermektedir. Kaufmann, sadece Radbruch formülüne değil Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerini de davaya dayanak göstermiştir. Kaufmann, insan hakları metinlerinde yer alan hak tanımlarının Radbruch formülünde yer alan adalet olgusunun somutlaştırılması bakımından önemli

<sup>417</sup> Heper A. ve Metin S. (2013). *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul, s. 21.

<sup>418</sup> Heper ve Metin, a.g.e.,2013, s. 21.

<sup>419</sup> Radbruch G. (2013). “Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk”, (Çev. Altan Heper, Sevtap Metin), *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul, s.75-101, s. 89.

<sup>420</sup> Radbruch, a.g.m.,2013, s. 91.

<sup>421</sup> Radbruch, a.g.m.,2013, 91.

<sup>422</sup> Rüthers ve diğerleri, 2020, s. 518.

olduğunu vurgular. Böylelikle Radbruch formülünün hukuksuz rejimlerin ceza hukuku yoluyla tasfiye edilmesine imkan sağladığına dikkat çekmektedir<sup>423</sup>.

Radbruch formülünün ikinci kısmı yadsıma olarak ifade edilmişti. Radbruch'a göre, adalete hizmet etmekten uzak, insan haklarına, insan onuruna aykırı olan yasaların hukuken uygulanmaması gerekmektedir. Esasında Radbruch, yargıçların pozitif hukuku uygulama hususunda görevli olduklarının bilincindedir. Ancak, Radbruch'un üzerinde durmak istediği, bir yargılama ethosu inşa etmektir. Radbruch, adalete yönelme amacından çıkarak, baskı ve zulmü artıran yasaların yargıç sıfatına sahip kamu görevlileri tarafından uygulanması durumunda ortaya çıkacak olan adaletsiz durumun önüne geçmek istemektedir.

Resmi görevli olan yargıçların adalete yönelmeyen yasaları uygulaması durumunda ortaya çıkan haksızlığın dolaylı faili olacağını belirten Radbruch, yargıçların sorumluluktan kurtulabilmeleri için adaletsiz yasaları uygulamaktan kaçınmaları gerektiğini ifade etmektedir. Yasayı uygulamayı reddetmek ve bu hususta direnmek, yargıçlar için bir tercih değil zorunluluktur. Yargıçların adaletsiz yasayı uygulamak zorunda olmalarını ızdırır hali olarak yorumlamayan Radbruch, yargıçların ethosunun ne pahasına olursa olsun adalete yönelmek olduğunu belirtir<sup>424</sup>.

Radbruch'un adaleti hukukun yerine getirmesi gereken en önemli amaç olarak belirlemesi, Kelsen'in saf hukuk kuramı ile inşa ettiği kurama yöneltilen en ciddi eleştirilerden birisi olarak nitelendirilmektedir. Zira, kısmen tartışmalı olsa da, Radbruch bir pozitivist hukuk kuramcısıdır ve İkinci Dünya Savaşında meydana gelen zulmün yasa eliyle yürütüldüğünün canlı tanığıdır. Bu durumda, pozitif normların geçerliliğinin idelerden yoksun olarak belirlenmesinin getirdiği felaketlerin canlı şahidi olarak kuramını gözden geçirmiştir. Aydın, bu değişimin Radbruch'un pozitivizmden doğal hukukçu yaklaşıma geçiş yaptığını göstermediğini, esasında Radbruch'un başından itibaren teorisinde adalet idesini merkezde tuttuğunu ve fakat dönem etkisiyle vurgunun değiştiğini ifade etmektedir<sup>425</sup>.

---

<sup>423</sup> Kaufmann K. (2012). "Radbruch Formülü", (Çev. M. Cemil Ozansü), *İÜHF*, Cilt 70, Sayı 1, ss. 369-374, s. 374.

<sup>424</sup> Radbruch, a.g.m., 2013, s. 99.

<sup>425</sup> Aydın M.B. (2015). "Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi", *İÜHF*, 73 (2), ss. 7-28, s. 26.



Dönemsel vurgu veya değişim olmasından daha önemli olan husus, Radbruch sonrası hukuk dünyasında, adalet idesine yönelmemiş bir ulusal veya uluslararası hukuk metninin yer almadığıdır. Kelsen'in arzuladığı, muğlak ifadelerin hukukun dışına çıkarılması söz konusu değildir. Radbruch, kamu görevlilerine ve özellikle yargıçlara, sivil itaatsizlik değil bürokratik bir aktif itaatsizlik ödevi yüklemektedir. Adalet idesinden yoksun normların uygulanmasından doğan haksızlıklardan söz konusu yasaları uygulayanların da sorumlu olduğunu belirterek ve esasında, pozitif hukuk kuramının temel mottosu olan hukukun kaynağının belirli olduğu tezinden uzaklaşarak realist akımın yargıç temelli hukuk anlayışına yaklaşmaktadır. Normun uygulayıcı olmaksızın hayatta tatbik edilemeyeceğinden bahisle, uygulayıcıya yasanın adilliğini sorgulama ödevi yüklenmektedir.

Elbette Radbruch'un teorisinden sonra hiçbir ülkede bir yargıçlar kalkışması yaşanmamıştır. Bunun olması da beklenmemekle birlikte, Nazilerin soykırımında aktif görev alanların, yargılama safhasında öne sürdükleri yasanın emrettiği fiilleri icra ettiklerine dair savunmaları dikkate alınmamıştır. Dünya çapında insan haklarına dayalı adalet anlayışının yerleşmesi için örgütler kurulmuş, standartlar belirlenmeye çalışılmıştır. Aslında olan şey, hukukun bilimselliği ve hukukçunun nesnelliğinin insanlara zarar vermesi karşısında durduğu çaresiz konumla beraber pozitivist hukuk akımının gerilemesi ve doğal hukukçu yaklaşımın yükselmesidir. Pozitivizmin esasında karşı olduğu müphem kavramlar, böylece hukukun merkezine yerleşmiştir<sup>426</sup>. Bunun yarattığı bir diğer durum, Alman kamu hukuku teorisinin gelişiminin 1945 sonrasında yavaşlamasıdır. 1950'lili yıllarda eğitimcilerde ve uygulayıcılarda hukukun teorik yapısına dair sorgulamalarda yorgunluk başlamış, ancak 1965 sonrasında savaşın yıkıcı etkisini bizzat tecrübe etmemiş bir neslin çalışmalarının başlaması ile bu durgunluk dönemi aşılabilmektedir<sup>427</sup>.

Bilimsel hukuk çabasının da zorba uygulamalara dair bir sözü olmaması eleştirilmesini kaçınılmaz kılmıştır. Özellikle insan hakları teorisinin zorba yönetimlere karşı bireyleri koruyacağı tezine karşın pozitivist kuramlarının haklara yer vermemesi, eleştirilerin

---

<sup>426</sup> Türkbağ A.U. (2001). "Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti", *Doğu Batı Dergisi*, Sayı 13, ss. 207-219, s.210.

<sup>427</sup> Rüthers, Fischer, Birk (2020). *Hukuk Teorisi*, (Çev. İlyas Doğan, Rukiye Aldudak, Huri Eyman Aydın), Ankara, s. 50, par. 32.

dozunun artmasının yanı sıra; saf hukuk kuramının ciddi şekilde ele alınarak hukukun bilimselliği kaygısının ihmal edilmesine sebep olmuştur.

### 3.2.3. Saf Hukuk Kuramının “Hak” Kavramına Yaklaşımının Eleştirisi

İkinci Dünya Savaşı, insanlığın trajik bir deneyimiydi. Faşist iktidarın getirdiği kaos ve kısımlar, dünya barışını tehdit etmişti. Dünya barışının yeniden tesis edilmesinde esas alınan temel değer ise insan hakları ve demokrasi olarak belirlendi. Bu belirlenimlerin esas sonucu, ulus devletler ile uluslararası düzen ilişkisinin nasıl kurulacağıydı. Nitekim, yeni dünya düzeninin temel esaslarının ihlal edilmemesi için insan haklarını koruyan uluslararası mercilerin kurulması önem taşımaktaydı<sup>428</sup>.

ABD Başkanı Roosevelt’in İkinci Dünya Savaşı halen devam ederken 6 Ocak 1941 tarihinde yaptığı konuşmasında dünyanın her yerinde insan haklarının korunması gerektiğini ifade etmesi, yeni dünya düzeninde temelinin insan hakları kuramı olacağını işaret etmiştir<sup>429</sup>. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1948 tarihinde imzaladığı İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin yeryüzündeki tüm uluslar için ortak bir insan hakları ölçütü olarak kabul edilmesi hedeflenmiştir<sup>430</sup>. Ancak, Kelsen’in uluslararası mahkeme kurularak uluslararası barışın tesis edilmesi fikri, Birleşmiş Milletler nezdinde gerçekleşmemiştir.

Kelsen’in uluslararası mahkeme fikri<sup>431</sup> ise, 4 Kasım 1950 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin imzalanması ile birlikte pratiğe dönüşmüştür. Sözleşmenin imzalanması ile Faşizm ve Nazizm gibi insanlık suçlarını işleyen devlet sistemlerinin uzun yıllar hüküm sürdüğü Avrupa’da insan haklarının korunmasını düzenleyen temel bir metin ortaya konulmuştur. Sözleşme ile hakların korunmasının sağlanması için yargı yetkisini haiz Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı

<sup>428</sup> Mazover M. (2008). *Karanlık Kıta Avrupanın 20. Yüzyılı* (Çev. Mehmet Moralı), İstanbul, s. 229.

<sup>429</sup> Salihpaşaoğlu Y. (2020). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller, Ankara, s. 17.

<sup>430</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin girişi şu şekilde düzenlenmiştir: “İnsanlık topluluğunun bütün bireyleriyle kuruluşlarının bu Bildirgeyi her zaman göz önünde tutarak eğitim ve öğretim yoluyla bu hak ve özgürlüklere saygıyı geliştirmeye, giderek artan ulusal ve uluslararası önlemlerle gerek üye devletlerin halkları ve gerekse bu devletlerin yönetimi altındaki ülkeler halkları arasında bu hakların dünyaca etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamaya çaba göstermeleri amacıyla tüm halklar ve uluslar için ortak ideal ölçüleri belirleyen bu İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini ilan eder.” <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> Erişim Tarihi: 04/11/2019.

<sup>431</sup> Kelsen H. (1944). *Peace Through Law*, New York, s. 42-43.

kurulmuştur<sup>432</sup>. Daha sonra 1970,1994, 2010 ve 2018 yıllarında yürürlüğe giren protokollerle mahkemenin yapısı değişmiş ve bugünkü halini almıştır<sup>433</sup>.

İnsan hakları teorisi, faşist ve nazist devletler tarafından ağır biçimde işlenen savaş ve insanlık suçlarının önlenmesini ve bir daha sistemli bir şekilde insan hakları ihlallerinin gerçekleştirilmemesini amaçlamıştır. Bunun yanı sıra, insan hakları teorisi, iki kutuplu dünyada, Rusya'nın önderliğindeki sosyalist blok ile Amerika önderliğindeki özgür dünya arasındaki bariyer olarak da nitelenebilir. İki dünya arasındaki temel ayrımların başında insan hakları teorisi temelli liberal hukuk düzeni ile devrimci amaca matuf bir sosyalist hukuk düzeni yer almıştır.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası hukuk düzeni ve ulusal anayasalar, insan hakları teorisi kapsamında koruma mekanizmaları geliştirmişlerdir. Özellikle Avrupa'da AİHM ve evrensel anlamda Birleşmiş Milletler nezdindeki mahkeme veya diğer kurumlar, insan hakları teorisi kapsamında içtihatlar, raporlar ve görüşler hazırlamışlardır.

Kelsen'in hukuk teorisi, doğal hukukçu yaklaşıma karşıtlık üzerine inşa edilmiştir. Kelsen, teorisinde bilimsel bilgiye konu olamayacak, diğer sosyal bilim disiplinleri tarafından incelenebilecek olan kavramlara yer vermemiştir. Diğer yandan, Kelsen'in hukuk ile ahlak arasında herhangi bir ilişki kurmamış olması, insan hakları teorisinin inşa edildiği kavramlara teorisinde değinmemesinin bir sebebi olarak görülebilir.

Kelsen'in insan hakları teorisi üzerine söz söylemeyişi, onun insan hakları hukukçuları tarafından eleştirilmesine sebep olmuştur. Bazı teorisyenler Kelsen'in demokrasi ve adalet kavramlarını incelediği eserlerinden yola çıkarak, hukuk teorisinin insan hakları teorisini dışarıda bırakmadığını ifade etmişlerdir. V. Champeil-Desplats'a göre, Kelsen demokrat bir kişiliğe sahip olmuş, bunun yanında din özgürlüğünü, ifade özgürlüğünü, bilim özgürlüğünü savunmuş ve dünya barışının tesisi hususunda fikirler yürütmüştür<sup>434</sup>. Bu sebeple yazar, Kelsen'in hukuk düşüncesi, metodolojisi ve genel hukuk kuramı ile insan hakları teorisini birlikte ele alabileceği argümanlar üretmektedir<sup>435</sup>.

---

<sup>432</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2020, s. 31.

<sup>433</sup> Salihpaşaoğlu, a.g.e., 2020, s. 33-35.

<sup>434</sup> V. Champeil-Desplats (2017). "Hans Kelsen's Works and the Modern Theories of Human Rights", *Kelsenian Legal Science and Nature of Law*, Springer, s. 176.

<sup>435</sup> Champeil- Desplats, a.g.e., 2017, 176.

Kelsen düşüncesinde demokrasi ve insan hakları teorisi bir çatışkı içerisinde. Zira, Kelsen demokrasiyi bir kurallar sistemi olarak ele almakta, çoğunlukçu bir demokrasi modeli ile kurallara bağlı parlamenter bir yönetim tasarlamaktadır. Ancak insan hakları teorisi, devletin azınlık olanı korumasını ve temel hakların çoğunluğa karşı da savunulmasını teorik olarak ifade etmektedir. Bu sebeple, demokrasi ile insan hakları teorisi arasında bir çatışkı durumu olduğu ifade edilebilecektir.

Kelsen teorisinde demokrasi, hukuk oluşturma metotlarından yalnızca birisidir. İnsan hakları teorisine dayalı bir yasama faaliyeti prosedürel olarak bir üst norm olan anayasa tarafından belirlendiğinde yasama organını bağlayıcı bir hal alacaktır. Kelsen demokrasi teorisinde insan haklarına uygun yasama faaliyetini mutlak bir değer olarak görmemektedir. Zira, hukuk ve ahlaki değerler mutlak şekilde ayrılmalıdır; ayrıca anlam bakımından müphem ve ideolojik tarafları ön planda olan kavramlar hukuk teorisinde yer almamalıdır.

Bu anlamda Kelsen, insan hakları teorisi ile ilgili yazılı eser bırakmaktan imtina etmiştir. Her ne kadar teorisine ilişkin önemli eserleri 1945 sonrası dünya düzeni içerisinde ve Amerika’da ele alsada, teorisini daha çok yorum ve uluslararası hukuk bakımından geliştirmeye çalışmıştır. Zira ona göre, hukuk kendi içerisinde barışçıl çözüm yolunu üretebilme becerisine sahiptir ve dahası hem ulusal hem de uluslararası düzeyde barış, hukuk aracılığı ile gelecektir<sup>436</sup>.

Kelsen’in insan haklarına teorisinde yer vermemesinin sebebi insan haklarını reddedişi değildir. Onun teorisinde insan haklarına yer yoktur; çünkü insan hakları teorisi bireyi devlete karşı korumanın bir argümanıdır ve gerektiğinde hukukun üzerinde bir konumla bu görevini ifa etmektedir. Oysa, Kelsen’in saf hukuk kuramında normatiflikten başka bir inceleme alanı bulunmadığı gibi norm değerden arınmış olarak ele alınmaktadır. Bu sebeple, normatifliğin amaçsal bir değerlendirilmesi yapılmaz<sup>437</sup>. O halde, hukuka insan hakları teorisi perspektifinden bakış Kelsen’e göre hukukun bilimselliği ile bağdaşmaz.

Yorumun öne çıkışı ve hukukun ilkeleri öncelenmesi gerektiği kanısı ile uluslararası ve ulusal insan hakları koruma mercilerinin hukukun anlamı ve yorumu üzerinde önemli bir etki doğurduğu muhakkaktır. Şüphesiz insan hakları, belirttiği üzere özellikle

---

<sup>436</sup> Champeil- Desplats, a.g.e., 2017, 187.

<sup>437</sup> Akbay, a.g.e., 1948, s. 32.

1980'lerle birlikte tahta oturtulmuş, karşı konulmaz bir saygınlık ve iktidar kazanmıştır<sup>438</sup>. Bu saygınlık yalnızca hukuk alanında değil, siyaset, felsefe ve uluslararası ilişkiler kuramları gibi tüm sosyal bilimlerin alanının dinamosu konumuna gelmiştir.

İnsan hakları teorisi bu kadar önemli bir konumda olmasına rağmen aktüel olarak içeriğinde neyi barındırdığı her zaman tartışma konusu olmuştur<sup>439</sup>. İnsan hakları teorisi, esasında, içeriğinin belirsizliğinden beslenebilmiştir. Zira insan hakları anlayışı dinamik yapısı ile sürekli gelişme göstermiş; ulusal ve uluslararası alanda insan haklarına dair sözleşmeler, insan haklarını koruma mercileri kapsamını ve kurumsal kapasitesini sürekli geliştirmeyi becerebilmiştir<sup>440</sup>. Yine de içeriğin belirsizliği ve sürekli gelişme göstermesi, insan hakları teorisi ile pozitif hukuku bir gerilim içerisinde tutmaktadır<sup>441</sup>.

İnsan hakları kuramının içeriğini belirleyen esas olarak uygulama mercileridir. Gerek Birleşmiş Milletler içerisindeki kurumlar gerekse diğer bölgesel koruma mercileri, insan hakları kuramının içeriğini dinamik yorum ilkesi çerçevesinde belirlemektedir. Öyle ki; insan hakları hukukunun pozitif düzenlemeleri çok sınırlı olmasına rağmen

---

<sup>438</sup> Yayla A. (1991) "İnsan Hakları'nın Kavramsal ve Aktüel Anlamı", *Liberal Bakışlar Dergisi*, s. 95.

<sup>439</sup> Balı, insan hakları kavramının belirsizliğini şu sorularla açıklamaktadır: "İnsan hakları kavramı, demokrasi kavramı ile birlikte özellikle son üç yüzyılın en sihirli söylemidir. O kadar ki, işlerlik kazandırmak için gerekirse savaşabilir, kan dökülebilir, hatta masum insanların yaşam hakkına bile son verebilirsiniz. Böyle bir durumda ister istemez sormak gerekiyor. İnsan hakları hangi insan'ın hakkıdır? Acaba sadece demokratik bir ülkede doğmuş, beyaz renkli, Hristiyan ya da Yahudi insanların mı? Yoksa kızıl derili, kara ya da sarı derili, Çingene, Afganlı, Ortadoğulu, Arap, Müslüman olduklarına bakılmaksızın herkesin mi? Ebu Gureyb'e ya da Guantanamo Kampı'na girmiş olmak, "insan" olmaktan çıkmış olmak anlamına mı gelmektedir? Ya da kadın, çocuk, engelli ya da işçi olmak, azınlıktan olmak insan olamamak anlamına geldiği için mi, ayrıca kadın hakları, çocuk hakları, engelli, işçi ya da azınlık hakları biçiminde hak kategorileri oluşturulmaktadır? İnsan hakları derken gerçekte ne kastedilmektedir? Başkaları tarafından bahsedilebilecek, tanınabilecek ya da gerekirse, ihlal edilebilecek veya geri alınabilecek "insan yapımı" yetkiler mi? Yoksa doğal, doğumla sahip olunan, başkaları tarafından gözetilmesi gerekli ve zorunlu insani varoluşun asgari ön koşulları mı?" Balı A.Ş. (2011). "Hangi İnsan Hakları", *HFSA* 23, İstanbul Barosu Yayınları, s. 38.

<sup>440</sup> Bir hakkın kesin olarak tanımlanmaması der Doğan, yargı makamlarının bu hak ve özgürlükleri zamanın değişen koşullarına uygun hale getirmesine imkân sağlamaktadır. Doğan İ. (2015). *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara, s. 69.

<sup>441</sup> Örnek olarak Türk hukukunda anayasa mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanındıktan sonra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "özel hayatın gizliliğini ihlal" suçunun kapsamı belirlenirken "özel hayat" kavramı nasıl belirlenecektir? Salihpaşaoğlu bu kavramın artık AİHM içtihatları kapsamında belirlenen kriterlerle kavranması gerektiğini, aksi durumun anayasa mahkemesini etkili başvuru yolu olmaktan çıkarak bireysel başvuru hakkının düzenlenme amacıyla bağdaşmayacağını ifade eder. Burada görüldüğü üzere insan haklarının sürekli gelişmekte olan dinamik yapısı hukuku etkilemekte, arasında bir gerilim yaratmaktadır. Salihpaşaoğlu Y. (2011). "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", *GÜHFD*, 17(3), ss. 227-266, s. 257.

yargı kararları ve kararlar çerçevesinde hazırlanan doktrin eserleri boyut olarak oldukça hacimlidir.

İnsan hakları hukukunun ulusal koruma mercilerince ele alınması, pek çok pozitif hukuk alanının insan hakları teorisi kapsamında ele alınarak değerlendirilmesini sağlamıştır. Bu anlamda, insan haklarını yorumlama tekeli elinde bulunduran anayasa yargısı tüm bir hukuk sistemini insan hakları zaviyesinden ele almıştır. Bu durumda, mahkemenin süper temyiz mercii olmaktan imtina etmesi gerektiği ifade edilse de, hukukun her alanını derinden etkileyen bir yorum inşası ortaya çıkmıştır<sup>442</sup>. İnsan haklarını koruma mercilerinin aktivist tutumu, doktrinde faaliyet yürüten akademisyenlerin de hukuk normlarını eleştiriye tabi tutarken insan hakları perspektifini ele almalarını sağlamaktadır. İnsan hakları teorisinin pozitif hukuku etkilemesi kaçınılmazdır. Ancak, hukukun gelişmesini sağlayacak olan yalnızca insan hakları kuramı değil, farklı yargı içtihatları, doktrin eserleridir. Özellikle siyasal iktidarı ve mevzu hukuku eleştirmek isteyen hukukçular, bu eleştirilerini insan hakları zaviyesinden yürütmektedir. Bu durumda hukuk, yalnızca hukukilik cihetinden değil, siyasi, sosyal, felsefi ve dini bakımdan da eleştirilmektedir<sup>443</sup>.

Bu anlamda insan hakları hukuku diye bir alandan bahsederken neyden söz edildiği belirsizliğini korumaktadır. İnsan haklarına dair tartışmalar hukukun dışındaki mecralarda ilerledikçe insan hakları hukuku; hukukun dışında, hukuku etkileyen ve dönüştüren bir itkiye dönüşmektedir<sup>444</sup>. Kelsen'in saf hukuk kuramını dayandırdığı temel esas olan normlar hiyerarşisi tezi, insan hakları kuramına temel esas olarak yer vermediğinden, kendisinden sonra gelen hukuk kuramcıları tarafından eleştirilmiştir.

---

<sup>442</sup> Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru kararlarında, ihlalin kaynağını teşkil eden yasa maddesinin değiştirilmesi hususunda çalışma yapılması için meclise bildirmektedir. Mahkeme son olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi durumunda müsadere tedbirinin uygulanması hususunda yasada belirsizlik olması sebebiyle uygulamada hak ihlallerinin ortaya çıktığını, bu itibarla söz konusu husus ile ilgili yasam organınca bir düzenleme yapılması gerektiğini belirterek kararını TBMM'ye bildirme gereği duymuştur. Anayasa Mahkemesi Kararı, Süleyman Başmeydan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2015/6164, Karar Tarihi: 20/06/2019.

<sup>443</sup> Douzinas, “dünya ölçeğinde yeni bir ideal galebe çalıyor: insan hakları. İnsan hakları sağla solu, dinle devleti, devlet adamıyla isyancıyı, gelişmekte olan ülkelerle Hampstead ve Manhattan liberallerini bir araya getiriyor” ifadeleri ile insan hakları kavramının göreceliliğini ifade etmiştir. Douzinas C. (2016). *Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları*, (Çev. Kasım Akbaş-Rabia Sağlam), Ankara, s. 73.

<sup>444</sup> Douzinas, insan haklarının bu ikircikli karakteri ile postmodern umut ilkesine dönüştüğünü ve yarattığı durumun ütöpik olmaktan ziyade aporetik (çıkışsız) olduğunu ifade etmekte; insan haklarının hastalıkların hem şifası hem de kaynağı, hem zehir hem panzehir olarak Derridacı anlamda pharmakon olarak niteleneceğini belirtmektedir. Douzinas, a.g.e., 2016, s. 99.

Birinci bölümde değinildiği üzere, tabii hukukun Yeni Çağ'da yükselişindeki esas itici güç, iktidara karşı burjuva sınıfının bir söylem geliştirme çabasıydı. İngiliz Hak Belgeleri'nde doğal hukuk ilkeleri çerçevesinde iktidarı sınırlandıran metinlerde, doğal hakların ne olursa olsun iktidar tarafından ihlal edilmemesi prensibini taşımaktaydı. Doğal haklar kuramı, doğanın gözlemlenmesi ile insan doğasının en vazgeçilmez haklarının belirlenmesi çerçevesinde temellenmekteydi. Bu yapılırken, Ortaçağ'da ilahi kaynaklı ilkeler referans alınmaktan kaçınılmakta, akla uygun, akılla kavranan doğal hukuk ilkeleri benimsenmekteydi. Nitekim her bir doğal hak kuramcısı farklı hakları vazgeçilmez, devredilmez sınırlandırılmaz olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte, İngiliz, Amerikan ve Fransız İnsan hakları metinlerinde Locke'un düşüncesinin tesirinin diğer düşünürlere göre daha fazla olduğu görülmektedir. Locke ve diğer düşünürlerin tabii haklar konusunda ortak metotları ise bu hakların akıl yoluyla izah edilmesi, bu hakların neden doğal olduklarının, diğer haklardan farklı olarak iktidarın ve diğer toplumsal dinamiklerin ihlal edilmesi durumunda kişinin otoriteye itaat ödevinden niçin bahsedilmeyeceğine dair getirilen açıklamalardır. Doğal haklar öğretisi, yakınçağ tabii hukuk bireylere ahlaki olarak ödev yükleyen bir tarafı da içerisinde barındırmaktadır<sup>445</sup>.

İkinci Dünya Savaşı sonrası, 1948 yılında deklare edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin hazırlanışında pek çok düşüncenin etkisi görülmektedir. Douzinas, klasik doğal hukuk, Hristiyan ve Yahudi teolojisi, Aydınlanma düşüncesi, modern rasyonalizm ve postmodern çok kültürlülük düşüncelerini beyannamenin hazırlanmasında etkili olan düşünceler arasında sıralamaktadır<sup>446</sup>. İkinci Dünya Savaşı sonrası hazırlanan insan hakları metinlerinde insan haklarının temellendirildiği kavram "insan onuru" oluşturmuştur<sup>447</sup>. İnsan haklarının "evrensel" olduğu hususu en fazla vurgulanan özelliği olmuştur.

<sup>445</sup> Bkz. Birinci bölüm. Sayfa 25 v.d.

<sup>446</sup> Douzinas C. (2007). Human Rights and Empire: Political Philosophy of Cosmopolitanism, New York, s. 15.

<sup>447</sup> Sözleşmenin girişi "*Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world,*" ifadesi ile başlamaktadır. Türkçeye dignity kelimesi haysiyet olarak çevrilmiş ve ifade Türkçe'de şu şekilde ifade edilmiştir: "İnsanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olmasına,..". "Dignity" kelimesi sözleşmenin giriş kısmında tekrar edilmiş ve birinci maddesinde yine "All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood." (Bütün insanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti ile hareket

Douzinan, insan hakları anlayışının sağ sol, kuzey güney, din devlet, isyancı devlet görevlisi gibi her türlü kurumsal kimliğe uyarlanabildiği için zafer kazanmış gibi görüldüğünü ifade eder. Ancak, ona göre, bu zafer değildir. İnsan haklarının, ideolojiler sonrası ideolojik bir kimlik kazandığını, tarihin sonunda bir ideoloji olduğunu belirtti. Bu durumun, insan hakları öğretisinin bir zayıflığı olduğunu ifade eden Marksist düşünür, insan haklarının paradoksal olarak, zenginlerin fakirler üzerinde bir söylem üstünlüğü haline geldiğini, fakir insanların insan hakları söylemini ifade ettiklerinde, yine Batı dünyasının onurlu metafiziğinden, ahlakından ve politikasından yararlandığını belirtmektedir<sup>448</sup>.

İnsan hakları metafizik bir boyuta çıkarılarak insanlığın bir kabulüne dönüşmektedir. Olan, tek tek devletlerin hukuk sistemleridir. Olması gereken ve metafizik anlatı olarak uluslararası yeni dünya düzenini sağlayacak anlatı insan haklarıdır. Sırf olması gereken olarak insan haklarının kabulü, onu metafizik bir yere doğru itmektedir. Nitekim, yakınçağ filozoflarında, doğal haklar doğada gözlemlenerek akılla izah edilen haklardır. Metafizik bir temellendirmeden söz edilemez. İnsan hakları teorisi, ahlakçı, dayatmacı ve bu anlamda otoriter rejimlere karşı bir kavram olarak ortaya çıkarken, kendisinin yeni bir ahlaki belirlemeyi dayatmaktan kurtulamaması en büyük çelişki olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>449</sup>. Sırf evrensel oluşu, insan haklarının akli olarak ispatlanmasını gerektirmeyecektir. Zira, insan haklarına dair evrensellik söyleminin tikel amaçları saklayan bir araç olduğuna dair eleştirilerle birlikte, evrensel insan hakları söyleminin bir merkezde tesis edildiği, bu merkezin ise Batı medeniyeti olduğu gerçeğinin ihmal edilemeyeceği dile getirilmektedir<sup>450</sup>. Ancak, onun evrensel olarak tartışmasız kabulü, insan hakları kavramına metafizik bir nitelik

---

etmelidirler.). Sözleşme için bkz: <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/udhr.pdf> Erişim Tarihi: 31/03/2021. Türkçe çevirisi için bkz.: <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> Erişim Tarihi: 31/03/2021.

<sup>448</sup> Douzinan, 2007, s. 36. Douzinan, insan hakları söylemini kast ederek “broad church allure of rights” ifadesini kullanmaktadır. Burada, hakların geniş olarak kabul edilmesinin oluşturduğu cazibe vurgulanmaktadır.

<sup>449</sup> Bu ahlaki dayatmanın ayrıca; kapitalizmin etkisinin artırılması için bir araç olarak kullanıldığı dile getirilmektedir. Kavas; 1945’le birlikte, dünya siyasetinde milletlerin ve milliyetçiliğin öncelikli yerini demokrasiye, ekonomide korporatizmin ve kolektivizmin yerini serbest piyasa ekonomisine, hukukta ise pozitivizmin ve *Volkgeist*’in yerini *insan haklarına* bırakmasını Duncan Kennedy’nin de işaret ettiği Amerikanlaşma döneminin başlıca özellikleri arasında sıralamaktadır. Kavas C.D. (2017). *Dünya Finans Sistemi İle Türkiye’de Cumhuriyet Dönemi Hukuk Politikaları İlişkisi*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, s. 156.

<sup>450</sup> Satıcı M. (2015). “Hak ve Özgürlük Ütopyası Olarak “İnsan Hakları”: Felsefesi ve Eleştirisi” *Artvin Çoruh Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Kış, Sayı 2, ss. 3-30. s. 25.



kazandıracaktır. Akbaş'ın belirttiği üzere, Douzinas'ın eleştirisi insan haklarının kendisine değil söyleminedir. İnsan haklarından vazgeçmek söz konusu değildir<sup>451</sup>. Douzinas, gelecek umudunun şimdiki rezillikleri örtmemesi gerektiğini, eleştiri için gereken mesafenin insan haklarından kopuşu gerektirmediğini belirtmektedir. İnsan haklarının ütöpik değil, Platoncu anlamda aporetik bir nitelik taşıdığını belirten düşünür, insan haklarının hukukun çıkmazları hususunda hem zehir hem panzehir özelliği taşıdığını belirterek paradoksal tarafına dikkat çekmektedir<sup>452</sup>.

### 3.3. Kelsen'in Normlar Hiyerarşisi Teorisinin Eleştirisi

#### 3.3.1. Hukuki Pozitivizme Farklı Bir Katkı Olarak Hart'ın Eleştirisi

Hart, bir pozitivist olarak Kelsen'e dair eleştirileri ile dikkat çeken bir düşünürdür<sup>453</sup>. Tıpkı Kelsen gibi, Hart da hukukun içinde bir inşa süreci başlatarak iradeci pozitivistimin siyasetle iç içe olarak tasavvur ettiği hukuk düşüncesini aşmaya çalışmıştır. Bu anlamda, teorisini ikinci dünya savaşı ardından yükselen insan hakları teorisine dayalı tabii hukukçu düşüncenin hakim olduğu bir zamanda dile getirmesi ayrıca ilginçtir. Diğer taraftan, Kelsen'den farklı olarak Hart, bulunduğu coğrafyadaki hukuk düşüncesinin de etkisiyle, hukuk kuramını sosyolojik temayüllerin izleğini taşıyacak bir biçimde oluşturmaya gayret göstermiştir.

Hart, hukukun birincil kurallar ve ikincil kurallar olmak üzere iki farklı boyuttan müteşekkil olduğunu ileri sürmektedir<sup>454</sup>. Hart, birincil kuralları toplumda belirli davranışları yasaklayan veya belirli davranışların yapılmasını zorunluluk olarak öngören kurallar olarak tanımlamaktadır. Bu kurallar sosyal düzeni sağlayan ve hukukun temelini oluşturan normlardır<sup>455</sup>. Ancak, söz konusu normlar bir sistem olarak ifade edilmekten uzaktır. Zira, normlara uyulmaması durumunda ortaya çıkacak yaptırımın türü, niteliği, uygulanışı veya normlar arasında meydana gelen çelişki

---

<sup>451</sup> Akbaş K. (2016). “Kısırtıcı Bir İnsan Hakları Analizine Giriş” içinde; Douzinas C. (2016). Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları: Eleştirel Bir Yaklaşım, Ankara, ss. 21-25, s. 24.

<sup>452</sup> Douzinas, a.g.e., s. 99.

<sup>453</sup> Uygur, Hart'ın ve diğer düşünürlerin hukuki pozitivistime dair görüşlerini ele aldığı makalesinde yeni hukuki pozitivistimi “Hukuki Pozitivistimin Değişen Yüzü mü?” sorusuna cevap aramakla açıklamak istemiştir. Uygur G. (2003). “Hukuki Pozitivistimin Değişen Yüzü Mü?”, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 3, ss. 145-176.

<sup>454</sup> Hart H.L.A. (1961). *Concept Of Law*, Oxford, s. 94 v.d.; Cotterell a.g.e., 2018, s. 150

<sup>455</sup> Hart, a.g.e., 2012, s. 91.

durumunda hangisinin uygulanacağı gibi temel hukuki meseleler çözümsüz kalmaktadır<sup>456</sup>.

Hart, yalnızca birincil kuralların işlediği toplumu ilkel toplum olarak kabul etmekte ve toplum içerisinde yaşayan tüm bireylerin içsel bir bakış açısı ile hukuka riayet etmeleri gerektiğini ifade etmektedir. Ancak, bu tür bir rejim, hukuk sisteminden ziyade ahlaki prensiplerin işlerliğine benzeyen bir form olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda Hart'a göre, hukuk sisteminden bahsedilebilmesi için bir toplumda ikincil kuralların işlenmesi gerekmektedir<sup>457</sup>.

İkincil kurallar, birincil kurallardan bir hukuk sistemi inşa eden normlar bütünüdür. Öyle ki, Hart belirlediği üç tür ikincil kural ile birincil kurallardaki üç temel eksikliği gidermeye çalışmaktadır. Bunlar; tanıma kuralı<sup>458</sup>, değiştirme kuralı<sup>459</sup> ve yargılama kuralıdır<sup>460</sup>.

Değiştirme kuralı, hukuk sistemi içerisinde yer alan normların değiştirilme usullerini düzenleyen kurallardır. Böylelikle birincil kurallar rejiminde var olan statiklik giderilerek hukuka dinamik bir yapı kazandırılmış olur. Yargılama kuralları, belirli durumlarda birincil kuralların ihlal edilip edilmediği hususunda yapılacak yargılamanın usulünü belirlemektedirler<sup>461</sup>.

Kelsen'in teorisi ile çatışan esas mesele tanıma kuralının işlevidir. Tanıma kuralı, bir hukuk sistemindeki kuralın o hukuk sistemi içerisinde yer almasını sağlayarak birincil kuralların belirsizliğini gidermektedir<sup>462</sup>. Tanıma kuralı olgusal bir varlığa işaret etmekte olup epistemolojik ve ontolojik bir işleve sahiptir. Bir normun herhangi bir hukuk sistemi içerisinde var olup olmadığı tanıma kuralına başvurularak cevaplandırılmaktadır. Bu durumda, normun uygulayıcıları, uygulanacak normun bilgisine tanıma kuralı vasıtası ile ulaşmaktadır. Diğer yandan, bir norm hukuk sistemindeki varlığını ontolojik olarak tanıma kuralı sayesinde kazanabilmektedir.

---

<sup>456</sup> Hart, a.g.e., 2012, s. 92.

<sup>457</sup> Ceylan Ş. Ş. (2014). *HLA Hart'ın Hukuk Kavramı*, İstanbul, s. 112.

<sup>458</sup> Hart, a.g.e., 2012, s. 94.

<sup>459</sup> Hart, a.g.e., 2012, s. 95.

<sup>460</sup> Hart, a.g.e., s. 2012, 97.

<sup>461</sup> Cotterell, a.g.e., 2018, s. 151. Hart, a.g.e., 2012, s. 95-97.

<sup>462</sup> “İkincil kurallardan biri olan tanıma kuralı birincil kurallar rejiminin belirsizliği için en basit çaredir. Bir kuralın toplumun bir kuralı olarak tanınabilmek için hangi özel niteliklere sahip olması gerektiğini belirler”. Cotterell, a.g.e., 2018, s. 151.

Böylelikle Hart birincil kurallara dair belirsizliği gidermekte ve hukuku dinamik ve kendisini inşa edebilen bir yapıya kavuşturmaktadır. Kelsen'in grundnorm teorisi ile ve Hart'ın tanıma kuralı teorisinin arasında işlev açısından bir benzerlik olduğu hususundaki iddialar gündeme gelmektedir. Grundnorm, Kelsen teorisinin temelinde yer almakta ve ontolojik olarak hukukun varoluş temelini oluşturmaktadır. Bu durumda, bir başka pozitivist kuram olma iddiasında olan Hart'ın hukuk kuramının en önemli parçası olan tanıma kuralı ile grundnorm arasındaki farklılığa değinmek gerekmektedir.

Raymonda Wacks, eserinde bu farklılıkları detaylı biçimde sıralamıştır. Öncelikle, Kelsen'in teorisinden farklı olarak Hart'ın teorisi sosyolojiden beslenen bir teoridir. Kelsen, hukuku saf bir bilim teorisi çerçevesinde ele alma niyetinde olduğundan sosyolojinin hukuka olan etkisini inceleme dışı bırakmaktadır. Bunun tersine Hart, teorisini doğrudan sosyolojinin üzerine bina etmiştir. Zira, Hart'ın teorisinde birincil kuralların içeriği belirsiz olmakla birlikte; kaynağı ve işlevi doğrudan toplumun içerisinde belirlemektedir. Sosyolojiden çıkan kuralların sistematikleştirilmesi ise ikincil kurallar eliyle yürütülmektedir.

Bu durumda, grundnorm ve tanıma kuralı arasındaki ilk fark, grundnormun, fiktif bir varsayım olarak düşünce içerisinde varsayılmasının yanında, tanıma kuralının olgusal oluşudur. İçeriği toplumsal ve siyasal belirlemelerle farklılaşacak olsa da tanıma kuralı olgusal bir niteliktedir<sup>463</sup>. Buradan hareketle, tanıma kuralı maddi bir varlığa sahip olsa da, grundnorm yargısal bilincin mantıki varsayımıdır<sup>464</sup>. Diğer taraftan, tanıma kuralı içeriğinde çeşitli geçerlilik ölçütleri barındırabilirken, grundnorm yalnızca bir tanedir<sup>465</sup>.

Tanıma kuralının varlığının geçerliliğini tartışmak ve var oluşunu ispat etmek için bu etkililik kavramını öne sürmek gerekmez. Ancak, grundnormun geçerliliği etkili oluşuna bağlıdır. Grundnormun etkili olmayışı, tüm hukuk sisteminin geçerliliğinin ortadan kalkmasına sebep olmaktadır. Bu anlamda, tanıma kuralında kuralın etkililiği ve geçerliliği arasında zorunlu bir bağ yokken, grundnorm için bu bağ elzemdir<sup>466</sup>.

---

<sup>463</sup> Wacks, a.g.e., 2015, s. 165.

<sup>464</sup> Wacks, a.g.e., 2015, s. 165.

<sup>465</sup> Wacks, a.g.e., 2015, s. 165.

<sup>466</sup> Wacks, a.g.e., 2015, s.165.

Diğer bir önemli farklılık ise işlevleri bakımından ele alınabilir. Grundnorm, bir hukuk sisteminin değil, ulusal ve uluslararası olarak bütünleşmiş bir hukuk sisteminin tamamının kaynağı olarak işlev sürmektedir. Ancak, tanıma kuralı belirli bir toplumda zaten varlığı kabul edilmiş kuralların sistematikleştirilmesi ve belirsizliğinin giderilmesi vazifesini yürütmektedir<sup>467</sup>. Bu durumda, Kelsen'in ulusal ve uluslararası hukukun birliğini ele alışı Hart tarafından terk edilmiştir. Hart, her bir devletin hukukunun uluslararası hukuk ile bütünleşmesini kabul etmemekte, hukukun birliği tezine karşı çıkmaktadır. Hart ve diğer hukuki çoğulculuğu kabul eden kuramcılar, dünyada tekil devletlerin bir araya gelerek tek bir hukuk sistemi tarafından idare edilme olasılığını tümüyle reddetmemektedirler. Yine de, günümüzde bir çok yargılama sistemi olan tanıma pratikleri ve temel geçerlilik standartları bulunmaktadır. Hart'a göre bu durumda ulusal ve uluslararası hukukun birliği görüşü global hukuk düzenini açıklamakta yetersiz kalmaktadır<sup>468</sup>.

Hart, hukuki pozitivizmin temelini değiştirmekle, Kelsen'in teorisinin tartışmalı kısmı olan "grundnormun " içeriğinin belirsizliğini terk etmiş, hukuki geçerliliği daha somut kurallar etrafında açıklamaya çalışmıştır. Bunu yaparken, tabii hukukun metafizik anlatılarına yaslanmayarak, hukukun maddi imkanları içerisinde bir teori ortaya koymuştur. Hart'ın ardından eleştirel hukuk çalışmaları teorisi, hukukta Kelsen'in de aralarında bulunduğu hukuk teorisyenlerinin büyük anlatı kurma deneyimlerini eleştirmiştir. Yine de, eleştirellerin hukuk yorumcusunu açıklama biçiminin Kelsen ile benzeşir bir yanı bulunmaktadır.

### 3.3.2. Yorumun Yükselişi ve Hukukun Sistem Olarak Eleştirisi

Kelsen'in 1930'lu yıllarda hukuku bir sistem olarak inşa ederek hukuka bilimsel bir nitelik kazandırmaya çalıştığı sıralarda Amerika'da hukukî realizm akımı etkisini artırmaktaydı. Esas olarak, Amerikan hukuki realizm akımı, hukukun tek başına normatif sistemlerden oluşmadığını, yargıçların hukuku uygulayarak normları reel hayata kazandırdıklarını, bu itibarla hukukun yargıcın normu uygulaması olmaktan ibaret olduğu temelinde şekillenmektedir. Mahkemenin yorumlarının hukukun

---

<sup>467</sup> Wacks, a.g.e., 2015, s. 165.

<sup>468</sup> Hart, a.g.e., 1961, s. 208-231. Vinx L. (2016). "The Kelsen-Hart Debate: Hart's Critique of Kelsen's Legal Monism Reconsidered", *Hans Kelsen in America Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, ss. 59-83, s. 60.

merkezinde olduğu tezi, Kelsen’in normların normlara kaynaklık edebileceği, bu sebeple iradenin norm yaratamayacağı tezine karşıtlık teşkil etmektedir.

Kelsen, yorum kuramında yorumcunun aktif bir süje olduğunu belirtmektedir. Bu anlamda, hukuki realizm akımının yargıç temelli hukuk idrakine yakınlık göstermektedir. Ancak, hukuki realizm, hukuki pozitivizmi sınırlayıcı bir bağlamda tasavvur etmekte, hukuka yorumcunun psikolojik, sosyolojik değeriinin etki ettiğini belirtmektedir. Kelsen de her bir yorumcunun farklı şekilde normu yorumlayacağıının ve bu yorumların hangisinin diğeriinden üstün olduğuna dair bir ilkenin kabulünün mümkün olmadığıının farkındadır. Ancak, Kelsen hukuk teorisini doğrudan bu kabul üzerine inşa etmemektedir. Saf hukuk kuramı, normlar hiyerarşisi kabulü ile yorumcunun uyguladığı normun yaratma zinciri içerisindeki konumunu belirleyerek onun geçerliliğini bilimsel olarak sorgulamaktadır. Amerikan hukuki realizmi ise, doğrudan yargıçların geliştirdiğı içtihatları ve uygulamayı hukuk teorisinin merkezine alarak incelemektedir.

Amerikan hukuki realizmi, 19. ve 20. yüzyıllarda hukuki formalizme getirilen eleştirileri temel alan bir hukuk ekolüdür. “Hukukun belirsizliğı” kavramı teorisinin merkezinde yer almaktadır. Hukuki pozitivizmin, normatif bir sistem ile inşa ettiğı hukuk düşüncesinin hukuku belirsiz kıldığı düşüncesiyle, hukuki kavramlar setine şüphe ile yaklaşmışlardır<sup>469</sup>. Özellikle, Holmes’ün hukuki kavramlara olan şüpheci yaklaşımı teorisinin oluşmasına önemli bir katkı sağlamıştır.

Amerikan hukuki realizmi, Jerome Frank’in yaptığı ayrımla, kural şüpheciliğı ve olay şüpheciliğı olarak iki grup halinde incelenebilir<sup>470</sup>. Kural şüpheciliğı, Karl Llewellyn’in öncülük ettiğı bir görüş olup, hukukun normlardan ibaret olmadığı, devletten önce var olan toplumsal düzenin gelişim ile birlikte olgunlaştığı savından hareket eder. Toplumsal düzen bozulduğunda devreye giren hukuk, toplumsal düzenin yeniden tesisi fonksiyonunu yerine getirmektedir. Llewellyn Hukuk kurallarını gerçek kurallar (paper rule) ve kağıttan kurallar (paper rule) olarak iki boyutta ele alır. Hukuk uygulayıcılarının uyguladığı normların gerçek kurallar olduğunu belirten Llewellyn, bu normların hukuk kuramcıları tarafından incelenmesi gerektiğı kanısındadır.

---

<sup>469</sup> Akı E. İ. (2008). Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 32.

<sup>470</sup> Akı, a.g.e., s. 33.

Kağıttan kurallar, yasa koyucunun belirli bir zamanda kabul ettiği normlardır. Hatta, zamanın gerisinde kalması sebebiyle uygulanma olanağı bulamayan normlar söz konusudur. Bu durumda, kanun koyucunun kabul ettiği normlar ancak hakime yardımcı kaynak teşkil edebilecektir.

Olay şüphecileri ise, Jerome Frank tarafından temsil edilmektedir. Frank, hukuki belirsizliğin hukuka zarar vermediğini, aksine hukuka dinamik bir karakter kazandırarak onu toplumun değişen şartlarına uyarladığını ifade eder. Hukuka bu dinamizmi veren ise hakimlerdir. Geleneksel formalist anlayışta hakim, hukukun ağzıdır. Oysa, Frank hakimin hukuku uygulamanın yanı sıra onun yaratıcısı olduğunu iddia etmektedir. Yargılama ise, her bir hukuk uygulayıcısının her bir dava için hukukun yeniden yaratılması sürecidir. Bu sebeple, yargılamanın neticesinin önceden tahmin edilmesi olanaksızdır. Frank de Llewellyn gibi, kuralların hakime rehberlik ederek yardımcı kaynak olduklarını, bunun ötesinde ne tek bir araç olduğunu ne de kesinlik kriteri taşıdığını belirtir. Frank, kurallara olan güvensizliğini üç sebeple aktarmaktadır; *“Kuralların pek çoğu iyice yerleşmemiş olup belirsizdir, bazı kurallar açık ve kesin olduğu halde, olayların değerlendirilmesindeki çeşitli faktörler sebebi ile bu kurallar güven sağlayamazlar, hakim veya jürinin muhakeme sırasında olaylar hakkındaki sübjektif tahminleri önceden kestirilemeyeceğinden hangi hukuki kuralların kullanacağı da bilinemez”*<sup>471</sup>. Realist hukuk kuramı, Amerikan hukukunda oldukça etkili olup; kuramı, yargının hem hukukun gelişiminde hem de siyasi sorunların çözümünde gösterdiği aktif rolün sebeplerinden birisi olarak görmek mümkündür. Nitekim yorum teorisi, Amerikan yüksek yargısının kararları etrafında gelişmiş, *judicial activism*, *judicial self-restraint*, *formalist textualism*, *felxible textualism*, *originalism* gibi yorum teorisinde temellenen hukuki kavrayışlar ortaya çıkmıştır.

