

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ BİLİM DALI

HANS KELSEN'İN DÜŞÜNCELERİNDE HUKUK-AHLAK İLİŞKİSİ
VE TEMEL NORM KURAMI

Yüksek Lisans Tezi

Hazırlayan

Onur ALTUNSU

Danışman

Yrd. Doç. Dr. H. Gökçe ZABUNOĞLU

Mayıs-2017

Kırıkkale

KABUL-ONAY

Yrd. Doç. Dr. H. Gökçe ZABUNOĞLU danışmanlığında Onur ALTUNSU tarafından hazırlanan "Hans Kelsen'in Düşüncelerinde Hukuk-Ahlak İlişkisi ve Temel Norm Kuramı" adlı bu çalışma jürimiz tarafından Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

.../.../2017

Başkan

Doç. Dr. Abdurrahman SAYGILI

Üye

Yrd. Doç. Dr. H. Gökçe ZABUNOĞLU

Üye

Yrd. Doç. Dr. Cengiz ARIKAN

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

.../.../2017

Enstitü Müdürü

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Hans Kelsen’in Düşüncelerinde Hukuk-Ahlak İlişkisi ve Temel Norm Kuramı” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve faydalandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak faydalanılmış olduğunu beyan ederim.

.../.../2017

Arş. Gör. Onur ALTUNSU



ÖNSÖZ

Hans Kelsen'in hukuk normlarına ilişkin düşüncelerini anlamak ve anlamlandırmak, bu çalışmanın genel amacıdır. Kelsen'in etkilendiği çeşitli felsefi görüşlerin yanı sıra, kendisine yönelik eleştirel yaklaşımlar titizlikle incelenmiştir. Tezin bölümlerini oluşturan konuların birbirleriyle bağlantılı olması, zaman zaman tekrara düşmeyi zorunlu kılsa da konular uygun bir sıralama içerisinde ele alınmıştır. Kelsen'in ileri sürdüğü Kuram'da bazı konulara ilişkin radikal değişiklikler yapması, çalışmanın kendi içinde tutarlı olması için ekstra çaba sarf etmeyi gerektirmiştir. Gerek bu gibi zorlukların aşılmasında, gerek çalışmanın devamı süresince desteğini esirgemeyen sayın hocam H. Gökçe Zabunoğlu'na müteşekkirim.

Onur ALTUNSU

Kırıkkale-2017

ÖZET

Altunsu, Onur, “Hans Kelsen’in Düşüncelerinde Hukuk-Ahlak İlişkisi ve Temel Norm Kuramı”, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2017.

Bu çalışma, Hans Kelsen’in hukuk-ahlak ilişkisine dair görüşlerini ve geçerliliği varsayılan temel norm kuramını analiz etmek amacıyla yapılmıştır. Kelsen, 20. yüzyılın en önemli hukuk kuramcılarında biri olarak kabul edilir. Düşüncelerinde Kant’ın etkisi görülür. Onun norm anlayışı, hukukçulara farklı bir bakış açısı kazandırmıştır.

Norm kavramı, doğal hukuktan farklı olarak, biçimsel yönüyle ele alınmıştır. Norm hakkındaki analizlerin hukuk-ahlak ilişkisine etkisi tartışılmıştır. Ayrıca, normlar temel normun işlevleri detaylı olarak incelenmiştir. Özellikle uluslararası hukuka geçerlilik kazandıran temel normun önemine dikkat çekilmiştir.

Kelsen, genel bir hukuk kuramı oluşturmuştur. Tüm pozitif hukuk düzenleri için geçerli olan ortak kavramları analiz etmiştir. Kuram, kendi hukuk düzenini anlamak isteyen herkes için bir rehberdir. Ancak, söylendiği gibi, bütünüyle “saf” değildir. Etkililik unsuru, Kuram’ın saflığını zedeler.

Her şeye rağmen, objektif bir Kuram’dır ve hiçbir ideolojik düşünceye taraf değildir. Aksiyolojik geçerlilik düşüncesinin karşısında yer alır. Norm, yalnızca “anlam” olduğu için geçerlidir. Kuram, tek taraflı bakış açısıyla değil, ön yargılardan arınmış bir biçimde analiz edilmelidir.

Anahtar Sözcükler: Hans Kelsen, Norm, Hukuk, Ahlak, Saf Hukuk Kuramı, Temel Norm, Normlar Hiyerarşisi

ABSTRACT

Altunsu, Onur, “Law and Morality Relations of Hans Kelsen and the Theory of Basic Norm”, LLM Dissertation, Kırıkkale, 2017.

This study was carried out in order to analyze law and morality relations in Hans Kelsen’s thoughts and theory of the basic norm which is assumed valid. Kelsen, is considered as one of the most important theorists of the twentieth century. Kant’s effect is seen in his thoughts. His view of norm, had significant effect on thoughts of lawyers.

Different from natural law, the concept of norm was addressed formal. The study also discussed the effect of analyses about norm on law and morality relation. Moreover, functions of the basic norm were examined in detail. It also particularly pointed out the significance of basic norm validating international law.

Kelsen constituted a general theory of law. He analyzed the common concepts valid for all positive law orders. The Theory is a guide for all people that want to understand their own law orders. However, it is not entirely “pure” as stated. The element of efficiency harms purity of the Theory.

Despite the Theory is objective and it is not a part of any ideological view. It stands up again axiological validity thought. Norm is valid as it is only meaning. The Theory should be analyzed objectively, not subjectively.

Keywords: Hans Kelsen, Norm, Law, Morality, Pure Theory of Law, Basic Norm, Hierarchy of Norms

KISALTMALAR

Akt	: Aktaran
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz	: Bakınız
bs	: Bası
C	: Cilt
çev	: Çeviren
DTCF	: Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi
Ed	: Editör
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
md	: Madde
MGK	: Milli Güvenlik Kurulu
ORC	: Tarafsız Araştırma Merkezi
s	: Sayfa
S	: Sayı
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd	: Ve devamı
Y	: Yıl

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	I
ÖZET.....	II
ABSTRACT.....	III
KISALTMALAR.....	IV
İÇİNDEKİLER.....	V
GİRİŞ.....	1

1. BÖLÜM

HANS KELSEN'İN DÜŞÜNCELERİNDE HUKUK-AHLAK AYRILIĞI

I. Bir Girizgah Olarak Saf Hukuk Kuramı'nın Genel Özellikleri.....	3
II. Norm Kavramı.....	5
A. Genel Olarak.....	5
B. Kelsen'in Düşüncelerinde Norm Kavramı.....	6
1. Norm Kavramı.....	6
a) Kelsen'in Norm Anlayışına Kant'ın Etkisi.....	6
b) Genel Olarak Norm Tanımı.....	9
c) Normun Ayırt Edici Özelliği.....	10
2. Norm Bir İrade Etkinliği midir?.....	12
a) Normun Konusu.....	12
b) Normu İradeden Bağımsız Kılma Çabası.....	13
3. Yeniden İnşa Edilmiş Norm ve Birincil/İkincil Norm Kavramı.....	16
4. Norm-Yorum İlişkisi.....	17
5. Normun İşlevleri.....	20
III. Olan-Olması Gereken Ayrımı.....	22

A. Genel Olarak.....	22
B. Norm-Değer İlişkisi.....	22
1. Ahlak Kavramı.....	22
2. Ahlak-Etik Ayrımı.....	24
3. Kelsen'in Değer Anlayışı ve Norm-Değer İlişkisi.....	26
4. Kelsen'de Hukuk-Ahlak Ayrılığı.....	27
a) Hukuk-Ahlak Ayrılığını Açıklamada Yetersiz Ölçütler.....	27
b) Hukuk-Ahlak Ayrılığını Sağlayan Ölçütler.....	28
c) Hukuk-Ahlak Birliğinin Kabul Edilmesindeki Sakıncalar.....	32
5. Kelsen'in Düşüncelerinde İrrasyonel Bir Kavram: Adalet.....	33
C. David Hume'un Düşüncelerinde Olan-Olması Gereken Ayrımı.....	36
1. Genel Olarak.....	36
2. Ahlak Alanında.....	36
3. Epistemolojik Olarak.....	38
D. Kelsen'de Olan-Olması Gereken Ayrımı.....	40
1. Olması Gerekeneye Yönelik Tanım Vermenin Güçlüğü.....	40
2. Olan-Olması Gereken Ayrımı.....	41
IV. Egemen Buyruğu ve Yasa Özdeşliği Üzerine.....	43
A. Genel Olarak.....	43
B. Egemen Buyruğu ve Yasa Özdeşliğine Dair Austin ve Kelsen'in Görüşleri.....	45
V. Normların Geçerliliği ve Etkililiği Sorunu.....	49
A. Geçerlilik-Etkililik Ayrımı.....	49
B. Geçerlilik-Etkililik İlişkisi.....	51
C. Saf Hukuk Kuramı'nda Saf-Dışı Bir Kavram: Etkililik.....	53

2. BÖLÜM

KELSEN'İN TEMEL NORM KURAMI

I. Temel Norm (Grundnorm).....	56
A. Genel Olarak.....	56
B. Temel Normun İşlevi.....	58
C. Temel Norm Değişikliği.....	61
D. Temel Normun Evrimsel Süreci.....	64
E. Temel Norm ve Uluslararası Hukuk.....	67
F. Temel Norma Yönelik Eleştiriler.....	69
1. Temel Normun Hukuk Düzenindeki Varlığına Yönelik Eleştiriler.....	69
2. Temel Normun Mutlakıyetçi Rejimlere Yol Açtığına İlişkin Eleştiriler.....	70
3. Barışçıl Yöntemlerle Kurulan Hukuk Düzenlerinde Temel Norma Yöneltilen Eleştiriler.....	74
II. Normlar Hiyerarşisi.....	74
A. Genel Olarak.....	74
B. Dr. Bonham ve Marbury v. Madison Davaları.....	77
1. Dr. Bonham Davası.....	77
2. Marbury v. Madison Davası.....	79
C. Normlar Hiyerarşisi Kuramı.....	81
1. Normlar Hiyerarşisi Kuramı'nın Öncü İsmi: Adolf Merkl.....	81
2. Kelsen'in Düşüncelerinde Normlar Hiyerarşisi.....	82
D. Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku.....	84
E. Çelişen Normların Bir Arada Bulunması Sorunu.....	86
1. Genel Olarak.....	86
2. Aynı Seviyedeki Normlar Açısından.....	87
3. Farklı Seviyedeki Normlar Açısından.....	89
SONUÇ.....	91
KAYNAKÇA.....	95

GİRİŞ

Pozitivist hukuk kuramları, genel olarak, normları biçimsel yönden tanımlar ve hukukun objektif bir görünümüne kavuşmasına olanak sağlar. Kurallar, sadece belirli biçimsel koşulların yerine getirilmesi kaydıyla normlara/hukuk kurallarına dönüşür. Bir kuralın “hukuki” nitelik kazanması, egemen iradesine veya bir başka norm/kurala dayanmasıyla açıklanabilir.

Kelsen’in düşüncelerini yansıtan pozitivist nitelikli Saf Hukuk Kuramı da hukukun ne olduğu sorusuna yönelik objektif bir yanıt arayışıdır. Kelsen, hukukta objektiviteyi sağlama adına, tüm pozitif hukuk düzenlerindeki ortak unsurları içeren genel bir hukuk kuramı inşa etmeyi amaçlamıştır. Söz konusu unsurlar, Kuram’ın genel çerçevesini çizer.

Her pozitif hukuk düzeni normlardan oluşur. Başta normun kendisi olmak üzere; normun geçerliliği, yorumu, etkililiği gibi meseleler yukarıda bahsi geçen ortak unsurlar arasında yer alır. Bu nedenle, önce normun tanımlanması, daha sonra hukuk alemindeki varlığının açıklanması gerekir. Kelsen’in norm kavramı, Kant etkisinde gelişmiş ve biçimsel bir form olarak hukuk sahasındaki yerini almıştır. Ayrıca hukukun otonom bir disiplin olarak düşünülmesine de katkı sağlamıştır.

Normu biçimsel yönden analiz eden Kelsen, yaptırımını da aynı doğrultuda normun zorunlu bir bileşeni olarak tanımlar. İnsan, toplumda belli bir düzen içerisinde yaşar. Sosyal düzeni sağlayan hukuk, ahlak, din, örf ve adet kuralları, belli davranış biçimlerinin yerine getirilmesi gerektiğini deyimler. İrادی bir varlık olan insan, sosyal düzen kurallarına aykırı yönde hareket edebilir. Böyle bir durumda ‘yaptırım’ devreye girer.

Yaptırımın zorla icra edilebilir olması, hukuk normlarının diğer sosyal düzen kurallarından ayrılmasını sağlar. Özellikle ahlaka aykırı biçimde gerçekleşen davranışa karşı belli bir yaptırım öngörülmediği gibi, yaptırımın kimin tarafından uygulanacağı da belli değildir. Oysa, hukuk kurallarında öngörülen davranış biçimine aykırı hareket eden bir kimsenin ne tür bir yaptırıma tabi olacağı önceden bellidir.

Normun genel çerçevesi çizildikten sonra yapılması gereken, hukuk alemindeki varlığını açıklamaktır. Kuram, hukuka atfedilen değer içerikli tüm tanımlamaları reddeder. Genel olarak ahlaki, özel olarak ise adil normların geçerli

olduğunu söylemek, toplumsal düzeni ortadan kaldıracak derecede keyfi davranışlara sebebiyet verebilir. Zira adalet anlayışı görecelidir ve bu yönüyle şahsi menfaatler için kullanılmaya elverişlidir.

Norm, adil olması hasebiyle değil, görece üst seviyede yer alan başka bir normun öngördüğü biçimde ihdas edilmek suretiyle geçerlilik kazanır. Kelsen'in hukuk anlayışında her norm, hukukun oluşumuna katkı sağlar. Bu yönüyle normlar, hiyerarşik bir yapı içerisinde yer alır. Normlar hiyerarşisinin en üst seviyesinde hukuk düzenlerinin birliğini ve geçerliliğini sağlayan temel norm vardır.

İki farklı temel normdan söz edilebilir. İlki, ulusal hukuk düzenlerini geçerli kılan, onlar için dayanak noktası teşkil eden temel normdur. Bu haliyle tüm hukukçuların kendi pozitif hukuk düzenlerini anlamasına yardımcı olur. Diğeri ise, uluslararası hukuka geçerlilik kazandıran temel normdur. Ulusal ve uluslararası hukuk ayrı ayrı düşünülürse, her ikisinin de varlığını varsaymak zoru hale gelir. Böyle bir yaklaşım, ulusal düzeydeki pozitif hukukun daha iyi analiz edilmesine yardımcı olabilir. Ne var ki, hukukun monist yapısını göz ardı etmemek gerekir. Monist görüşü savunan Kelsen nezdinde, aslolan uluslararası hukukun temel normudur. Eğer temel normu salt bu yönüyle kavrarsak, objektif bir anlayış geliştirmemiz mümkün olabilir.

Netice olarak, iki bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde norm kavramını ve hukuk-ahlak ilişkisini ele almayı uygun bulduk. Kelsen'in norm kavramı üzerinde etkili olan felsefi görüşlere ve normun insanla olan ilişkisine değindik. Özellikle insan iradesi ile norm arasındaki bağlantıyı tartıştık. Olan-olması gereken ayrımı çerçevesinde, hukukun ahlaktan farklı yönlerini analiz ettik. Ayrıca normun geçerli olmasıyla etkili olmasının farklı anlamlar taşıdığını; ancak, bütünüyle birbirinden kopuk anlam içeriklerine sahip olmadığını belirttik.

Çalışmamızın ikinci bölümünde normlardan oluşan hukuk düzenine geçerlilik sağladığı varsayılan temel norm üzerinde durduk. Temel normun geçerlilik sağlama dışında başka ne tür işlevleri olduğunu, zaman içerisinde uğradığı dönüşümleri eleştirel bir yaklaşımla inceledik. Son olarak, normlar hiyerarşisinin Kelsen'in hukuk anlayışındaki önemine değindik.

I. BÖLÜM

HANS KELSEN'İN DÜŞÜNCELERİNDE HUKUK-AHLAK AYRILIĞI

I. BİR GİRİZGAH OLARAK SAF HUKUK KURAMI'NIN¹ GENEL ÖZELLİKLERİ

Hans Kelsen'in pozitif (olan) hukuku analiz etmesiyle ortaya çıkan düşünceler, Saf Hukuk Kuramı'nı oluşturur. Kuram'ın inceleme konusu, yalnızca pozitif hukuktur. Bu nedenle, olması gerekeni deyimleyen ideal hukuk düzenini konu edinmez. Hukukun hangi davranış biçimlerini amaçladığı veya hangi ahlaki değerlerin hukuk kurallarına içerik teşkil etmesi gerektiği gibi konular, kapsamın dışında kalır. Normun öngördüğü davranış biçiminin doğru, yanlış, haklı veya haksız olarak nitelendirilmesi, sübjektif hukuk anlayışını yansıtır. Oysa Kelsen'in amacı, "hukuk" denildiğinde herkesin ortak düşüncelere sahip olabileceği bir kuram inşa etmektir².

Kuram, aynı zamanda yasa koyucunun değer yargılarını da göz ardı eder. Normların ne tür bir içeriğe sahip olduğu, hukukun objektif biçimde anlaşılmasına hizmet etmez. Yalnızca pozitif hukukun analiz edilmesiyle objektif bir hukuk anlayışı ortaya çıkabilir³. Kelsen, özetle kendi kuramını şöyle ifade eder⁴:

"Saf Hukuk Kuramı, herhangi bir hukuk sisteminin kuramı olmamakla birlikte, bir pozitif hukuk kuramıdır. Bu kuram, belirli ulusal veya uluslararası hukuk normlarının yorumu olmayıp, genel hukuk kuramıdır. Sadece kendi konusunu bilmeyi amaçlar."

Kuram'ın genel nitelikli olması, tüm pozitif hukuk düzenleri için ortak ve

¹ Kelsen, "Saf Hukuk Kuramı" ifadesini ilk kez 1934 yılında yayımladığı ünlü eserinin başlığı olarak kullanmıştır. Sonraki yıllarda, bu ifade, Kelsen'in hukuk kuramı olarak anılacaktır. Clemens Jabloner, "Kelsen and his Circle: The Viennese Years", *European Journal of International Law*, 9 (1998), s.369.

² Hans Kelsen, *Introduction To The Problems Of Legal Theory*, Translated By: Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford, 2002, s.7.

³ "Bir bilim, kendi konusunu, bazı değer yargıları bakımından nasıl olması veya olmaması gerektiği yönünden değil, olduğu gibi tanımlamalıdır." Hans Kelsen, *General Theory Of Law And State*, Translated By: Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1949, s.xii-xiv.

⁴ Kelsen, *Introduction*, s.7.

açıklayıcı bir takım unsurlar içermesini gerekli kılar. Kelsen, çeşitli pozitif hukuk düzenlerini karşılaştırarak normların geçerliliği, etkililiği, yorumu gibi ortak kavramlara ulaşır. Elde edilen kavramları, detaylı biçimde analiz ederek Kuram'ın genel sınırlarını belirler⁵. Bu nedenle, hukuk sınırları içerisinde kalmak, zorunluluk arz eder. Pozitif hukuk düzenlerinin meta-jüridik alanlarla nasıl bir ilişki içerisinde olduğu, genel hukuk kuramının konusu değildir⁶.

Kuram'a dair temel prensiplerin belirlenmesinde Kelsen'in en çok etkilendiği isimlerin başında Immanuel Kant gelir. Kant'ın bilginin olanaklılığı ve sınırları üzerine yaptığı analizler, Kelsen üzerinde derin izler bırakmıştır⁷. O, bilgiye ulaşmanın teorik aklın sınırları çerçevesinde mümkün olduğunu söyler. Böylece Tanrı, ruh, özgürlük gibi deneyle elde edilemeyen kendinde şeyleri, teorik aklın dışında tutar. Kelsen de meta-jüridik alanları dışlayarak hukuka genel bir çerçeve çizmeyi ilke edinir⁸.

Kelsen, meta-jüridik alanlar içerisinde tabiat bilimini öne çıkarır. Tabiat yasaları, bir olayın gerçekleşmesi halinde başka bir olayın gerçekleşeceğini zorunlu biçimde öngörür. Bu nedenle, determinist yapıdadır. Herhangi bir tabiat yasasına aykırı biçimde meydana gelen tabiat olayı, o yasanın geçerlilik yönünden sorgulanmasına yol açar. Hukuk normları ise, bir olayın ardından başka bir olayın meydana gelmesini zorunlu biçimde öngörmez, sadece gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürer. Hukuk; tabiat olaylarını değil, insan davranışlarını konu edinir. İradi bir varlık olan insan, hukuk normunda öngörülen davranış biçimine uymayı reddederek aksi yönde hareket edebilir⁹.

Meta-jüridik alanlardan söz edilse de, yapılan çeşitli tasniflerde hukuk, diğer disiplinlerle bir arada bulunabilir. Ahlak ve mantıkta olduğu gibi, hukuk da normatif bilimler arasında yer alır¹⁰. Normatif bilimin iki farklı anlamı vardır. İlki, dış

⁵ Kelsen, *Law And State*, s.xiii.

⁶ Tarık Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s.331.

⁷ Murat Satıcı, *Kant'ın Hukuk Felsefesi ve Çağdaş Hukuk Felsefesine Etkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ege Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2012, s.358.

⁸ Satıcı, s.46.

⁹ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 10. bs., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014, s.309; Anıl Çeçen, "Hukukta Norm ve Adalet", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXXII, Sayı: 1-4, 1975, s.87; Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 7. bs., On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s.53.

¹⁰ Stanley L. Paulson, "Kelsen's Legal Theory: The Final Round", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 12, No. 2, 1992, s.266.

dünyada meydana gelen gerçeklikleri neden-sonuç ilişkisi çerçevesinde açıklar ve kurallar aracılığıyla genelleştirir. Tabiat yasalarında olduğu gibi, kuralların kaynağında da olanı ifade eden maddi gerçeklikler yer alır. İkincisi ise, olandan ziyade olması gerekene atfen açıklanabilir. Normlar, maddi anlamda değil, biçimsel olarak analiz edilir. Hukuk bilimi, normatifiğin ikinci anlamını taşır¹¹. Norm kavramı açıklandıktan sonra, olan-olması gereken ayırımına yer verilecektir.

II. NORM KAVRAMI

A. Genel Olarak

İnsanlar, hayatta kalmak ve ihtiyaçlarını karşılamak için toplum halinde yaşamak zorundadır. İnsanların tabiat ve görece güçlü diğer insanlar karşısında varlığını sürdürmesi, düzenli bir sosyal yaşamı gerekli kılar. Normların düzen fonksiyonu, insanların bir arada yaşamasına olanak sağlar¹².

Normlar, belli davranış biçimlerini yasaklamak veya buyurmak suretiyle düzen fonksiyonunu yerine getirir. Böylece, insanlar arası ilişkiler süreklilik kazanır. İnsanlar, normlara uygun hareket ederek sosyal yaşamı belli bir düzen içerisinde biçimlendirir. Bu normlar; hukuk, ahlak, din veya örf-adet alanına ait olabilir¹³. Norm, “Yargılama ve değerlendirmelerin kendisine göre yapıldığı ölçüt, uyulması gerekli olan kural, yönerge.” şeklinde tanımlanır. Tanımdan anlaşılacağı üzere norm kavramı, soyut bir anlam içeriğine sahiptir¹⁴.

Etimolojik olarak incelendiğinde ise, günümüzden farklı olarak, normun soyut nitelikte bir kavram olmadığı anlaşılır. Kelsen, normun Latince “norma” kelimesinden türetildiğini ifade eder¹⁵. Köken olarak daha eski tarihlere gidildiğinde, kelimenin Latinceye Yunancadan geçtiği görülür. Norm, Yunancada doksan derecelik bir açı çizmek için kullanılan gönyenin adıdır. Doksan derecelik açı, gidilecek yerin yön bakımından tayininde gereken ölçüyü temsil etmesi açısından

¹¹ Ernest Hirş, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, 3. bs., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001, s.29-30.

¹² Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 3. bs., XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s.170.

¹³ Yavuz Abadan, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, AÜHF Yayınları, Ankara, 1954, s.338.

¹⁴ Bedia Akarsu, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1975, s.61.

¹⁵ Hans Kelsen, *General Theory Of Norms*, Translated By: Michael Hartney, Clarendon Press, Oxford, 2011, s.1.

önem arz eder¹⁶.

Normun yanında bir de yasa kavramından söz etmek gerekir. Genel olarak, yasanın norma göre daha yaygın biçimde kullanıldığı söylenebilir. Ayrıca yasa da norm gibi soyut nitelikte bir kavramdır. Buna karşın, Kelsen'in hukuk kurallarını ifade ederken, neden yasa değil de “norm” kavramını kullandığı izaha muhtaç bir konudur.

Hukukun “yasa” kavramıyla tanımlanması, onun tabiat yasalarıyla karıştırılmasına yol açabilir. Yasa, benzer şekilde meydana gelen olayların basmakalıp kurallar içinde açıklanmasıdır. Bir diğer deyişle, belli koşullar oluştuğunda hep aynı neticelerin meydana gelmesi gerektiği “yasalar” yoluyla ifade edilir¹⁷.

Tabiat yasaları, tabiat olaylarının nedenlerini açıklar. Hukuk veya ahlak normları ise, insan davranışlarının nedenleriyle ilgilenmez. Bu konu, sosyoloji ve psikoloji gibi hukuk biliminin dışında tutulması gereken diğer disiplinlerin inceleme alanı içerisindedir. Netice olarak, Kelsen, hukukun konusunu “yasa” yerine “norm” kavramı aracılığıyla ifade etmenin daha uygun bir kullanım olacağı kanaatinde¹⁸.

B. Kelsen'in Düşüncelerinde Norm Kavramı

1. Norm Kavramı

a. Kelsen'in Norm Anlayışına Kant'ın Etkisi

Hukuku tanımlamak her ne kadar güç olsa da, tarihsel süreç içerisinde kavramın genel çerçevesini çizmeye yönelik iki akımın öne çıktığı söylenebilir. İlki,

¹⁶ Abadan, s.2; Normda olduğu gibi, kural (regula) kavramı da tarihsel olarak ortaya çıkış itibarıyla ilk kez gönyenin yerine kullanılmıştır. Paul Amselek, “Norm ve Yasa”, çev. Tuğba Ballıgil, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Dergisi*, Nüans Yayınları, 1. Kitap, İstanbul, 1993, s.34-36.

¹⁷ Kelsen, *Law And State*, s.38; Amselek de, yasa kavramının belirsizliğine dikkat çeker ve bunun yerine norm kavramının kullanılmasını önerir. Her şeyden önce yasa kavramı, genel olarak, buyruğun ifade ediliş tarzıdır. Ne var ki yasanın tabiat, bilim ve hukuk alanlarında kullanımı, zaman içerisinde farklı anlam içeriklerine sahip olmasına neden olmuştur. Ayrıca zaman içerisinde değişen ve gelişen koşullar gereği, devleti yönetenlerin buyruktan ziyade tavsiye niteliğinde kararlar alması, yasanın genel anlam içeriğinde bir takım sapmalar olduğunun göstergesidir. Özellikle devletin kentleşme, nüfus, istihdam vs. politikalarında vatandaşlarını teşvik etmeye yönelik çıkardığı yasalar, tavsiye kararlarına örnek teşkil eder ve bunların buyruk niteliğinde olmadığı iddia edilir. Amselek, s.47-49.

¹⁸ Kelsen, *Law And State*, s.38.

hukuku olgusallıkla açıklar. Hukuk, insan davranışlarını konu edinir ve bu yönüyle tabiat yasalarından farksızdır. Diğer bir akım, hukukun konusunu normların oluşturduğunu ve normun içerdiği spesifik anlamın olgularla açıklanamayacağını savunur. Kelsen ikinci yaklaşımı benimser, hatta denilebilir ki, bu akımın en güçlü temsilcilerinden birisidir. Onun böyle bir düşünceye sahip olmasında Kant'ın etkisi büyüktür¹⁹.

Kelsen, kendi kuramını oluştururken Kant felsefesine bütünüyle bağlı olmamıştır. O, Kant'ın bilgi felsefesindeki bazı unsurları kendi kuramına uyarlamakla yetinmiştir. Kant, bilginin oluşumunu açıklarken analitik ve sentetik yargılar arasında bir ayrım yapar. Ayrımı gerekçelendirirken izlediği yöntem, Kelsen'in norm kavramı üzerinde etkili olmuştur²⁰.

Kant'a göre yargılar analitik ve sentetik olmak üzere ikiye ayrılır. Analitik yargılarda öznenin analiz edilmesi neticesinde yükleme ulaşılır. Bu tür yargılar bilginin içeriğini genişletmez; sadece var olan bilgi içeriğini açıklar. Söz gelimi, "Bütün nesnelere yer kaplar" yargısında, nesnenin analiz edilmesiyle onun uzamlı olduğu sonucuna ulaşılır. Nesnenin uzamlı olduğunu öğrenmek için, deneye başvurmaya gerek yoktur. Analitik yargılar, işin doğası gereği, a priori bilgi niteliğindedir. Bu yargıların aksini iddia eden, çelişkili bir yaklaşım sergiler²¹.

Sentetik yargılar, bilgimizi artırır ve analitik yargılardan farklı olarak deneye dayanabilir. Söz gelimi, "Bazı cisimler ağırdır" yargısında cisim kavramının analiz edilmesiyle ağır olduğu sonucuna varılamaz. Deneye dayalı tüm yargıların sentetik olduğu söylenebilir; ancak, deney yoluyla elde edilemeyecek yargılar da vardır. Özellikle matematik, geometri ve tabiat bilimlerine ilişkin yargılar, sentetik ve a priori niteliktedir²².

Sentetik a priori yargılar, Kant'ın bilgi felsefesinde merkezi konumda yer alır. Kant, salt deney yoluyla elde edilen bilgiye güvenmez. Bu noktada Hume epistemolojisinin Kant üzerindeki etkisine kısaca değinmek gerekir. Hume'un neden-

¹⁹ Hans Kelsen, "Saf Hukuk Kuramı Nedir?", çev. Kasım Akbaş, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Dergisi*, İstanbul Barosu Yayınları, 15. Kitap, İstanbul, 2016, s.56.

²⁰ Vecdi Aral, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978, s.4.

²¹ Immanuel Kant, *Gelecekte Bilim Olarak Ortaya Çıkabilecek Her Metafiziğe Prolegomena*, çev. İoanna Kuçuradi-Yusuf Örnek, 3. bs., Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2002, s.14.

²² Kant, s.14-15.

sonuç ilişkisine dair yaklaşımı, Kant'ı dogmatik uykusundan uyandırmış²³ ve bilginin kaynağı tartışmalarına farklı bir boyut kazandırmıştır. Kant, deney neticesinde edinilen bilgilerden hareketle, kesin ve zorunlu tümel önermelere ulaşamayacağını ifade ederek Hume'un bu alandaki görüşünü paylaşır²⁴: “Şimdi, deney gerçi bana neyin var olduğunu ve nasıl olduğunu öğretir, ama hiçbir zaman onun zorunlu olarak öyle olması gerektiğini (...) öğretmez.”

Bilimsel bilgiye ulaşma noktasında, duyu verilerinin tek başına yetersiz olacağını belirten Kant, aklın yardımına gereksinim olduğunu söyler. Duyular aracılığıyla elde edilen nesnelere, anlama yetisi sayesinde belli bağlantılar içinde kavranır. Eğer güneşin varlığından ve taşın ısındığından söz ediliyorsa, ortada iki ayrı duyu nesnesi bulunmaktadır. Taşın ısınması güneşten gelen sıcaklığa bağlanıyorsa, bu kez anlama yetisindeki nedensellik kategorisinin bağımsız iki algıyı birbirine bağladığından söz edilir. Böylece duyuların ve aklın kolektif olarak bilgiye kaynaklık ettiği sonucuna ulaşılır. Kant, bu durumu “görüsüz kavramlar boş, kavramsız görüşler kördür” deyişiyle ifade eder²⁵. Bilgiye ulaşmada hem duyu verilerine hem de anlama yetisine gereksinim vardır. Duyu verileri, bilginin hammaddesini temin etmekte, anlama yetisi ise bu hammaddeyi kategoriler aracılığıyla işleyerek bilgiye dönüştürmektedir²⁶.