Kelsen, normativist pozitivist bir kuramcı olsa da, yorum teorisine bakışı ile realist kuramcılara yakın bir anlayış ortaya koymaktadır. Bir kere, Kelsen, hukuki geçerliliği üst normdan alt norma gelen, yukarıdan aşağı bir çizgi ile tanımlamamıştır. Kelsen, uygulanan en alt normun geçerliliğinin sınanmasını normlar hiyerarşisinde yaratma

---

<sup>471</sup> Jerome Frank, “What Courts do in Fact? Part I,” s.645,650, Ill. L.Rev., 1931-1932, Vol.26. Frank’tan özetle aktaran: Gürkan, Hukuki Realizm..., s.67., Akı, 2008, s. 40.

zincirine göre belirlemektedir<sup>472</sup>. Bu sebeple, yorumcunun normu uygularken ortaya koyduğu bakış açısı, Kelsen'in saf hukuk kuramının ihmal ettiği bir gerçek değildir. Nitekim, Kelsen anayasa yargısına negatif yasa koyucu görevi yüklemekle, realist yorum teorisine yaklaşan görüntüsünü sürdürmektedir. Bununla birlikte, realist hukuk kuramı ile ayrıştığı husus hukukun bilim temelinde izahıdır. Realist kuramcılar, hukuku sosyal bir olgu olarak kabul etmekte, Amerikan pragmatizminin bir etkisi ile insan faktörünün hukukun oluşması ve uygulamasında edindiği merkezi rolün etkisini temel açıklama ve anlamlandırma sahası olarak belirlemektedir. Ancak, Kelsen, saf hukuk kuramı ile hukuku diğer bilimler gibi bilimsel bilginin konusu yapmak istemektedir. Saf hukuk kuramının ilk edisyonunda hukukun oluşumunda iradenin rolünü sadece yorum teorisi ile sınırlı tutan Kelsen, Amerika'da yaşadığı sırada realist yorumun etkisi ile grundnormun iradi bir yanının olabileceğini ifade etmiştir.

Hukuki realizmin, hukuk uygulayıcısını ve yorumu merkeze alan teorisini Amerika'da 1970'lerde ortaya çıkan Eleştirel Hukuk Çalışmaları (EHÇ) teorisi takip etmiştir. EHÇ, hukuki pozitivizm ve liberal teoriye dayanılarak oluşturulan tüm hukuk kuramlarını sarsıcı biçimde eleştiriye tabi tutmuş, hukuk ve politika arasındaki ayrılmaz ilişkiyi, daha doğrusu politikanın hukuk üzerindeki hakimiyetini ortaya koymaya çalışmıştır. Hukuki pozitivizmin de temel iddiası, esasında, hukuk ve ahlak ayrımını ortaya koyarak hukukun değerden bağımsız biçimde var olup olamayacağını sorgulamaktır. Ancak, analitik pozitivist kuram hukukun egemenin iradesinden neşet eden buyruk olarak tanımlamakla hukuku, doğrudan siyasal alanın içerisinde üretilebilir bir ürün olarak metalaştırmaktadır.

Elbette, analitik pozitivistin liberal ekonomik düzenin savunucusu olan Jeremy Bentham tarafından ortaya konulduğu dikkate alındığında, burjuva liberal düzeninin karşısında durabilecek *ancien regime* taraftarlarını saf dışı bırakma amacını güden bir teori olduğu değerlendirilebilecektir. Diğer yandan, analitik pozitivist karşıtı olan normativist pozitivist kuram, hukuku bilimsel temelde izah ederek saf bir hukuk kuramı oluşturma gayreti içerisinde. Eleştirellerin sorusu ise saf, değerden arınmış bir hukuk sisteminin var olup olamayacağına ilişkindir<sup>473</sup>.

---

<sup>472</sup> Gözler K. (1998) Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, Cilt 15, s.207-243, s. 215.

<sup>473</sup> Akbaş K. (2006). *Hukukun Büyübozumu*, İstanbul, s. 111.

Eleştirellere göre, hukukun değerden ari bir pozitif bilim olarak kabulü mümkün değildir. Esasında pozitivizmin liberal teori ile uyumlu bir şekilde ilerlediği; liberal teorinin yasama organı tarafından oluşturulan, burjuva dünyanın ekonomik değerlerini önceleyen kuralları hukuk olarak düzenleme isteği ile yükseldiği ifade edilmektedir.<sup>474</sup>.

Oysa eleştirellere göre hukuk belirsizdir. İçerik yönü ile değerlendirildiğinde realistlerin daha önce ifade ettiği üzere, yoruma göre değişebilen bir içeriğe sahiptir. Bu anlamda hukuk, bir toplum düzeni içerisinde var olan sosyal gruplar arasındaki ideolojik mücadelelerin değişken ve istikrarsız uzlaşımından ibarettir<sup>475</sup>.

Bir hukuksal uyumsuzluğun hukuki akıl yürütme ile çözüme kavuşturulması makul, yetkin ve adil insanları belirli uyumsuzluklarda belirli sonuçlara götüren bir süreç değildir<sup>476</sup>. Hukuk bir dil, kültür ve bilgiler toplamıdır ve hukuksal akıl yürütme ile varılan sonuç, mutlak bir sonuç olmayıp diğer herhangi bir çıkarım da bir sonuç olarak ifade edilebilir<sup>477</sup>. Bu sebeple, eleştireller hukuksal belirsizliğin mutlak olduğunu ve hukuk devleti idealiyle yapılanın, realitede cereyan eden şeyleri maskeleyerek belirli bir azınlığın tercihlerinin toplumun tümüne empoze etme işlevini gördüğünü ifade etmektedir<sup>478</sup>.

Eleştirel teori, pozitif hukukun değerden bağımsız bir hukuk yaratma amacını gerçekleştiremeyecek bir ideal olarak tanımlamıştır. Hukukun yalnızca hukuk aracılığı ile kavranabilmesinin mümkün olmadığını, sosyal ve siyasal birçok etmenin hukukun içerisine dahil olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte, elbette, eleştirel hukukçular hukukun değerler sisteminden beslenmesini olumlamamaktadırlar. Onların yaptığı yalnızca bir tespit ve hukuka dair söylenen genel kabullerin sorgulanmasıdır. Her ne kadar hukukun tabii hukukçu yorumunun çağ dışı olarak yorumlandığı görülse de,

---

<sup>474</sup> “Çoğu zaman günlük politik ve ekonomik çıkarların güvencesi olarak işlevsizleştirilen hukuk, adalet idesi ile olan bağlantısı kaybettirilerek sıradan vatandaşın anlamakta ve çözmekte hemen tamamıyla yetersiz kaldığı bir normlar hiyerarşisi yığına dönüştürülmektedir. Sistemin –politik, ekonomik ve hatta kültürel– muktedirlerinin ihtiyaçlarının karşılanabilmesi amacı doğrultusunda kendilerinin dilediklerince şekillendirebildikleri bir kalıba tahavvül ettirilmek istenen hukuki düzenlemeler / kurallar alanı ise toplumun geri kalanının sıkı bir biçimde itaat etmesi beklenen yarı kutsallaştırılmış bir fenomen haline getirilmektedir.” Akman Ş.T. (2012). “Hukuk Politika İlişkisi Bağlamında Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi”, *AÜHFD*, 61 (4), ss. 1271-1306, s. 1283.

<sup>475</sup> Aktaş S. (2011). *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, İstanbul, s. 85.

<sup>476</sup> Akbaş, a.g.e., 2006, s. 97.

<sup>477</sup> Akbaş, a.g.e., 2006, s. 98.

<sup>478</sup> Aktaş, a.g.e., 2011, s. 83.



hukukun siyasal ve politik argümanlardan etkilenmediğini ifade etmek mümkün değildir. Bu durum, hukukun yalnızca edilgen bir yapı olduğu çağrışımını gerektirmemektedir. Sosyal bilimlerin parçalı dünyasında hukuk da toplumsal psikoloji, iktisat, ahlak, sanat ve siyaseti doğrudan etkilemektedir. Eleştirellerin hukuki kavramları tek düze ele alınmasına dair yaptığı eleştiriler, bu ilişkiyi ortaya koymaları bakımından oldukça mühimdir.

Kelsen'in teorisi, her ne kadar hukukun bilimselliğini amaçlasa ve yorum teorisinde yargıcın rolünü sınırlı tutsa da, anayasa yargısına yüklemiş olduğu görevler, onu eleştirel teorisinin yargıç merkezli hukuk okumasına yakınlaştırmaktadır. Nitekim, Kelsen'in yargıçlara anayasanın koruyuculuğu rolünü atfetmesi ve onları negatif yasa koyucu olarak nitelemesi, teorisini dayandığı hukuku bilimsel bir temelde açıklama amacından bir sapma olarak görülebilir. Ancak, Kelsen anayasa yargısının rolünü, anayasalardan birçok anlama gelebilecek belirsiz ifadelerin çıkarılmasıyla sınırlandırmaya çalıştı. Bununla birlikte, Kelsen sonrasında, hukukun bir yorum faaliyeti olduğu ve hukukçuların yorum sırasında elde ettiği baskın rolün etkisi, Kelsen'in oluşturduğu tüm kurumsal anlatıların dönüşmesini gerekli kıldı. Nihayetinde, eleştirel hukuk teorisyenleri, hukukun bilimselliğini ve normatif düzenin baskın karakterini kabul etmemekle Kelsen'in sisteminden ayrılırlar da, Kelsen'in anayasa yorumcuları olan anayasa mahkemesi üyelerine yüklediği görevler, hukuki realizm<sup>479</sup> ve eleştirel teorisinin yorumculara yüklediği misyonlarla benzeşmektedir<sup>480</sup>. Yine de, Kelsen'in bilimsellik kaygısının özellikle 1970 sonrası eleştirel teorisinin etkisi ile hukuk düşüncesinde zayıfladığı söylenebilir. Bu tarihlerden itibaren, hukuk düşüncesinde baskın olan, hak temelli yorum ve hukukun asgari olarak hakları

---

<sup>479</sup> Kelsen'in hukukî realizm ile benzeştirdiği düşüncesi için bkz. Chiassoni P. (2016). "Wiener Realism", *Hans Kelsen in America Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, ss. 131-163, s. 138.

<sup>480</sup> Buradaki benzeşmenin esas sebebi Uzun'un önemli bir çalışmasının başlığı olan "Hukuk Yorumdur." önermesinin bir gereği olduğu kanaatindeyiz. Ertuğrul Uzun'un " 'Hukuk, yorumdur.' derken, yorum dikkate alınmadan hukuk hakkıyla anlaşılamaz denmiş olur. Hukukun kurucu, yapıcı yahut yaratıcı unsuru/faktörü yorumdur." ifadeleri ile belirttiği üzere yoruma dair bir söz söylemeden hukuk teorisinden bahsetmek mümkün değildir Uzun E. (2014). Hukuk Yorumdur, İÜHF, Cilt 72, Sayı 1, ss. 99-104, s. 99. Uzun'un makalesinden devamla bitirecek olursak "...çünkü hukukun yaratıcı, kurucu unsurunun yorum faaliyeti olduğu dikkate alınmadan inşa edilecek bir hukuk teorisi, eksik kalmaya mahkûmdur. Bir hukuk teorisi, ancak bir yorum teorisi olarak anlamlı olabilir. Zaten bir olgu olarak varolan kuralların yorumuna dair bir şey söylemedikten sonra, olguya var demenin ne anlamı olabilir?... " Uzun, a.g.e., s. 103.

koruyan bir sistem şeklinde tasavvur edilmesidir. Bunu da Dworkin'in hukuk kuramında sistemleştirdiğini görmekteyiz.

### 3.3.3. Dworkin Hak Temelli Hukuk Anlayışı ve Normatif Hukuk

Dworkin, bir İngiliz hukukçu olarak teorisi ile 20'nci yüzyıl hukuk felsefesini etkilemiş önemli bir düşünürdür. 1970'li yıllarda olgunlaştırdığı teorisi ile ne pozitivist bir hukuk kuramcısı ne de tabii hukuk savunucusu olarak bir tarafta yer almıştır. Dworkin'in esas amacı pozitif hukuk normlarının uygulanmasında ortaya çıkan yorum sorunlarının aşılmasını sağlayarak; temel hakların korunduğu, ancak sistematik bir normatif düzen olma vasfını yitirmeyen bir hukuk kuramı inşa etmektir<sup>481</sup>.

Dworkin'in hukuk kuramı, tabii hukuk ve pozitif hukuk teorilerini kapsamakta ve bir yargılama kuramı inşa etmektedir. Dworkin, öncelikle bir kurallar sistemi olarak hukuku ele almaktadır. Ona göre hukuk, pozitif hukuk kuramcılarının ifade ettiği üzere bir normlar sistemidir. Ancak, onlardan farklı olarak hukuku yalnızca normların değil ilkelerin de oluşturduğunu ifade etmektedir<sup>482</sup>.

Dworkin, ilkeler ve normları bir arada düşünerek hak temelli, bütüncül bir hukuk kurgusu oluşturmaya çalışmaktadır<sup>483</sup>. Klasik doğal hukuk teorisyenlerden farklı olarak tabii hakları devletin ve hukukun dışında ve üzerinde konumlandırmak yerine, hak temelli hukuki ilkeler ve normlar çerçevesinde bir kuram oluşturma çabasıdır. Elbette bu çaba yalnızca Dworkin'in ortaya koyduğu bir çaba değildir. Kelsen'in yalnızca norm temelli, normun geçerliliği ve etkililiği dışında herhangi bir metafizik

<sup>481</sup> Dworkin haklar kuramına yaklaşımını izah ederken; teorisinin modern hukukî pozitivist teorisinin kurucusu olan Bentham'ın eleştirdiği biçimde haklara metafizik bir nitelik atfetmediğini izah eder. Dworkin hakları bireylerin ellerinde tuttuğu siyasal kozlar olarak ifade eder ve hukuk onların kazanımlarını ya da arzularını korumadığında haklarını ileri sürerek kendilerini korumaktadırlar. Dworkin R. (2007). *Taking Right Seriously*, Massachusetts, s. xi.

<sup>482</sup> Dworkin, yargıçların ilkeler üzerinde hareket ederek bireylerin haklarını koruduğu hukuk teorisi tasarlamaktadır. Dyzenhaus D. (2007). "The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle", *Ronald Dworkin*, (Ed. Arthur Ripstein), Cambridge University Press, s. 61.

<sup>483</sup> "Dworkin'in hukuk felsefesi hukuk düzenini bir bütünlük içerisinde ele alarak somut kurumsallaşma modeli önermektedir. Temsili demokrasi siyasal yapılanması içerisinde özgürlükçü bir toplum düzeni gerçekleştirilecek, liberal ekonomi benimsenecek, ideal bir ahlaksal eşitlik anlayışı düzeni hedeflenecektir<sup>14</sup>. Üstat bu anlayışını *Fondation of Liberal Equality* adlı yapıtında açıkça dile getirmektedir. Hukuk düzenlerinin amacı bireyin esenliğidir. Toplumdaki her birey doğal haklarından eşit bir biçimde yararlanma konumundadır. Hukuk düzenlerinin işlevi bu hak ve özgürlükleri sistemleştirmekten ibarettir. Eşit yararlanma olgusu ahlaksal bir ilkedir. Eşit konumda olan birey, 'diğer eşit bireyin hak ve özgürlüğüne saygı gösterirken ahlaksal bir sorumluluğu sergilemektedir. Ahlaksal sorumluluğu, tıpkı Fransız Devriminin ilkelerinde olduğu gibi 'kardeşlik-fraternité' bilincine dayandırmak gerekir. Kardeşlik bilinci eşitlik bilincini doğurmaktadır. Bu tür bir sorumluluk toplumsal yarar açısından da önem taşır. Birbirine saygı düzen sağlar, kaosu ortadan kaldırır" Öktem N. (2011). "Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 28, s. 90.

kriteri hukukun içerisinde barındırmadığı teorisi geride bırakılarak, Hart tarafından hukukun temel ilkeler üzerine bina edildiği yeni bir teori de inşa edilmiştir.

Dworkin ise ilkelerin hukuk içerisine dahlini, tanıma kuralı gibi bir normatif inşa etrafında kurgulamamaktadır. İlkelerin hukukun dışarısında kabul edildiği bir pozitif düzeni kabul etmez. Daha doğrusu, bir tanıma kuralı kabul edilecekse bunun ilkeleri de içeren bir yapıda kurgulanması gerektiğini ifade eder<sup>484</sup>. Zira Dworkin, zor davalarda<sup>485</sup> hukukun sistematik olarak bir vakayı çözüme kavuşturabilmesi için ilkelerin somut olaya uygulanmasının zorunlu olduğunu ifade eder. Bu durumda, pozitivist kuramcıların kabul ettiği üzere, norm olarak kabul edilmeyen ilkenin doğrudan uygulanması hukukun metafizik olarak kurgulanması sonucunu doğurmaz<sup>486</sup>. Ancak, hangi ilkenin öncelikli uygulanacağı ve ilkeler arasında ortaya çıkabilecek çelişkilerin nasıl giderileceği bir mesele olarak ortaya çıkar. Bu durumda Dworkin, yasa koyucu yerine, bir yargılama kuramı inşa ederek yasa uygulayıcıya misyon yüklemektedir<sup>487</sup>. Dworkin bir Yargıç Herkül (*Judge Hercules*) tasavvuru ile idealindeki hukuk uygulayıcısını resmetmektedir.

Adaletin tesisinde adil dengeyi gözetecek olan yargıcı “Yargıç Herkül” olarak adlandırarak açıklamaya çalışır<sup>488</sup>. Yargıç Herkül, felsefi bir hakimdir ve insanüstü beceri, öğrenme, sabır ve dirayete sahiptir<sup>489</sup>. Herkül, bu insan üstü yetileri ile adalet ve hakkaniyet temelli bir hukuk yorumu oluşturacaktır. Herkül hakkaniyete dayalı adil olan tek doğru cevabı, ilkeler ve normların bütünlüğünde oluşturduğu hukuk anlayışı ile bulabilecektir. Herkül, bu anlamda zor davalarda takdir yetkisini kullanmaz,

---

<sup>484</sup> Dworkin a.g.e., 1978, s. 43.

<sup>485</sup> Zor dava hukukun adillığının sınanıldığı, pozitif normların adil olanı belirlemede yetersiz kaldığı ve ilkelere başvurulması gereken davalardır. Pozitivizmin ifade ettiği üzere zor davalarda tarafların haklarını belirleme hususunda hakimlerin takdir yetkisi olduğunu Dworkin kabul etmez. Zor davalarda dahi hakim görevi tarafların haklarını belirlemektir. Dworkin, a.g.e., 1978, s. 81.

<sup>486</sup> Pozitivistler ise aynı fikirde değildir. Neticede ilke ahlaki bir değer içerir. Pozitivizm ise hukuk ve ahlakın ayrılması gerektiğini savunurlar. Ancak bu husus da tartışmalıdır. Zira, bazı pozitivist düşünürler hukuk ve ahlakın keskin bir şekilde ayrılması gerektiğini düşünürken, bazıları hukukla ahlakın asgari bir ilişkisinin olması gerektiğini savunmaktadırlar. Meselenin ayrıntılı bir şekilde analizi için bkz. Uygur G. (2003), “Hukukî Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, *AÜHFD*, 52 (3), s. 155.

<sup>487</sup> Akbaş K. (2015). “Ronald Dworkin, Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir Yargılama Kuramına”, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, İstanbul, s. 198.

<sup>488</sup>

<sup>489</sup> Dworkin’in Herkülü, ilkelerin belirlenmesi için insan üstü öğrenme, sabır ve dirayet yeteneklerine sahiptir. Dworkin (1978) s. 105. Diğer yandan Herkül, anayasal meselelerle uğraşırken hukuka bütüncül bakmakta ve ilkelere dayalı olarak yorum yapmaktadır, iş yükü baskısı altında değildir, toplum baskısından uzakta ve Olimpos’ta meslek yaşamını sürdürmektedir. Dworkin R. (1986). *Law’s Empire*, Harvard University Press.

ilkelerden hareketle insanüstü yetileri sayesinde hukukun hükümlerliğini inşa eden bir yorum faaliyetinde bulunur. Hukukun hükümlerliğini inşa eden Herkül, yeni bir hukuk oluşturmaz. Zira, adil olan nokta somut olayın yargılanması içerisinde ve Herkül ilkeler ve normların bütünleştirildiği zihninde adil olanı bulup çıkarır.

Dworkin Herkül'ü Minerva'ya<sup>490</sup> benzetmektedir. Minerva zamanlar ve mekanlar arasında salınıp durarak tarihin içerisinde en doğru olanı keşfetmektedir. Herkül de normlar ve ilkeler etrafında bir yargılama faaliyeti yürüterek adil olanı bulma çabasıdır<sup>491</sup>. Peki Herkül adil olanı belirlerken hakkaniyet temelli yaklaşımı nasıl bir metotla gerçekleştirmektedir?

Herkül'den beklenen, somut uyuşmazlıkta adil olanı belirlemesidir. Bu durumda, hakkaniyet temelli yorum Herkül'ün birincil ödevidir. Herkül bunu yaparken elbette bir normu yorumlamak durumundadır; yorumunda ise yasa koyucunun niyetini araştırmak durumunda değildir. Zira, normun oluşturulduğu yasama organında öncelenen mesele, siyasi bir öncelik içerebilir, parlamenterler farklı kanaat ve beklentilerle yasanın içeriğini oluşturmuş olabilirler<sup>492</sup>.

Herkül bir hikâye tamamlayıcısıdır. Geçmişte parlamento tarafından yazılmaya başlanan bir hikâyenin bütününe haklı çıkarma gayretindedir<sup>493</sup>. Bu sebeple, hakkaniyet çerçevesinde normatifliğin demokratik hukuk devleti ile uyumlu olmasını sağlayacak bir yorum yapmak durumundadır. Yorum yaparken ise geçmiş yargı kararlarından ve hukuk kültüründen beslenir. Herkül yasayı yorumlarken metafizik olan bir değer değil, hukuk kültürünün inşa etmeye çalıştığı adil bir karar noktası belirlemeye çalışmaktadır.

Dworkin hukukun yorumdan ibaret olduğunu ifade ederek uygulayıcının aktif bir rol oynadığını baştan kabul etmiştir. Uygulayıcının bakış açısı ile hukuk kültürü, hukukun

---

<sup>490</sup> Minerva veya Athena Klasik Yunan Mitolojisinde Baş Tanrı Zeus ve Hikmet Tanrıçası Metis'in kızıdır. Efsaneye göre Tanrı Zeus'un başından doğmuştur ve Zekâ Tanrıçası olarak bilinmektedir. Tarihin her döneminde zekâdan, yiğitlikten ve adaletten yana olmuştur. Can Ş. (2011). *Klasik Yunan Mitolojisi*, İstanbul, s. 64-65.

<sup>491</sup> Bir köprü inşasında, der Dworkin, mühendis içten dışa doğru çalışır ve bu durumda hangi sorun ile karşılaşacağını bilmez. Bir sorunla karşılaştığında ise metalürjinin ve pratik fiziğin temel ilkelerine giderek o sorunu çözmeye çalışır. Herkül metaforu ile hukukta yapmaya çalıştığı şey de benzerdir. Hukukun belirli birtakım meşrulaştırıcı ilkeler barındırdığını söyler. Dworkin R. (2006). *Justice in Robes*, Harvard University Press, s. 53-57.

<sup>492</sup> Dworkin, a.g.e., 1986, s. 313.

<sup>493</sup> Dworkin, a.g.e., 1986, s. 338.

somutlaşmasını etkileyecek temel unsurlardır<sup>494</sup>. Dworkin, Yargıç Herkül’ün zor davalarda aldığı kararlarda tarafların hakları olduğunu ve bu sebeple her bir hakkı muhafaza edecek biçimde karar alması gerektiğini ifade eder<sup>495</sup>.

Esasında Dworkin Herkülle birlikte liberal hukukun temellerinde yer alan çelişkili durumların üstesinden gelmeyi arzulamaktadır. Hukukta yorumda hâkimin takdir yetkisinin varlığı ve bunun sınırı, zor davalarda Herkül’ün karşılaştığı problemlerdir. Herkül yok olmak üzere olan küçük bir balık türünün neslinin yok olmasını önlemek için türlerin geleceğini koruma altına almayı amaçlayan bir yasanın, iç işleri bakanına baraj inşaatını durdurma yetkisi verip vermediğini gibi çelişkili durumları tartışmak durumundadır<sup>496</sup>.

Dworkin, hukukun yoruma dayanan bir kavram olduğunu belirtir. Verilen her bir yargı kararının tartışmalardan kurtulamayacağını da bilincindedir<sup>497</sup>. Ancak Dworkin, bütünlük olarak hukuku savunur ve hakların korunması için ilkelerle normların bir arada yorumlandığı bir metodun geliştirilmesini zaruri görür. Herkül’ün siyaset yapıyor iddiası ile suçlanması, sahtekâr veya kibirli olduğu suçlamalarına aldırmaşızın, ilkelerle normların bir arada yorumlandığı, ilkelerin normları öncelediği bir yorum teorisi geliştirmeye çalışır<sup>498</sup>.

Dworkin’in yorum hususunda ilkeleri öne çıkarması ve yargıcın pozitif hukuku aşarak ilkelere dayanan yorum yapabilme salahiyetine sahip olduğu düşüncesi, hak eksenli ve göreceli bir yargı erki tasavvur etmiştir. Bu durum, Kelsen’in yorum teorisinde ulaşmaya çalıştığı bilimsel kesinliği zedeleyecektir. Ancak bu belirsizlik durumu, hakların korunması için gereklidir ve Kelsen’in teorisinde yer verdiği kurumların dönüşümünü gerektirmektedir.

Saf hukuk kuramının anayasa yargısına biçtiği rol, anayasa yargısının dünya genelinde kurumsallaşması ile birlikte dönüşmüş ve farklı teoriler çerçevesinde eleştirilere tabi

---

<sup>494</sup> Demirdal, kanunda boşluk olduğu durumlarda yargıcın takdir hakkını kullanması ile normların dayandığı ilkelerin hukukta belirliliği ve adaleti sağlama işlevinin gözlenebileceğini belirtir. Dworkin’in teorisinde, yargıcın rolünün bir kanun koyucu gibi davranmak olmadığını ifade eder. Bunun yanında, Dworkin’ teorisinde, yargıçların keyfiliğe ve serbestiye kaçmaksızın takdir hakkını kullanarak ilkelerin hukuk içerisinde yer almasını sağlama görevi olduğuna dikkat çekmektedir. Demirdal B. (2014). “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü”, *GÜHFD*, Cilt 18, Sayı 3-4, ss. 789-820, s.817.

<sup>495</sup> Dworkin, a.g.e.,1986, s. 313.

<sup>496</sup> Dworkin, a.g.e.,1986, s. 313.

<sup>497</sup> Dworkin, a.g.e., 1986, s.. 410.

<sup>498</sup> Dworkin, a.g.e.,s. 258 v.d.

tutulmuştur. Bir sonraki bölümde, anayasa yargısının saf hukuk kuramındaki görevlerine ilişkin kurumsal dönüşüm ve bu bağlamda getirilen teorik eleştiriler ele alınacaktır.

### 3.3.4.Yeni Tabii Hukuk Düşünürlerinin Kelsen’e Yönelttiği Eleştiriler

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, savaş öncesi ve sırasında pozitif hukuk bakımından geçerli addedilebilecek normlarla insanlığa karşı suçlar işlendiğinden hukukun meşruiyetine dair sorgulamalar tekrar başlamıştır. Doğal hukukun hukukun kaynağı olup olmayacağına dair tartışmalar tekrar başlamış, ancak bu başlangıç doğal hukukun içeriğinin nasıl belirleneceği, bu içerği belirlemeye kimlerin yetkili olacağı ve zaten anayasanın devletin keyfi uygulamalarını önlemeyecek yeterli düzenlemelere sahip olup olmadığı gibi soruları beraberinde getirmiştir<sup>499</sup>. Almanya’da 1945 sonrası bu tartışmalar hukuk uygulayıcılarını etkilemiş, federal yargıçlar kararlarında doğal hukuk öğretisini dayanak olarak kabul etmişlerdir. Yüksek mahkemelerin de doğal hukuku somut uyuşmazlıkların çözümünde uygulaması alt derece mahkemelerinin içtihatlarına uygun karar vermek saikiyle tabii hukuku tatbik etmelerine imkan sağlasa da; doğal hukukun pozitif dayanaktan yoksun oluşu, içeriğinin yorumcular tarafından belirlenmesi, yargıç pozitivismi yoluyla bir gerekçelendirme, norm koyma veya norm elde etme yolunun açılmasına sebep olmuştur<sup>500</sup>. Buna benzer tartışmalar doğal hukukun tatbiki ve nazari olarak açıklanmasında gündemdeki yerini almaktadır.

Yeni tabii hukukçuların Kelsen’e yönelttiği eleştirilerin başında, onun bir hukuki pozitivist olarak hukuk ve ahlak arasındaki bağa teorisinde yer vermemesi gelmektedir. Yeni tabii hukuk teorisinin güçlü temsilcisi Robert Alexy’nin getirdiği eleştirilere değinmek gerekmektedir. . Alexy, doğruluk argümanı (*argument from correctness*) olarak kurguladığı teorisinde hukuki pozitivismi eleştirmektedir<sup>501</sup>. Alexy, hukuki pozitivismin ahlak ve hukuk arasında zorunlu bir bağ olmadığını kabulünü tümelci bir yaklaşım olarak görür ve bu durumun onu başarısızlığa sürüklediğini belirtir<sup>502</sup>. Doğruluk iddiasının hukuku ideal bir boyuta taşıdığını ve evrensel bir ahlakla temellenebileceğini ifade eder. Temel ahlaki prensiplerle

<sup>499</sup> Rüthers ve diğerleri, 2020, s. 172. Par. 264.

<sup>500</sup> Rüthers ve diğerleri, a.g.e., s. 172, par. 266.

<sup>501</sup> Arıkan E. (2020). Robert Alexy’nin Doğruluk Argümanının Değerlendirilmesi, SÜHFD, Cilt 28, Sayı 3, ss. 1303-1341, s. 1308.

<sup>502</sup> Heper A. (2005) Alexy’nin Hukuksal Pozitivism Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki, HFSA 12, ss. 65-74, s. 66.

kurgulanacak hukukun iki temel argümana dayanarak açıklar<sup>503</sup>. Bu argümanlardan ilki olan adaletsizlik/haksızlık argümanı (*argument from injustice*), normların belirli bir haksızlık düzeyine ulaştıklarında geçerliliklerini yitireceklerini varsayar<sup>504</sup>. İlkeler argümanı (*argument from principles*) ise gelişmiş her hukuk sisteminin belirli ilkeleri kapsar ve bu ilkeler doğru ahlakı temsil etmektedir<sup>505</sup>.

Alexy'nin Kelsen'e yönelttiği eleştirilerin başında Kelsen'in hukuku var olan normlar bütünü olarak görmesi ve sistem inşa etmesidir. İfade edildiği üzere, normatif bir saf hukuk kuramı oluşturmak için Kelsen grundnormu varsaymaktadır. Böylelikle var olan bir norm bir değere veya olması gereken bir norma nispetle geçerli addedilmez. Ancak; Alexy Kelsen'in grundnormu varsayım olarak kabul etmesine karşı çıkar. Zira hukukçular normların geçerliliğini bir normu varsayarak ispatlamazlar; normların ahlaki doğruluktan ötürü geçerli olduklarını ortaya koymaları gerekmektedir<sup>506</sup>.

Alexy, doğruluk argümanı tezi ile Radbruch'a benzer şekilde hukukun asgari ahlaki ilkelere referansla geçerli addedilebileceğini, bunu aşan normatif hukukun geçersiz olacağını belirtmekle yeni tabii hukukçuların Kelsen'in saf hukuk kuramına eleştirilerini sıralamıştır. Demirdal'ın belirttiği üzere, hukuk ve ahlak arasında bir bağ olduğunu kabul etmekte; ancak hukukun özünün doğrudan ahlak olduğunu kabul eden güçlü ahlakilik anlayışına mesafeli durmaktadır. Ahlakla hukuk arasında bir bağ olduğunu kabul etmekle, hukuki geçerliliğin ahlaki unsurlar dikkate alınarak açıklanabileceğini ifade etmektedir<sup>507</sup>.

Bir başka yeni tabii hukuk düşünürü Solum, ahlaki ilkeler öncülüğünde açıklanmasını sağlamaya çalışan teorisini yargılama faaliyeti odağında oluşturmuştur. Solum, güncel hukuk felsefesi tartışmalarının kısır bir döngü içerisine girdiğini belirtmektedir. Hukuk felsefesinin güncel tartışmalarının hak- fayda, realizm- formalizm tartışmaları etrafında yoğunlaştığını belirtirken, söz konusu tartışmalarda ileri sürülen görüşlerin akli gerekçelere değil kişisel ve öznel tercihlere dayandığını ifade eder<sup>508</sup>. Zira hem formalizm hem de yorum temelli yaklaşım hukukun uygulamasında önemini

---

<sup>503</sup> Arıkan, 2020, s. 1311.

<sup>504</sup> Heper, a.g.e., s. 66.

<sup>505</sup> Heper, a.g.e., s. 66.

<sup>506</sup> Arıkan, 2020, s. 1324.

<sup>507</sup> Demirdal M. B. (2017). Adalet İlkelerinin Osmanlıdan Günümüze Türk Hukukunda Görünümü, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, s. 28.

<sup>508</sup> Gürler S. (2007). Çağdaş Ahlak Kuramlarının Hukuk Felsefesine Yansımalarına Örnek Olarak Lawrence Solum'un "Erdem Ahlakına Dayalı Hukuk Kuramı" ss. 141-168, s. 148.

korumaktadır. Birinin diğeri tercihi söz konusu olmamaktadır. Solum bu tartışmaların esasında “hukukun amacı nedir?” ve “hukuk kurumlarının uyumsuzlukları çözme işlevi, en iyi hangi yolla gerçekleşir?” sorularına yanıt aradığını, bu soruların erdeme dayalı hukuk kuramı ile cevaplanabileceğini ileri sürmektedir<sup>509</sup>.

Solum, bu tartışmalara yeni bir boyut kazandırmak amacıyla erdeme dayalı yargılama kuramını (*virtue- centered jurisprudence*) oluşturmuştur. Teorinin köklerini Aristoteles’in erdeme dayalı ahlak anlayışını ortaya koyduğu Nikhomakhos’a Etik adlı eseri oluşturmaktadır. Aristoteles’e göre erdemler insanlara doğru davranışın ne olduğu hususunda yol göstermektedir. Solum, bu anlayıştan hareketle yargıcın doğru karara ulaşmasını sağlayacak olanın erdemler olduğunu ifade eder<sup>510</sup>. Yargılama kuramını oluştururken yargıçlarda bulunması gereken erdemleri iki gruba ayırmaktadır. İlk grup, yargıçlarda bulunması hususunda herhangi bir tartışma olmayan erdemlerdir. Bunlar dürüstlük ve ölçülülük, medeni cesaret, itidal, çalışkanlık ve dikkat, hukuk beceri ve yeteneği olarak sıralanmaktadır. Tartışmalı olan erdemler ise teorik hukuk zekası, pratik hukuk zekası ve adalet kavramıdır.

Solum adil kararın, erdemli bir yargıç tarafından verilebileceğini ifade ederek, realistlerin hukukta belirsizlik tezine karşı çıkmaktadır. Hukukun erdemli yargıçlar tarafından oluşturulacağını belirterek, adil hukuk kuralların erdemli yargıçlar tarafından uygulanacağını belirtir. Adil olmayan hukuk kuralları ise adalet ve hakkaniyeti temel alan yargıçlar tarafından uygulanmayacağını, yargıcın erdemli davranarak adil karar verebilmek için hakkaniyet ve adaleti temel alarak normlardan uzaklaşacaktır. Böylelikle, yargıç ideal olarak her durumda adaleti gözetmiş olmaktadır<sup>511</sup>.

Solum, yargılamayı merkeze alarak oluşturduğu kuramında, Kelsen’in normatif sistemine dahil etmediği tüm kavramları kullanmıştır. Adalet dayalı hukuk, yargılama kuramında adil olmayan normların dışarıda bırakılması gibi hususlar, hukuku Kelsen’in geçerlilik ve etkililik kavramları çerçevesinde açıklamaya çalıştığı bağlamdan çıkararak meşruiyet tartışmalarını merkeze alan bir sahaya çekmektedir.

---

<sup>509</sup> Gürler, a.g.e., s. 149.

<sup>510</sup> Demirdal, 2017, s. 30.

<sup>511</sup> Demirdal, a.g.e., s. 32.



Bir diğerk yeni tabii hukukçu düşünür olarak John Finnis'in hukuk teorisini, tabii hukuka getirdiğı yeni perspektifleri ele almak, yeni tabii hukukçuların Kelsen'e bakışının izahında fayda sağlayacaktır. Finnis, doğal hukukçu düşünceyi 20'nci yüzyıla taşımış, onu laik bir şekilde açıklamaya çalışmıştır. Finnis'in teorisi Thomas Aquinas'ın teorisinden etkilenmiştir. Finnis, tabii hukukun doğadan kaynaklandığını ifade etmek naturalistik bir yanılgıdır ve Aquinas bu yanılgıya düşmemiştir<sup>512</sup>. Finnis, doğal hukuk ilkelerinin olgulardan, insan doğasına ilişkin metafizik önerilerden ve doğanın teleolojik tanımlamasından çıkarılamaz<sup>513</sup>. Doğal hukuk ilkeleri insanın eylemlerinin teleolojik yorumundan çıkarılabilir, bunun temelini pratik akla yatkınlığın ilk ilkeleri denilen temel değerlerden çıkarılmaktadır<sup>514</sup>. Finnis, hayatı anlamlandıran yedi temel iyiyi yaşam, bilgi, oyun, estetik deneyim, sosyallik (dostluk), pratik akıl ve din olarak sıralar. Metin'in belirttiğı üzere, Finnis, bu sıralamayı yaparken, ahlaken "iyi" kavramından daha geniş bir mana kullanmaktadır<sup>515</sup>. Temel iyilerin objektif nitelik taşıdığını belirten Finnis, her makul insanın bunları değerli kabul edeceğini belirtir<sup>516</sup>.

Finnis, pozitif yasaların ortak iyiye aykırı olması durumunda normlara uyma yükümlülüğü hususuna yeni bir perspektif getirmektedir. Finnis, klasik tabii hukukçular gibi hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağın mevcut olmasını benimsememektedir. Finnis'e göre, ortak iyiye ve ahlaka aykırı olan yasa biçimsel olarak geçerliliğini kaybetmemektedir. Klasik tabii hukukçuların hukukun ahlaki gücünü açıklamakla uğraşmışlardır. Oysa, Finnis'e göre hukukun temel fonksiyonu devlet zorlamasıdır. O halde, ahlaka, ortak iyiye, adalete aykırı yasa biçimsel olarak geçerliliğini korusa da, devletin zorlayıcı gücünün kullanılması için meşruiyet sağlamayacaktır<sup>517</sup>. Bu sebeple, hukukun merkezi anlamında bulunan değerlere aykırı yasa, ikincil olarak geçerliliğini korusa da, hukuken itaat yükümlülüğünden söz edilemeyecektir<sup>518</sup>.

---

<sup>512</sup> Aktaş S. (2004) Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi, AÜEHFD, Cilt 8, Sayı 1-2, s. 8.

<sup>513</sup> Aktaş, a.g.e., s. 8.

<sup>514</sup> Aktaş, a.g.e., s. 8-9.

<sup>515</sup> Metin S. (2004). Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis, İÜHFM, Cilt 62, Sayı 1-2, s. 168.

<sup>516</sup> Metin, a.g.e., s. 168.

<sup>517</sup> Metin, a.g.e., s. 185.

<sup>518</sup> Aktaş, 2004, s. 24.

Görüldüğü üzere, Finnis doğrudan hukuki pozitivizmi eleştirmemekte, hukuki pozitivizmin bakışından normların geçerliliğini koruduğunu, ancak ahlaka, ortak iyiye ve adalete aykırı yasalara itaat yükümlülüğünden bahsedilemeyeceğini belirterek hukuki pozitivizmle tabii hukuku bir teoride birleştirmeyi amaçlamaktadır. Ancak; Kelsen'in kuramının saflığı burada yatmaktadır. Kelsen, hukuka itaat yükümlülüğü, değerlere referansla normların geçerliliğini ve etkililiğini açıklamayı hukukun saflığını bozması sebebiyle teorisinin dışında bırakmıştır. Akal'ın belirttiği gibi Kelsen, demokrat bir kimliğe sahip olsa da; hukukun müstakil bir bilim olarak inşa edilmesi için saf hukuk kuramında oluşturulan grundnorm kabulüne dayalı normlar hiyerarşisi çerçevesinde izah edilmesi gerekmektedir.





## 4. HANS KELSEN'İN SAF HUKUK KURAMINDAN BUGÜNE KALAN TARTIŞMALAR

### 4.1. Hukukun Bilimselliğinin Bir Gereği Olarak Hukukun Bütün Olarak Kavranması

#### 4.1.1. Devlet ve Hukukun Birliği

Doğal hukukçu teoriye göre hukuk ve devlet ilişkisi sorunlu bir alandır. Özellikle sosyal sözleşme teorisine ve devletin meşruiyetini açıklayan, doğal hakların varlığını kabul eden öğretilere göre hukuk devletten önce var olmaktadır. Zira insanlar, doğa durumunda belirli haklara sahiptir. Devlet ise bu haklara sahip olan ve sahipliğin bilincini kavrayan insanlar tarafından güvenliklerinin korunması amacı ile kurulmuştur. Yani devlet, esas olarak kurgusaldır ve bu kurgu devletin temel bağlayıcı metnini oluşturan sözleşme ile var olmaktadır.

19'uncu yüzyılda Hegel ile birlikte iktidarın temelleri ve sorgulanmaz egemenliğine dair düşünceler ortaya çıkmıştır. Hegel, devleti istemin gerçekleşmesi yoluyla nesnelleşen tinin en yüksek anı olarak görür. Bu nedenle birey ancak akılsal bir devletin üyesi olmakla özgürdür<sup>519</sup>. Hegel hukuk ve ahlakı soyut bir kavram olarak kabul etmektedir. Soyutluk Hegel düşüncesinde var olmamak veya önemsiz olmak değil, bütünü yalnızca bir anı olarak yetersiz olmak demektir. O halde hukuk ve ahlak yalnızca bütün içerisinde anlam bulacaktır ki bu anlam bulma hali ancak devletin onları aştığı ve onları anlamlı hale getirdiğinde mümkündür<sup>520</sup>. Devlet soyut hukuk ve ahlakın hakikatidir, yani ahlak ve hukuk devlette nesnel olarak kavranılacak ve gerçekleşecektir<sup>521</sup>.

Kelsen, sosyal sözleşme kuramına dayanan filozoflara benzer şekilde devleti hukuktan ayrı olarak tasavvur etmemiştir. Aynı zamanda Hegel'in yaptığı gibi devlet ve hukuku bir görürken devleti kutsamamıştır. Kelsen için devlet ve hukuk birliği tezi, hukukun bilimsel olarak açıklanmasının gereklerinden birisidir.

Kelsen, saf hukuk teorisinde devlet ve hukuk ilişkisini tüm bu düşünürlerden farklı bir biçimde ele almaktadır. Öncelikle devlet ve hukukun geleneksel tabi hukuk anlayışında ele alındığı biçimi eleştirerek düşüncesini oluşturmaya koyulur. Ona göre

<sup>519</sup> Bumin T. (2013). *Hegel*, İstanbul, s. 157.

<sup>520</sup> Bumin, a.g.e., 2013, s. 158.

<sup>521</sup> Bumin, a.g.e., 2013, s. 159.

geleneksel hukuk anlayışında devletin hukukun karşısına konumlandırılışı, diğer yandan onun hukuki bir niteliğe sahip olduğunun söylenmesi bir düalizmdir. Bu düalizmin sebebini ise geleneksel hukuk anlayışının bir yandan hukuka ayrı bir varlık atfetmeye diğer yandan ise onu hukuki yükümlülüklerin ve hakların öznesi yani bir hukuk kişisi olarak kabul etmeye çalışmasından kaynaklandığını ifade eder<sup>522</sup>. Bu sebeple hukuki bir bakış açısından devlete dair bir problem ulusal hukuk sistemine dair bir problem olarak görülür<sup>523</sup>.

Tabii hukuktan evvel devleti ilahi temelde meşrulaştıran hukuk anlayışına karşı olarak ortaya çıkan rasyonel doğal hukukun bu düalizmden vazgeçemeyeceğini ifade eder. Zira

“devlet hukuktan farklı bir şey olarak tasavvur edilmelidir ki hukuk da kendi kendini yaratan ve hukuka tabi kılan devleti meşrulaştırabilsin. Ve hukuk, devleti, yalnızca devletten farklı, devletin asli mahiyetine yani güce karşıt ve böylece de bir anlamda ‘haklı’ yahut adil bir sistem olarak önvarsayıldığı takdirde meşrulaştırabilir. Çıplak bir güç olgusundan çıkan devlet, kendisini hukuk yaparak meşrulaştıran Rechstaat haline getirir. Devletin metafiziksel-dinsel meşrulaştırılmasının etkisini yitirdiği ölçüde, bu Rechtsstaat teorisi kaçınılmaz olarak devletin yegane mümkün meşrulaştırma aracı olur. Bu

<sup>522</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 121. “Geleneksel bakış açısından bir ulusal hukuk sisteminin özünün, onun bireyleşme ilkesi (principium individuationis), sosyal gerçekliğin altında devletin var olduğu öngörülmezsizin kavranması mümkün değildir. bu bakış açısına göre bir normlar sistemi, birliğine ve hususiyetine bir ulusal hukuk emrine layık olmak ile sahip olmaktadır, çünkü o (ulusal hukuk düzeni) bir şekilde sosyal bir olgu olan devletle ilgilidir; çünkü o ya bir devlet “tarafından” yaratılır yahut bir devlet “için” geçerlidir. Fransız hukukunun bir Fransız devletinin sosyal olarak varlığına dayanması gerekiyordu, yasal varlığına değil...Bir sosyal gerçeklik olarak devlet toplumsal bir kategori içerisindedir, o bir topluluktur. Hukuk ise normlar kategorisi altındadır, o bir normlar sistemidir, bir normatif düzendir. Bu görüşe göre, Devlet ve hukuk iki farklı objedir. Devlet ve hukuk arasındaki ikilik modern siyasi bilim ve hukuk ilminin temel esaslarından birisidir. Ancak bu ikilik teorik olarak savunulamaz. Hukuki bir topluluk olarak devlet, kendisinin hukuk düzeninden farklı değildir, bir şirketin kuruluş tüzüğünden farklı olmaması gibi. Bir grup birey normatif bir düzen karşılıklı davranışlarını düzenlediği ölçüde toplumu oluşturur. Toplum...normatif sistemin bireylerin karşılıklı davranışlarını düzenlemesinden başka bir şey değildir... Bizim devletin düzeni ve onun hukuk düzeni olmak üzere iki farklı normatif düzenden bahsetmek için bir sebebimiz olmadığından, şunu iddia etmeliyiz; devlet olarak bahsettiğimiz bir topluluk onun hukuk düzenidir. Fransız hukuku İsveç ve Meksika hukukundan birçok bağımsız sosyal gerçekleri olduğu için Fransız, İsveç ve Meksika devletleri vardır hipotezi olmaksızın ayrı tutulabilir. Devletin topluluk olarak hukukla ilişkisi doğal bir ilişki, doğal bir bireyin hukukla ilişkisinde olduğu ile kıyaslanarak sosyal bir ilişki değildir. Devlet diye adlandırdığımız yapı ile ilişkili sosyal bir gerçeklik var ise, ve böylelikle sosyolojik konsept Devletin hukuki konseptinden ayrılıyor ise, öncelik hukuki konseptindir sosyolojik konseptin değil. Sosyolojik konsept...hukuki konseptin var oluşuna dayanmaktadır, tersi değil.” Kelsen, a.g.e., 1945, s. 182-183. Hallaq W. (2019). *İmkansız Devlet*, (Çev. Aziz Hikmet), İstanbul, s. 66.

<sup>523</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 181.

kuram devletin hukuki bir şahıs olduğunu söylemekle devleti hukuki bilişin nesnesi, kamu hukuku kuramının araştırma konusu yapar...”<sup>524</sup>

Kelsen, böylelikle güç olarak devleti hukuki bir biliş ile meşrulaştırmayı amaç edindiğini ifade eder.

Kelsen, devlet ve hukuka dair bakış açısı ile klasik anlamda devleti hukukun, yahut hukuku devletin üzerinde gören teorilere karşı çıkmaktadır. Kelsen, hukuk ve devleti bir gören anlayışı ile çok radikal bir bakış açısı getirmiştir<sup>525</sup>. Kelsen hukukun ve devletin birbirinden ayrılamaz olduğunu ifade etmiştir. Zira hukuk ve devletin ayrılabilirliğini ifade ederken birinin nerede başladığı diğerinin nerede sona erdiğinin tespiti oldukça zordur<sup>526</sup>.

Kelsen, devleti hukuki bilişin dışında sosyoloji ilmi ile açıklamaya çalışan teorilere karşı çıkmaktadır<sup>527</sup>. Devleti bireyler arasındaki ilişki sonucu kurulan sosyal bir toplum olarak açıklayan görüşü benimsememektedir. Zira aynı ırka, dile, dine mensup olan kişiler farklı devletlerde yaşadığı gibi; farklı dile, dine, ırka sahip olan kişiler aynı devletin vatandaşı olan kişilerin birbirleri ile kurduklarından daha iyi ilişkilere sahip olabilmektedir. Bir devlet içerisinde yaşayan kişiler elbette karşılıklı ilişki kurabilmektedir. Ancak, bu sosyal ilişkiler, bir hukuki birliğin kabul edilmesi ile mümkün olabilmektedir<sup>528</sup>.

Diğer yandan, devleti ortak irade yahut çıkar birliği çerçevesinde açıklamaya çalışan görüş de Kelsen tarafından kabul görmemektedir. Devletin tüm bireylerin iradelerinin üzerinde ortak iradeye sahip olduğuna dair kabul mevcuttur. Bu kabul, bireylerin davranışlarını düzenleyen normatif düzenin bireylerin üzerinde olduğuna dair bir çıkarım için geçerli olabilir. Psikolojik yahut sosyolojik bir gerçeklikte devletin iradesini ileri sürmek bireylerin maddi yahut kişisel ilişkilerine normlar getiren bir gerçek kurum tasarlamak anlamına gelecektir. Ancak bu şekilde bir çıkarım ilkel düşüncedir, zira böyle bireyüstü bir hipotez eğilimi yanlışlanamayan bir ideolojik amacın var olduğu anlamına gelmektedir<sup>529</sup>. Devletin ortak çıkar üzerine kurulduğu

---

<sup>524</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 123.

<sup>525</sup> Bobbio N. (2017). “Kelsen and Legal Power”, *Normativity and Norms*, Oxford, s. 435.

<sup>526</sup> Bobbio, a.g.e., 2017, s. 449.

<sup>527</sup> “Hülasa, Kelsen’e göre devlet, tabiat kanunlarına tabi sosyal veya psikolojik bir realite değildir. Bilakis devlet, ideal bir şekil, saf bir normlar mecmuasıdır. Devlet normatif hukuki nizamın bizzat kendisi veya başka bir ifade ile insan faaliyetlerinin tanzim edilmesidir.”, Akbay, a.g.e., 1947, s. 37.

<sup>528</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 184.

<sup>529</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s.185.

iddiası ise daha ideolojik bir görünüm arz etmektedir. Gerçekte, devlet farklı çıkarları uğruna mücadele veren pek çok gruptan oluşmaktadır. Bu durumda devletin ortak bir çıkar üzerine bina edildiğini iddia etmek söz konusu çıkar çatışmalarını perdelemek için söylenmektedir<sup>530</sup>.

Hukuk ve devleti ayrı gören doğal hukukçu kuram, toplumu sözleşme öncesi ve sonrası olarak tasavvur eder. Bu düşünceden ötürü tabi hukukçu yaklaşımda bir uygar toplum düzeni bir de ilkel toplum söz konusudur. Tabii hakları savunan düşünürlere göre uygar devlet ortaya çıktığında artık bir iktidardan söz edilebilir. Böylelikle, hukuk devletin iktidarını meşrulaştırır<sup>531</sup>. Zira hukuk bakidir ve doğal hukuku işler kılacak bir devlet düzeni toplum tarafından yeniden oluşturulabilecektir. Sözleşme teorilerinde, ilkel toplumlarda bir hukuk ve devlet düzeninin varlığından söz edilmez. İlkel toplum, hukuksuz bir toplumdur<sup>532</sup>.

Ancak Kelsen bu bakış açısına karşıdır. Primitif devlet düzeninde bir hukuk düzeni vardır ve bu hukuk örf ve adet hukukuyla yaratılır. Bu devlette hukukun tekil normlarını ortaya çıkaran idari örgütler ve mahkemeler bulunmamaktadır. Haksızlık iddiasının araştırılması ve sonucunda yaptırım uygulanması çıkarları ihlal edilen taraflara bırakılmıştır. Ancak toplumsal işbölümü neticesinde ortaya çıkan merkezi organlar yasama organlarından önce ortaya çıkan yargısal ve icra organlardır<sup>533</sup>. Bu anlamda primitif hukuk toplulukları ile devlet hukuk toplulukları arasındaki fark esas olarak nitelik farkı değil nicelik farkıdır<sup>534</sup>.

Kelsen'e göre primitif toplumlarda da hukukun varlığından söz edilebilir. Ancak çağdaş devlet düzenlerinde görülen yasama fonksiyonu bu toplumlarda gelişmemiştir. Nicelik itibarıyla günümüz devlet düzeninden farklı olsa da işlev bakımından güç tekeli kullanması primitif toplumlarda da bir hukuk düzeninin var olduğu gerçeğine bizleri götürmektedir<sup>535</sup>. Nihai olarak, Kelsen, devleti ve onun yasal düzenini iki ayrı veçhe olarak varsaymamız için hiçbir sebep olmadığını belirtir. Devleti, yasanın

---

<sup>530</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s.185.

<sup>531</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 122.

<sup>532</sup> Hobbes, hukuka gelenek olarak anlayışa karşı çıkarak onun yönetici iktidar tarafından oluştuğunu belirtmiştir. Loughin, a.g.e., 2015, s. 91. Rousseau ise egemenin toplum sözleşmesi ile oluştuğunu ve yasama iradesinin mutlak ve dokunulmaz olduğunu belirtir. Loughin, a.g.e., 2015, s. 108-109.

<sup>533</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 124.

<sup>534</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 125.

<sup>535</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 125.

arkasındaki güç olarak tanımlamak ona göre yanlıştır zira böyle yapmakla aslında bir tane olan bir nesnenin iki ayrı varlığını ima edilir<sup>536</sup>.

Mısır, Kelsen'in devlet ve hukuk birliği tezini, Hobbes, Hegel- Jellinek çizgisinin evrimci kuramla telif edilmesi olarak görülebileceğini ifade eder. Mısır, Kelsen düşüncesinde devletin hukukun kendisi olmasını onun doğallığına atfen açıklamakta, hukuk devleti ilkesinin hukukun kendisi olduğunu belirtmektedir. Kelsen'in saf hukuk kuramında devleti verili olarak kabul etmesinin yanında onu hukukla özdeşleştirmesini Alman kamu hukuku geleneğinin devleti aşkınlaştırma çizgisinin bir devamı olarak görmektedir<sup>537</sup>.

#### **4.1.2. Özel Hukuk- Kamu Hukuku Ayırımının Reddi: Hukukun Birliği**

Özel hukuk ve kamu hukuku ayırımı modern burjuva kapitalist hukukunun ortaya koymuş olduğu bir ayırımdır. Modern hukuk devletin bireyler üzerinde tek taraflı olarak işlem tesis edebileceği alanı kamu hukuku olarak tanımlamıştır. Bu alan devletin tasarrufunu anayasa çerçevesinde egemenlikten doğan yetkilerini kullandığı alandır. Vatandaşlık hukuku, vergi hukuku, askeri hukuk, idare hukuku, kamu görevlileri hukuku, mahkemelerin kuruluşu ve örgütlenişi gibi devletin fonksiyonlarını icra ettiği ve tek taraflı işlem yapma yetkisini egemenliğinin gereği olarak kullandığı alan kamu hukuku olarak tanımlanmaktadır<sup>538</sup>. Kamu hukuku alanı, devletin bireylerle ilişkisinde eşitsiz bir statünün belirdiği bir alan olarak tasavvur edilir. Devlet kamu refahı, kamu güvenliği, kamu sağlığı gibi toplumun her ferdini ilgilendiren meselelerde işlem ve eylem tesis etmeye meşru olduğu alan kamu hukuku alanıdır. Kamu hukuku tek taraflı irade beyanı ile bireylere yükümlülük yüklenen alandır.

Özel hukuk alanı ise, bireylerin serbest iradeleri ile karşılıklı olarak hak ve yükümlülük altına girdikleri sözleşmeler ihdas edebildikleri alandır. Devlet dahi bu alanda sözleşme imzaladığında hak ve yükümlülükler cihetinden sözleşmenin tarafı olanlarla eşit sayılır<sup>539</sup>. Özel hukuk alanında bireylerin karşılıklı iradeleri ile oluşan sözleşmeler

---

<sup>536</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 191.

<sup>537</sup> Mısır M.B. (2013). Hukuk ve Devlet Özdeşliğinin Ötesinde Kamu Hukuku, TBB Dergisi, Sayı 108, ss. 139-178, s. 146.

<sup>538</sup> "İnsanların bir arada yaşaması, toplumun örgütlenmesini gerektirmiş ve örgütlenme, gerek toplumun, gerekse toplum yöneticilerinin gücünü, nüfuzunu artırmıştır. Bu durum zaman içinde Devlet örgütünü ve ilişkilerini düzenleyen kuralların ayrı biçimde incelenmesine yol açmıştır. İşte, toplumsal örgütlenmeyi ve kişi-toplum ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarının bütünü kamu hukuku kolunu oluşturur." Bilge N. (2008). *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, s. 127.

<sup>539</sup> Bilge, a.g.e., 2008, s. 113.



kurulan hukuki ilişkinin özünü oluşturur. Elbette kurulan sözleşmelerin genel hukuk ilkelerine ve emredici kurallara aykırı olmaması beklenir. Yanı sıra kanun koyucu bir dizi tamamlayıcı normla özel hukuk ilişkilerinde yaşanan uyuşmazlıkları gidermeye çalışır.

Kamu hukuku ve özel hukuk ayrımındaki en önemli tartışma noktası ayrımı ortaya koyan ölçütün belirsizliğidir. Zira sözleşmeler her ne kadar özel hukukun temelini oluştursa da devlet, özel hukuk ilişkilerine dair bir dizi norm geliştirmektedir. Keza uyuşmazlık durumunda yargılama yine devlet içerisinde örgütlenen yargı erklerince çözüme kavuşturulmaktadır. Uyuşmazlıklarda taraflarca getirilme ilkesi, ispat yükü, iddia ve taleple bağıllık gibi sözleşmenin taraflarının iradelerinin yargılamaya da sirayet etmesi istenilse de, kamu gücünün devreye girdiği dava türleri de mevcuttur.

Diğer taraftan kamu gücü kullanan idareler ile bireylerin karşılıklı olarak tesis ettiği sözleşmelerde irade serbestliği ilkesinin ve eşitliği ne derece sağlanabildiği her zaman tartışmalı bir husus olmuştur. Devlet ile imzaladığı sözleşmede bir işe kavuşan, işletmesini büyüten veya çıkan uyuşmazlıklarda (kamulaştırma bedeli gibi) malvarlığı ciddi derecede etkilenen birey ile devletin idari organları arasında yapılan sözleşmenin bu ilkelere tam uyum içerisinde olduğu tartışmalı bir husustur.

Kelsen, saf hukuk kuramını oluştururken bir hukuk adamı olarak kamu hukuku özel hukuk ayrımına kayıtsız kalmamış ve kuramı içerisinde bu ayrımın varlığını değerlendirmiştir. Hukukun pek çok kurgusal ögesine karşı kurduğu tezlerden, bu modern hukuk kabulü nasibini almıştır. Kelsen yukarıda ifade edilen kamu hukuku ve özel hukuk ayrımına dair esasları reddeder.

Kelsen'e göre kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı ideolojiktir. Hukukun yaratılması metodu normun tekil olaylarda ve şahıslarda kişiselleştirilmesidir. Norm tekilleşerek kişileri belirli bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamaktadır. Bu durumda modern hukuk kuramı tekil normun sistemleştirilmesinde kamu hukuku ve özel hukuk ayrımını benimseyerek tatmin edici olmayan bir ayrıma gitmektedir<sup>540</sup>. Bu ayrım, yukarıda ifade edildiği üzere, genel olarak güç ilişkileri etrafında şekillendirilmektedir.

---

<sup>540</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, 114-115.

Kamu hukuku eşitsiz güç ilişkileri, devlet ve vatandaş arasında hayat bulurken, özel hukuk eşitler arasındaki hukuki ilişkide varlık kazanır<sup>541</sup>.

Kelsen'e göre, bu durumda, hukuk ve devlet arasında bir karşıtlık oluşturulmuş olur. Saf Hukuk Kuramı hukukun tekilleştirilmesinde kamu hukuku ve özel hukuk arasında bir ayrım görmez ve hukuk ile güç ilişkisine dayalı olarak ortaya konulan bu suni ayrımı yıkarak hukuku bilimsel bir kuram çerçevesinde ele almaktadır<sup>542</sup>. Kamu hukuku alanının, devletin yasal sınırlar içerisinde kaldığında devlet organlarının işlevleri yasalarla çelişki doğurmaktadır. Yasal sınırlar içerisinde kalsa bile bazı durumlarda bunları ihmal ederek iş ve işlem tesis ettiği bir alan olarak görmek, devletin siyasi yetkisini kullanırken hukukun dışında hareket ettiği anlamına gelmektedir. Bu durumda gerçek hukukun uygulandığı alan olarak sadece özel hukuk alanı tasavvur edilebilecektir. Saf hukuk kuramı açısından bu çıkarımın kabulü mümkün değildir<sup>543</sup>.

Diğer taraftan bu ayrım, devletin icra alanının yalnızca kamu hukuku, anayasa ve idare hukuku, ile sınırlı olduğu tasavvuruna neden olmaktadır. Siyasal gücün kullanımını özel hukukun alanının dışına çıkaran bu tasavvur bir yanılsamadır. Kelsen'in hak tasavvuruna göre ise özel ile siyasal olan arasındaki karşıtlık sübjektif haklara atıf yapılmaksızın anlam kazanamaz; özel hukuktaki haklar ise aynen siyasal hakların oluşumu gibi siyasaldır. Farklı şekillerde olsa da her ikisi de siyasal güce, devlet iradesinin biçimlenmesine katılım anlamına gelen devletin iradesine katılmayı güvenceye alır<sup>544</sup>.

Özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı siyasal gücün özel hukukun dışında olduğuna dair bir kanaat oluşturmaktadır. Oysa özel hukuk, bütün bir hukuk sisteminin üretim ve dağıtıma dair kapitalist ekonomik sisteme karşılık gelen kısmından başka bir şey değildir. Bu durumda kamu hukuku olarak kavrayacağımız kısım ise heteronom ve

---

<sup>541</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s.115.

<sup>542</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 117. “Şu halde, bu açıklamaların sonucu olarak kamu hukuku ile özel hukuk arasında hiçbir nitelik ayrımı görülemez. Her ikisi arasındaki ayrım sadece hukukun yaratılmasındaki metod ayrımını deyimler. İdari buyrukta olduğu kadar, özel hukuk alanındaki hukukî işlemde de sözkonusu olan, sadece genel bir normun (kamu hukukunda idari bir kanuna ilişkin özel hukukta ise medeni kanuna ilişkin bir norm) bireyselleşmesidir; başka bir deyimle, hukuk düzeninin birliğini sağlayan hukukun yaratılması olayıdır.” Aral, a.g.e., 1978, s. 78.

<sup>543</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s 119.

<sup>544</sup> Kelsen, a.g.e., 2016 s. 119. Aral, Kelsen'in kamu hukuku özel hukuk ayrımını Romalı hukukçuların ortaya koyduğunu ifade ettiğini bildirir. Bu ayrım teorik değil ideolojiktir. Zira bu ayrım hükümete ve parlamenetooya, sanki eşyanın tabiatından çıkıyormuş gibi, kamu yararı ve devletin amaçlarını gerçekleştirmek için bir özgürlük sağlamak kaygısına dayanmaktadır. Aral, a.g.e., 1978, s. 78.

otokratik bir form içerisinde kavranacaktır<sup>545</sup>. Tüm bu kavrayışlar kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ayrımın suniliğini kabul eden saf hukuk kuramı karşısında anlamını yitirmektedir.

Özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı esasında hak kavramının dönüşümünün bir neticesidir. Kişilerin temel haklarının olduğuna dair kabulü reddeden Kelsen, hukukun farklı usullere ve ilkelere bağlı olarak ayrıma tabi tutulmasını kabul etmemektedir. Zira bu durumda hukuka dair ilkeler ideolojikleştirilmiş olacak ve hukukun bilimselliği zedeleneyecektir. Kelsen böylelikle, hukukun bütünsel kavrayışına zarar vermeksizin kuramını meşruiyet çizgisinden ayrı olarak bilim temelinde açıklamayı sürdürmüştür. Kelsen'in hukukun uygulanmasında yorumun yerini tespitinde aynı bilimsellik kaygısının izleri görülmektedir.

#### **4.1.3. Saf Hukuk Kuramında Yorum Esasları**

Yorum teorisi, hukukta yasa koyucu ve yasayı uygulayanlar arasında çok büyük tartışmalara sebebiyet veren ve hukuk teorisinin en önemli sorun alanlarından birisidir. O kadar ki, bir ülkedeki yargı ve yürütme erklerinin benimsediği yorum yöntemi, tercihi o ülkenin tüm hukuk uygulamasını etkileyebilir; yasa koyucunun iradesinin dışında hukuki sonuçlar ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir.

Yorumun hukuktaki önemi, hukukçuların yorumlanacak hukuk metnine ve yorumlama sırasındaki rollerinde kendisini göstermektedir. Klasik yorum teorisine göre yorumun amacı kuralın gizli amacını ortaya çıkarmaktır. Klasik yorum teorisini sistemleştiren hukuk filozofu ise Savigny'dir. Klasik yorum teorisi, yasanın amacı doğrultusunda yorumlanması ve böylelikle hedeflenen toplum düzeninin sağlanmasıdır. Savigny'ye göre bir normun doğru şekilde yorumlanması ancak, normun yasalaşmasında ortaya çıkan amacının belirlenmesi ile mümkün olabilecektir. Normun yasalaşma süreci, ona göre halkın ruhundan damıtılan bir normatif bütündür. Hukukçular tarafında sürekli yorumlanarak tıpkı dil gibi “organik” bir şekilde evrilir<sup>546</sup>. Bu itibarla doğru yorum

---

<sup>545</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 119. Benzer bir düşünce Leon Duguit tarafından da savunulmaktadır. Kamu hukuku ve özel hukuk ayrımının suni bir ayrım olduğunu ifade eden müellif, hukukun sübjektif durumlar yaratabilmesini kabul eder ve hukukun bazı kısımlarının sübjektif durumlar yaratmaya matuf olduğunu ifade eder. Ancak kamu hukuku ve özel hukuk arasında aşılmaz duvarlar olduğunu kabul ederek hukukun teorisini inşa etmek son derece yanlıştır. Duguit L. (1954). *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev. Süheyp Derbil), Ankara, s. 16-24.

<sup>546</sup> Savigny, C. (2018). *Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine*, (Çev. Ali Acar), İstanbul, s. 18.

için gerekli olan yasanın ilk yapıldığı anda halkın iradesinin yorumcu tarafından bilinmesidir<sup>547548</sup>.

Kelsen bu noktada Savigny ile kurulan klasik yorum teorisinden ayrılmaktadır. Pozitivist teori içerisinde değerlendirilen düşünürlerin normun lafzı ile bağlılığa dair vurgularının karşısında yer alan Kelsen'in yorum hakkındaki düşünceleri onu hem tabii hukukçulardan hem de pozitivist teori içerisinde yer alan düşünürlerden ayırır niteliktedir. Kelsen'e göre yorumcunun lafza bağlı kalarak yalnızca kanun koyucunun sözcülüğünü yapmasını beklemek nafiledir. Zira bir normu yorumlamak yorumcuyu yalnızca bir sonuca götürmez; bir normdan yorum yolu ile birden fazla sonuç çıkarılabilir ve bu sonuçların her biri norma nispetle eş değer niteliktedir. Ancak klasik yorum teorisine göre hukukun yorumlanmasından tek bir karar çıkacak ve bu yasa koyucuya atfedilecektir. Ancak gözden kaçırılan yorumun yalnızca entelektüel bir faaliyet alanı, aklın kullanılarak netice elde edilebilen bir saha olmadığı; bunların yanında yorumcunun iradesinin de işin içine dahil olduğu bir eylem bütünü olduğudur. Kelsen bu düşünceleri ile klasik yorum teorisinden ayrılarak hukuk uygulayıcılarına bambaşka bir alan açmaktadır<sup>549</sup>.

Kelsen'e göre; normun yorumlanmasının iradenin yahut aklın kullanıldığı bir saha olup olmadığı meselesi yorumun kim tarafından yapıldığı ile ilgilidir. Eğer yorum, normu uygulayan ve böylelikle normun cisimleşmesini sağlayan yetkili bir kişi/organ tarafından yapılır ise bu iradenin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda hukuku yorumlayan otorite, yukarıda ifade edildiği üzere, hukuki metnin pek çok

<sup>547</sup> “18. yüzyıl hukuki hermeneutikle, çağdaş hermeneutik arasındaki bağ Schleiermacher'ı çağına yansıtan Savigny tarafından kurulmuştur. Savigny'nin dört kanonu (*Savigny fyra canones*) veya Savigny dörtlüsü olarak bilinen geleneksel yorum yöntemleri, lafzi (textualist / grammatical), amaçsal / gai / teleolojik (intentionalist), tarihsel (historical), sistematik yorumdur (systemic / systematic). Yorumcunun buradaki hedefi, bu dört yöntemi kullanarak yasamanın niyetini (maksadını) yeniden canlandırmak, tekrar inşa etmektir.” Barın T. (2016). *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*, Ankara, s. 187.

<sup>548</sup> “...Oysa Tarihsel Okula göre hukuk, bir ulusun bütün bir geçmişinde mündemiçtir ve keyfince değiştirilemez. Hukukun nihai kaynağı halktır ve burada keyfi yaşamaya hiç bir şekilde yer yoktur. Aynı dil, veya görenekler gibi hukuk da, daha sonra volkgeist olarak anılan ulusal bir karakter tarafından belirlenmiştir ve aynı dil gibi, ayrı bir varlığı yoktur. Ulusun yaşamının bir fonksiyonu veya görünümüdür. Önceleri halkta mündemiç iken, uygarlaşma ile birlikte hukuk yapımı hukukçuların yerine getirdiği ayrı bir işlev haline gelir. Yani aslında hukuk, organik olarak sosyal yaşamın gelişimi ile bağlantılıdır.25 Böylece bir hukuk araştırması da sosyal yaşamın tarihsel bir şekilde araştırılması ile mümkün olur...” Akbaş K (2016). “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, *İÜHFM*, 74 (1), ss. 53-72, s. 59.

<sup>549</sup> Uzun E. (2016). “Hukuku Yorumdan Kurtarmak”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/2, ss. 227-264, s.246.

alternatif anlamından birisini tercih etmiştir. Bu anlamlardan her biri, norma göre eşit düzeyde kabul edilebilir olup, rasyonel açıdan hangisini uygulamaya kabil olduğunu tespit etmek akli bir muhakemenin neticesinde ortaya çıkmaz. Hukuk uygulayıcısı iradi olarak anlamlardan birisini tercih ederek onu uygular ve tekil bir norm ihdas eder<sup>550</sup>.

Diğer yandan normun anlamını bilişsel olarak sorun edinen hukukçular, hukuk bilimi (jurisprudence) açısından normu yorumlar ve alternatif anlamları bilişsel bir mahiyette analiz eder. Bu yorumcuların bireysel norm ihdas etme yetkileri bulunmadığından faaliyetleri iradi bir tercihten ziyade, hukuk bilimine katkı verme çerçevesinde yorumlama faaliyeti olarak kabul edilmelidir.<sup>551</sup>

Kelsen normun yorumlanması ile ortaya konabilecek alternatiflerden hangisinin üstün olduğuna dair hukukta bir ilke bulunmadığını ifade eder. Bu sebeple, geliştirilen her bir yorum metodu yorumcuyu mutlak doğruya değil mümkün bir sonuca götürmektedir. Kelsen çatışan normlardan hangisinin üstün tutulacağına dair bir ilkenin de bulunmadığını ifade eder. *Argumentum a contrario* (aksi ile kanıt) veya *anoloji* ilkesi burada değersizdir zira bize sadece iki normun karşıt olduğunu gösterir. Hangi karşıt normun somut olayda uygulanacağına dair bir ilke belirlemez<sup>552</sup>. Menfaatlerin dengelenmesi ilkesi de aynı şekilde sorunu çözmez. Çünkü elimizde çatışan menfaatlerin hangisinin üstün tutulacağına dair nesnel bir ölçüt bulunmamaktadır. Tüm bu çatışmaları çözümleme işi mahkemelerin somut olayda aldıkları tavırlara yüklenmektedir. Bu anlamda Kelsen, anayasadan yorum yolu ile doğru yasa elde edilemeyeceği gibi yasanın yorumlanması ile mahkemelerden doğru

<sup>550</sup> Aktaş S. (2011). “Hukukta Yorum Çabaları”, *EÜHFD*, 15 (3-4), s. 4

<sup>551</sup> Aktaş, a.g.e.,2011, s. 5. “Yasanın uygulanmasında yardımcı olması düşünülen ‘teorik’ yorumlar/şerhler, esasında yasakoyucuya dikkate alması için önerilerde bulunmak, mahkemelerin ve idari makamların yaratıcı işlevlerini etkilemeye teşebbüs etmek açısından tamamen politiktirler. Bir yasanın uygulanmasında, eylemin uygulanmasının sınırlanacağı çerçeveyi keşfetmenin ötesinde, bilişsel faaliyete de yer vardır elbette- ne var ki bu, pozitif hukukun değil, başka normların bilinmesidir –yani hukuk yaratma sürecine dahil olabilecek ahlaki, adalete dair, çoğunlukla ‘halkın refahı’, ‘kamu menfaati’, ‘gelişme’ vb klişelerle karakterize edilen toplumsal değer yargılarına dair normların bilinmesi. Pozitif hukuk zaviyesinden, geçerlilikleri hakkında veya teşhis edilip edilemeyecekleri hakkında hiçbir şey söylenemez. Her şeyi açıkça görebileceğimiz bu noktadan baktığımızda, söz konusu bütün belirlemeler sadece olumsuz yönleriyle belirlenebilir; yani bu belirlemeler pozitif hukukun kendisinden kaynaklanmaz. Pozitif hukukla ilişkisi açısından hukuki eylem bu tip sınırlardan azadedir, yani eylemde bulunacak otorite, pozitif hukuk ahlak veya adalet gibi bir meta-normu yetkilendirmedikçe, bizzat kendi takdiri uyarınca eylemekte serbesttir. Ne var ki bu norm artık o meta-norm vasıtasıyla pozitif hukuk normuna dönüştürülmüş olur.” Kelsen H. (2014). “Yorum Teorisi Üzerine”, (Çev.: Melike Belkis Aydın ve Ertuğrul Uzun), *Hukuk Kuramı*, 1(5), ss. 45-51, s. 48.

<sup>552</sup> Kelsen, a.g.e., 2014, s. 48.

karar verilmesinin beklenemeyeceğini ifade eder. Yargıcın da yasa koyucu olduğunu ifade ederek, tekil norma ulaşmakta normun çizdiği karakter çerçevesinde, yasa koyucudan daha az özgür olsa da, özgür olduğunu kayıtlar. Bu açıklamalarla birlikte; Kelsen'in yorum teorisinin ikinci boyutu ortaya çıkmaktadır. Poulson, Kelsen'in teorisinin bir boyutunun hukuki geçerlilik çerçevesinde hukuk bilimini oluşturmak istediği yeni Kantçı olduğunu ve bunun ideal bir okuma olduğunu ifade eder. Diğer taraftan ise, yorumcunun iradesinin hukuk normu olarak ifade edilebilmesinden ötürü bu ideal formdan sapma olarak Kelsen teorisinde realist bir boyutun olduğunu da ifade etmektedir<sup>553</sup>.

Yorumun hukuktaki boşlukları giderme konusunda önemli bir rol oynadığı kuşkusuzdur. Kelsen ise hukukta boşluk olduğuna dair kabulü, yanı sıra hem gerçek boşluğu hem de teknik boşluğu reddetmektedir. Bir hukuki uyuşmazlıkta bir taraf diğer taraf aleyhine belirli bir talep/iddia sunmaktadır. Bu iddia/talep mevcut hukuki düzenlemeler çerçevesinde ret veya kabul edilemiyor ise bu durumda gerçek boşluktan bahsedilmektedir. Ancak Kelsen'e göre bir iddia veya talep mevcut hukuki düzende, normlar çerçevesinde karşılanabilir değil ise bu durumda gerçek bir boşluk yoktur. Yalnızca yasayı uygulayan kişinin bu talebin yahut iddianın hukuk düzenindeki normlar çerçevesinde karşılanmamasının mantıksız veya gayri adil olduğunu düşünmesi söz konusudur. Kararı uygulayacak resmi görevli, yasa koyucunun mevcut talep veya iddianın karşı tarafa yüklenmesinin yasa koyucu tarafından kararlaştırılmadığının bilincindedir. Ancak yine de o, kanun koyucunun bu durumu düzenlemiş olsa idi mevcut düzenlemeden farklı bir düzenleme yapacağını iddia etmektedir<sup>554</sup>.

Resmi görevlinin anayasal yükümlülüğü olan yasayı uygulamak yerine, mevcut yasanın ortaya çıkardığı durumun kötü olduğunu ileri sürmesi onun yükümlülüğünü değiştirmemektedir Kelsen'e göre boşluk olarak ifade edilen şey, gerçekte "pozitif hukuk ile daha iyi, daha adil, hakka daha yakın olduğuna inanılan hukuk arasındaki farktan" başka bir şey değildir. Bu durumda ise yasayı uygulayacak olan kişinin yorum

---

<sup>553</sup> Poulson S.L. (2019). "Hans Kelsen on Legal Interpretation, Legal Cognition and Legal Science", *Jurisprudence An International Journal of Legal and Political Thought*, 10 (2), ss. 188-221, s. 220.

<sup>554</sup> Kelsen, a.g.e., 2014, s. 49.

yolu ile bu boşluğu doldurması mümkün değildir. Burada yorumdan ziyade, yasa koyucunun iradesinin tezahür etmesi gerekmektedir<sup>555</sup>.

Kelsen, yasa koyucunun yasanın uygulanmasını mümkün kılmak için düzenlemek zorunda olduğu hususları düzenlemediğinde oluşan teknik boşluk kavramını da reddetmektedir<sup>556</sup>. Bu durumda, oluşan boşluğun ya yasa koyucunun bilinçli olarak düzenlemediği bir alan ya da yasa koyucunun daha alt düzeyde bir norma hasrettiği bir düzenleme alanı olduğunu, her iki durumda da bir hukuk boşluğundan bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir.

Kelsen, yorum yolu ile yasayı uygulamakla görevli olan kişilerin yalnızca yasada yer alan belirsizliği giderebileceklerini ifade eder. Bu sebeple hukuken düzenlenmeyen bir alanın, hukuki boşluk olarak nitelendirilerek yorum faaliyeti ile düzenlenmesi Kelsen'in teorisi çerçevesinde mümkün değildir<sup>557</sup>. Yine de Kelsen'in teorisinde, yargılama veya idari faaliyetlerde yorumun nasıl yapılması gerektiğine dair bir açıklamaya rastlayamayız. Bunun yanı sıra yorum faaliyetinin görevinin ne olması gerektiğine dair bir ifade de bulunmamaktadır. Bu sebeple, Kelsen'in teorisi yorum hususunda çokça eleştirilmektedir<sup>558</sup>.

Kelsen, yorum teorisinde yorumcunun etkisini yalnızca normatif alanda yer alan belirsizliği gidermekle ve hukukta boşlukların giderilmesinde ona görev yüklememektedir<sup>559</sup>. Normun yalnızca bir üst norm tarafından yaratılacağı kabulü,

---

<sup>555</sup> Kelsen, a.g.e., 2014, s. 49.

<sup>556</sup> “Ne var ki teknik boşluk olarak nitelenen şey ya kelimenin tam anlamıyla bir boşluktur – bu da şu anlama gelir, istenen hukuk ile pozitif hukuk arasında bir fark bulunur- yahut da normun çerçevesinin niteliğinden kaynaklanan belirsizliğin ta kendisidir. İlk alternatifin bir örneği şudur: Yasa, satımın bağlayıcı yönünü ihdas eder, fakat satılan malın teslimden önce tarafların kusuru olmaksızın hasar görmesi riskinin kime ait olduğuna dair hiçbir belirlemede bulunmaz. Ancak burada söz konusu olan yasakoyucunun sorun hakkında ‘hiçbir şey’ söylememiş olması değildir. Burada olan şey şudur: Yasakocuyu satıcının malı teslim etme veya muadilini sağlama yükümlülüğünden kurtulduğunu belirlememiştir –açıktır ki böyle bir belirlemeyi arzu eden burada ‘boşluk’ olduğunu iddia eden kişidir. Esasında yasa satıcının malı teslim etme yükümlülüğüne dair hiçbir istisna getirmediğine –ve zikredilen olayda da herhangi bir istisna olmadığına- göre risk satıcıdadır. Teknik boşluk denen şeyle ilgili ikinci alternatifte ise şöyle bir örnek verilebilir: Yasa bir makamın/organın seçimle ihdas edileceğini söylemekte ama seçim usulünü belirlememektedir. Bunun anlamı şudur: İster nispi oya ister çoğunluk oyuna dayansın, ister aleni ister gizli yapılsın, her türlü seçim hukuka uygun olduğundan seçimi yürütmekle yetkilendirilmiş görevli, seçim usulünü belirlemek üzere takdirini kullanabilir. Başka deyişle, seçim usulünün belirlenmesi daha alt düzey bir norma bırakılmıştır.” Kelsen, a.g.e., 2014, s. 50.

<sup>557</sup> Vidal I. L.(2017).. “Kelsen and Legal Interpretation”, *Kelsenian Legal Science and Nature of Law*, s. 149.

<sup>558</sup> Vidal, a.g.e., 2017, s. 150

<sup>559</sup> Yine de Uzun'un belirttiği üzere, Kelsen, yargıca yorum hususunda kendisinden beklenmeyecek ölçüde serbesti tanımıştır. Uzun, 2016, s. 256.

bilimselliğin gereğidir. Normatif düzeyde, yargıcın veya uygulayıcının iradesi norm yaratmamaktadır<sup>560</sup>. Oysa özellikle İkinci Dünya Savaşı hukuk teorileri, uygulayıcıyı merkeze alan ve ona hukukta yer alan boşlukları yorum yolu ile gideren bir rol biçmişlerdir. Diğer yandan, Dworkin ile birlikte hukuk normatifliği de aşarak ilkeler ve normlar bütünü olarak kavranmış ve yükselen insan hakları teorisi ile yasama organınca kodlaştırılmayan normatif alan hukuk ilkeleri ve insan hakları teorisi ile doldurulmuştur.

Kelsen'in yorum teorisine dair yaklaşımı, anayasa yargısına teorisinde yüklediği görevde yansımaları bulmaktadır. Hukukun bilimsel çerçevede açıklanması için oluşturduğu saf hukuk kuramında anayasa yargısına, normlar hiyerarşisinde anayasaya aykırı yasanın denetlenmesi görevini yüklemektedir. Bu durumda, anayasa mahkemesi üyeleri, anayasayı ve yasayı yorumlayarak burada alt normun üst norma aykırılığını tespit edeceklerdir. Anayasa yargısının, saf hukuk kuramındaki rolü bir sonraki başlık altında incelenerek, hukukun bilimselliğinin sağlanması için saf hukuk kuramında anayasa mahkemesine düşen görevler sıralanacaktır.

## **4.2.Saf Hukuk Kuramında Hukukun Geçerliliğini Sağlayan Kurum Olarak Anayasa Yargısı**

### **4.2.1. Kıta Avrupası'nda Anayasa Yargısı Düşüncesinin Doğuşu ve Saf Hukuk Kuramına Etkileri**

Normların anayasaya uygunluk denetimi esas olarak ABD'de Supreme Court'un (*Yüksek Mahkeme*) bu yetkiyi kendinde görmesi ve Temsilciler Meclisi tarafından çıkarılan yasaları anayasaya aykırı bularak iptal etmesi ile doğmuştur<sup>561</sup>. Bir anlamda, anayasa yargısı yetkisini elinde bulunduran Yüksek Mahkeme kendini Anayasanın

---

<sup>560</sup> Normun alternatif karakteri sebebiyle, norma aykırı norm ihdası da normatifliğin içerisinde kabul edilmektedir. Ancak bu norm, iptal yaptırımına tabi tutulana kadar geçerliliğini yine normun alternatif karakterinden almaktadır.

<sup>561</sup> Amerikan modeli olarak adlandırılan bu model esasında Kıta Avrupası modelinden farklılık göstermektedir. *Lex superior derogat legi inferiori (üst kanun alt kanunu ilga eder)* ilkesine dayanan Mahkeme Merbury v. Madison davasından itibaren mahkemelerin anayasa aykırı yasaları uygulamayı ihmal etme yetkisini taşıdıklarını varsayar. Bu itibarla Mahkeme esasında kanunu iptal etmemekte yalnızca üst norma aykırı olan normu ihmal ederek o kanunu fiilen hükümsüz hale getirmektedir. *Stare decisis (önceki içtihatların esas kabul edilmesi ilkesi)* ilkesi gereğince bu içtihat diğer yargılamalarda da uygulanır ve böylelikle kanun fiilen hükümsüz hale gelmiş olur. Gözler K. (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II*, Bursa, s. 740-741.



sözcüsü olarak konumlandırmıştır. Parlamento tarafından norm olarak ihdas edilen düzenlemeler anayasa yargısının denetimi ile iptal edilerek hükümsüz kılınacaktır.

*Merbury v. Madison* (1803) davasından itibaren anayasa yargısı demokrasinin temel kurumlarından biri haline gelmiştir. Ancak anayasa yargısının kurumsal tarihi, diğer demokratik müesseselerin tarihi kadar eski değildir. Kaldı ki, klasik demokrasi teorisyenleri, parlamentonun bağlı olduğu yasal veya metafizik ögeler tartışırken, yasa koyucunun bu unsurlara beklenen bağlılığı göstermemesi durumunda kurumsal anlamda yöneteni sınırlandıracak bir müessese fikri üzerinde durmamıştır. Bilindiği üzere Hobbes<sup>562</sup>, Rousseau, Kant gibi düşünürler egemenin eylemleri karşısında mutlak itaati savunurken, Locke doğal haklar ihlal edildiğinde egemene karşı direnme hakkının kullanılabileceğini tez olarak ileri sürmüştür<sup>563</sup>. Amerika'nın anayasal tecrübesinde John Locke ve diğer liberal kurucu babalar, anayasal hakların korunmadığı rejimlerin meşruiyetini kaybedeceği savıyla metinleri oluşturmuşlardır. Bunun için gerekli olan; *Merbury v. Madison* davasının temel gerekçesi olarak<sup>564</sup>; kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesidir.

Amerika'daki yüksek yargının anayasallık denetimi tecrübesi, Kıta Avrupası demokrasilerindeki teorisyenlerin dikkatini celp etmiştir. Anayasacılık hareketinin başladığı 19'uncu yüzyıl ortalarından itibaren iktidarın sınırlandırılmasına ilişkin hususlar anayasal bir düzlemde tartışılmıştır. Ancak özellikle 1848 devrimlerinin ardından, ekonomi ve teknik alanda yaşanan gelişmelerle birlikte, kodifikasyon faaliyetleri öncelikli tartışma konusu olmuştur. İngiliz muhafazakarlığının hukuk ve siyasi yaşama olan etkisi, siyasal iktidarın sınırına dair tartışmaları görece istikrarsız bir yönetim sergileyen Kıta Avrupası devletlerindeki düşünürlerin uğraşı olmuştur<sup>565</sup>.

Sosyalist düşüncenin devrimci ve kaotik havası hukukçuları kapitalist burjuva hukuk sistemi içerisinde anayasal iktidarın sınırlandırılmasına dair farklı alternatifler düşünmeye sevk etmiştir. Birinci Dünya Savaşı'nda ağır kayıplar vererek kapitalist ekonomi ve hukuk sistemlerini gözden geçiren Avrupa medeniyeti, yine özellikle

---

<sup>562</sup> Hobbes'un düşüncesinde örneğin egemenin haksız yere adam öldürmesine karşı bir direnme söz konusu ise de burada egemene külli bir başkaldırı değil, onun tekil eylemine bir tepki söz konusudur. Gülgeç Y.B. (2015). "Thomas Hobbes'un Sosyal Sözleşme Teorisinin Nietzsche'nin Siyaset Felsefesi Doğrultusunda Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", *AÜHFD*, 64 (3), ss. 687-738, s. 724, (192 numaralı dipnot).

<sup>563</sup> Değirmencioğlu Yıldız, a.g.e.,2016, 375-410.

<sup>564</sup> Gözler K. (2004), *Anayasa Hukukuna Giriş*, Bursa, s. 20.

<sup>565</sup> Poggi G. (2019). *Modern Devletin Gelişimi Sosyolojik Bir Yaklaşım*, İstanbul, , s. 122.

İngiltere'ye nazaran Kıta Avrupası devletleri, yeni anayasal modeller inşa etme sürecine girmiştir<sup>566</sup>.

1848 Devrimlerinden fazlasıyla etkilenen fakat yine de Mettrench reformları ile monarşisini iktidarda tutmayı başaran Avusturya Macaristan İmparatorluğu, Birinci Dünya Savaşı'ndan mağlup ayrılarak yeni bir siyasal zemin kurma arayışına girmiştir. Nitekim savaş sonrası 1920 Anayasası'nın yürürlüğe girmesi ile monarşiden anayasal demokrasiye geçiş süreci tamamlanmış ve federal bir cumhuriyet inşa etmiştir<sup>567</sup>. 1920 Anayasası her anlamda farklı ve üzerinde çokça tartışılan bir anayasa metnidir. Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş ve görevlerini de düzenleyen bu anayasa ile birlikte artık anayasa yargısı ABD'nin ardından Avusturya'da hayat bulmuştur<sup>568</sup>.

Avusturya Anayasa Mahkemesi kuruluşundan itibaren Kıta Avrupası hukuk sisteminde büyük bir etki yaratmıştır. Mahkeme kurulmadan evvel kanunların parlamentoda kabulüne uygun olarak yayımlandığına dair kontrol yargı mercilerince yapıla gelmiştir. Ancak merkezi olarak kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen kurum Avusturya Anayasası ile ihdas edilmiştir.

Başlangıçta Anayasa Mahkemesinin iki yetki, ile daha güçlendirilmesi hususu tartışılmıştır. İlk olarak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılabilmesine dair bir öneri getirilmiştir. Bu önerinin kaynağı ise vatandaşların *actio popularise* benzer şekilde anayasal sorunları Mahkeme önüne getirme yetkisine sahip olmaları gerektiği kanısındır. Diğer bir öneri ise Anayasa Yargısının bir genel savcıya sahip olması ve onun yasaların anayasaya aykırılığı hususunu mahkeme önünde gündeme getirebilmesi düşüncesidir. Her iki yöntem de 1920 anayasasının hazırlanışında kabul görmemiştir<sup>569</sup>.

---

<sup>566</sup> Bu anayasalar 19'uncu yüzyıl anayasalarına nazaran daha uzun ve detaylıdır. Gönenç L. (2013) "Anayasal Değişim", *AÜHFD*, 62 (4), ss. 1063-1086, s. 1066. Kurumsal gelişmeler ve temel hakların korunması kaygısının bu süreçte etkili olduğu düşünülmektedir.

<sup>567</sup> Rudolf Machacek (1987), Avusturya Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 4, s. 17.

<sup>568</sup> Her ne kadar Amerikan modelinden etkilenmiş ise de söz konusu model Amerika'dan farklı olarak Avrupa modeli anayasa yargısı, özel mahkeme modeli olarak adlandırılır. Bu modelde genel mahkemeler anayasaya aykırı olduğu kanısına vararak kanunu uygulamayı ihmal edemezler. Merkezi mahkeme, söz konusu yasanın anayasa aykırılığını inceler ve anayasaya aykırı olduğu sonucuna vardığı yasayı doğrudan iptal eder. Bu itibarla söz konusu model Kelsen'in kuramının bir tamamlayıcısı olduğundan Kelsen modeli anayasa yargısı olarak da adlandırılır. Gözler, a.g.e., 2011, s. 743-745.

<sup>569</sup> Kelsen H. (2017). "Yasaların Yargısal Denetimi: Karşılaştırmalı Olarak Avusturya ve Amerikan Anayasalarının İncelenmesi" (Çev. Mehmet Turhan), *Anayasa Hukukunda Kelsenci Temalar*, Ankara, s. 135-159, s. 153. Barın, a.g.e., 2016, s. 142.

Kelsen'in saf hukuk kuramında normatif denetim için anayasa yargısının taşınması gereken yetkilerin Avusturya Anayasa Mahkemesinin kuruluşunda tanınmadığı görülmektedir. Zira, mahkemenin ilk kuruluşunda yalnızca federal devlet eyalet devletlerinin yasalarının, eyalet devletleri ise federal devletin yasalarının anayasaya aykırılığını ileri sürebilmekte idi<sup>570</sup>. Bu durum esas olarak başlangıçta anayasa yargısının Jellinek'in teorisine uygun biçimde örgütlendiğini göstermektedir.

Jellinek, 19'uncu yüzyıl sonlarında Avusturya ve Almanya'da yaşamış, modern kamu hukuku ve devlet teorisinde önemli etkiler bırakmış bir hukuk düşündürüdür<sup>571</sup>. Genel devlet kuramı ve insan hakları teorisine kazandırdıklarının yanı sıra Jellinek, anayasa yargısına dair düşünceleri ile Amerika'dan sonra Avrupa'da anayasa yargısının oluşturulması gerektiğini düşünen bir hukuk filozofudur. Kelsen'in anayasa yargısına dair görüşlerinden evvel Jellinek'in hukuk teorisinde anayasa yargısının konumu ve işlevini incelemek faydalı olacaktır. Zira, Kelsen anayasa yargısının hukukun geçerliliğini sağlama hususunda mühim görevler üstlenmesi gerektiğini söylese de; ondan evvel Jellinek, Avusturya Macaristan İmparatorluğu'nun iç meselelerinin çözümünde aktif rol üstlenmesi gerektiğini savunmuş; böylelikle üst bir yargı merciinin hukukun insicamında rol alması gerektiğini belirten ilk Avrupalı düşünür olmuştur.

Habsburg İmparatorluğu'ndaki yerel idareler azınlık grupları tarafından (Hırvat, Sırp, Arnavut v.s.) idare edildiğinden 19'uncu yüzyılın sonlarında Habsburg İmparatorluğu devleti bir arada tutabilme arayışı içerisinde olmuştur<sup>572</sup>. Jellinek Avusturya'da *Avusturya İçin Bir Anayasa Yargısı* başlıklı bir eser kaleme alarak Habsburg İmparatorluğu'nun 19'uncu yüzyılda yaşadığı krize bir çözüm bulmayı

<sup>570</sup> Machacek R.(1987). "Avusturya Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı* 4, s. 22. Barın, a.g.e., 2016, s. 142.

<sup>571</sup> Jellinek, 1851 yılında Leipzig'de doğmuş, 1872 yılında Leipzig'de felsefe, Viyana'da hukuk doktorasını tamamlamıştır. 1883 yılında hukuk profesörü olan Jellinek, 1889 yılında Basel Üniversitesi'ne geçmiş, ardından 1889 yılında Heidelberg Üniversitesinde göreve başlamış, ölüm yılı olan 1911'e kadar burada ders vermiştir. Jellinek, G. (2017). *İnsan ve Yurttaş Hakları Bilirgesi Üzerine*, (Çev. Rezzan İtişgen Dülger, Muzaffer Dülger), İstanbul, s. 11. Ayrıca geniş biyografik tahlil için bkz. Güngören Bulgan B. (2017). *Georg Jellinek'in Hukuk ve Devlet Kuramı*, Ankara, s. 11. Diğer yandan Kelsen, Viyana'da tamamladığı doktora sonrası Heidelberg Üniversitesi'nde 1908-1910 yılları arasında araştırmalarda bulunmuştur. [http://www.hans-kelsen.org/kelsen\\_curriculum-vitae.html](http://www.hans-kelsen.org/kelsen_curriculum-vitae.html) Erişim tarihi: 04/12/2019.

<sup>572</sup> Türel, Avusturya- Macaristan İmparatorluğu'nda milliyetler sorununun her zaman üst düzeyde duyarlılıklar yaratmaya elverişli olduğunu, herhangi bir toplum kesiminin etnik konumunun tehdit altında olduğunu hissetmesi durumunda toplumsal ve sınıfsal kökenlerin bir kenara bırakılarak ulusal davaya dönüştüğünü ifade etmektedir. Türel O. (2015). *XIX. Yüzyılda Orta Avrupa: Bir Habsburg Üçlemesi*, İstanbul, s.40.

amaçlamıştır<sup>573</sup>. Anayasa yargısının, İmparatorluğun merkezi yönetimi ile özerk yönetimler arasında ortaya çıkan krizlerin giderilmesini sağlayacağını düşünmektedir<sup>574</sup>. Bu savını ise anayasa yargısının doğduğu ABD’den örnek vererek temellendirmektedir. Esas olarak Avusturya İmparatorluğu’nda 1867 yılında bir İmparatorluk Mahkemesi kurulmuş olup; bu mahkeme merkezi monarşi ile yerel idareler arasındaki anayasal problemlere dair karar almakla görevlendirilmiştir. Ancak bu kararlar bağlayıcı özellik taşımadığından etkili bir hukuk mekanizması olduğu ifade edilemeyecektir<sup>575</sup>. Jellinek, İmparatorluk Mahkemesi’nin gerçek bir anayasa mahkemesine dönüşmesi ile birlikte yerel idareler ile merkezi hükümet arasındaki problemlerin aşılabileceği kanısındadır<sup>576</sup>.

Jellinek, aynı zamanda liberal bir düşündürdür. Bu sebeple, pozitivist hukuk kuramının içerisinde insan haklarının korunması için felsefi argümanlarının yanı sıra hukuki argümanlar da oluşturmuştur. Bugün dahi birçok uluslararası insan hakları belgesinde ve anayasalarda Jellinek’in haklar tasnifi göze çarpmaktadır<sup>577</sup>. Jellinek, insan haklarının korunması için sınırlı bir iktidarın varlığının gerekliliğini eserlerinde dile getirmiştir. Sınırlı devlet, liberal düşünceyi savunan yazarların üzerinde ittifak ettiği bir meseledir. Lakin Jellinek’i diğerlerinde ayıran devleti sınırlayacak kurumun anayasa mahkemesi şeklinde örgütlenmesini öngörmesidir. Jellinek’in anayasa yargısına tanıdığı yetkinin ABD Yüksek Mahkemesi tarafından kullanılması Amerikan pratiğinin Jellinek’e yol göstermesini sağlamıştır.

Jellinek’i anayasa mahkemesi düşüncesine iten önemli sebeplerden birisi anayasa mahkemesi pratiğinin ABD’de iyi işlediğini düşünmesidir. Nitekim ABD kanlı bir iç savaştan çıkmasına rağmen anayasal kurumları işlerliğini yitirmemiş, insan hakları temelli düşünce, baskıcı bir rejime dönüşmemiştir<sup>578</sup>. Buradaki en büyük amil ise

<sup>573</sup> Birden Güngören Bulgan a.g.e., 2017, s. 192.

<sup>574</sup> Krizin edebî eserlerde yansımaları izlemek mümkündür. Joseph Roth’un Habsburg İmparatorluğu’nun çöküşünü anlattığı başyapıtında genç bir askerle bölge valisi arasında geçen diyalogda başka bir zaman geldiğini ve artık değişik halk topluluklarının bir arada yaşamak istemediği ifade edilmektedir. Roth J. (2013). *Rasetzky Marşı*, (Çev. Ahmet Arpad), İstanbul, 2013, s. 289.

<sup>575</sup> Sara Lagi, *Hans Kelsen and Austrian Constitutional Court (1918-1929)*, <http://www.scielo.org.co/pdf/cohe/v9n16/v9n16a10.pdf> s. 275.

<sup>576</sup> Güngören Bulgan, a.g.e. 2017, s. 195.

<sup>577</sup> Jellinek üçlüsü olarak ifade edilen kuramda haklar negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bugün dahi Jellinek’in haklar teorisi temel hakların sınıflandırılmasında kullanılmaktadır. Gözler, Jellinek’in kuramının en eski ve en kullanışlı yöntem olduğunu ifade etmektedir. Gözler K. (2017). *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa 2017, s. 152. Haklar teorisinin açıklanması için bkz. Buldan, 2017, s. 47-53.

<sup>578</sup> Güngören Bulgan, a.g.e., 2017, s. 194.

anayasa mahkemesinin devlet kurumları arasındaki insicamı sağlayacak kararlar verebilme basiretidir. Jellinek, bu işlevini yerine getirebilmesi için kurgulanan Anayasa Mahkemesi'nin iki önemli görevi olduğunu düşünmektedir. Birincisi; yasama faaliyeti ile anayasal düzen arasındaki uyumsuzluğu gidermek, ikincisi ise merkezi yönetim ile eyaletler arasındaki yasamaya ilişkin uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak<sup>579</sup>. Bu önerinin esas sebebi ise karmaşık bir anayasal düzene sahip olan Habsburg İmparatorluğu'nda, eyaletlerde yaşayan azınlıklar ile merkezi hükümet arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları barışçıl bir şekilde çözüme kavuşturarak azınlıkların haklarının hukuki bir müessese ile korunmasını sağlamaktır<sup>580</sup>.