Deney nesnelere ilişkin kategorilerle ilişki içerisinde olmasıyla bilginin ortaya çıktığını dile getiren Kant, kendinde şeylerin bilinemeyeceğini savunur. Kendinde şeyler, deney yoluyla elde edilmeye elverişli değildir²⁷. Tanrı, özgürlük, ruh gibi numenal alana ait olan kendinde şeyler, teorik aklın yardımıyla bilinemez. Kategorilerin kendinde şeylerle ilişki içerisinde olması, bilgiyi ortaya çıkarmaz²⁸.

Duyular aracılığıyla elde edilen veriler, biçimsel nitelikteki kategorilere sunulur. Kategoriler, kendisine sunulan duyu verilerinin bilgiyi ortaya çıkarmaya elverişli olup olmadığını saptar. Bu noktada, kategorilerle Kelsen'in norm kavramı işlev yönünden benzerlik gösterir. Transandantal nitelikteki biçimsel hukuk normları,

²³ Kant, s.8.

²⁴ Kant, s.44.

²⁵ Heinz Heimsöeth, *Kant'ın Felsefesi*, çev. Takiyettin Mengüşoğlu, 3. bs., Doğu Batı Yayınları, 2007, s.85-86.

²⁶ Ülker Ökten, “David Hume ve Immanuel Kant'ın Kesin Bilgi Anlayışı”, *Ankara Üniversitesi DTCF Dergisi*, Cilt: XLIV, Sayı: 2, 2004, s.46.

²⁷ Kant, s.64.

²⁸ Satıcı, s.46.

fenomenlerin hukuksal kimliğe bürünmesindeki yegane belirleyicidir. Daha açık bir ifadeyle, dış dünyada meydana gelen etkinliklerin hukuksal nitelik kazanması, normlar aracılığıyla gerçekleşir²⁹. ATALAY'ın kurallara ilişkin çeşitli pozitivist yaklaşımlardan söz ederken hukukun genel karakteristiğini ortaya koyan şu ifadeleri dikkat çekicidir³⁰: “*Hukukun duyular önüne konulabilir bir nesnesi yoktur; hukuk ile ilintili duyulur nesnelere ise, duyulur-ötesi unsurlar eklenmeden hukuk olarak nitelenemezler.*”

Netice olarak, transandantal niteliğe sahip kategorilerin içeriği belirlemesi, deney nesnelere adeta yeni bir kimlik kazandırması, bilgiyi oluşturan temel unsurdur. Biçimin içeriği belirlediğine dair genel prensip, Kant'ın bilgi kuramının merkezinde yer alır. Kelsen'in norm kavramı, Kant'ın epistemolojik olarak ileri sürdüğü düşünceler çerçevesinde şekillenmiş ve hukuk aleminde bir “kategori” olarak yerini almıştır. Norm, bu anlamda transandantal bir biçimdir ve dış dünyada meydana gelen insan davranışlarının hukuki nitelik kazanmasına kaynaklık eder³¹.

b. Genel Olarak Norm Tanımı

Hukuk, normlardan oluşan bir düzeni deyimler ve normlar aracılığıyla bir takım davranış biçimleri öngörür. Hukuk normu, biçimsel olarak veya davranış biçimleri yönünden incelemeye tabi tutulabilir. Normların biçimselliği, hukukun genel kuramı³² kapsamında analiz edilir. “Kuralda kurallaştırılan”, kuralın içeriğini oluşturan davranış biçimleri ise, dogmatik hukuk kapsamında ele alınır³³.

Hukuku objektif biçimde ele alma düşüncesi, biçimselliğin gerekliliğini zorunlu kılar. Kelsen'e göre, hukukun ne olduğu sorusu, normların biçimsel yönden analiz edilmesiyle yanıtlanabilir. Bu bağlamda norm şöyle tanımlanır: “Bir şeyin fiilen gerçekleşmeme ihtimaline karşın, o şeyin gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin

²⁹ Özbilgen, s.107.

³⁰ Ahmet Haluk Atalay, “Kelsen ve Hart: Bilinebilir Hukuk”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Dergisi*, İstanbul Barosu Yayınları, 19. Kitap, İstanbul, 2010, s.104.

³¹ Özbilgen, s.106; Aral, *Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, s.90; Bilginin konusunu yaratan şeyin, bilgiyi elde etmedeki metod olduğunu savunan ekol olarak Yeni Kantçı görüşlerin de Saf Hukuk Kuramı'nın biçimlenmesinde önemli rol üstlendiğini belirtmek gerekir. Aral, *Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, s.4.

³² Hukukun genel kuramı, ülkelerdeki pozitif hukuk düzenlerinin karşılaştırılması neticesinde ortaya çıkan ortak unsurları inceler. Özbilgen, hukukun genel kuramının kuramdan ziyade disiplin olduğunu savunur. Bu nedenle, hukukun genel kuramı yerine “hukuk normolojisi” kavramını tercih eder. Özbilgen, s.331.

³³ Zeki Hafizoğulları, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXXV, Sayı:1-4, 1978, s.238.

özel bir anlam.” Hukukun yanı sıra ahlak, din veya örf-adetin konusunu oluşturan normlar da bu tanım kapsamında düşünülebilir³⁴.

Hukukun “normatif düzen” olarak tanımlanması, sosyal düzeni oluşturan diğer alanlardan ayrılmasında yeterli bir ölçüt değildir. Ahlak, din, örf-adet de normatif düzen olarak anılır.

c. Normun Ayırt Edici Özelliği

Hukuk, sosyal düzenin sağlanmasında tek başına etkili değildir. Hukukun yanı sıra örf-adet, ahlak ve din de öngördükleri hükümlerle sosyal yaşantıya yön verir. Örf ve adet kurallarına çalışmanın ikinci bölümünde yer verileceğinden, bu bölümde ahlak ve din kuralları üzerinde durulacaktır.

Sosyal düzen kuralları, genel olarak, insan davranışlarına yönelik hükümler öngörür. Normun insan davranışlarını konu edinmesi, sadece hukuka özgü değildir. Normun konusundan hareketle, hukuk ayrı bir disiplin olarak kabul edilemez³⁵.

İnsan hayatı, sosyal düzen normları tarafından bütünüyle kuşatılmış haldedir. Toplumlar, ahlak ve din normlarının varlığına rağmen hukuk normlarına gereksinim duyar. Özellikle bilimsel ve teknolojik gelişmelerden kaynaklanan sorunların hukukun dışında yer alan sosyal düzen kurallarıyla çözüme kavuşturulması olanaksızdır. Bunun nedeni, meta-jüridik alanlar içerisinde yeni norm koyacak veya mevcut normları değiştirecek kurumsal yapının bulunmamasıdır³⁶.

İnsan davranışını konu edinen düzen kurallarının toplumsal hayatta meydana gelen değişikliklere uyum sağlaması beklenir. Hukuk, bu noktada önemli bir boşluğu doldurmakta, merkezileşmiş yapısıyla toplumsal düzene ayak uyduracak değişiklikleri her daim yürürlüğe koyma olanağına sahip olmaktadır³⁷.

Günlük hayatta, normlar vasıtasıyla gerçekleştirilen değişikliklere ayak direyen insanlara rastlanır. Bu insanların değişen koşullara uygun hareket etmesini sağlayacak bir mekanizmaya ihtiyaç duyulur. Yaptırım, bu noktada ayırt edici bir

³⁴ Hans Kelsen, “On The Basic Norm”, *California Law Review*, Vol.47, No.1, 1959, s.107.

³⁵ William Ebenstein, “The Pure Theory Of Law: Demythologizing Legal Thought”, *California Law Review*, Vol.59, No.3, 1971, s.626.

³⁶ Ali Şafak Balı, “Hukukun Bilimselliği Sorunu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XII, Sayı 1-2, Konya, 2004, s.224.

³⁷ Balı, s.224.

unsur olarak işlev görür³⁸.

Normların öngördükleri davranış biçimine uygun hareket edilmemesi halinde, yaptırım uygulanması gündeme gelir. Normun yetkili kıldığı kimseler tarafından uygulanan yaptırım, “zorlayıcı fiziksel güce” dayanır. Dolayısıyla, hukuk normlarını başta ahlak ve din olmak üzere, diğer sosyal düzen kurallarından ayıran temel özellik, yaptırımın cebren icra edilebilmesidir³⁹.

Ahlak kurallarında belli bir yaptırım biçimi öngörülmediği gibi, yaptırımı uygulayacak kişiler de önceden belirlenmiş değildir. Yaptırım, genellikle öngörülen davranış biçimine aykırı hareket edeni toplumdan dışlamak veya bu kişi tarafından gerçekleştirilen eylemi kınamaktan ibarettir. Dini kurallar ise, yaptırım içermesi yönünden normlara daha yakın bir yerde durur. Ancak, -normlardan farklı olarak- dini kurallarda yaptırım “aşkın” bir niteliğe sahiptir. Tanrı tarafından emredilen normlarda öngörülen davranış biçimine uygun hareket etmeyen kimse, öldükten sonra yaptırımın muhatabı olacaktır. Yaptırım, hukuk normlarından farklı olarak, ilahi bir güç tarafından uygulanır⁴⁰.

Yaptırımın icra edilebilirliği hukuku diğer alanlardan ayırmanın yanı sıra, ona ilişkin bir tanım verme noktasında da elimizi güçlendirir. Her ne kadar hukuka dair zorunlu ve evrensel bir tanımın varlığından söz etmek mümkün olmasa da, içerdiği zorunlu unsurlardan birinin “yaptırım” olduğu hususunda kuşku yoktur. Yaptırım unsuru, hukukun objektif olarak kavranması için de oldukça önemlidir; çünkü normların tamamı (ileride değinilecek olan bağımlı normları da bu kapsamda düşünmek kaydıyla) yaptırım içerir. Buradan hareketle, ulusal düzeyde şöyle bir hukuk tanımı yapmak mümkündür⁴¹:

³⁸ Balı, s.224-225.

³⁹ Kelsen, yaptırımın insanlar üzerinde normda öngörülen davranış biçimine uygun hareket etmeyi sağlayacak psikolojik bir etkiye sahip olduğunu kabul eder. Ne var ki, yaptırımın bu özelliği, hukuku ahlak ve dinden ayırmaya yetmez. Ebenstein, s.626. Bu husus, toplumsal düzen kuralları ile hukuk kurallarının ortak konuları düzenlemesinde daha belirgin bir biçimde ortaya çıkar. Adam öldürme veya hırsızlık gibi eylemler; hukuk, din ve ahlak kuralları tarafından dışlanmakta ve -her ne kadar nitelik farkı olsa da- yaptırımı tabi tutulmaktadır. İnsanlar, hukuk yaptırımı olan hapis cezasından korktukları için değil de, inançları bakımından Tanrı'ya veya vicdani olarak kendilerine karşı sorumlu hissettikleri için söz konusu eylemleri gerçekleştirmemiş olabilir. Hukuk düzeninin insanlar tarafından genel kabul görmesi, her zaman içten bir benimseme duygusuna karşılık gelmez. Balı, s.224; Orhan Münir Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş*, 3. bs., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1966, s.89.

⁴⁰ Ebenstein, s.626.

⁴¹ Talip Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2009, s.19; İŞIKTAÇ, hukukun “etik” ve “sosyal olgu” fonksiyonlarını içermeyen ve salt biçimsel

“Hukuk, belli bir ülkede kişilerin birbirleriyle ve toplumla/devletle ilişkilerini düzenleyen, devlet kudretine dayalı, maddi cebre varan yaptırım mekanizmaları ile desteklenen normlar bütünüdür.”

2. Norm Bir İrade Etkinliği midir⁴²?

a. Normun Konusu

Normlar, dış dünyada meydana gelen etkinliklerle sıkı bir ilişki içerisinde. Normların konusunu belli bir zaman ve mekan içerisinde gerçekleşen insan davranışları oluşturur. Kelsen'e göre, insan davranışı iki temel unsurdan oluşur: Davranışı gerçekleştiren veya gerçekleştirmekten kaçınan kişi ile bu kişinin gerçekleştirdiği veya gerçekleştirmekten kaçındığı hareket. Norm, davranışın her iki unsurunu da kolektif olarak içermek zorundadır⁴³.

Hukuk düzenini oluşturan normlar, belli bir davranış biçimini konu edinmeyen bir takım düşünceler içerebilir. Yürürlükteki hukukun adil olduğuna, ahlaken iyiyi yansıttığına ilişkin ifadeler yasallaştırılabilir. Genellikle ideolojileri meşrulaştırma eğiliminde olan bu tür ifadeler, normun herhangi bir fonksiyonuna karşılık gelmez. İlerleyen bölümlerde detaylı olarak inceleneceği üzere, bir norm davranış biçimine yönelik buyurma, yetki sağlama, izin verme ve yürürlükten kaldırma fonksiyonlarını içermek zorundadır. Kelsen, insan davranışlarını konu edinmeyen normların anlamsız ve dolayısıyla geçersiz olduğunu savunur⁴⁴.

İnsan davranışlarının normun konusunu oluşturması, modern hukuk düzenlerine ilişkin bir saptamadır. İnsan, irade sahibi bir varlıktır. Hukuk düzeni kapsamında oluşturulmuş normları idrak edebilme kapasitesine sahip olduğu için, yalnızca insan davranışları normun konusunu oluşturabilir. Normlara riayet etmeme yönünde iradi bir tercihte bulunma, insana özgü bir özelliktir. Antik toplumlarda ise, normlara riayet etmemesi halinde, insan-dışı varlıkların da yaptırıma uğrayacağı

yönüyle ele alınan hukuk tanımlarını “tek boyutlu hukuk” olarak nitelendirir. Hukukun biçimsel yönünü dışlayan tanımları da aynı şekilde niteler. Dolayısıyla bir hukuk tanımının etik, sosyal olgu ve normatiflik olmak üzere üç temel fonksiyona yer vermesi gerektiğini belirtir. Yasemin Işıktaç, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, 2. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.16.

⁴² Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s.33 vd.

⁴³ Kelsen, *Law And State*, s.42.

⁴⁴ Hans Kelsen, *Pure Theory Of Law*, Translated By: Max Knight, 5th. ed., The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey, 2008, s.52; Sübjektif bir anlama karşılık gelmeyen veya birbiriyle uyumsuz ifadeler içeren buyruklar, norm sıfatına haiz olamaz. Kelsen, *Pure Theory*, s.207.

hüküm altına alınmıştır. İnsanların yanı sıra, hayvanların, bitkilerin ve hatta nesnelere dahi yaptırma tabi tutulduğu bilinmektedir. Bu dönemde insanlar ve diğer varlıklar arasında hukukun süjesi olma yönünden bir ayrım yoktur⁴⁵. Söz gelimi, antik dönemde uygulanan ve hayvanların sorumlu olduğuna dair hüküm öngören şu norm dikkat çekicidir⁴⁶: “Eğer öküz bir köleyi yahut bir cariyeyi süserse, onların efendisine otuz şekel gümüş verilecek ve öküz taşlanacaktır.”

Burada yanlış anlaşılmaya neden olmamak için bir noktayı aydınlatmak gerekir. Günümüz hukuk düzenlerinde, normların sadece insan davranışlarını konu edinmesi hayvanlara, bitkilere ve nesnelere yer verilmeyeceği anlamına gelmez⁴⁷. Söz gelimi, “Çevrenin Taksirle Kirlenmesi”⁴⁸ başlığını taşıyan TCK md. 182/2, konuya ilişkin verilebilecek örnekler arasındadır.

b. Normu İradeden Bağımsız Kılma Çabası

Norm-irade ilişkisi hukuki pozitivizm içerisinde normativizmi özerk kılan bir konu olarak dikkat çeker. Her norm hukuk düzeni içerisinde iki farklı insan grubunu akla getirir. İlki, normu ihdas edenler, ikincisi ise normda öngörülen davranış biçimine uygun hareket etmesi beklenen kişilerdir. Demokratik ülkelerde, normu ihdas edenler de norma uygun hareket etmekle yükümlüdür. Şimdilik bizi ilgilendiren, normu ihdas eden kişilerdir⁴⁹.

Normlar, yetkili kimselerin gerçekleştirmiş olduğu iradi etkinliklerin neticesinde ortaya çıkar. İradi etkinlikler, dış dünyada gerçekleşen bir takım eylemleri belirttiği için, olan-olması gereken ayrımında “olana” karşılık gelir. Ancak, normlar olanı değil olması gerekeni deyimler. Dolayısıyla, normların bu etkinliklerle özdeş olduğu söylenemez⁵⁰.

Kuram, bir yandan normun irade ile özdeş olmadığını ileri sürmekte, diğer yandan, beşeri irade unsuru olmaksızın normların hukuk alemindeki yerini

⁴⁵ Kelsen *Norms*, s.89; Kelsen, *Pure Theory*, s.31.

⁴⁶ (Erişim) <https://incil.info/KM/arama/Misirdan+Cikis+21:32>, 17.09.2016.

⁴⁷ Kelsen, *Norms*, s.90; Kelsen, *Pure Theory*, s.32

⁴⁸ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>.

“İnsan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya taksirle verilmesine neden olan kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” (TCK md. 182/2)

⁴⁹ Kelsen, *Norms*, s.28.

⁵⁰ Kelsen, *Norms*, s.26.

açıklayamamaktadır. İnsan iradesine yer vermesi, pozitivist hukuk kuramı olmasının bir gereğidir. İlk bakışta kendi içinde çelişiyor gibi görünse de, Kelsen'in norm kavramına yaklaşımı, ona atfettiği anlam, kuşkuları ortadan kaldırmaya yönelik ikna edici argümanlar sunmaktadır.

Kelsen, yasa koyucu tarafından normun ihdas edilmesi sürecinde gerçekleştirilen etkinliklerin “irade etkinliği⁵¹” olduğu görüşündedir. Söz gelimi, üzerinde cüppe bulunan bir kimsenin bir kürsü üzerinde karşısında duran kişilere bir şeyler söylemesi, iradi bir etkinliktir. Kelsenci yaklaşıma göre ise, norm bu etkinlikle özdeş değildir⁵².

Norm, başka bir normla yetkili kılınan kişilerin (yasa koyucuların) gerçekleştirmiş olduğu etkinliklere dair özel bir anlamı⁵³ deyimler. Zira norm, en yalın haliyle anlamdır ve anlamını bir başka normda bulur. Normun irade etkinliği yerine “irade etkinliğinin anlamı” olarak tanımlanmasının bir sebebi hikmeti vardır. Bu tanım, normun özünü oluşturan olan-olması gereken ayırımına dayanır. Etkinlik olana karşılık gelirken, etkinliğin anlamı olması gerekeni deyimler. Dolayısıyla, yukarıda verilen örnekte, irade etkinliğinin anlamı, bir yargı kararıdır. İradi etkinlik, anlamını –burada kastedilen objektif nitelikte bir anlamdır- bir başka norm sayesinde kazanır⁵⁴.

Hart, 1961 yılında Kaliforniya Üniversitesi'nde Kelsen'le ortak bir platformda buluşur. Hukuki pozitivistizmin iki duayen ismi, çeşitli başlıklar üzerinden tartışır. Tartışmanın sonlarına doğru Kelsen, “Norm, normdur!” der Hart'a. İşte Kelsen'in bu haykırışı, yukarıda anlatılanların bir özetidir aslında. Totolojik bir önerme gibi görünse de, Kelsen'in biçimsel norm anlayışını net bir biçimde ortaya koyar⁵⁵.

Normu oluşturan kişilerin iradesi, bir vesileyle (ölüm vs.) ortadan kalksa veya bu kişiler ihdas ettikleri normdaki davranış biçiminin artık doğru olmadığını

51

52 Kelsen, *Pure Theory*, s.10.

53 İradi etkinliklerin anlamı, dış dünyada farklı şekillerde belirebilir. Normlar, kimi zaman bir söz, işaret veya yazı şeklinde belirebilir. Söz gelimi, polisin dur ihtarını veya hız sınırına ilişkin bir tabela, normun günlük hayattaki farklı görünümüdür. Hans Kelsen, “Nedensellik ve İsnadiyet”, çev. Zeki Hafizoğulları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXXV, Sayı:1, 1978, s.220.

54 Kelsen, *Introduction*, s.8

55 H. L. A., Hart, “Kelsen Visited”, Ed. Stanley L. Paulson, Bonnie Litschewki Paulson, *Normativity And Norms*, Clarendon Press, Oxford, 1998, s.70.

düşünseler de norm kendiliğinden yürürlükten kalkmaz⁵⁶. Bir normun varlığı için gereken irade, belli bir zaman sonra ortadan kalksa da anlam bakidir; ta ki iradi etkinliğin anlamı olan norm, geçerliliğini yitirene kadar.

Normun kendisini oluşturan iradeden bağımsız olarak ele alınabileceği düşüncesi, normativizmin norm egemenliğini tesis etme yolundaki en önemli argümanlarından biridir. Böylece her tür sübjektif görüş ve iradeden arındırılmış olan norm, değişen koşullardan etkilenmeyerek objektif niteliğini muhafaza edecektir. “İnsanlar değil, normlar hükmetmelidir.” ilkesi, normativizmi özetler niteliktedir⁵⁷.

Ne var ki, normların irade sahibi yasa koyucular tarafından ihdası nedeniyle, yetkili organların iradesinden ayrı tutulamayacağı belirtilerek, normativizmin amacına ulaşma noktasında kendi içinde çelişkiye düştüğü ileri sürülmektedir⁵⁸. Benzer şekilde, Kuram, hukukun politikadan ayrılması gerektiği yönünde bir düşünce içerir. Ancak, hukuku politikacıların elinden çıkan normlar bütününe indirgediği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁹.

Kelsen’e yöneltile bu tür eleştirilerin temelinde, biçim-içerik ayrılığı vardır. Kelsen’e göre, hukuka belli bir içerik kazandırma, hukukun objektif bir kimliğe sahip olmasına gölge düşürür. O, yasa koyucu ile norm arasındaki irtibatı, yasa koyucunun norma kazandırmış olduğu içerik yönünden ele almaz. Önemli olan normun ihdası hususunda yasa koyucuya sağlanan yetki ve onun bu yolda gerçekleştirdiği etkinliklerin anlamıdır.

Burada Kelsen’e yöneltile eleştirilerle ilgili bir genelleme yapma ihtiyacı doğar. Her bilim dalı, amacına ulaşmak için belli bir yöntemi benimser. Herhangi bir bilim dalını veya onun kapsamına giren bir düşünce tarzını eleştiri konusu yaparken, başka bilim dallarına ait olan yöntemi kullanmak veya onların argümanlarıyla hareket etmek, mantığa aykırıdır. Hukuk bilimine yöneltile eleştiriler de hukukun kullandığı yönteme ilişkin olmalıdır. Kuram’ın temel ilkelerinden biri, hukukun

⁵⁶ Kelsen, *Pure Theory*, s.10.

⁵⁷ Abadan, s.80; İlginçtir ki, normativizm düşüncesinin henüz ortaya atılmadığı bir dönemde, 1780 tarihli Massachusetts Anayasası, normların yönetimine ilişkin ilkeye yer vermiştir. Anayasa’nın birinci bölümünün son fıkrasında; yasama, yürütme ve yargının kesin olarak birbirinden ayrılması gerektiği vurgulanmış, ardından “insanların değil, kanunların yönetimi olmalı” maddesine yer verilmiştir. Anayasa’nın İngilizce tam metni için bkz. <http://www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm>, 05.05.2017.

⁵⁸ Abadan, s.80.

⁵⁹ Özbilgen, s.105.

meta-jüridik alanlardan ayrı tutulması olduğuna göre, çeşitli disiplinlerin metotları kullanılarak hukuk biliminin eleştirilmesi tasvip edilemez⁶⁰.

3. Yeniden İnşa Edilmiş Norm ve Birincil/İkincil Norm Kavramı

Normların biçimsel yönden analizi, hukuk kuramının saf bir görünümüne kavuşmasında oldukça önemlidir. Kelsen, yapmış olduğu analizlerde, normların hipotetik (koşullu) karaktere⁶¹ sahip olduğu sonucuna ulaşır. Normların hipotetik karakteri, birisi koşulu oluşturan, diğeri ise koşula bağlı sonucu ifade eden iki maddi gerçekliğin özel bağlantısını deyimler. Böylece, Kuram'ın en önemli argümanları arasında yer alan “yeniden inşa edilmiş norm” kavramı ortaya çıkar⁶².

Yeniden inşa edilmiş normun birbirinden bağımsız iki ayrı normdan oluştuğunu varsayalım. Normlardan ilki, insanların yasal düzen tarafından öngörüldüğü şekilde davranmalarını hüküm altına alır. İnsan davranışlarına yönelik buyruklar (borcunu ödemelisin, öldürmemelisin vs.) içeren bu normlar, “ikincil (tali) norm” olarak adlandırılır. İkincil normlar, normun yasal karakterini belirleyen yaptırım unsurunu içermez. Diğer norm ise, ikincil normun ihlal edilmesi durumunda yaptırım uygulanması gerektiğine yer veren “birincil (asli) norm”dur. Yasal düzenin cebri karakteri göz önüne alındığında birincil norm, Kelsen'in düşünce sisteminde “tek gerçek hukuk normu” olarak adlandırılır⁶³.

İkincil normlar, yaptırım öngören birincil normlardan bağımsız olarak ele alındığında, gereksiz bir temenniden öte işlev görmez. Yalnızca yaptırım öngören birincil normla bağlantılı şekilde düşünülürse bir anlam ifade eder. İkincil norm, belli biçimde davranmayı buyurmuş, birincil norm ise ikincil norma itaat edilmemesi halinde yaptırım öngörmüşse, ikisi arasında koşul-sonuç ilişkisi vardır. Yetki sağlama, izin verme veya yürürlükten kaldırma fonksiyonuna sahip olan ve yaptırım unsuru içermeyen ikincil norm, Kelsen tarafından “bağımlı norm” olarak addedilir⁶⁴.

⁶⁰ İlhan Dağdelen, “Devlet Bilimi Metodolojisi”, *Journal of Human Sciences*, Vol.1, No.1, 2004, s.12.

⁶¹ Hukuk normlarının hipotetik karaktere sahip olduğuna ilişkin görüşün öncüsü Kelsen değildir. Normların bu özelliği, ilk kez 1897 yılında Ernst Zitelmann tarafından yayımlanan “*Internationales Privatrecht*” (Devletler Özel Hukuku) adlı eserde dile getirilmiştir. Kelsen de Zitelmann'ın normlara ilişkin tespitini kendi kuramı çerçevesinde yeniden ele almıştır. Abadan, s.113.

⁶² Kelsen, *Introduction*, s.23.

⁶³ Kelsen, *Norms*, s.56; Kelsen, *Introduction*, s.29; Kelsen, *Law And State*, s.61.

⁶⁴ Kelsen, *Pure Theory*, s. 55-56; ARAL'A göre, yetki sağlayan norm, doğrudan buyurucu niteliğe sahip olması nedeniyle bağımlı norm kategorisinde yer almaz. Böyle normlar buyuruculuk

Birincil ve ikincil normlar arasındaki ayrım, “itaat” kavramının yardımıyla daha da keskinleşir. Belli bir hukuk düzenine tabi yurttaşları ilgilendiren, yalnızca ikincil normlardır. Bu kimseler yalnızca ikincil normlara itaat edebilir veya etmeyebilir. Yaptırım unsurunu içeren birincil norma itaat etmekle yükümlü olanlar ise, yurttaşlar değil, yetkili organlardır. Yetkili organlar, gereken hallerde öngörülen yaptırımı uyguladığı takdirde, ilgili norma itaat etmiş olacaklardır. Özetle, normun muhatabı, yurttaşlar değil, bir başka norm tarafından yetkili kılınmış kimselerdir⁶⁵.

Günümüzdeki normlar incelendiğinde, birincil ve ikincil normların genel normlar içerisinde kolektif biçimde yer almadığı görülür. Söz gelimi, TCK md. 81 “Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.” hükmünü içerir. Bu hükümde, yurttaşların itaat etmesi gereken ikincil norma (bir kimsenin adam öldürmemesi gerekir veya öldürmemelisin vs.) yer verilmemiştir. Nitekim yaptırım öngören birincil norm, ikincil normu da kapsayan bir anlam içeriğine sahiptir. Kanun koyucu, ayrıca suçu tanımlayıcı veya suçla ilgili açıklayıcı hükümleri de yasallaştırabilir. Önemli olan, normların genel nitelik itibarıyla hipotetik bir anlama sahip olduğudur. Normun içerdiği her hükmün hipotetik yargı karakterine sahip olması beklenemez⁶⁶.

4. Norm-Yorum İlişkisi

Hukuk normunun konusunu oluşturan insan davranışları, sübjektif ve objektif olmak üzere iki farklı anlam içeriğine sahiptir. İnsanların kendi etkinliklerine yüklediği anlam, sübjektiftir. Etkinlik, her ne kadar karşılıklı irade uyuşmasına dayansa da, anlamın niteliği değişmez. Söz gelimi, noterde yapılması gereken bir sözleşme, tarafların beyanlarıyla yapılmış olsun. Tarafların bu etkinliğe atfettiği anlama göre, ortada geçerli bir sözleşme vardır. Çünkü sözleşme, tarafların iradesini

fonksiyonunun bir gereği olarak muhatabına olumlu veya olumsuz bir takım ödevler yüklemektedir. Aral, *Hukuk Bilimi*, s.58-60.

⁶⁵ Kelsen, *Law And State*, s.61; Olması gereken kavramı, normda öngörülen davranış biçiminin mutlaka fiilen gerçekleşeceği anlamına gelmez. Aksine, normda öngörülen davranış biçimine uygun hareket edilmemesi halinde uygulanacak yaptırım işaret eder. Dolayısıyla yaptırım öngörmeyen bir norm, normun asli unsurunu oluşturan “olması gerekene” yer vermediği için norm kapsamında değerlendirilemez. Peki, burada “olması gerekenin” muhatabı kimdir? Bu soruya verilecek yanıt, Kelsen’in hukuk teorisini diğer geleneksel hukuk teorilerinden farklı kılacaktır. Geleneksel hukuk teorilerinde, normların muhatabının öncelikle yurttaşlar olduğu düşünülür. Oysa Kelsen, normlarda asli unsur olarak ifade edilen olması gerekenin, yani yaptırım unsurunun tek muhatabının devletin yetkili organları olduğunu ifade eder. Ebenstein, s.631-633; Olması gerekenin yaptırımı ifade ettiğine dair ayrıca bkz. Çeçen, “*Hukukta Norm ve Adalet*”, s.89.

⁶⁶ Kelsen, *Norms*, s.142; Kelsen, *Law And State*, s.45.

yansıtmaktadır⁶⁷.

Aynı etkinlik, objektif anlamın bir gereği olarak norma arz edildiğinde, ortada geçerli bir sözleşmenin bulunmadığı görülür. Sübjektif anlam her zaman objektif anlama uygun değildir. Bir etkinliğin objektif anlama sahip olması ve dolayısıyla yasal nitelik kazanması, bireylere değil yalnızca normlara arz edilmesiyle mümkündür⁶⁸. Normlara arz edilen davranışlar, yasal bir nitelik kazanarak tabiat aleminden hukuk alemine geçiş yaparlar⁶⁹.

Bir hukuk düzeninde yasama, yürütme ve yargılama etkinlikleri, norma dayanmaları nedeniyle objektif anlama sahiptir. Bunlar arasında yargılama etkinliğinin Kelsen için ayrı bir yeri vardır. Ona göre, yargılama etkinliğinin olmadığı bir hukuk düzeninden söz edilemez. Aynı şey yasama için geçerli değildir. Zira uluslararası hukuk, yasamanın yer almadığı bir normatif düzendir. Dolayısıyla, soyut nitelikteki normun yargı organı veya idare aracılığıyla şahıslara uygulanması, bir hukuk düzenindeki zorunlu etkinliktir⁷⁰.

Yargı organları, dava konusu olan hukuki uyuşmazlığı karara bağlar. Onların görevi, dış dünyada meydana gelen etkinlikleri, normda öngörülen davranış biçimine uygunluk yönünden tespit etmektir. Ne var ki, normlar, her zaman açık bir anlama sahip olmayabilir. Böyle bir durumda yargıcın nasıl bir tavır takınması gerektiği, normların yorumu konusuna kapı aralar.

Yorum, söylenen bir söze veya yazılı bir metne anlam atfetmektir. Anlam açık ve anlaşılabilir nitelikteyse yoruma başvurmak gerekmez. Eğer anlam açık değilse, normun içeriğini oluşturan kavramlar belirsizse veya birden fazla anlama sahipse, yargılama, yorum faaliyetinde tercih edilecek anlama göre şekillenir⁷¹.