Jellinek, devleti, ictimai ve hukuki olmak üzere iki şekilde ele almaktadır. Ona göre, devletin bu iki boyutu bir arada ele alınarak açıklanamaz zira ikisine olan yaklaşım metodları farklılaşmaktadır. Hukuk, normların olaylara uygulanması ile söz konusu iki boyutu bir araya getirebilmektedir<sup>581</sup>. Kelsen ise, devleti hukuktan ayrı bir varlık sahası olarak tanımlamaz ve bu sebeple, hukuku devletten ayrı, sosyal düzeyde açıklamaya çalışan Jellinek'ten ayrılır<sup>582</sup>. Bu ayrılık, Kelsen'in anayasa yargısına yüklediği görevlere de yansıyacaktır.

Sonuç olarak Jellinek, Kıta Avrupası düşüncesinde anayasa yargısını sistemli olarak dile getiren ilk düşünürdür. Anayasa Mahkemesini öncelikli olarak imparatorluk biçiminde var olan bir devletin ayrılmasını engelleyeceği düşüncesi, her ne kadar tarihsel akışa bakıldığında mümkün olmadığı açıkça belli olsa da, hukuka bağlılığı sağlayacak organların ihdasının devletin varoluşunu şekillendireceğine dair güçlü inancı vurgulamaktadır. Ayrıca pozitivist bir düşünür olmasına rağmen, Jellinek'in insan hakların öğretisine sunduğu katkı çok önemlidir<sup>583</sup>. Zira kendisinden önceki insan hakları öğretisinin kurucu babalarından farklı olarak, siyaset bilimi

---

<sup>579</sup> Lagi S., *Georg Jellinek, A Liberal Political Thinker Between The Habsburg Empire And Germany (1885-1898)*, s. 3.

[http://fi.btk.mta.hu/images/Esem%C3%A9nyek/2015/Working\\_Papers\\_2015/2015\\_01\\_sara\\_lagi\\_georg\\_jellinek.pdf](http://fi.btk.mta.hu/images/Esem%C3%A9nyek/2015/Working_Papers_2015/2015_01_sara_lagi_georg_jellinek.pdf)

<sup>580</sup> Lagi, a.g.e, s. 3.

<sup>581</sup> Klink B. ve Lembecke O. W. (2016). "Exploring The Boundaries of Law On The Is and Ought Distinction in Jellinek and Kelsen", *Facts and Norms in Law Interdisciplinary Reflections on Legal Method*, Northampton, ss. 201-223, s. 216.

<sup>582</sup> Jellinek, hukukun sosyal boyutunu da ele almaktadır. Ona göre, bir toplum belirli bir davranışı normatif olarak bağlayıcı addettiye, hukukun buna kayıtsız kalması düşünülemez. Klink ve Lembecke, a.g.e., 2016, s. 217. Oysa, Kelsen, saf hukuk kuramında bu yaklaşımdan tamamen ayrılmakta, hukuku diğer sosyal fenomenlerle açıklamamaktadır.

<sup>583</sup> Güngören Buldan, a.g.e., 2017, s. 47 v.d.

perspektifinden farklı bir biçimde; insan haklarının korunmasını yalnızca hakların metinlerde sıralanması ve devletin haklar hususundaki ödevlerinin vurgulanmasından başka, devletin içerisindeki bir kurumun yine devletin siyasi ve hukuki olarak sınırlanması ödevi üstlenmesini öngörmüştür<sup>584</sup>. Jellinek'in ardından, Kelsenci düşüncede anayasa yargısının ödevi devleti sınırlamak ve böylelikle insan haklarının korunmasını sağlamak olarak ifade edilmemiştir. Ancak Kelsenci anayasa yargısı modeli İkinci Dünya Savaşı sonrası Jellinek'in çizdiği perspektifte hareket etmiştir. Tarihsel süreçte Jellinek'in haklar öğretisi Kelsen'in normatif pozitivizmine galebe çalmıştır. Kelsen'in anayasa yargısına yüklediği görevlerin temeli incelendiğinde, esas olarak saf hukuk kuramının temellendirildiği normlar hiyerarşisinin sağlanması prensibinin var olduğu görülecektir.

#### **4.2.2. Meşruiyetin Sağlanmasından Normların Hiyerarşik Denetimine: Saf Hukuk Kuramında Anayasa Yargısının Görevleri**

##### **4.2.2.1. Anayasanın üstünlüğünü sağlamak**

Devlet yönetimlerinin demokratikleşmesi ve modern devletin ortaya çıkışı, anayasacılık tarihi ile birlikte okunabilir. Öncelikle İngiltere'de benimsenen demokratik yönetim modeli, parlamentonun üstünlüğü ilkesini benimsemiştir. Ancak daha sonra Amerikan devrimi ve anayasasının ortaya çıkması ile birlikte parlamento değil anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi demokrasinin başat unsuru olarak kabul edilmiştir<sup>585</sup>. Nitekim Kıta Avrupasında ortaya çıkan demokratikleşme hareketleri, rasyonel ilkeler ile sınırlanan ve denetlenebilen siyasi iktidar oluşturmaya çalışmışlardır. Montesquie'nun siyasi iktidarı erkler ayrılığı çerçevesinde ele alması, Fransız Devrimi ve Kıta Avrupasında yaşanan demokratikleşme hareketleri, erklerin

<sup>584</sup> Çağlar, anayasa yargısının gelişiminde ortaçağ hukukunun üstün hukuk anlayışının önemli bir rol oynadığı kanısındadır. Ortaçağ hukuk düşüncesi dokunulmaz olan "Jus Naturale" ile "Jus positivum"u birbirinden ayırmıştır. Anayasa yargısı pratiği de üstün bir hukuk alanı olarak insan hakları bildirgelerini kabul etmiş ve anayasalarda da benimsenen insan hakları normlarını kanunların anayasa uygunluğunu denetlerken ölçü norm olarak kullanmaktadırlar. Bunun yanında anayasa yargısının denetim faaliyetinin sınırları meselesi gündeme gelmektedir. Çağlar B. (1986). "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 3, ss. 137-187, s. 138.

<sup>585</sup> Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi tüm demokratik hukuk devletlerinde bir ilke olarak kabul edilmektedir. Bunun sonucunda yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen bir hukukî müessese oluşturulmaktadır. Bu müessese bazen müstakil bir mahkeme olmakla birlikte bazılarında temyiz mercilerinin bu denetimi yaptığı görülmektedir. Atar Y. (1989). "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), ss. 181-209, s. 184.

sınırlarını ve birbirleri karşısındaki konumunu belirleyen anayasaları etkilemiştir. Erkler ayrılığının olmadığı bir düzende anayasanın olamayacağı ilkesi Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte Napolyon döneminde kuvvetler ayrılığının rafa kaldırılması tarihçiler tarafından birinci cumhuriyetin sonu olarak nitelendirilmiştir<sup>586</sup>.

Kıta Avrupasındaki demokratik ilerleyiş iktidarı sınırlı bir hareket alanı içerisinde tutmayı hedeflemiştir. İktidarın sınırı ise temel hak ve hürriyetlerin korunması, demokratik sistemin işleyişi için asgari standartlara uygunluk ve hesap sorulabilir iktidar olarak tasarlanmıştır. Bununla beraber modern demokratik devletin doğuşu modern ideolojilerin ortaya çıkışı ile aynı zaman diliminde olgunlaşmıştır. Sınırlı iktidar anlayışı liberal demokrat düzenin tasavvuru ise de, Fransız jakobenler ve ardından Hegelci idealist Alman felsefesi, Marksist ideoloji, muhafazakarlar ve diğer pek çok ideolojik görüş devletin sınırı yahut sınırsızlığını farklı bağlamlarda ele almışlardır. Bu teorilerle birlikte iktidarın sınırına dair düşünceler görece farklılık arz etmek durumunda kalmıştır. Tarihsel akış içerisinde 20. yüzyılın ortalarına dek demokrasi yaygınlaşmış bir yönetim modeli değildir<sup>587</sup>. O halde salt demokrasi teorisi ile bezenen bir sınırlı iktidar anlayışı gerçeklikte varlığını bulamamış ham hayal olarak mı kalmalıdır?

Esasında başlangıcından itibaren seküler devlet modellemeleri, sınırlı veya sınırsız iktidarın meşruiyet temelinin ham hayalden gerçekliğe geçişini sağlamak için çeşitli fikir ve eylem hareketlerini ortaya koymaya çalışmıştır. Ancak Hans Kelsen, tüm bu ideolojik temellendirmelerin berisinde durarak anayasa ve yasa ilişkisini normatif açıdan ele almıştır. Kelsen yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli bir merciin bulunmadığı anayasaların teknik olarak bütünüyle bağlayıcı olmayacağı kanısındadır<sup>588</sup>. Kelsen'e göre demokratik bir rejimin çoğunluğun egemenliği

---

<sup>586</sup> Fransa'da Napolyon döneminin 1814 yılında sona ermesi ile birlikte 1848 yılına kadar krallık dönemi devam etmiştir. 1848 yılında ise büyük isyan hareketlerinin ardından ikinci cumhuriyet ilan edilmiştir. Price R. (2016). *Fransa'nın Kısa Tarihi*, İstanbul, s. 205. Cumhuriyet rejimi 1958 yılına kadar kesintilerle uygulanmış ve bugün Fransa "yarı başkanlık" olarak adlandırılan, parlamentonun etkinliğinin zayıf olduğu bir yönetim modeli ile yönetilmektedir.

<sup>587</sup> Ancak İkinci Dünya Savaşı sonrası siyasal demokrasi istikrar kazanabilmiştir. Hobsbawn E. (1996). *Aşırıliklar Çağı*, (Çev. Yavuz Alogan), İstanbul, 1996, s. 70. Lipjhart'ın 36 ülke üzerinden demokratik yönetim modelini incelediği çalışmasında ülkelerin pek çoğu 1940'lardan sonra demokratik modeli benimsemişlerdir. Lijphart A. (2016). *Demokrasi Modelleri Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, (Çev. Utku Umut Bulsun), İstanbul.

<sup>588</sup> Turhan, a.g.e., 2017, s. 97.

fikrinden ayrılarak hukuk devleti (rechstaat) çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Bunun için iki temel argüman ileri sürmektedir; biri hukukun normatif bir sistem içerisinde kurgulanması ikincisi ise anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğüdür<sup>589</sup>. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünün iki temel işlevi söz konusudur. Bir yandan siyasi iradenin oluşmasını sağlayan usule ilişkin kuralları, diğer yandan demokratik sistemi korumakta ve çoğulculuğu garanti altına almaktadır<sup>590</sup>.

Carrozzo, Kelsen'in anayasacılık anlayışının üç döneme ayırarak incelemektedir. İlk bölüm Kelsen'in anayasa teorisi ile ilgilendiği yıllar ve 1920 Avusturya Anayasası'nın yürürlüğe girdiği dönemdir. İkinci dönem Kelsen'in 1920 ve Avusturya'dan kaçmak zorunda yılına kadar anayasa yargıcılığı yaptığı dönemdir. Üçüncü dönem ise Kelsen'in ABD'de akademik hayatına devam ettiği dönemdir<sup>591</sup>.

Kelsen ilk döneminde, Viyana Okulunun etkisi ile hukuk ilminin diğer ilim sahalarından ayrı ve kendine müşahhas bir alan oluşturarak bizzat bir ilim olması için çaba sarf etmiştir. Bu itibarla Anayasa ve sınırlı iktidar prensibini bir demokrat olarak gerekli görmüş ve fakat bir hukukçu olarak değerlendirmeyi gereksiz bulmuştur. Şöyle ki Kelsen'in hukuk felsefesinde anayasanın görevi devletin meşruiyeti veya sınırlandırılmasını değil, kanunların geçerliliğinin sağlanmasıdır<sup>592</sup>.

Alman hukuk geleneği, 19'uncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren normlardan oluşan sistemle hukukta belirliliğin sağlanması için çabalamıştır. Kelsen de bu geleneği takip ederek anayasayı üstün norm addedip, normları hiyerarşik bir biçimde tasavvur etmiştir. Böylelikle üst norm alt normun kaynağını teşkil etmekte ve geçerliliğini sağlamaktadır. Bu anlayış, Kelsen'in anayasa düşüncesinin temelini oluşturmaktadır<sup>593</sup>. Kelsen, bu dönemdeki düşüncelerinde anayasa yargısına anayasanın üstünlüğünü sağlama ve hukuk düzeninin hiyerarşik yapısının koruma görevlerini yüklemiştir.

Kelsen, ikinci döneminde ise, yeni kurulan Avusturya Devleti'nin anayasa mahkemesinde üye olarak görevine devam etmiştir. Avusturya Anayasası 1920 yılında

---

<sup>589</sup> Bongiovanni G. (2007). "Rechstaat and Constitutional Justice in Austria: Hans Kelsen's Contribution", *The Rule of Law*, New York, s. 304.

<sup>590</sup> Bongiovanni, a.g.e., 2007, s. 308.

<sup>591</sup> Carrozza P. (2017). "Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes", *Kelsenian Legal Science and Nature of Law*, New York, 2017, s.76.

<sup>592</sup> Corrozzo, a.g.e, 2017, s. 76.

<sup>593</sup> Corrozzo, a.g.e., 2017, s. 77.



yürürlüğe girmiş ve demokrasi yönetim şekli olarak belirlenmiştir. Bu durum sebebiyle Kelsen, düşünce evrenini daha çok parlamento ve işlevi üzerine yoğunlaştırmıştır. Bu dönemde anayasa yargısının görevi yalnızca anayasanın üstünlüğünü korumak değil, demokratik parlamenter rejimin yapısını korumak olarak belirlenmiştir. Demokratik rejimde yalnız çoğunluğun değil, azınlığın da haklarının korunması gerektiği ve bunun için en doğru aracın anayasa yargısı olduğunu ifade etmekten geri durmamıştır<sup>594</sup>.

Kelsen'in ABD'ye zorunlu göçünün ardından, filozof, kıta Avrupası felsefesinden farklı olarak Amerika'daki hukuk felsefesi akımları ile karşılaşmıştır<sup>595</sup>. Kelsen'in Amerika yıllarında Eleştirel Hukuk Çalışmaları çok önemli bir konumdadır. Eleştirel Hukuk Çalışmaları ise hukukun incelenmesinde psikoloji, sosyoloji, etik gibi diğer bilim alanlarının etkisinin yadsınmaması gerektiğini iddia etmektedir. Bu sebeple Kelsen, Amerika'daki akademik hayatında hukuku hukuk dışı bilim alanları ile değerlendirme imkânı bulmuştur.

Aynı zamanda ABD, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından kurulan Birleşmiş Milletler, Dünya Bankası, IMF gibi yenedünya düzeni aktörlerinin oluşumunda en önemli rolü oynamasının yanı sıra Soğuk Savaş'ta iki kutuplu dünyanın liberal tarafını temsil etmekte idi. Bu sebeple Kelsen, ulusal hukukun yanında uluslararası hukukun felsefi ve hukuki temelini sorgulama ihtiyacı hissetmiştir. Üçüncü döneminde Kelsen, hukukun yanı sıra uluslararası ilişkiler ve diğer pek çok sosyal ve siyaset bilimi alanları ile ilgilenmek durumunda kalmıştır<sup>596</sup>.

Kelsen, anayasa yargısının gerekliliğini ortaya koyarken ilk döneminde yazmış olduğu “*Anayasanın Yargısal Teminatı*” isimli makalesinde anayasanın üstünlüğünün sağlanmasını temel argüman olarak ortaya koymuştur. Yetkisini anayasadan alan parlamento tarafından oluşturulan, geçerliliğinin sağlanması için gerekli olan maddi ve usuli hükümlerin anayasada belirlendiği, yasaların anayasal denetiminin yapılmaması durumunda anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisine göre

---

<sup>594</sup> Corrozzo, a.g.e., 2017, s. 79. Kelsen H. (2015). “Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)” (Çev. Yasin Söyler), *AÜHFD*, 64 (3), ss. 857-914, s. 909.

<sup>595</sup> Corrozzoa, a.g.e., 2017, s. 79.

<sup>596</sup> Kelsen bu dönemde hukukî incelemelerinin yanı sıra siyaset bilimi ile ilgili incelemelerde de bulunmuştur. Nitekim Amerika'da olgunlaştırdığı eseri *General Theory of Law and State*, önceki eserlerine nazaran hukukî inceleme hususunda daha az ilgilidir. Corrozzoa, a.g.e., 2017, s. 80.

anayasa, hukukun ve devletin temelini oluşturmaktadır. Bu sebeple parlamento tarafından yasa yapılması anayasaya göre hukukun uygulanmasıdır<sup>597</sup>. Bununla birlikte yasaya dayanılarak oluşturulan idari düzenleyici işlemler karşısında yasama faaliyeti hukukun yaratılmasıdır. Bu zinciri izleyecek olursak düzenleyici idari işlemlere dayanılarak oluşturulan idari işlemler ve yargı kararları hukukun uygulanması; idari işlemler ve yargı kararlarına göre düzenleyici işlemler ise hukukun yaratılmasıdır.

Yasama faaliyetinin hukuku oluştururken ortaya koymuş olduğu yasaların anayasal denetimi, anayasanın üstünlüğünün sağlanması için gereklidir. Anayasaya dayanılarak çıkarılan yasalar, bir düzenleme ve sınırlama işlevi görürler. Ancak anayasa yasaların maddi içeriklerini belirleyen, düzenleme ve sınırlamanın sınırını ifade eden maddi hükümler de ihtiva etmektedir. Yasaların anayasaya aykırı olarak varlığını kazanması ve sürdürmesi, anayasanın hukukun kaynağı olma vasfını yitirmesine ve dolayısıyla, hukukun uygulanma ve yaratılma süreçlerinde hukuken iptal edilebilir normlar oluşmasına sebebiyet verecektir<sup>598</sup>.

Vinx'e göre Kelsen düşüncesinde anayasa iki anlama sahiptir. Maddi anlamda (*material constitution*) anayasa diğer yasalara kaynaklık etmekte, temel normlar ile diğer normlar arasındaki bağı kurarak hukukun hiyerarşik yapısını oluşturmaktadır<sup>599</sup>. Diğer taraftan anayasanın resmi anlamı (*formal sense*) vardır ki bu anlamda anayasa, yasama organının sınırlarını belirlemekte ve bireylerin haklarına bir prensip, ayrıcalık ve koruma sağlamaktadır<sup>600</sup>. Anayasanın yasama organının sınırlarını belirlemesi ise anayasa yargısının normun anayasaya uygunluğunu denetlemesi ile mümkün olmaktadır.

#### **4.2.2.2. Normlar hiyerarşisini denetlemek ve hukukun birliğini sağlamak**

Anayasanın üstünlüğünün sağlanması diğer yandan hukukun birliğinin sağlanmasına da hizmet etmektedir. İlk bölümde açıklandığı üzere, Kelsen'in teorisi normun yaratılması ve uygulanması bakımından hukukun bütün halinde olduğu tezinden hareket etmektedir. Normlar bir üst norma, yaratma zinciri ile bağlanmaktadır ve en

---

<sup>597</sup> Turhan, a.g.e., 2017, s. 96.

<sup>598</sup> "Kelsen'e göre yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi hukuk sisteminin ve anayasanın üstünlüğü ilkesinin hukuksal sonucu ve gereksinimidir." Turhan, a.g.e., 2017, s. 97.

<sup>599</sup> Vinx, a.g.e., 2007, s. 158.

<sup>600</sup> Vinx, a.g.e., 2007, s. 159.

nihayetinde yasalar anayasaya, anayasa ise grundnorma uygun olduğu varsayımından hareketle geçerliliklerini kazanır. Bu anlamda hukuk diğ er metafizik yahut göreceli meşruiyet tartışmalarından sıyrılarak geçerlilik ve geçersizlik cihetinden bilimsel bir perspektifle değerlendirilmektedir<sup>601</sup>.

Hukuka uygunluk, yalnızca bireysel işlemlerin ve yargı kararlarının normlara uygunluğu değildir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere, normlar hiyerarşisinde her bir norm, bir alt norma göre hukukun yaratılması iken üst norma göre hukukun uygulanmasıdır. Anayasada, mülkiyet hakkının devlet tarafından korunacağına dair hüküm, ceza hukukunda mülkiyet hakkını ihlal eden fiillerin cezalandırılmasına ilişkin hükümlerin kaynağını teşkil etmektedir. Bu hükümler, anayasa normu daha üstün olduğu için hukukun uygulanmasıdır. Söz konusu kanunların uygulanması ile, kanunda belirli cezaların öngörölmesi sebebiyle fiili işleyenlerin cezalandırılması hukukun yaratılmasıdır. Ceza kanunları, normlar hiyerarşisinde üstte yer alan anayasaya göre hukukun uygulanması, ceza işleminden bakıldığında ise hukukun kaynağı olarak nitelenir. Bireysel işlemlere ilişkin denetim, idari üst makamlar ve yargı yerlerince yerine getirilmekte, hukuka uygunluk sağlanabilmektedir. Ancak, parlamento tarafından oluşturulan yasaların hukuka uygunluğunun denetlenmesi problemi ile karşılaşmaktadır.

Normlar hiyerarşisi teorisinin amacı hukukun geçerliliğinin ve etkililiğinin bilimsel bir temele dayandırılmasıdır. Normun geçerli olması normlar hiyerarşisi kapsamında bir üstte yer alan norma aykırı olmaması ve bu aykırılığının tespit edilmemesidir. Normun kaynağı egemen iradesi değil, üstte yer alan normdur<sup>602</sup>. Anayasa yargısı, aynı hukuki sisteme ait normların aynı hukukilik çerçevesinde ele alınması prensibinin işletilmesi hususunda gerekli çalışmaları yapmak üzere görev ifa etmektedir. Kelsen'e

---

<sup>601</sup> Gözler'in belirttiği üzere, Michel Troper Kelsen'in hukuk kurallarının geçerliliğini yukarıdan aşağıya işleyen bir süreç olarak değerlendirmesini eleştirmektedir. Zira bir hukuk kuralının hangi seviyede olursa olsun geçerli olmasının esas sebebi hukuk kurallarının yetkili makamlarca geçerli olarak kabul edilmesidir. Bu sebeple normun geçerlilik zinciri yukarıdan aşağıya bir izlenimle değil, aşağıdan yukarıya yapılacak bir geçerlilik sorgusu ile belirlenebilecektir. Ayrıntılı inceleme için bkz. Gözler K. (1998). "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 15, s.207-243, s. 215.

<sup>602</sup> "Eğer normların yetkilendirme silsilesi bir mahkeme kararından geriye doğru, yargı yetkisi getiren yasal normlara, oradan yasa çıkarılmasına yetki tanıyan anayasal normlara oradan da ilk kuruluşa doğru izlenirse, saf hukuk teorisi "ardından duran" ve ona geçerlilik sağlayan bir başka tekil normu bilinçli biçimde kurgular." Cotterel, a.g.e., 2018, s. 169.

göre anayasa etrafında oluşan sistemin bilimsel bir şekilde işleyebilmesi için anayasa yargısının normatiflik denetimini yapması gerekmektedir<sup>603</sup>.

Anayasaya uygunluk denetiminin konusunu anayasaya uygunluk bakımından denetlenmesi gereken normlar oluşturmaktadır. Kelsen'e göre bu normların başında anayasaya aykırılığı ileri sürülen yasalar gelmelidir<sup>604</sup>. Kelsen, parlamento tarafından oluşturulan şekli anlamda kanun ve maddi anlamda kanunlar ile parlamento kararlarının tümünün anayasa yargısının incelemesine tabi tutulmasının gerektiğini ifade etmektedir<sup>605</sup>.

Diğer taraftan Kelsen, yürütme organının bazı hususları, anayasallık denetiminden kaçırarak için düzenleyici işlemler ile normatif alana taşıyabileceğinin farkındadır. Bu durum ile özellikle olağanüstü hal dönemlerinde karşılaşıldığını ve bu dönemde söz konusu idari işlemlerin de anayasa yargısı tarafından anayasal denetime tabi tutulmasının gerekli olduğunu ifade etmektedir<sup>606</sup>. Kelsen; idarenin düzenleyici işlemlerinin önemli bir kısmının dolaylı da olsa anayasa ile bağlantılı olduğundan anayasa yargısının incelemesine tabi tutulması gerektiğini iddia eder. Bu işlemlerin anayasal ve yasal olarak incelenmesinin idari yargıya verilen bir görev olduğunu kabul etmekle birlikte; söz konusu işlemlerin bir normatif düzenleme olması ve normatif düzenlemelerin anayasaya uygunluğunun denetimi hususunda anayasa yargısının daha profesyonel olması sebebiyle, düzenleyici nitelikteki işlemlerin anayasa yargısı tarafından denetlenmesinin daha uygun olacağı düşüncesindedir.

Kelsen; iç hukukun bir parçası olarak gördüğü uluslararası anlaşmaların anayasal denetimini tartışır. Uluslararası sözleşmelerin anayasallık denetimine tabi tutulmasının önünde herhangi bir uluslararası normatif engel bulunmadığını belirtir. Ancak uluslararası anlaşmaları imzalayan ülkelerin sözleşmenin tarafı olan diğer devletin

---

<sup>603</sup> Vinx, a.g.e., 2007, s. 161.

<sup>604</sup> Kelsen, a.g.e., 2015, s. 886.

<sup>605</sup> “Örneğin, yasa biçiminde olmalarına rağmen, geleneksel doktrin tarafından, herhangi bir nedenle, salt idari işlemler olarak görülen bütçe ya da diğer tüm benzer işlemler için de geçerli olduğu üzere, yasa biçimindeki tüm işlemler, sadece bireysel normlar içerseler dahi, anayasa mahkemesinin incelemesine tâbi olmalıdır. Yasa biçimini taşıyan bu işlemlerin hukuka uygunluk denetimi, anayasa mahkemesinden başka bir merciye bırakılamaz. Ayrıca, parlamentonun, —Resmi Gazete’de (Bulletin des Lois) yayımlanmaları gerekmeyen— yasa şeklini haiz olmayan, fakat anayasaya göre yasa olmak için gerekli olan zorunlu unsurları taşıyan, parlamento içtüzüğü veya bütçenin oylanması (yasa şeklinde olması, doğal olarak beklenemez) gibi diğer işlemlerinin de, anayasaya uygunluklarının anayasa mahkemesi tarafından denetlenebilmesi gerekir.” Kelsen, a.g.e., 2015, s. 887.

<sup>606</sup> Kelsen, a.g.e., 2015, s. 888.

anayasası hakkında bilgi sahibi olmaması sebebiyle; iç hukuk mercii tarafından iptal edilebilir bir sözleşmenin uluslararası hukukta gereken formalizmi sağlamayacağı şerhini düşer. Bu sebeple, uluslararası anlaşmaların anayasal denetiminin uluslararası bir mercii tarafından yapılması gerektiğini ifade ederek; sözleşmelerin anayasallık denetiminin anayasa mahkemelerinin görev alanı dışında tutulmasını savunur<sup>607</sup>.

Anayasaya aykırı yasanın iptali ve böylelikle hukuki olarak bütünlüğün ve tutarlılığın sağlanması görevi anayasa mahkemesine aittir. Anayasaya aykırı olan bir yasa, norma aykırı olarak kararlaştırılmış bir idari işlem veya; norma veya usule aykırı olarak alınmış bir mahkeme kararı, yasal olarak denetleme görevi verilen belirli otoriteler tarafından iptal edilerek hukuki birlik ve güvenlik sağlanmaktadır<sup>608</sup>. Ancak, belirlenmiş bir prosedüre uygun olarak oluşturulmuş bir norm, anayasaya aykırı olarak vaz' edilmiş ve hukuk dünyası içerisinde varlık kazanmış ise bu durumda yasanın geçerliliğini sağlayan nedir? Bu soru, Kelsen'in hukuk teorisinin en önemli hususlarından birisi olarak değerlendirilmekte ve *normun alternatif karakteri* olarak adlandırılmaktadır. Anayasaya aykırı olan yasa aslında, aykırılık anayasa yargısı tarafından tespit edilene kadar geçerliliğini korumaktadır ve bu durumda iptal edilene kadar geçerliliğini aykırı olduğu anayasa hükmünden almaktadır<sup>609</sup>. Turhan, normun alternatif karakteri görüşünü mahkeme kararlarına kıyaslayarak izah etmektedir. Nasıl ki bir mahkemenin verdiği hatalı karar, üst mahkeme tarafından iptal edilene kadar geçerli addediliyorsa, anayasaya aykırı yasa hususunda da benzer bir durum söz konusudur. Anayasa, hukuki hatayı kabul ediyorsa (*legal erreta*) anayasaya aykırı olarak düzenlenen norm, anayasa yargısı tarafından iptal edilene kadar geçerli addedilmek durumundadır<sup>610</sup>.

---

<sup>607</sup> Kelsen, a.g.e., 2015, s. 891.

<sup>608</sup> Anayasa mahkemesi normların anayasaya uygunluğunu denetlemekle esasında hukuki birlik ve güvenliği sağlamaktadır. Ancak, hukukî güvenlik ilkesinin ölçü norm olarak kullanılması meselesi tartışmalıdır. Biz burada yalnızca anayasa yargısının denetimi neticesinde ortaya çıkan negatif yasa koyuculuğun bir sonucu olarak bu hususu ifade etmekteyiz. Hukuki güvenlik ilkesinin anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılmasına ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Bir kısım yazarlar, Kelsenci bir bakış açısı ile pozitif hukukta yer almayan ilkelerin ölçü norm olarak kullanılamayacağını ifade ederken, diğerleri hukuk devleti ilkesinin bir alt ilkesi olarak hukukî güvenlik ilkesinin ölçü norm olarak kullanılabileceği kanaatindedirler. Köküarı İ. (2015). *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, s. 201-204.

<sup>609</sup> Kelsen bu durumu normun alternatif karakteri olarak adlandırır. Turhan, a.g.e., 2017, s. 51 v.d., Kelsen, a.g.e., 1967, s. 273 Kelsen, a.g.e., 1945, s. 156. Kelsen, a.g.e., 1991, s. 125-127.

<sup>610</sup> Turhan M. (2020). "Hans Kelsen'in "Normatif Alternatifler Kuramı"nın Gözden Geçirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 37 (1), s. 27-28.

Alt düzey bir normun üstte yer alan başka bir norma aykırı olarak var olması, doğrudan onun geçersiz olduğu anlamına gelmemektedir. Usule uygun ve yetkili organ tarafından düzenlenen yasa<sup>611</sup>, anayasada yer alan hükümlere aykırı olsa dahi yetkili organ olan anayasa mahkemesi veya bir başka mercii tarafından iptal edilmedikçe geçerli olmaya devam eder. Zira normlar hiyerarşisine göre üstte yer alan anayasa hükümleri, yalnızca kendisine uygun olarak düzenlenen yasa hükümlerini değil, anayasaya aykırı olduğu iddia edilen ve esasında aykırı olduğu tespiti ile iptal edilen yasaların, iptal anına kadar olan geçerliliğini sağlama imkanına sahiptir. Üst norm yalnızca kendisine uygun olarak düzenlenmiş olan yasaları değil, alternatif olarak kendisine aykırı olan yasaların geçerliliğini sağlamaktadır.

Kelsen teorisine göre, hukuk bir bütündür ve hiyerarşik olarak normlar dizisinde bir üstte yer alan norm, alt normun geçerliliğini sağlamaktadır<sup>612</sup>. Bu hususa yukarıda detaylı olarak değinilmişti. Bu sebeple, alt norm geçerliliğini bir başka merciden değil, yalnızca üst normdan almaktadır. Kelsen'e göre, norma aykırı normu tespit ederek hukuk bütünlüğü içerisinde bir çelişkiden bahsetmek abestir. Norm, usule uygun olarak hazırlanarak hukuk aleminde yer almış ise üst norma aykırılığı yetkili organlar tarafından tespit edilene dek varlığını sürdürecektir. Bu durumda, normlar hiyerarşisi gereği, geçerli olan normun, üst norma aykırı olarak var olması hukuki açıdan bir çelişki olarak ifade edilmemelidir. Zira, normatif sistemin işleyişi üst norma aykırı olan normun geçersizliğini tespit ettiğinde zaten iptal müessesesi işleyecek ve normu sistemin dışına taşıyacaktır. Bu durumda, mantıki olarak tespit edilen çelişki hukuki olarak çelişki biçiminde aktarılamaz.

Kelsen'e göre, en nihayetinde norma aykırı normun tespit edilmesi ile yasa, idari işlem veya yargı kararı, yetkili organlar tarafından hukuk sisteminin dışına çıkarılmaktadır. Bu anlamda, normun üst norma aykırı olması sebebiyle bir çelişkiden söz edilmemelidir. Normatif sistem, geçerliliğini ve sistemin işleyişini yalnızca normatif açıdan temellendirdiğinden, normun üst norma aykırılığının hukuk dışı değerlendirmelerle tespit edilmesini arzu etmemektedir. Normatif açıdan normlar

---

<sup>611</sup> Bu durum, daha alt düzeyde norm yaratan olan düzenleyici/birel idari işlemler ve yargı kararları için de geçerlidir. Zira Kelsen, teorisinde her bir norm, üstte yer alan norma göre hukukun uygulanması, altta yer alan norma göre ise hukukun yaratılmasıdır. Bkz. Aral V. (1968). "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", *İÜHFM*, 34(1-4), s. 535.

<sup>612</sup> Kelsen'in metodunun en önemli kavramları Aral tarafından hukukun saflığı ve birliği olarak ifade edilmektedir. Aral, a.g.e., 1968, s. 517.

sistemi içerisinde norma aykırı olarak varlık kazanan norm, iptal edilene kadar sistemin içerisinde. Nihayetinde iptal edildiğinde ise sistemin dışına çıkmış olacaktır.

Kelsen, teorisinde pek çok değişikliğe gitmesine rağmen normun alternatif karakteri görüşünü değiştirmemiştir<sup>613</sup>. Zira, Kelsen normatif açıdan hukukun bilimselliğini sağlama iddiasındadır. Bu itibarla, hukukun bütünlüğünü normatif saf hukuk kuramı çerçevesinde sağlama gayreti içerisinde olmuştur. Kelsen'in saf hukuk kuramı, hukukiliğin etrafında şekillenen bir hukuk sistemi kurmayı amaçlamış ve yalnızca hukukun egemen olduğu bir anlayışla şekillenmiştir. Norma aykırı normun hukuk dışında bir değerlendirme yapılarak geçersiz kabul edilmesi teorinin hukukiliğini zedeleyecektir. Bu açıdan Kelsen, norma aykırı normun hukuk içerisinde yer alan kurumlar tarafından geçersizliği tespit edilerek hukuk sistemi dışına çıkarılması, bu yapılmadan geçersizliğin ileri sürülmesini ise hukuki açıdan anlamsız kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bir norm, yetkili bir organ tarafından geçersiz olarak addedilmedikçe hukuk sistemine dahil bir geçerli norm olarak varlığını devam ettirmektedir<sup>614</sup>. Vinx'e göre, Kelsen'in hukuksallığın üstünlüğü teorisi iki temel yaklaşımın ürünüdür. İlk olarak Kelsen, "hukukilik ütopyası" savunulmaz ise, politik zorlamalara karşı hukukun temel seviyesini savunmakta zorlanılacağı görüşündedir. Zira, hukukilikten vazgeçildiğinde, toplumun ortak iyiliğinden neşet eden yarar ve iyilik ile kendisini meşrulaştıran idari devlete, kendisini kültürel kimlikle tanımlayan etnik devlete, hukuk devleti ilkesine yabancı kaynaklarla meşruiyet çizgisini belirleyen devletlere karşı, hukuk devleti ilkesi (*Rechtsstaat*) savunulamaz hale gelecektir<sup>615</sup>. İkinci ve daha yakın gerekçe ise rekabet halindeki etnik gruplar arasındaki derin çatışmanın olası yansımalarını önlemektir. Hukuksallık ütopyasının alternatifi, grupların itaat etme görevlerinin meşrulaştırıldığı bir sosyal uzlaşma imkanlar ölçüsünde yaratmaktır. Ancak, Kelsen derin politik çatışmaların yaşandığı bir toplumun içerisinde yaşamıştır ve hukuka ideolojik olarak bakmanın getirdiği tahribatı yakından görmüştür<sup>616</sup>.

---

<sup>613</sup> Turhan, a.g.e., 2017, s. 55.

<sup>614</sup> Carpentier M. (2020). "Kelsen on Derogation and Normative Conflicts", (April 22, 2019). *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand / Hans Kelsen Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions* (Jestaedt/Poscher/Kammerhofer eds., 2020), [https://www.academia.edu/38461473/Kelsen\\_on\\_Derogation\\_and\\_Normative\\_Conflicts](https://www.academia.edu/38461473/Kelsen_on_Derogation_and_Normative_Conflicts): Erişim Tarihi:07/08/2020.

<sup>615</sup> Vinx, a.g.e., 2007, s. 99.

<sup>616</sup> Vinx, a.g.e., 2007, s. 100.

Turhan ise Kelsen'in normun alternatif karakteri teorisini Kelsen'in hukukta boşluk kavramına olan bakışı ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Turhan, Kelsen'in hukukta boşluk olmadığı görüşünü savunduğunu belirttikten sonra Kelsen'in realist teoriye yakın görüşte olduğunu belirtmektedir<sup>617</sup>. Kelsen'in normun alternatif karakteri ile her türlü anayasayı ve yasayı kabul ettiğine varılamayacağını, Kelsen'in demokrasi ile temel hak ve özgürlüklere dayanan bir düşünür olduğunu vurgulamaktadır<sup>618</sup>.

Turhan, normun alternatif karakteri öğretisinin Kelsen'in normlar hiyerarşisi içerisinde hukuku bir bütün olarak görmesinin sonucu olduğunu belirtir. Kelsen, anayasaya aykırı normun yargı kararı olmadıkça geçerliliğini ve etkililiğini muhafaza etmesinin, normun kaynağının bir üstte yer alan norm olması ve üst normla çelişmezlik ilkesinin gereği olarak görmektedir<sup>619</sup>. Kelsen'in anayasa yargısının iptal etmediği müddetçe, yasanın geçerli olarak addedilmesi gerektiğini ifadesi, hukuki geçerliliği, kurumsallaşmış bir mahkeme tarafından garanti etmek istemesinden kaynaklanmaktadır. Hukuk sistemi tarafından, bir üst norma aykırı olarak oluşturulan norm, ancak yetkili organlar tarafından iptal edildiğinde geçersiz hale gelecektir. Aksi durumda; normun geçersizliği hukuk sistemini uygulayan ve ona itaat edenler tarafından ileri sürülemez. Bu durumda, anayasa yargısı anayasanın koruyucusu görevini üstlenmekte ve normu iptal ederek negatif yasa koyucu yetkisi ile donanmaktadır.

#### **4.2.2.3.Negatif yasa koyucu olarak anayasa yargısı ve kuvvetler ayrılığı**

Anayasaya aykırılık sorunun giderilebilmesi için normların anayasaya uygunluğunun denetimi gerekmektedir. Kelsen'e göre, bu denetimi, anayasa tarafından yasa oluşturma görevi verilen parlamentolardan beklemek hatalı olacaktır. Zira, bir başka organ tarafından anayasaya aykırılığı ileri sürülen bir yasanın, yasanın yapıldığı parlamento tarafından yürürlükten kaldırılması beklenemez. Bu sebeple, yasanın anayasa uygunluğunun başka bir kamu merciince incelenmesi gerekmektedir<sup>620</sup>.

---

<sup>617</sup> Turhan, a.g.e., 2007, s. 83.

<sup>618</sup> Turhan, a.g.e., 2007, s. 84.

<sup>619</sup> Tur R.S. (2013). "The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?", *Kelsen Revisited*, Oxford, ss. 245-259, s. 251.

<sup>620</sup> Kelsen, a.g.e., 2015, s. 883.



Anayasaya aykırı olarak çıkarılan yasanın uygulanması durumunda, yukarıda açıklandığı üzere, anayasanın üstünlüğü ilkesine aykırılık meydana gelecektir. Bu sebeple, normun uygulanmasında ortaya çıkan sorun ile normlar hiyerarşisinin bozulmaması için normun uygulanmadan evvel hukuka aykırılığının giderilmesi gerekmektedir. Normu uygulayan mercilerin, normun anayasaya aykırılığı hususunu değerlendirebileceği düşüncesi ortaya çıkabilir. Ancak Kelsen, bu değerlendirmenin sakıncalı olduğunu ifade etmektedir. Zira, her bir uygulama merciinin normun anayasallığı hususundaki değerlendirmesi farklılık arz edecektir. Bu durumda, hukukun iç birliği zedelenek ve normun uygulanmasında eşitlik sağlanamayacaktır<sup>621</sup>.

Kelsen anayasallık denetimini müstakil bir mahkemenin görevine vermekle; yasaların anayasallık denetiminin yasayı yapan ve uygulayan makam tarafından icra edilmesinin önüne geçmiştir. Kelsenci anayasa yargısı modeline en şiddetli itiraz, çağdaşı Carl Schmitt'ten gelmiştir. Schmitt'in 20'nci yüzyılın en önemli siyasi teorisyeni olmasının yanında<sup>622</sup>, anayasacılık ve anayasa yargısı hususunda Kelsen ile girmiş olduğu tartışma, anayasa yargısının görevi ve icrası bakımından önem arz etmektedir.

Schmitt, realist bir siyaset filozofu olarak siyasi kavramını dost-düşman dikotomisi üzerinden tanımlamaktadır. Muktedir olan ve siyasi olana karar veren, esasında, dostu ve düşmanı belirleyendir. Buradaki kavram çiftinde ifade edilenler arasında estetik, etik ve ekonomik olarak bir çelişkinin bulunması gerekmemektedir<sup>623</sup>. Siyasal olanı belirleyen egemen, her şeyden evvel kriz anında olağanüstü hâl karar verendir. Olağanüstü hâl, Schmitt'e göre prosedürel bir işleyiş olmayıp; mevzu hukukta tanımlanmayan ve öngörülmeleyen bir biçimde devletin varlığına kast edecek durumlarda egemenin karar alıcılığının hukukun üzerinde olduğu bir hali tanımlamaktadır<sup>624</sup>.

<sup>621</sup> Anayasa Yargısı, ABD ve Avusturya arasındaki farklar, s. 138.

<sup>622</sup> Schmit hukuku ve siyaseti realist perspektifle ele almaktadır. Hukukun siyasetten ayrı bir şekilde ele alınamayacağını düşünmekte, hukukun siyasi belirlenme kudretine sahip olan iktidar erki tarafından belirlendiğini ifade etmektedir. Demiray M.R. (2010). *A Search For An Integral View Of Law, The State & Human Rights: Comparing Hans Kelsen'S Positivism, Carl Schmitt'S Realism & Otfried Höffe'S Rationalism*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, ODTÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 261. O halde, hukukun gerçek koruyucusu da bu erk olmak durumundadır.

<sup>623</sup> Erkipçak A.E., Erkipçak H.T., (2019). "Carl Schmitt'in Sisteminde Anayasanın Koruyucusu: Schmitt Kelsen'e Karşı", *Pasajlar Dergisi*, Sayı 1, s. 99.

<sup>624</sup> Erkipçak ve Erkipçak, a.g.e, 2019, s. 100; Schmitt C. (2016). *Kanunilik ve Meşruiyet*, (Çev: Mehmet Cemil Ozansü), İstanbul, s. 14.

Schmitt'in bu kavramlarla siyaset düşüncesine yeni bir yol çizdiği kuşkusuzdur. Ancak, konumuzla alakalı olan husus, Schmitt'in realist siyaset teorisi ile hukuki pozitivizme karşı çıkışıdır. Kanunilik, Schmitt'e göre doğrudan meşruiyeti sağlayamaz ve bu durumda hukuku salt biçimsel bir tanımlama ile formalist bir zeminde açıklamak, meşruiyete dair beklentileri karşılamamaktadır. Olağan dönemde hukuk zaten işlemektedir; ancak olağanüstü hâlde olağan hukuk değil olağanüstü hâli belirleyen egemenin iradesi çerçevesinde şekillenen normlar, devleti ve sistemi koruyarak olağan hukukun da devam etmesini sağlamaktadır<sup>625</sup>. Hukukun kaynağını normativist pozitivist kuramın grundnorma dayandırmasını eleştirmektedir. Normların kaynaklık ettiğine dair tezi, tüm normlara kaynaklık edenin bir kabul olan grundnorm değil irade olduğunu ifade eden Schmitt, bu anlamda anayasanın kurucusunun irade olduğunun kabulü gerektiğini söyler<sup>626</sup>.

Buradan hareketle; Schmitt, Kelsen'in anayasanın koruyucusu olarak bir müstakil mahkemenin yetkilendirmesini reddetmektedir<sup>627</sup>. Schmitt'e göre 19'uncu yüzyılda monarka karşı anayasanın korunması gündemde olmuş olsaydı; anayasanın bir mahkeme eliyle veya aristokratlardan oluşan bir elitler grubu ile korunması makul olabilirdi. Ancak, bugün seçimle iş başına gelen bir devlet başkanı söz konusuysa ve bu devlet başkanı anayasal sistemin merkezinde bulunurken bu durum göz ardı edilemez. Yüksek derecede politik sorunların ve ihtilafların çözümünü yargıçlardan oluşan bir mahkemeye vermeden önce *Reich*'in merkezi konumunu tekrar hatırlanmalı

---

<sup>625</sup> Schmit, a.g.e., 2016, s. 13.

<sup>626</sup> İşsevenler O.V. (2019). *Kurucu İktidarın Eleştirisi*, İstanbul, s. 90-91. Schmitt'in anayasanın fail nedeni olarak normu değil "kararı" göstermesi, kararın öznesi olarak egemeni imlemesi, normativist pozitivist kuram karşı bir sav olsa da; İşsevenler, bu teorik perspektifin hukuku siyaset karşısında ikincilleştirdiği eleştirisinde bulunmaktadır. İşsevenler, a.g.e., s. 150.

<sup>627</sup> "Schmitt'in siyasal-anayasal sistemin sınırlarını ve olağanüstü durumları düşünerek sorduğu, pozitivistlerle tamamen zıt bir cevap verdiği soru, gerçek anayasal sorunların hangi organ tarafından çözüleceğidir. Daha sonra Kelsen'le "Anayasanın Koruyucusu Kimdir?" başlığı altında, belki de 20. yüzyılın en ilginç, verimli ve hararetli akademik tartışmasına girişen Schmitt'in cevabının ipuçları, "Anayasa Öğretisi"nde yer almaktadır. Schmitt'e göre siyasal karaktere sahip anayasal uyumsuzluklar, olağan yargı makamları tarafından çözülemezler. Mahkeme biçiminde örgütlenmiş olsalar bile bu uyumsuzluklara ilişkin karar makamları, siyasal bir yargı etkinliği ifa etmek zorundadırlar. Vatana ihanet suçunda, bakan ya da cumhurbaşkanının görevleriyle ilgili suçlardan dolayı yargılanmasında hukukileştirilmiş olan prosedür dahi, davanın siyasal karakterini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle de yasaların anayasaya uygunluğunun hukuki denetimi siyasal bir karar olup bir mahkemenin yetkisine bırakılmamalıdır. Fransız hukuk sisteminde geliştirilen hükümet tasarrufu öğretisinin (acte politique) ve seçimlerin denetimini yapmak üzere oluşturulan özel kurumların (ya da bu denetim yetkisinin parlamentoya verilmesinin) özünde de bu siyasal karakter yatmaktadır" Göztepe E. (2015). Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in "Anayasa Öğretisi", *İÜHF*, 73 (1), ss. 129-180, s. 148.

ve anayasanın korunması görevinin ona verilmesinin faydaları ortaya konulmalıdır<sup>628</sup>. Devlet başkanının bağımsızlığına vurgu yapan anayasal düzenlemeler ve başkanın tüm halkın temsilcisi olarak göreve başlaması, onun anayasanın koruyuculuğu görevinin demokratik sisteme aykırı olmadığını göstermektedir<sup>629</sup>. Schmitt, anayasanın koruyuculuğu ödevinin halkın her bir kesiminin temsilcisi olan devlet başkanına verilmesini o kadar önemsemektedir ki; Alman devletinin varlığını ve kalıcılığını bu görevin devlet başkanına verilip verilmemesine bağlı olduğunu ifade eder<sup>630</sup>.

Kelsen bu argümanları tek tek eleştirmiştir<sup>631</sup>. Devlet başkanının da bir politik figür olduğunu ve halkın tamamını temsil etmediğini, ayrıca anayasanın koruyucusu değil, anayasanın bir görevlisi olarak diğer anayasal kurumlarla çatışma içerisinde olacağını belirtmiştir. En nihayetinde Kelsen, Schmitt'in eleştirisinin bilimsellikten uzak ve politik çıkarların hizmetinde olgunlaştığına dikkat çekerek, bilimin politik değerlerden uzak bir şekilde yapılmasının ne kadar ehemmiyetli olduğunu vurgulamaktadır<sup>632</sup>. Türkeli'nin belirttiği üzere, Schmitt'in görüşlerine karşı teknik, metodik ve ölçülü cevaplar vermektedir. Kelsen, anayasanın koruyuculuğunun parlamento ve hükümet üzerinde denetleme görevi üstlenen bir mahkemede olmalıdır zira bu beklenti hukukun üstünlüğü ilkesinin hayata geçmesinin gereğidir<sup>633</sup>.

Anayasa yargısı, yasaların ve kanun hükmünde kararnameler gibi yürütmenin yasama işlevi niteliğindeki işlemlerinin anayasaya uygunluğunu denetler. Normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan maddi normlar bütünü olan anayasa çerçevesinde yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki ilişkinin demokratik bağlamda oluşturulmasını sağlar. Vinx'e göre Kelsen'in teorisi hukukilik ütopyası içerisinde demokrasi ve hukuk çerçevesinde bir yönetimin gelişmesini arzulamaktadır<sup>634</sup>.

---

<sup>628</sup> Vinx L. (2015). *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on The Limits of Constitutional Law*, Cambridge, s. 171.

<sup>629</sup> Vinx, a.g.e.,(2015), s. 172.

<sup>630</sup> Vinx, a.g.e., (2015), s. 173.

<sup>631</sup> Kelsen'in anayasa yargısı kuramının, dönemin gelişmelerinden etkilendiği ifade edilebilir. Avusturya'nın uzun süre monarşi yönetiminin ardından demokratik anayasaacılığa karşı yükselen otokratik çözüm arayışları Kelsen'in demokratik anayasaacılığı korumak için anayasa yargısını bir çözüm olarak sunmaya sevk etmiştir. Solyom P. (2017). "Between Legal Technique and Legal Policy: Remarks on Hans Kelsen' Constitutional Theory", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 30 (2), ss. 399-411, s. 410.