Normlar, hiyerarşik yapı içerisinde yer aldıkları için, üst norm alt normun geçerliliğini içerik veya biçim yönünden belirleyebilir. Kelsen'e göre, bu belirleme fonksiyonu hiçbir zaman tam anlamıyla gerçekleşmez⁷².

⁶⁷ Kelsen, *Pure Theory*, s.4.

⁶⁸ Kelsen, *Pure Theory*, s.4.

⁶⁹ Çeçen, "*Hukukta Norm ve Adalet*", s.88.

⁷⁰ Norberto Bobbio, "Kelsen ve Hukukun Kaynakları", *Devlet Kuramı*, Derleyen: Cemal Bali Akal, 4. bs., Dost Yayınevi, Ankara, 2013, s.466.

⁷¹ Yasemin Işıktaç, Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, 4. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.193.

⁷² Kelsen, *Introduction*, s.78.

Normlar hiyerarşisi, yukarıdan aşağıya doğru giderek somutlaşan bir sisteme karşılık gelir. Görece alt seviyede yer alan bir norm, üst seviye normlarına göre, gerek konu gerek kişi yönünden daha dar kapsamlıdır. Bu kapsam çerçevesinde hüküm verecek olan, normu uygulamakla yetkilendirilmiş kimselerdir. Üst normun çizdiği sınırlara uygun hareket etmek durumunda olan yetkililer, kendilerine biçilen görevi yerine getirirken her daim dar veya geniş bir takdir yetkisine sahip olacaktır. Bu noktada özellikle yargıçların nasıl bir yol izleyeceği merak konusudur⁷³.

Erkler ayrılığının bir gereği olarak, yargıçların keyfi karar vermelerinin önüne geçmek için, normların açık ve anlaşılır olması gerektiği savunulmuştur. Bu savunu, kimi zaman yargıçlara takdir yetkisi verilmemesi gerektiği yönünde radikalleşmiştir. 1794 tarihinde yürürlüğe giren “Prusya Devleti İçin Genel Ülke Hukuku”, normların kazuistik biçimde oluşturulmasına tipik bir örnek teşkil eder. 17 binden fazla norm içeren hukuk düzeni, yine de yargıçların takdir hakkını bertaraf edememiştir⁷⁴. Bu açıdan norm, bilinmeyen sayıda meydana gelebilecek olaylar için belirlenmiş soyut bir kuraldır⁷⁵.

Böylece, kazuistik yöntemle ihdas edilen normların her olayı kapsar nitelikte olamayacağı açıkça görülmüştür. Yargıçların takdir hakkının bertaraf edilemeyeceğine ilişkin Kelsenci yaklaşıma hak vermemek mümkün değildir.

Yargıçların takdir hakkına ilişkin saptamadan sonra, asıl sorulması gereken, bağlayıcı bir yorum metodunun var olup olmadığıdır. Normların yorumlanması konusunda sorunun kaynağı, normu ihdas edenlerle onu uygulayanların farklı kimseler olmasıdır. Normu uygulayan kişinin iradeye mi yoksa metne mi sadık kalacağı sorusu, yorum yöntemlerinin ortaya çıkmasına vesile olmuştur. Bu noktada, pozitif hukuk açısından hangi yorum yönteminin önceleneceği sorunu gündeme gelir⁷⁶.

Kuram’da ileri sürdüğü düşüncelerden hareketle, Kelsen’in geleneksel yorum metotlarından özellikle sistematik yorumu tercih etmesi beklenir. Sistematik yorum, hukuk normlarını bir bütünün parçası gibi görür. Bütünü oluşturan normların hukuk sisteminde edindiği yer, hiyerarşik bir dizilimin ürünüdür. Normlar, hiyerarşik

⁷³ Kelsen, *Introduction*, s.78.

⁷⁴ Özbilgen, s.415.

⁷⁵ Michael Stolleis, *Yasanın Gözü*, çev. Arif Çağlar, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2010, s.37.

⁷⁶ Gözler, *Hukukun Genel Teorisi*, s.157.

yapı göz önüne alınarak yorumlanmalıdır⁷⁷. Sistematik yoruma göre, yetkili kimseler öncelikle normun türünü saptar, daha sonra üst normun içerdiği anlama uygun biçimde normu yorumlar⁷⁸. Ne var ki, Kelsen, sistematik yorum yöntemini öne çıkaran yaklaşımı kabul etmez.

Kelsen, yorum yöntemlerinden hareketle, birçok farklı karara ulaşılabileceğini belirtir. Ona göre, farklı yorum yöntemlerinin inşa ettiği genel bir çerçeve vardır. Bu çerçevenin dışına taşmayan tüm olası kararlar peşinen doğrudur. Yargıcın bu olası kararlardan hangisini tercih ettiğinin bir önemi yoktur⁷⁹.

Yargıç tarafından tercih edilsin veya edilmesin, tüm yorum yöntemleri, pozitif hukuk nazarında aynı değere sahiptir. Pozitif hukukun herhangi bir yorum metodunu öne çıkarması, rasyonel gerekçelere dayanmaz. Yasa koyucunun iradesi ile yasa metni arasında hiçbir uyumsuzluğun bulunmadığını deyimleyen bir ilke, henüz keşfedilmemiştir⁸⁰.

5. Normun İşlevleri

Norm, Almandada buyurma işlevine sahip olan bir kuralı deyimler. Ancak, normun buyurma dışında yetki sağlama, izin verme ve yürürlükten kaldırma işlevleri de vardır⁸¹. Kelsen'in her birine ilişkin görüşlerini ayrı ayrı ele almak yerine, bunlar arasında kurmuş olduğu bağlantıları dile getirmek, konunun anlaşılması açısından daha yararlı olacaktır.

İlk olarak, normun izin verme ile buyurma işlevi arasındaki ilişkiyi ele alalım. Belli bir davranış biçimini buyuran/yasaklayan normu yürürlükten kaldıran veya kısıtlayan diğer norm, izin verme işlevine sahiptir. Kanun koyucu, cezai yaptırım gerektiren eylemlerin, belli koşullar altında gerçekleşmesine izin vermiştir. Söz gelimi, TCK md. 81 adam öldürmeyi yasaklarken, md. 25 meşru savunma halinde adam öldürmeye izin vermektedir. Sözü edilen iki madde, birlik oluşturur⁸².

Öngörülen davranış biçimine uygun veya aykırı hareket edilmesi, sadece

⁷⁷ Işıktaç/Metin, s.199; Özbilgen, s.419.

⁷⁸ Özbilgen, s.431-432.

⁷⁹ Hans Kelsen, "Yorum Teorisi Üzerine", çev. Melike Belkıs Aydın, Ertuğrul Uzun, *Hukuk Kuramı Dergisi*, Cilt: I, Sayı: 5, 2014, s.47.

⁸⁰ Kelsen, "Yorum Teorisi", s.47.

⁸¹ Kelsen, *Norms*, s.1.

⁸² Kelsen, *Pure Theory*, s.56.

buyurma işlevine sahip normlar bakımından geçerlidir. Bu nedenle, izin verme işlevine sahip normların ihlal edilmesi düşünülemez. İzin verme ile buyurma işlevi bu noktada birbirinden ayrılır. İnsanlar, izin verme işlevine sahip bir normda öngörülen davranış biçimini yerine getirme/getirmeme konusunda tercih hakkına sahiptir⁸³.

Normların yetki sağlama fonksiyonu “Hukuk kendi oluşum sürecini düzenler⁸⁴” ilkesiyle doğrudan bağlantılıdır. Yalnızca yetkili kimselerin normun ihdası ve uygulanmasına yönelik işlemleri geçerlidir. Bizim için önemli olan, yetki sağlamanın buyurma fonksiyonu ile ilişkisini saptamaktır. Kelsen’e göre, verilen yetkinin kullanılmaması, herhangi bir normun ihlali anlamına geliyorsa, yetki ve buyruk özdeş fonksiyonlardır. Yetkinin kullanılmaması durumunda, herhangi bir norm ihlali söz konusu değilse yetki ve buyruk farklı fonksiyonları deyimler. Söz gelimi, yargıçlara verilen yetki buyruk niteliğindeyken, parlamenterlerin yetkiyi kullanıp kullanmama hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır⁸⁵.

Yürürlükten kaldırma fonksiyonu ise, bir başka normun geçerliliğini sona erdirmeye yarar. Yürürlükten kaldıran norm, ancak geçerliliğini sona erdirdiği normla birlikte, ona bağlı olarak ele alınabilir. Bireylere yönelik davranış biçimini konu edinmediği için, bu tür normlara uygun hareket etmek veya onları ihlal etmek söz konusu olamaz⁸⁶.

Yürürlükten kaldırma fonksiyonu, özellikle birbiriyle çelişen normlarda ön plana çıkar. İçerik olarak birbirine karşıt iki normun varlığı halinde sorun, yürürlükten kaldıran norm tarafından çözülecektir. Ne var ki, yürürlükten kaldıran normun işlevini yerine getirebilmesi, “lex posterior derogat legi priori” ilkesinin yasallaşmaması koşuluna bağlıdır⁸⁷.

⁸³ Kelsen, *Norms*, s.98-100; Kelsen’e göre izin verme; negatif ve pozitif olmak üzere iki farklı anlam içeriğine sahiptir. Normlar belli bir davranış biçimini buyurucu veya yasaklayıcı şekilde öngörmemişse, yasal düzenin böyle bir davranış biçimine izin verdiğini kabul etmek gerekir (negatif anlamda izin verme). Kelsen’in bu yaklaşımı, insan davranışlarının her halükarda –normlarda öngörülmemiş olsa bile- normun konusunu oluşturduğunu ortaya koyar. Negatif anlamda izin verme buyurma işleviyle bağlantılı olmadığı için konumuzun dışında kalmaktadır. Metinde yer alan, pozitif anlamda izin vermedir. Belli bir davranış biçimini kısmen veya tamamen özgür kılması, norma “pozitif” nitelik kazandırır. Kelsen, *Pure Theory*, s.16, 42.

⁸⁴ Kelsen, “*Saf Hukuk Kuramı Nedir?*”, s.58-59.

⁸⁵ Kelsen, *Norms*, s.102.

⁸⁶ Kelsen, *Norms*, s.106.

⁸⁷ Kelsen, *Norms*, s.107-108; Kelsen, tanımlayıcı normların da bağımlı norm kategorisinde yer aldığını vurgular. Kelsen, *Pure Theory*, s.58.

III. OLAN-OLMASI GEREKEN AYRIMI

A. Genel Olarak

Olgu-değer ilişkisine yönelik tartışmaların hukuk alanına taşınmasıyla, olan-olması gereken ayrımı, farklı bir boyut kazanarak norm-değer ayrımına dönüşür. Ayrıma ilişkin analizler, olması gerekene yüklenen anlam çerçevesinde şekillenir. Eğer olması gereken, normun belli ahlaki değer yargılarını içermesi gerektiği şeklinde anlaşılıyorsa veya ideal bir hukuk düzenini çağrıştırıyorsa, norm-değer ayrımından söz etmek mümkün değildir. Aksine, değer, normun ayrılmaz bir unsuru haline gelmiştir. Buna göre, norm, ahlaki değer olarak kabul edilen adalet idesine uygun bir içeriğe sahip olmak kaydıyla geçerli kabul edilebilir⁸⁸.

Bu aşamada, adalete yönelik içerik saptamasının kimler tarafından yapılacağı muammadır. Ayrıca, adalete aykırı olduğu iddia edilen normların, belli değer yargılarına sahip kimseler tarafından ihdas edildiği unutulmamalıdır. Yasa koyucu, adil olmadığını düşündüğü bir normu yürürlükten kaldırabilir. Farklı bir yasa koyucu, adil sonuçlar doğuracağını düşünerek, aynı normu yeniden ihdas edebilir.

Olması gerekenin bir diğer anlamı, normun kendisini işaret eder. Yetkili organlar aracılığıyla ihdas edilen her norm “olması gereken” anlamına sahip bir kategoridir. Olması gerekenin ikinci anlamında norm, her türlü değer yargısından arınmış biçimsel bir yapı olarak ele alınır⁸⁹. Biz bu başlık altında, önce norm-değer ilişkisine yer vereceğiz. Daha sonra, normu her türlü içerikten muaf kılan, tamamen biçimsel bir kategoriye karşılık gelen “olması gereken kavramını” ele alacağız.

B. Norm-Değer İlişkisi

1. Ahlak Kavramı

⁸⁸ Çağıl, s.54.

⁸⁹ Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, 3. bs., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011, s.105; Olması gerekenin Kelsenci yaklaşımdan tamamen farklı olarak, değer yargısına yönelik bir anlam ifade ettiğine ilişkin ayrıca bkz. Can, s.22.

Tarihsel süreç içerisinde, ahlak kavramına yönelik çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve farklı tanımlamalar yapılmıştır. Ahlakın hemen her alanla ilintili olması, insanların ruhsal hayatlarını etkilemesi ve dışa yönelik eylemlerinde düzenleyici bir rol üstlenmesi, yapılan tanımlamaların çeşitliliğini artırmış, ortak bir tanım üzerinde uzlaşa sağlanmasını zora sokmuştur⁹⁰. Ahlaka ilişkin tanımlar ortaya koymak her ne kadar güç olsa da, kavramın içeriğine ilişkin genel bir sınır çizilmesi, bu çalışmanın seyri bakımından önem arz etmektedir. Nitekim ahlak, çoğu kez etikle karıştırılmakta ve onun yerini almaktadır. İki kavram arasındaki farklılıklar, ahlaka ilişkin temel ilkeler saptandıktan sonra, detaylı biçimde ele alınacaktır.

İnsanoğlu, yaşadığı dönem boyunca, kendisiyle ilgili veya başkasına yönelik kararlar almakta ve gerçekleşen olaylara bir takım değerler atfetmektedir⁹¹. Değerler, olaylardan farklı olarak fiziksel aleme ait değildir, ideal olanı yansıtır. Yalnızca düşünsel faaliyetler aracılığıyla değerlere ulaşmak mümkündür. Bir değerın karşıtı, onun yokluğunu iddia eden düşünce, bir başka değere tekabül eder. Oysa “olan” bir şeyin karşıtı, onun dış dünyada var olmadığını deyimler ve değerlerin aksine, bu ikisi aynı anda bir arada bulunamaz. Neticede, olaylar fiziksel aleme, değerler ise kavramlar alemine aittir⁹².

Değer kavramı iyi, kötü, doğru, yanlış gibi ahlaki yargılar olarak karşımıza çıkar ve “kendisine yönelmemize neden olan özellik” olarak tanımlanır. Ahlak ise ne tür değerlere yönelmemiz gerektiğini belirtir. İnsan davranışlarının değer yönünden incelenmesi, ahlakın konusunu oluşturur. Toplum içerisinde yapılması uygun olan veya olmayan davranışları tespit eden ahlaki değerler, insanlara nasıl hareket etmeleri gerektiği konusunda rehberlik eder. Ahlaki değerlerin bu fonksiyonu, toplumun farklı alanlarında gözlemlenebilmekte, çeşitli disiplinlerin faaliyetlerini sınırlandırabilmektedir⁹³.

Ahlaki değerlerin farklı disiplinlere sirayet etmesiyle birlikte tıp etiği, politik etik, hukuk etiği gibi kavramlar ortaya çıkmıştır. Böylece ahlaki değerler, daha geniş bir alanda uygulanmaya başlanmıştır. Ne var ki etik, ahlak kavramını doğrudan karşılamamakta, ahlak-etik arasında sanıldığı gibi anlamsal bir özdeşlik

⁹⁰ Güriz, s.13.

⁹¹ Kurtuluş Dinçer, *Kısaca Felsefe*, Pharmakon Yayınları, Ankara, 2010, s.108.

⁹² Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s.53.

⁹³ Şafak Ural, “Epistemolojik Açıdan Değerler ve Ahlak”, *Doğu Batı Dergisi*, Yıl:1, Sayı:4, 1998, s.45.

bulunmamaktadır.

Bilindiği üzere Kelsen, kendi kuramını geçici tüm unsurlardan arındırmayı amaç edinir. Ayrıca hukuku diğer bilim dallarından ayrı bir biçimde konumlandırma gayreti içerisinde⁹⁴. Etik ve/veya ahlakın evrensel niteliğe sahip olmayan geçici bir unsur niteliğinde mi, yoksa bilim dalı olması nedeniyle mi hukuktan ayrı tutulması gerektiği, bu noktada önem arz etmektedir.

Ahlak, toplumu oluşturan kişilerin zamanın belli bir kesitinde sahip olduğu düşünce, eğilim, inanç ve geleneklere göre oluşan kurallar bütünüdür⁹⁵. AKARSU⁹⁶, HANÇERLİOĞLU⁹⁷, TİMUÇİN⁹⁸ de eserlerinde ahlaka ilişkin benzer tanımlamalara yer vermişlerdir.

Yapılan tanımlamalarda ahlak kavramı, belli bir tarihi dönemle sınırlanmış ve o dönemde yaşamış insanlar tarafından içselleştirilmiş normatif bir düzen olarak ifade edilmiştir. Böylece, ahlakın daima aynı değer içeriğine sahip olamayacağı, aynı zaman dilimi içerisinde yaşayan toplumlar arasında, hatta aynı topluma mensup insanlar arasında dahi değişkenlik gösterebileceği sonucuna ulaşılır. Ahlak, tüm bu farklılıklara, evrensellikten yoksun değerlere sahip olmasına rağmen, toplumu oluşturan insanların davranışlarını etkilemeye, onlara yön vermeye devam etmektedir.

2. Ahlak-Etik Ayrımı

Ahlak ve etik kavramları, hayatın birçok alanında iç içe geçmiştir. Terminolojik açıdan ele alındığında, bu iki kavramın birbirinin yerine kullanılmasında haklılık payı olduğu söylenebilir. Şöyle ki, etik, Yunanca “ethos” sözcüğünden türetilmişken; ahlak, Arapça “hulk” kelimesinden dilimize geçmiştir.

⁹⁴ Güriz, s.309.

⁹⁵ Doğan Özlem, *Etik: Ahlak Felsefesi*, 2. bs., Say Yayınları, İstanbul, 2010, s.21.

⁹⁶ “Belli bir dönemde, belli insan topluluklarıca benimsenmiş olan, bireylerin birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen törel davranış kurallarının, yasalarının, ilkelerinin toplamı.” Akarsu, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, s.13.

⁹⁷ “Ahlak, belli bir toplumun, belli bir döneminde bireysel ve toplumsal davranış kurallarının bütünüdür” Orhan Hançerlioğlu, *Toplumbilim Sözlüğü*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1986, s.11.

⁹⁸ TİMUÇİN, ahlaka ilişkin “Bir dönemde benimsenmiş olan davranış kurallarının bütünü” şeklinde bir tanım vermiş ve dönemsellikten yoksunluğuna dikkat çekmiştir. Ahlakın belli bir zaman dilimine ait olduğunu ileri sürmek, dolaylı olarak aynı zaman dilimine tabi kimseleri işaret edeceğinden, bu tanımın diğerlerinden pek bir farkı olmadığını söylemek gerekir. Afsar Timuçin, *Felsefe Sözlüğü*, 5. bs., Bulut Yayınları, İstanbul, 2004, s.10; Benzer bir tanım için bkz. Ahmet Cevizci, “Ahlak ve Etik”, *Felsefe Ansiklopedisi*, Cilt: I, Etik Yayınları, İstanbul, 2003, s.117-120.

Hem etik hem de ahlak gelenek, görenek, alışkanlık gibi anlamlara karşılık gelir. Ahlakın batı dillerindeki karşılığı olan “moral” ise, Latince “mos” kelimesinden türetilmiş olup benzer şekilde gelenek, görenek, alışkanlık gibi anlamları ihtiva eder. Etimolojik açıdan ahlak (moral) ile etik (ethos) kavramları arasında herhangi bir anlam farkı yoktur⁹⁹.

Etimolojik açıdan özdeş kavramlar olsalar da, tarihsel süreç içerisinde ahlak ve etiğin içerdiği anlam farklılaşmıştır. Eyleyen bir varlık olarak insan, içinde bulunduğu toplumun ahlaki değerlerini eylemlerine yansıtmakta ve ahlakı toplum içerisinde yaygınlaştırmaktadır. İnsan aynı zamanda akli bir varlıktır. Toplum ahlakına uygun biçimde eylemenin ötesinde, ahlaki değerlerin ne anlama geldiğini düşünür. İşte o andan itibaren ahlakın ötesine geçer ve etiğin sınırları içerisine girmiş olur¹⁰⁰.

İnsan, ahlak karşısında pasif bir konumda yer alır. O, bir toplum içerisinde dünyaya gelir ve toplum tarafından benimsenen değerler kendisine dayatılır. Söz konusu değerleri kabul etmemesi halinde, toplum tarafından kınanır ve dışlanır. Etik karşısında ise, insanın “etkin” bir varlık olduğunu belirtmek gerekir. Toplum içinde benimsenmiş ahlaki değerler sorgulanarak kabul veya reddedilir. Ahlaki değerler sorgulanırken hangi ölçütlerin esas alınacağı, bir başka sorun olarak gündeme gelir¹⁰¹.

İnsan davranışlarının ahlaka uygun olup olmadığının belirlenmesinde iyi, kötü, doğru, yanlış gibi birtakım ölçütlere başvurulur. İnsanların bir arada yaşamasından kaynaklanan bazı anlaşmazlıklar, sadece ahlaki kuralların değil, bu kurallar için ölçüt kabul edilen kavramların da sorgulanmasına yol açar. Dolayısıyla “İyi davranış nedir?” sorusunun yanı sıra “İyi nedir?” sorusunun da gündeme alınması gerekmektedir¹⁰².

Ahlaki değerlere yönelik sorgulamaların yapıldığı bir disiplin olan etik,

⁹⁹ Harun Tepe, “Bir Felsefe Dalı Olarak Etik”, *Doğu Batı Dergisi*, Yıl:1, Sayı:4, 1998, s.12.

¹⁰⁰ Cevizci, s.118-119.

¹⁰¹ Annemarie Pieper, *Etiğe Giriş*, çev. Veysel Atayman, Gönül Sezer, 2. bs., Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s.31.

¹⁰² Erdal Cengiz, “Törebilimde Değer ve Ölçüt Sorunu”, *Doğu Batı Dergisi*, Yıl:1, Sayı:4, 1998, s.33; A. Can Tuncay, *Hukuksal Etik: Ders Notları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.3.

“ahlaki olanın eleştirel aydınlatılması ve temellendirilmesi” olarak tanımlanır¹⁰³. Etiğin görevi, yeni bir ahlak kuramı oluşturmak, var olan ahlaki kuramları geliştirmek veya değiştirmek değildir. Etik, ahlakın analizini yaparak genel prensiplere ulaşmaya çalışır. “Etik ahlak üretmez, ahlak üzerine konuşur” deyişi, konuyu özetler niteliktedir¹⁰⁴.

Ahlak, toplumlar için farklılık arz ederken, bilgiye dayalı bir disiplin olan etik, her toplumda aynı ilkeleri deyimler. Etiğin ulaşmaya çalıştığı bilgiler doğru ve kesin bir niteliğe sahiptir¹⁰⁵. Etiğin evrensel olması, tüm toplumlar için geçerli olması yanında, bütün zamanlara cevap verebilme özelliğini bünyesinde taşıdığı anlamına gelir¹⁰⁶.

Tüm bu açıklamalardan sonra, Kelsen’in neden etik ve ahlakı hukuk bilimine dahil etmediği daha iyi anlaşılır. Ahlaktan söz edildiğinde, evrensel niteliği bulunmayan değerler bütünü akla gelir. Bu bağlamda, Kelsen’in ifade ettiği gibi “geçici ve değişken” bir karaktere sahiptir ve hukuktan dışlanmalıdır. Etik ise, felsefi bir disiplin olduğu için, yöntemsel farklılığın bir gereği olarak hukukun kapsamına dahil edilmemelidir.

3. Kelsen’in Değer Anlayışı ve Norm-Değer İlişkisi

Normların biçimsel niteliği, ahlakın objektif olarak anlaşılmasına olanak sağlar. Ahlaki bakımdan iyi, normlara uygun hareket etmektir¹⁰⁷. Böylece norm ve değer arasındaki bağlantı ortaya çıkmış olur.

Her norm, bir değer standardı olarak işlev görür. İnsan davranışları, norma arz edilerek değerlendirmeye tabi tutulur. Değer tesis eden norm ile davranışa atfedilen değer yargısı birbirinden farklıdır. Normun değer standardı olarak işlev görmesi, davranışın norma uygun veya aykırı olmasını deyimler. Uygun davranışlar pozitif, aykırı olanlar ise negatif olarak değerlendirilir. Davranışın norma arz

¹⁰³ Lokman Çilingir, “Din mi Ahlak mı?”, *International Journal of Science Culture and Sport*, Special Issue 1, July 2014, s.714.

¹⁰⁴ Pieper, s.29.

¹⁰⁵ Harun Tepe, *Etik ve Metaetik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1992, s.5-6; Dinçer, s.116; Pieper ise, etiğin temel görevinin ahlaki eylemin bilgiye dayalı yapısını ortaya çıkarmak olduğunu savunur. Başka bir ifadeyle, etik, ahlaki davranış modellerini çözümler ve bir insanın neden ahlaki davranması gerektiğini temellendirir. Pieper, s.17-18.

¹⁰⁶ Tuncay, s.4.

¹⁰⁷ Hans Kelsen, *Essays In Legal And Moral Philosophy*, Translated By: Peter Heath, D. Reidel, Dordrecht- Holland, 1973, s.89; Kelsen, *Nedensellik*, s.221.

edilmesiyle ortaya çıkan sonuç, Kelsen tarafından “nesnel değer” olarak tanımlanır. Norm, benzer davranışları gerçekleştiren tüm bireyler için standart bir ölçüyü temsil eder¹⁰⁸.

Norm-değer ilişkisi içerisinde ele alınması gereken bir diğer konu, değerlerin öznelliği konusudur. Norm değil de bireyin iradesi değer standardı olarak işlev görüyorsa, değerlerin öznelliğinden söz edilir. Herhangi bir davranış, bireyin iradesine uygun biçimde gerçekleşiyorsa “iyi”, karşıt yönde gerçekleşiyorsa “kötü” olarak değerlendirilir¹⁰⁹.

Değerlerin öznelliği, birey sayısı kadar değerler sistemi olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Aksine, insanların üzerinde uzlaştığı birçok değer bulunabilir; ne var ki bu durum, değerlerin öznel ve görel olduğu gerçeğini değiştirmez. Sosyal bir olgu olarak ele alındığında değerler, var olduğu toplumun niteliğine bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Aynı zamanda değerlerin içerisinde yer aldığı toplumla birlikte zamana bağlı olarak değiştiği de açıkça görülmektedir¹¹⁰.

4. Kelsen’de Hukuk-Ahlak Ayrılığı

a. Hukuk-Ahlak Ayrılığını Açıklamada Yetersiz Ölçütler

Tarihsel süreç içerisinde hukukun geçerlilik veya kaynak bakımından ahlaktan ayrı tutulması gerektiğine ilişkin görüşler, doğal hukuk-hukuki pozitivizm ayrımında önemli bir rol oynamıştır. Genel olarak doğal hukuk görüşü, evrensel ahlaki değerlerin varlığına ilişkin varsayımdan hareketle, normların geçerliliğini içerik bakımından ele alır. Yasa koyucular, hem şahsi olarak hem de yasama etkinliğini yerine getirirken evrensel ahlaki değerlerle bağlı olmak durumundadır. Hukuk ve ahlak, iç içe geçmiş kavramlar olarak görülür¹¹¹.

Kelsen, hukuk ve ahlakın özdeş olduğunu deyimleyen yaklaşımlara karşı çıkar. Hukukun ahlaktan ayrılmasındaki temel ilkelere geçmeden önce, Kelsen’in düşünce sisteminde hangi kıstasların bu ayrımında yetersiz kalacağını saptamak gerekir.

¹⁰⁸ Hans Kelsen, “Norm ve Değer”, çev. Kasım Akbaş, *Hukuk Kuramı Dergisi*, Cilt: II, Sayı:5, 2015, s.21-22.

¹⁰⁹ Kelsen, “*Norm ve Değer*”, s.22.

¹¹⁰ Hans Kelsen, “Adalet Nedir?”, çev. Ali Acar, *TBB Dergisi*, 107. Sayı, 2013, s.438.

¹¹¹ Cennet Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, 2. bs., Liberte Yayınları, Ankara, 2011, s.251-252.

Ahlak, hukukta olduğu gibi, “olması gereken” anlamına sahip kurallardan oluşur. Bu yönüyle normatif bir düzeni deyimler. Dış dünyada gerçekleşen olayları kurallar aracılığıyla formüle etmez. Olan-olması gereken ayrımı, ahlak için de geçerlidir. Ahlak kuralları, insanların ahlaka aykırı davranabileceğini deyimleyen bir anlam içeriğine sahiptir¹¹².

Hukuk ve ahlak, sosyal düzeni sağlamayı amaçlar. Düzenin sağlanması, hukuk ve ahlakın çoğu zaman ortak davranış biçimlerini konu edinmelerini gerektirir. Kelsen de katliamın her iki normatif düzen tarafından yasaklanmış olduğunu hatırlatır. Davranış biçimlerinden hareketle bu iki düzenin birbirinden ayrılamayacağını belirtir¹¹³.

Konu yönünden birbirlerinden ayrılmasına olanak bulunmayan hukuk ve ahlak, geleneksel hukuk kuramındaki genel kabulün aksine, hem içsel hem de dışsal davranış biçimlerini ele alır. Hukukun dışa yansıyan davranışları, ahlakın ise insanın içsel yönünü ele aldığı yönündeki genel varsayım, Kelsen’in düşünce sisteminde kabul görmez. Bir örnekle açıklamak gerekirse, cesaret, ahlaki erdem olmanın yanında, hukuki bir yükümlülük olarak da karşımıza çıkabilir. Manevi korkusuzluk haline bağlı olması, cesaretin içsel izahı olup onun yalnızca bir yönünü ifade eder. Cesareti tamamlayan diğer yönü ise, dışsal davranışlarda kendini göstermesidir¹¹⁴.

Örf-adeti oluşturan davranışlar veya irade etkinlikleri her iki sosyal düzene kaynaklık eder ve onların normatif bir görünüme kavuşmasını sağlar. Gelenek, görenek veya -irade etkinliği olarak- özellikle kutsal irade tarafından konulmuş ve süreç içerisinde evrilmiş olan ahlak kuralları da normlar gibi pozitif bir niteliğe sahiptir. Her ne kadar özel usullere bağlı olarak pozitif nitelik kazanmasa da, insanlar fiili olarak ahlak kurallarına uygun hareket etme eğilimi içerisinde. Sonuç olarak, pozitif niteliğe sahip olma veya dayanak bakımından bu iki alanı birbirinden ayırmak mümkün değildir¹¹⁵. Şimdi, Kelsen’in hukuk ve ahlakın özdeş olmadığını deyimleyen görüşlerine geçebiliriz.

b. Hukuk-Ahlak Ayrılığını Sağlayan Ölçütler

¹¹² Aral, *Hukuk Felsefesi*, s.53.

¹¹³ Kelsen, *Essays*, s.84.

¹¹⁴ Kelsen, *Essays*, s.84.

¹¹⁵ Kelsen, *Pure Theory*, s.62.

Sosyal hayatı düzenleyen kurallardan oluşan hukuk ve ahlak, birçok yönden iç içe geçmiştir. Günümüzde dahi, hangi ölçütlerin bu iki normatif alanı birbirinden ayırmaya yeter nitelikte olduğu tartışılmaktadır. Kelsen, hukuk-ahlak ayırımında geleneksel olarak ileri sürülen argümanların yetersiz olduğunu düşünür. Onun karşı çıktığı temel husus, hukuku ahlakın bir parçası olarak görmeye ve kısmen de olsa hukuk ile ahlakı özdeşleştirmeye yönelik düşüncelerdir. Hukuku ahlakın yan dalı olarak gören, hukuk normlarının geçerliliğini değer yargılarına bağlayan görüş, objektif nitelikte bir geçerlilik kıstasına dayanmaz¹¹⁶.