<sup>632</sup> Vinx, a.g.e., 2015 s. 220.

<sup>633</sup> Bkz. Türkeli G. (2020). "Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, ss. 980-1005, s. 999.

<sup>634</sup> Vinx, a.g.e., 2007, s. 76.

Yürütmenin yasallığının sağlanması için idari mahkemelerin görevini yerine getirmesi ile hukukilik sağlanmaktadır. Yasama işlemlerinin, yasamada hazırlanan kanunların ve meclis kararlarının, anayasal denetiminin yapılması ile yasama, yürütme ve yargı ilişkisi anayasal cihetten değerlendirilmekte ve demokratik sistemin işlenmesi sağlanmaktadır. Schmitt'in anayasal denetim yetkisinin devlet başkanına tanınması görüşü sert bir şekilde reddedilmektedir<sup>635</sup>.

Kelsen, anayasa yargısının görevlerini belirlerken demokratik sınırlar içerisinde ve yetkileri belirlenmiş bir kurumsal yapı inşa etme gayreti içerisinde. Ayrıca, anayasa yargısının diğer kurumlardan farklılığını, kurumsal yapısını belirli bir eksenle tutarak ortaya koymaya çalışmıştır. Anayasanın korunması, hukuki istikrarın devam etmesini sağlamak üzere; yasama organı tarafından çıkarılan yasanın anayasal denetimini zorunlu kılmaktadır.

Anayasa yargısının normların anayasaya uygunluğunu denetlemesi neticesinde, normlar hiyerarşisi kapsamında anayasaya uygun olduğu tespit edilen norm, geçerli olmaya devam etmektedir. Bu durumda, anayasa yargısının yapmış olduğu denetim faaliyeti neticesinde vermiş olduğu iptal kararı, esasında normun anayasaya uygun olmadığına, yasama organının bir mesele hakkındaki iradesinin iptal edilen şekilde tezahür etmesinin hukuken geçersizliğinin tespitidir. Kelsen bu faaliyetinden ötürü anayasa yargısını “*negatif kanun koyucu*” olarak tanımlamaktadır<sup>636</sup>. Anayasa yargısı, anayasal denetim sonucu yasanın anayasaya aykırı olduğunu tespit ederek yasama organının yasa koyucu rolünü sınırlandırmaktadır<sup>637</sup>.

Anayasa yargısı Kelsen'in teorisinde yargı erkinin bir unsuru olarak yer almaktadır. Diğer yargı faaliyetlerinden farklı olarak, birel işlemleri yahut idari düzenlemeleri değil, yasama faaliyetlerini anayasaya uygunluk bakımından denetlemektedir. Bu

---

<sup>635</sup> Kelsen, a.g.e., 2015, s. 880.

<sup>636</sup> “Hâlbuki, bir yasaı iptal etmek, genel bir norm koymaktır; çünkü bir yasanın iptal edilmesi, o yasanın yapılması ile aynı genellik özelliğini taşımaktadır. Dolayısıyla, bir yasanın iptal edilmesini, esasen bir yasama fonksiyonu ve deyim yerindeyse, olumsuz anlamda bir yasa yapma faaliyeti olarak ifade edersek, yasaları iptal etme yetkisine sahip olan bir mahkeme de, bu nedenle, yasama erkinin bir organı olacaktır.” Kelsen, a.g.e., 2015, s. 884.

<sup>637</sup> Kelsen'e göre anayasa mahkemesi yalnızca normlar arasındaki tutarsızlığı gideren bir mekanizma değildir. Bunun yanı sıra, yasama ve yürütme organlarının işlemlerini anayasallık cihetinden ele almaktadır. Ingram D. (2016). “A Morally Enlightened Positivism? Kelsen and Habermas on the Democratic Roots of Validity in Municipal and International Law”, *Hans Kelsen in America - Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influences*, s. 201.

açından, anayasa yargısının iptal kararları bir üst norma, yani anayasaya göre hukukun uygulanması, daha alt düzeyde normlar için ise hukuk yaratılmasıdır<sup>638</sup>.

Kelsen anayasa mahkemesinin bir normu iptal etmesinin yasama fonksiyonu olması sebebiyle üyelerin kompozisyonunun öneminin farkındadır. Ancak, Kelsen herhangi bir hukuk düzeni için bir kurum ihdas ettiğinden demokratik bileşimle oluşan anayasa mahkemesi tasarlamamaktadır. Yasama organı nasıl bir kompozisyonda olduğu belirlenebilir değil ise esasında anayasa mahkemesinin yapısının oluşması da Kelsen'in teorisinin esas meselesi değildir<sup>639</sup>. Kelsen için mühim olan anayasallık denetiminin yapılması ile hukuku bilimsel bir temelde ve öznel yargılardan beri olarak geçerli hale getirmektir.

Bununla birlikte Kelsen, anayasa mahkemesinin üye kompozisyonu için genel kapsamlı ve genel nitelikli birkaç önerme yapılabileceğini söyler<sup>640</sup>:

Anayasa yargısı makamı, temel olarak, hukuksal sorunlar hakkında karar vereceğinden ve anayasayı, yalnızca hukuksal bakımdan yorumlama misyonu taşıdığından, üye sayısının çok fazla olmaması gerekmektedir. Tipik üye seçme yöntemleri arasından, herhangi bir çekince koymaksızın, ne sadece parlamento tarafından seçilmeye, ne de devlet başkanı veya hükümet tarafından münhasıran atanmaya bir öncelik tanımak mümkün değildir. Belki de, bu yöntemler, örneğin, her bir üyelik için birden fazla aday öneren hükümetin teklifi üzerine, hâkimlerin parlamento tarafından seçilmesi ya da bunun tam tersi bir biçimde kombine edilebilir. Anayasa yargısı merciinin üye dağılımında, hukukçulara yeterli bir oranda yer vermek büyük önem taşımaktadır. Bu da, örneğin, üyeliklerin en azından bir bölümü için, hukuk fakültelerine veya ülkedeki tüm hukuk fakültelerini temsil eden ortak bir komisyona aday teklif etme hakkı verilmesiyle gerçekleştirilebilir ya da boşalan her bir üyelik için, mahkemenin kendisine aday teklif etme hakkı tanınabileceği gibi, seçimle, yani kooptasyon yoluyla da üye tayin edilebilir. Aslında mahkemenin, en seçkin uzmanları kendisine çekmek suretiyle, otoritesini bizzat kendisinin güçlendirmesinde büyük bir çıkarı vardır. Ayrıca, mahkemenin denetiminin konusunu, parlamentonun veya hükümet üyelerinin işlemleri oluşturduğundan, bu kişilerin anayasa mahkemesinin dışında kalması da önem taşımaktadır. Anayasa mahkemesinin içtihatlarını her türlü siyasi etkiden uzak tutmak, arzu edildiği kadar, zordur da. Dolayısıyla, uzmanların, —bilinçli ya da bilinçsiz olarak—, siyasi düşüncelerin etkisi altında kalarak karar verebildikleri gerçeğini inkâr edemeyiz. Bu, oldukça büyük bir tehlike

<sup>638</sup> *Stufenbau* olarak adlandırılan sistem normların hiyerarşik konumunun grundnormdan başlayarak aşağıya doğru sıralanmasını ifade etmektedir. Bu sıralama aynı zamanda normların birbirine kaynak oluşunu da kapsamaktadır. Carrozza, a.g.e., 2017, s. 88.

<sup>639</sup> Kelsen, a.g.e., 2015, 885.

<sup>640</sup> Kelsen, a.g.e., 2015, s. 885.

olsa da, örneğin bazı üyelerin, partilerin göreceli güçleri temelinde, parlamento tarafından seçilmesi suretiyle, siyasi partilerin gizli ve bu nedenle de kontrol edilemeyen bir etkisinden ziyade, mahkemenin üye dağılımının oluşumuna meşru bir şekilde katılmalarını kabul etmek, neredeyse tercih nedenidir. Geriye kalan üyelikler uzmanlara tahsis edildiği takdirde, bu uzmanlar, yalnızca siyasi nitelikteki çıkarları savunmak amacıyla bir araya gelmiş olan üyelerin işbirliğinden uzakta kaldıklarından, tamamen teknik nitelik taşıyan hususlara daha fazla dikkat edebileceklerdir.<sup>641</sup>

Görüldüğü üzere Kelsen, siyasi saiklerden uzak ve teknik hukuk donanımı yüksek bir anayasa yargısı kurgulamayı amaçlamaktadır. Kuramının bilimsel kaygısı ile paralel bir biçimde, anayasa yargısının anayasallık denetimi görevini ifa ederken siyasi saiklerle değil hukuk perspektifinden hareket etmelerini sağlamayı planlamaktadır.<sup>642</sup>

Esasında, İkinci Dünya Savaşı sonrası demokratik devletlerde anayasa yargısının yaygınlaşmasının temel itici sebebi, söz konusu sınırlandırma fonksiyonudur. Zira, mücadeleci demokrasi (*militan demokrasi*) kavramının gelişimi ile birlikte yalnızca siyasal iktidarın serbest seçimler sonucu oluşan yasama organına tevdi edilmesinin demokratik değerleri koruyamayacağı, kurucu yasalardaki demokratik hukuk devleti anlayışının ancak kurumların birbirlerini denetlemesi neticesinde gerçekleşeceği inancı yerleşmiştir.<sup>643</sup> Ulusal olarak, normatif alanı denetleyecek olan en önemli kurum anayasa yargısı olsa da, Kelsen'in teorisinde uluslararası hukukun ulusal hukukla bütün olarak kavranması, hukukun bilimsel temelli izahındaki yeri ile normatif alanın geçerliliği ve etkililiğine ile ilişkisi oldukça mühimdir.

### **4.3. Saf Hukuk Kuramında Oluşturulan Anayasa Yargısı Düşüncesinin Dönüşümü**

#### **4.3.1. Norm Denetiminden Demokrasinin Koruyuculuğuna**

Anayasa yargısı kurumsal olarak İkinci Dünya Savaşı sonrasında öncelikle tüm Avrupa ülkelerinde, daha sonra ise tüm dünya ülkelerinde varlık kazanmıştır. Avrupa

---

<sup>641</sup> Kelsen, a.g.e., 2015, s. 886.

<sup>642</sup> “Hans Kelsen’in hukuksal formalizmi siyasal sorunlarla bağlantılı olsalar bile hukuksal olarak düzenlenen her türlü sorunun hukuksal olarak da ele alınabileceğini vurgulamaktadır.” Turhan, a.g.e., 2017, s. 129.

<sup>643</sup> Çağlar, artık demokrasi simgesinin sandık yerine bağımsız yargıçlar olduğunu ve artık yargının sahibi devlet anlayışından yargılanan devlete geçildiğini ifade ederek bu süreci tasvir etmiştir. Çağlar B. (1998). “Anayasa Yargısının Güncelliği: Yargıçlar Zamanı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 15, s. 51-69, s. 51.

lkelerinde yaygınlaşmaya başlamasında Kelsen nclğndeki Avusturya Anayasa Mahkemesi uygulamasının etkisi olmuş ise de, esas olarak savaş sonrası anayasa yargısı pratiği Avrupa lkelerinde iktidarların otoriterleşmesini nleme müessesesi olarak benimsenmiştir. Nitekim, anayasa yargısı Bonn Anayasası'nda 1949<sup>644</sup>, İtalya Anayasasında 1947<sup>645</sup>, Fransa'da 1958<sup>646</sup>, Türkiye'de 1961 yıllarında kurumsallaşmıştır.

Diğer taraftan, anayasa mahkemeleri Soğuk Savaş sırasında demir perde ülkeleri ile demokrat ülkeler arasındaki en önemli kurumsal farklılıklardan biri olarak belirmiştir. Nitekim, parlamento kurumsal olarak farklı bir modelle Sovyet bloğu ülkelerinde var olsa da, demir perde ülkelerinden farklı olarak denetlenebilir bir iktidarın tezahürünün anayasa yargısının varlığı ile kaim olduğu anlayışı hâkimdir. Daha sonra, soğuk savaşın sona erdiği 1989 yılından itibaren Sovyet bloğunda meydana gelen parçalanma neticesinde ortaya çıkan yeni devletlerde, demokratik yönetim modeli ile birlikte anayasa yargısı, devletin demokratik olarak kurumsallaşmasını sağlayan bir kurum olarak konumlandırılmıştır<sup>647</sup>.

Esasında anayasa yargısının demokrasinin kurumsallaşmasındaki rolü ilk kez keşfedilmiş değildir. Amerikan Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) Amerikan siyasası içerisinde denge ve denetim vazifesini icra ederken anayasa yargısının demokratik niteliği kıta dşnrlerincede bilinmektedir<sup>648</sup>. Diğer yandan Hitler de demokrasi teorisinin bir açmazı neticesinde iktidara gelmiş ve faşist iktidarını bu

---

<sup>644</sup> Bonn Anayasası ile birlikte oluşturulan Anayasa Mahkemesi aktivist bir tutum takınarak temel hak ve hürriyetlerin daha güvenceli bir biçimde korunmasını sağlamıştır. Yine burada savaş sonrası yapılan Potsdam Anlaşması ile galip devletlerin öngördüğü dört D formülünün de etkili olduğu söylenebilir. Bunlar Denazification (Naziden arındırma), demilitarization (Askeriyeden arındırma), decentralization (merkezileşmeden arındırma), decartelization (tekelleşmeyi aşma) olarak adlandırılmaktadır. Hakyemez Y.ř.(2000). *Militan Demokrasi ve 1982 Anayasası*, Ankara, s. 72, ;Barın, a.g.e., 2016,s. 151.

<sup>645</sup> İtalya Anayasa Mahkemesi 1947 Anayasası ile kurumsallaşsa da 1958 yılında faaliyete geçmiştir. Barın, a.g.e., 2016, s. 152.

<sup>646</sup> Fransız Anayasa Konseyi tam olarak bir mahkeme tipi örgütlenme değildir. 1958 yılında oluşturulan Anayasa Konseyi'nin 1974 yılına kadar yarı siyası yarı yargısal denetim organı olduğunu ifade etmektedir. Değerli Y. S. (2019). *Anayasa Yargısında n-Denetim Ve Türk Anayasa Yargısı*, Doktora Tezi, Ankara, s. 29.

<sup>647</sup> nc demokratikleşme dalgası olarak belirlenen 1989 sonrası dönemde anayasa yargısı totaliter rejimlerden kurtulan tüm ülkelerde yaygınlık kazanmıştır. Estonya ve Yunanistan harç olmak üzere tüm Orta ve Doğu Avrupa lkeleri ile Azerbaycan, Gürcistan ve Ermenistan Kelsen modeli olan merkezileşmiş anayasa yargısı modelini benimsemiştir. zbudun E. (2007). "Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü", *Anayasa Yargısı*, Cilt 24, s. 360.

<sup>648</sup> rneğin Tocqueville *Amerika'da Demokrasi* adlı eserinde Amerikan yargıçlarının siyasal toplum üzerindeki etkisini ele almıştır. Tocqueville a.g.e., 2016, s. 117.

sayede kurumsallaştırabilmiştir<sup>649</sup>. Bunun sonucu olarak demokrasi teorisi yeniden ele alınmış ve anayasa yargısına yeni misyonlar yüklenerek demokrasinin açmazları önlenmeye çalışılmıştır. Mücadeleci demokrasi olarak adlandırılan bu teori ile demokrasinin işlemesi sırasında otoriter rejime dönüşebilecek uygulamaları halka rağmen koruyacak birtakım kurumlar ihdas edilmesi düşünülmüştür. Teori, sorunlu demokrasilerde darbe veya diğer anti demokratik eylemlerin meşruiyet aracı haline gelmiş olsa da, Soğuk Savaş döneminde demokrasilerin korunması bağlamında önemli bir işlev görmüştür<sup>650</sup>.

Kelsen bir demokrat olarak hukuk kurumlarına ve hukuk uygulayıcılarına demokrasi hususunda bir görev yüklemekten imtina etmiştir. Nitekim, *Demokrasi, Mahiyeti ve Değeri* adlı eserinde esas olarak parlamenter demokrasinin imkanlarını, geniş katımlı ve temsili bir iktidar arayışında gereken yöntemleri tartışmıştır<sup>651</sup>.

Kelsen, demokrasi kuramının oluşumunda anayasa yargısına bir misyon yüklememiş; yalnızca liberal demokratik değerlere bağlı bir hukuk sistemini değil, grundnorma dayalı olarak ortaya çıkan, geçerli ve etkili her sistemin hukuk sistemi olduğunu ifade etmiştir. Böylelikle Kelsen'in teorisinde demokratik değerleri koruma, hukuk biliminin konusu olmaktan çıkmıştır<sup>652</sup>. Demokrasi ve buna bağlı olarak inşa edilen diğer kavramlar, müphem, göreceli ve bilimsel bir incelemenin konusu olmayan meselelerdir. Diğer yandan, anayasa yargısının bir normun geçerliliğini anayasallık cihetinden incelerken, demokratik değerleri öncelemesi gibi bir misyonu yoktur. Ancak, Kelsen, negatif yasa koyucu olarak normun anayasallık denetiminin yapılması

---

<sup>649</sup> Hitler'in iktidara gelişinin demokrasi ile ne kadar bağdaştığı tartışmalıdır. Esasında Başbakanlığı devralmasının şaibeli olmasının yanı sıra Başbakanlığı sırasında diktatörlüğünü ilan edişi SA ve SS birlikleri ile baskı altına aldığı parlamento tarafından cebir altında gerçekleştirilmiştir. Armaoğlu F. (2019). *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi*, İstanbul, 2019, s. 181 v.d. Nihayetinde Hitleri'nin iktidara gelişinin demokrasinin klasik kurumları tarafından önlenememiş ve dünyanın en büyük felaketi gerçekleşmiştir. Kissenger H. (2000). *Diplomasi*, (Çev. İbrahim H. Kurt), İstanbul, 2000, s. 323.

<sup>650</sup> Yusuf Şevki Hakyemez' e göre, "Milan demokrasi, faşizm, nasyonal sosyalizm, komünizm gibi özgürlükçü demokratik düzeni tehdit eden ve ortadan kaldırmayı amaçlayan totaliter akımlar karşısında kendi demokratik değerlerini korumak amacıyla bu tür yıkıcı akımları savunan bireylerin ve grupların ifade ve örgütlenme özgürlüklerini kısıtlayan ve bunlara karşı hukuksal, siyasal ve toplumsal alanda aktif bir tutum içerisine giren, klasik (liberal) demokrasinin... farklı bir yorumudur." Hakyemez, a.g.e., 2000, s. 33.

<sup>651</sup> Mesleki temsilden tutun diğer pek çok kuramsal demokrasi sorunlarına değinmiştir.

<sup>652</sup> Öktem, temel hak ve hürriyetlerin koruma altına alındığı, idari organların hukuka saygılı olduğu ve devletin özgürleşmeyi sağladığı çağdaş demokrasilerde hukukî pozitivizme yer olmadığı kanısındadır. Öktem a.g.e., 1977, s. 296.



için yorumun kaçınılmaz olduğunun farkındadır<sup>653</sup>. Lakin, denetimde ölçü norm olarak müphem kavramların kullanılmasına karşıdır<sup>654</sup>.

Anayasa yargısının yaygınlaşması, ifade edildiği üzere İkinci Dünya Savaşı sonrası yeni dünya düzeninde gerçekleşmiştir<sup>655</sup>. Anayasa mahkemesi böylelikle demokrasinin korunmasında önemli bir kurum olarak belirmiştir<sup>656</sup>. Ancak, toplumsallığın değişimi ve 1970 sonrası artan yargısal aktivist kararlar ile birlikte anayasa yargısının da meşruiyeti sorgulanmıştır. Bu anlamda, demokrasinin gece bekçiliği misyonunu yüklenen anayasa yargısının, demokrasinin önündeki en önemli engel olduğu yönünde görüşler de ortaya çıkmıştır<sup>657</sup>. Nitekim, halihazırda anayasa yargısının demokratik meşruiyeti önemli bir sorun alanı olarak anayasa hukuku içerisinde tartışılmaya devam etmektedir<sup>658</sup>. Anayurt, anayasanın üstünlüğü prensibi çerçevesinde görev ifa eden anayasa mahkemesi ile çoğunluğun yönetimini benimseyen demokratik yönetim arasında bir dilemmanın sürmesinin kaçınılmaz olduğunu belirtir. Ancak bu çelişkinin anayasa yargısının gerekliliğini tartışma konusu yapmayı gerektirmediğini vurguladıktan sonra, anayasa yargısı üyelerinin seçiminde parlamentonun daha etkin konumda olması, üyelerin seçiminde nitelikli, özgürlükleri

<sup>653</sup> Gözler K. (2006). “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, *AÜSBF Dergisi*, 61 (3), ss. 131-166, s. 137, 4 numaralı dipnot.

<sup>654</sup> Öktem, anayasa yargısının olan politik yaşama bilimsellik ve rasyonalite kazandırma işlevini Kelsenî lafzî yorum ile yerine getiremeyeceğini ve amaçsal yorum yapması gerektiğini ifade etmektedir. Kelsen temel normu anlamı olmayan bir varsayım olarak belirlese de Öktem, temel norma belirli karakterler yüklemekte ve bu normun anayasa yargısı tarafından dikkate alınması gerektiğini dile getirmektedir. Öktem N. (1991). “Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 8, ss. 265-275, s. 275.

<sup>655</sup> Kaboğlu, Avrupa anayasa yargısı modellerini incelediği eserinde Kelsenî anayasa yargısı modelini birinci kuşak olarak adlandırmakta, İkinci Dünya Savaşı sonrası gelişimi ikinci kuşak, doğu ve orta Avrupa ülkelerinde anayasa yargısının yaygınlaşmasını ise üçüncü kuşak olarak adlandırmaktadır. Kaboğlu İ. (1993). “Kelsen Modeli Sınırlarında Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 10, ss. 381-404, s. 382-384.

<sup>656</sup> Barın demokrasinin uzun serüvenini nihai olarak anayasal demokrasiye dönüşerek sürdürdüğü kanısındadır. Demokrasinin anayasal demokrasi olarak anlaşılması anayasal olmanın gereklerini yerine getirmeyi taahhüt etmesi sonucunu doğurmaktadır. Barın, a.g.e., 2016, s. 80.

<sup>657</sup> Barın, eserinde “anayasa yargısını demokrasi ile bağdaştırmayan teorileri açıklamaktadır. Barın, a.g.e., 2016, s. 192-199. Gözler de Türkiye’de anayasanın parlamentonun 2/3 gibi nitelikli bir çoğunlukla değiştirilebilmesine rağmen yorum yolu ile anayasa yargıçlarının anayasanın anlamını üyelerinin çoğunluğu ile değiştirmesini eleştirmektedir. Gözler, 2006, s. 163.

<sup>658</sup> Gözler, anayasa yargısının anayasayı yorum tekeli elinde bulundurması ve bu yorumunu anayasa normlarının yanı sıra ölçü norm olarak “adalet”, “sosyal dayanışma”, gibi birtakım soyut kavramları ve “anayasaüstü ilkeler”, “hukukun genel ilkeleri” gibi birtakım pozitif temelden yoksun ilkeleri kullanmaları durumunda meşruiyetlerini yitireceklerini ifade etmektedir. Anayasa yargısının anayasayı yorumlamasının bilme alanı değil, irade alanı olduğunu belirten Gözler, bu alanın yargıçlarca kullanılması durumudna demokratik meşruiyetinin sağlanması için onların halk tarafından seçilmesi gerektiğini belirtir. Değilse yargıçlar yalnızca anayasanın ağzı olarak kalmayı ve yorum sınırlarını aşmamaları gerektiğini ifade eder. Gözler, a.g.e., 2011, s. 726.

koruma anlayışı ile hareket eden hukukçuların seçiminin büyük önem taşıdığını ifade etmektedir<sup>659</sup>.

#### 4.3.2. Hukuk Devletin Bir Gereği Olarak Anayasa Yargısı

Sınırlı iktidar anlayışının gelişmesi ile birlikte, hukuk devleti ideasının gerçekleştirilmesinde en önemli kurum olarak anayasa yargısının görevlendirildiği bir süreç izlenmiştir. Militan demokrasi anlayışının bir yansıması olarak, hukukun gerekleri doğrultusunda işleyen bir devlet yapısında anayasa mahkemesi zorunlu bir organ olarak tasavvur edilmektedir. Devlet aklına hukuku kurban etmemek üzere bir yargı organının ihdas edilmesi pratikte anayasa yargısının demokratik hukuk devleti ideasını gerçekleştirmede yükleneceği misyon ile müşahhaslaşmıştır<sup>660</sup>.

Hukuk devleti ideali de tıpkı demokrasi teorisi gibi İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasa yargısının görevlerini belirlemede önemli bir kavram dizisi olmuştur. Anayasa mahkemelerinden beklenen kanunlaştırma faaliyetlerinin liberal demokratik düzene uygun bir şekilde yürütülmesidir<sup>661</sup>. Bu anlamda, korunması istenilen hukuk, evrensel standartları olduğu iddia edilen liberal demokratik toplum düzenini sağlayan hukuktur.

Hukuk devleti fikrinin yanı başında beliren kavram dizisi ise yargı bağımsızlığıdır<sup>662</sup>. Anayasa yargısı ve diğer yargı mercilerinin müesses nizamdan ayrı ve onun karşısında bir konum elde etmesinin hukuk devleti ideasının gerçekleşmesi için bir şart olarak ortaya konulduğu ortadadır. Esas mesele, siyasal iktidarın karar ve icraatlarının yargılama konusu olduğu idari yargının ve anayasa yargısının üye yapısının

<sup>659</sup> Anayurt Ö. (2009). “AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar”, *GÜHFD*, Cilt 13, Sayı 1-2, ss. 117-160, s. 155-156.

<sup>660</sup> Çağlar, anayasa yargısı ile devlet anlayışının yenilendiğini ve cumhuriyetin eksikliğini giderme formülü olarak anayasal demokrasi kavramının ortaya çıktığını ifade etmektedir. Çağlar B. (1993). “Hukuk”la Kavranan “Demokrasi” ya da “Anayasal Demokrasi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 10, ss. 233-276, s. 237.

<sup>661</sup> Nitekim Venedik Komisyonu raporunda hukuk devleti “*Zaman içinde bazı ülkelerde hukuk devletin özü kanuna göre yönetim, hatta kurallara göre yönetimle eşdeğer tutulacak şekilde çarpıtılmıştır. Bu yorumlar, devletlerin otoriter eylemlerine imkan vermiş olup, hukuk devletin bugünkü anlamını yansıtmamaktadırlar. Doğru anlamında hukuk devleti, her demokratik toplumun özünde var olan bir unsurdur; hukuk devleti kavramı, herkesin, bütün karar vericiler tarafından onurlu, eşit ve akılcı biçimde ve hukuka uygun şekilde muamele görmesini; kanuna aykırı kararlara karşı bağımsız ve tarafsız mahkemelerde itiraz imkanına sahip olmasını ve bu mahkemelerde adil yöntemlerden yararlanmasını gerekli kılar*” ifadesi ile tanımlanmıştır. Şüphesiz bu tanım Kelsen’in hukuk devleti tanımından oldukça farklıdır. Özbudun, a.g.e., 2017, s. 58; Venedik Komisyonu “Report on Rule of Law”dan naklen.

<sup>662</sup> Özbudun, hukuk devletin temel unsurunun devletin tüm eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı tarafından denetlenmesi olduğunu ve bunun da ancak yargı bağımsızlığının sağlandığı bir vasatta gerçekleşebileceğini ifade etmektedir. Özbudun, a.g.e., 2017, s. 58.

oluşumudur. Parlamentonun veya devlet başkanının üyelerinin ne kadarını atayacağı meselesi, yargı bağımsızlığı yazınının temel meselelerinden birisidir.

Kelsen'in hukuk teorisinde ise hukuk, yalnızca liberal demokratik hukuk olarak anlaşılmadığından anayasa yargısının da hukuk devletini tesis etme amacı bulunmamaktadır. Liberal öğretiden farklı olarak, hukuku olan ve etkili şekilde uygulanan her devleti hukuk devleti olarak tanımlayan Kelsen için, anayasa yargısı yalnızca anayasanın ağız olarak kalacak ve normların anayasallığını inceleme altına alacaktır<sup>663</sup>.

Ancak, anayasa yargısı pratiğinde anayasalarda yer alan ve yoruma muhtaç olan kavramların içeriği doldurulurken, Kelsen'in eleştirdiği belirsizlikten kurtulmak mümkün müdür? Günümüz anayasa yargısında eşitlik, ölçülülük, laiklik gibi pek çok kavram anayasal norm denetiminin özünü oluşturan ve mahkeme içtihatlarının temelinde yer alan normlardır<sup>664</sup>.

Kelsen'e göre anayasa mahkemelerinin bir normun anayasallığını denetlerken kullanması gereken ölçü normlar, yalnızca pozitif hukuk normlarıdır<sup>665</sup>. Bu anlamda,

---

<sup>663</sup> Nitekim, Gözler hukuk devleti kavramının muğlak ifadelerle tanımlanmasına karşı çıkmaktadır. “O halde pozitivist teoride hukuk devleti kavramı operasyonel bir kavram değildir. Normlar hiyerarşisinin mevcut olduğu bir sistemde, hukuk devleti kavramına ihtiyaç yoktur. Her normun geçerliliği bir üst norma uygun olmasına bağlı olması ve bir normun üst norma uyup uymadığının yargısal denetiminin yapılması, devletin faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olduğu ve vatandaşların hukukî güvenlik içinde olduğu anlamına gelir. Böyle bir sistemde, hukuk devleti kavramına yer verilse bile değişen hiçbir şey yoktur; çünkü, “hukuk devleti” ifadesinde yer alan hukuk, pozitif hukuktan başka bir şey değildir. O halde “hukuk devleti” kavramının pozitif hukuk sistemine getirdiği bir yenilik, bir katkı yoktur.” Gözler K. (2000), *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, s. 169-178.

<sup>664</sup> Türkiye’de anayasallık bloku olarak ifade edilen ve normatif olarak düzenlenmese de ölçü norm olarak kullanılan alana dair geniş bir literatür söz konusudur. Yüzbaşıoğlu anayasallık blokunu başlangıçta ifade edilen ilkeler, cumhuriyetin niteliklerine ilişkin ilkeler Atatürk ilke ve inkılapları, uluslararası hukuk kuralları ve hukukun genel ilkeleri olarak sıralamıştır. Gözler ise normatif niteliği olmayan ve pozitif hukukta yer almayan; ancak anayasallık blokunda yer aldığı iddia edilen hukukun genel ilkeleri ve uluslararası hukuk normları anayasallık blokuna dahil olamazlar. Gözler K. (2000). “Türkiye’de Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var Mıdır?” *AÜSBF Dergisi*, 55(3)3, ss. 81-103. [www.anayasa.gen.tr/blok.htm](http://www.anayasa.gen.tr/blok.htm); erişim tarihi: 4.4.2020.

<sup>665</sup> “Bununla birlikte, bu formüller, tam da anayasa yargısı alanında, son derece tehlikeli bir rol oynayabilirler. Anayasanın, yasa koyucuyu, adalet, hakkaniyet, eşitlik, özgürlük, ahlâk gibi ilkelere uymaya davet eden hükümleri, yasaların içeriği ile ilgili talimatlar biçiminde yorumlanabilir. Fakat bu biçimde yorumlamak, tabii ki yanlış olur; çünkü, bunun mümkün olması için, anayasanın kendisinin belirli bir ana hat tespit etmesi, herhangi bir objektif kriter belirlemiş olması gerekir. Bununla birlikte, anayasanın bu hükümleri ve insan hakları beyannamelerinde yasaların içeriğiyle ilgili olarak yer verilen geleneksel hükümler arasındaki sınır kolayca ortadan kalacaktır ve dolayısıyla, örneğin, adalet kavramı anayasal bir ilke olduğu için anayasa mahkemesi tarafından dikkate alınması gerektiğinden, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen bir anayasa mahkemesinin, haksız olduğu gerekçesiyle, bir yasayı iptal etmesi imkânsız bir şey değildir. Ancak, böyle bir durumda, anayasa mahkemesinin yetkisi, yalnızca katlanılamaz olarak değerlendirilmesi gereken bir noktaya ulaşır. Bu mahkemenin yargıçlarının çoğunluğunun adalet anlayışı, toplumun çoğunluğunun ve elbette, yasayı kabul eden

Kelsen de temel insan hakları metinlerinin ve anayasaların adalet, eşitlik, özgürlük, dürüstlük, uygunluk gibi belirsiz kavramları içerdiğini ve normlar hiyerarşisinde kanunların ve alt düzenleyici işlemlerin geçerliliğini sağlayan bir metin olan anayasada yoruma muhtaç halde bulunduklarının farkındadır. Kelsen'e göre, bu durumda anayasa yargısının yetkilerinin teorik olarak çizilen sınırlar dışına çıkacağı yadsınamaz. Zira, söz konusu kavramlar, beşeri hayata dair her sosyal durumda ölçü olarak kullanılabilir ve hangi bakış açısı ile yorumlanırsa yorumlansın içeriğinin göreceli olarak tanımlanmasından kurtulamayacaktır<sup>666</sup>.

Anayasa yargısının siyasi iradenin norm koyma yetkisini denetleme görevi üstlendiği dikkate alındığında, üstelik söz konusu kavramların en üst yargı yerince yorumlanması durumunda, anayasa yargısının yetkisinin çok geniş bir yetki ile donatıldığının kabulü gerekmektedir<sup>667</sup>. Bu duruma çözüm olarak Kelsen, anayasa metinlerinde belirsiz ve anayasa yargısının yetkilerini olağanüstü boyutlara taşıyacak kavramlara yer verilmemesi önerisinde bulunur<sup>668</sup>.

Tarihin akışı, söz konusu önerinin gerçekleşme ihtimalini sıfıra yakın bir noktaya indirmiştir. Siyasetin ve adalet sistemlerinin liberal demokratik kuram aracılığı ile kurgulandığı İkinci Dünya Savaşı ve sonrasında tüm anayasalar Kelsen'in pek hoşlanmadığı kavramlarla bezenmiştir<sup>669</sup>. Esasında, bu önerisi ile Kelsen, tarihin akışına bir set çekme girişiminde bulunmuştur. Zira 18'inci yüzyıldan itibaren tüm demokrasi ve anayasalcılık hareketleri liberal ve yer yer Marksist yorumların içerisinde doldurduğu kavramlarla şekillenmiştir. Kelsen, önceki bölümde ifade edildiği üzere,

---

parlamentonun çoğunluğunun sahip olduğu adalet anlayışıyla tam bir zıtlık oluşturabilir. Bu durumda, anayasanın, adalet veya benzeri gibi, sınırları belirsiz ve muğlak bir kelimeyi kullanmak suretiyle, parlamento tarafından kabul edilen herhangi bir yasanın kaderini, anayasa mahkemesi gibi, politik açıdan az çok keyfi bir biçimde bir araya getirilmiş bir heyetin keyfiyetine bırakmayı amaçlamadığı ortadadır." Kelsen, a.g.e., 2015, s.898.

<sup>666</sup> Kelsen anayasalarda adalet, eşitlik, özgürlük, dürüstlük, uygunluk gibi müphem kavramlara yer verilmesi durumunda anayasa yargısının kanunların anayasallık denetimi görevini ifası sırasında çok geniş yetkiler elde edeceği kanısındadır. Turhan, a.g.e., 2017, s. 123

<sup>667</sup> Turhan, a.g.e., 2017, s. 123. Ancak Vinx, Kelsen'in anayasa yargısının nasıl hareket etmesi hususunda Kelsen'in detaylı bilgiler vermediğini ifade etmektedir. Vinx, 2007, a.g.e., s. 163.

<sup>668</sup> "Bununla birlikte, bu formüller, tam da anayasa yargısı alanında, son derece tehlikeli bir rol oynayabilirler. Anayasanın, yasa koyucuyu, adalet, hakkaniyet, eşitlik, özgürlük, ahlak gibi ilkelere uymaya davet eden hükümleri, yasaların içeriği ile ilgili talimatlar biçiminde yorumlanabilir. Fakat bu biçimde yorumlamak, tabii ki yanlış olur; çünkü, bunun mümkün olması için, anayasanın kendisinin belirli bir ana hat tespit etmesi, herhangi bir objektif kriter belirlemiş olması gerekir." Kelsen, a.g.e., 2015, s. 898.

<sup>669</sup> İkinci Dünya Savaşı anayasacılık hareketleri liberal öğreti etrafında şekillendiği gibi sosyalist düşüncenin hakim olduğu anayasalar da ortaya çıkmıştır. Gönenç L. (2013). "Anayasal Değişim", *AÜHFD*, 62(4), s. 1079. Temel hak ve hürriyetlerin korunması liberal anayasacılığın amacıdır.

saf hukuk teorisini, kilit taşı olarak yerleştirdiği grundnorm varsayımı ve köprünün iki ayağını oluşturan anayasa yargısı ve uluslararası hukuk-iç hukuk birliği görüşü ile oluşturmuştur. Bu anlamda, köprünün ayağının sağlam durması ve teorisinin bilimselliğine zeval gelmemesi adına kendisinden zamanından evvel pratiği olmayan ve ahirinde de olmayacak bir temennide bulunmuştur.

Bu temenniye bir kenara bırakırsak, Kelsen'in olmasını arzulamadığı kehanetinin vuku bulduğunu ifade edebiliriz. Zira, 1945 sonrası demokratik devlet düzenlerinde anayasa yargısı tüm siyasal alanın aktörleri ve içeriklerini form ve muhteva olarak belirleme kudretine vasıl olmuştur. Nitekim, bu durum, anayasa hukuku literatüründe yıllara sari olarak tartışılmakta, anayasa yargısının demokrasiye katkısının yanı sıra demokrasiyi tehdit eden bir yönünün var olduğu da ifade edilmektedir<sup>670</sup>.

Ancak günümüzde kabul edildiği şekliyle anayasa yargısı ve demokrasi arasındaki gerilim, liberal teoriyi benimseyen yazarlar tarafından yadsınmaktadır. Bu yazarlar, anayasal sınırlar içerisinde iktidarların programlarını oluşturabilecek yasal ve idari düzenlemeler yapabilecekleri ve bu durumun yargı organlarınca denetlenmesinin demokrasiye zarar vermediği görüşündedirler<sup>671</sup>. Nitekim, literatürde hukuki güvenlik ilkesinin tesis edilebilmesi için anayasa yargısının anayasaya uygunluk denetiminin zaman bakımından genişletilerek, mahkemeye kanunların ön (a priori) denetim yetkisinin tanınması gerektiği böylece ifade edilmektedir<sup>672</sup>. Bu durumda, anayasa yargısının mevcut ve geniş yetkilerle donandığı bir anayasanın demokrasiyi koruduğu varsayılmaktadır.

#### **4.3.3. Anayasa Yargısının Aktivizmi**

Kelsen'in anayasa yargısı teorisinin incelenmesi sırasında karşılaşılan en önemli metinler, Schmitt'le girdiği anayasanın koruyucusunun kim olacağı meselesine dair tartışmalardır. Kuşkusuz Kelsen, Schmitt'in aksine bu görevin bir devlet başkanına değil, bağımsız bir üst mercide olması gerektiğini savunmuştur. Ancak, ifade edildiği üzere, Kelsen saf bir hukuk teorisi kurma çabasında hukukun oluşumunda yargıçların rolünü sınırlayan bir anlayış benimsemiştir. Her ne kadar hukukta boşluk teorisini

---

<sup>670</sup> Barın, a.g.e., 2016, s. 167-178. Gözler de kanunların anayasaya uygunluğunun bilme alanına değil irade alanına dair bir mesele olduğunu ve demokratik toplumlarda irade beyan etme hakkı halka veya halkın temsilcilerine ait olduğu, hakimlerin bu alanda faaliyet göstermemesi gerektiği kanaatindedir. Gözler, 2007 a.g.e., s. 165.

<sup>671</sup> Özbudun, a.ge., 2017, s. 70.

<sup>672</sup> Değerli, a.ge., 2016, s. 66.

kabul etse de, yargıcın hukuk yaratmasının sebebi, onun bir hukuk yaratan aktör olmasından değil, hukuki istikrarının korunmasına dair amacın bir neticesidir. Normun kaynağı bir üst normdur, egemen, yargıç ve diğer teori dışı unsurlar değildir.

Ancak Kelsen'in teorisinin olgunlaştığı yıllarda Amerika'da hukukun sosyolojik kısmını açıklamaya ve anlamlandırmaya çalışan hukuki realizm akımı da olgunlaşmaya başlamıştır. Söz konusu teori, hukukun, esasında, yazılı olan kurallarda değil, uygulayıcıların ifadelerinde müşahhaslaştığını ifade etmektedir<sup>673</sup>. Tabii ki bu teorinin Kelsen'in teorisi arasında bazı ayrımlar olduğu açıktır. Hukuki realizmin, hukuku bütüncül bir perspektifle açıklama gayretinde olmasa da hukuk uygulayıcılarının etkisinin ne derece yüksek olduğunu ifade etmesi hukuka önemli bir düşünsel alan açmıştır<sup>674</sup>.

1945 sonrası yeni dünya düzeninde anayasa yargısının rolü, demokrasiyi korumak olarak belirlense de, gücü sınırlarını aşan bir kurumsal yapı ile karşı karşıya kalmıştır. Eleştirel teorisinin ve diğer liberal teori karşıtı kuramların karşı çıkmasına rağmen, yaşanan fiili durumu açıklamaya çalışan düşünürler hayli uğraş vererek yargıçların hukuk içerisindeki etkilerini açıklamaya ve anlamlandırmaya çalışmışlardır.

Kelsen de anayasa mahkemesi yargıçları ve diğer hukuk adamlarının hukukun oluşumundaki etkisini göz ardı etmemiştir<sup>675</sup>. Zira, en alt normun emir veya karar olarak hukuk uygulayıcıları tarafından oluşturulduğunu ifade etmiştir. Ancak Kelsen, öznel yargıların ve diğer sosyal bilimler disiplinlerinin, örneğin sosyoloji, psikoloji

---

<sup>673</sup>Gürkan, hukukî realizm akımı mensuplarının bazılarının kısmen hukukta belirliliği kabul ettiğini, diğerlerinin ise hukukta belirliliği kabul etmediğini; ancak hukuku her ikisinin de açıklarken yargılama faaliyetlerini esas aldığını ifade etmektedir. Gürkan Ü. (1967). *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 31.

<sup>674</sup> Hukuki realistlerin başlattığı modern hukukun yönteminin eleştirisi, eleştirel teorisinin düşünsel zeminini oluşturmuştur. Benzer bir tespit için bkz. Akman Ş. T. (2012). "Eleştirel Hukuk Çalışmaları", *AÜHFD*, 61 (4), ss. 1271-1306, s. 1291.

<sup>675</sup> "Hans Kelsen hukuk biliminin tarihsel olarak etik, siyaset bilimi, sosyoloji ve psikoloji gibi bilimlerle iç içe geçtiğini söyler. Onu hukuk ötesi bu unsurlardan kurtarmadıkça bağımsız bir bilim, daha doğrusu objektifliği ve kesinliği olan bir bilim dalına dönüştürmek mümkün değildir. Hukuk, özellikle, hukukun kaynağına ve amacına yönelik unsurlardan arındırılmalıdır. Hukukçu, hukuk kurallarının amacının adaleti gerçekleştirmek olup olmadığıyla, kaynağının toplumsal ilişkilerde veya başka bir yerde olup olmadığıyla ilgilenmez. Hukuku tüm hukuk ötesi unsurlardan arındırdığımızda, geriye yalnızca "norm" kalır. Kelsen'e göre, bu normları da, pozitif bilimlerde olduğu gibi açık ve kesin şekilde formüle etmek ve uygulamak mümkün olabilir." Uygun O.(2012). "Konuşması, Anayasa Hukukunda Yorum Ve Norm Somutlaşması", *TBB Yayınları*, 29-30 Eylül 2012 Ankara, s. 309.

gibi, hukuku açıklamakta başvurulmasını hukukun bilimselleşmesi önünde bir engel olarak görmektedir<sup>676</sup>.

Neticede, anayasa mahkemeleri tüm dünyada global bir hukuk kurumu olarak yerini almıştır. Bugün demokratik olduğu iddia edilen hemen her ülkede bu vazifeyi yürüten bağımsız, tarafsız bir kurum ihdas edilmiştir. Ayrıca bu kurumlar, uluslararası anayasa mahkemesi birlikleri, bölgesel birlikler, konferanslar ve ikili iş birlikleri ile birbirlerine tecrübelerini aktaran ve hukuk dilini eş değer ölçüde demokratikleştirmeye özen gösteren yapılarını sürdürmektedir<sup>677</sup>.

Geçen zaman dilimi, hukuki realizm ve eleştirel hukuk teorisinin yargıçlar ve hukuk arasındaki ilişkiyi sorguladıkları zeminin ne kadar önemli olduğunu kanıtlamıştır. Bugün yargısal aktivizm olarak adlandırılan meselede devasa bir literatür bulunmaktadır. Anayasa yargısının norm denetiminin sınırları ise belirlenememiştir. Kelsen'in sadece anayasanın sözcüsü konumunda tuttuğu anayasa yargısı, yer yer aktivist bir tutumla iktidarın siyasi kararlarına müdahale edebilmektedir. Demokrasi teorisi açısından sorunlu kabul edilen bu tutum, anayasa mahkemesinin meşruiyet zeminini tartışmalı hale getirmektedir.

Anayasa yargısı meselesi gerek Türk Anayasa hukukunda gerekse diğer ülke anayasacıları arasında her zaman popülerliğini korumuş bir konudur. Bu denli çalışılmış olmasının arkasında yatan sebep ise anayasa mahkemesinin verdiği kararlarla sürekli içtihat üretmesi ve anayasa hukukun tartışmalı alanlarında söz söyleyebilmesidir. Anayasa yargısının içtihatlarını sürekli olarak yenileyebilmesinin sebebi ise esas olarak mahkemelerin dinamik yapısıdır. Zaman değişince hükümler değişirse de hükmü uygulayacak olan anayasa yargı-cı değişmekte ve böylelikle içtihatlar arasında farklılıklar yaşanabilmektedir<sup>678</sup>.

Türkiye gibi nispeten demokratik kurumsallaşması geç olgunlaşmış ve bu süreçte pek çok anti-demokratik müdahalelerle karşı karşıya gelen ülkelerde, anayasa mahkemeleri aktivist bir tutum olarak mevcut siyasi iradeyi sınırlandırmanın yanı sıra,

---

<sup>676</sup> Akbay, a.g.e., 1947, s. 31.

<sup>677</sup> Örneğin Türk Anayasa Mahkemesi, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliğinin bir üyesidir. Birliğe dahil olan ülkeler arasında tecrübe paylaşımı yapılmaktadır. Bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/asya-anayasa-mahkemeleri-ve-muadili-kurumlar-birligi-5-yaz-okulu/>. Erişim Tarihi: 14/12/2019.

<sup>678</sup> Bu farklılık esasında anayasa yargısının söylediğinin doğru olduğunu değil, son söz söylemesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Gözler, a.g.e., 2011, s. 729.

ülke sathında iktidarda olan düşüncenin karşısında bir mevzinin savunuculuğunu yapma misyonu da üstlenmektedir. Ancak bu sorun, yalnızca Türkiye gibi ülkelerde değil, ABD gibi demokratik kurumsallaşması olgunluğa erişen ülkelerde de mevcuttur. Bazı ton farkları olsa da esas mesele iktidarın sınırlandırılması misyonu ile hareket eden anayasa mahkemesinin sınırını neyin/kimin belirleyeceğidir<sup>679</sup>.

Kelsen bu durumun bir sorun alanı olarak ortaya çıkacağını ön görmüş olsa da önerdiği çözüm problemin yadsınarak çözüme kavuşacağını zanneden bir naiflik içermektedir. Oysa, işin esaslı tarafında Kelsen anayasa yargısının yetki ve güç aşımında demokrasi için ne kadar büyük sorunlar oluşturabileceğine işaret etmektedir. Özellikle günümüzde, anayasa yargısının aktivist tutumunun artmasından ötürü anayasa yargısının demokrasi teorisi ile bağdaşmadığını ileri süren teoriler varlık kazanmaktadır<sup>680</sup>. Nitekim, Kelsen teorisinde anayasa yargısı, yalnızca hukuki geçerlilikten sapma gösteren normatif alanın kanun düzeyinde sağaltmasını yaparak, teorinin işlemesi sağlamaktan ibarettir. Normlar hiyerarşisinden kaynaklanan kanunun anayasaya aykırı olmama prensibinin işlemesi tarafsız ve bağımsız mahkemelerce gerçekleştirilecektir. Oysa, günümüzde anayasa yargısı anayasanın lafzi anlamda barındırdığı muğlak ifadeleri zamanın ruhuna göre yeniden anlamlandıran bir merci konumundadır<sup>681</sup>. Bu sorun elbette, saf hukuk kuramının çözüme kavuşturacağı bir mesele olmaktan uzaktır. Zira, saf hukuk kuramında anayasalar muğlak ifadeler içermemeli, anayasa yargısı yalnızca normlar hiyerarşisinden kaynaklanan anayasanın üstünlüğünü korumak için anayasaya aykırı normu iptal etmelidir. Anayasanın yorum tekeli elinde bulundurarak demokrasinin koruyuculuğu görevini üstlenmesi düşünülemez. Bu sebeple, hukuk tekniği açısından görevini ifa edecek anayasa yargısının meşruiyet ile ilgili bir problemi ortaya çıkmayacaktır. Nitekim, ülkemiz uygulamasında anayasa yargısının işlevi üzerine uzun süren tartışmalar yapılmıştır. Özgürlüklerin korunması saikiyle hareket etmeyen, belirli bir ideolojik anlayışın

---

<sup>679</sup> Sınırın belirsizliğinin yanı sıra yargısal aktivizm kavramının içeriği de belirsizliğini korumaktadır. Ergül O. (2013). “Berraklaştırılamayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm”, *TBB Dergisi*, Sayı 104, s. 39- 40.

<sup>680</sup> Anayasa yargısını demokrasi teorisi ile bağdaştırmayan teoriler için bkz. Barın, a.g.e., 2016, ss. 167-178.

<sup>681</sup> Örneğin, Türkiye’de sadece anayasallık denetimi değil, denetim faaliyetinde esas alınacak ölçü normlar meselesi de pek çok tartışmaya sebep olmuştur. Anayasallık bloku etrafında yürütülen tartışmalar buna örnek verilebilir. Birçok anayasa hukukçusu anayasallık bloku tanımını yapmış ve anayasa yargısının kanunların anayasaya uygunluğunu denetlerken ölçü alması gereken esasları belirtmiştir. Buna karşılık, anayasallık bloku kavramını reddeden görüşler de serdedilmiştir. Gözler, a.g.e., 2000, s.81-103.



hakimiyeti altında karar veren mahkeme, Arslan’a göre meşruiyetine zarar vermektedir<sup>682</sup>. Özbudun da benzer eleştirileri sıralarken, Anayasa Mahkemesi’nin 1961 ve 1982 yıllarında kendisini oluşturan “merkez elitin” beklentilerini gerçekleştirdiğini, onların temel değer ve beklentileri ile uyumlu karar verdiğini ifade etmektedir<sup>683</sup>.

Anayasa yargısı, anayasal demokrasiyi zorlayan bazı kararlara imza atsa da, anayasa yargısının yargısal aktivizminin her zaman olumsuz sonuçlar ortaya çıkardığı tezi bazı yazarlar tarafından kabul görmemektedir. Yargısal aktivizm ve yargının kendini sınırlandırması kavramlarının anayasa yargısına görev verildiği müddetçe tartışma konusu olmaya devam edeceğini belirten yazarlar<sup>684</sup>, aktivizmin her zaman kötü sonuçlar ortaya çıkaran bir kavram olarak tanımlanmaması gerektiğini ifade etmektedirler. Özellikle çoğunlukçuluk karşıtı yargısal aktivizmin demokrasinin koruyuculuğunda önemli işlevler taşıdığını ifade etmektedirler. ABD’de anayasanın orijinal anlamını göz ardı eden liberal yargıçlar, özgürlük alanını genişleten pek çok içtihata imza atmışlardır<sup>685</sup>.

Korucu, meşru olmayan amaçlarla yapılan denetimin hukukilik sınırlarını aşarak aktivist bir tutum içerdiğinde kuşku bulunmadığını ifade eder. Bununla birlikte, bir mahkeme kararının aktivist olarak ifade edilmesi için yargıçların kötü niyetli veya ön yargılı olmalarının her zaman gerekli olmadığını, zira aslında politik nitelik taşıyan “kamu yararı”, “genel sağlık”, “genel ahlak” gibi kavramlar çerçevesinde anayasallık denetimi yapıldığında ister istemez hukukilik denetimi sınırlarının aşılacağını belirtmektedir. Bunun için, aktivizm kavramının çağrıştırdığı olumsuz anlamlardan âri olarak tanımlanması gerektiğini ifade eder<sup>686</sup>. Kelsen, bu sebeple, anayasa yargısının politik karar almakla hukukun bilimselliğini sağlayamayacağını belirterek, belirsiz içerikli ifadelerin anayasalarda yer almaması, anayasa yargısınca ölçü norm olarak belirlenmesinin önlenmesi gerektiğini ifade etmekteydi.

---

<sup>682</sup> Arslan Z. (2005) Anayasa Teorisi, Ankara, s. 302.

<sup>683</sup> Özbudun E. (2012) Türk Anayasa Hukuk, Ankara, s. 460.

<sup>684</sup> Christopher Wolfe ve Edward McWhinney yazarların görüşleri için bkz. Korucu S. (2013), Yargısal Aktivizmin Kavramsal Bir Analizi, Liberal Düşünce Dergisi, Sayı 69-70, s. 221-222.

<sup>685</sup> Kararlar çerçevesinde Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin Amerikan Demokrasisine katkısının analizi için bkz. Pollock E.E. (2009). The Supreme Court and American Democracy, London.

<sup>686</sup> Korucu S. (2013), s. 225.

Anayasa yargısının kurumsal eleştirisinden başka, saf hukuk kuramının nihai hedefi olan ulusal ve uluslararası hukukun birliği tezinin, İkinci Dünya Savaşı sonrası küreselleşen uluslararası sisteme etkisi, teorik olarak eleştirisi, bu çalışma için önem arz etmektedir.

#### **4.4. Hukukun Geçerliliği ve Etkililiği Bağlamında Saf Hukuk Kuramının Nihai Hedefi Olarak Ulusal-Uluslararası Hukuk Birliği**

##### **4.4.1. Saf Hukuk Kuramını Etkileyen Uluslararası Hukuk Kuramları**

Hans Kelsen öncesi hukuk felsefesinde, uluslararası toplum ile hukuku bir arada düşünen Dante, Immanuel Kant ve Hegel'in düşünceleri, uluslararası hukukun felsefi kavranışını etkilemiştir. Bununla birlikte, Kaltenborn, Jellinek, Triepel gibi 19'uncu ve 20'nci yüzyıl kamu hukuku düşünürlerinin uluslararası hukuka dair görüşleri de Kelsen üzerinde tesirlidir. Bu sebeple, söz konusu filozof ve hukukçuların uluslararası hukuka bakışının kısa tahlili, Kelsen'in uluslararası hukuk düşüncesinin anlamlandırılmasını kolaylaştıracaktır.

Uluslararası ilişkilerin devletlerin egemenliğine etkileri; semavi dinlerin küresel hakimiyet tezleri ile birlikte daha çok incelenmeye değer bir saha olmuştur. Gerek İslamiyet, gerekse Hristiyanlık dinine mensup düşünürler, devletlerin birbirleri ile ilişkilerinin teorik iz düşümü üzerine pek çok eser vermişlerdir. Hristiyan dünyasında, kilise taassubunun sorgulanmasına öncülük eden bir şair olan Dante, "Monarşi" adlı eserinde ortaya koymuş olduğu küresel hakimiyet tezi ile kendisinden sonraki modern düşünürleri uluslararası hukuk ve barış hususunda oldukça etkilemiştir. Dante, insanlığın parçalar halinde bulunduğunu, her bir kavmin, devletin insanlığın bir parçasını oluşturduğunu tespit eder. Tüm bu parçaların barış içerisinde yaşaması için tek bir monarkın küresel olarak hâkim olması gerektiğini belirtir<sup>687</sup>. Dante'nin küresel hakimiyet düşüncesi, fiili olarak gerçekleşmese de, uluslararası ilişkilere ve hukuka dair düşünceye etki etmiştir. Günümüzde, dünya düzeni, parçalı egemenlikler altında var olan pek çok gücün çatışması içerisinde zamanını geçirmektedir. Bununla birlikte, Dante'nin küresel hakimiyet tezinin Kelsen'in uluslararası hukuk düşüncesine etkisini görebilmekteyiz. Nitekim, Kelsen'in ilk dönem çalışmalarından birisinin Dante üzerine olduğunu düşündüğümüzde, filozofun dünyayı parçalı alanların güç mücadelesi olarak kavraması ve küresel bir tek monarkın hakimiyetini arzulamasının,

---

<sup>687</sup> Dante (1996). *Monarchy*, (Translated by Prue Shaw), Cambridge, s. 11.

Kelsen'in uluslararası hukuk ve iç hukuk ilişkisini düşünmesinde etkili olduğu görülecektir<sup>688</sup>.

Kant, yaşadığı çağın bir filozofu olarak hukuken karşılaşılan tüm meselelere ilgi duyan, felsefi olarak bu hususları derinlemesine tartışmış; uluslararası düzeni ve hukuk yapısını çalışmalarına konu etmiştir. Kant'ın devlet felsefesi, düzenin sağlandığı ve şiddetin ötelendiği bir düzeni hedefler. Bu hedefin gerçekleşmesi için ise barışın hâkim olduğu bir düzen gereklidir. Şiddet, ahlaki ve hukuki olarak toplumda istenmeyen eyleme uygulanan bir ceza olarak meşruiyetini kazanmaktadır. Diğer yandan egemenin şiddeti yoğunlaştırmasına karşın direnme gösterilmesi hakkının yurttaşlarda olmadığı fikri Kant tarafından ifade edilmektedir. Zira direnme hakkı, şiddetin kontrolsüz bir boyutta sarmala dönüşmesine sebebiyet verebilecektir<sup>689</sup>.

Uluslararası düzende barış sağlanmaksızın ulusal düzeyde istikrarlı bir yönetimin oluşamayacağı Kant'ın temel görüşüdür. Bu sebeple, uluslararası düzende barış arayışı Kant'ı bu hususta bir eser vermeye itmiştir. Kant'ın “Ebedi Barış Üstüne Bir Deneme” adlı risalesi evrensel barışı mümkün görmektedir. Kant barışçıl düzenin inşası için öncelikle altı madde halinde ön yükümlülükleri sıralamaktadır<sup>690</sup>. Ön yükümlülükler, devletlerin uymaları gereken ahlaki ödevler olarak da tasavvur edilebilir. Kant, bundan daha ilerisine eserinde yer verme gayretindedir. Ayrıca, dünya barışının sağlanabilmesi için bir uluslararası hukuk düzeni inşa edilmesi gerektiği

<sup>688</sup> Lepsius O. (2017). “Hans Kelsen on Dante Alighieri's Political Philosophy”, *The European Journal of International Law*, 27 (4), ss. 1153–1167, s. 1154.

<sup>689</sup> “Düzeni oluşturan yasalar her ne kadar insanlar tarafından oluşturulsa da otoriter gücün temeli bakımından kusursuz bir yasa koyucu tarafından oluşturulmuşlardır. Yasa koyucunun işlevinden bir an bile şüphe etmek dahi suç gibidir. Bu düşünce pratik aklın düşünsel fikrini ifade eden, “Bütün yetki Tanrıdan gelir” ilkesinin bir açıklaması niteliğindedir. Diğer bir deyişle açıklamak gerekirse Kant'a göre; “Kökeni ne olursa olsun, mevcut yasama gücünün oluşturduğu kanuna uymak bir vazifedir” denebilir.” Vurgun Ş. (2018). *Ahlak Felsefesinden Hukuk Felsefesine Immanuel Kant*, Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 75.

<sup>690</sup> **İlk madde;** İçinde gizlenmiş yeni bir harp vesilesi bulunan hiçbir anlaşma bir barış adlaştırmayı sayılamaz. Ökten K.H. (1991). *Immanuel Kant'ın “Ebedi Barış Üzerine Felsefi Deneme” Adlı Eseriyle Ortaya Koyduğu Ebedi Barış Fikri ve Bu Fikrin Uluslararası İlişkiler Düşüncesinde Yarattığı Etki*, İstanbul Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, s. 99. **İkinci madde;** İster küçük ister büyük olsun, hiçbir bağımsız devlet, diğer herhangi bir devletin hakimiyeti altına tevâriis, mübadele, alım-satım veya hibe yollarıyla asla geçmemelidir. Ökten, a.g.e., 1991, s.106. **Üçüncü madde;** Daimi ordular (Miles perpetuus) zamanla ortadan tamamiyle kalkmalıdır. Ökten, a.g.e., 1991, s. 117. **Dördüncü madde;** Devlet, dış menfaatlerini desteklemek için borçlanmalara girişmemelidir. Ökten, a.g.e., 1991, s. 127. **Beşinci madde;** Hiçbir devlet, diğer devletin esas teşkilatına veya hükûmetine zor kullanarak karışmamalıdır. Ökten, a.g.e., 1991, s. 131. **Altıncı madde;** Hiçbir devlet, harpte, ileride barış akdedileceği zaman, devletlerin birbirlerine karşılıklı güven duymalarını imkansız kılacak yolları başvurmamalıdır; bu yollardan örnekler şunlardır: düşman ülkesinde katiller (percussores), zehirleyiciler (venefici) kullanmak, kapütilyasyonlara aykırı hareket etmek, düşman tebaasını kendi devletine karşı ihanete (perduellio) kışkırtmak v.s...” Ökten, a.g.e, 1991, s. 135.

kanaatindedir. Hukuk düzenin kurulması için üç nihai şartın gerçekleşmesi gerekmektedir; birincisi, her devletin anayasal düzeni cumhuriyetçi olmalıdır<sup>691</sup>. Zira Kant’a göre, cumhuriyetçi rejimlerde savaş ilanı ve savaş sürdürme iradesi kararları kamuoyunda tartışıldığında kolaylıkla alınamayacaktır. İkincisi ise, tüm devletlerden oluşan bir uluslararası federasyon kurulmalıdır<sup>692</sup>. Bu federasyon da cumhuriyetçi rejimlerden müteşekkil olacağından savaşa ve barışa dair kararları fikir teatisi neticesinde alacaktır. Bu durum, kolaylıkla savaş ilanının önüne geçebilecektir. Son olarak Kant, bir dünya vatandaşlığı fikrinin kabulünün gerekliliğine işaret etmektedir<sup>693</sup>.

Kant’ın uluslararası hukuka ilişkin fikirleri bir asır sonra uygulamaya konulmuştur. Kant devletleri tıpkı bireyler gibi birbirleri ile ilişki kurmak durumunda olan ve bu sebeple durağan bir çatışma durumunda oluşumlar olarak tasavvur etmektedir<sup>694</sup>. Devletlerin üzerinde bir uluslararası organizasyonun iradesi kabul edilebilir ise bu durumda barış sağlanabilecektir. Her ne kadar ebedi barış uzun erimli bir hayal olsa da Kant, uluslararası hukuk ve kurumlarla çatışmanın önüne geçilebileceğine inanmaktadır. Tekin’in ifadesi ile, bir polis içerisinde örgütlenen ve yaşayan insanoğlunun, barış içinde yaşayabilmesini sağlayabilecek akli, ahlaki ve hukuki müesseseler inşa edebileceği fikri Kant’ın ebedi barış fikrinin temelidir<sup>695</sup>. Kant’ın teorisinin, uluslararası düzenin hukuki veçhesine dair kendisinden sonra yapılan çalışmaları ve Kelsen’in çalışmasını etkilediği muhakkaktır.

Kant ile birlikte 19’uncu yüzyıl düşüncesini etkileyen önemli filozof ve hukuk kuramcısı olan Hegel, Kant’ın görüşlerinden farklı bir uluslararası düzen fikri oluşturmuştur. Hegel’e göre, uluslararası toplum devletlerin dış egemenliğinden kaynaklanır<sup>696</sup>. Uluslararası hukuk ise devletlerin dış ilişkisini ele alan hukuktur<sup>697</sup>. Devletler hukukunun temel prensibinin *pacta sunt servanda* ilkesi olduğunu Hegel de

---

<sup>691</sup> Hırş E. (1946). “Kant’ın Ebedî Barış Üstündeki Felsefi Denemesi”, *AÜHFD*, 3 (1), ss. 3-31, s. 9.

<sup>692</sup> Hırş, a.g.e., 1946, s. 9.

<sup>693</sup> Hırş, a.g.e., 1946, s. 11.

<sup>694</sup> Bernstoff J. (2010). *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, Cambridge University Press, s. 17.

<sup>695</sup> Ökten, a.g.e., 1991, s. 235.

<sup>696</sup> Hegel G.W. (2015). *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* (Çev. Cenap Karakaya), İstanbul, s. 306.

<sup>697</sup> Hegel, a.g.e., 2015, s. 312.

kabul eder. Ancak, Kant'dan farklı olarak Hegel, uluslararası toplumda devletleri yargılayacak bir üst otoritenin bulunmadığını ve var olamayacağını ifade eder<sup>698</sup>.

Hegel teorisinde tarih ve savaş, devletlerin anlaşılması için çok önemli argümanlardır. Devletlerin yargılandığı somut bir mahkeme olmamakla birlikte, dünya tarihi dünya mahkemesi (*Weltgerichte*) olarak devletlerin eylemlerinin karşılığını vermektedir. Devletler sınırlı birer tin olarak dünya sahnesinde konumlanırken, tarih sınırsız tin olarak onları yargılamaktadır<sup>699</sup>.

Kant'ın arzuladığı manada bir milletler cemiyeti veya Rousseau'nun arzuladığı bir federasyon Hegel'e göre uygulanması imkânsız tasavvurlardır<sup>700</sup>. Devletler, siyasi bağımsızlıkları ile devleti oluşturan bireylerin özgürlüklerini, milli menfaatleri korumaktadır. Bu sebeple Hegel, devletlerin iradesinden üstün bir uluslararası otoritenin inşasını ve bunun bir sonucu olarak uluslararası barışı mümkün görmemektedir. Savaş Hegel için, devletlerin uyumsuzluklarını çözüme kavuşturduğu doğal bir araçtır. Bu sebeple, savaşın sona erdirildiği evrensel barış düzeni tasavvuru Hegel'in düşüncesinde yer almamaktadır. Hegel'e göre uluslararası hukuk, devletlerin diğer devletlere kabul ettirerek kendisini tanımladığı mutlak özgürlük üzerinde yükselmektedir<sup>701</sup>. Bu düşünceler, Hegel'in uluslararası hukukun varlığını reddeden düşünürler arasında gösterilmesine sebep olsa da Güneysu'nun belirttiği üzere bu yanlış bir algıdır. Güneysu'ya göre Hegel'in savaş sırasında uyulması gereken kurallardan bahsetmesi, günümüzde insan hakları teorisi içerisinde değerlendirilen bazı haklara değinmesi ve diplomatik temsilciliklere uygulanacak kurallardan bahsetmiş olması Hegel'in uluslararası hukuku kabul ettiğini göstermektedir<sup>702</sup>.

Kelsen öncesinde Kıta Avrupası hukukunda uluslararası hukukun yeri önemli tartışmalara vesile olmuştur. Bu tartışmalar Kelsen'in uluslararası hukuka dair görüşünü etkilemiştir. Kaltenborn, uluslararası hukuka ilişkin görüşlerini, Alman kamu hukuku ve uluslararası hukuk yaklaşımını yansıtan ve önemli bir eser olan *Milletler Hukukunun Eleştirisi* adlı kitabında ele almıştır. Söz konusu eserde

---

<sup>698</sup> Hegel, a.g.e., 2015, s. 314.

<sup>699</sup> Yalvaç F. (2009). "Hegel, Dünya Tarihi ve Özgürlük Mücadelesi Olarak Uluslararası İlişkiler", *Uluslararası İlişkiler*, 6 (21), s. 3-37., s. 25.

<sup>700</sup> Hegel, bunu tasavvur edenlerin devlet hakkında bir şey bilmediklerini ifade etmektedir. Hegel, a.g.e., 2015, s. 315.

<sup>701</sup> Bernstorff, a.g.e., 2010, s. 18.

<sup>702</sup> Güneysu G. (2020). "Hegel'in Uluslararası Hukuk Felsefesi", *International Journal of Social Inquiry* Cilt / Volume 13 Sayı / Issue 2 ss. 585-607, s. 602.

Kaltenborn, klasik Alman felsefesi düşünürleri olan Kant, Hegel ve Fichte'nin uluslararası hukuka dair görüşlerini sübjektif oluşları sebebiyle eleştirmektedir.

Kaltenborn, Hegel'den farklı olarak devleti hukukun en üst ve mükemmel kurumu olarak görmemektedir. Zira, devletin üzerinde bir hukuki müessese daha vardır ve devlet uluslararası hukuk vasıtası ile uluslararası hukuk topluluğun üyeliğine yükselmektedir. Böylelikle Kaltenborn devletlerin süjesi olmadığı bir uluslararası hukuk yaratmış ve sübjektif prensiplerden farklı olarak objektif esaslara dayalı bir uluslararası hukuk teorisi inşa edebilmiştir. Kaltenborn'a göre uluslararası hukuk milletlerin bir arada yaşam ve dayanışması ile ortaya çıkmıştır ve devletlerin müstakil hukukunun üzerindedir. Kaltenborn bu yargıya doğal hukukçu bir yaklaşımın sonucunda ulaşmamıştır. Aksine, bu yargının Avrupa Hristiyan kültürünün bir yansıması olduğunu ifade etmektedir<sup>703</sup>.

Diğer taraftan Kaltenborn, kendisinden önce Cristian Wolff tarafından uluslararası hukukun Stoacılık perspektifinden hareketle, devletlerin üzerinde bir *civitas maxima* (büyük cemiyet) olarak tanımlanmasını eleştirmektedir. Zira Kaltenborn, bu şekilde bir yargıya varılmasını doğal hukukçu yaklaşımın bir sonucu olduğunu ifade eder ve uluslararası hukukta devletlerin üzerinde bir global devletin varlığının kabulünü uluslararası hukuku ulusal hukuka dönüştüreceğini vurgular<sup>704</sup>. Kaltenborn ayrıca Wolff'un uluslararası hukukun yaptırımdan yoksun olduğu tezini de eleştirmektedir. Kaltenborn'a göre uluslararası hukukta devletlerin diğer devletlere yaptırımı ya arabuluculuk yolu ile yahut da fiziksel zorlama ile ortaya çıkmaktadır.

Kaltenborn'dan farklı biçimde Bergbohm, bir pozitivist hukukçu olarak uluslararası hukukun kaynağının devletlerin iradesi olarak açıklamıştır. Bergbohm, uluslararası hukuku, yalnızca devletlerin üzerinde olan bir hukuk olarak değil, devletlerin iradesinde kaynağını bulan objektif hukuk olarak nitelemektedir. Bergbohm, uluslararası hukukun kaynağını devletler arasında imzalanan anlaşmalara indirgeyerek pozitivist hukuk anlayışının uluslararası hukuka yansıtmıştır. Kaltenborn'dan farklı olarak uluslararası hukukun geçerliliğini Avrupa Hristiyan kültüründe değil, seküler

---

<sup>703</sup> Bernstorff, a.g.e., 2010 s. 19.

<sup>704</sup> Bernstorff, a.g.e., 2010 s. 20.

bir kavram olarak medeni memleketlerin (*civilized states, culturstaaen*) karşılıklı geçerli iradelerinde temellendirmiştir<sup>705</sup>.

Jellinek ise sosyolojik hukuk tasavvurunu uluslararası hukuka uyumlaştırarak farklı bir perspektif geliştirmiştir. Eserlerinde, uluslararası hukukun kaynakları ve metodolojisinin dökümünü yaparak daha güvenli bir metotla uluslararası hukuku ele alma gayesini taşımıştır. Jellinek, Alman Tarihçi Hukuk Okulu'nun etkisi ile ulusal hukukta olduğu gibi uluslararası hukukun da şekli (formal) bir ilerleme geçirmesi gerektiğini düşünmektedir<sup>706</sup>.

Jellinek'in sosyolojik hukuk tasavvurunun etkisi uluslararası hukuka bakış açısında da kendisini göstermektedir. Hegel, köle-efendi diyalektiğinden hareketle özneler arası ilişkiyi ve egemenliği açıklamaktadır<sup>707</sup>. Jellinek, Hegel düşüncesinde olduğu gibi, iki devlet arasındaki hukukun tanıma ile kurulabileceğini ifade etmektedir. Jellinek de üzerinde bir güç olmadıkça her bir devletin bağımsız olduğu fikrine katılmaktadır<sup>708</sup>. Jellinek bir devletin diğer devletlerden ayrı olarak varlığını sürdürebileceği tezini eleştirmektedir. Devletler bir arada yaşamak durumunda olan insan tekleri gibi, birbirleri ile ilişki kurmaksızın varlıklarını devam ettiremeyeceklerdir<sup>709</sup>. Devletlerin tekil iradeleri ile birbirlerini tanıyarak oluşturduğu ilişkilerde uyuşmazlığın çözümünün tekil iradelerin oluşturduğu hukuk ile değil, objektif kriterlere göre oluşturulan uluslararası hukuk ile çözümlenmesi gerektiği, Jellinek 'in temel savıdır. Jellinek, devletlerarası hukuka dair ilkeleri temel alan bir objektif hukukun mümkün olduğunu, bu hukukun tabii hukuktan farklı olarak objektif bir pozitif hukuk olarak kodlanabileceği iddiasındadır. Devletlerarası hukukun temelini oluşturan uluslararası sözleşmeleri geçici, sürekli, idari ve siyasi olmak üzere dörde ayırarak<sup>710</sup>, uluslararası pozitif hukukun teorisini oluşturmaya çalışmıştır.

Jellinek, olgusal, bir pozitif temele dayanan uluslararası hukuk kuramı oluşturmaya çalışmıştır<sup>711</sup>. Devletler arası bağlantı ve birlikleri, uluslararası sözleşmeleri teorik bir

---

<sup>705</sup> Bernstorff, a.g.e.,2010, s. 23.

<sup>706</sup> Bernstorff, a.g.e., 2010, s. 26.

<sup>707</sup> Bumin, a.g.e., 2013, s. 38.

<sup>708</sup> Bulgan, a.g.e., 2017, s. 160.

<sup>709</sup> Bulgan, a.g.e., 2017, 161.

<sup>710</sup> Bulgan, a.g.e., 2017, s. 163.

<sup>711</sup> Bulgan, a.g.e.,2017, s. 165,

perspektif ile ele almaya çalışan Jellinek, uluslararası hukukun tabii hukuktan ve devletlerin tekil iradelerinden ayrı ve objektif bir cihette açıklanması düşüncesindedir.

Bir diğer hukuk düşünürü Triepel, 1930'lara kadar Alman hukuk doktrininin en ünlü uluslararası hukuk teorisyenlerinden birisidir. Triepel de bir pozitivist hukukçu olarak uluslararası hukukun kaynağını doğal hukukçu bir yaklaşımla belirlememektedir. Ancak, müstakil bir uluslararası hukuk teorisi inşası amacıyla uluslararası hukukun kaynağını Jellinek'in sentezci yaklaşımından farklı olarak tasavvur etme gayretindedir.

Triepel'e göre ulusal hukuk ve uluslararası hukuk iki farklı kaynaktan neşet eden hukuk tipolojileridir. Bu sebeple ikisinin aynı anda meşrulaştırılması ve kaynaklarının ortak bir noktada birleştirilmeye çalışılması hatalıdır. Ulusal hukuk, devletlerin kendi egemenliklerinden tasavvur eder. Bu durumda, iç hukuk içerisinde egemen devletten üstün bir otorite bulunmamaktadır. Uluslararası hukuk ise her bir devletin iradesinin yansıdığı uluslararası toplumun iradesinde kaynağını bulmaktadır. Triepel, uluslararası hukukun ulusal hukuka önceliğini teorisi ile ortaya koymaktadır. Ayrıca bu yaklaşımı ile devletlerin egemenlik yetkilerine hâlel getirmemektedir<sup>712</sup>.

#### **4.4.2. Saf Hukuk Kuramının Uluslararası Hukuka Yaklaşımının Esasları**

##### **4.4.2.1. Dualist hukuk görüşünün reddi**

Kelsen öncesi Alman düşünürleri, iç hukuk ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkiyi ikirciklilik üzerinden ele almaya, bu ikiliği olabildiğince uzlaştırarak uluslararası hukukun teorisini oluşturmaya çalışmışlardır. Kelsen, hukuk teorisinde hukukun ayrıştırılarak konumlandırılmasına karşıdır. Devlet-hukuk, hak-ödev, kamu hukuku-özel hukuk, normuygulama kavram çiftleri etrafında kavranan hukuku, birlik cihetinden ele alarak teorisini ortaya koymaya çalışmıştır. Bu sebeple, Kelsen'in teorisinde ulusal hukuk ile uluslararası hukuk birbirinden ayrı veya birbirinin karşısında yer alan hukuk çiftleri değildir.

Kelsen uluslararası hukuku geleneksel normların temelini oluşturduğu, bunun yanı sıra uluslararası anlaşmalarla devletlerin kendi aralarında norm yarattıkları bir hukuk alanı olarak ifade etmektedir. Uluslararası anlaşmalar, geçerliliğini geleneksel uluslararası

---

<sup>712</sup> Bernstoff, a.g.e., 2010, s. 41.



hukuk prensiplerinden almaktadır<sup>713</sup>. Uluslararası hukukun temelinde ise grundnorm varsayımı yer almaktadır. Grundnorm aynı zamanda ulusal hukukların da geçerliliğini dayandırdığı bir varsayım olduğundan her hukuk sistemi birbiri ile ilişkili olmak durumundadır<sup>714</sup>.

Kelsen, uluslararası hukukun devletlerin iç hukuklarından farklı olarak tasavvur edilmesini anlamsız bulmaktadır. Devletlerin uluslararası hukuku, yalnızca ilişki içerisinde oldukları diğer devlet ile muhatap olduklarında veya uluslararası ilişkiler içerisinde bir uyuşmazlık çıktığında başvurulacak bir rehber gibi konumlandırılmasına karşıdır. Geleneksel hukuk tasavvurunda ulusal ve uluslararası hukukun farklı temel normlara dayanan, birbirinden bağımsız, karşılıklı olarak birbirinden izole oldukları görüşü benimsenmektedir<sup>715</sup>.

Kelsen'e göre düalist görüş mensupları, hukuku yalnızca devletlerin egemenliği içerisinde yer alan normlarla sınırlı tutmakta; uluslararası hukuku da devletlerin ortak iradeleri ile oluşan ve bağlayıcılığı yalnızca devletlerin söz konusu normlara rıza göstermesi ile devam edebilen hukuk olarak tanımlamaktadırlar. Oysa Kelsen, bilimsel bir hukuk teorisi inşası gayretinde olduğundan uluslararası hukuku devletlerin iradeleri ile oluşan ve bu sebeple etkililiği, yaptırımı ve diğer hukuki mekanizmaları tartışılan bir çerçeveden çıkarmak istemektedir<sup>716</sup>.

Kelsen düalist yaklaşımın uluslararası hukuku reddetmediğinin farkındadır. Zira, uluslararası ilişkilerin bir hukuk ekseninde döndüğü savı, modern hukukun ve ulus devlet anlayışının temel varsayımıdır<sup>717</sup>. Uluslararası hukuka iki boyutlu bakanlar, devletlerin birbirleri ile olan ilişkilerini düzenleyen hukuk ile ulusal hukukun birbiri ile ilgisiz olduğunu ifade eder. Kelsen ise bu iddiayı sorgulamaktır. Aynı anda, aynı yerde geçerli olan bir ulusal hukuk ile bir uluslararası hukukun birbiri ile ilgisiz bir şekilde var olduklarını düşünmenin mantiken mümkün olmadığını ifade etmektedir<sup>718</sup>.

---

<sup>713</sup> Kelsen a.g.e., 2002, s. 107.

<sup>714</sup> Özkan I. (2013) "Uluslararası Hukuk - Ulusal Hukuk İlişkileri", *Journal Of Yaşar University*, C. 8, Sayı Özel, s. 2134.

<sup>715</sup> Kelsen, a.g.e., 2002, s. 111.

<sup>716</sup> Kelsen, tüm hukukî sistemleri Max Planck'ın fizik teorisi olan büyük birleşik kuramın içerisinde açıklama gayretindedir. Tespit için bkz. Rigaux F. (2007). "Kelsen ve Uluslararası Hukuk", (Çev. Elif Başkaracaoğlu), *İÜHF*, 65 (1), s. 378.

<sup>717</sup> Özel Özcan M.S. (2019) "Westphalian Devletler Sistemi ve Modernleşmenin Geleneksel Dünyanın Büyük Güçleri Olan İmparatorluklara Etkisi", *JEBPIR*, 5 (1), ss. 49-62, s. 54.

<sup>718</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 363.

Dualist görüşün dayanağını teşkil eden ilk husus olan iç hukuk ve uluslararası hukukun farklı meseleleri düzenlediği iddiasını ele alır. İç hukuk, devletlerin iç işlerinde kalan hususları (*domestic affairs*) düzenlerken; uluslararası hukuk devletlerin dış ilişkilerine ilişkin hususları (*foreign affairs*) düzenlemektedir. Ancak Kelsen'e göre, bir meselenin devletlerin iç işleri veya dış işlerinden hangisini etkilediği hususunun ayrımının yapılmasını imkansızdır<sup>719</sup>. Zira bir mesele örneğin; işsizlik meselesi, devletin iç işleyişinin bir sorunu olarak görünürken; devletin bir başka devletle bu hususta bir anlaşma yapması durumunda iç mesele bir uluslararası hukuk meselesine dönüşmektedir. Bu sebeple, bir meselenin ulusal yahut uluslararası hukuk kapsamına girip girmediği tartışması Kelsen'e göre çözümü olmayan bir akıl yürütme biçimidir<sup>720</sup>.

Diğer taraftan Kelsen, uluslararası hukukun kaynakları ile ulusal hukukun kaynaklarının farklı olduğu, bu sebeple her iki hukuk alanının farklı sistemler olarak ele alınması gerektiği kanısını da eleştirmektedir. Kaynakların farklılığı tezi, öncelikli olarak uluslararası hukukta bir yasama faaliyetinin bulunmaması sebebiyle uluslararası normların daha çok geleneğe dayandığı iddiasını taşımaktadırlar. Kelsen'e göre ise, iç hukuk geleneksel normlardan pekâlâ izler taşıyabilecektir, bu sebeple her iki hukuk sisteminin farklı kaynaklardan beslenmesi sebebiyle ayrılamaz. Uluslararası hukukun, 1945 yılında, uluslararası bir yasama organına ve somut normları oluşturacak bir yargı mekanizmasına sahip olmadığı doğrudur. Yine de Kelsen, bu organların uluslararası anlaşmalarla oluşturulabileceğini, bu sebeple yine iki hukuk arasındaki ayrımın sun'i olduğunu haklı olarak dile getirmektedir<sup>721</sup>. En nihayetinde bir ülke sathında uygulanacak olan hukuk, hem geleneksel hukuku hem de yasal normları içermektedir<sup>722</sup>.

Hart, Kelsen'in uluslararası ve ulusal hukukun birlik oluşturduğuna dair görüşüne katılmasa da detaylı bir şekilde bu görüşü incelemiştir<sup>723</sup>. Kelsen, uluslararası hukukun ulusal hukukla farklılıklarından birisini, her bir hukukun uygulandığı hukuk kişinin farklı olması olarak ifade etmiştir. Uluslararası hukuk devletlere uygulanan hukuk

---

<sup>719</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 364.

<sup>720</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 365.

<sup>721</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, 366.

<sup>722</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s. 366.

<sup>723</sup> Hart HLA (1998). "Kelsen's Doctrine of Unity Of Law", *Normativity and Norms, Critical Perspective on Kelsenian Themes*, 1999, Clarendon Press, Oxford, s. 556.

iken, ulusal hukuk bireylere uygulanmaktadır. Oysa Kelsen bu hususu reddetmektedir. Örneğin, korsanlığı önleyen bir uluslararası hukuk normu, devletlerin deniz gücünü değil, bireylere ait gemilerin korunmasını amaçlayan ve dolayısıyla devletlere değil, bireylere uygulanan bir normdur<sup>724</sup>. Bu durumda, ulusal hukuk ile uluslararası hukukun birbirinden ayrı olduğu tezi savunulamaz. Her ikisi de benzer hukuki müesseseyi düzenlemekte, ulusal hukuk yapmış olduğu düzenlemeler ile uluslararası hukuku tamamlamaktadır<sup>725</sup>.

Kelsen, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkinin ayrılmaz bir bütün olduğunu ifade etmekte; bunun sebebini ise uluslararası hukukun ulusal hukuku belirli bir bölgede uygulanabilirliğini belirlemesine bağlamaktadır<sup>726</sup>. Kelsen'e göre uluslararası hukuk, meşru hükümeti normatif bir zorlayıcı güç olarak belirlemektedir. Böylelikle, uluslararası norm, ulusal hukuku belirli bir bölgede geçerli ve etkili bir hukuk olarak tanımlarken, hukukun oluşturduğu topluluk da tanımlanan ve kabul edilen zorlayıcı güç ile bir devlet inşa eder<sup>727</sup>. O halde, uluslararası hukuk ile ulusal hukukun birbirinden ayrılması söz konusu olamaz. Ancak, Hart söz konusu meselenin saf hukuk kuramında oldukça karmaşık olduğunu ifade etmektedir. Zira, ulusal hukukun kaynağının uluslararası hukuk olduğu veya uluslararası hukukun ulusal hukuku geçerli hale getirdiğine dair meselelerin açıklanamadığını ifade etmektedir<sup>728</sup>.

Kelsen'in ulusal hukuk ve uluslararası hukukun birliğinin zorunluluğuna dair bir diğer savı ise tümüyle metodolojiktir. Bu metodolojik çıkarım, iki temel sav üzerinde yükselmektedir. İlk olarak, hukuk bilimi veya hukuki biliş, hukuku bilimsel bir temelde geçerli normlar olarak tanımlamakta, bu sebeple incelediği nesneyi ulusal veya uluslararası hukuk olarak değil bir bütün olarak kavramaktadır<sup>729</sup>. İkincisi ise,

---

<sup>724</sup> Hart, a.g.e.,1998 s. 557.

<sup>725</sup> Örneğin, 1907 yılında 3. Lahey Konferansı'nda devletlerin birbirlerine resmi olarak savaş ilan etmeksizin savaşların başlamayacağı kararlaştırılmıştır. Kelsen'e göre söz konusu uluslararası norm, savaşın ilan edilmesini zorunlu kılmaktadır. Pek çok anayasa bu hususta devlet başkanını yetkilendirmektedir. Amerikan Anayasası ise 8'inci maddesinde kongresine söz konusu görevi vermiştir. Böylelikle anayasa, normu kişiselleştirerek uluslararası normu tamamlamaktadır. Uluslararası hukuk genel olarak normun maddi boyutunu düzenlemekte, normun uygulanmasına dair yetkilendirmeyi ise ulusal hukuka bırakmaktadır. Kelsen, a.g.e., 1945, 343.

<sup>726</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, 351.

<sup>727</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, 351.

<sup>728</sup> Hart, a.g.e., 1998, 563.

<sup>729</sup> Hart, a.g.e.,1998 s. 564.,

geçerli normların çelişmezliği ilkesidir. Kelsen’e göre bir hukuk düzenine ait normların çelişmesi imkansızdır<sup>730</sup>.

#### **4.4.2.2.Uluslararası hukuk ve iç hukukun birliği: uluslararası hukuk geçerli midir?**

Kelsen, uluslararası hukuka ilişkin saf hukuk kuramında detaylı bir inceleme gerçekleştirmiş, uluslararası hukuka dair çıkarımlarını, “saf hukuk kuramının en önemli başarılarından birisi olarak” ifade etmiştir. Kelsen, uluslararası hukuka dair yaklaşımı ile gerçekten, uluslararası hukuk ve devletlerin egemenliği arasındaki hukuki ve politik problemi aşmayı amaçlamıştır. Böylelikle, her bir hukuki birliği uluslararası hukukun bağımsız birer parçası kılarak uluslararası ilişkileri hukuki bir zemine taşımıştır<sup>731</sup>.

Kelsen, uluslararası hukuku, devletler arasındaki ilişkileri düzenlemek amacıyla oluşturulan normlar olarak tanımlar. Bu normların tekil hukuk sistemlerinin yetkilendirdiği organlar eliyle ve temayül yolu ile oluşturulduğunu, devletlere birtakım haklar verdiğini ve yükümlülükler yüklediğini ifade eder<sup>732</sup>. Uluslararası hukukun en önemli normu ise *pacta sunt servanda*’dır. Zira bu norm, uluslararası hukukun süjelerine hak ve yükümlülükler riayet ederek davranmaları hususunda yetki vermektedir<sup>733</sup>.

Kelsen, uluslararası hukuku, tıpkı tekil devlet hukuk sisteminde olduğu gibi cebri bir sistem olarak kabul eder. Tekil devlet sisteminde hukuka aykırı eylem vuku bulduğunda, eylemin karşılığı olarak devletin yetkili organı tarafından bir müeyyide uygulanması söz konusu olacaktır. Uluslararası hukuk süjelerinin uluslararası hukuka aykırı eylemi gerçekleştiğinde ise, yaptırım olarak misilleme ve savaş sonuçları ortaya çıkmaktadır. Zira, uluslararası hukukta tikel hukuk sistemlerinde olduğu gibi hukuka aykırı eylemleri cezalandıracak üst bir otorite mevcut değildir. Bu sebeple, uluslararası hukuka aykırı bir eylem vuku bulduğunda, hukuku ihlal edilmiş devlet, tıpkı primitif toplumlarda mevcut olduğu gibi, ihkak-ı hak yoluna giderek misilleme ve savaş ile ihlali yapan devlete karşılık vermeye yetkilidir<sup>734</sup>.

---

<sup>730</sup> Hart, a.g.e., 1998, s. 565.

<sup>731</sup> Vinx, a.g.e., 2007, s. 176.

<sup>732</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 135.

<sup>733</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 135.

<sup>734</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 138.

Diğer taraftan uluslararası hukuk, yalnızca devletlere hak ve yükümlülükler yüklemeyiz. Dolaylı olarak devletlerin tabiiyeti altında yaşamını sürdüren bireylere de hak ve yükümlülükler getirmektedir<sup>735</sup>. Zira, bir devletin kendi tabiiyetinde olan bir bireye hak ve yükümlülük getirmesi ile uluslararası hukukun bir devlet içerisinde yaşayan kişilere hak ve yükümlülükle getirmesi aynı şeydir. Uluslararası hukuk normları esas olarak tamamlanmaya ihtiyaç duyulan eksik normlardır. Bu normların içeriği hak ve yükümlülükler yüklediği tikel devletler eliyle oluşturulacaktır. Böylelikle uluslararası hukuk bireylere hak ve yükümlülükler getirmektedir<sup>736</sup>. Diğer taraftan, uluslararası hukukun gelişimi de bu anlayış doğrultusunda olacaktır. Sadece devlet tarafından düzenlenen hukuki durumların uluslararası hukuk tarafından düzenlenmesi ile bireyler uluslararası hukukun parçası olacaktır.

Kelsen, uluslararası hukukun gelişimi ile, tıpkı primitif hukukun<sup>737</sup> gelişerek bir devlet hukuku oluşturması gibi, bir dünya devletinin ortaya çıkacağına inanmaktadır. Ancak bu durum, onun yaşadığı dönemde ve günümüzde mevcut değildir. Bu öngörü gerçekleşmese dahi Kelsen'in hukuku tümüyle bilişsel bir birlik olarak kavraması, uluslararası hukuk ile ulusal hukukun iki farklı temele sahip iki farklı hukuk olduğuna dair geleneksel anlayışı reddetmesini gerektirmiştir.

Mantıksal olarak hukuk bilimi, tıpkı doğa bilimleri gibi, nesnesini birlik olarak sunmak durumundadır. Uluslararası hukuk ve ulusal hukuku iki farklı temelde değerlendirmek mantıki açıdan çelişkidir<sup>738</sup>. Bu durumda, içeriği birbirinden farklı olan her iki normun aynı anda geçerli olduğunu iddia etmemiz gerekir. Ayrıca, uluslararası hukuk ile ulusal hukukun aynı anda geçerli olduğu ve aralarındaki uyumsuzluğun her iki hukukun doğasından kaynaklandığına dair kabul, mantıksal olarak çelişiktir. Bu durumda, tekil devlet, hukukunun uluslararası hukuka önceliği savunulacaktır ve böylelikle devleti hukukun kaynağı olarak gören bir sübjektivizm ortaya çıkarır. Ancak, bu sübjektiflikten kurtulmak gerekir ve bunun için uluslararası hukukun önceliği kabul edilmelidir<sup>739</sup>.

---

<sup>735</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s.343.

<sup>736</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 140.

<sup>737</sup> Kelsen, a.g.e., 1945, s.340.

<sup>738</sup> Rigaux, Kelsen'in uluslararası hukuk ile ulusal hukuku monist bir görüş çerçevesinde kavramasının, günümüz fiziğinde yer alan büyük birleşik kuramdan (grand unified theory) esinlendiğini ifade etmektedir. François Rigaux, a.g.e., 2007, s. 378.

<sup>739</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 148. Ulusal hukuk ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiğine dair bir soru akla geldiğinde Kelsen, uluslararası hukukun önceliğini savunmaktadır.

Devlet, uluslararası hukuk topluluğunun bir üyesi olarak var olmaktadır. Klasik görüş, uluslararası hukukun tekil devletler arasında varlık kazanan yazılı veya yazısız anlaşmalar eli ile oluşturulduğunu düşünmektedir. Kelsen ise bu görüşe karşı çıkmaktadır. Bir tekil devlet, iradesini ortaya koyarak diğer devlet içerisinde yaşayan kişiler üzerinde hak ve yükümlülük ihdas edemeyecektir. Bir devletin iradesi, diğer devletin iradesinden daha üstte olamayacağından bir temel normdan yetki almadıkça devletler birbirleri üzerinde geçerli hukuki sözleşmeler oluşturamayacaktır<sup>740</sup>. Bu durumda, devletlerin hangi uluslararası hukuk otoritesinden yetki alarak uluslararası hukuku oluşturduğu sorusu üzerinde durulmalıdır.

Kelsen uluslararası hukukun yalnızca uluslararası hukuk bakış açısıyla kavranabileceğini ifade eder. Bu anlamda, kendi devletinden uluslararası hukuk yaratımı hususunda yetki alan devlet temsilcileri, olgusal değil, ancak bilişsel bir kavrayışın sonucu olan, devletler topluluğunun bir organı haline gelir. Bu durumda, her iki devletin temsilcilerinden oluşan devletler topluluğu organı, uluslararası hukuku yaratır. Böylelikle, klasik uluslararası hukuk düşünürlerinin belirttiği gibi, uluslararası hukuk devletler eliyle yapılan sözleşmelerden değil, uluslararası hukukun oluşturduğu devletler topluluğu tarafından yaratılmaktadır<sup>741</sup>. Bu varsayım ile saf hukuk kuramı, hukuku, egemenlik teorisinden değil yalnızca bilişsel bir perspektifle ele alan bir kuram ortaya koymuş olur<sup>742</sup>.

Uluslararası hukuk teorisinde monistik görüşü benimseyen Kelsen, bu durumun 19'uncu yüzyılda zirveye ulaşan ulus devlet fikrinin egemenlik anlayışı ile çatışma içerisinde olduğunu kabul etmektedir. Devletlerin tekil iradelerinin en üstün, vazgeçilmez, devredilmez, ortak herhangi bir güç tasavvur edilemez niteliğe haiz olduğu, bu egemenlik anlayışının temel kabulü olmuştur. Daha çok Macchievelli, Hobbes, Bodin gibi düşünürlerin tesirinde gelişen klasik egemenlik düşüncesinin devletler birbirleri ile irtibat ve ilişki kurduğunda tesirsiz kalabileceği anlaşılmıştı. Bu anlaşmazlık, nispeten her bir devletin egemenliğinin klasik niteliklerini koruduğu, iç

---

Böylelikle objektif hukuku sağlamak adına, her bir tekil devletin egemenlik yetkisi doğrultusunda hareket etmeleri gerektiği fikrini reddetmektedir. Bernstorff, a.g.e., 2010, s. 93.

<sup>740</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 157.

<sup>741</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 158. ; Kelsen, a.g.e., 1945, s. 351 v.d.

<sup>742</sup> Kelsen, a.g.e., 2016, s. 160.

hukukun münhasıran egemenlik sahasında kaldığı ve bunun yanında uluslararası hukukun devletlerin ortak iradelerinden neşet ettiği savı ile aşılmaya çalışıldı<sup>743</sup>.

Kelsen'in saf hukuk kuramında devlet, farklı niteliklere sahip olan bir fenomen değil, hukukun formel olarak vücut bulduğu, hukukla mündemiç bir yapı olarak tasavvur edilmiştir. Bu sebeple, Kelsen'e göre devletin hukuktan farklı bir egemenlik sahasından bahsetmek mümkün değildir. Diğer taraftan, normativist bir pozitivist olarak Kelsen hukukun kaynağını bir egemenin iradesinde aramamakta, ulusal-uluslararası, kamu-özel hukuk ayrımına gitmeksizin tüm hukukun bir olduğu ve grundnormdan neşet ettiği savı ile teorisini kurgulamaktadır. Bu sebeple, hukukun düalist bir yapıda olduğu fikrini reddetmektedir. Kelsen zorlayıcı gücü arkasına alan ulusal hukukun, zorlayıcı bir merkezi güce sahip olmayan uluslararası hukuktan önce tercih edilmesini teorik olarak reddetmektedir<sup>744</sup>. Zira, hukukun merkezi zorlayıcı güce sahip olmaması onun bir hukuk olarak var olmadığı ve bağlayıcı olmayacağı anlamına gelmemektedir. Uluslararası hukuka aykırı eylemler de pekâlâ yaptırım ile karşılaşmaktadır. İlk bölümde, primitif devletlerde bireyler arası hukukun ihkak-ı hak yöntemi ile uygulandığı ifade edilmişti. Uluslararası arenada da hukuk, devletlerin uluslararası hukuk ihlallerinde karşılıklı olarak yaptırım uygulaması ile cebri eylemlerini sergilemektedir.

Egemenlik teorisindeki farklılıklar sebebiyle, uluslararası hukuk ile ulusal hukuktan hangisinin öncelikli olarak uygulanacağı uluslararası hukukun temel tartışma alanlarından birisidir. Kelsen bilimsel temelli bir uluslararası hukuk teorisi inşa etmeyi amaçlamaktadır. Hukukun uygulanmasında hangi normun tercih edileceği meselesinin bilimsel bir temelde çözüme kavuşturulamayacağı düşüncesindedir. Normun tercih edilme saikinin dini, etik, politik birçok sebebinin olabileceğini ifade eden Kelsen, bilimsel temelden yoksun bu savların saf hukuk kuramı çerçevesinde izah edilemeyeceği kanaatindedir. Yine de Kelsen'in uluslararası hukuk-ulusal hukuktan çatışmasında uluslararası hukukun tercih edilmesine meylettiği de ifade edilmektedir. Ancak Kelsen bu tartışmayı oldukça sığ bulmaktadır. Ptolemy'nin dünya merkezli bir evren tasavvuru karşısında Kopernik'in güneş merkezli evren tasavvuru ortaya koyması gibi, ulusal hukuk ve uluslararası hukuk arasındaki tartışma da eşit oranda

<sup>743</sup> Denk E. (2011). "Uluslararası Hukukun Dayanağına İlişkin Görüşlerin Dönemsellikleri Sorunu:Doğal Hukuk Görüşü Örneği", *Bilge Strateji*, 3 (5), ss. 99-126, s. 102.

<sup>744</sup> Aral, a.g.e., 1978, s. 73.

doğrulanabilir veya yanlışlanabilir<sup>745</sup>. Zira her biri farklı bir bağlamda ele alınmış ve ileri sürülmüştür. Kelsen için amaçlanacak olan, egemenin üstünlüğü, uluslararası ortak irade gibi kavramlardan ziyade; ulusal ve uluslararası hukukun birliğinden neşet eden bilimsel bir hukuk düzenidir.

Bu sebeple, ulusal hukukun ve uluslararası hukukun birbirine olan konumuna dair monist ve düalist görüşler eşit derecede doğru ve doğrulanabilir teorilerdir. Ancak, hukuk bilimi bu hukuk alanlarının birbirleri ile karşılıklı konumlandırılmasına dair yargıya ideolojik olarak bakamaz. Zira, sadece ulusal hukukun varlığını kabul eden yahut uluslararası hukukun ulusal hukuka nazaran öncelenir olduğuna dair teoriler, siyasi saikler ile ifade edilen teorilerdir. Bu itibarla, bir teorisyen, devlet egemenliğinin ve onun yanı sıra iç hukukun önceliğini savunmakta ise o kişi ulusal hukukun daha öncelikli bir konumda olmasını amaçlamaktadır. Keza, bir kişi uluslararası topluluğun hukukunu daha yakın bulmakta ise uluslararası hukukun daha öncelikli olmasını arzulamaktadır.