Hukuk ve ahlakın içerik bakımından özdeş olduğu iddiası, genel kabul haline gelse dahi, bu iddia, Kelsen'in ayrılabilirlik tezini çürütmek için yeterli değildir. Bir norm, içeriği bakımından herhangi bir ahlaki kuraldan ilham alınarak ihdas edilmiş olabilir. Benzer şekilde, yasa koyucuların belli ahlaki değerleri norma sirayet edebilir. Normun hangi saiklerle veya hangi meta-jüridik alanlar örnek alınarak ihdas edildiği, Kuram'ın ilgi alanına dahil değildir. Hukuk normuna içerik yönünden örnek teşkil eden bir ahlak kuralı, normun geçerlilik kaynağı olamaz. Hukuk normunun teşekkülü, yalnızca özel usullere bağlı olarak gerçekleşir¹¹⁷.

Kurallar, sadece teşekkül değil, aynı zamanda değişiklik yönünden de bu iki normatif düzeni birbirinden ayırır. Merkezileşmiş ve alanında uzmanlaşmış organlara sahip olan hukuk düzeni, norm değişikliği açısından ivedi kararlar alabilecek mekanizmalara sahiptir. Oysa ahlak kurallarındaki değişiklik, uzun bir süreç içerisinde ve ağır ağır gerçekleşir¹¹⁸.

Bir diğer ayırım, normda öngörülen davranış biçimine aykırı hareket eden faile uygulanacak yaptırımla ilgilidir. Ahlak kuralı ile normun aynı içeriğe sahip olduğunu, failin öngörülen davranış biçimine aykırı hareket ettiğini ve bir şekilde (kaçmak suretiyle, af kararıyla vs.) normun öngördüğü yaptırımdan kurtulduğunu varsayalım. Failin eylemi, normun yanı sıra ahlak kuralının da ihlali anlamına gelir. Fail, her ne kadar hukuk normunda öngörülen yaptırıma uğramamış olsa da, ahlaki nitelikli bazı yaptırımlara (toplumdan dışlanma, psikolojik yaptırımlar vs.) maruz

¹¹⁶ Hukukun ahlaktan ayrılmasına yönelik görüş, hukuku saf bir bilim haline getirme çabasının sadece bir yönüne işaret eder. Kuşkusuz, hukukun ahlaktan ayrılmasıyla birlikte saf bir bilim haline geleceği kanısı yerinde değildir. Kuramın amacına ulaşabilmesi için, "tüm bağlarından kurtarılması", özgürleştirilmesi gerekir. Kelsen, *Introduction*, s.15.

¹¹⁷ Suri Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, 2009, s.90.

¹¹⁸ Güriz, s.17.

kalabilir¹¹⁹.

Yaptırım, sadece uygulanma yönünden değil, aynı zamanda normun belirgin ve zorunlu bir unsuru olup olmama yönünden de hukuk-ahlak ayrılığına katkı sağlar. Her iki alan için de, öngörülen buyruğa itaat etmemenin neticesi yaptırımdır. Yaptırım, neden veya koşuldan öte, sonuç olarak ortaya çıkar. Bir diğer deyişle, buyruğa itaat etmeme, yaptırımın ön koşuludur. Hukuk normlarında yaptırım unsuruna zorunlu olarak yer verilirken, ahlak kurallarında buyruk ve yasak ile yaptırım arasında zorunlu bir bağlantı yoktur¹²⁰.

Toplum, meydana gelen ahlaka aykırı eylemler neticesinde farklı tepkiler sergileyebilir. Ahlak kurallarında belirgin bir yaptırım biçimi yoktur. Yaptırım uygulayacak kimseler de önceden belirlenmemiştir. Kelsen nezdinde, normu norm yapan yaptırım unsurudur. Yaptırım içermeyen veya yaptırım içeren bir normla ilintili olmayan kurallar birer temenniden ibarettir¹²¹.

Hukuk normunun geçerliliğini, ahlaki bir takım ilkeler içermesi veya içermemesi koşuluna bağlayan aksiyolojik görüş, yaptırımın hukuka ait asli bir unsur olmadığını savunur. Bu görüşe göre, bir sosyal düzen kuralına hukuki nitelik kazandıran; etik değer, sosyal realite ve normatiflik özelliklerini içermesidir. Hukuk normunun yaptırım içermesi zorunlu değildir. Yaptırım unsuruna yer vermeyen bir norm da geçerli olabilir. Buradan, yaptırımın hukuk normuna sonradan eklendiği sonucuna ulaşılır¹²².

Aksiyolojik geçerlilik anlayışını savunan kimse, normun içeriğine yönelik sınırlamaların ne olacağını kesin olarak tespit edemez. Benzer bir ifadeyle, normları hukuki geçerlilikten yoksun bırakacak içeriğin ne olduğu henüz saptanabilmiş değildir. Nitekim dünya değişmekte ve buna bağlı olarak ahlaki sorunlar sürekli güncellenmektedir. Gelişen dünyada, ahlak sınırları çerçevesinde sorulmayı bekleyen bir yığın soru varken, yanıtın önceden belli olduğunu ve kesinlik arz ettiğini söylemek tutarlı bir yaklaşım değildir.

Kelsen'in hukuk-ahlak ayrılığındaki temel dayanak noktalarından biri de

¹¹⁹ Ratnapala, s.90.

¹²⁰ Kelsen, *Norms*, s.98.

¹²¹ Kelsen, *Norms*, s.97.

¹²² Özbilgen, s.18-19; Çağıl, s.89; Yaptırımın norm için asli bir unsur olmadığı hakkında ayrıca bkz. Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s.11.

ahlaki sistemlerin çokluğudur. Herhangi bir normun ahlaki veya gayri ahlaki olduğu iddiası, çeşitli ahlaki yaklaşımlardan yalnızca birine ait olan bir tespittir. Böyle bir durumda norm, tek bir ahlak anlayışının benimsediği değerler yönünden incelenir. Belli bir toplumda geçerli olan ahlak anlayışı, hukuku yalnızca kendi ilke, inanç ve değerleri kapsamında ele alır. Buradan da anlaşılacağı üzere, pozitif hukuk düzeninin geçerliliği, belli bir ahlaki düzene uygunluğuyla ölçülemez¹²³. Genel olarak, bir hukuk düzeninin veya bu düzeni oluşturan normların ahlaki kriterlere uygunluğundan söz etmek, her daim “belli bir tarafın değerlerini hukuk haline getirmeyi talep etmek” anlamını taşır¹²⁴.

Normların ahlaki içeriğe sahip olduğu iddiası, bütün ahlak sistemlerindeki ortak değerlerden hareket etmeyi zorunlu kılar. Kuram’ın pozitif hukuk düzenlerindeki ortak kavramlardan yola çıkmasında olduğu gibi¹²⁵, ahlakilik iddiasının da tüm ahlak anlayışları içerisinde yer alan ortak ilke ve değerler göz önünde tutularak öne sürülmesi gerekir. Normlar, ahlaki sistemlerin bütününde geçerli ortak unsurları içermiyorsa, görelî ahlak anlayışı gündeme gelir. Normun içerdiği “ahlaki değer”, bir başka ahlak anlayışına göre “gayri-ahlaki değer” olarak kabul edilebilir. Bunun neticesinde, normların ahlaki değer içerdiğine yönelik görüşler, farklı ahlaki yaklaşımlar nezdinde kendiliğinden geçersiz hale gelmiş olur¹²⁶.

Hart’ın hukuk-ahlak ayrılığına ilişkin görüşleri, Kelsen’e nazaran daha ılımlı olsa da, ayırım yönünden öne sürdüğü geçerlilik argümanı, Kelsenci yaklaşımla uygunluk gösterir. O, pozitivistlerin hukuk ve ahlak arasındaki etkileşim iddiasına karşı çıkmayacağını, hukukun istikrar kazanmasında kısmen de olsa ahlakın oynadığı rolü kabul edeceğini savunur¹²⁷. Onun itirazı, normun geçerliliğini ahlaki değer yargılarına bağlayan görüşlere yöneliktir. Hukuk düzeni geçerliliğini ahlaktan değil, tanıma kuralından alır¹²⁸.

Hart, hukukun ahlak ile zorunlu bir bağı olmadığını deyimleyen “ayrılabilirlik tezini” kabul etmiştir. Hukuk sisteminin varlığına dışsal bir zemin

¹²³ Kelsen, *Essays*, s.90.

¹²⁴ Uslu, s.256-257.

¹²⁵ Kelsen, *Law And State*, s.xiii.

¹²⁶ Kelsen, *Essays*, s.88.

¹²⁷ H.L.A Hart, *The Concept Of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, s.204.

¹²⁸ Hart, *The Concept Of Law*, s.252.

hazırlayan aksiyolojik geçerlilik anlayışı, Hart ve Kelsen tarafından açıkça reddedilir.

c. Hukuk-Ahlak Birliğinin Kabul Edilmesindeki Sakıncalar

Hukuk-ahlak ayrılığının sağlam bir temele dayandırılmasına karşın, hukuk-ahlak birliğinin ne tür sonuçlar doğuracağına da kısaca değinmek gerekir. Hukukun ahlakla iç içe geçtiği görüşü, her şeyden önce evrensel bir ahlakın olduğu varsayımını gündeme getirir. Eğer hukuk, ahlaki anlamda adil veya gayri adil olarak değerlendirilecekse, bunun evrensel değerler içeren ahlakın temel ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi zorunludur. Aksi takdirde, hukukun toplumdaki düzeni sağlama işlevi sekteye uğrar ve toplumda kaos çıkar¹²⁹.

Hukuk-ahlak birliği varsayımı, toplumsal düzeni sağlamada hukuku araç olarak kullanan siyaset kurumunun meşruluğuna da oldukça önemli katkılar sağlayacaktır. Ahlak, uygulamada hukuk olarak baş göstereceği için, politik düzenin zorlayıcı gücü, toplum tarafından tartışma konusu yapılmayacaktır. Güç kullanımı hususunda her daim meşru bir otoritenin varlığı kabul edilecektir¹³⁰.

Ayrıca ahlaka uygun insan davranışlarını konu edinmesi nedeniyle, yetkili otorite tarafından oluşturulan normların değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması talebinin karşılık bulması oldukça güçleşecektir. Yasaların ahlaka uygun bir içeriğe sahip olduğunun kabul edilmesi, yasal otorite tarafından doğrudan talep edilmese de, toplumda baskı unsuru aracı olarak kullanılmaya elverişli olacaktır¹³¹.

Şu ana kadar yapılan tartışmalarda, hukuk ve ahlakın iki ayrı normatif düzen olduğu, hukuk-ahlak birliğine yönelik varsayımın hangi çıkarılara hizmet edeceğinden söz edildi. Ne var ki, her toplum düzeninde hukuk ve ahlakın kesin olarak birbirinden ayrılması mümkün değildir. Bunun için ilkel toplumlarda toplumsal kontrolü sağlayan mekanizmalara göz atmak gerekir¹³².

Kelsen, ahlak düzeninde merkezileşmemiş bir tasarımın varlığından söz eder. Kuralları ihdas edecek, onlara aykırı davranış sergileyenlere karşı kuralları uygulayacak uzman kişilere rastlamak mümkün değildir. İşte ahlaki düzenin bu özelliği, onu ilkel hukuk sistemlerine yaklaştırır. Merkeziyetini kaybeden bir hukuk

¹²⁹ Kelsen, *Essays*, s.91.

¹³⁰ Kelsen, *Essays*, s.91.

¹³¹ Uslu, s.257.

¹³² Kelsen, *Essays*, s.86.

sistemiyle ahlaki düzeni birbirinden ayırmak oldukça güçtür¹³³.

5. Kelsen'in Düşüncelerinde İrrasyonel Bir Kavram: Adalet

Hukuk, içerik bakımından ele alınırken genellikle adalet kavramına başvurulur. Adaleti sağlamak, hukukun en önemli işlevi olarak gösterilir. Normların adil bir içeriğe sahip olması gerektiği vurgulanır. Bu doğrultuda hukuk, “adalete yönelen toplumsal yaşam düzeni” olarak tanımlanır. Hukukun adaleti sağlamak zorunda olduğu iddiası, her şeyden önce, adaletin mutlak bir değer olduğunu kabul etmeyi gerektirir¹³⁴.

Adaletin belli bir içeriğe sahip olduğuna ilişkin günümüze dek birçok düşünce dile getirilmiş, ne var ki konu hakkında tam bir uzlaşma sağlanamamıştır. “Adalet nedir?” sorusuna verilen cevaplar farklılaşsa ve geliştirilebilse de, asla kesin bir yanıt ulaşılamayacaktır¹³⁵.

Hegel de ceza normunun içeriğini oluşturan suç ve yaptırımdan hareketle adalet kavramına ilişkin çıkmazı gözler önüne serer. Belli bir suça karşılık öngörülen yaptırımın türü ve özellikle de miktarı rasyonel bir temele dayanmaz. Hegel, kuşkusuz suçun karşılıksız kalması gerektiğini söylememekte, yalnızca “adil” bir ceza normunun ihdasındaki paradoksa dikkat çekmektedir. Adaletle yönelik içerik saptamasının zorluğu Hegel tarafından özetle şöyle dile getirilir¹³⁶:

“(…) Suçun cezası bir yıllık hapis cezası mıdır, yoksa üç yüz altmış dört günlük (...) bir hapis cezası mı? Bunu ne akılla, ne de kavramın gösterdiği herhangi

¹³³ Kelsen, *Essays*, s.86.

¹³⁴ Zehra Gönül Balkır, “Hukuk ve Adalet Estetiği Üzerine Bir Deneme”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Dergisi*, İstanbul Barosu Yayınları, 23. Kitap, İstanbul, 2012, s.54; Can, s.105; Ahmet Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk: Meşru Hukukun Temel Unsurları*, 3. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2013; s.93. ÖZBİLGİN de hukukun trifonksiyonel bir realite olduğunu belirtir. Ona göre hukuk düzen, adalet ve sosyal yarar fonksiyonlarını içermek zorundadır. Bir diğer deyişle, hukuktan söz ederken onun zorunlu unsurları olan norm, sosyal realite ve etik değerlerin bir bütün halinde kavranması gerekir. Oysa Kelsen, hukuku biçimsel olarak ele aldığı için, norm faktörünü öne çıkarır. Sosyoloji kapsamında ele alınması gereken sosyal realite unsuru ile etik değerleri dışlayan Saf Hukuk Kuramı, hukuku açıklamada yetersizdir. Bu kuram ünidimansiyonalist (tek katlı) bir kuramdır; bir başka deyişle, tek bir unsuru içerir. Özbilgen, s.6-8.

¹³⁵ “Nasıralı İsa, Roma Valisi Pilatus’un huzuruna getirildiğinde ve ona kral olduğunu itiraf ettiğinde şöyle dedi: ‘Ben bunun için doğdum ve bu amaç için dünyaya geldim: adalete şahadet etmek için.’ Bunun üzerine Roma Valisi sordu: ‘Hakikat nedir?’ Roma Valisi bir cevap beklemiyordu ve İsa’da bir cevap vermedi bu soruya, çünkü hakikate şahadet etmek, İsa’nın Mesih Kral olarak kutsal görevinin özü değildi. O, adalete şahadet etmek için doğmuştu ve bu adalet için çarmıha gerildi. Bu nedenle Roma Valisinin ‘hakikat nedir?’ sorusundan, İsa’nın kanından doğan, başka ve daha önemli bir soru-insanlığın ebedi sorusu- ortaya çıkar: Adalet nedir? Kelsen, “*Adalet nedir?*”, s.431-432.

¹³⁶ G. W. F. Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, çev. Cenap Karakaya, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1991, s.177.

bir kesin şartla belirlemeye imkan vardır. Oysa (...) bir günlük hapis daha fazla ya da daha az oldu mu, bu bir adaletsizlik demektir.

İnsan davranışlarına standart oluşturacak evrensel değerlerin rasyonel yöntemlerle tespit edilemeyeceği, tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkmıştır. İnsanoğlu akıl yardımıyla ancak göreceli değerlere ulaşabilir. Kelsen, adaleti “koruması altında hakikat arayışının gelişebileceği bir toplumsal düzen” olarak tanımlar. Yapmış olduğu tanım da görecelidir ve herhangi bir değer yargısına dayanmaz. Kelsen’in deyişiyle evrensel adalet, “insanlığın ebedi yanılması” olmaktan öteye geçemeyecektir¹³⁷.

Eş zamanlı gerçekleşmesi gereken iki değerden hangisinin üstün kılınacağı, rasyonel olarak tespit edilemez. Kelsen, değerler arasındaki çatışmanın yalnızca hissi olarak verilen kararlarla giderilebileceği görüşündedir¹³⁸. Rasyonel bir kavrayışla çözülemeyen çıkar çatışmalarında ortaya çıkan boşluğu yalnızca pozitif bir hukuk düzeni doldurabilir¹³⁹.

Adaletin her zaman değişiklik arz eden bir kavram içeriğine sahip olması, onun sübjektif değer yargılarından kurtarılarak belli bir sosyal düzende ele alınmasını zorunlu kılmıştır. Hukuk biliminin gereği olarak yalnızca “yasallık” bağlamında adalet kavramına dair bazı saptamalar yapılabilir. Kelsen, Hart’ta olduğu gibi, bir normun uygulanması gereken her durumda uygulanmasını “adil”, birbirine benzer durumlarda farklı biçimlerde uygulanmasını ise “gayri adil” olarak nitelendirir. Adalet veya adaletsizlik kavramları ile değer yargıları arasında zorunlu bir bağlantı yoktur. Pozitif düzende adalet, normun içeriği değil, uygulanmasından hareketle açıklanabilir¹⁴⁰.

Normlar, mahkeme/idare tarafından benzer koşullarda benzer şekilde uygulanmalıdır. Kelsen’in adalet anlayışı, insan davranışlarına yönelik bir belirlemeden ziyade, yetkili kimselerin normu uygulamaya yönelik etkinlikleriyle

¹³⁷ Kelsen, “*Adalet Nedir?*”, s.451-454, Kelsen, *Introduction*, s.16.

¹³⁸ Kelsen, bu görüşlerini örneklerle destekleme eğilimi içerisindedir. Ona göre insan hayatını en yüksek değer olarak kabul eden görüş, savaş halinde dahi başka bir insanın öldürülmesini gayri ahlaki olarak değerlendirir. İnsan yaşamını değil de ulusun çıkarını en üstün değer olarak savunan görüş, yer geldiğinde ulusun çıkarları doğrultusunda ölmeyi veya öldürmeyi ahlaki bulur. İşte birbirine karşıt olan bu iki değer yargısından hangisinin tercih edileceği, rasyonel gerekçeye dayanmaz. Bu ikilem nihai bir kararla çözümlense bile, alınacak karar bilimsel değil hissidir. Kelsen, “*Adalet Nedir?*”, s.435.

¹³⁹ Kelsen, *Law And State*, s.13.

¹⁴⁰ Kelsen, *Law And State*, s.14.

ilişkilendirilebilir¹⁴¹. “*Bülbülü Öldürmek*¹⁴²”, bu konuda yazılmış etkileyici romanlardan biridir.

Mutlak bir içeriği bulunmayan adaletin sosyal düzeni sağlama noktasında zorunlu bir kavram olup olmadığı, hukuktan ziyade siyasetin konusudur¹⁴³. Adalet, hukuk düzeninde yer alması gereken zorunlu bir değer olarak kabul edildiği takdirde, ideolojik yaklaşımlara göre içerik kazanan bir unsur haline gelir. İdeolojilerin gerçeği saptırma ve kendi çıkarlarına kullanma girişimlerine hizmet eder. İdeolojik düşünce yapısı, hakikati kimi zaman koruma amaçlı, kimi zaman da yok etmeye yönelik olarak değiştirir ve dönüştürür. Adaleti kendi hakikatlerine uydurarak, onun irrasyonel bir kavram olduğu gerçeğini gizler. Adalet kavramı, herhangi bir siyasi ideolojiyi veya bu ideolojinin gereklerini hukuk düzenine taşıyan normları meşrulaştırmaya son derece elverişlidir¹⁴⁴.

Adaletin hukuka içkin olduğu kabul edilirse, normların geçerliliğini genel olarak ahlaki ilkelere, özel olarak ise adalete dayandırma zorunluluğu ortaya çıkar. Normun hukuk alemindeki varlığı, aksiyolojik olarak ele alınır. Belli ahlaki değer yargılarına aykırı bir içeriğe sahip olan normların geçerli olmadığı, hatta böyle normlara itaat edilmemesi gerektiği dahi dile getirilir. Ancak, pozitivist hukuk kuramının aksiyolojik geçerlilik anlayışını kabul etmesi mümkün değildir¹⁴⁵. Aksi takdirde, normlara itaat keyfilik kazanır ve akabinde toplumsal yaşamda kaos ortaya çıkar¹⁴⁶.

Üzerinde durulması gereken bir başka konu, adaletin toplumu oluşturan bireylerin değer yargılarından bağımsız bir varlığa sahip olmadığıdır. Çevresel

¹⁴¹ Kelsen, *Law And State*, s.130.

¹⁴² “*Hepimiz biliyoruz ki, bazı insanların bizi inandırmaya çalıştıkları gibi insanlar eşit yaratılmamıştır. (...)Ama bu ülkede insanlar ancak bir tek durumda eşit yaratılmış kişiler haline gelirler –bir yoksulu Rockefeller Ailesi’nin bir ferdiyle, bir budalayı Einstein’la, cahil bir kişiyi bir kolej müdürüyle eşit gören bir tek kurum vardır. Bu kurum da, Baylar, hukuk kurumudur. (...) Sizin de hizmet verdiğiniz bu onurlu mahkeme gibi. (...) Bizim ülkemizde mahkemeler insanlar arasında en üst düzeyde eşitliğin gözetildiği kurumlardır, bizim mahkemelerimiz açısından insanlar eşit yaratılmışlardır.*” Harper Lee, “*Bülbülü Öldürmek*”, çev. Ülker İnce, 17. bs., Sel Yayınları, İstanbul, 2016, s.258-259.

¹⁴³ Güriz, s.309.

¹⁴⁴ Kelsen, *Introduction*, s.17-19.

¹⁴⁵ Güriz, s.19; Konu hakkında GÜRBÜZ’ün düşünceleri şu şekildedir: “*Yasamanın her dediğini hukuk saymak, hukuksal olmayana hukuksallık niteliği yüklemek anlamına gelir. Oysa etik değerlere ve toplumsal gerçekliğe açıkça ters düşen normların hukuk olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.*” Gürbüz, s.92; Kelsen, etik değerlere veya toplumsal gerçekliğe aykırı düşen normların re’sen hukuk olarak kabul edilmemesi gerektiği iddiasını reddeder. İlerde görülecek olan “etkililik” ve “anayasaya aykırı yasa” argümanı, bu konunun analizinde bir çıkış noktası olarak düşünülebilir.

¹⁴⁶ Hart, *The Concept Of Law* s.211.

faktörlere bağı olarak zaman içerisinde gerçekleşen değişim ve dönüşümler, toplumlar arasındaki farklılığı deyimler. Toplumların içinde bulunduğu koşullar, sahip olduğu değerler ve yaşam standartları, adalet kavramına içerik kazandırma noktasında oldukça önem arz eder. Her toplumun farklı koşullar altında yaşamını sürdürdüğü, farklı yaşam standartlarına sahip olduğu göz önünde tutulursa, içeriksel bir tespitin ne denli zor olduğu anlaşılacaktır¹⁴⁷.

Netice olarak, insanların taleplerini doğrudan karşılayacak bir adaletin var olduğu kabul ediliyorsa, pozitif nitelikteki düzenlemelere gereksinim yoktur. Tabiatan, akıldan veya ilahi iradeden kaynaklanan ve mutlak iyiliği tartışılmaz olan sosyal düzenin kabul edilmesi, yasa koyucunun varlığının sorgulanmasına yol açar. Böyle bir sosyal düzenin kabulü halinde; Kelsen, yasa koyucuyu “gün ışığının en parlak olduğu anda suni bir aydınlatıcı kadar saçma bir şey” olarak tanımlar¹⁴⁸.

C. Hume’un Düşüncelerinde Olan-Olması Gereken Ayrımı

1. Genel Olarak

Kelsen, olan-olması gereken ayrımında Hume ve Kant’ın görüşlerinden oldukça etkilenmiş ve bu ayrımı hukuk bilimi sahasına başarıyla taşımıştır. Buna karşın, olan-olması gereken ayrımını ilgilendiren tüm konularda Hume ve Kant’la görüş birliği içerisinde değildir. Söz gelimi, tabiat bilimlerinde nesnelere neden-sonuç ilişkisi içerisinde yer aldığı görüşü, Hume tarafından reddedilir. Kelsen ise, norm kavramını açıklarken, tabiat olaylarının neden-sonuç ilişkisine dayandığını açıkça kabul eder.

Çalışmanın seyri bakımından önem arz eden husus, Hume’un olan-olması gereken ayrımına ilişkin görüşlerinin bilgi ve ahlak kuramı kapsamında ayrı ayrı ele alınması gerektiğidir. Olan-olması gereken ayrımını ortaya koyabilmek için, öncelikle Hume’un ahlaki alandaki çıkarımlarından, daha sonra ise bilginin kaynağına ilişkin görüşlerinden istifade edilecektir.

2. Ahlak Alanında

¹⁴⁷ Anıl Çeçen, *Adalet Kavramı*, 4. bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s.94-95.

¹⁴⁸ Kelsen, *Introduction*, s.17.

Hume'un ahlaka ilişkin önermelerin ifade ediliş biçiminden yola çıkarak yapmış olduğu çıkarım¹⁴⁹, birtakım tartışmaları da beraberinde getirmiştir. İlk bakışta sıradan görünen bu çıkarım, aslında öylesine önemlidir ki, kendisinden sonra gelen ve farklı alanlarda çalışmalar yapan düşünürleri derinden etkilemiştir. Hume, "olanı" ifade eden olgusal önermelerden yola çıkarak "olması gerekeni" anlatan değer içerikli önermelere ulaşamayacağını belirtir¹⁵⁰. Hume'u böyle bir çıkarım yapmaya iten temel etken, ahlakın kaynağı üzerine yaptığı araştırmalardır.

"Ahlak-dışı" olarak nitelendirilen bir eylemin (hırsızlık veya zina gibi) insanlarla diğer canlılar arasında meydana gelmesinin farklı sonuçları olabilir. İnsanlar, ahlak-dışı gerçekleşen bir eylemi kınayarak veya eylemi gerçekleştireni toplumdan dışlamak suretiyle ahlaki yaptırımını uygulamaya koyar. Diğer canlılarda ise böyle bir tepki gözlenmez. Bu düşünceler ışığında Hume'un ulaştığı sonuç, ahlakın akıldan bağımsız kılınmasıdır. İnsan, diğer canlılardan farklı olarak düşünme yetisine sahiptir. Eylemlerin ahlaklı veya ahlak-dışı olduğuna karar vererek bir tespit bulunur. Unutmamak gerekir ki, bir kimse, yalnızca kendinden önce var olan bir şeyi tespit edebilir. Ahlaklılık veya ahlak-dışılık insan aklından önce ve ondan bağımsız bir biçimde vardır. Hume, ahlak ve akıl ilişkisinde özetle şu sonuca ulaşır¹⁵¹: "Ahlak akıldan çıkmaz; ancak, onun tarafından keşfedilebilir."

Hume'un diğer bir amacı da ahlaki olgulardan bağımsız kılan argümanları öne sürmektir. Ona göre, eylemin ahlaki veya gayri-ahlaki olduğundan söz edilemez. Bir eyleme ahlaki değer yargısı atfetmek, eylemin ortaya konuluş şeklinden değil, insan tabiatındaki onaylama veya onaylamamaya dayalı hislerden kaynaklanır. Bu hisler, Hume'un genel anlamda ahlaki temellendirdiği haz ve acıdır. Neticede,

¹⁴⁹ "Şimdiye dek karşılaştığım her ahlak dizgesinde her zaman yazarın bir süre olağan akıl yürütmeler yoluyla (...) gözlemlerde bulunduğu dikkat etmişken, birdenbire önermelerin olağan bağları olan 'dur' ve 'değildir' yerine 'gerekir' ve 'gerek değildir' ile bağlı olmayan hiçbir önerme ile karşılaşmadığımı fark etmek beni şaşırttı. Bu sezilmesi zor bir değişimdir ama aynı zamanda son derece önemlidir. Çünkü bu 'gerekir' veya 'gerek değildir' belli bir yeni ilişkiyi veya doğrulamayı ifade ettiği için gözlenmesi ve açıklanması zorunludur; aynı zamanda tamamıyla kavranamaz görünen bu şey için de, bu yeni ilişkinin nasıl olur da kendisinden tamamıyla farklı olan diğer ilişkilerden çıkarıldığı konusunda bir açıklama yapılmalıdır. (...) Bu küçük dikkat tüm kaba ahlak dizgelerini alt-üst edecek ve bize erdemsizlik ve erdem ayrımının salt nesnelere dayanmadığını ve ayrıca usun bu ayrımı algılamadığını gösterecektir." David Hume, *İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme*, çev. Ergün Baylan, 2. bs., Bilgesu Yayınları, Ankara, 2015, s.316.

¹⁵⁰ Recep Kılıç, "Olgu ve Değer Problemi", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXXV, Sayı:1, 1996, s.356.

¹⁵¹ Hume, *İnsan Doğası*, s.315-317; Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, 3. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s.180.

“olması gerekeni” ifade eden ahlaki değerlerin kaynağı olgular değildir¹⁵².

3. Epistemolojik Olarak

Hume’un olan-olması gereken ayırımına dair görüşleri, sadece ahlakla sınırlı değildir. Bilginin kaynağına ilişkin yapmış olduğu analizler neticesinde de bu ayırma dair önemli bulgular elde eder.

Hume, iki tür akıl yürütmenin olduğundan bahisle düşüncelerini şekillendirir. Bunlardan ilki, “fikir bağlantıları” olarak adlandırdığı, salt düşünsel faaliyetler neticesinde yapılan çıkarımlardır. Her ne kadar bilgiyi sağlama hususunda duyuları işaret etse de matematik, geometri ve aritmetiğe ilişkin önermelerin deneyle değil, apriori olarak elde edildiğini savunur. Böyle önermeler kesinlik arz eder ve bunların aksini deyimleyen önermeler mantıksal olarak çelişkilidir. Bir diğeri ise, olgulara ilişkin akıl yürütmedir. Olgulara ilişkin önermelerin doğruluğu kesinlik arz etmez¹⁵³. Bunların aksini deyimleyen önermeler -günümüzde doğruluğu her ne kadar kabul edilmese de- mantıksal yönden çelişkiye yol açmazlar. Söz gelimi, güneşin doğmayacağı veya batmayacağını ifade eden önermelerin yanlış olduğu mantıksal olarak kanıtlanamaz. Bahsi geçen önermeler olgularla ilgili ve dolayısıyla olumsaldır¹⁵⁴.

İnsanlar, olgulara ilişkin akıl yürütmelerinin temelinde neden-sonuç ilişkisi olduğunu düşünür. Nedensel bağ oluşturduğu düşünülen olgular, insanlar tarafından birçok kez tecrübe edilmiş olmaları nedeniyle, onlarda böyle bir çağrışım yapar. Onlar, neden-sonuç ilişkisinin akla değil, deneye dayalı bir çıkarım olduğunu düşünür¹⁵⁵.

Bu düşünceler ışığında Kant, neden-sonuç ilişkisinin akla dayanmadığı hususunda Hume’un şöyle bir sonuca vardığını belirtir¹⁵⁶:

“Akıl, bu kavramla (nedensellik) kendi kendisini tamamiyle aldatmakta, onu yanlış yere kendi çocuğu saymaktadır; çünkü bu kavram, deney tarafından hamile bırakılarak (...) alışkanlığı, kavrayıştan çıkan nesnel zorunluluk yerine süren hayal gücünün gayri meşru çocuğundan başka bir şey değildir.”

¹⁵² Hume, *İnsan Doğası*, s.316-317.

¹⁵³ David Hume, *İnsan Zihni Üzerine Bir Araştırma*, çev. Selmin Evrim, 2. bs., Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1986, s.35-36.

¹⁵⁴ Öktem, “*David Hume ve Kant*”, s.31.

¹⁵⁵ Hume, *İnsan Zihni*, s.38.

¹⁵⁶ Kant, s.5.