Oysaki her iki yargı da bilimsellikten uzak, ideolojik yargılardır. Söz konusu egemenlik teorisinin kapsamı belirsiz ve hareket özgürlüğü sınırsız olarak kabul edilmektedir. Devletin egemenliğinin sınırlanamaz olduğuna dair teorisinin kabulü, esasında, emperyal devlet ideolojisinin bir ürünüdür. Bunun tam karşısında ise uluslararası hukukun ulusal hukuklar karşısında üstün bir role sahip olduğu teorisi yer almaktadır. Bu teori de uluslararası hukukun devletlerin hareket alanlarını kısıtlayıcı işlev görmesini temellendirmektedir. Bu çıkarım ise pasifist ideolojinin bir tezahürüdür. Her iki egemenlik kavrayışı da ideolojik bir görünümde ortaya çıkmakta ve hukukun bilimselliğini zedelemektedir<sup>746</sup>. Saf hukuk kuramı ise tüm bu ideolojik kuramlardan sıyrılarak uluslararası ve ulusal hukuku bilimsel bir temelde ele almak istemektedir. Bunu ise her iki hukuk alanını bir ve bölünmez olarak ele alarak başarmayı amaçlamaktadır<sup>747</sup>. Bu ele alışı Kelsen, uluslararası hukukta monist görüşün üçüncü hali olarak tanımlamakta, bunun ulusal ve uluslararası hukuku bir arada açıklayan bütüncül bir hukuk sistemi olduğunu ifade etmektedir<sup>748</sup>.

---

<sup>745</sup> Kelsen H. (1998). “Sovergnity”, *Normativity and Norms*, Critical Perscpective on Kelsenian Themes, s. 535.

<sup>746</sup> Kelsen, a.g.e., 1998, s. 536.

<sup>747</sup> Kelsen, a.g.e., 1998, s. 536.

<sup>748</sup> Kelsen, 2005, s. 332; Widlak T. (2020) “Kelsen’s Monism and the Structure of Global Law On the Relevance of a Kelsenian Account for the Polycentric International Law”, *Die Reine Rechtslehre auf*



#### 4.4.2.3. Uluslararası hukukta yaptırım sorunu: uluslararası hukuk etkili midir?

Kelsen uluslararası hukuku bir sistemin parçası olarak adlandırdığında bugün dahi üzerindeki tartışmalar henüz sona ermemiş olan uluslararası hukukta yaptırımlar sorununun ortaya çıktığının farkındadır. Kelsen uluslararası hukukta devletlerin konumunu ilkel bir toplulukta bireylerin birbiri karşısındaki konumu ile eş tutmaktadır. O halde, birbiri üzerinde ortak egemeni olmayan devletler ortada bulunan hukuku veya sözleşmeyi ihlal ettiklerinde, bu ihlalin yaptırımı, bir diğer devlet tarafından tatbik edilmek durumundadır.

Kelsen, saf hukuk teorisinde hukukun var olabilmesi için geçerlilik ve etkililiğin iki esas unsur olduğunu ifade etmiştir. Geçerli ve etkili bir hukuk sisteminde bir ihlal olduğu durumda, hukuki olarak bir araya gelmiş toplumun normun ihlali karşısında bir tepki göstermesi yaptırım olarak ifade edilmektedir<sup>749</sup>. O halde bir zorlama eylem (*coercive act*), bir hukuk ihlali olarak veya hukuk ihlaline karşı bir yaptırım olarak iki şekilde ortaya çıkabilir. Tıpkı ulusal hukukta olduğu gibi uluslararası hukuk da geçerlilik ve etkililik perspektifinden değerlendirilebilir. Geçerlilik uluslararası normların grundnormu temel alarak ve hiyerarşik biçimde örgütlenmesi ile oluşurken, etkililik ise misilleme (*reprisal*) ve savaşı (*war*) uluslararası hukukun yaptırımı olarak kabul etmekle görünür hale gelmektedir<sup>750</sup>.

Uluslararası hukukta yaptırım, bir devletin diğer devlete karşı uluslararası hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirmesi halinde ona gösterilen tepkidir. Uluslararası hukukta, bir başka devletin hakkında tecavüz veya bir başka devlete taahhüt edilen hususa aykırı eyleme karşı yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı, uluslararası hukukta bu hususa ilişkin bir yaptırım öngörülüp öngörülmediğine bağlıdır. Kelsen'e göre uluslararası ihlallerin karşılığı olarak yaptırım uygulanmasının uluslararası hukukta kabul edilip edilmediği meselesi, burada problemin esasını teşkil etmektedir<sup>751</sup>.

Devlet tarafından bir başka devlete uygulanacak yaptırım, Kelsen tarafından yalnızca bir olaya istinaden uygulanan şiddet; diğer devlete boyun eğdirme veya yok etme

---

dem Prüfstand. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions, [https://www.academia.edu/42702932/Kelsen\\_s\\_Monism\\_and\\_the\\_Structure\\_of\\_Global\\_Law\\_On\\_the\\_Relevance\\_of\\_a\\_Kelsenian\\_Account\\_for\\_the\\_Polycentric\\_International\\_Law](https://www.academia.edu/42702932/Kelsen_s_Monism_and_the_Structure_of_Global_Law_On_the_Relevance_of_a_Kelsenian_Account_for_the_Polycentric_International_Law) Erişim Tarihi: 07/07/2020.

<sup>749</sup> Kelsen, a.g.e, 1945, s. 328.

<sup>750</sup> Kelsen, a.g.e, 1945, s. 30.

<sup>751</sup> Kelsen, a.g.e, 1945, s. 330.

amacını taşıyan şiddet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>752</sup>. Sınırlı olarak uygulanan şiddet, uluslararası hukukta misilleme olarak tanımlanmaktadır<sup>753</sup>. Misilleme ile, uluslararası hukukta kabul edildiği üzere, bir devletin diğer devlet lehine bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi veya diğer bir devletin bir hakkını ihlal etmesi durumunda ortaya çıkan sınırlı yaptırım ifade edilmektedir. Ancak, misillemeye başvurulabilmesi için o şiddetin uygulanmasını gerektirecek şartların oluşması gerekmektedir. Nasıl ulusal hukukta ceza veya diğer medeni hukuk yaptırımları haksız bir eyleme karşı gündeme geliyorsa, uluslararası hukukta da durum bu şekildedir.

Ancak, sınırsız güç kullanımı olarak ifade edilebilecek savaş durumu, uluslararası hukukta misilleme ile benzer bir şekilde açıklanabilir mi? Kelsen savaşın kara, deniz ve hava kuvvetleri tarafından uygulanan bir zorlayıcı, sınırsız eylem olarak gördüğümüzde bu eylemlerin bir yaptırım mı yoksa hak ihlali mi olarak tanımlanması gerektiği sorusunu sorar<sup>754</sup>.

Tarihsel olarak bir savaşın haklı olup olmadığına ilişkin soru *bellum justum* teorisi ile açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu teoriye göre, savaş ancak bir haksızlık durumunda devletin bir diğer devlete yaptırım uygulamak amacıyla gerçekleştirdiği meşru bir eylem olarak açıklanmaktadır. Savaş, uluslararası kamuoyunun savaşa ancak yanlışlığı kabul edilen bir eylemi işleyen devlete karşı ilan edilmesi durumunda izin verebildiği bir olgu olarak yorumlamaktadır<sup>755</sup>. Kelsen *bellum justum* teorisinin 19'uncu yüzyılda birçok uluslararası hukuk metninin temelini teşkil ettiğini ifade eder. Versay antlaşması, Kellog Paktı ve Milletler Cemiyeti Sözleşmesi'nin temelini *bellum justum* teorisi oluşturmaktadır<sup>756</sup>.

Kelsen, söz konusu sözleşmelerin hiçbir şekilde modernitenin bir başarısı olmadığını ifade eder. Zira ilkel topluluklarda dahi savaş bir intikam, bir öç duygusu etrafında şekillenir. İlkel topluluklar arasında savaş, bir başkasının haksız eylemine karşı organize edilen eylemler olarak meşrulaştırılır. O halde, uluslararası hukuk da ilkel bir

---

<sup>752</sup> Kelsen, a.g.e, 1945, s. 330.

<sup>753</sup> Kelsen, a.g.e, 1945, s. 330.

<sup>754</sup> Kelsen, a.g.e, 1945, s. 330.

<sup>755</sup> Kelsen, a.g.e, 1945, s. 332

<sup>756</sup> Kelsen, a.g.e, 1945, s. 333-334.

hukuk olarak kabul edilirse ancak *bellum justum* prensibi bu hukukun temel prensibi olarak adlandırılmalıdır<sup>757</sup>.

#### 4.5. Saf Hukuk Kuramının Uluslararası Hukuk Anlayışının Eleştirisi

##### 4.5.1. Uluslararası Hukukun Normativist Boyutu

Uluslararası hukukun kaynağı meselesi incelendiğinde, İkinci Dünya Savaşı'na dek uluslararası hukukun temel prensiplerinin genel olarak kabul edilen ilkeler ve bu ilkeler çerçevesinde imzalanan ikili veya bölgesel anlaşmalar olduğu gözlemlenmektedir. Bu anlamda, klasik uluslararası hukukun bakışı ile uluslararası hukuk, egemen devletlerin kendi iradeleri ile oluşturdukları anlaşmalardan ibarettir, dolayısıyla devletlerin iç egemenliklerinin sınırlandırıldığı bir uluslararası hukuktan söz edilemeyecektir<sup>758</sup>.

İkinci Dünya Savaşı akabinde kurulan BM ile birlikte uluslararası hukuk global olarak kurumsallaşmasını başlatmıştır. Birinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan Milletler Cemiyeti ile varılmak istenilen amaç hasıl olmadığında BM'nin kuruluşunda bu başarısızlığın önlenmesi amaçlanmıştır. Bunu gerçekleştirmek için iki temel önlem alınmaya çalışılmıştır<sup>759</sup>. İlk önlem; daimi üyelerden oluşan bir "Güvenlik Konseyi" kurulması ve bu konseyin beş üye ülkenin ortak kararı ile hareket etmesini sağlanmasıdır<sup>760</sup>. Böylelikle, global düzeydeki çatışmalara uluslararası toplumun birlikte tepki verebilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Diğer ise, BM kurucu anlaşmasının geri çekilmeye dair bir düzenleme içermemesi olmuştur<sup>761</sup>. Tüm bu düzenlemelerin esas amacı barışı sürdürmek olsa da, bugün güvenlik konseyi uygulamasının adil bir dünya düzenini bozduğuna dair tezler ileri sürülmektedir<sup>762</sup>.

<sup>757</sup> Kelsen, a.g.e, 1945, s. 335.

<sup>758</sup> Westphalia sonrası dünya düzeninde devletlerin kendi egemenliklerinden üstün herhangi bir otorite tanımamaları uluslararası hukukun temel esaslarındandır. Bu durum, ulus devletlerin temel aktör olduğu uluslararası düzenin temel kabulüdür. Güncel uluslararası hukuk kavrayışında devlet iradesinin rolü yadsınmamakla birlikte, diğer süjelerin de uluslararası hukukun bir aktörü olduğu kabul edilmektedir. Akkutay A.İ.(2018). "Anayasacılığın Uluslararası Hukuk Bakımından Uygulanabilirliğinde Dikkate Alınması Gereken Bazı Temel Hususlar", *MÜHFD*, 24 (1), , s. 56.

<sup>759</sup> Klabbers J. (2002). *An Introduction to International Institutional Law*, New York, s. 21.

<sup>760</sup> Klabbers, a.g.e., 2002, s. 21.

<sup>761</sup> Klabbers, a.g.e., 2002, s. 21.

<sup>762</sup> Güvenlik Konseyi'nin yapısına dair reform önerileri uzun zamandır gündeme gelmektedir. Birleşmiş Milletler Genel Sekreterleri'nden Kofi Annan'ın "*Güvenlik Konseyi'nde reform yapılmadan Birleşmiş Milletler'e dair herhangi bir reform tamamlanamaz. Ayrıca, Güvenlik Konseyi mevcut yapısı ile devam ettiği müddetçe, sistemin diğer taraflarına ilişkin dönüştürme süreci adaletsiz bir güç dağılımı olduğu kanısı ile engellenmektedir.*" ifadesi reform ihtiyacını uluslararası kamuoyunun dikkatine sunmaktadır <https://news.un.org/en/story/2006/09/193132-need-security-council-reform-greater-ever-says-annan-he-urges-action> Erişim Tarihi: 20/09/2020. Özellikle Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Recep

Özellikle insan hakları ihlallerine karşı sessiz kalınması bu tezi savunanların en güçlü argümanıdır.

Tabiidir ki uluslararası hukukun meselesi yalnızca insan haklarının korunması değildir. Devletler kendi aralarında bilimsel, ticari, kültürel, sosyal birçok ilişki ağı kurmaktadır. İki genel savaşın akabinde, küresel çapta ilişkilerin yoğunlaştığı dönemde, BM ve diğer bölgesel ulus üstü yapılanmalar varlık kazanmaya başlamışlardır. Netice itibarıyla, başlangıçta insan haklarının korunması gayesini güden uluslararası kamuoyu, sonrasında bir dizi alanda küresel anlaşma ve bildirge metni oluşturarak devletlerin kendi aralarındaki ilişkileri düzenleme gayretinde olmuştur<sup>763</sup>.

Bu durumda, uluslararası hukukun normativist boyutunun öne çıktığı bir dönemin belirginlik kazandığı görülmektedir. Gelişmenin arkasında, devletlerin sosyal ve iktisadi ilişkilerin globalleşmesi ile birlikte ortaya çıkan hukuka dair sorunları kendi iç hukuk düzenlemeleri ile gideremeyecek oluşları yatmaktadır. Böylelikle, uluslararası hukuk düzenlemelerinde artış meydana gelmektedir. Bu artış uluslararası hukukun realist teorisyenleri tarafından göz ardı edilmiştir. Uluslararası hukukun varlığı yadsınıp, uluslararası ilişkiler, Austin'in perspektifi ile egemen devletlerin merkezde olduğu bir modelle açıklanmaktadır<sup>764</sup>. Ancak, uluslararası hukuk ile uluslararası ilişkiler arasındaki bu ayrım, ulusal hukuka uluslararası anlaşmaların etkisinin artması ile daralmaktadır<sup>765</sup>.

Küreselleşme ile birlikte ortaya çıkan sorun alanları yalnızca uluslararası düzenlemelerin muhtevasının belirlenmesi olarak kalmamaktadır. Bugün uluslararası toplum, küresel anlamda insanlar arasında yaşanan eşitsizliklerin farkındadır. İletişim çağında, az gelişmiş ülkelerin küresel paydan nasiplenemeyen insanların dramları

---

Tayyip Erdoğan “dünya beşten büyüktür” olarak ifade ettiği itirazı ile 193 ülkeden oluşan dünyada, sistemin kaderinin beş büyük gücün elinde bulunmasının adaletsiz olduğunu ifade etmektedir. <https://www.tccb.gov.tr/haberler/410/99078/-dunya-5-ten-buyuktur-diye-formule-ettigimiz-cagrimizin-temelinde-adalet-talebi-vardir-> Erişim Tarihi: 02/03/2020.

<sup>763</sup> 1945 yılında Bretton Woods Antlaşmaları, Dünya Bankası ve IMF'nin kuruluşu, sonrasında 1947 yılında Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşmaları, 1948 yılında Uluslararası Ticaret Örgütünün kurulması örnek kabilinden gösterilebilir. Sands P. (2016). *Hukuksuz Dünya*, (Bilge Firuze Çallı), İstanbul, s.43.

<sup>764</sup> Dias C. J. (2007). “International Relations And International Law: From Competition To Complementarity”, *International Law and International Relations: Bridging Theory and Practice*, , New York, ss. 278-288, s. 279.

<sup>765</sup> Dias, a.g.e., 2007, s. 280.

dijital platformların ana içeriklerinden birisi haline gelmiştir. Diğer taraftan, küresel sorun yalnızca imkanlara ulaşmadaki eşitsizlik değil, yaşanan insan hakları ve çatışmalar karşısında uluslararası toplumun takındığı tavidir. Hitler'in zulmünün bir daha yaşanmaması amacıyla BM'nin kurulduğu tarihten itibaren pek çok savaş suçu, soykırım ve insan hakları trajedilerine insanlık olarak şahit olunmuştur. Tüm bu olumsuz durumlarda akla gelen soru ise uluslararası hukukun tam olarak ne olduğu, gerçekte var olup olmadığı sorusu olmuştur<sup>766</sup>.

Uluslararası hukukun meşruluğu tartışmaları geride bırakılmıştır. Genel kabul, uluslararası hukukun mevcut olduğudur<sup>767</sup>. Esas sorun alanı, uluslararası hukukun kuralları ve kurumlarının meşruiyetinin temellendirilmesindedir. Uluslararası hukuka yeni yaklaşımlar, uluslararası düzeni açıklamaya çalışan kuramların etkisi altında gelişmiştir. Uluslararası hukuk ve politika birbirini etkilemektedir. Bu sebeple, uluslararası hukukun normativist boyutu artarken, uluslararası hukuk aktörlerinin birbirleri ile ilişkisi, normun uygulanmasını etkilemektedir<sup>768</sup>.

Tüm bu sebeplerle birlikte, Kelsen'in uluslararası hukuku primitif bir alan olarak kabul ettiği temel çıkarımlar giderilmiş değildir. Uluslararası hukuk belirsizliğini korumaktadır. Davranışçı ekole göre, uluslararası hukuk, aktörleri temsil eden kişilerin birikimlerine göre tekrar oluşturulan, dinamik yapısını koruyan bir hukuk alanıdır<sup>769</sup>. Bu belirsizlik, uluslararası hukuka esneklik sağlayarak aktörlerin hareket alanını

---

<sup>766</sup> Schmitt, bu soruyu cevaplarken, Kant'ın uluslararası toplumun hukukla bağlı olduğu bir barış düzeninin oluşmasına karşı çıkmaktadır. Bunun yerine, devletlerin yerini emperyal güçlerin alması ile ortaya çıkacak yeni bir hegemonik düzen içerisinde güçler dengesine dayalı bir sistem öngörmektedir. Habermas J. (2016). *Bölünmüş Batı*, İstanbul, s. 176. Nihayetinde uluslararası hukuk bu iki temel yaklaşımın karşıtlığı içerisinde varlığını sürdürmektedir.

<sup>767</sup> "Uluslararası hukuk açısından anayasacılık aynı zamanda meşruiyetin de bir başka açıdan sorgulanması anlamına gelmektedir. Zira girişte de belirtildiği üzere uluslararası hukukun kurumsallaşması, ortaya çıktığı zaman için öngörülemeyen bir aşamaya gelmiştir. Bu kurumsallaşma uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleştiği için, uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde açıklanamayan bir durum bulunmamaktadır. Ancak gereksinimler bir yandan bu kurumsallaşmanın ve kurumsallaşmaya bağlı işbirliği ve koordinasyonun daha ileri bir safhaya taşınması gerekliliğini yaratmakta, diğer yandan söz konusu ilerlemenin hukuki çerçevesinin tartışılması sonucunu doğurmaktadır." Akkutay, a.g.e., 2018, s. 52.

<sup>768</sup> Hukukî realizm akımından etkilenen bu görüş ile, normun uygulayıcılarının normun somutlaşma sürecindeki etkilerinin ehemmiyet taşıdığını ifade eder. Toplumun değer yargıları, karar alıcıların görüşleri normun uygulanmasında oldukça etkilidir. Uluslararası hukuka yeni yaklaşımlar bu ilişkiyi ele almaktadırlar. Böylelikle uluslararası hukuk normatif eksenden çıkarak daha dinamik bir yapı kazanmaktadır. Shaw M.N. (2003), *International Law*, Cambridge, s. 54.

<sup>769</sup> Bu dinamizm ise, klasik uluslararası hukuk yaklaşımlarının yerine toplumu ve bireyi açıklamaya çalışan diğer sosyal bilimlerin, ekonomi, siyaset bilimi ve felsefenin kullanıldığı bir multidisipliner yaklaşımı gerektirmektedir. Shaw, a.g.e., 2003, s. 55. Bu yaklaşım ise Kelsen'in saf hukuk kuramının metodolojisinin tamamen karşısındadır.

genişletmektedir. Ancak, Kelsen'in teorisinin bilimsel bir temele dayanma ilkesini karşılamadığı ve normativist yanı güçlense de iradelerin ve yorumların etkisinin azalmaması durumunda normativist pozitivist bir uluslararası hukukun mümkün olamayacağı kanaatine varılabilir. Uluslararası hukukun, uluslararası aktörler arasında uygulanma alanı belirsiz olduğu gibi ulusal normatif düzenlere etkisi de belirsizliğini korumaktadır.

#### **4.5.2. Uluslararası Hukuk Normlarının Anayasal Olarak Belirlenen Konumu**

1945 sonrası küresel düzen ile birlikte uluslararası antlaşmalar çeşitlilik ve zenginlik kazanarak pek çok ülkenin taraf olduğu uluslararası hukuk metinleri olarak hukuk dünyasındaki yerlerini almıştır. 19'uncu yüzyıldan itibaren tartışılmakla birlikte, 1950 sonrası anayasa hukuku ve uluslararası hukuk uzmanlarının üzerinde durduğu temel mesele uluslararası hukukun iç hukuka etkisidir. Bu mesele, uluslararası hukuk ve iç hukukun ilişkisine dair düalist ve monist kuram savunucularının teorik olarak uluslararası hukukun konumunu belirleme mücadelesinden farklı olarak, anayasal boyutuyla uluslararası antlaşmaların niteliğinin belirlenmesine dönüşmüştür<sup>770</sup>. Bu durumda, anayasa değişiklikleri ile uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki yerine dair anayasalara hükümler eklenmiştir.

Her ülkenin anayasal düzeni ve hükümet sistemi birbirinden farklı hükümler içerdiiğinden uluslararası hukukun iç hukuka etkisi hususunda ortak bir düzenleme mevcut değildir. Bazı anayasalarda insan hakları konusunda usulüne uygun olarak yürürlüğe giren antlaşmalar anayasal statüdeyken, bazılarında kanunun üstünde ve anayasa hükümlerinin altında yer almaktadır<sup>771</sup>. Uluslararası antlaşmalar çoğunlukla hukuk düzeni içerisinde kanunlarla eşit statüde değerlendirilmektedir<sup>772</sup>. Bu farklılıklar ülkelerin tarihi, siyasi gelişimi, anayasa bağlamında uluslararası antlaşmaların imzalanması ve onaylanması süreçlerinde hangi anayasal müessesenin görevlendirildiği hususlarına göre değişiklik göstermektedir.

Monist görüşü savunanların iddiası gereği, uluslararası hukuk ve ulusal hukuk birliği henüz modern demokratik anayasalar tarafından kabul edilmiş değildir. Devletlerin egemenliklerinin ihmal edilerek, egemen devletin rızası hilafına yahut egemen

<sup>770</sup> Özkan, a.g.e., 2013, s. 2143.

<sup>771</sup> Bilgin A.B. (2016). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri", *MÜHF - HAD*, 22 (1), s. 86.

<sup>772</sup> Bilgin, a.g.e., 2016, s. 87.

devletin iradesi ihmal edilerek uygulanabilmiş bir uluslararası anlaşma mevcut değildir. Bu anlamda, modern anayasal kuram, halihazırda uluslararası hukuk ve ulusal hukukun ayrı iki hukuk alanı olduğunu kabul etmektedir<sup>773</sup>.

Diğer yandan, uluslararası hukukun normativist olarak doğuşunu sağlayan ve muhtevasının önemli bir kısmını oluşturan insan haklarına dair uluslararası sözleşmelerinin iç hukuka etkisi hususunda farklı tartışma alanlarının olduğu gözlenmektedir. Bazı yazarlar uluslararası insan hakları normlarının ulusal normlardan ve dahi anayasalardan üstün olduğunu ileri sürmüşlerdir<sup>774</sup>. Özellikle AIHM yargı çevresi içerisinde bulunan ülkelerin hukukçuları, anlaşmalara anayasal olarak daha fazla önem verildiğini gösterir bazı uygulamalar içerisine girmişlerdir<sup>775</sup>. Bu duruma etki eden en önemli meselelerden birisi, insan haklarının korunmasında ulusal insan hakları mercilerinin yanı sıra uluslararası koruma mercilerinin faaliyet göstermeleridir.

Teknik içerikleri birbirinden farklı olsa da, bugün anayasalar, uluslararası antlaşmaların iç hukuka etkisini iki boyutta ele almaktadır; insan haklarına dair uluslararası anlaşmalar ve diğer konulara ilişkin uluslararası anlaşmalar. İnsan hakları dışındaki meselelerde imzalanan ve yürürlüğe giren anlaşmalar ile insan haklarına dair imzalanan anlaşmalar, farklı hükümlere tabi tutulmaktadır. Bu anlamda, uluslararası hukukun evrimi çok boyutlu ilişkilerin düzenlenmesi yönünde olsa da, insan hakları hukukunun gelişimi ile paralel olarak uluslararası hukukun iç hukuka etkisi artmaktadır.

---

<sup>773</sup> Habermas, Kant'tan aldığı ilhamla uluslarüstü bir anasanın oluşturulması gerektiğini ve girişimin meşru ve mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bunun için gerekli olan ise temel insan hakları ihlalleri ve askerî müdahale yasağının çiğnenmesi karşısında insanlığın göstermiş olduğu ortak etik öfkenin ortak bir ses haline getirilmesidir. Habermas, a.g.e., 2016, s. 134. Evrensel bir adalet etiğinin var olduğuna dair kanıya dayanan bu anlayış, bugün uzak bir ihtimal olarak görülmektedir.

<sup>774</sup> "...Yukarıda görüldüğü gibi genelde uluslararası hukuk normlarının, özelde de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi normlarının anayasaüstülüğü tezini desteklemek için ileri sürülen başlıca iki tip argüman vardır. *Teorik argümanlar*, uluslararası hukuk normlarının anayasal normlar karşısındaki üstünlüğünü, uluslararası hukukun iç hukuk karşısındaki üstünlüğünden çıkarmaktadır. *Pratik argümanlar* ise, uluslararası hukukun üstünlüğü prensibinin uluslararası yargı yerleri tarafından teyid edildiğini belirtmekten ibarettir..." Gözler K. (2000), "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu", *Türkiye'de İnsan Hakları*, Ankara, s.25-46. <http://www.anayasa.g en.tr/insan.htm> Erişim Tarihi: 18/11/2019.

<sup>775</sup> 2010 yılı itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda kişilere anayasa mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanınmakla birlikte 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45'inci maddesi ile Türk Anayasası ve AIHS'in ortak düzenleme alanında bulunan haklar için bireysel başvuru hakkının kullanılabilceği ifade edilmektedir. Madde metninin birinci fıkrası şu şekildedir: "*Herkes Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir*".

Ancak bu etkinin kaynağı ve kapsamı belirsizdir. Zira, uluslararası hukukun, temel kabulleri, Kelsen'in teorisinin dışında bırakmaya çalıştığı kavramlara dayanmakta, bu kavramların içeriği politika ile belirlenmektedir<sup>776</sup>. Dolayısıyla, durumun yarattığı belirsizlik, görecelilik ikliminin en önemli tezahür alanı olan uluslararası toplum, bir sabiteye dayanan hukuk inşa edemediği gibi, genel kabul gören uygulamaların ulusal hukuka etkisi de siyasi ilişkilerin seyrine göre belirlenmektedir.

Kelsen'in uluslararası hukuk teorisi, saf hukuk kuramının bilimsellik kaygısının bir sonucu olarak tasarlanmıştır. Kelsen'in teorisinin ön gördüğü uluslararası hukuk konsepti oluşmamıştır. Değer temelinde, müphem kavramlara dayalı bir hukuk sistemi caridir. Bu sistemin kesin kuralları da bulunmamakta, uluslararası siyaset, uluslararası ilişkiler, tarih ve sosyoloji ile yakın ilişki içerisinde uygulama alanı bulmaktadır. Uluslararası hukukun ulusal hukuku aşarak bir ve ortak uygulama alanına sahip olabilmesi pratik olarak henüz mümkün görünmemektedir<sup>777</sup>.

#### **4.5.3. Uluslararası Hukuk ve İç Hukuk Birliği Kavrayışının Bugünü**

Kelsen ulusal ve uluslararası hukuk ilişkisini monist bir perspektif üzerinden okumaktadır. Son kertede, Kelsen'in arzusu, geçerli bir normlar sistemine sahip uluslararası hukuk ve onu yaptırım ile destekleyecek uluslararası bir kurumsal yapıdır. İnsanlığın ortak aklı, nasıl ki ilkel toplumdaki primitif hukuk düzeninden ulusal hukuka geçişi tamamlamıştır; aynı şekilde uluslararası toplumda da uluslararası düzende geçerli ve etkili bir hukuk sistemi inşa edebilecektir.

Bugün insanlık Kelsen'in iddia ettiği noktadan çok uzakta bir uluslararası hukuk sistemine sahiptir. Birçok eksikliği, eleştirilecek pek çok uygulaması ve ikircikli tutumları ile uluslararası kurum ve kuruluşlar mevcuttur ve bunlar ağır aksak biçimde

---

<sup>776</sup> İnsan haklarına dair uluslararası sözleşmelerin iç hukukta diğer konulara ilişkin olarak düzenlenen sözleşmelerden farklı bir statü edinmesi anayasal anlamda da düzenlenmektedir. Örneğin; Türkiye Cumhuriyeti anayasasının 90'ıncı maddesine 2004 yılında yapılan değişiklik ile ulusal normlarla uluslararası normlar insan haklarına dair bir meselede çelişir ise uluslararası normların esas alınacağı hükmü eklenmiştir. Ancak, üzerinden 16 yıl gibi uzun bir süre geçmesine rağmen uygulamada ve doktrinde, uluslararası düzenlemelerin ulusal hukuka üstünlüğü hususundaki düzenlemenin kapsamı belirsizliğini sürdürmektedir. bkz. Aybay R. (2007). "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", *TBB Dergisi*, Sayı 70. Akkutay A.İ. (2007). "Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu Ve Etkileri", *GÜHFD*, 11(1-2), ss. 415-447, s. 441.

<sup>777</sup> Ulus devletlerin doğum yeri olan Avrupa'da, Brexit sonrası Avrupa Birliği'nin geleceği tartışılmaktadır. Schewe C. ve Lipsens D. (2018). "From EFTA to EC/EU and Back to EFTA? The European Economic Area (EEA) As a Possible Scenario for the UK-EU Relations After Brexit", *Brexit, History, Reasoning and Perspectives*, ss. 215-237. En olgun ve istikrarlı uygulamaya sahip olan Birliğin dahi geleceği belirsizken, global bir uluslararası düzen arayışının başarıya ulaşması zor görünmektedir.



faaliyetlerine devam etmektedirler. Ancak, ortak bir akılla devletlerin fiillerinin neticesini pür hukuki bir bakış açısı ile ele alarak yaptırım uygulayabilecek bir müesses nizam inşa edilmiş değildir.

Kelsen'in teorik olarak nitelendirdiği bağlamda, ortak bir üst egemen olmayan primitif uluslararası hukuk varlığını sürdürmektedir. 1945 sonrası dünya düzeninde henüz bir genel savaş durumu ortaya çıkmamış, çok gergin geçen Soğuk Savaş dönemi sıcak çatışma olmadan atlatılmıştır. Tabii bir önceki cümle genel geçer bir ifade olarak da görülebilir. Zira, savaş ve çatışmasızlık ortamının sürdürdüğünü iddia etmek Orta Doğu ve Orta Asya, sahra altı Afrika, Vietnam, Orta Amerika ülkeleri gibi emperyal güçlerin sömürgeci müdahalelerine maruz kalan ülkeler için geçerli değildir. Birleşmiş Milletler ve diğer küresel organizasyonlar burada yaşanan insanlık dramlarına durdurma kapasitesinden yoksun olduğunu defalarca göstermiştir. Nitekim, uluslararası hukukun primitifliği burada yatmaktadır. Maddi olarak güçlü olan hukukun en temel ilkelerini çiğneyerek faaliyetlerine devam etmektedir<sup>778</sup>.

Kelsen'in uluslararası hukuku primitif olarak nitelendirmesini Hart'ın teorisinde de görmekteyiz. Nitekim Hart, hukukun modernleşebilmesi ve işleyebilmesi için ikincil kuralların ihdasını şart koşmaktadır. Tanıma, değiştirme ve yargılama kurallarının olmadığı bir durumda bir hukuk sisteminden söz edilemeyecektir. Ancak birincil kuralların işlerliği mevzu bahis olmakla birlikte, bu işlerlik ilkel yöntemlere uygun olarak varlık kazanacaktır<sup>779</sup>.

Hart'a göre uluslararası hukuk bu durumdadır; zira bir sistem inşasını gerektiren ikincil kurallar uluslararası hukukta kabul edilmiş değildir. Günümüzde uluslararası hukuk monist- düalist dikotomisini aşan bir vaziyette bulunmakta ve derin krizlerden geçmektedir. Uluslararası hukuk, Soğuk Savaş sonrası ortaya çıkan çatışma durumunu çözememiş, uluslararası alanda ortaya çıkan pek çok soruna çözüm getirememiştir. Pek çok amilin müsebbibi olduğu bu durum esasında, tarihin sonunun<sup>780</sup> ilan edildiği

---

<sup>778</sup> “İçeriği Batı Bloğunun menfaati doğrultusunda belirlenen terörizm kavramı, barış durumu ile içiçe geçmiş bir şiddet üretimi sürecini meşrulaştırmaktadır. Meşru ve adil savaş imkânı ise; silahlı kuvvet kullanımının, liberal devlet biçiminin yaygınlaştırılmasında –diğer politika seçenekleri yanında, diğer politika seçenekleri kadar geçerli- sıradan bir seçenek haline dönüşmesiyle sonuçlanmaktadır. Terörizm karşısında meşrulaşan ve önleyici (preventive) olduğu iddia edilen silahlı şiddet, hukuku politikanın, politikayı da hukukun uzantısı haline getiren bir sürecin olağan belirleyenlerinden birisi haline gelmektedir.” Demirli A. ve Özdemir A.M. (2019). “Uluslararası Hukuku Dönemselleştirmek: Pozitivist Söylem ve Ötesi”, *Uluslararası İlişkiler*, 16(63), s. 51-67, s. 66.

<sup>779</sup> Akkutay, a.g.e., 2018, s. 66.

<sup>780</sup> Fukuyama F. (2016). *Tarihin Sonu ve Son İnsan*, (Çev. Zülfü Dicleli), İstanbul.

bir yüzyılda tarihte görülmeyen siyasi ve iktisadi değişimler meydana gelmesinin bir sonucudur.

Uluslararası hukukun insan haklarını koruma ve savaş karşıtlığı hususunda iç hukuka etkisinin mühim olduğu düşünürler tarafından savunulmaktadır. Ancak, uluslararası ilişkiler, bir hukuk zemininde değil, hegemonik bir dilin hakimiyeti altında şekillenmektedir<sup>781</sup>. Kelsen'in veya Kant'ın tasarladığı hukuka bağlı bir uluslararası düzenden söz edilememektedir. Bu durumda, hukuk, hegemonik tezlerin uluslararası kamuoyunda tezleri üretenler lehine algıların yönlendirilmesine aracılık etmekten öteye gidememektedir<sup>782</sup>. Böylelikle, uluslararası hukukun iç hukukun üzerinde ve onun geçerliliğini etkileyecek, değerlerden bağımsız bir niteliğinin bulunduğu söylenemez.

---

<sup>781</sup> Hegemonik istikrar tezi, esasında uluslararası düzende meydana gelecek anarşinin önlenmesini amaçlamaktadır. Diğer devletlerden daha güçlü olan Amerika, uluslararası istikrarsızlığı önlemek amacıyla hegemonyasını kurma ve uluslararası düzeni koruma amacını gerçekleştirmek istemektedir. Okur M.A.(2008). *Hegemonya Ve İmparatorluk Tartışmaları Bağlamında Irak Savaşı'nın Politikası*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 204 v.d.

<sup>782</sup> Örneğin, 11 Eylül saldırılarından sonra Bush yönetimi “önleyici meşru müdafaa” hakkını kullandıkları iddiası ile Afganistan ve Irak’a müdahalede bulunmuştur. Ancak burada, saldırının gerçekleşeceği hususunda ciddi bir tehlikenin ispatlanmadığı halde yapılması, uluslararası hukuk ilkelerinin hegemonik güç lehine yorumlanmasının bir örneğini teşkil etmektedir. Cömert İ. (2006). *Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı ve Uluslararası Hukuktaki Yeri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çanakkale, s. 102.



## 5.SONUÇ

Hukukun meşruluğu sorunu, Antik Yunan'dan itibaren adalet temel değeri etrafında sorgulanmıştır. Adalet, Platon düşüncesi ile birlikte sadece bir hukuk, devlet sistemi problemi değil, bütün bir varlığın idesi olarak kavranmıştır. Platon'un bilgi ve devlet felsefesi, Roma dönemini ve ardından Hristiyan düşüncesini de etkilemiş, adil olanın Tanrısal olanda, ideal olanda aranması gerektiği düsturu kabul edilmiştir. Normatif alanın ideal olana uyumunu kavrama yetisi, ancak belirli bir birikime sahip zümre tarafından idrak edilebilecektir. Bu zümre, Platon düşüncesinde filozoflardan, Hristiyan teolojisinde Papalığın temsil ettiği din adamlarından oluşmaktadır. Her iki durumda, pozitif hukukun meşruiyeti ideal olana yakınlığı ölçüsünde sağlanmaktadır.

Anayasacılık ve parlamento fikrinin gelişimi ile birlikte, normatif alanın pozitif temelli meşruluk zemini inşa edilmeye çalışılmıştır. Nitekim, Aydınlanma sonrası tabii hukuk düşüncesi, doğal hak ve sosyal sözleşme kuramları çerçevesinde iktidarın sınırlandırılması ve uygulanan hukukun meşruiyet zeminin doğal haklarda aranması çerçevesinde gelişmiştir. Ancak, burada bilimsel bir temellendirmeden ziyade, ideal olanın yeryüzüne indirilmesi ve tasavvur edilen doğal haklar ve doğal hukuka nispetle hukuka meşruiyet atfedilmesi söz konusudur.

Bununla birlikte, 19'uncu yüzyılda hukuki pozitivistizmin yükselmesi ile adalet kavramının merkezde yer aldığı hukuk anlayışları eleştirilmeye başlanmıştır. Hukuki pozitivistizm ile birlikte, hukukun doğal hukuka bağlı bir meşruiyet çizgisi ile tanımlandırılmasından öteye geçilmiştir. Geçerli ve uyulması gereken normların egemenin iradesinden kaynaklanmaktan başka bir niteliği haiz olmasının gerekmediği savı, hukukun değerlere göre tanımlanmasını kabul etmemiştir.

Kelsen, saf hukuk kuramı ile tüm zaman ve mekanlarda, pozitif hukukun bilimsel olarak kavranmasını sağlamayı amaçlamıştır. Onun için, bir hukuk sisteminin demokratik nitelikleri haiz bir ortamda oluşması ve liberal, sosyalist, faşist, otoriter veya krallıkla yönetilen bir devlette oluşması o normatif sistemin bilimsel olarak incelenmesinde bir fark oluşturmaz. Tüm değer yargısı içeren hususlar, siyaset bilimi, sosyoloji, felsefe, tarih gibi alanların inceleme alanında olmalıdır. Hukuk kuramının bilimsel cihetle konu edinmesi gereken tek şey, normatif sistemdir.

Kelsen'in saf hukuk kuramı, metafizik, göreceli, belirsiz, ideolojik tüm yargıların hukuk kuramının dışında bırakılması ile inşa edilmiştir. Adalet, insan hakkı, özgürlük,

demokrasi gibi kavramların modern devlet ile hukuku inşa eden kavramlar olduğu tabii hukuk okulunun genel kabulüdür. Bununla birlikte, Kelsen, hukuku bir bilim olarak tasarlama çabasının sonucunda, değer içeren tüm yargıları kuramının dışında tutmuştur. Kelsen'e göre normatif sistemde normun açıklanmasını sağlayan onun geçerliliği ve etkililiğidir. Normlar hiyerarşisinin yaratma zincirinin bir sonucu olarak en alt düzeydeki norm, bir üst norma uygun ise o norm geçerlidir. Bu durumda geriye kalan, o normun minimum etkililiğidir ki; bunun için gerekli olan o norma aykırı davranıldığında yaptırım uygulayacak müesseselerin varlığıdır.

Kelsen, normun geçerliliğinin olgulardan bağımsız olduğu gerçeğini göz ardı etmez. Bununla birlikte, olgulardan hareketle bir normun geçerliliğinin açıklanmasını ideolojik yargıların hukuka etki etmesi olarak görür. Bu durumda hukuk, bilim temelinde açıklanamayacaktır. Bu düşüncesi ile tabii hukukun kavramlarını kuramının dışında bıraktığı gibi, hukuki pozitivizmin analitik ve sosyolojik temelli izahlarını da benimsemez. Normun kaynağı ancak bir üst norm olabilir, geçerliliği buradan alan norm, minimum etkililiği sağlamakla hukuk aleminde varlığını muhafaza eder ve saf hukuk kuramı çerçevesinde açıklanabilir.

Kelsen'in varsayım olarak kuramının merkezine yerleştirdiği "grundnorm" kavramı, saf hukuk kuramının temelinde yer alır. Bir norma, ancak normun kaynaklık edeceği fikri maddi olarak en üst norm olan anayasaya hangi normun kaynaklık edeceği sorusunu gerektirir. Bu soruyu Kelsen grundnormu varsaymakla cevaplandırır. İçeriği belirsiz olan grundnormun, tüm hukuk sistemine kaynaklık ettiği varsayılır. Saf hukuk kuramının ikinci edisyonunda, grundnormun normlara kaynaklı edişini, Tanrı'nın buyruğuna itaat eden bir dindarın, bu buyruğa itaat etmesi gerektiğini varsayması benzetmesi ile açıklar. Grundnorm bir kabule dayanmakla, esasında hukuk olduğu iddiasında olan tüm hukuk sistemlerinin saf hukuk kuramı çerçevesinde izah edilmesi için kullanışlı bir argümandır. Bir mafya düzeni ile hukuk düzenini ayırtıran, hukuk düzeninin normatif geçerliliğinin temel norma dayanmasıdır. Böylelikle, demokratik, laik, faşist, sosyalist, dini hukukların tümü saf hukuk kuramı ile bilimsel olarak açıklanabilecektir.

Hukukun yalnızca saf hukuk kuramı ile açıklanması beklenemez. Bir hukuk sisteminin veya sistem içerisinde yer alan normun adalet cihetinden sorgulanması yapılabilir. O normun ahlakiliği sorgulanabilir. Bir hakkı ihlal edip etmediği tartışılabilir. Tüm bu

tartışmalar, bir hukuki pozitivist olan Kelsen'in saf hukuk kuramının dışındadır. Saf hukuk kuramı, bilimsel metodu çerçevesinde izah edilmeyen bir tartışmayı başlatacak kavramları dışarıda bırakmıştır.

Kelsen teorisinin tabii hukuk ve hukuki pozitivismden ayrıştığı önemli hususlardan birisi de hukuk ve devlet birliğidir. Kelsen teorisinde, hukuktan ayrı bir iktidar kavramına yer yoktur. Hukuk ve devlet bir ve aynı şeydir. Hukuk ve devleti ayrı gören tabii hukuk kuramcıları, sosyolojik açıklamalar iktidarı meşrulaştırmak için bu çabaya girmektedirler. Oysa Kelsen'e göre bu çaba anlamsızdır. Zira devlet ve hukuku ayrı iki kavram olarak tanımlandığında birinin nerede başlayıp nerede bittiğinin tartışmalı olduğunu belirtmekte, ikisinin arasında ayırım çizgisini tespit etmenin güçlüğüne işaret etmektedir.

Kelsen, bilim temelli hukuk kuramında, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleme konusunda anayasa mahkemesini görevlendirmiştir. Ancak, anayasa yargısının görevi, sadece yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemek ve iptal etmektir. Bu görevini, yine saf hukuk kuramının gereği olarak normlar hiyerarşisinin, normatif yaratma zincirinin bozulmamasını temin etmek için üstlenecektir.

Anayasa yargısı görevini ifa ederken, normlar hiyerarşisini ve hukukun birliğini sağlamaktadır. Anayasanın koruyucusu olarak görev alan mahkeme, hukuka aykırı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin anayasal denetimini gerçekleştirmekle anayasaya aykırı yasaların hukuk sistemi içerisinde geçerli olarak uygulanmasına imkan tanır. Usulüne uygun olarak yürürlüğe giren kanun veya diğer alt mevzuat, görevli yargı yerlerince iptal edilmedikçe geçerliliğini korur ve normun muhatabının norma uyması gerekmektedir. Böylelikle, yasama organının veya hükümetin anayasaya aykırı olarak oluşturulduğu iddiası, anayasa yargısınca incelenmedikçe soyut bir iddia olarak kalmaktadır. Kelsen bu durumu “normun alternatif karakteri” kavramı ile tanımlayarak anayasa yargısının hukuk sisteminin devamını sağlayan bir işlev görmesini sağlamaktadır.

Anayasa yargısı kuramına önemli katkılar yapan Kelsen; anayasa yargısının normları iptal etmekle negatif yasa koyucu olarak görev ifa edeceğinin farkındadır. Bu sebeple, anayasa yargısınca ölçü norm olarak belirlenmemesi için anayasalarda ideolojik muğlak ifadelerin yer almamasını salık verir. Zira negatif yasa koyucu olarak anayasa

yargısı söz konusu ifadelerin kapsamını geniş yorumlamakla yetkisini aşarak idare üzerinde bir vesayet odağı haline gelebilir.

Kelsen'in bilim temelli teorisinde yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli anayasa mahkemeleri dünya genelinde yaygınlaşmıştır. Ancak, tabii hukuk doktrininin benimsenmesi ve insan hakları teorisinin güçlenmesi ile mahkemeler, yasaların anayasaya uygunluğunu denetlerken, Kelsen'in anayasalarda yer almasını dahi istemediği müphem kavramları ölçü norm olarak kabul etmişlerdir. Bu durum, yargıçların yorum yaparken dayanak noktası olarak yazılı kural olmayan hukuk ilkelerini benimsemelerini ve yasama organının yasa yapma pratiği kadar, anayasa yargısının norma anlam vermesinin de önemli olduğu, Bakır Çağlar'ın ifadesi ile anayasa mahkemeleri çağını başlatmıştır. Anayasa mahkemeleri, Kelsen'in kuramında farklı olarak, demokrasi havariliğine yükselmiştir. Pek çok demokratik ilerlemede, siyasi tartışmada, anayasa mahkemesi kararlarının izi bulunmaktadır.

Kelsen, kuramının bilimselliğini zedelememek adına müphem kavramları dışarda bıraksa da, bu kavramlar, hukukun kalbine yerleşmiştir. Bugün adalet, özgürlük, eşitlik, kamu yararı gibi belirsiz kavramlar, yorumcuların elinde, idari işlem ve eylemlerin, yasaların bir üst norma uygunluğunda ölçü norm olarak kullanılmaktadır. Anayasa mahkemeleri bugün, demokrasinin vazgeçilmez kurumlarıdır. Ancak, Kelsen'in çizdiği sınırların dışında ve çok geniş yetkilerle normların anayasaya uygunluğu görevlerini sürdürmektedirler.

Anayasa yargısının yanı sıra Kelsen'in saf hukuk kuramında önemli bir yeri olan uluslararası hukuka geçerlilik bakımından yaklaşımına değinmek, teorisinin değerinin anlaşılması için elzemdir. Kelsen'e göre normların geçerli olabilmesi için, uluslararası hukuk ve ulusal hukukun birliği ilkesi gereğince, uluslararası hukuka uygun olması gerekir. Aksi durumda, uluslararası hukuka aykırı bir norm ortaya çıktığında, uluslararası düzende anayasa yargısına benzer bir negatif yasa koyucu olmadığı ve uluslararası düzen primitif olduğundan, yaptırım olarak savaş ve mütekabiliyet gündeme gelecektir. Kelsen'in teorisi, zaman ve mekândan bağımsız olarak, tüm tekil hukuk sistemlerinin ortadan kalkarak global bir hukuk düzeninin oluşması amacına matuftur. Kelsen, ulusal hukuk ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkiyi birini diğerini üstün tutan anlayışla açıklamaz. Ulusal hukukun uluslararası hukuka nazaran üstün olduğu görüşünü emperyal devlet tasavvurunun yansıması olarak görürken,

uluslararası hukukun ulusal hukuka nazaran üstün olduğu görüşünü pasifist ideolojinin bir yansıması olarak kabul eder. Her iki yaklaşımı da bilimsellikten uzak gören Kelsen, uluslararası hukuka yaklaşımını monist düşüncenin üçüncü hali olarak görür ve her iki hukukun birlikte açıklandığı bir kuram oluşturma gayretindedir. Kelsen, İkinci Dünya Savaşı devam ederken uluslararası mahkeme kurulması gerektiğini savunsa da; bu savı gerçekleşmemiştir. Uluslararası mahkemesi olmayan bir uluslararası hukukta devletler arası ilişkilerin primitif toplum düzeninde bireyler arasındaki ilişkilerde olduğu gibi ihkak-ı hak çerçevesinde işleyeceği kanaatinde olan Kelsen; gelecekte global bir hukuk düzeninin etkili olacağını varsayar. Böylelikle tekil devletlerin hukuku sönmünecek ve uluslararası bir düzen inşa edilecektir.

Kelsen'in saf hukuk kuramı esasında, global bir kuramdır. Dolayısıyla uluslararası toplumun bir hukuk sistemi içerisinde oluşmasını amaçlamaktadır. Kelsen teorisinin akabinde, uluslararası hukukun normatif düzenlemelerinin oluşturulduğu muhakkaktır. Küreselleşme ile birlikte, uluslararası ilişkiler artmış ve uluslararası kamu düzeninin korunması için uluslararası organizasyonlar kurumsallaşmıştır. Ancak, anayasal düzeyde, uluslararası normların ulusal normlara mutlak bir üstünlüğünden söz edilememektedir. Hegemonik siyasi aktörlerin uluslararası ilişkileri ve kamuoyunu yönlendirmesi, Kelsen'in teorisinin aksine müphem kavramların, tarih, ekonomi, sosyoloji gibi diğer bilim alanlarına giren hususların uluslararası hukukta daha fazla etkili olmasını gerekli kılmaktadır. Bu durumda, uluslararası hukukun saf bir hukuki kavrayışla anlamlandırılma sorunu devam etmektedir.