Deneyleyler neticesinde bir takım genellemelere -neden-sonuç ilişkisi gibi- ulaşmak, eldeki verilerle geleceğe ilişkin soyut çıkarımlarda bulunmaktan ibarettir. Hume, deneyden elde edilen verilerden duyduğu kuŐkuyu dile getirmek suretiyle, bu çıkarımların doğru olmadığını gerekçelendirme gayreti içerisine girer. Söz gelimi, tabiat bilimlerinde neden teşkil eden bazı olguların gelecekte değişikliğe uğrama veya tamamen ortadan kalkma olasılığı, deneyle elde edilecek neticenin iŐlevsiz kalmasına yol açar. Benzer Şekilde, deneye konu bazı cisimlerin sahip olduğu bir takım özellikler, deney esnasında ortaya çıkmayabilir. Cisimlerde henüz keŐfedilmemiŐ özellikler, neticelerin deĐiŐebilme olasılığını her daim canlı tutar¹⁵⁷.

Hume'un deneyden elde edildiği iddia edilen kesin neticelere karşı koymuş olduğu tavır, iki önemli argümanın temellendirilmesine zemin hazırlamıŐtır. İlki, genel kabul gören tümevarımın tartıŐmalı bir ilke haline gelmesidir. Deneyden elde edilen veriler, sadece o deneyin neticesi olarak kabul edilmelidir. Yapılan deneylerden yola çıkarak, tümel yargılara ulaŐılamaz. Tümel yargılar, kesin bir doğruluk derecesine sahip deĐildir¹⁵⁸.

İkincisi, varlığı iddia edilen neden-sonuç ilişkisinin nesnelere tabiatından kaynaklanmadığıdır. Sadece nesnelere yola çıkarak böyle bir bağlantının varlığı kanıtlanamaz. EĞer aksi düşünce kabul edilmiş olsaydı, herhangi bir nesneyi daha önce tecrübe etmemiŐ olan bir kimsenin, bu nesnenin etkilerini bilmesi gerekirdi. Söz gelimi, zehirli meyveyi ilk kez gören bir kimse, sadece dıŐarıdan gözlemleyerek onun böylesine zararlı bir etkiye sahip olduğunu asla zaman bilemezdi¹⁵⁹.

Neden-sonuç ilişkisi deneye dayanmıyorsa ve apriori olarak da elde edilemiyorsa, olgular arasında böyle bir ilişkinin varlığına dair dayanağın ne olduğu sorusu gündeme gelir. Hume, bu dayanağın ‘‘alışkanlık’’ olduğunu iddia eder. İnsanlar nesnelere ilişkin bilgileri gözlem ve deney yoluyla edinir. Gözlem ve deneyler neticesinde, olguların etkisi veya başka olgularla olan birlikteliği, bir bütün olarak belleğimize kaydedilir. İŞte bu tür olguları ne zaman tecrübe etmeye kalksak, onun etkisini göstereceğine veya onun ardından başka olguların geleceğine inanırız. Söz gelimi, ateŐin yakıcı etkisini daha önce keŐfetmiŐ olan bir kimse, başka bir

¹⁵⁷ Hume, *İnsan Zihni*, s.55.

¹⁵⁸ France Farago, Hume, ev. İsmail Yerguz, *Felsefe Tarihi 3: Aklın Zaferi*, Editor: Jacqueline Russ, 2. bs., İletişim Yayınları, İstanbul, 2013, s.80-81.

¹⁵⁹ Farago, s.80-81.

zaman ateşi gördüğünde onun yakıcı etkisini zihninde canlandırır. Ateşe temas etmesi halinde, yeniden böyle bir etkinin meydana geleceğine inanır. İşte bu inanç, alışkanlığın bir ürünü olarak karşımıza çıkar. Böylece, neden-sonuç bağlantısının dış dünyada zorunlu biçimde yer almadığı, alışkanlık neticesinde nesnelere ilişkin zihnimizde kurduğumuz bir bağlantıdan ibaret olduğu anlaşılır¹⁶⁰.

D. Kelsen’de Olan-Olması Gereken Ayrımı

1. Olması Gereken Yönelik Tanım Vermenin Güçlüğü

1892 yılında yayımladığı “*Einleitung in die Moralwissenschaft*” (Ahlak Bilimine Giriş) adlı eserinde, “olması gereken” ile ilgili bir tanım yapmanın imkansız olduğunu savunan Georg Simmel, Kelsen’in düşünceleri üzerinde etkili olmuştur. Kelsen de 1911 yılında yayımladığı “*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*” (Devlet Hukuku Teorisinde Temel Problemler) adlı eserinde, olması gerekenin tanımlanamayacağı görüşünü Simmel’e dayandırmıştır¹⁶¹.

Normların biçimsel anlamda ele alınması ve hukukun saf bir bilim haline getirilmesi, olan-olması gereken ayrımını zorunlu kılar. Kuram, bu ayrım çerçevesinde şekillenir. Olması gereken, “*asla olandan gelmemek, ona dönmek ve öylece olması gereken kalarak, kendisini olandan ayırdığımız düşüncelerle ilgili, insan bilincine verilmiş bir düşünce formu*” olarak açıklanabilir. Bu açıklama, görünüşte bir tanımlama faaliyeti olsa da, aslında olması gerekenin Kantçı anlamda a priori bir kategori olduğunu gösterir¹⁶².

Yeniden inşa edilmiş normun spesifik anlamını karşılayan “olması gereken” kavramı, Kelsen’e göre bütünüyle biçimsel karaktere sahiptir. Yeniden inşa edilmiş norm, hangi içeriğe sahip olursa olsun, bu spesifik anlamı içermek zorundadır. Herhangi bir değer yargısını ön plana çıkarmadığı için, hukuku kendi çıkarları doğrultusunda meşrulaştırmak isteyen tüm siyasi ideolojilere karşı mesafeli bir tutum sergilemede “olması gereken” kavramı çok önemli bir rol oynamaktadır¹⁶³.

¹⁶⁰ Hume, *İnsan Zihni*, s.69

¹⁶¹ Kelsen, *Norms*, s.272-273.

¹⁶² Çeçen, “*Hukukta Norm ve Adalet*” s.89.

¹⁶³ Kelsen, *Introduction*, s.24-25.

2. Olan-Olması Gereken Ayrımı

Olan, filli davranışları ifade etmek için kullanılırken, olması gereken, insanların belli bir biçimde davranmaları gerektiğini belirtir. İnsanların belli bir biçimde davranması gerektiği, aslında norma uygun bir biçimde hareket etme gereğini ortaya koyan özel bir anlamı işaret eder. Normlar, fiili olarak gerçekleşen davranışlardan daha farklı bir anlam içeriğine sahiptir. Bu nedenle, insanların gerçek davranışlarından hareketle normlara ilişkin herhangi bir şey söylenemez¹⁶⁴.

Normlara içkin özel anlam “hipotetik yargı” kavramıyla daha da belirginleşir. Genel normlar, yalnızca koşul-sonuç ilişkisi içerisinde ele alınabilir. Hipotetik yargı, “koşulu oluşturan maddi gerçeklikle koşula bağlı olarak gerçekleşen netice” arasındaki ilişkiyi kurar. Yasal sonucun izi sürülerek yasal koşula ulaşılması, aradaki bağlantının nedensel olduğunu ifade etmez. Yasal koşul ve yasal sonuç arasındaki bağlantı, “olması gerekene” yüklenen anlam çerçevesinde değerlendirilmelidir. TCK md. 81: “Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde bir hüküm içerir. Bu norm, salt kuramsal anlamıyla ele alındığında, kasten öldürme ve müebbet hapis cezasının neden-sonuç ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği iddia edilebilir. Normun yalnız biçimde ele alınması halinde, cezanın her zaman suçu izlediği düşünülebilir. Ancak, “olması gerekeni” içeren normatif anlam farklıdır. Bir insanı kasten öldüren kişi, ceza almaktan bir şekilde -kaçmak¹⁶⁵ suretiyle- kurtulabilir veya işlemediği halde bu suç ona isnat edilebilir. Burada norma, bir diğer deyişle, “olması gerekene” istisna teşkil eden bir durum yoktur. Aksine, “olması gereken”, normatif anlamla bütünleşerek “olandan” ayrılmıştır. Yasa koyucu, suçla ceza arasında tabiat olaylarında geçerli olan nedensellikten farklı bir ilişki kurmuştur¹⁶⁶. Bu, nedensellik

¹⁶⁴ Kelsen, *Law and State*, s.36-37.

¹⁶⁵ ÇAĞIL’ın isabetli olarak belirttiği üzere, -af gibi- yaptırım uygulanmasının önüne geçen yasal (meşru) nedenler bir kenara bırakılırsa, normda öngörülen yaptırma tabi olmaktan kurtulan kimseler hukuk düzeninin dışında kalmaktadır. Normda öngörülen yaptırım her ne kadar söz konusu kişilere uygulanmamış olsa da, fail kaçtığı için başka normlara tabi olabilir. CMK’nın “Özel Yargılama Usulleri” bölümünde yer alan “Kaçakların Yargılanması” başlığı altındaki hükümlerde (md. 247 vd.) olduğu gibi. Buna göre, kişi hakkında yokluğunda tutuklanma kararı verilebileceği gibi, belli suçlarda mal ve haklarına da el konulabilir, hatta daha önce hakkında sorgu yapılmış olması kaydıyla mahkûmiyet kararı dahi verilebilir. Ancak söz konusu kanun maddesinin de olması gerekene ilişkin spesifik anlamı içerdiği unutulmamalıdır. Çağıl, s.90.

¹⁶⁶ Tabiat yasalarındaki neden-sonuç ilişkisinden farklı olarak, burada koşula bağlı yasal neticenin gerçekleştiği önemle vurgulanmalıdır. Tabiat yasaları, “A olursa, B olmak zorundadır.” şeklinde ifade edilir. Bir neden gerçekleşmişse sonuç da kaçınılmaz olarak nedeni izleyen süreçte gerçekleşecektir. Bu durum tabiat yasalarını açıklamada determinist yaklaşımın yansımasıdır. Oysa pozitif hukuk

değil isnadiyet¹⁶⁷ ilişkisidir.

Herhangi bir ülkede yayımlanan ceza hukuku kitabında “adam öldürenin müebbet hapis cezasıyla cezalandırılacağı” ifadesi olan-olması gereken ayırımı uygun değildir. O ülkede adam öldürdüğü halde yargılanıp cezalandırılmayan failer olduğu gibi, suçsuz olduğu halde müebbet hapse mahkum olan insanlar da vardır¹⁶⁸.

İnsanların norma aykırı hareket etmesi, olan-olması gereken ayırımı bir istisna teşkil etmediği gibi, norma uygun davranışlar sergilemesi de bu ayrımı ortadan kaldırmaz. Düzenli olarak meydana gelen olayların veya sergilenen davranışların, gelecekte de aynı şekilde devam edeceği düşüncesi olanın olması gerekene dayanak teşkil etmesi anlamına gelir. Geleneksel hale gelmiş ve dolayısıyla insanlar tarafından düzenli olarak tekrarlanan davranış biçimleri, yalnızca olanı yansıtır. Geleneksel davranış biçimlerinin gelecek dönemler içerisinde gerçekleşeceğine yönelik iddia, olan-olması gereken ayırımı ters düşer. Kelsen, bunun nedenini, olması gerekeni ifade eden hukuk ve ahlak kurallarından yola çıkarak açıklar. Gelenekler veya toplumun geneli tarafından benimsenmiş ahlaki değerler, pozitif hukuk sisteminden dışlanabilir. Böylece, olması gerekeni ifade eden hukuk normu ile rutin olarak tekrarlanan insan davranışları arasındaki ayırım ortaya çıkmış olur¹⁶⁹.

Olan ve olması gereken ayırımı, Kelsen’in hukuk anlayışında merkezi öneme sahip olsa da, bunların birbiriyle olan ilişkisini de göz ardı etmemek gerekir. Bir normun hukuk alemindeki varlığı, birbirine bağlı iki koşulun sağlanmasıyla mümkündür. Bilindiği üzere, her norm geçerliliğini kendinden üst seviyede bulunan bir başka normdan alır. Üst norm geçerlilik sağlarken, alt normun hangi yetkili organlar tarafından çıkarılacağını ve kimi zaman da ne tür bir içeriğe sahip olacağını

yasaları, “A olursa, B’nin olması gerekir.” şeklinde özel bir anlam içeriğine sahiptir. Dolayısıyla tabiat yasalarında olduğu gibi gerçekleşmesi zorunlu bir sonuçtan söz edilemez. Kelsen, *Introduction*, s.23-24; Kelsen, *Law And State*, s.46.

¹⁶⁷ Kelsen’e göre isnadiyet, hukuk düzenini oluşturan normlar kapsamında yaptırımla hukuka aykırılığın spesifik bir ilişkisini deyimler. Bu ilke sayesinde bir kimsenin hukuka aykırı eyleminden sorumlu olup olmadığı araştırılır. Ancak, asıl önemli olan, yaptırımın hukuka aykırılığa isnat edilmesidir. Eğer yaptırım hukuka aykırı davranışın neticesi olarak görülürse, olan-olması gereken ayırımı ortadan kalkar. Kelsen, “*Nedensellik*”, s.222.

¹⁶⁸ Kelsen, “*Saf Hukuk Kuramı Nedir?*”, s.58.

¹⁶⁹ Kelsen, *Essays*, s.217-219; Normda öngörülen davranış biçimine aykırı hareket edilmesi, norma aykırı fiili durumla normun çeliştiği anlamına gelmez. Zira olan ve olması gereken arasında bir çelişki veya uyumsuzluk düşünülemez. Normun belli bir davranış tarafından ihlal edildiğini söylemek figüratif (sembolik) bir ifade olmaktan öte gitmez. Kelsen, *Law And State*, s.46.

belirler. Bir normun varlığı, normu oluşturmaya yetkili mercilerce (demokratik ülkelerde parlamentolarda) yerine getirilmesi gereken bir takım etkinliklerin varlığına, bir başka deyişle, “olana” bağlıdır¹⁷⁰.

Norm kavramı, gerçekleşen etkinliklerin sahip olduğu “özel bir anlam içeriğine” karşılık gelmektedir. Norma atfedilen özel anlam sayesinde olan ve olması gerekenin sınırları çizilir. Norm, insanların uyması gerektiği bir davranış biçimini kendisine konu edinir; ancak, fiilen bu davranış biçimine uygun hareket edilip edilmediğiyle ilgilenmez. Normun geçerliği, öngördüğü davranış biçimine uygunluk haliyle açıklanamaz. Bir norma geçerlilik kazandıran, yalnızca başka bir norm olabilir¹⁷¹.

IV. EGEMEN BUYRUĞU VE YASA ÖZDEŞLİĞİ ÜZERİNE

A. Genel Olarak

Egemenlik kavramını modern anlamda ilk kez tanımlayan ve egemenliğin unsurlarını ortaya koyan düşünür Jean Bodin’dir¹⁷². Bodin’e göre, devletin tabiatını anlamının yolu, egemenlik kavramından geçer. Egemenlik “yurttaşlar üzerindeki en yüksek, en mutlak, en sürekli güçtür”¹⁷³. Tanımdan da anlaşılacağı üzere mutlaklık, bölünmezlik ve süreklilik egemenliğin daimi unsurlarıdır.

Bunlar arasında süreklilik¹⁷⁴ unsuruna ayrı bir önem atfedilir. Süreklilik

¹⁷⁰ Ratnapala, s.91.

¹⁷¹ Kelsen, bir babanın çocuğuna okula gitmesi yönündeki buyruğunu örnek gösterir. Çocuk, buyruğu neden yerine getirmek zorunda olduğunu sorduğunda, babasının “çünkü ben böyle emrediyorum” demesi, sorunun doğru yanıtı değildir. Burada babanın “Çünkü senin, babanın emrine itaat etmen gerekir.” şeklindeki yanıtı doğru bir yanıt olacaktır. İlk durumda olduğu gibi babanın emri bildirmesi geçerlilik nedeni olamaz. Babanın emrini geçerli kılan, onu emir vermekle yetkili kılan normdur. Dolayısıyla emir içerikli bir olması gerekenin geçerlilik nedenini olması gerekeni ifade eden bir başka normda aramak gerekir. Kelsen, “*On The Basic Norm*”, s.107-108.

¹⁷² Mehmet Ali Ağaoğulları, Levent Köker, *Kral-Devlet Veya Ölümlü Tanrı*, 4. bs., İmge Kitabevi, Ankara, 2009, s.26-27; Abdurrahman Saygılı, *Kutsal Canavar Devlet*, 3. bs., İmaj Yayınevi, 2015, s.143.

¹⁷³ Jean Bodin, *The Six Books Of A Commonweale*, Translated By: Richard Knolles, The Worship Company of Goldsmiths, London, 1903, Chapter: VIII, s.84.

¹⁷⁴ AKAL, “*İktidarın Üç Yüzü*” adlı eserinin “Başlangıç” kısmında, süreklilik unsurunun önemini şöyle dile getirir: “*Bu kavram sayesinde Orta Çağ düşüncesinin kaynağını Tanrı’da bulan ilkesi yer değiştirecek, kendine dünyevi bir kaynak arayacaktır. Sihirli sözcük egemenlik, devletin kapısını aralamaktadır. Deyim yerindeyse devlet cisimleşmeden önce ruhu belirmiş, kurum ortaya çıkmadan önce ölümsüzlüğe kavuşmuştur.*” Cemal Bali Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, 7. bs., Dost Yayınevi, Ankara, 2014, s.16. Aynı eserinde egemenliğin bölünmezlik ve süreklilik unsurlarını karşılaştırırken şu ifadelerle yer vermektedir: “*Bölünmezlik siyasi gücün kullanılmasına ilişkindir. Somuttur. Süreklilik*

unsuru, iktidarların varlığını meşru bir zeminde tartışmamıza olanak sağlar. Egemenin bedensel varlığı son bulduğunda, onun yerine geçen gücü meşru kılar. Böylece Orta Çağ düşüncesinde ağırlıklı olarak kabul edilen uhrevi dayanak, yerini dünyevi anlamdaki egemenliğe bırakmıştır¹⁷⁵.

Bir diğer önemli unsur olan mutlaklık ise, egemenin en üstün buyurma gücü olduğunu, başka hiçbir güce tabi olmadığını ifade eder. Bizim açımızdan önemi, egemen ve yasa arasındaki ilişkiyi açıklamasıdır¹⁷⁶. Bodin'e göre egemenin "kendi ellerini bağlaması" düşünülemez. Egemenin kendi koyduğu yasalara tabi olması, abesle iştigaldir¹⁷⁷. Bu bakımdan, teolojik olarak Tanrı'nın egemenliğine ulaşmak hiç de zor olmayacaktır. Tanrı, "öldürmeyeceksin" buyruğu ile bağlı değildir. O, kendi koyduğu yasaların üzerinde ve mutlaklıdır¹⁷⁸.

Hobbes da benzer şekilde, yasayı egemenin buyruğu ile bir tutmuştur. Egemenin yetkilerini açıklarken yasayı, "devletin egemenlik yetkisinin verildiği kişi veya meclisin buyruğu" olarak tanımlamıştır¹⁷⁹.

Buyurma yetkisi sadece egemene aittir. Egemen güç, istemediği her yasayı kimseye danışmadan değiştirme ve yürürlükten kaldırma yetkisine sahiptir¹⁸⁰. Sınırsız irade etkinlik alanına sahip olan egemen, hukuku yaratan bir güç olarak, hukukun üstünde yer alır¹⁸¹.

Buyruk, bir irade ürünü olduğu için, iradenin mutlaka sözle veya yazı ile tecelli etmesi gerekmez. Uzun zamandan beri kendisine itaat edilen bir kuralın varlığı, egemen gücün buyruğu olmamasına rağmen yürürlükte olabilir. Kuralı geçerli ve etkin kılan, uzun süredir insanların ona itaat etmesi değil, egemen gücün

ilkeye ilişkindir. Kavrama dışsal anlamını kazandırır. Soyuttur ve bu yüzden egemenliği egemenlik yapan özelliktir." Akal, **İktidar**, s.72.

¹⁷⁵ Akal, **İktidar**, s.65.

¹⁷⁶ Ağaoğulları, Köker, s.27.

¹⁷⁷ Ne var ki Bodin, mutlaklık unsuruyla bağdaşmayacak, egemeni sınırlandıran çeşitli düşüncelere sahiptir. Ona göre, yeryüzünde yaşayan tüm insanlar -istisna olmaksızın- Tanrı ve doğa yasalarına tabi olmak durumundadır. (Bodin, Chapter: VIII, s.92); Tanrı ve doğa yasalarına uygun davranma yükümlülüğü egemenin yurttaşlarla yaptığı sözleşmeye uygun davranmasını (Chapter: VIII, s.93), özel mülkiyete saygılı olmasını (Chapter: VIII, s.109-110) gerektirir. Konuyla ilgili ayrıca bkz. Ağaoğulları, Köker, s.36-43; Saygılı, s.159-161.

¹⁷⁸ Saygılı, s.35.

¹⁷⁹ Thomas Hobbes, **Yurttaşlık Felsefesinin Temelleri**, çev. Cihan Deniz Zarakolu, 2. bs., Belge Yayınları, İstanbul, 2014, s.93.

¹⁸⁰ Thomas Hobbes, **Leviathan**, çev. Semih Lim, 13. bs., Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 200-201.

¹⁸¹ Ayşen Furtun, **Thomas Hobbes ve Doğa Kanunları**, Asil Yayınları, Ankara, 2005, s.43.

bu kuralı ortadan kaldırmayan zımni iradesidir. Egemen, “susma” yoluyla buyruğunu yasa haline dönüştürmüştür¹⁸².

Gerek Hobbes, gerekse Bodin’in yasa hakkındaki düşünceleri, bir yönden biçimsel hukuk anlayışına hizmet eder. Yasa, egemen buyruğu olarak tanımlandığı anda, içerikten soyut bir geçerlilik kriterine sahip olur. Buyruk, belli bir içeriğe sahip olduğu için değil, egemenden kaynaklandığı için yasaya dönüşür¹⁸³.

B. Egemen Buyruğu-Yasa Özdeşliğine Dair Austin ve Kelsen’in Görüşleri

Hobbes’un yasayı egemen buyruğu olarak tanımlaması, yasanın kaynağının dünyevi olabileceğine dair öngörüsü, birçok düşünürü derinden etkilemiştir. John Austin de bu düşünürler arasında önde gelen isimlerdendir. Austin’in düşünce sisteminde her ne kadar yasa ve buyruk birbiriyle özdeş kavramlar gibi algılansa da böyle bir yaklaşım gerçeği yansıtmaz. Her yasa bir buyruktur; ancak buyruk her zaman yasaya karşılık gelmeyebilir. Bu düşünceyi destekleme adına, her şeyden önce, Austin’in buyruk ve yasa¹⁸⁴ kavramları detaylı biçimde analiz edilmelidir.

Buyuran kişiye ait bir isteğin yerine getirilmemesi halinde, itaat etmeyen zarar veya tehlike tehdidiyle (yaptırım) karşı karşıya kalacaksa, buyruğun varlığından söz edilir. Zarar görme veya kötülüğe uğrama tehdidi altında olan kişinin itaat etmesi, bir ödevle yükümlü olması söz konusudur. Böylece buyruk ve ödevin birbirine bağlı ve birbirini tamamlayan iki kavram olduğu anlaşılır. Austin, yasayı

¹⁸² Hobbes, *Leviathan*, s.201.

¹⁸³ Stolleis, s.36.

¹⁸⁴ Tanrı’nın insanlara yönelik koymuş olduğu yasalar ve insanların insanlar için koyduğu yasalar, yasa kavramının kapsamı içerisinde iki ana başlık olarak incelenir. Hukuk biliminin konusu pozitif hukuktan ibaret olduğu için, Tanrı kaynaklı yasalar hukukun inceleme alanı dışındadır. İnsan kaynaklı yasalar ise siyaseten üstün olanlar ve siyaseten üstün olmayanlar tarafından konulan yasalar olmak suretiyle iki alt başlıkta incelenir. Yasanın kaynağı siyaseten üstün olan insanlarsa, burada hukuk biliminin konusunu oluşturan pozitif hukuktan söz edilir. Yasa, siyaseten üstün olmayan insanlar tarafından yapılıyorsa, “pozitif ahlak” kapsamına dahil olur. Pozitif ahlak terimi, alelade seçilmiş değildir. Pozitif kavramı Tanrı yasalarından farklılığı, ahlak kavramı ise pozitif hukuktan farklılığı temsil etmektedir. John Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş, Tekin Yayinevi, İstanbul, 2015, s. 27-28; Bu başlık altında kullandığımız yasa kavramı, Austin’in yapmış olduğu tasnifler arasında pozitif hukuka dahildir. Ayrıca, kavram bütünlüğü olması için bu bölümde norm yerine yasa kavramını kullanmayı tercih ettik.

“Egemenin yaptırım tehdidini içeren buyrukları” olarak tanımlar¹⁸⁵.

Yukarıdaki tanımdan yasa ve buyruğun özdeş olduğu sonucu çıkarılamaz. Yasa, buyruğun bir türüdür ve “genel olarak bir şeyi yapma veya yapmaktan kaçınma zorunluluğu” olarak ifade edilir. Oysa buyruğun diğer bir türü olan özel buyruk, “bireysel olarak veya belirli bir şeyi yapma veya yapmaktan kaçınma zorunluluğunu” deyimler¹⁸⁶.

Kelsen, hukukun yaptırım içeren zorlayıcı bir düzen olduğu konusunda Austin’le hemfikirdir. Öyle ki, Kelsen’e göre yaptırım, yasanın asli unsurudur. Yasada öngörülen davranış biçimine uygun hareket etmeyen insanlar, yaptırımla karşı karşıya kalabilir. Yasaya itaat etmeyen insanlara yönelik öngörülecek yaptırımın türü, -idam cezasında olduğu gibi- çeşitli hukuk düzenlerinde farklılık arz eder¹⁸⁷.

İnsanların yasaya itaat etmesi/etmemesi, yasanın bağlayıcılığı konusunu gündeme getirir. Austin, yasa anlamındaki buyruğun bağlayıcılığını, buyuranın siyaseten üstün güç konumunda olmasıyla açıklar. Üstün güç, “kötülük veya acı yoluyla başkalarını etkileme ve bu sayede başkalarının davranışlarını bir kimsenin isteklerine göre düzenleme gücü” olarak tanımlanır¹⁸⁸.

Buyuranın siyaseten üstün güce sahip olup olmaması, pozitif hukuk normları ile ahlak kurallarının birbirinden ayrılmasında temel ölçüt olarak işlev görür. Ahlak kuralları da, tıpkı yasalar gibi, yaptırım ve yükümlülük içerir, belli bir kaynaktan türer ve buyruğu yansıtır. Yasadan farklı olarak, ahlak kurallarının kaynağında siyaseten üstün bir güç yer almaz. Eğer buyruğun kaynağı siyaseten üstün bir güç ise, o buyruk aslında bir hukuk normudur. Söz gelimi, bir efendinin kölesine yönelik buyruğu, yasa olamaz. Çünkü efendi konumunda olan kişinin de

¹⁸⁵ Austin, s.37-38. Ayrıca bkz. Şule Şahin Ceylan, *H.L.A Hart’ın Hukuk Kavramı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.28, Ertuğrul Uzun, “İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: III, Sayı.2, 2003, s.16.

¹⁸⁶ Austin konuya ilişkin şu örneği verir: “Parlamentonun mısır ihracatını belli dönem veya süresiz olarak yasaklaması yasa kapsamı içerisinde değerlendirilir. Parlamentonun ülkede baş gösterecek bir kıtlığı önleme adına o esnada limanda yüklenmekte olan mısırların ihracatını durdurma adına çıkardığı bir emir ise yasa olarak kabul edilemez. Bu emir sadece belli bir harekete yönelik olarak verilmiştir. Emrin parlamento tarafından çıkarılmış olması onun yasa olduğu anlamına gelmez. Austin, s.38-40.

¹⁸⁷ Kelsen, *Pure Theory*, s.33.

¹⁸⁸ Austin, s.44.

itaat ettiği üstün bir güç (egemen bir kişi veya organ) vardır¹⁸⁹.

Austin'in siyasal üstünlük kavramını egemenlik kavramıyla özdeş kılmak için iki koşulun varlığı gerekmektedir¹⁹⁰: Toplumun çoğunluğunun söz konusu "üst"e itaat etme alışkanlığı ve "üst"ün başka bir "üst"e itaat etmemesi.

Oysa Kelsen'e göre buyruğun¹⁹¹ geçerli ve bağlayıcı bir norm niteliğinde kabul edilmesi, "üstünlük" ilkesiyle açıklanamaz. Buyuran, normatif düzenin sınırları içerisinde ve normatif düzen tarafından yetkili kılındığı sürece buyruk bağlayıcıdır. Ayrıca, muhatabın da buyruğun gereklerini yerine getirmekle yükümlü olması gerekmektedir ki, bunun da yine yasayla saptanması gerekir¹⁹².

Kelsen'in düşünce sisteminde, buyurma tekeline sahip otoritenin yasa tarafından yetkili kılınması gerektiği görüşü, önemli bir amaca hizmet eder. Unutmamak gerekir ki, irade etkinlikleri, tek başına sadece subjektif anlama sahiptir. Üstün otorite tarafından muhataba yöneltilen buyruk da böyledir. Kelsen'e göre, buyurma etkinliğinin objektif anlama sahip olmasının tek yolu, üst seviyedeki bir yasa tarafından sağlanan yetkiye dayanmasıdır. Ayrıca, buyruğun, irade ortadan kalktıktan (buyuranın ölmesi vs.) sonra da hüküm ifade etmesi, onun objektif anlama sahip olmasıyla mümkündür¹⁹³.

Yasayı buyruğun bir türü olarak gören Austin, Hart tarafından da eleştirilmiştir. Hart, 1944 yılında İngiltere'de falcılık yaptığı gerekçesiyle aleyhinde dava açılan bir kadının mahkûm edildiğini ve mahkûmiyet kararının 1735 tarihli Büyücülük Yasasına (Witchcraft Act) istinaden verildiğini söyler. Hart'a göre, Austin'in düşüncesi doğru olsaydı, kendisine itaat edilen kimsenin buyruğu olarak tanımlanan yasanın buyuranın ömrü kadar yürürlükte kalması gerekirdi. Oysa örnekte olduğu gibi, insan ömrünü aşan, uzun yıllar boyunca yürürlükte kalan

¹⁸⁹ Austin, s.140.

¹⁹⁰ Austin, s.140.

¹⁹¹ Buyruk, "irade etkinliği" ve onun kelimeler veya sembollerle dışavurumundan oluşur. Kelsen, *Law and State*, s.32; (İrade etkinliği, bu çalışmada "act of will" ifadesinin Türkçe karşılığı olarak kullanılmıştır.) İrade etkinliği, Kelsen tarafından "emreden kimsenin psikolojik anlamda süreklilik arz eden bir isteğinin varlığı" şeklinde anlaşılmıştır. Ayrıntılı açıklama için bkz. Lars Vinx, "Austin, Kelsen and the Model of Sovereignty: Notes on the History of Modern Legal Positivism", *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, Editor: Michael Freeman, Patricia Mindus, Law and Philosophy Library, Vol. 103, 2013, s.54.

¹⁹² Kelsen, *Law And State*, s.31-32.

¹⁹³ Kelsen, *Pure Theory*, s.7-8.

yasalara rastlamak mümkündür¹⁹⁴.

Buyruğun objektif ve sübjektif anlamını ortaya koyan Kelsen, yasaya ilişkin önemli bir tespitte bulunur. O, her ne kadar yasanın “olması gereken” anlamına sahip olduğunu söylese de, “olması gerekeni” içeren her irade etkinliği anlamının yasaya karşılık gelmeyeceğini belirtir. Bir kimse çocuklara yönelik cinsel istismar suçunu işleyenlerin idam edilmesi gerektiğini öne sürebilir¹⁹⁵ veya bir gaspçı değerli eşyalarını kendisine vermeniz gerektiğini buyurabilir. Kuşkusuz her iki durumda da “olması gerekene” ilişkin bir anlam göze çarpmaktadır. Ancak, bu isteklerin muhatabı bağlayıcı bir yanı yoktur. Bunun nedeni, buyuranların yasal düzen tarafından sağlanan yetkiden yoksun olmalarıdır¹⁹⁶.

Ayrıca Austin’in düşüncesinde buyruk, bir isteğin yerine getirilmesi amacına hizmet eder. Kelsen, Austin’in bu yaklaşımını iki farklı açıdan eleştirir. Buyruğun “istek” olarak dışavurumu, özellikle parlamenter demokrasilerde geçerli değildir. Yasa yapma sürecinde, yasanın mutlak anlamda parlamenterlerin istek ve arzularını yansıtmadığı açıkça görülür. Çoğunluğu oluşturan parlamenterlerden her birinin yasa içeriğini isteyerek onayladığı iddiası gerçekçi değildir. Bunun nedeni, parlamenterlerin tasarıya dair sadece yüzeysel bir bilgiye sahip olmasıdır. Hatta uzmanlık gerektiren konularla ilgili yasa içeriği, parlamenterlerin büyük çoğunluğu tarafından bilinmez. Dolayısıyla gerçek anlamda bir istem söz konusu değildir¹⁹⁷.

Austin’e yöneltilen diğer bir eleştirinin kaynağında ise, Hume’un başını çektiği ve Kant’la birlikte anılan olan-olması gereken ayrımı vardır. Egemenin isteğini yansıtan buyruk “olanı” ifade eder ve olandan olması gereken çıkarılamaz. Olması gerekene olanı ifade eden egemen iradesi değil, yalnızca başka bir olması gereken kaynaklık edebilir. İrade, öznel bir anlam içeriğine sahiptir. İradi olarak

¹⁹⁴Hart, *The Concept Of Law*, s.61-62;Hart’ın bu yöndeki eleştirilerinin Hobbes için geçerli olmadığı yönünde bkz. Furtun, *Doğa Kanunları*, s.55.

¹⁹⁵ Konuya ilişkin olarak, ORC (Objective Research Center) araştırma şirketinin 10-16 Ekim tarihleri arasında 30 Büyükşehirde toplam 21980 kişiyle yaptığı anket çalışması örnek gösterilebilir. Buna göre, vatana ihanet, terör ve tecavüz suçlarında idam cezasının uygulanması gerektiğini düşünenlerin oranı % 90,7 çıkmıştır. İnsanların iradesi olanı ifade etmekle birlikte, ülkemizde aynı içeriğe sahip bir olması gereken (norm) bulunmamaktadır. (Erişim) <http://www.orcarastirma.com.tr/wp-content/uploads/2016/10/ekim-2016-se%C3%A7men-tercihleri.pdf>. 02.01.2017.

¹⁹⁶ Kelsen, *Norms*, s.27.

¹⁹⁷ Kelsen, *Law And State*, s.34.

verilen buyruğu bağlayıcı kılan, onun objektif anlamıdır¹⁹⁸.

Kelsen'in düşünce sisteminde yasanın buyrukla özdeş olmadığını gösteren başka argümanlar da vardır. Buyruk, niteliği gereği genellikle belirli bir muhataba ihtiyaç duyar ve muhataptan buyruğa fiilen uyması istenir. Oysa Kelsen, yasanın hipotetik bir karaktere sahip olduğunu belirtir. Böyle yasaların belirli bir muhataba yöneltilme zorunluluğu yoktur. Yasa, kendisine mutlak biçimde itaati amaçlamaz; sadece öngördüğü davranış biçimine uygun hareket edilmesi gerektiğini belirtir¹⁹⁹.

Bir başka önemli argüman da, Kelsen'in hukukun kaynaklarından kabul ettiği örf ve adet kurallarıdır. Bilindiği üzere örf ve adet kurallarının oluşumunda belli bir otoritenin buyruğuna ihtiyaç duyulmaz. Bu kurallar, süreç içerisinde insanların belli davranış biçimlerini alışkanlık haline getirmesi ve benimsemesi sonucunda oluşur. Neticede, hukukun salt buyruk olduğu görüşü yerinde değildir²⁰⁰.

V. NORMLARIN GEÇERLİLİĞİ/ETKİLİLİĞİ SORUNU

A. Geçerlilik-Etkililik Ayrımı

Norm, somut insan davranışlarını yasal veya yasa-dışı olarak nitelendiren soyut bir ölçüttür. Belli bir davranış biçimini öngörmek suretiyle, ölçü olma işlevini yerine getirir. Normda öngörülen davranış biçimine uygun şekilde gerçekleşen somut davranışlar yasal, aksi yönde gerçekleşenler yasa-dışı olarak adlandırılır²⁰¹.

Davranış biçimleri, normun içeriğini oluşturur. Her norm, belli bir içeriğe sahiptir. Ancak, içerik, normun varlık nedeni değildir. Normun varlığı ile konu edildiği davranış biçimleri, farklı ölçütlere göre ele alınır. Söz gelimi, kürtajı belli sürelerle sınırlandırmak kimi çevrelerce “iyi”, “makul” olarak değerlendirilebilir. Böyle bir değerlendirme, normun hukuk alemindeki varlığına (geçerliliğine) dayanak teşkil etmez. Ayrıca hukukun objektif olarak anlaşılmasına da katkı sağlamaz.

¹⁹⁸ Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 6. bs., Der Yayınları, İstanbul, 2014, s.455.

¹⁹⁹ Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi*, s.294.

²⁰⁰ Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi*, s.294.

²⁰¹ Kelsen, “*Norm ve Değer*”, s.22.

Normun geçerliliği, yalnızca biçimsel yönden analiz edilebilir²⁰².

Hukukun gerçek bir bilim olarak kabul edilmesinde, biçimsellik, zorunlu bir dayanak noktasıdır. Norm, biçimsel değil de içerik bakımından ele alındığında, hukuk biliminin dışına çıkma mecburiyeti doğar. Sadece ahlak değil, sosyoloji ve politikanın da meşgul olduğu konular, normun içeriğini oluşturur. Kuram'ın saflığı açısından normu biçimsel yönüyle ele almak kaçınılmazdır²⁰³.

Kelsen, ahlak alanında evrensel değerlerin varlığına karşı çıkarken, tüm ahlaki sistemlerde ortak değerlerin var olup olmadığını araştırmıştı²⁰⁴. Ona göre hukukçunun görevi, hukuk sistemleri arasındaki ortak kavramlar üzerinde -ki bunlar, içeriğin dışında kavramlardır- çalışma yapmak ve normlar arasındaki bağlantıyı keşfetmektir²⁰⁵. Hukukçunun bu keşif sırasındaki en önemli dayanak noktası, normların belli bir yasal düzene aidiyetlerini vurgulayan geçerlilik kavramıdır.

Kelsen'e göre geçerlilik, kuralları normlara dönüştürür. Yalnızca geçerliliği olan kurallar, norm olarak nitelendirilebilir. Geçerlilik, normun yasal düzen içerisinde varlık kazanmasına ilişkin özel bir anlamdır²⁰⁶. Normun varlığı, yasal düzen tarafından belirlenen asgari şartları sağlamasına bağlıdır²⁰⁷.

Norm, geçerliliğini görece üst seviyedeki bir normdan elde eder. Normun geçerlilik kaynağı yine normdur. İçerik olarak değil de yalnızca biçimsel yönden tesis edilen geçerlilik, normun bağlayıcı olduğunu gösterir²⁰⁸.

Normun bağlayıcılığı, insanların normlara itaatini ve akabinde etkililik konusunu gündeme getirir. Kelsen, etkililiğin itaatle doğrudan bağlantılı olduğunu ve iki farklı anlam taşıdığını ileri sürer. Etkililik, geçerlilikten farklı olarak, fiili bir durumu yansıtır. Bu yönüyle hukuksal düzene tabi olan insanların normlara itaat etmesini deyimler. Diğer yandan, itaat edilmemesi halinde, yetkili organların normları uygulaması anlamına gelir. Geçerlilik normlara ilişkin bir özellikken,

²⁰² Kelsen, *Introduction*, s.7.

²⁰³ Öktem, Türkbağ, s.451.

²⁰⁴ Kelsen, *Essays*, s.88.

²⁰⁵ Öktem, Türkbağ, s.451.

²⁰⁶ Kelsen, *Law And State*, s.30.

²⁰⁷ Işıktaç, *Hukuk Normu*, s.88.

²⁰⁸ Ayşen Furtun, *John Austin'in Hukuk ve Devlet Teorisi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s.24.

etkililik insanların dış dünyadaki fiili davranışlarına ilişkindir²⁰⁹.

Hukukun dışındaki diğer sosyal düzen kuralları da toplum içerisinde etkili olabilir. Bu bakımdan etkililiğin salt hukuka içkin bir kavram olmadığını yeri gelmişken belirtmek gerekir²¹⁰.

Geçerliliğin ve etkililiğin olgusalılık kapsamında ele alınıp alınamayacağı sorunu, bu iki kavram arasındaki temel farklılığa işaret eder. Normun geçerlilik nedeni olgular değildir. Bu nedenle, geçerlilik, fizikötesi bir anlama sahiptir. Her normun geçerlilik nedeni, kendinden üst seviyede bulunan başka bir normdur. Etkililik ise, fiili davranışların normda öngörülen davranış biçimine uygun olup olmadığına veya normun uygulanıp uygulanmadığına ilişkindir. Geçerlilikten farklı olarak, fizikötesi bir anlam içermez²¹¹.

İki kavram arasındaki bir diğer farklılık, zaman yönündendir. Geçerlilik, normların hukuk alemindeki varlığına ilişkindir. İşin doğası gereği, zaman bakımından etkililikten önce gelir. Geçerli olmayan, dolayısıyla hukuk sistemi içerisinde yer almayan bir norma itaat etmek mümkün değildir. Ayrıca, böyle bir normun yetkili organlar aracılığıyla uygulanması da düşünülemez. Söz gelimi, geçerli olmayan ve bu nedenle yürürlüğe girmemiş olan normların mahkemeleri bağlayıcı bir yanı yoktur²¹².

B. Geçerlilik-Etkililik İlişkisi

Her ne kadar geçerlilik ve etkililik, farklı anlam içeriklerine sahip olsalar da, birbiriyle ilişkili kavramlardır. Kelsen, hukuku olgusal temele dayalı olarak açıklamaktan kaçınsa da, etkililiği hukuk bilimine dahil etmek zorunda kalmıştır.

Kelsen'in düşüncesinde etkililiğin iki farklı anlamı vardır. Her norm, belli bir yasal düzenin parçası olarak geçerliliğini sürdürür. Normun geçerli olması, bütün halinde etkili olan yasal düzene ait olmasına bağlıdır. Yasal düzen etkililiğini yitirirse, bu düzene ait normların geçerliliğinden söz edilemez. Görüldüğü gibi,

²⁰⁹ Kelsen, *Law And State*, s.39-40; Kelsen, *Pure Theory*, s.11.

²¹⁰ Can, s.28.

²¹¹ Güriz, s.29.

²¹² Kelsen, *Pure Theory*, s.11; Kelsen, *Introduction*, s.63.

etkililik (normatif düzenin bir bütün halinde etkili olması) geçerliliğin nedeni değil, ön koşuludur²¹³.

Yasal düzenin etkililiğinden farklı olarak, bir de normun etkililiğinden söz etmek gerekir. Kelsen'e göre, bir veya birden fazla norm, etkili olmadığı halde geçerliliğini sürdürebilir. Söz gelimi, hırsızlık suçunu işleyen failin, suçtan kaçmak suretiyle yargılamaya tabi olmaması, normun uygulanmadığını gösterir. Buna karşın, norm halen yürürlüktedir ve daha sonra meydana gelecek hırsızlık olaylarında uygulanmaya devam edecektir. Eğer norm sürekli biçimde etkililiğini yitirmişse, geçerliliği de son bulur. Daha açık bir ifadeyle, insanlar sürekli biçimde norma itaat etmiyorsa veya mahkeme/idare normu uygulamıyorsa, geçerlilik "desuetude" yoluyla sona erer. Desuetude, örf ve adet aracılığıyla normun yürürlükten kaldırılma usulüdür²¹⁴.

Kelsen tarafından öngörülen "desuetude" yönteminin olan-olması gereken ayrımına aykırı olduğu iddia edilir. Bu görüşe göre, normun geçerlilik kazanması başka bir norma bağlı olduğu için, desuetude yöntemi de bir norm tarafından öngörülmüş olmalıdır. Aksi takdirde, normun geçerliliği olgusal bir kritere bağlanarak olan-olması gereken ayrımı zedelenecektir²¹⁵.

Biz, örf ve adet olgusunun ulusal düzeyde hukuka kaynaklık etmesini bir zorunluluk olarak değerlendiriyor olsak da (ayrıntılı bilgi için bkz. Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku) bu görüşe katılmıyoruz. Unutmamak gerekir ki, örf-adet, anayasa değil doğrudan temel norm tarafından hukuku yaratan bir olgu olarak kabul edilmiştir²¹⁶. Desuetude bir örf ve adet kuralı olduğuna göre, geçerliliğini pozitif bir normdan alma gereksinimi duymaz. Onun dayanağı geçerliliği varsayılan temel normdur.

Kelsen, pozitif bir hukuk kuramının en önemli sorunlarından birinin, geçerlilik ve etkililik prensipleri arasındaki ilişkiyi ele almak olduğunu söyler. Bu ilişki, aslında olan-olması gereken ayrımının özel bir görünümüdür. Etkililik olanı,

²¹³ Kelsen, *Law And State*, s.42; Kelsen, *Pure Theory*, s.193.

²¹⁴ Kelsen, *Law And State*, s.119; Kelsen, *Pure Theory*, s.213.

²¹⁵ Gülgeç, s.22.

²¹⁶ Kelsen, *Pure Theory*, s.226.

geçerlilik ise olması gerekeni ifade eder²¹⁷.

Etkilik ve geçerlilik prensiplerinin birbiriyle bağlantılı olmadığı görüşlerine karşın, onların özdeş kavramlar olduğunu savunanlar da vardır. Kuram, her iki görüşün de karşısındadır. Normun geçerli olması için yetkili organlarca çıkarılmış olması zorunludur. Bu durum, geçerlilik ve etkililiğin birbirinden tamamen bağımsız kavramlar olmadığını gösterir. Şöyle ki, olması gerekeni ifade eden geçerli bir normun ihdası için yetkili organlarca gerçekleştirilen etkinlikler “olani”, bir diğer deyişle, etkililiği ifade eder. Yetkili organların gerçekleştirdiği etkinlikler de bir başka normun konusunu oluşturmakta ve bu organlar söz konusu normu etkili kılarak onun geçerliliğini ayakta tutmaktadır²¹⁸.

C. Saf Hukuk Kuramı’nda Saf Dışı Bir Kavram: Etkililik

Kelsen, hukukun objektif biçimde anlaşılabilmesi için, saf bir kuram inşa etme gayretindedir. Kullanılan metodolojik argümanların Kuram’ın saflığını zedelememesi gerekir. Görece farklılık arz eden veya anlamı belirsiz olan unsurlara kendi kuramında yer vermesi, Kelsen’in eleştirilmesine yol açacaktır. Bu noktada, geçerliliğin ön koşulu olarak ifade ettiği etkililik kavramı, Kuram’ın saf-dışı bir unsuru olarak göze çarpar.

İnsanların fiili davranışlarının normlarda öngörülen davranış biçimleriyle bire bir örtüşmesi düşünülemez. Bu düşüncenin aksini kabul etmek, normatif düzeni anlamsız kılar ve normların hukuk düzenindeki varlık amacını ortadan kaldırır. İnsanların normlara mutlak biçimde itaat etmesi, olan ile olması gerekeni özdeş kılar²¹⁹. Ayrıca böyle bir durumun varlığı, normun mahiyetinin değişmesine yol açar. Norm, kendisinin öngörmüş olduğu eylem tarzı ile fiiliyatta gerçekleşen eylemin bire bir uygunluk gösterdiği, adeta nedenselliğin geçerli olduğu tabiat yasasına dönüşür²²⁰.

Her normun kendisine itaat edilmeme olasılığı vardır. Normun sahip olduğu

²¹⁷ Ebenstein, s.640.

²¹⁸ Kelsen, *Pure Theory*, s. 211; Kelsen, *Norms*, s.139.

²¹⁹ Kelsen, *Law And State*, s.120.

²²⁰ Muvaffak Akbay, “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IV, Sayı:1, 1947, s.39.

ve “olması gerekeni” deyimleyen özel anlam, tam olarak bu olasılığı işaret eder. Normlara itaat ve sosyal düzeni sağlamak, hukukun amaçları arasındadır. Bunun için kullanılan en önemli araçlardan biri yaptırımdır²²¹.

Yaptırım öngörülen normların uygulanması için, bireylerin söz konusu normlara itaat etmemesi gerekir. İtaatsizlik, genel olarak “hukukun ihlali” şeklinde adlandırılır; ancak, Kelsen böyle bir söylemin karşısında yer alır. Ona göre, bireylerin normda öngörülen davranış biçiminin aksine hareket etmeleri, hukukun ihlali olarak nitelendirilemez. Normların gerçek işlevini yerine getirebilmesi için, insanların -genel olarak kullanılan tabirle- “hukuku ihlal etmeleri” gerekir. Aksi takdirde, normların geçerlilik koşulu olan etkililiğini yitirmesi gündeme gelir. Bu düşünceler ışığında, Kuram, normların uygulanmak için var olduğunu bizlere hatırlatır²²². FURTUN’un da isabetle belirttiği gibi, normda öngörülen davranış biçimine aykırı hareket eden kimseye karşı, yetkili organlar tarafından uygulanan normlarla hukuk varlığını hissettirmiş olur²²³.

Kelsen, bir yandan normlara itaat edilmemesini onların varlık nedeni olarak açıklar. Diğer yandan ise, “belli bir dereceye kadar” itaat edilmemesi halinde yasal düzenin geçerliliğini yitireceğini belirtir. Özellikle devrim, savaş gibi yasal düzenin değişmesine yol açacak olağanüstü hallerde etkililik konusu daha da önem kazanır. Yeni otorite sahiplerinin oluşturduğu yasal sistem, insanlar tarafından “belli bir dereceye kadar” kabul görmezse veya “genel olarak” etkililiğini yitirirse, geçerliliğini de yitirmiş olacaktır²²⁴.

Yukarıda görüldüğü üzere, Kelsen, normatif düzenin geçerli olmasına ilişkin iki sınır öngörmüştür. İlki, insanların normda öngörülen davranış biçimlerine uygunluk göstermesi gerektiğini deyimleyen asgari sınırdır. Diğeri ise, fiili davranışların normda öngörülen davranışa mutlak biçimde uygunluk göstermesinin önüne geçecek azami sınırdır. Bunlar, hukuk düzeninin geçerliliğine doğrudan etki edebilecek etkililik sınırlarıdır²²⁵.

Bu noktada GÖZLER’in minimum etkililikten ne anlaşılması gerektiğini

²²¹ Kelsen, *Norms*, s.138.

²²² Kelsen, *Norms*, s.139; Kelsen, *Introduction*, s.28.

²²³ Furtun, *John Austin’in Hukuk ve Devlet Teorisi*, s.26.

²²⁴ Kelsen, *Introduction*, s.59.

²²⁵ Akbay, s.39-40.

aydınlatmaya yönelik analizleri dikkat çekicidir. İnsanların norma uyması gereken durum sayısı ile fiilen uydukları veya uymadıkları takdirde mahkemenin normu uyguladığı durum sayısını karşılaştırmak suretiyle, etkililiğe dair bir netice elde edilebilir²²⁶. Buradan, normun tamamen etkili olması ile hiç etkili olmaması halinin hukuken tespit edilebilir olduğu, minimum etkililiğin de iki sınırın arasında kaldığı sonucuna ulaşılır. Ne var ki, böyle bir sonuç, minimum etkililik kavramının ne olduğundan ziyade ne olamayacağını açıklığa kavuşturur²²⁷.

Minimum etkililik kavramı belirsiz bir anlama sahiptir. Bir an için kavram üzerinde uzlaşıldığını, belirsizliğin ortadan kalktığını veya Kelsen'in kavramı açıklamaya yönelik bir kriter öne sürdüğünü varsayalım. Kuram, yalnızca "etkililik" perspektifinden düşünüldüğünde dahi "saflık" yönünden zarara uğrayacaktır. Kavramın belirsiz olması, sorun teşkil etmekle birlikte, belirsizliğin giderilmesi için zorunlu olarak başvurulması gereken meta-jüridik alanlar, sorunu çözümsüz kılmaktadır.

Minimum etkililik kavramını politik ve sosyolojik verilerin yardımı olmadan açıklamak olanaksızdır. Oysa Kelsen, kuramında sosyoloji, politika, ahlak gibi meta-jüridik alanların belirleyici bir rol üstlenemeyeceğini açıkça ifade etmiştir²²⁸. ÇAĞIL da normda öngörülen davranış biçiminin insanlar tarafından genel olarak benimsenmesini etkililik kapsamında ele alır ve etkililiği "sosyolojik meriyet" olarak tanımlar²²⁹.

²²⁶ Gözler, *Hukukun Genel Teorisi*, s.94.

²²⁷ Gözler, *Hukukun Genel Teorisi*, s.97-98.

²²⁸ Politik bir seçenek olarak çoğunluğun itaati burada bir ölçüt olarak gündeme gelse de, kabul edilmesi mümkün değildir. Böyle bir kabul, Kelsen'in hukuka kazandırmaya çalıştığı saflik ilkesine önemli ölçüde zarar verecektir. Bu noktada Kelsen'in kuramının çıkmaza girdiği ifade edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. W. Friedmann, *Legal Theory*, 3rd. ed., Stevens&Sons Limited, Londra, 1953, s.123; Güriz, s.30; Çeçen, "*Hukukta Norm ve Adalet*", s.90; Kelsen, *Pure Theory*, s.11.

²²⁹ Çağıl, s.92.

II. BÖLÜM

KELSEN'İN TEMEL NORM KURAMI

I. TEMEL NORM (GRUNDNORM)

A. Genel Olarak

Uluslararası normları görmezden gelirse, her norm belli bir ülke sınırları içerisinde işlevini yerine getirir. Normların ulusal hukuk düzenlerinde işgal ettiği yer, tesadüfi değildir. İşte Kuram açısından önemli olan, normların ait olduğu yasal düzenin saptanmasıdır. Normlar arasındaki bağlantının keşfedilmesiyle birlikte, hangi normun hangi yasal düzende yer aldığı ortaya çıkar. Kuram'ın sağlam temeller üzerine inşası, söz konusu bağlantının keşfiyle mümkündür²³⁰.

İki normun aynı yasal düzen içerisinde yer alması, aralarındaki hiyerarşik bağdan kaynaklanır. Yetkili kılan ve bu yetki kapsamında ihdas edilen normlar, aynı yasal düzeni oluşturur. Bunun ötesinde, hiyerarşinin en üst seviyesindeki normun verdiği yetkiye dayanarak ihdas edilen diğer bütün normlar, aynı yasal düzenin bir parçasıdır. Merak konusu olan, en üst düzeydeki normun niteliğidir²³¹.

Kelsen, dış dünyada gerçekleştirilen etkinliklerin neden “yasal” olarak adlandırıldığını sorgulayarak en üst seviyedeki norma ulaşmaya çalışır. Sorgulamaya zorlayıcı etkinliklerden²³² başlar. Yaptırımlar, mahkeme veya idarenin genel normlara dayanarak verdiği kararlardır. Genel normlar ise, anayasanın yetkili kıldığı organ tarafından ihdas edilmiştir. Kelsen, anayasanın neden geçerli olduğu sorusuyla

²³⁰ Kelsen, *Introduction*, s.55.

²³¹ Joseph Raz, “Kelsen'in Temel Norm Kuramı”, çev. Şule Şahin Ceylan, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: LXII, Sayı:4, 2013, s.1170-1172.

²³² “Zorlayıcı etkinlik” denilince sadece suçun karşılığı olduğu iddia edilen yaptırım akla gelir. Kelsen, zorlayıcı etkinlik ifadesiyle, sorumlu tutulan bireylerin hayatından, özgürlüğünden, sahip olduğu ekonomik değerlerden mahrum bırakılmasını anlar. (Bkz. Aynı eser, s.33) Bazı normlarda suç işlenmediği halde önlem olarak bir takım zorlayıcı etkinliklere başvurulduğu görülür. Söz gelimi, birey sadece şüpheli olduğu gerekçesiyle gözaltına alınabilir, bir müddet özgürlüğünden mahrum bırakılabilir. Benzer şekilde, insanlar bulaşıcı hastalıklara yakalandığında, belli bir yerde gözlem altında tutulabilir. Dolayısıyla zorlayıcı etkinlik denildiğinde, sadece suç neticesinde uygulanan yaptırımlar akla gelmemelidir. Kelsen, *Pure Theory*, s.40. Biz genel kullanıma uyarak bundan sonra “yaptırım” kelimesini kullanacağız.

sorgulamasına devam eder. Mevcut anayasa, kendinden önceki anayasanın öngördüğü şekilde değiştirilmiştir. Sorgulama kapsamında önceki anayasalara gitmek, hatta “tarihsel anlamda ilk anayasaya²³³” başvurmak gerekir. Nihayet ilk anayasanın geçerlilik nedeni sorulur ve yasal sistemin bütününe geçerlilik kazandıran “varsayım” niteliğindeki norma ulaşılır²³⁴.

“Varsayım” niteliğindeki norm, diğer normlardan farklı olarak, yasal bir otoritenin belirlenimi altında değildir. Kelsen, yasal düzene geçerlilik kazandıran böyle bir norm için “temel norm” (grundnorm) ifadesini kullanır. Temel norm, “pozitif hukukun oluşum sürecinde, varsayılan başlangıç noktası” şeklinde tanımlanır²³⁵.

Normatif düzene geçerlilik sağlayan temel normun “varsayım” olarak kabul edilme zorunluluğu, teolojik düzenlerde daha net biçimde anlaşılabilir. Dini inançlarda Tanrı, genel olarak, norm yaratan en üstün otorite kabul edilir. Tanrı’nın yarattığı normların, aynı dini sisteme tabi diğer normlara geçerlilik kazandırdığına ilişkin varsayım, temel normu işaret eder. Temel normun irade etkinliği ürünü olduğunu ileri sürmek, norm ihdasında Tanrı’dan daha üstün bir otoritenin varlığını kabul etmek demektir. Dolayısıyla, temel normun diğer yasal/ahlaki/dini normlar gibi pozitif nitelikte olması olanaksızdır. Bu ön kabul sayesinde, temel norm, yasal/ahlaki/dini düzeninin kurucu normu olma vasfını elde eder²³⁶.

Temel normun kurucu fonksiyona sahip olması, sadece belli bir yasal düzen için düşünülmelidir. Her yasal düzenin geçerliliğine dayanak teşkil eden farklı bir temel norm vardır. Temel norm, pozitif normların nasıl bir içeriğe sahip olduklarıyla ilgilenmeksizin onlara geçerlilik sağlar. O, geçerli kıldığı ilk anayasanın benimsediği değerlerden, ideolojiden kısaca her türlü içerikten bağımsızdır. Anayasanın evrensel değerlere aykırı bir içeriğe sahip olmasının, söz gelimi işkenceyi meşru kılmasının,

²³³ Temel norm değişikliğine yol açacak nitelikte savaş, devrim veya darbe gibi olağanüstü olayların neticesinde yeni bir yasal sistem ve bunun ilk adımı olarak da yeni bir anayasa inşa edilmişse, bu anayasanın tarihsel anlamda ilk anayasa olarak kabul edilmesi gerekir. Bir anayasa, kendinden önceki anayasanın öngördüğü biçimde değiştiriliyorsa, o anayasayı tarihsel anlamda ilk anayasa olarak kabul etmek mümkün değildir.

²³⁴ Kelsen, *Law And State*, s.115; Kelsen, *Introduction*, s.57; Kelsen, *Pure Theory*, s.200.

²³⁵ Kelsen, *Pure Theory*, s.199-200.

²³⁶ Eğer bir din Tanrı’yi nihai güç konumunda kabul ediyorsa, bu dine inanan kişilerin Tanrı’ya itaate yönelik bir emri kabul etmemesi gerekir. Aksini düşünmek, Tanrı’dan daha üstün bir otoritenin varlığına işaret eder. Tanrı’nın kendisi “Tanrı’nın emirlerine itaat edin.” şeklinde bir dini norm ortaya koysaydı, bu normun Tanrı’nın yarattığı diğer normlara geçerlilik kazandırması düşünülemezdi. Kelsen, “*On The Basic Norm*”, s.108; Kelsen, *Law And State*, s.116; Kelsen, *Pure Theory*, s.201.

temel normla bir ilgisi yoktur. Temel normun ortaya konuluş amacı, geçerli kıldığı anayasanın veya bu anayasaya bağlı yasal düzenin içeriğini onaylamak veya onaylamamak değildir. Kelsen'in şu sözleri konuyu özetler²³⁷: “Bir yasal düzenin yalnızca geçerliliği temel normdan elde edilir, içeriği değil.”

B. Temel Normun İşlevi

Normların sistematik bütünlük içerisinde yorumlanabilmesi için, temel normun içerikten soyutlanması gerekir. Ancak, norm sistemlerine geçerlilik sağlayan her temel normun salt biçimsel bir “varsayım” olarak işlev gördüğü söylenemez. Temel norma bazen belli bir içerik atfedilir. Temel normun statik veya dinamik karakterli olması, norm sistemlerini iki gruba ayırır²³⁸:

-Birinci tür normlara geçerlilik kazandıran, onların içeriğidir. Ahlak kuralları bu kategoride yer alır. Bir an için dürüstlük kuralının temel normun içeriğini oluşturduğunu varsayalım. O halde yalan söylememeyi, verilen sözü tutmayı içeren kurallar temel normla uyumlu olduğu için geçerli olacaktır. İçerik bakımından temel norma uygunluk gösteren tüm ahlak kuralları, hiyerarşik olarak aynı seviyededir. Temel norm statik ve maddi bir karaktere sahiptir. Ahlak kuralları, temel normun içeriğine aykırı olmamak koşuluyla, mantıksal çıkarımla elde edilebilir.

- İkinci tür normlar ise, sahip oldukları içerikten bağımsız bir biçimde geçerlilik kazanır. Hukuk normları bu kategoridedir. Normlar, ancak üst seviyedeki başka bir norma dayanarak hukuk aleminde varlık kazanır. Hiyerarşinin en üst seviyesindeki temel norm, içeriğine bakmaksızın anayasayı geçerli kılar. Genel normlar da anayasanın öngördüğü biçimde ihdas edilmek suretiyle geçerlilik kazanır. Bireysel normlar (mahkeme/idare kararları) genel normların uygulanmasıyla ortaya çıkar. Böyle bir sistemde normlar aynı seviyede yer almaz. Ayrıca, norm oluşturma faaliyeti her zaman aktiftir. Hukukun “kendi oluşumunu yönettiğine” ilişkin temel ilke, konuyu en iyi şekilde özetler.

²³⁷ Kelsen, *Pure Theory*, s.201, 217; ÖKTEM, temel normun devlet anayasasına hakim olan bir “zihniyet”, “anlayış” ve “yaşam görüşü” olduğunu dile getirerek bu konuda farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Niyazi Öktem, “Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: VIII, 1991, s.269.

²³⁸ Kelsen, *Introduction*, s.55-56; Ebenstein, s.643.

Bu çalışmanın konusunu hukuk normları oluşturduğu için, konunun işlenişine dinamik karakterli normatif düzenlerden devam edilecektir. Dinamik sistemlerin ve dolayısıyla normlar hiyerarşisinin bir gereği olarak, normların ihdası ve uygulanması faaliyeti aynı anda gerçekleşir. T.C Anayasası'nın 121. maddesini ele alalım. Olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisi verilmiştir. Bakanlar Kurulu'nun KHK çıkarması, ilgili anayasal hükmün uygulanması anlamına gelir. Ancak, idare ve yargı organları açısından norm yaratma faaliyeti olarak görülür²³⁹.

Normun ihdası ile uygulanmasının özdeş olduğu iddiası, normlar hiyerarşisinin en üst seviyesindeki temel norm ile en alt seviyesindeki mahkeme/idare kararlarını kapsamaz. Temel norm, hiçbir zaman kendinden üst bir normun uygulanması olamayacağı gibi, mahkeme/idare kararları da kendinden alt seviyede bulunan bir normun ihdası şeklinde yorumlanamaz²⁴⁰.

Dinamik sistemde normların içerikleri değil, geçerlilikleri yönünden bir inceleme yapılır. Geçerli normlar, hiyerarşik düzeni oluşturur. Temel norm, pozitif bir niteliğe sahip olmadığı için, onun geçerliliği varsayılır. O, pozitif niteliğe sahip olmasa da hiyerarşik düzenin zorunlu unsurudur. İlk bakışta, bu söylemin çelişkili olduğu düşünülebilir. Ancak, yasal düzenin sistematik bütünlük içerisinde ele alınabilmesi için, temel norma gereksinim vardır²⁴¹.