Kelsen'in geçerlilik-etkililik cihetinden yapmış olduğu saf hukuk kuramının meşruiyet kavramını hukuk kuramının dışına bırakması, Nazilerin ve Sovyet Rusya'nın yarattığı insanlık trajedilerin akabinde birçok eleştiriye tabi tutulmuştur. Öncelikle, 1920'lerin bilimsellik paradigması yıkılmış, bilimin getirdiği, ırkçılık ve soykırım, kitle imha silahları, bilim temelli açıklamaların eleştirilmesine sebep olmuştur. Frankfurt Okulunun Aydınlanma eleştirisi ile birlikte, esasında rasyonel aklın doğruya götürmekle birlikte ahlaken iyiyi aramakta eksik kaldığı vurgulanmıştır.

Kelsen'e göre, saf hukuk kuramı çerçevesinde değerlendirildiğinde faşist ve sosyalist rejimlerin uyguladığı normlar da geçerlidir. Bu yargı, normlara değer cihetinden yaklaşmayan bilim merkezli kuramının sonucudur. Kelsen'in insan hakları öğretisine



farklı bakışı ve adalet kavramını saf hukuk kuramının dışında bırakması, İkinci Dünya Savaşı sonrası hukuk felsefecileri tarafından eleştirilmiştir. Adalet temel değerini amaç edinmeyen sistemin, ortaya çıkardığı yasaların pozitif bakış açısı ile geçerli addedilse dahi meşru olamayacağı ve uyulmaması gerektiği fikri Radbruch tarafından ifade edilmiş, bu karşı çıkış Nazilerin cezalandırılmasının temel dayanağı olmuştur. Diğer taraftan, insan hakları teorisinin güçlenmesi ile Kelsen tarafından göreceli ve belirsiz kavramlar olarak nitelenen hak teorisinin temel doktrinleri anayasalara girmiş ve hukuk uygulamasının temelini oluşturmuştur.

İnsan hakları teorisi, İkinci Dünya Savaşı sonrası, yeni dünya düzeninin temel taşlarından birisini oluşturmuştur. Yeniçağ tabii hukuk doktrinlerinden farklı olarak, İkinci Dünya Savaşı'nın oluşturduğu yıkıma uğramış, çaresizlikle dolu ve trajik iklimine bir umut ışığı olan teori, uluslararası hukuka dair anlaşmaların odağına yerleşmiştir. Bununla beraber, insan hakları teorisi, yeniçağ tabii hukuk geleneğinde olduğu üzere doğal haklar olarak akıl temelinde izah edilmemiştir. Bunun yerine, insan hakları söyleminin kendisi bir ideoloji olarak ortaya çıkmış, tarihin sonunda ideolojiler üstü bir ideoloji olarak Batı dünyası tarafından kendisine benzemeyen toplumlara dikte unsuru olarak kullanılmıştır. Bu sava dayanılarak insan haklarının öneminin kaybolduğu, insan hakları ihlallerinin yaşanmadığı elbette iddia edilemez. Ancak hukukun çerçevesinde meşruiyetinin ve hukukiliğinin insan hakları teorisine nazaran belirlenmesi pek çok sorunu beraberinde getirmektedir.

Özel olarak insan hakları, genel olarak ise hak kavramı muğlak ve göreceli karakterinden ötürü saf hukuk kuramının dışındadır. Bu kabul, saf hukuk kuramının İkinci Dünya Savaşı sonrasında zalim yönetime karşı bireylerin nasıl korunacağı hususunda eleştirilmesine sebep olmuştur. Ancak; Kelsen'in kuramının bu soruya cevap vermesi düşünülemez. Zira oluşturulan saf hukuk kuramı tüm zaman ve mekanlarda hukuk olduğu iddia edilen sistemlerin bilimsel olarak incelenmesini konu edinmektedir. Zalim, meşru, gayriadil, haksız gibi sıfatlar hukukun bilimsel paradigmasında yeri olmayan ve normlara değer atfeden sıfatlardır. Şüphesiz insanoğlu, muhatap olduğu durumları yalnızca bilimsel perspektif ile anlamlandırmaz. Bir gün batımı, kar yağışı, araçla seyahat sadece fizik, coğrafya ilmi disiplini ile anlamlandırılmaz. Keza normların bireyler ve toplumlar üzerinde oluşturduğu etki de onlara belirli değerler atfedilmesini gerektirebilir. Ancak, Kelsen'in saf hukuk kuramı,

normları bilimsel paradigma içerisinde değerlerin dünyasından değil, teorinin geliştirdiği metot çerçevesinde geçerlilik- etkililik cihetinden değerlendirmektedir.

Kelsen, kuramını açıkladığı kitabının ilk cümlesi, kuramının konusunun hukuk politikasının değil hukuk bilimi olduğuydu. Bu cümleden kuramında yer almasa da hukukun bir politikası, sosyolojisi, felsefesi olduğunun Kelsen tarafından da kabul edildiği anlaşılabılır. Nitekim, Kelsen, bunu defaatle açıklamıştır. Hukuk, insana ve topluma dair her şeyden etkilenen bir fenomendir. Bunu, modernleşme sonrası hukukun izlediği yolu takip ederek gözlemlemek mümkündür. Kelsen, meşruiyet tartışmalarının hukuk dışındaki disiplinlerin metodolojisi ve ahlaki değer yargıları etrafında döndüğü için bu tartışmaları kuram dışında bırakmıştır. Ancak bu Kelsen'in tercihi ve açıklamasıdır. Kelsen'in saf hukuk kuramı, tutarlı, etkili yapısı ile hukuk düşüncesinde önemli tartışmaların önünü açmıştır. Hukuk, sadece bilimsel metotla açıklanabilecek bir disiplin olmamakla birlikte, modern hukukun metodolojik yaklaşımı saf hukuk kuramından oldukça etkilenmiştir. Özellikle, kodifikasyon faaliyetlerinin bu denli çoğaldığı, uluslararası sözleşmelerin iç hukuka etkisinin giderek arttığı bir zaman diliminde hukuk teorisi, Kelsen'in metodolojisi tekrar tartışmaya ve anlamaya gereksinim duymaktadır. Kelsen'in kuramına birtakım eleştiriler getirilse de, getirdiği kuramsal yenilikler tartışmaya ve anlaşılmasına devam edecektir.

Kelsen'in saf hukuk kuramı, hukuku kendisinden yola çıkarak bilimsel bir teori ile açıklama çabasıdır. Bu çaba, Kelsen sonrası hukuk düşünürleri tarafından oldukça fazla eleştiriye tabi tutulsa da; Kelsen'in hukukiliğin sağlanmasında gösterdiği çaba, hukukun kurumsal tekamülüne sağladığı katkı, tüm hukuk sistemlerini etkilemiştir.



## KAYNAKÇA

- Acar A. (2011) “(Yeni) Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir?” *Çankaya University Journal of Law*, ss. 109-131.
- Acar A. (2011). “Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir? Hukuki Pozitivizmden Yanıtlar”, *ÇÜHFD*, 8(2), ss. 109-131.
- Adorno T. W. ve Horkheimer M. (2014). *Aydınlanmanın Diyalektiği*, (Çev. Nihat Ülner- Elif Öztarhan Karadoğan), İstanbul.
- Ağaoğulları M.A, Çulha Zabcı F., Ergün R. (2009). *Kral Devletten Ulus Devlete*, Ankara.
- Ağaoğulları M.A. (1994). *Kent Devletinden İmparatorluğa*, Ankara.
- Ağaoğulları M.A. (2010). *Ulus Devlet ya da Halkın Egemenliği*, Ankara.
- Ağaoğulları M.A. ve Köker L. (1991). *Tanrı Devletinden Kral Devlete*, Ankara, s. 142.
- Ağaoğulları M.A. ve Köker L. (2006). *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, Ankara.
- Ağaoğulları M.A. ve Köker L. (2009). *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, Ankara.
- Akal C.B. (2014). “Grundnormun Yolları Sonsuzdur”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2).
- Akal C.B. (2017). *Hukuk Nedir?*, Ankara.
- Akartürk E.A. (2013). *Oy Hakkının Anayasal İlkeleri*, İstanbul.
- Akbaş K (2016). “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, *İÜHFM*, 74 (1), ss. 53-72.
- Akbaş K. (2006). *Hukukun Büyübozumu*, İstanbul.
- Akbaş K. (2016). “Kışkırtıcı Bir İnsan Hakları Analizine Giriş” içinde; Douzinas C. (2016). *Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları: Eleştirel Bir Yaklaşım*, Ankara.
- Akbay M. (1947). “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, *AÜHFD*, 4 (1), s. 31. Aral V. (1968). “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, *İÜHFM*, 34 (1-4).
- Akı E. İ. (2008). *Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi.
- Akkoyun G.K. (2019). *Descartes ve Kant’ta Apriori Bilgi Problemi*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Akkutay A.İ. (2007). “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu Ve Etkileri”, *GÜHFD*, 11(1-2), ss. 415-447.
- Akkutay A.İ. (2018). “Anayasacılığın Uluslararası Hukuk Bakımından Uygulanabilirliğinde Dikkate Alınması Gereken Bazı Temel Hususlar”, *MÜHFD*, 24 (1).
- Akman Ş. T. (2012). “Eleştirel Hukuk Çalışmaları”, *AÜHFD*, 61 (4), ss. 1271-1306.
- Akman Ş.T. (2012). “Hukuk Politika İlişkisi Bağlamında Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi”, *AÜHFD*, 61 (4), ss. 1271-1306, s. 1283.
- Aktaş S. (2004) *Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis’in Hukuk Teorisi*, AÜEHFD, Cilt 8, Sayı 1-2.
- Aktaş S. (2011). “Hukukta Yorum Çabaları”, *EÜHFD*, 15 (3-4).
- Aktaş S. (2011). *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, İstanbul, s. 85.
- Akyüz T. (2017). “Kant’ın Analitik Ve Sentetik Ayrımının Aristotelesçi Felsefe Geleneği Bakımından Değerlendirilmesi”, *Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, Sayı 12.
- Alfange D.J. (1969), “Jeremy Bentham and the Codification of Law,” *Cornell Law Review*, 55 (1).
- Anayurt Ö. (2009). “AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar”, *GÜHFD*, Cilt 13, Sayı 1-2, ss. 117-160.
- Andrew Heywood (2014), *Siyasi İdeolojiler*, Ankara.

- Aral V. (1968). “Kelsen’in Hukuk Anlayışı”, *İÜHFM*, 34(1-4).
- Aral V. (1978). *Saf Hukuk Kuramının Metodu ve Değeri*, İstanbul.
- Arendt H. (2005). “Kant’ın Siyaset Felsefesi Üzerine Notlar”, *Cogito Dergisi-Sonsuzluğun Sınırında Immanuel Kant*, İstanbul, ss. 340-380.
- Arıkan E. (2020). “Kelsen’in Saf Hukuk Kuramı ve Ötesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, ss. 417-446
- Arıkan E. (2020). Robert Alexy’nin Doğruluk Argümanının Değerlendirilmesi, *SÜHFD*, Cilt 28, Sayı 3, ss. 1303-1341.
- Aristoteles (2012). *Atinalıların Devleti*, (Çev. Ari Çokona), İstanbul.
- Aristoteles (2014). *Politika*, (Çev. Mete Tunçay), İstanbul.
- Armaoğlu F. (2019). *20. Yüzyıl Siyasi Tarihi*, İstanbul, 2019, s. 181.
- Arslan A. (2006). *İlkçağ Felsefe Tarihi 1 Sokrates Öncesi Yunan Felsefesi*, İstanbul.
- Arslan A. (2006). *İlkçağ Felsefe Tarihi 2 Sofistlerden Platon’a*, İstanbul.
- Arslan A. (2008). *İlkçağ Felsefe Tarihi 4*, İstanbul.
- Atalay A.H. (2008). “Kelsen ve Hart: Bilinebilir Hukuk”, *HFSA 19*, İstanbul, ss. 104-113.
- Atar Y. (1989). “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2), ss. 181-209.
- Austin J. (2015). *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, (Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş), İstanbul.
- Aybay R. (2007). “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *TBB Dergisi*, Sayı 70.
- Aydın M.B. (2015). “Gustav Radbruch Düşüncesinde Dönemsel Vurgu Değişimi”, *İÜHFM*, 73 (2), ss. 7-28, s. 26.
- Bacon F. (2015). *Novum Organum* (Çev. Talip Kabadayı), İstanbul.
- Balı A.Ş. (2011). “Hangi İnsan Hakları”, *HFSA 23*, İstanbul Barosu Yayınları.
- Barın T. (2016). *Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*, Ankara.
- Bentham J. (2017). *Yasamanın İlkeleri*, (Çev. Barkın Asal), İstanbul.
- Bernstoff J. (2010). *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, Cambridge University Press.
- Bilge N. (2008). *Hukuk Başlangıcı*, Ankara.
- Bilgin A.B. (2016). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri”, *MÜHF - HAD*, 22 (1).
- Bix B.H. (2013). “John Austin and Constructing Theories of Law”, *The Legacy of John Austin’s Jurisprudence*, New York.
- Bobbio N. (2017). “Kelsen and Legal Power”, *Normativity and Norms*, Oxford.
- Bongiovanni G. (2007). “Rechtsstaat and Constitutional Justice in Austria: Hans Kelsen’s Contribution”, *The Rule of Law*, New York.
- Bozkurt G. (2010). *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, Ankara.
- Bumin T. (2013). *Hegel*, İstanbul.
- Bumin T. (2016). *Tartışılan Modernlik: Descartes ve Spinoza*, İstanbul.
- C. ve Lipsens D. (2018). “From EFTA to EC/EU and Back to EFTA? The European Economic Area (EEA) As a Possible Scenario for the UK-EU Relations After Brexit”, *Brexit, History, Reasoning and Perspectives*, ss. 215-237.
- Can C. (2011). *Cumhuriyet Devrimi ve Öngörülme Bugünü*, İstanbul.
- Can C. (2012). *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Siyasal Kitabevi, Ankara.
- Can Ş. (2011). *Klasik Yunan Mitolojisi*, İstanbul.

- Carpentier M. (2020). "Kelsen on Derogation and Normative Conflicts", (April 22, 2019). *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand / Hans Kelsen Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions* (Jestaedt/Poscher/Kammerhofer eds., 2020), [https://www.academia.edu/38461473/Kelsen\\_on\\_Derogation\\_and\\_Normative\\_Conflicts](https://www.academia.edu/38461473/Kelsen_on_Derogation_and_Normative_Conflicts).
- Carrozza P. (2017). "Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes", *Kelsenian Legal Science and Nature of Law*, New York.
- Cassirer E. (2007). *Kant'ın Yaşamı ve Öğretisi*, (Çev. Doğan Özlem), İstanbul.
- Cevizci A. (2001), *Ortaçağ Felsefesi*, Bursa.
- Ceylan Ş. Ş. (2014). *HLA Hart'ın Hukuk Kavramı*, İstanbul.
- Champeil-Desplats (2017). "Hans Kelsen's Works and the Modern Theories of Human Rights", *Kelsenian Legal Science and Nature of Law*.
- Champeil-Desplats V. (2017). "Hans Kelsen's Works and the Modern Theories of Human Rights", *Kelsenian Legal Science*.
- Chiassoni P. (2016). "Wiener Realism", *Hans Kelsen in America Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, ss. 131-163.
- Cicero (2014). *Devlet Üzerine*, (Çev. Cengiz Çevik), İstanbul.
- Conford F. M. (2020). *Sokrates Öncesi ve Sonrası*, (Çev. Celal Şengör ve Senem Onan), İstanbul, s. 6.
- Cotterell R. (2018). *Hukukbiliminin Politikası*, (Çev. Saim Üye), İstanbul.
- Cömert İ. (2006). *Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı ve Uluslararası Hukuktaki Yeri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çanakkale.
- Çağlar B. (1986). "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 3, ss. 137-187.
- Çağlar B. (1998). "Anayasa Yargısının Güncelliği: Yargıçlar Zamanı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 15, s. 51-69.
- Çevik C. (2010). *Seneca'nın Naturales Quaestiones Adlı Eserinde Doğa Ve Ahlak Anlayışı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Çevik C. (2019). *Roma'da Siyaset ve Felsefe*, İstanbul.
- Dante (1996). *Monarchy*, (Translated by Prue Shaw), Cambridge.
- Değerli Y. S. (2019). *Anayasa Yargısında Ön-Denetim Ve Türk Anayasa Yargısı*, Doktora Tezi, Ankara.
- Değirmencioglu B. (2016). "John Locke'ta Doğa Durumu Ve Direnme Hakkı", *GÜHFD*, 20 (3), ss. 375-410
- Demiray M.R. (2010). *A Search For An Integral View Of Law, The State & Human Rights: Comparing Hans Kelsen's Positivism, Carl Schmitt's Realism & Otfried Höffe's Rationalism*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, ODTÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 261.
- Demirdal B. (2014). "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü", *GÜHFD*, Cilt 18, Sayı 3-4, ss. 789-820.
- Demirdal M. B. (2017). *Adalet İlkelerinin Osmanlıdan Günümüze Türk Hukukunda Görünümü*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi.
- Demirli A. ve Özdemir A.M. (2019). "Uluslararası Hukuku Dönemselleştirmek: Pozitivist Söylem ve Ötesi", *Uluslararası İlişkiler*, 16(63), s. 51-67.
- Dengiz H. (2020). *Hans Kelsen' De Hukuki Geçerlilik Ve Temel Norm*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

- Denk E. (2011). “Uluslararası Hukukun Dayanağına İlişkin Görüşlerin Dönemsellikleri Sorunu: Doğal Hukuk Görüşü Örneği”, *Bilge Strateji*, 3 (5), ss. 99-126.
- Descartes (2015). *Metot Üzerine Konuşma*, (Çev. Atakan Altınörs), İstanbul.
- Dias C. J. (2007). “International Relations And International Law: From Competition To Complementarity”, *International Law and International Relations: Bridging Theory and Practice*, New York.
- Dinçkol B. (2017). “Atina Demokrasısından Roma Cumhuriyetine - "Demos"tan "Populus Romanus"a” *MÜHFD*, 23 (3), ss. 751-765.
- Doğan İ. (2015). *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara.
- Doğan S. (2016). *Marcus Aurelius’un Felsefesi*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta.
- Douzinas C. (2007). *Human Rights and Empire: Political Philosophy of Cosmopolitanism*, New York.
- Douzinas C. (2016). *Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları*, (Çev. Kasım Akbaş-Rabia Sağlam), Ankara.
- Douzinas C. (2016). *Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları*, (Çev. Kasım Akbaş-Rabia Sağlam), Ankara.
- Duguit L. (1954). *Kamu Hukuku Dersleri*, (Çev. Süheyye Derbil), Ankara.
- Duralı Ş. T. (2017). *Aklın Anatomisi: Salt Aklın Eleştirisinin Teşrihi*, Dergah Yayınları, İstanbul.
- Durgun F. (2021). *Modern Avrupa Tarihini Yeniden Düşünmek: Aydınlanmadan 19. Yüzyıla*, İstanbul.
- Duxbury N. (2021). “Kelsen’in Son Hamlesi (Çev. Hüseyin Dengiz)”, *DEHFD*, Cilt 23, Sayı 1, ss. 823-838.
- Dworkin R. (1986). *Law’s Empire*, Harvard University Press.
- Dworkin R. (2006). *Justice in Robes*, Harvard University Press.
- Dworkin R. (2007). *Taking Right Seriously*, Massachusetts.
- Dyzenhaus D. (2007). “The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle”, *Ronald Dworkin*, (Ed. Arthur Ripstein), Cambridge University Press.
- Dyzneaus D. (2013). “Austin, Hobbes, and Dicey”, “The Legacy of John Austin’s Jurisprudence,” New York.
- Erdel G. (1998). “The Hypothesis of The Basic Norm: Hans Kelsen and Herman Cohen”, *Normativity and Norms*, Oxford.
- Ergül O. (2013). “Berraklaştıramayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm”, *TBB Dergisi*, Sayı 104.
- Erkıpçak A.E., Erkıpçak H.T., (2019). “Carl Schmitt’in Sisteminde Anayasanın Koruyucusu: Schmitt Kelsen’e Karşı”, *Pasajlar Dergisi*, Sayı 1.
- Erkıpçak H.T. (2019). *Viyana Çevresi Program Yazıları*, İstanbul.
- Erkiner H.H. (2012). “Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klâsik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius Ve Postgrotien Yazarlar Samuel Von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius Van Bynkershoek Ve Samuel Rachel’e İlişkin İnceleme Ve Değerlendirme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18 (3), ss. 3-143.
- Eroğlu A.H. (2004). “Farklı inancı Tehdit Olarak Algılamamanın Sonucu: Engizisyon Terörü”, *Dini Araştırmalar Dergisi*, 7 (20), ss. 93-100.
- Eyüboğlu S. ve Erhat A. (2019), “Hesiodos Eseri ve Kaynakları”, içinde; Hesiodos, Theogonia.
- Feyerabend P. (2012). *Akla Veda*, (Çev.: Ertuğrul Başer), İstanbul.

- Fukuyama F. (2016). *Tarihin Sonu ve Son İnsan*, (Çev. Zülfü Dicleli), İstanbul.
- Goff J.L. (2005), “Ortaçağ’da Batı Avrupa”, (Çev. Nilüfer Uluç), *Doğu Batı Dergisi - Ortaçağ Aydınlığı* 33, ss. 39-68.
- Gönenç L. (2013) “Anayasal Değişim”, *AÜHFD*, 62 (4), ss. 1063-1086.
- Gözler K. (1998) Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Yargısı*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, Cilt 15, s.207-243.
- Gözler K. (1998). “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 15, s.207-243.
- Gözler K. (2000), "İnsan Hakları Normlarının Anayaüstülüğü Sorunu", *Türkiye’de İnsan Hakları*, Ankara, s.25-46.
- Gözler K. (2000), *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa.
- Gözler K. (2000). “Türkiye’de Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?” *AÜSBF Dergisi*, 55(3)3, ss. 81-103. [www.anayasa.gen.tr/blok.htm](http://www.anayasa.gen.tr/blok.htm); erişim tarihi: 4.4.2020.
- Gözler K. (2004), *Anayasa Hukukuna Giriş*, Bursa.
- Gözler K. (2006). “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, *AÜSBF Dergisi*, 61 (3), ss. 131-166.
- Gözler K. (2008). “Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı”, *Muhafazakar Düşünce Dergisi*, Yıl 4, Sayı 15, Kış.
- Gözler K. (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II*, Bursa.
- Gözler K. (2011). “Asli Kurucu İktidar- Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?”, [www.anayasa.gen.tr/tbmm-yeni-anayasa.htm](http://www.anayasa.gen.tr/tbmm-yeni-anayasa.htm). (Erişim Tarihi: 02/02/2020).
- Gözler K. (2017). *İnsan Hakları Hukuku*, Bursa 2017
- Gözler K. (2021) Yahya Berkol Gülgeç Bir Tanıtım Yazısı, [anayasa.gen.tr/ybg.htm](http://anayasa.gen.tr/ybg.htm) Erişim Tarihi: 27/03/2021.
- Göztepe E. (2015). Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt’in “Anayasa Öğretisi”, *İÜHFM*, 73 (1), ss. 129-180.
- Gülgeç Y.B. (2015). “Thomas Hobbes’un Sosyal Sözleşme Teorisinin Nietzsche’nin Siyaset Felsefesi Doğrultusunda Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, *AÜHFD*, 64 (3), ss. 687-738, s. 724.
- Gülgeç Y.B. (2017), “Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi” *GÜHFD*, Sayı 2, ss. 81-159.
- Gülgeç Y.B. (2017). “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, *AÜHFD*, 66(4), ss. 677-729.
- Gülgeç. Y. B. (2020). *Akıl Temelli Normativite Teorileri İle Hukuki Pozitivizmin Bağdaştırılması*, Uludağ Üniversitesi sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi.
- Güngören Bulgan B. (2017). *Georg Jellinek’in Hukuk ve Devlet Kuramı*, Ankara.
- Gürcan E.C. (2011). “1791 ve 1793 Fransız Anayasaları’na İlişkin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 13 (3), ss.183-214
- Güriz A. (2006), *Hukuk Felsefesi*, Ankara.
- Güriz A. (1963). *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara.
- Gürkan Ü. (1967). *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Gürler S. (2007). Çağdaş Ahlak Kuramlarının Hukuk Felsefesine Yansımasına Örnek Olarak Lawrence Solum’un “Erdem Ahlakına Dayalı Hukuk Kuramı” ss. 141-168.
- Gürler S. (2011). *Hukuka İtaat Yükümlülüğü ve Sınırları*, İstanbul.



- Güzel C. (2014). *Bilim Felsefesi*, Ankara.
- Habermas J. (2014). *Kamusal Yaşamın Yapısal Dönüşümü*, (Çev. Tanıl Bora- Mithat Sancar), İstanbul.
- Habermas J. (2016). *Bölenmiş Batı*, İstanbul.
- Hadenius A. (2004). *Democracy And Development*, Melbourne.
- Hadot P. (2004). *What is Ancient Philosophy*, London.
- Hakyemez Y.Ş. (2000). *Militan Demokrasi ve 1982 Anayasası*, Ankara.
- Hallaq W. (2019). *İmkansız Devlet*, (Çev. Aziz Hikmet), İstanbul.
- Hamilton A., Madison J., and Jay J. (2008). *The Federalist Papers*, (Ed. Lawrence Goldman), New York, 2008, s. 239.
- Hart H.L.A (2001). *Essays on Bentham Jurisprudence and Political Theory*, Oxford.
- Hart H.L.A. (1961). *Concept Of Law*, Oxford.
- Hart HLA (1998). “Kelsen’s Doctrine of Unity Of Law”, *Normativity and Norms, Critical Perspective on Kelsenian Themes*, 1999, Clarendon Press, Oxford.
- Hayek F.A. (2012). *Hukuk, Yasama ve Özgürlük* (Çev. Mustafa Erdoğan, Atilla Yayla, Mehmet Öz), Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul.
- Hegel G.W. (2015). *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* (Çev. Cenap Karakaya), İstanbul.
- Heidegger M. (1998). *Tekniğe İlişkin Soruşturma*, (Çev. Doğan Özlem), İstanbul.
- Heper A. (2005) Alexy’nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, *Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki*, HFSA 12, ss. 65-74.
- Heper A. ve Metin S. (2013). *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul.
- Hirş E. (1946). “Kant’ın Ebedi Barış Üstündeki Felsefi Denemesi”, *AÜHFD*, 3 (1), ss. 3-31.
- Hirş E. (2001), *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Ankara, s. 166.
- Hobbes. (2011). *Leviathan*, (Çev. Semih Lim), İstanbul.
- Hobsbawn E. (1996). *Aşırılıklar Çağı*, (Çev. Yavuz Alogan), İstanbul, 1996.
- Hobsbawn E. (2003). *Devrim Çağı*, (Çev. Bahadır Sina Şener), Ankara.
- Hocaoğlu D. (1995). *Laisizmden Milli Sekülerizme: Laiklik Sorununun Felsefi Çözümlemesi*, Ankara.
- Honroe T. (1998). “The Basic Norm of a Society”, *Normativity and Norms*, Oxford, <http://web.mit.edu/aorlando/www/SaintJohnCHI/Church%20History%20Readings/Dictatus%20Papae.pdf>.
- <https://news.un.org/en/story/2006/09/193132-need-security-council-reform-greater-ever-says-annan-he-urges-action>.
- Ingram D. (2016). “A Morally Enlightened Positivism? Kelsen and Habermas on the Democratic Roots of Validity in Municipal and International Law”, *Hans Kelsen in America - Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influences*.
- Işıқтаç Y. (2004) Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye’deki Yansımaları, HFSA 11, ss. 138-155,
- İnalçık H. (2012), “Tanzimat Nedir”, *Tanzimat*, İstanbul, s.s. 29-57.
- İşsevenler O.V. (2019). *Kurucu İktidarın Eleştirisi*, İstanbul.
- Jellinek, G. (2017). *İnsan ve Yurttaş Hakları Bilirgesi Üzerine*, (Çev. Rezzan İtişgen Dülger, Muzaffer Dülger), İstanbul, s. 11.
- Jerome Frank, “What Courts do in Fact? Part I,” s.645,650, Ill. L.Rev., 1931-1932,Vol.26
- Kaboğlu İ(1993). “Kelsen Modeli Sınırlarında Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 10, ss. 381-404.

- Kant I. (2005). "Aydınlanma Nedir", (Çev. Atilla Yayla), *Liberal Düşünce Dergisi*, 10 (38-39), s. 225-230.
- Kavas C.D. (2017). *Dünya Finans Sistemi İle Türkiye'de Cumhuriyet Dönemi Hukuk Politikaları İlişkisi*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi.
- Kavas D.C. (2019). "Kuvvetler Ayrılığı Ölmüş Diyorlar?", *Hukuk Kuramı*, C. 6, S. 3, ss. 57-64.
- Kelsen H. (1933). "Letter to Trevers", *Normativity and Norms*, Oxford.
- Kelsen H. (1944). *Peace Through Law*, New York.
- Kelsen H. (1945). *General Theory of Law and State*, (Trans.Andres Wedberg), Massachusetts.
- Kelsen H. (1957). "Mahz Hukuk Nazariyesi Nedir" (Çev. Orhan Münir Çağıl), *İÜHFM*, 22(1-4), ss. 398-417.
- Kelsen H. (1967). *Pure Theory of Law*, Berkeley.
- Kelsen H. (1998). "Sovergnity", *Normativity and Norms*, Critical Perscpective on Kelsenian Themes.
- Kelsen H. (2002). *Introduction To The Legal Problems Of Legal Theory*, (Trans. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley Paulson), Oxford University Press.
- Kelsen H. (2013). "Adalet Nedir?", (Çev. Ali Acar), *TBB Dergisi*, Sayı 107, ss. 431-454.
- Kelsen H. (2014). "Yorum Teorisi Üzerine", (Çev.: Melike Belkıs Aydın ve Ertuğrul Uzun), *Hukuk Kuramı*, 1(5), ss. 45-51.
- Kelsen H. (2015). "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)" (Çev. Yasin Söyler), *AÜHFD*, 64 (3), ss. 857-914.
- Kelsen H. (2016). *Saf Hukuk Kuramı*, (Çev. Ertuğrul Uzun), Ankara.
- Kelsen H. (2017). "Yasaların Yargısal Denetimi: Karşılaştırmalı Olarak Avusturya ve Amerikan Anayasalarının İncelenmesi" (Çev. Mehmet Turhan), *Anayasa Hukukunda Kelsenci Temalar*, Ankara.
- Kılıç M. (2010). "Hukukta Gaye Problemine Artsüremli Bir Yaklaşım: Şatibi ve John Finnis Karşılaştırması", *HFSA 20. Kitap*, İstanbul.
- Kissenger H. (2000). *Diplomasi*, (Çev. İbrahim H. Kurt), İstanbul.
- Klabbers J. (2002). *An Introduction to International Institutional Law*, New York.
- Klink B. ve Lembecke O. W. (2016). "Exploring The Boundaries of Law On The Is and Ought Distinction in Jellinek and Kelsen", *Facts and Norms in Law Interdisciplinary Reflections on Legal Method*, Northampton.
- Koliopoulos J. S. and Veremis T. M. (2010). *Modern Greece A History Since 1821*, Oxford.
- Konnert M. (2008). *Early Modern Europe: The Ages of Religious War- 1559-1715*, Toronto.
- Korucu S. (2013), Yargısal Aktivizmin Kavramsal Bir Analizi, *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı 69-70.
- Köküsarı İ. (2015). *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara.
- Krichman, J. C. (1949). "İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği", (Çev. Coşkun Üçok), *AÜHFD*, Cilt 6, Sayı 1, ss. 181-212
- Krijnen C. (2019). "Hans Kelsen and South West German Neo Kantianism on Natural Law: Trancendental Philosophy Beyond Metaphysics and Positivism", *Hans Kelsen and Natural Law Tradition*, Boston.
- Küçük E. (2007). "XII. Yüzyıl Rönesansı Ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku", *AÜHFD*, 56 (4), ss. 111-122.

- Ladavac N. B. (1998). “Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography” *European Journal of International Law*, Cilt 9, Sayı 2, ss. 391-400.
- Lagi S., *Georg Jellinek, A Liberal Political Thinker Between The Habsburg Empire And Germany (1885-1898)*, s. 3. [http://fi.btk.mta.hu/images/Esem%C3%A9nyek/2015/Working\\_Papers\\_2015/2\\_015\\_01\\_sara\\_lagi\\_georg\\_jellinek.pdf](http://fi.btk.mta.hu/images/Esem%C3%A9nyek/2015/Working_Papers_2015/2_015_01_sara_lagi_georg_jellinek.pdf).
- Langford P., Bryan I., and McGarry J. (2017). “Introduction: Kelsen, Legal Science and Positive Law”, *Kelsenian Legal Science and Nature of Law*, (e book).
- Lepsius O. (2017). “Hans Kelsen on Dante Alighieri’s Political Philosophy”, *The European Journal of International Law*, 27 (4), ss. 1153–1167.
- Lijphart A. (2016). *Demokrasi Modelleri Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, (Çev. Utku Umut Bulsun), İstanbul.
- Lobban M. (2013). “Austin and the Germans”, *The Legacy of John Austin’s Jurisprudence*, New York.
- Locke J. (2003). *Two Treatises Government and A Letter Concerning Toleration*, London, s. 164.
- Locke J. (2012). *Hükümet Üzerine Birinci İnceleme* (Çev. Fahri Bakırcı), Ankara.
- Locke J. (2012). *Yönetim Üzerine İkinci Deneme*, (Çev. Fahri Bakırcı), Ankara.
- Loughin M. (2015). *Kamu Hukukunun Temelleri*, (Çev. Dilşad Çiğdem Sever-Kıvılcım Turanlı), Ankara.
- Ludwig von Mises (1983). *Bureaucracy*, New York.
- Luf G. (1998). “On The Transcendental Import of Basic Norm”, *Normativity and Norms*, Oxford, ss. 221-235.
- Machieveli (2015). *Prens*, (Çev. Ayşe Tolga), İstanbul.
- Marks K. (1993). *Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı*, (Çev. Sevim Belli), Ankara.
- Mazover M. (2008). *Karanlık Kıtı Avrupanın 20. Yüzyılı* (Çev. Mehmet Morali), İstanbul, s. 229.
- Menski W. (2006). *Comparative Law in a Global Context*, New York.
- Merriman J. (2018). *Rönesans’tan Bugüne Modern Avrupa Tarihi* (Çev. Şükrü Alpagut), İstanbul, s. 205 v.d.
- Mısır M.B. (2013). Hukuk ve Devlet Özdeşliğinin Ötesinde Kamu Hukuku, TBB Dergisi, Sayı 108, ss. 139-178.
- Montesquieu (2019). *Kanunların Ruhu Üzerine*, (Çev. Berna Günen), İstanbul.
- Mutlu E. (2014). “Aristoteles’te Töz (Ousia) Bağlamında Varlığın Çokanlamlılığı ve Maddenin (Hyle) Rolü”, *Cogito Dergisi*, Sayı 77, ss. 115-130.
- Okur M.A. (2008). *Hegemonya Ve İmparatorluk Tartışmaları Bağlamında Irak Savaşı’nın Politikası*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Olechowski T. (2015) Biographical Researches on Hans Kelsen in the years 1881-1920, s. 282. [https://www.univie.ac.at/kelsen/workingpapers/Biography\\_1881\\_1920.pdf](https://www.univie.ac.at/kelsen/workingpapers/Biography_1881_1920.pdf) Erişim Tarihi: 10.11.2020.
- Olechowski T. (2018). “Legal Hierarchies in the Works of Hans Kelsen and Adolf Julius Merkl”, *Reconsidering Constitutional Formation II Decisive Constitutional Normativity*, ss. 353-362
- Öktem N. (1977). “Hukuksal Pozitivizm Akımı”, *İÜHFM*, 43 (1-4), ss. 271-299.
- Öktem N. (1991). “Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 8, ss. 265-275.

- Öktem N. (2011). “Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 28.
- Ökten K.H. (1991). *Immanuel Kant’ın “Ebedi Barış Üzerine Felsefi Deneme” Adlı Eseriyle Ortaya Koyduğu Ebedi Barış Fikri ve Bu Fikrin Uluslararası İlişkiler Düşüncesinde Yarattığı Etki*, İstanbul Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul.
- Özbudun E. (1968). “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, *AÜHFD*, 25(1), ss. 59-79.
- Özbudun E. (2007). “Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 24.
- Özel Özcan M.S. (2019) “Westphalian Devletler Sistemi ve Modernleşmenin Geleneksel Dünyanın Büyük Güçleri Olan İmparatorluklara Etkisi”, *JEBPIR*, 5 (1), ss. 49-62.
- Özkan Duvar A. (2019). “Devlet Teorisinde Kuvvetler Ayrılığının Doğuşu: Locke Ve Montesquieu”, *YBHD*, 4 (1) s.s. 35-60, s. 40.
- Özkan I. (2013) “Uluslararası Hukuk - Ulusal Hukuk İlişkileri”, *Journal Of Yaşar University*, C. 8, Sayı Özel.
- Özkurt H. (2013). *Jeremy Bentham’ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi*, Ankara.
- Platon (1998). *Sokrates’in Savunması*, (Çev. Niyazi Berkes), Ankara.
- Platon. (2011). *Devlet*, (Çev. Sebahattin Eyüboğlu-M. Ali Cimcoz), İstanbul.
- Poggi G. (2019). *Modern Devletin Gelişimi Sosyolojik Bir Yaklaşım*, İstanbul.
- Pollock E.E. (2009). *The Supreme Court and American Democracy*, London.
- Popper K. (2017), *Bilimsel Araştırmanın Mantığı*, (Çev. İlknur Aka, İbrahim Turan), İstanbul.
- Poulson S. L. (1998) . “Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 153-166.
- Poulson S. L. (2013). “How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law”, *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*
- Poulson S.L. (2019). “Hans Kelsen on Legal Interpretation, Legal Cognition and Legal Science”, *Jurisprudence An International Journal of Legal and Political Thought*, 10 (2), ss. 188-221.
- Preus A. (2007). *Historical Dictionary of Ancient Greek Philosophy*, Maryland.
- Price R. (2016). *Fransa’nın Kısa Tarihi*, İstanbul.
- Quiviger P. (2017). “Natural Law and the Nature of Law: Kelsen’s Paradox”, *Kelsenian Legal Science and Nature of Law*.
- Radbruch G. (2013). “Yasal Haksızlık ve Yasa Üstü Hukuk”, (Çev. Altan Heper, Sevtap Metin), *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü*, İstanbul, s.75-101.
- Rawls J. (2005). “Kant’ın Ahlak Felsefesinin İzlekleri”, *Cogito Dergisi*, Sayı 41-42, ss. 241-275.
- Raz J. (1998). “Kelsen’s Theory of Basic Norm”, *Normativity and Norms*, Oxford.
- Rehbinder M. (2015). *Hukuk Sosyolojisi*, (Çev. İlyas Doğan- Hilal Kafkas), Ankara.
- Reicher H. (2020). “İnsanlığa Karşı Suçlarda Sorumluluktan Kaçmak: Eli Kanlı Hukukçular Nürnberg’de, içinde; Nazi Almanyası’nda Hukuk: İdeoloji Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması, Ed. Alan E. Steinweis, Rober D. Rachlin, (Çev. Kıvılcım Turanlı), İstanbul, ss. 167-191.
- Rigaux F. (2007). “Kelsen ve Uluslararası Hukuk”, (Çev. Elif Başkaracaoğlu), *İÜHFM*, 65 (1).

- Ross A. (1998). "Validity and Conflict Between Positivism and Natural Law"; *Normativity and Norms*, Oxford, ss. 147-163.
- Roth J. (2013). *Rasetzky Marşı*, (Çev. Ahmet Arpad), İstanbul.
- Rousseau J.J. (2010). *Toplum Sözleşmesi*, (Çev. Vedat Günyol), İstanbul.
- Rousseau J.J. (2015). *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*, (Çev. Rasih Nuri İleri), İstanbul.
- Rudolf Machacek (1987), "Avusturya Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 4.
- Russel B. (2016 b). *Batı Felsefesi Tarihi*, 2. Cilt, İstanbul.
- Russel B. (2016 c), *İlkçağ Felsefe Tarihi* 3. Cilt (Çev. Ahmet Fethi), İstanbul.
- Russel B. (2016). *Felsefe Tarihi* 1. Cilt, (Çev. Ahmet Fethi), İstanbul.
- Rüthers, Fischer, Birk (2020). *Hukuk Teorisi*, (Çev. İlyas Doğan, Rukiye Aldudak, Huri Eyman Aydın), Ankara.
- Salihpaşaoğlu Y. (2011). "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", *GÜHFD*, 17(3), ss. 227-266.
- Salihpaşaoğlu Y. (2013). "Mutlak Monarşiye Laik Savunma: Tevratın Canavarı Leviathan", *AÜHFD*, 62 (3).
- Salihpaşaoğlu Y. (2014). *Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği*, Ankara.
- Salihpaşaoğlu Y. (2020). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, Ankara.
- Salihpaşaoğlu Y. ve Gümüş Boyacı Ö.T. (2020). "Bir Modern Devlet ve Egemenlik Miti: Westphalia Barışı", *ERÜHFD*, 15 (1), s. 200.
- Sands P. (2016). *Hukuksuz Dünya*, (Çev. Bilge Firuze Çallı), İstanbul.
- Sara Lagi, *Hans Kelsen and Austrian Constitutional Court (1918-1929)*, <http://www.scielo.org.co/pdf/cohe/v9n16/v9n16a10.pdf>.
- Satıcı M. (2015). "Hak ve Özgürlük Ütopyası Olarak "İnsan Hakları": Felsefesi ve Eleştirisi" *Artvin Çoruh Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Kış, Sayı 2, ss. 3-30.
- Savigny, C. (2018). *Çağımızın Yasama ve Hukuk Bilimi Konusundaki Görevi Üzerine*, (Çev. Ali Acar), İstanbul.
- Schmitt C. (2016). *Kanunilik ve Meşruiyet*, (Çev: Mehmet Cemil Ozansü), İstanbul.
- Schofield P. (2006). *The Political Thought of Jeremy Bentham*, Oxford University Press.
- Schwarz A.B. (2008). "John Austin Ve Döneminin Alman Hukuk Felsefesi," Çev.: İzzet Mert Ertan, *İÜHFM*, Cilt 66 (2), ss.383-400.
- Seldağ Güneş Ceylan (2004). "Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi", *GÜHFD*, Yıl 2004, 8(2).
- Shaw M.N. (2003), *International Law*, Cambridge.
- Sieyes E.J. (1951). "Tiers Etat Nedir", (S. Derbil, Çev.), *AÜHFD*, 8 (1), ss. 126-207.
- Smith A. (2018), *Hukuk Üzerine* (Çev. Ahmet Celiloğlu), İstanbul.
- Solyom P. (2017). "Between Legal Technique and Legal Policy: Remarks on Hans Kelsen' Constitutional Theory", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 30 (2), ss. 399-411.
- Sophokles (2019). *Antigone*, (Çev. Ari Çokona), İstanbul.
- Spinoza (2010). *Teolojik-Politik İnceleme*, (Cemal Bâli Akal & Reyda Ergün) Ankara.
- Strauss L. (2011). *Doğal Hak ve Tarih* (Çev. Murat Erşen, Petek Onur), İstanbul.
- Şenel A. (2006). *Kemirgenlerden Sömürgenlere İnsanlık Tarihi*, Ankara, s. 840 v.d.



- Tatar D.B. (2019). *Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi: Modern Ve Postmodern Paradigma Ekseninde Bir Değerlendirme*, Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara.
- TDV İslam Ansiklopedisi, C. 34.
- Telman D.A. J. (2010). “A Path not Taken: Hans Kelsen’s Pure Theory of Law in Land of the Legal Realist’s”, *Hans Kelsen Anderswo/Hans Kelsen Abroad* , ss. 353-376
- Thorpe L. (2015). *The Kant Dictionary*, New York.
- Tocqueville A.D. (2016), *Amerika’da Demokrasi*, (Çev. Seçkin Sertdemir Özdemir), İstanbul.
- Topuzkanamış E. (2014). “Alışkanlık ve Hukuk”, *HFSA Arkivi* 26. Kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye, İstanbul, ss. 415-423.
- Tur R.S. (2013). “The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?”, *Kelsen Revisited*, Oxford.
- Turhan M. (2017). *Anayasa Hukukunda Kelsenci Temalar*, Hukuk Yayınları, Ankara.
- Turhan M. (2020). “Hans Kelsen’in “Normatif Alternatifler Kuramı”nın Gözden Geçirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 37 (1).
- Türel O. (2015). *XIX. Yüzyılda Orta Avrupa: Bir Habsburg Üçlemesi*, İstanbul.
- Türk Dil Kurumu Genel Türkçe Sözlük <https://sozluk.gov.tr/>
- Türkbağ A.U. (2001). “Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti”, *Doğu Batı Dergisi*, Sayı 13.
- Türkeli G. (2020). “Schmitt ve Kelsen’in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, ss. 980-1005.
- Uslu C. (2007). *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri: Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi.
- Uygur G. (2003), “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, *AÜHFD*, 52 (3).
- Uygur G. (2003). “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, *AÜHFD*, Cilt 52, Sayı 3, ss. 145-176.
- Uzun E. (2003). “İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin”, *Sosyal Bilimler Dergisi*.
- Vidal I. L. (2017). “Kelsen and Legal Interpretation”, *Kelsenian Legal Science and Nature of Law*,.
- Vinx L. (2007). *Hans Kelsen’s Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford.
- Vinx L. (2013). “Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty: Notes on the History of Modern Legal Positivism”, *The Legacy of John Austin’s Jurisprudence*, New York, ss.51-71.
- Vinx L. (2015). *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on The Limits of Constitutional Law*, Cambridge.
- Vinx L. (2016). “The Kelsen-Hart Debate: Hart’s Critique of Kelsen’s Legal Monism Reconsidered”, *Hans Kelsen in America Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*.
- Vurgun Ş. (2018). *Ahlak Felsefesinden Hukuk Felsefesine Immanuel Kant*, Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Wacks R. (2016). *Hukuk Kuramını Anlamak*, (Çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver-Serdar Ünver), Ankara.
- Wallace R. W. (2007). “Revolutions and a New Order in Solonian Athens and Archaic Greece”, *Origins of Democracy in Ancient Greece*, Berkeley.

- Weber A. (2013). *Felsefe Tarihi* (Çev. H. Vehbi Eralp). İstanbul.
- Whitehead A.N. (1978), “*Process and Reality: Essay in Cosmology*”, New York.
- Widlak T. (2020) “Kelsen’s Monism and the Structure of Global Law On the Relevance of a Kelsenian Account for the Polycentric International Law”, *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions*, [https://www.academia.edu/42702932/Kelsen s Monism and the Structure of Global Law On t he Relevance of a Kelsenian Account for the Polycentric International L aw](https://www.academia.edu/42702932/Kelsen_s_Monism_and_the_Structure_of_Global_Law_On_the_Relevance_of_a_Kelsenian_Account_for_the_Polycentric_International_Law) Erişim Tarihi: 07/07/2020.
- Yalvaç F. (2009). “Hegel, Dünya Tarihi ve Özgürlük Mücadelesi Olarak Uluslararası İlişkiler”, *Uluslararası İlişkiler*, 6 (21), s. 3-37.
- Yayla A. (1991) “İnsan Hakları”nın Kavramsal ve Aktüel Anlamı”, *Liberal Bakışlar Dergisi*.
- Yetiş M. (1999). “Antik Atina’da Demokrasinin Gelişimi: Soloncu Pasif Devrimden Peisistratos’un Tiranlığına”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 54 (2) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/38184> Erişim Tarihi: 11/04/2020.
- Zalewska M. (2017). “Some Misunderstandings Concerning Hans Kelsen’s Concepts Of Democracy And The Rule Of Law”, *The Principle Equality of As a Fundamental Norm in Law and Political Philosophy*, ss. 105-118.
- Zhao J. (2016). “The Justification Problem in Hans Kelsen’s Theory Of Legal Validity”, *Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie - Beiheft 151*, ss. 131-145.

## ÖZGEÇMİŞ

### Kişisel Bilgiler

Adı- Soyadı Rıdvan Değirmenci

### Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Yüksek lisans	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi	2015
Lisans	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2012
Lise	Amasya Anadolu Öğretmen Lisesi	2008

### İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2012-2014	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi
2014-2018	Kamu Denetçiliği Kurumu	Kamu Den. Uzm. Yrd.
2018-Devam ed.	Kamu Denetçiliği Kurumu	Kamu Den. Uzmanı

### Yabancı Dil

İngilizce

### Yayınlar

#### *Yüksek Lisans Tezi*

- Tanzimat Sürecinde Osmanlı Devletinin Hukuk Değişimi ve Namık Kemal'in Hukuk Anlayışı, Danışman: Prof. Dr. Ali Şafak Balı, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, Ankara.

#### *Kitap Bölümü*

- DEĞİRMENCİ, Rıdvan; **Hukuk Politikası Açısından Hukuk- Ahlak Etkileşimi**, Ankara, Astana Yay. Aralık 2016, Editör: Prof. Dr. Ali Şafak Balı.

#### *Uzmanlık Tezi*

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Anayasa Mahkemesi ve Kamu Denetçiliği Kurumu Kararları Çerçevesinde Ailenin Korunması Hakkının Kapsamı**, Tez Danışmanı: Dr. Taylan BARIN, Ankara, 2017.



### **Makaleler**

- DEĞİRMENCİ, Rıdvan; “Siyasette Adaletin Tesisinde Anayasa Mahkemesinin Rolü ve Sınırları”, **Türkiye Günlüğü Dergisi**, Yaz, 2013.
- DEĞİRMENCİ, Rıdvan; “Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Müdahalesi: AİHM İçtihatları Ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz”, **Ombudsman Akademik Dergisi**, Yıl 2015, Sayı 2.
- DEĞİRMENCİ, Rıdvan; “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Çerçevesinde Hakkaniyet Temelli İdari Denetimde Ombudsmanın Rolü”, **Ombudsman Akademik Dergisi**, Yıl:2019, Sayı: 11, Aralık 2019.

### **Uluslararası Sempozyum Sunumları**

- DEĞİRMENCİ, Rıdvan; “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nda “Milli Egemenlik” Tasavvuru: Anayasacılık Tarihi Cihetinden Bir Değerlendirme”, **Ülkü Ocakları I. Uluslararası Gençlik Kongresi**, 18-19 Mayıs 2019, Samsun.

### **Ulusal Sempozyum Sunumları**

- DEĞİRMENCİ, Rıdvan; “Modernleşme ve Hukuk: Savigny ve Namık Kemal’in Hukuka Dair Düşünceleri Çerçevesinde Hukukun Kaynağı ve Amacı Sorunu” **V.Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi**, 12-15 Mayıs 2016, Isparta.