Temel norm, ilk anayasayı oluşturanları yetkili kılarak, normatif düzenin sistematik olarak yorumlanmasına hizmet eder. İçeriğine bakmaksızın ilk anayasayı geçerli kılar. Eğer sadece belli bir içeriğe sahip olan anayasalara geçerlilik kazandırsaydı, dinamik bir sistemden söz edilemezdi. Ayrıca statik sistemlerde olduğu gibi, salt çıkarım yapmak suretiyle normların ihdası mümkün olurdu. Temel normun bu şekilde formüle edilmesi, “varsayım” niteliğinde bir norm olmasından kaynaklanır. Geçerliliğini temel normdan alan anayasa ise, norm ihdası için yetkili kıldığı organlara içerik bakımından olumlu veya olumsuz bazı kısıtlamalar getirebilir. Pozitif normlar, bu yönüyle temel normdan ayrılır²⁴².

Pozitif yasal düzen, içerik bakımından temel norma uymadığı gerekçesiyle

²³⁹ Ebenstein, s.644.

²⁴⁰ Ebenstein, s.644.

²⁴¹ Kelsen, *Pure Theory*, s.197-198.

²⁴² Kelsen, *Norms*, s.257.

geçersiz olarak değerlendirilemez. Temel normun içerik bakımından pozitif yasal düzeni kendisine bağlı kılmak gibi bir işlevi yoktur. İçerik yönünden yapılan değerlendirmelerle normların geçerliliği tespit edilemez. Bu değerlendirmeler, kesinlikten yoksundur²⁴³.

Temel normun pozitif niteliğe sahip olmaması, Kuram'ın doğal hukukla benzerlik gösterdiği iddialarına neden olmuştur. Ne var ki, doğal hukuk görüşünde normlar, sadece geçerlilik yönünden değil, aynı zamanda içerik yönünden de insan-üstü bir otoritenin belirlenimine tabi olmak zorundadır. Doğal hukuk, normların geçerliliği yanında onların içeriğini de belirlemeye yetkilidir. Temel normun diğer normların geçerliliğini içerik bakımından belirlememesi, pozitivist karakterli Kuram ile doğal hukuk doktrini arasındaki en keskin ayrımlardan biridir. Buna göre, normların içeriği, yalnızca yetkili kimselerin irade etkinliği aracılığıyla belirlenebilir²⁴⁴.

Temel normun her türlü iradeden bağımsız, tamamen formel nitelikte olması, hukuk sistematigi açısından elzemdir. Geçerlilik nedeni müşterek temel norm olan her norm, aynı hukuk düzenine aittir. Mahkeme/idare kararlarından ilk anayasaya kadar tüm normlar, temel norm sayesinde geçerlilik kazanır. İlk yasa koyucular - monark ya da meclis fark etmeksizin- tarafından yürürlüğe konulan anayasanın geçerli olduğunu varsaymak, yasal düzenin bütün halinde ayakta kalabilmesi için gereklidir. Aksi takdirde, ilk anayasaya dayanan yasal düzen anlamsızlaşır ve geçerliliğini kaybeder²⁴⁵.

Tarihsel olarak ilk anayasa kapsamındaki yasama organının oluşumu ve buna ilişkin etkinlikler, bir norma dayanmak zorundadır. Bununla birlikte, ilk yasa koyucuların bu normu ihdas edebilmesi için yetkili kılınması gerekir. İşte, ilk yasa koyucuları²⁴⁶ yasal etkinlikler gerçekleştirmekle yetkili kılan ve diğer kişilerden

²⁴³ Kelsen, *Pure Theory*, s.217.

²⁴⁴ Kelsen, "*On The Basic Norm*", s.109.

²⁴⁵ Kelsen, *Introduction*, s.57; Kelsen, *Law And State*, s.115; Kelsen, *Pure Theory*, s.195.

²⁴⁶ Temel normun ilk anayasayı oluşturmakla yetkili kıldığı kişilerle kurucu iktidar kavramı arasındaki bağlantıya değinmek gerekir. Kurucu iktidar, genel olarak, anayasa üzerinde kendine biçtiği rol ve gerçekleştirdiği etkinlikler kapsamında tasnif edilir. Eğer söz konusu iktidar, anayasa yapma konusunda kendini yetkili görmüşse -ki bu yetkinin dayanağı hukuki değil fiilidir- burada asli kurucu iktidarın varlığından söz etmek gerekir. Eğer halihazırda var olan anayasanın öngördüğü biçimde bir değişiklik yapılyorsa tali kurucu iktidarın varlığı gündeme gelir. Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, Ekin Yayınları, Bursa, 1998, s.11. Temel normun ilk anayasayı yapmakla yetkili kıldığı iktidar, kuşkusuz asli kurucu iktidardır. Ancak, unutmamak gerekir ki, temel norm asli kurucu iktidarın yanı sıra tali kurucu iktidarı da meşru kılar. Tali kurucu iktidar, meşruyetini yürürlükteki anayasaya borçludur.

ayıran norm, temel normdur. Buradan, normların yanı sıra, normlara varlık kazandıran yasal etkinliklerin de temel norma dayandığı sonucuna ulaşılır. Kelsen, konuyu şöyle özetler²⁴⁷: “Temel normun tüm işlevi, ilk yasa koyucunun etkinliğini ve buna bağlı tüm etkinlikleri hukuku yaratan güç olarak sunmaktır.”

Temel norm, ilk yasa koyuculardan itibaren yetkili kimselerce yerine getirilen tüm etkinliklerin normatif olarak yorumlanması amacıyla da hizmet eder. Yetkili organlarca yerine getirilen bir takım etkinliklerin sübjektif anlamı, ancak varsayım niteliğindeki temel norm sayesinde objektif biçimde yorumlanabilir. Temel norm varsayım olarak tanımlanmasıydı, anayasayı oluşturan ve bu anayasaya göre gerçekleştirilen etkinliklerin sübjektif anlamını objektif biçimde yorumlamak asla mümkün olmazdı²⁴⁸.

Kelsen’in örf ve adet hukukuna ilişkin görüşlerine bakıldığında, temel normun işlevini daha geniş bir kapsamda inceleme zarureti doğar. Yazılı hukukta olduğu gibi, örf ve adet hukuku da yetkili organlar aracılığıyla uygulanmak suretiyle hukukun bir parçası olarak kabul edilir. Anayasanın, norm ihdasına ilişkin, yasama etkinliği dışında başka bir yöntemi kabul etmemesi, örf ve adet kurallarının hukuk düzeni içerisindeki varlığına yönelik tereddütlere yol açabilir. Ne var ki, Kelsen’e göre, örf ve adetin norm oluşturma hususundaki yetkinliği, anayasaya değil temel norma dayanır. Temel normun işlevi, ilk anayasa koyucuların irade etkinlikleriyle sınırlı değildir. Örf ve adeti, hukuku oluşturan bir olgu olarak tanımak, ona geçerlilik kazandırmak, temel normun bir diğer önemli işlevi olarak karşımıza çıkar²⁴⁹.

C. Temel Norm Değişikliği

Pozitif normlarda meydana gelen değişiklikler, işin doğası gereği, temel norm

Pozitif yasal düzende normlar hiyerarşisinin en üst noktasında yer alan anayasa, geçerliliğini temel normdan alır.

²⁴⁷ Kelsen, “*On The Basic Norm*”, s.108; Kelsen, *Introduction*, s.59; Kelsen, *Law And State*, s.116.

²⁴⁸ Söz gelimi, trafikte ambulansa neden yol vermek zorunda olduğumuz sorusuna çeşitli sübjektif yanıtlar verilebilir: İlerleyen zamanda vicdanen rahatsız olmamak, insan hayatını her şeyin üstünde görmek veya ambulansın arkasına takılıp trafikte rahat ilerlemek gibi. Oysa 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, ambulansların geçiş üstünlüğüne sahip olduğunu söyler. İlgili kanun geçerliliğini anayasadan alır. Anayasa ise, temel norma dayanır. Temel norm herhangi bir içeriğe sahip olsaydı, kendinden sonraki anayasayı ve yasaları bu içerik kapsamında yorumlamak gerekirdi. Öyle bir durumda, herhangi bir eylemin hukukiliği konusunda konsensüse varmak mümkün olmazdı. Kelsen, *Pure Theory*, s.201.

²⁴⁹ Kelsen, *Pure Theory*, s.226.

üzerinde bir etki yaratmaz. Normlar, kendilerinin geçerlilik nedeni olan temel norma uygunluk içerisinde değişir. Temel norm, hiyerarşinin en üst noktasında bulunduğundan, onu değiştirecek başka bir norm yoktur. O halde, temel normun hangi koşullarda ve nasıl değişeceğini incelemek gerekir.

Norm, yürürlükten kaldırılmadığı sürece, geçerliliğini muhafaza eder. Temel norm da yasal düzenin bütün halinde geçerliliğini yitirmesiyle hukukun birliğini sağlama işlevini yerine getiremez ve ortadan kalkar²⁵⁰.

Yasal düzen değişikliğinde, darbeyi de içeren devrim, akla ilk gelen olgulardan biridir. Devrim sonrasında, hukuk düzenini oluşturan normların geçerlilik yönünden akıbetinin ne olacağı merak konusudur. Uygulamada, eski yasal düzene ait normların birçoğu, içerik bakımından değişikliğe uğramadan olduğu gibi kalır. Bu normların, devrimden sonra da geçerliliğini sürdürdüğü iddia edilir²⁵¹.

Kelsen, böyle bir iddiaya karşı çıkar. Eski yasal düzene ait normların geçerlilik nedeni artık değişmiştir. Normlar, yeni yasal düzenin temel normuna dayanarak “tanıma” yoluyla hukuk aleminde varlık kazanır. Bir bakıma yeniden yürürlük kazanmışlardır²⁵².

Darbeyi de devrim kapsamında ele alan Kelsen, hukukun sürekliliğinin darbe ve devrimler neticesinde sekteye uğrayacağını belirtir. John Finnis ise, hukuk düzenini ortadan kaldırmayacak nitelikte bir darbenin mümkün olup olmayacağını sorgulayarak bir sonuca varmaya çalışır²⁵³.

Finnis’a göre, darbelerin de devrimler gibi hukuk düzenini temelden sarsmaya yönelik, onlarla aynı etkiye sahip olduğu düşüncesi yerinde değildir. Her darbe, hukuk düzenini yıkıcı bir işleve sahip olmayabilir. Söz gelimi, “saf” darbelerle yönetimi ele geçirenler, sadece devletin belli mevkilerinde görev alma veya yöneticilik statüsüne ilişkin normları değiştirir. Mevkiler ve onların hiyerarşik yapısı, darbe sonrasında olduğu gibi kalır. Saf darbelerde anayasa, geçerli bir şekilde

²⁵⁰ Kelsen, *Introduction*, s.59.

²⁵¹ Literatürümüzde 27 Ekim 1980 gün ve 2824 sayılı “Anayasa Düzeni Hakkında Kanun” örnek olarak gösterilmiştir. Kanunun ilk iki maddesi; yeni anayasa yürürlüğe girene kadar, 1961 Anayasası tarafından TBMM ve Cumhurbaşkanına verilen yetkilerin MGK ve Devlet Başkanına devredilmesini öngörüyordu. Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 15. bs, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.178; Ayrıca bkz. Gözler, *Kurucu İktidar*, s.70.

²⁵² Kelsen, *Law And State*, s.117; Kelsen, *Pure Theory*, s.209.

²⁵³ J. M. Finnis, “Revolutions and Continuity Of Law”, *Oxford Essays In Jurisprudence* Ed: A.W.B. Simpson, Clarendon Press, Oxford, 1973, s.45.

yürürlüktedir²⁵⁴.

Biz bu konuda Kelsen'in görüşünü yerinde buluyoruz. Unutmamak gerekir ki, saf darbelerde dahi anayasayı ihlal kaçınılmazdır. Anayasayı ihlal ederek yönetimi devralan güç sahipleri, asli kurucu iktidar²⁵⁵ olarak anılır. Asli kurucu iktidarın olduğu yerde, artık tamamen yeni bir hukuk düzeninden söz etmek gerekir.

Kelsen, konuya ilişkin olarak, monarşiyle yönetilen bir ülkenin devrim sonrasında cumhuriyet rejimine geçişini örnek gösterir. Devrimin başarıya ulaşması sonucunda, kralı yasa koyucu olarak yetkili kılan temel norm ortadan kalkar. Devrimle birlikte artık yeni bir temel norm vardır. Bu noktada, Kelsen'in normlara atfettiği "etkililik" kavramı ön plana çıkar. Temel norm, yeni yasal düzen için etkili bir anayasaya göndermede bulunur. İnsanlar yasal düzenin gereklerine göre hareket ediyorlarsa, yeni temel normun hukuk düzenine geçerlilik kazandırdığı kabul edilir. İnsan eylemleri, bundan böyle -yasal veya yasadışı olarak- yeni yasal düzenin normlarına göre değerlendirilir. Artık devrim hükümetine norm oluşturma yetkisi veren yeni bir temel norm vardır²⁵⁶.

Şu ana kadar söylenenler, devrimin başarılı olduğu varsayımına dayanmaktaydı. Devrim başarısız olursa, yeni bir yasal düzen kurulmaz. Yeni bir temel normdan da söz edilemez. Mevcut düzen geçerliliğini sürdürür. Yönetimi devralmaya yönelik etkinlikler, mevcut normlara göre suç teşkil eder ve sorumluların cezalandırılması gerektiği gündeme gelir. Cezalandırma etkinliği, mevcut yasal düzenin geçerliliğini kanıtlar niteliktedir²⁵⁷. Buradan, temel normun maddi olgularla birlikte ortaya çıktığı sonucuna ulaşılabilir. Kelsen de temel normun içeriğini maddi gerçekliklerin oluşturduğunu söyler. Maddi gerçeklik kavramı "insan davranışlarının belli bir aşamada uyum sağladığı sistemi oluşturan olgular" şeklinde anlaşılmalıdır²⁵⁸.

²⁵⁴ Finnis, s.48.

²⁵⁵ Asli kurucu iktidarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, *Kurucu İktidar*, s.11.

²⁵⁶ Kelsen, *Law And State*, s.118; Kelsen, *Pure Theory*, s.210.

²⁵⁷ Kelsen, *Pure Theory*, s.210; Kelsen, *Introduction*, s.59.

²⁵⁸ Kelsen, *Introduction*, s.59; Kelsen'in bu görüşlerine 1934 tarihli "Pure Theory Of Law" ve 1945 tarihli "General Theory Of Law And State" adlı eserlerinde rastlanır. Nitekim 1960 tarihli "Pure Theory Of Law" adlı eserin ikinci baskısında temel normun olgular tarafından belirlendiği görüşüne yer verilmemiştir. Acar, s.115.

D. Temel Normun Evrimsel Süreci²⁵⁹

Bir yasal düzen içerisinde temel normun var olması gerektiğine dair görüşler, Kelsen tarafından ilk kez 1914 yılında dile getirilmiştir. “*Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung*”²⁶⁰ adlı makalesinde, “temel norm” ifadesini doğrudan kullanmasa da, böyle bir normun gerekliliğine vurgu yapar²⁶¹. Ona göre, yasal düzeni inşa edecek varsayım niteliğinde bir norma gereksinim vardır. Hukuk bilimi, böyle bir normun geçerliliğini varsaymak zorundadır²⁶².

Temel normun neyi deyimlediği, nasıl bir içeriğe sahip olduğuna ilişkin düşünceler ise, ilk kez 1925 yılında yayımlanan “*Allgemeine Staatslehre*” adlı eserde açıklanmıştır. Kelsen, nihai normun gerekliliğini şu sözlerle belirtir²⁶³:

“*Temel norm, ifadelerinin geçerli olarak kabul edilmek zorunda olduğu bir hukuk otoritesinin, bir hukuk kaynağının kurulmasını kendisinin tipik bir içeriği olarak görür: Yasal otoritenin buyurduğu gibi davran!*”

Yukarıda temel normun işlevinden söz ederken “otoritenin buyruğu” ifadesine yer verdiği için, Kelsen’in Austin’e yaklaştığı söylenebilir. Ancak, daha sonraki eserlerinde bu görüşe alenen karşı çıktığı herkesçe bilinmektedir. Daha önce bu konuya değinmiştik.

Kanaatimizce, Kelsen, temel normun işlevini ve onun içeriğini daha anlaşılabilir, daha somut biçimde ortaya koyabilmek maksadıyla böyle bir söylemde bulunmuştur. Temel normun en önemli işlevinin, asli kurucu iktidarın ihdas ettiği anayasaya geçerlilik kazandırmak olduğu göz önünde tutulursa, bu düşüncenin yerindeliği daha net bir biçimde anlaşılabilir.

1934’te yayımlanan ünlü “*Pure Theory Of Law*” adlı eserinde de temel normun içeriğine dair önemli ifadeler yer alır. Yasal düzenin inşa edilme sürecinde, maddi gerçeklikler (devrim, darbe vs.) temel normun içeriğini belirler. Buradan,

²⁵⁹ Bu konunun işlenmesinde Sylvie Delacroix’in “Legal Norms And Normativity” adlı eseri ilham kaynağı olmuştur.

²⁶⁰ Makalenin Almanca tam metni için bkz. (Erişim) http://www.digizeitschriften.de/download/PPN345574893_0032/PPN345574893_0032_log20.pdf, 19.06.2016.

²⁶¹ Sylvie Delacroix, *Legal Norms And Normativity*, Hart Publishing, Oxford And Portland, Oregon, 2006, s.53; Uta Bindreiter, *Why Grundnorm? :A Treatise On The Implications Of Kelsen’s*, Kluwer Law International, Hague-London- New York, 2002, s.77.

²⁶² Hans Kelsen, “Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung” 32 *Archiv des öffentlichen Rechts*, s.217, Akt. Uta Bindreiter, s.77.

²⁶³ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer, Berlin, 1925, s.36, Akt. Delacroix, s.54.

temel normun belli bir değeri veya ideolojiyi benimsediği sonucu çıkmaz. Yalnızca yeni düzeni oluşturan otoritenin yetkili kılınması, temel normun içeriği olabilir. Söz gelimi, monarşi ile yönetilen bir ülkede temel normun içeriği, monarkın kurucu yasayı yapmakla yetkilendirilmesidir²⁶⁴.

Devrim veya darbe sonucu, monarşilerin yıkılıp cumhuriyet rejimine geçilmesiyle temel normun içeriği de değişecektir. Bundan böyle, temel norm monarkı değil, devrim hükümetini kurucu yasayı yapmakla yetkili kılar. Görüldüğü üzere, cumhuriyetle yönetilmeye başlanan bir ülkede, rejimin kurucu ilkeleri temel normun içeriğini oluşturmaz. O, sadece yetki sağladığı devrim hükümetinin yaptığı ilk anayasaya uyulması gerektiğini deyimleyen spesifik bir normdur²⁶⁵.

“*General Theory Of Law And State*” (1945) adlı eserinde, yukarıdaki görüşlerini yineler. Etkililik prensibi, adeta temel normun varlık koşulu olarak burada da karşımıza çıkar²⁶⁶. 1960 tarihinde Almanca olarak yayımlanan ve 1967’de İngilizceye çevrilen *Pure Theory Of Law*’un ikinci baskısında ise, öncekilerden farklı olarak, olguların temel norma içerik teşkil ettiğine yer vermez²⁶⁷.

Kelsen, *Pure Theory Of Law*’dan dört yıl sonra (1964) yayımladığı “*The Function of a Constitution*” adlı makalesiyle birlikte, temel norma nihai anlam içeriğini kazandıracak ilk somut adımı atar. Makalesinde, DUXBURY’nin deyiimiyle “bombayı patlatan” şu ifadeler yer verir²⁶⁸: “Düşüncede varsayılan temel normla birlikte, bir kimse ayrıca -kurgusal- irade etkinliğinin anlamı temel norm olan bir hayali otoriteyi de düşünmek zorundadır.” Böyle bir durumda, dış dünyada meydana gelen etkinliklerin objektif biçimde yorumlanması, pek mümkün görünmemektedir. Temel normun kurgusal niteliğiyle birlikte, Kelsen’in uzun yıllar mücadele ettiği irade kuramına teslim olduğu belirtilmektedir²⁶⁹. Nitekim kurgusal bir hayali otoritenin varlığına yönelik iddia, bu otoritenin hangi norm tarafından yetkili

²⁶⁴ Kelsen, *Introduction*, s.58.

²⁶⁵ Kelsen, *Introduction*, s.59.

²⁶⁶ Kelsen, *Law And State*, s.120.

²⁶⁷ Kelsen, *Pure Theory*, s.204; Burada temel normun nihai durumuna ilişkin ciddi bulgular yer almaktadır. Temel normdaki radikal dönüşümün bu eserle başladığı kabul edilir. Kelsen, normu “irade etkinliği anlamı” olarak tanımlarken, gerçek bir iradeye gerek olmadığını açık bir biçimde dile getirir. Ona göre, anlamı norm olan hayali bir iradeye düşüncelerimizde yer vermek pekala mümkündür. Kelsen, *Pure Theory*, s.9-10; Neil Duxbury, “Kelsen’s Endgame”, *The Cambridge Law Journal*, Vol.67, No.1, March 2008, s.60.

²⁶⁸ Hans Kelsen, “The Function of a Constitution”, *Essays on Kelsen*, Editor: I.Stewart in R.Tur & W.Twining, Oxford Clarendon Press, 1986, s. 109-112, Akt. Duxbury, “*Kelsen’s Endgame*”, s.55-56.

²⁶⁹ Paulson, “*Kelsen’s Legal Theory*”, s.266.

kılındığına dair bir takım sorgulamaları gündeme getirir. Böylece kısır bir döngünün içerisine girilmiş olur. Temel normun Kelsen tarafından irade etkinliği anlamı olarak kurgulanması, sonsuz sayıda sorgulamayı gerektirir. Bu durumda, normların geçerlilik kaynağı tespit edilemeyeceği gibi, Kuram'ın sistematik ve bütüncül bir düzen kurma amacı da gerçekleşmemiş olacaktır²⁷⁰.

Kelsen, ölümünden altı yıl sonra yayımlanan *General Theory Of Norms* (1979) adlı eserinde ise, temel norma son şeklini verir. Temel norm, varsayım değil, kurgu niteliğindedir. Bu eserde, Vaihinger'in “sanki (as if) felsefesi²⁷¹”, temel normun genel çerçevesini çizer. Buna göre, temel norm, hem gerçeklikle hem de kendisiyle çelişir. Bir kurala norm niteliği kazandıran, onun irade etkinliği ürünü olmasıdır. Temel norm irade etkinliği sonucunda oluşmadığı için gerçekliğin karşısında yer alır, onunla çelişir. Bunun yanı sıra, ilk anayasayı ihdas edenleri yetkili kılarak, onların en üstün meşru otoriteler olduğunu belirtir. Oysa temel normun kendisi “en üstün” otoritelerden daha üstün olan hayali bir otorite tarafından oluşturulur. İşte temel normun kendisiyle çeliştiği nokta burasıdır²⁷².

Netice olarak, temel norm varsayımdan kurgusal bir niteliğe dönüşmüştür. Bununla ilgili çeşitli yorumlar yapılabilir. DUXBURY, yerinde olarak, bu dönüşümün tamamen spekülatif olduğunu söyler²⁷³.

Kanaatimizce, temel normun nasıl nitelendirildiği önemli değildir. Önemli olan, hukukun objektif biçimde anlaşılmasına sağladığı katkıdır. Temel norma ilişkin tartışmalar, ulusal hukuk düzeni çerçevesinde yapıldığı için, niteliği de kapsam bakımından dar yorumlanmaktadır. Oysa tek bir temel norm vardır. O da uluslararası hukuk normlarını ve dolayısıyla tüm pozitif normları geçerli kılar. Şimdi uluslararası hukukun temel normunu analiz etmeye geçebiliriz.

²⁷⁰ Duxbury, “*Kelsen's Endgame*”, s.56.

²⁷¹ Vaihinger'e göre, insanoğlu, düşüncelerini gerçekliğe arz ederek zihnindeki çelişkilerden kurtulmayı amaçlar. Düşünsel kavramlar kurgulardan ibarettir. Kurgular ise gerçeklikle ve kendisiyle çelişen kavramlar olarak karşımıza çıkar. Hans Vaihinger, *The Philosophy of 'As if'*, Translated By: C. K. Ogden, 2nd Ed., Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd., London, 1935, s.16.

²⁷² Kelsen, temel normun bilişsel amacının dış dünyada meydana gelen etkinliklerin subjektif anlamını objektif biçimde yorumlamak olduğunu söyler. Bu etkinlikler, yetkili kimselerin normu oluştururken gerçekleştirdiği eylemlerdir. Bir başka deyişle, temel norm, normlara geçerlilik yönünden bir dayanak teşkil etmektedir. Görüldüğü üzere amaç yönünden temel norma ilişkin bir değişiklik saptamak güçtür. Ne var ki, temel normun niteliği değişmiştir. Kelsen, temel normun daha önce ifade ettiğinin aksine bir varsayım değil, kurgu niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Kurgu, hiçbir zaman gerçeklikle örtüşmeyen bir kavramı deyimler ve bu özelliğinden ötürü varsayımdan ayrılır. Kelsen, *Norms*, s.256.

²⁷³ Duxbury, “*Kelsen's Endgame*”, s.54.

E. Temel Norm ve Uluslararası Hukuk

Temel normdan söz edildiğinde, genel olarak, ulusal düzeydeki hukuk sistemlerinde birliği sağlayan varsayımsal veya -son haliyle- kurgusal bir norm akla gelir. Oysa ulusal hukuk düzenlerinin yanı sıra bir de uluslararası hukuk vardır. Uluslararası hukuk düzeninin ulusal hukuku da kapsayan monist bir yapı içerisinde ele alınıp alınmayacağı tartışması, bu noktada önem arz eder.

Biz ulusal ve uluslararası hukuka ilişkin doktrindeki tartışmaların ayrıntısına girmeden, temel normun uluslararası hukuk kapsamındaki yerini tespit etmeye çalışacağız.

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk düzenleri, ya birbirinden tamamen bağımsız iki farklı hukuk düzenini deyimler ya da aynı hukuk sisteminin bir parçası olarak varlığını sürdürür. Bunlardan ilki, düalist görüş, diğeri ise monist görüş olarak adlandırılır. Düalist görüşe göre, ulusal hukuk düzenini oluşturan normların konusu insan davranışlarıdır. Normlar, devletin tek taraflı iradesinin bir ürünü olarak ihdas edilir. Uluslararası hukuk normları ise, her biri eşit konumda bulunan devletlerin karşılıklı ilişkilerini konu edinir. Uluslararası hukuk normlarının ihdası, devletlerin katılımıyla gerçekleştiği için, tek taraflı bir iradenin varlığından söz edilemez²⁷⁴.

Monist görüş, yeryüzünde tek bir hukuk düzeninin varlığını kabul eder. Bu görüşe göre, ulusal hukuk ile uluslararası hukuk bir bütün teşkil eder²⁷⁵. Monist yaklaşımı benimseyen Kelsen, uluslararası hukukun da hukuk biliminin kapsamına dahil olduğunu belirtir²⁷⁶.

Uluslararası hukuk, devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen normatif bir sistemdir. Bu tanımlamada hem devlet kavramı hem de uluslararası hukuk normlarının teşekkülü sorunu ön plana çıkar. Kelsen'e göre devlet, her şeyden önce hukuki bir düzendir. Ancak, her hukuk düzenini devlet olarak tanımlamak

²⁷⁴ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 12. bs., On İki Levha Yayınları, Ankara, 2013, s.18-19; Uluslararası hukukun yalnızca eşit konumda bulunan devletler tarafından oluşturulduğuna dikkat çeken ve düalist görüşün önemli temsilcileri arasında yer alan Triepel, federal devlet ile federe devletler arasındaki ilişkilerin bu kapsamda yer almayacağını belirtmiştir. H.Triepel, "İç Hukukla Arsulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler, çev. Orhan Arsal, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: III, Sayı:1, 1937, s.9-11.

²⁷⁵ Pazarıcı, s.19.

²⁷⁶ Aral, *Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, s.69.

mümkün değildir. Bir hukuk düzeninin devlet olabilmesi için, teşkilatlı bir yapı içerisinde olması gerekir. Dolayısıyla normları ihdas eden ve uygulayan uzmanlaşmış organlara gereksinim duyulur. Henüz merkezileşmemiş hukuk düzenleri devlet statüsünde kabul edilemez. İlkel toplumlarda geçerli hukuk düzenleriyle uluslararası hukuk düzenleri bu duruma örnek teşkil eder²⁷⁷.

Uluslararası hukuk düzeninde, iş bölümüne dayalı olarak görev ifa eden uzman kimselerin oluşturduğu spesifik organlar yoktur. Uluslararası hukuk, merkezileşme bakımından ulusal hukukun günümüze kadar katettiği yolun henüz başındadır²⁷⁸.

Henüz merkezileşmemiş olmasına rağmen, uluslararası hukuku oluşturan normlar arasında hiyerarşik bir dizilim vardır. Uluslararası hukuk normlarının oluşumunda, örf-adet olgusu başı çeker. Örf ve adet kuralları, devletlerin karşılıklı olarak yaptığı anlaşmalarda izlediği tutumlar neticesinde oluşmuştur. Devletler, yapmış olduğu anlaşmalarda örf ve adet kurallarına riayet etmekle yükümlüdür. Anlaşılacağı üzere, uluslararası örf-adet normları ile devletlerin yaptığı anlaşmalar arasında hiyerarşik bir ilişki vardır. Ayrıca, uluslararası mahkemeler veya benzeri makamların kararları da hiyerarşik düzenin en alt seviyesinde yer alır²⁷⁹.

Hiyerarşinin üst seviyesinde örf ve adet kuralları yer aldığına göre, temel normun örf ve adet kurallarına geçerlilik sağlaması beklenir. Kelsen, örf-adeti hukuk yaratan bir olgu olarak kabul etmek gerektiğini, bunun da uluslararası hukukun temel normu olduğunu ifade eder²⁸⁰.

Hukuk monist bir yapıda ise, ulusal hukuk düzenine ait temel normun, aynı zamanda uluslararası hukukun bir normu olması gerekir. Böylece, devrim veya

²⁷⁷ Kelsen, *Introduction*, s.99; Kelsen, *Pure Theory*, s.286.

²⁷⁸ Kelsen, *Introduction*, s.108; Kelsen, *Pure Theory*, s.323.

²⁷⁹ Kelsen, *Introduction*, s.107-108

²⁸⁰ Ulusal hukukta temel norma ulaşmak için izlediğimiz yöntem burada da geçerlidir. Uluslararası mahkeme kararlarının neden geçerli olduğu sorusu, uluslararası hukukun temel normuna ulaşmada başlangıç noktasını oluşturur. Sorunun yanıtı, mahkemelerin uluslararası anlaşmalara dayanarak kurulması ve anlaşma hükümlerine uygun biçimde işlevini yerine getirmesidir. Uluslararası anlaşmaların geçerliliği ise, genel uluslararası örf ve adet kurallarına dayanır. Bunlar arasında devletlerin anlaşmalara uygun bir biçimde hareket etmesi gerektiğini deyimleyen “pacta sunt servanda” önem arz eder. Nihayet, özel olarak “pacta sunt servanda”, genel olarak uluslararası örf ve adet kurallarının geçerliliği, örf ve adeti hukuk yaratma olgusu olarak gören ve içeriği bundan ibaret olan temel norma dayanmaktadır. Temel normu şu şekilde formüle etmek mümkündür: “Devletlerin örf ve adetin öngördüğü biçimde davranması gerekir.”, Hans Kelsen, *Principles Of International Law*, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, New Jersey, 2003, s.417-418.

darbeyi gerçekleştiren kimselerin uluslararası hukuk tarafından yetkili kılındığı sonucuna ulaşılır²⁸¹. Ulusal düzeydeki temel normlar salt bir varsayım/kurgu olmaktan çıkar. Diğer pozitif normlarda olduğu gibi, temel normun da geçerlilik nedeni artık sorgulanabilir hale gelmiştir. Bu, uluslararası hukuku hiyerarşik olarak ulusal hukuk düzeninin üzerinde gören Kelsenci yaklaşımın bir tezahürüdür. Kelsen, ulusal düzeydeki temel normların uluslararası hukukun pozitif normu olan “etkililik” ilkesine dayanmak suretiyle geçerlilik kazandığını belirtir²⁸².

Etkililik ilkesi, bir hukuk düzenini geçerli kılan olmazsa olmaz bir koşul niteliğindedir. Bu ilke, devrim ve darbe gibi, anayasaya aykırı usullerle yönetimin ele geçirilmesinde, hukuk düzeninin devamlılığı açısından önemlidir. Devletin devamlılığı, ulusal hukuka nazaran uluslararası hukuk penceresinden daha farklı yorumlanır. Ulusal hukuk düzenlerinde devrim veya darbe yoluyla yeni bir hukuk düzeni kurulmasından söz edilmişti. Oysa uluslararası hukuk penceresinden baktığımızda, devrim ve darbe, tıpkı yasama etkinliği gibi, norm değiştiren olgulardır. Böylece ulusal hukuk düzeni kesintiye uğramadan varlığını sürdürür²⁸³.

Netice olarak, Kelsen, ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerine geçerlilik sağlayan temel normların birbirinden bağımsız olduğunu savunan düalizmi reddederek monist düşüncüyü benimser. Bu yaklaşım, dış dünyadaki maddi gerçeklikleri norm kapsamında tanımlayan Kuram’ın genel prensipleriyle örtüşür²⁸⁴.

F. Temel Norma Yönelik Eleştiriler

1. Temel Normun Hukuk Düzenindeki Varlığına Yönelik Eleştiriler

Temel norm hakkında ileri sürülebilecek ilk itiraz, onun hukuk düzenindeki varlığına yöneliktir. Pozitivist hukuk kuramının varsayım/kurgu niteliğindeki bir normu geçerlilik kriteri olarak öne sürmesi kabul görmemektedir. Buna göre, hukuk sisteminde birliği sağlamak için temel norma gereksinim yoktur. Pozitif hukukun kendisine başvurmak yeterlidir²⁸⁵.

²⁸¹ Kelsen, *Introduction*, s.120.

²⁸² Kelsen, *Law And State*, s.367.

²⁸³ Kelsen, *Law And State*, s.368.

²⁸⁴ Kelsen, *International Law*, s.417.

²⁸⁵ Aral, *Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, s.122.

Hart da, temel normun gereksiz olduğunu vurgular. Temel normlar aynı içeriğe sahiptir. Hukuk düzenlerinde yer alan anayasalara geçerlilik kazandırır. Oysa anayasanın geçerliliğini temin edecek başka bir norma ihtiyaç yoktur. Hukuku uygulamaya yetkili kimseler, anayasanın öngördüğü usul ve esaslara uygun biçimde hareket ediyorsa, harici bir kuralda ısrar etmek gereksizdir²⁸⁶. Ancak, hukukun normatiflik özelliğini öne çıkaran bir Kuram'ın ilk yasa koyucuları norm ile yetkili kılmaması düşünülemezdi²⁸⁷.

Diğer önemli sorun, birden fazla temel normun bir ülkede aynı anda var olup olamayacağıdır. İç savaş, ayaklanma gibi anayasaya aykırı biçimde gerçekleşen olaylar neticesinde, birden fazla otorite ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda birbirinden farklı yasal düzenler -dolayısıyla farklı temel normlar- işlev kazanabilir. Söz gelimi, Vietnam Savaşı boyunca gündüz ve gece iki farklı temel normun etkili olduğu göze çarpar. Böyle kaotik bir ortamda hangi temel norma üstünlük tanınacağı belli değildir²⁸⁸.

Son olarak, temel normun olgulara dayanmak suretiyle varlık kazandığı görüşü eleştirilmiştir. Kelsen, temel norm değişikliğini devrim/darbe gibi olgulara dayalı olarak açıklar. Böylece, normatif düzene olguların kaynaklık ettiği iddiasıyla eleştirilir²⁸⁹.

Temel normun olgulara dayandığı iddiası, yalnızca ulusal hukuk yönünden kabul edilebilir. Oysa monist görüş kabul edildiğinde, temel norm, uluslararası hukukun pozitif normu haline gelir. Temel normu geçerli kılan, uluslararası hukukun örf ve adet kuralı niteliğindeki “etkililik” ilkesidir. Temel normun geçerliliği, iddia edildiği gibi olgulara değil, örf-adet kuralına dayanır. Örf-adet kuralı da geçerliliğini uluslararası hukukun temel normundan alır. Netice olarak, ulusal düzeydeki temel norm, yine bir başka norma dayanmak suretiyle geçerlilik kazanır²⁹⁰.

2. Temel Normun Mutlakiyetçi Rejimlere Yol Açtığına İlişkin Eleştiriler

²⁸⁶ Hart, *The Concept Of Law*, s.303.

²⁸⁷ Kelsen, *On The Basic Norm*, s.108.

²⁸⁸ Ebenstein, s.642.

²⁸⁹ Ali Acar, “(Yeni) Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir?”, *Çankaya University Journal Of Law*, 8/2, 2011, s.115.

²⁹⁰ Kelsen, *Law And State*, s.368.

Kuram'ın pozitif hukuk temelli olmasında II. Dünya Savaşı'nın olumsuz izleri önemli bir etkidir. Hukuk ve siyasi ideolojinin iç içe geçmesi neticesinde nelerin olabileceği, tüm insanlık tarafından acı bir biçimde tecrübe edilmiştir. Bu nedenle, hukuk, maddi olarak değil sadece biçimsel yönden irdelenmeli ve biçimsel geçerlilik zemininde ele alınmalıdır²⁹¹.

Böylece normların geçerliliği, her türlü içerikten soyut bir biçimde analiz edilir. Yasal düzenin biçimsel koşullarına uyan her norm, hangi davranış biçimini konu edinirse edinsin, hukuk kapsamında geçerlidir. Temel norm, anayasanın öngördüğü şekilde davranmamız gerektiğini söyler ve anayasaya içerik yönünden bir sınır çizmez. Eleştiriler de temel normun ilk anayasayı içerik bakımından sınırlandıracak mekanizmalardan yoksun olmasına ilişkindir. Böyle bir durumda Kuram, insanların temel hak ve özgürlüklerini hiçe sayan mutlakiyetçi yönetimlere meşruiyet kazandırabilecek bir yapıya sahiptir²⁹². Hukuk, son tahlilde, yasa koyucunun iradesine indirgenir. İrade ise olanı deyimler. Kelsenci yaklaşımla çelişki arz edecek biçimde, olandan olması gereken çıkarılmaktadır²⁹³.

Temel norm, hukuk düzenine sahip her ülkede anayasayı içeriğine bakmaksızın geçerli kılar. Ülkenin otoriter/totaliter veya demokratik bir cumhuriyetle yönetilecek olmasının hiçbir önemi yoktur. İlk yasa koyucular etkili bir anayasa oluşturmuşsa, temel norm üzerine düşeni yaparak hukuk düzenine tabi tüm normların geçerliliğini onaylar²⁹⁴.

Kuram'ın tarafsızlığını gerekçelendirme adına, Kelsen'in kaçmak zorunda kaldığı Nazi Almanyası'nı ele alalım. Nasyonal Sosyalizm'in egemen olduğu ülkede temel norm, Hitler'in anayasasına itaat edilmesi gerektiğini belirtir. Hukuku her tür ideolojik anlayıştan arındırılmış bir biçimde ele alma düşüncesi, Hitler'in kurduğu yasal düzene meşruiyet kazandırır. Kuram'a göre Nazi Almanyası, Hitler'in yönetimi altında geçerli bir hukuk toplumunu deyimler²⁹⁵. Buradan yola çıkarak temel norma ahlaki bir değer yargısı atfedilemez. Temel normun iyi veya kötü olarak

²⁹¹ Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi*, s.288.

²⁹² Akbay, s.47; Abadan, s.82.

²⁹³ Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi*, s.292.

²⁹⁴ Ratnapala, s.92.

²⁹⁵ Ratnapala, s.92.

değerlendirilmesi, hukukun değil siyaset biliminin alanına girer²⁹⁶.

Hitler'in hukuk düzenini tanıyan bir kuram öne sürmesi nedeniyle, Kelsen'in ilk bakışta paradoksal bir düşünce içerisinde olduğu söylenebilir. O, bir yandan hukuku ideolojik görüşlerden arındırmaya çalışırken, diğer yandan ideolojik değerlerin norma konu olmasını önleyememektedir. Ne var ki, temel norm; yetki veren, yasal düzenin birliğini ve geçerliliğini sağlayan bir normdur. Biçimsel olan bir kuramın içerisinde, o kurama hayat veren 'nihai norm' olarak yer alır.

Temel norm, statik bir yapıya sahip değildir. İlk yasa koyuculara yönelik herhangi bir ideolojik görüşü ya da ahlaki değeri dayatmaz. İlk yasa koyucuların hukuk düzenine dahil ettiği her anayasayı onaylar. Temel norm, işlevini yerine getirebilmek için -anti demokratik de olsa- salt "etkili" anayasaya ihtiyaç duyar²⁹⁷.

Objektif olarak bakıldığında, temel normun mutlakiyetçi rejimlere kapı araladığı düşüncesi, tek taraflı bakış açısını yansıtır. Kuram'a önyargılardan arınmış bir şekilde bakan kimse, sadece mutlakiyetçi rejimleri değil, herhangi bir değer yargısını önceleyen olası tüm ideolojileri meşru kıldığını görecektir. Kelsen'in eserlerinde de özellikle monarşinin yerine kurulan cumhuriyetçi rejimleri örnek verdiği görülür. Temel normun aksiyolojik veya ideolojik bir üst ilke olarak işlev görmemesinin nedeni, Kuram'ın genel özelliğinden kaynaklanır. Kuram, her şeyden evvel bir pozitif hukuk kuramıdır. Tüm eleştirilere karşın, hukuku biçimsel yönden ele alır. Hukuka herhangi bir değer yargısı atfetmez. O, hukuka atfedilecek değerlerin siyasi menfaatler için araç olarak kullanıldığını bilir ve asla buna alet olmak istemez. Bu nedenle, çıkarlarına hizmet etmek istemediği tüm siyasi ideolojilere karşı eşit mesafededir²⁹⁸.

Ayrıca, Kelsen'in konuyla ilgili, haklı olarak yönelttiği bir soru vardır: Kuram, hangi siyasi değer veya ideolojinin çıkarlarına hizmet eder? Ünlü *Pure Theory Of Law* (1934) adlı eserinin önsözünde, farklı ideolojilere mensup kimselerin Kuram hakkındaki görüşlerine yer verir. Kuram, belli siyasi ideolojiyi savunan kimselerce kabul görmemekte, hatta bu kimseler tarafından karşı ideolojinin çıkarlarına hizmet ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Söz gelimi, komünizmi

²⁹⁶ Friedmann, s.114.

²⁹⁷ Ebenstein, s.643.

²⁹⁸ Kelsen, *Introduction*, s.18.

savunan kimseler, kapitalist devletçilik anlayışının bir yansıması olduğu gerekçesiyle Kuram'ı reddeder. Kapitalistler de Bolşevizm'le özdeş olduğunu düşündükleri Kuram'a tepkilidir. Kelsen, buradan bir çıkarım yaparak, karşıt ideolojik eğilimlerin kabul etmediği Kuram'ın "tarafsız" olduğu sonucuna varır²⁹⁹.

Yeri gelmişken objektif bir kuram inşa etmenin ne denli zor olduğunu da değinmek gerekir. Böyle bir kuram oluşturmak, birbiriyle taban tabana zıt bazı ilkelere sahip ideolojilerin karşısında yer almayı gerektirir. Kuram, ideolojilere kendini anlatma mücadelesini tek başına yürütür.

Belki de Kuram'ın tarafsızlığını en iyi şekilde anlatan pasaja bir romanda rastlıyoruz. "Bülbülü Öldürmek" romanında yazar, Güney Amerika'da siyahlar ve beyazlar arasında yaşanan ırkçılık olaylarını, bir çocuğun gözünden okuruna aktarıyor. Romanda siyah ve beyazların safında yer almayan "melezler" için şu ifadeler yer veriliyor³⁰⁰:

"Hiçbir yere ait değiller. Siyahlar onları istemez çünkü yarı beyazlar; beyazlar onları istemez çünkü yarı siyahlar, böylece arada kalıyorlar, hiçbir yere ait olmadan."

Saf Hukuk Kuramı ne siyahtır ne de beyaz. Demokratik veya anti-demokratik bir düzen kurmayı amaçlamaz. Kuram'ın sadece mutlakiyetçi rejimler için meşru bir araç olduğu iddiası, gerçeği yansıtmaz. O, demokratik meşruiyete sahip rejimler için de bir dayanak noktası teşkil eder. Rejimleri tesis eden kuram değil, kişilerdir. Kuram, hukuk düzeninin içeriğine bakmaksızın veya düzeni oluşturan kişilerin ideolojisini araştırmaksızın etkili olan düzeni onaylar ve meşru kılar.

Kuram'ın da dahil olduğu pozitivist akımların totaliter rejimler için genellikle uygun bir araç olduğu öne sürülür. Biz, bu düşüncüyü doğrulamakla birlikte, bunun henüz tamamlanmamış bir söylem olduğu kanaatindeyiz. Pozitivist görüş, genel anlamda, evrensel değer yargılarının yasa koyucuları bağlamadığını savunur. Aynı görüş, yasa koyucuların evrensel değerleri normun içeriğine dahil etmesine de göz yumar. Bu anlamda, Kuram'ı analiz ederken, yasa koyucuların geniş bir takdir

²⁹⁹ Kelsen, *Introduction*, s.3.

³⁰⁰ Lee, s.204.

yetkisine sahip olduğunu kabul etmek, daha tutarlı bir yaklaşım olur³⁰¹.

3. Barışçıl Yöntemlerle Kurulan Hukuk Düzenlerinde Temel Norma Yöneltilen Eleştiriler

Temel norm, sadece anayasaya aykırı yollarla kurulan otoriter rejimlere işlerlik kazandırdığı için eleştirilmez. Aynı zamanda anayasaya uygun olarak gerçekleşen bazı olağan-dışı hallerde temel normun üstlendiği rol tartışılır. Özellikle bir koloni veya sömürgecinin barışçıl yollarla bağımsızlık kazanmasında temel normun işlevini yitirdiği belirtilir³⁰².

Bir ülke, yalnızca normlar aracılığıyla kendi kolonisini bağımsız kılabilir ve onun yapmış olduğu anayasayı tanıyabilir. Bu normlar, ülkenin yetkili organları tarafından ihdas edilmiş, koloni veya sömürgecinin anayasasına geçerlilik sağlamıştır. Hatırlanacağı üzere, yetki sağlayan norm ile buna göre ihdas edilen norm aynı yasal düzene aitti. İşte koloni tarafından ihdas edilen anayasa, yine bağımsızlık tanıyan ülkenin normatif düzenine ait olacaktır³⁰³.

Hukuk düzeninin bir bütün halinde değişmesinin yasa-dışı koşullara bağlı olduğu görüşü, Finnis tarafından da eleştirilmiştir. O, yasa-dışı yollara başvurmadan da yeni bir hukuk düzeninin inşa edilebileceğini; ancak, Kelsen'in temel norma ilişkin görüşleri çerçevesinde bunun pek mümkün olmadığını belirtir. Finnis, bir zamanlar sömürge olarak Britanya'nın hukuk düzenine tabi olan Pakistan'ın, Britanya Anayasası'na aykırılık teşkil etmeden kendi hukuk düzenini nasıl kurabildiğini sorar. Pakistan Kurucu Meclisi'ne en üst düzeyde norm yaratma yetkisi tanınması, Britanya hukuk düzeni tarafından kabul edilmiştir³⁰⁴.

II. NORMLAR HİYERARŞİSİ

A. Genel olarak

Toplumsal düzeni sağlayan kurallar arasında hiyerarşinin varlığına ilişkin

³⁰¹ H. Gökçe Zabunoğlu, "Kültürel Görecelik ve İnsan Haklarının Evrenselliği", *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, s. 793.

³⁰² Raz, s.1175.

³⁰³ Raz, s.1175.

³⁰⁴ Finnis, s.51-52.

görüşler, oldukça eski tarihlere dayanır. İnsanların koyduğu kuralların tabiatın, Tanrı'nın veya aklın kurallarına uygun olması gerektiği ileri sürülmüştür. Sophokles'in M.Ö 442 tarihinde ilk kez sahnelenen Antigone³⁰⁵ isimli oyunu, kuralların aynı seviyede olamayacağını ortaya koyan yerinde bir örnektir.

Bununla birlikte, Antigone'de geçen evrensel nitelikli üstün yasalar, normlar hiyerarşisinin günümüzdeki anlam içeriğine uygun değildir. Günümüz hukukunda, hiyerarşik düzlemde analiz edilen normların kaynağında "insan iradesi" vardır. Pozitif nitelikli normların üstünlüğü, metafiziğe dayalı olarak açıklanamaz.

Sosyal yaşam, normlardan oluşan bir hukuk düzenini gerekli kılar. Normlar, belli bir topluma ait olan insanların birbirleriyle ilişkilerini düzenler. Her norm belli bir yasal düzene aittir. Yasal düzen, genel olarak, normların hiyerarşik bağlantısını içerir. Normlar, kendinden üst seviyede bulunan normun öngördüğü biçimde ihdas edilmek suretiyle geçerlilik kazanır. Yasal düzene ait normların varlığı ve bütünlüğü hiyerarşik bağlamda daha net biçimde anlaşılabilir³⁰⁶.

Normlar hiyerarşisi, belli bir yasal düzene ait normların üst seviyeden alt seviyeye doğru giderek somutlaştığı bir sistemi ifade eder. Normların somut veya soyut niteliği, hukukun yaratılması ve uygulanması özdeşliği ile birlikte düşünülmelidir. Bir normun ihdası, görece daha soyut niteliğe sahip üst seviyedeki normun uygulanması demektir. Herhangi bir normun uygulanması ise, onun somutlaştığı anlamına gelir. En üst seviyede yer alan temel norm, pozitif normlara nazaran daha soyut bir niteliğe sahiptir. Aynı bakış açısıyla, mahkeme/idare kararları,

³⁰⁵ Özetle, Antik Yunan kenti olan Thebai'de Kral Oidipus'un ikisi erkek (Eteokles, Polyneikes) ikisi kız (Antigone, Ismene) toplam dört çocuğu bulunmaktadır. Tahtı, oğulları Eteokles ve Polyneikes'e bırakır. Aralarında anlaşarak ülkeyi birer sene sırayla yönetmeye karar verirler. Eteokles, yönetimde olmanın verdiği güç ve cesaretle sırasını devretmeye yanaşmaz ve yaşanan iç savaşta ikisi de ölür. Bunun üzerine tahta, kural gereği, en yakın akraba olan Kreon geçer. Kreon Eteokles'i kahraman ilan ederek görkemli bir cenaze töreni hazırlar. Polyneikes'i ise, vatan haini ilan eder ve insanlara ibret olması için ölüsünün gömülmemesi, meydanda bırakılmasını buyurur. Buyruğa karşı gelmek suretiyle Polyneikes'in ölüsünü gömenlerin de ölüm cezasına çarptırılacağını ilan eder. Antigone, erkek kardeşinin bu halde bulunmasına tahammül edemez ve emre karşı gelerek kardeşine karşı son vazifesini yerine getirir. Neticede yakalanıp Kralın huzuruna getirildiğinde ona şöyle seslenir: "*Bana bu emri veren Zeus (En yüce Tanrı) değildi, Hades'te (ölü ruhlarının bulunduğu alem) hüküm süren Dike (Hak ve Adalet Tanrısı) de biz fanilere böyle bir nizam yüklememişti. Ve senin emirlerinde, insan sözlerini tanrıların yazılmamış, değişmez kanunlarından daha üstün yapacak bir kudret bulunduğunu zannetmiyorum. Çünkü bu kanunlar yalnız dün ve bugün yaşamıyorlar, bunlar ebediyen meridirler ve ne zamandan beri mevcut olduklarını bilen yoktur.*" Sophokles, *Antigone*, çev. Sabahattin Ali, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1993, s.13.

³⁰⁶ Çeçen, "*Hukukta Norm ve Adalet*", s.79.

diğer normlarla karşılaştırıldığında daha somut niteliktedir³⁰⁷.

Normların aynı seviyede yer almaması, ideolojik kaygıların yanı sıra temel hak ve özgürlüklerle ilintilidir. İnsanların temel hak ve özgürlükleri -kısmen de olsa- devlet tarafından güvence altına alınabilir. Oysa tarihsel süreçte yaşanan gelişmeler (1934-1945 yıllarında yaşanan Hitler mezalimi gibi) temel hak ve özgürlüklerin devlete rağmen korunması gerektiğini ortaya koymuştur. Kanunların temel hak ve özgürlükleri korumada yetersiz olması, hiyerarşik bakımdan kanundan daha üst seviyedeki normlara ihtiyaç olduğunu gösterir. Kanun-üstü normlarla, çoğunluğun yanı sıra azınlığı oluşturan bireylerin de güvence altına alınması amaçlanmıştır³⁰⁸.

Yukarıda söz edilen, tahmin edileceği üzere, anayasal normlardır. Anayasal normlar, toplumsal uzlaşmadan kaynaklandığı için önemlidir. Söz gelimi, ABD Anayasası, “Biz Birleşik Devletler Halkı” ifadesiyle başlar. Bu ifade, kaynağı toplum olan anayasalarla yasama organı olan kanunlar arasındaki ayrımı işaret eder. Kanunların oluşumuna temsilcileri (vekilleri) aracılığıyla katılan halk, anayasanın oluşumuna doğrudan katılarak daha belirgin ve aktif bir rol üstlenir. Devlet, anayasada yer alan kurallarla sınırlanır ve bu çerçevede faaliyet göstereceğini vadeder³⁰⁹.

Hamilton, Amerikan hukukunda önemli bir yeri olan “Federalist” adlı eserinde, anayasa ile kanun arasındaki nitelik farkını açıklar. Anayasanın kaynağında asli güç olan halkın iradesi vardır. Kanunlar ise, halkın temsilcilerinin iradesini yansıtır. Temsilciler, halktan kaynaklandığı için, tali güç konumundadır. Temsilcilerin oluşturduğu kanunla halkın oluşturduğu anayasa, hiyerarşik dizilimde aynı seviyede yer alamaz. Yargıçlar da birbiriyle çelişen anayasa ve kanun arasındaki tercih hakkını, üst norm olan anayasadan yana kullanmak zorundadır³¹⁰.

Hamilton’un bu düşünceleri, yargıçların denetim mekanizmasını işletmesi gerektiğini açıkça ortaya koyar. Yargıç, kanunun anlamına yönelik yorum yaparken anayasayı dikkate almalıdır. Ancak, anayasanın sadece etkin bir denetim aracı

³⁰⁷ Friedmann, s.118.

³⁰⁸ Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:19-1, Ankara, 1951, s.2.

³⁰⁹ Sami Selçuk, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, 6. bs., Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2000, s.425; Feyzioğlu, s.169.

³¹⁰ Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, Oxford University Press, Oxford, 2008, s.382.

olmadığını söylemek gerekir.

Normlar hiyerarşisinde anayasanın iki farklı işlevi vardır. İlki, anayasanın “üretim kuralı” olarak faaliyet göstermesidir. Alt seviyede yer alan normlar, yalnızca anayasanın ilgili hükümlerine dayanmak suretiyle hukuk aleminde varlık kazanır. Diğeri ise, normları geçersiz kılmaya yöneliktir. Anayasaya uygun biçimde ihdas edilmemiş veya içerik olarak anayasanın hükümlerine aykırılık teşkil eden normlar, ilgili hukuk düzeninde öngörülen usuller yerine getirilmek kaydıyla geçersiz kılınabilecektir³¹¹.

B. Dr. Bonham ve Marbury v. Madison Davaları

1. Dr. Bonham Davası

Antigone’de olduğu gibi, sosyal hayatı düzenleyen kurallar arasında hiyerarşik bir dizilimin olduğu çeşitli vesilelerle dile getirilmiştir. Buna karşın, mahkemeler, dava konusu uyuşmazlıkları karara bağlarken, normların hiyerarşik yapısını uzun süre görmezden gelmişlerdir. 1610 yılında İngiltere’de görülen ve literatürde “Dr. Bonham Case” olarak bilinen dava, anayasa yargısı bakımından önemli bir başlangıç noktası olarak düşünülebilir. Ne var ki, aşağıda açıklanan nedenlerle, yargısal denetimin uygulandığı ilk dava olarak kabul edilemeyecektir.

Dönemin İngiltere’inde, Parlamento tarafından çıkarılan yasa gereği, tıbbi faaliyetler gerçekleştirmek için İngiltere Kraliyet Tabip Odası’ndan yetki belgesi almak gerekir. Dr. Bonham, 1606 yılında söz konusu belgeyi almadan Londra’da faaliyet göstermeye başlar. Tabip Odası, yaptığı soruşturmalar neticesinde, Bonham aleyhine 100 Şilin (eski İngiliz parası) para cezası ve tıbbi faaliyetleri durdurma kararı verir. Verilen kararlara riayet etmeyen Bonham, Tabip Odası’nın yetkilileri tarafından tutuklanır. Tutuklamanın haksız olduğunu düşünerek, Common Pleas’da (vatandaşlar arasındaki davalara bakan sivil mahkeme) dava açar³¹².

Davaya bakan Yargıç Edward Coke, Common Law’a (İngiliz örf ve adet

³¹¹ Christoph Grabenwarter, “Hukuk Düzeni Hiyerarşisinde Anayasa”, çev. Hilal Kafkas, *Anayasa Teorisi*, Editör: İlyas Doğan, Lale Yayınları, Ankara, 2014. s.411.

³¹² George P. Smith, “Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics Of The Past, Guidelines For The Present-Judicial Review In Transition?”, *University of Puget Sound Law Review*, Vol.2, s.256.

hukukuna) ait “kimsenin kendi davasında yargıç olamayacağı” ilkesini esas alarak şöyle bir neticeye varır³¹³:

“Common Law, birçok durumda parlamentonun işlemlerini denetler ve kimi zaman bu işlemlerin bütünüyle geçersiz olduğunu hüküm altına alır. Parlamento, insanlara tanınan ortak haklara ve ortak akla aykırı veya uygulanması imkansız bir işlem gerçekleştirdiğinde, Common Law bu işlemleri denetleyebilir ve geçersiz kılabilir.”

İngiltere’de egemen olan “parlamentonun üstünlüğü” ilkesinin bir gereği olarak, parlamento tarafından çıkarılan yasalar “en üstün yasa” niteliğine sahiptir. Dolayısıyla Yargıç Coke’un yukarıda dava tutanağına geçen ifadeleri, (Coke Doktrini olarak bilinir) o dönemdeki yaygın anlayışa ters düşer³¹⁴.

Common Law her ne kadar yasalar karşısında üstün tutulmuş olsa da, yargısal denetimin ilk defa İngiltere’de ortaya çıktığı söylenemez. İngiltere, yargısal denetime elverişli bir hukuk düzenine sahip değildir. Maddi-şekli anayasa ayrımı, yargısal denetimin neden İngiltere’de ortaya çıkmadığına dair önemli argümanlar içerir.

Maddi anayasa, devletteki temel organların kuruluşunu ve işleyişini konu edinen normlardan oluşur. Maddi anayasada normlar, içerik bakımından ele alınır. Normların içerdiği konular sınırlıdır. Ne var ki, anayasal normlara konu yönünden sınır çizmek, rasyonel bir kriter olarak kabul edilemez. Söz gelimi, T.C Anayasası’nda -seçim sistemleri gibi- maddi anayasanın içeriğini oluşturan konular, kanunla düzenlenmiştir. Benzer şekilde, maddi anayasanın kapsamına girmeyen birçok konuya (Ormanlara ilişkin md. 169, Kooperatifçilikle ilgili md. 171 vs.) anayasalarda yer verilmiştir³¹⁵.

Şekli anayasa ise, normların hangi konuyu içerdiğinden bağımsız olarak, yalnızca biçimsel bir kriter ortaya koyar. Bir normun anayasal niteliğe sahip olması, pozitif yasal düzende normlar hiyerarşisinin en üst seviyesinde yer almasına, diğer normlardan daha zor bir biçimde ihdas edilmesine, değiştirilmesine ve yürürlükten kaldırılmasına bağlıdır. Objektif kriterler içermesi nedeniyle, şekli anlamda

³¹³ Kararın tam metni için bkz. 8 Co. Rep. 107a, 114a, C.P. 1610, (Erişim) http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_process1.html, 28.05.2016.

³¹⁴ Charles M. Gray, “Bonham’s Case Reviewed”, *Proceedings Of The American Society*, Vol. 116, No.1, Feb. 15, 1972, s.36.

³¹⁵ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 3. bs., Ekin Yayınları, Bursa, 2012, s.49-50.

anayasayı kabul etmenin daha yerinde bir tercih olduğu söylenebilir³¹⁶.

Şekli anayasaya göre, İngiltere'nin bir anayasası yoktur. Örf-adet kurallarından oluşan yazısız anayasa, normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı seviyededir. Böyle bir hukuk düzeninde, kanunların anayasaya uygunluğundan söz edilemez³¹⁷.

2. Marbury v. Madison Davası

Tarihteki ilk yazılı anayasa, 1787 tarihli ABD Anayasası'dır. Anayasa'nın VI. maddesinde³¹⁸ federal devlet normlarının federe devlet normlarına üstünlüğü vurgulanmıştır. Buna karşın, kanunların anayasaya uygunluk denetimi, yalnızca federe devlet mahkemelerindeki yargıçlara yönelik bir yetki olarak tanınmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi'nin anayasaya aykırı olan kanunlara ilişkin nasıl bir tavır takınacağı, 1803 yılına kadar belirsizliğini korumuştur³¹⁹.

Marbury v. Madison davasıyla birlikte belirsizlik ortadan kalkmış ve kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, ilk kez Yargıç John Marshall tarafından gerçekleştirilmiştir³²⁰.

1800 yılında ABD'de gerçekleşen başkanlık seçimlerinde, Federalistlerin temsilcisi olan mevcut başkan John Adams seçimleri kaybeder. Cumhuriyetçi başkan Thomas Jefferson görevi devralmadan, Adams yargı alanında "kadrolaşma" yoluna gider. Amacı, kendinden sonra gelecek Jefferson hükümetini zor durumda bırakmaktır. Zamanı kısıtlı olan Adams, 1801 tarihli Adliye Teşkilat Kanunu'nu³²¹ (Judiciary Act of 1801) yürürlüğe koyar. Kanun, yeni mahkemeler kurulmasını ve

³¹⁶ Gözler, *Anayasa Hukuku*, s.49-50.

³¹⁷ Gözler, *Anayasa Hukuku*, s.54; Kanunların anayasaya uygunluk denetimi, yazılı ve sert anayasaların bulunduğu ülkelerde görülür. Ancak, anayasaya uygunluk denetiminden yalnızca yargısal denetim anlaşılmalıdır. Yazılı ve sert anayasalara sahip bazı ülkeler, denetim yetkisini yargı organı yerine siyasal kurumlara (özellikle yasama ve devlet başkanına) vermeyi tercih edebilir. Bu nedenle yargısal denetimde yazılı ve sert anayasa gerekli, ancak yeterli bir koşul değildir. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 10. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.379-380.

³¹⁸ "Bu Anayasa ve bu Anayasa uyarınca yapılacak Birleşik Devletler yasaları ve Birleşik Devletlerin yetkisi altında yapılmış veya yapılacak, bütün antlaşmalar, ülkenin en üstün yasası olacak ve bütün eyaletlerdeki yargıçlar, herhangi bir eyaletin anayasası veya yasalarındaki karşıt hükümlere rağmen bu üstün yasaya uyacaklardır." (Erişim) <http://turkish.turkey.usembassy.gov/media/pdf/abd-anayasasi.pdf>, 16.05.2016.

³¹⁹ Feyzioğlu, s.161-162; Murat Sevinç, "Amerikan Yüce Mahkemesi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Yıl: 1996, Cilt: VI, Sayı:1, s.394.

³²⁰ Özbudun, s.380.

³²¹ Kanunun tam metni için bkz. (Erişim) www.fjc.gov/history/home.nsf/page/landmark_03_txt.html, 13.05.2016.

mahkemelere hangi usulle yargıçlar atanacağını içermektedir. Neticede yargıç atamalarını -kendi siyasi hareketinde aktif görev alanlar da dahil olmak üzere- ivedi biçimde gerçekleştirir³²².

Ancak, bir aksilik yaşanır ve Adams atama kararlamelerini yargıçlara tebliğ etmeyi unuttur. Jefferson hükümetinin adalet bakanı olan Madison da göreve geldikten sonra gerekli tebligatları yapmaz. Bunun üzerine, Marbury ve üç meslektaşı, Federal Yüksek Mahkemeye başvurarak atama kararlamelerinin kendilerine tebliğ edilmesini talep eder³²³.

Yüksek Mahkemede görülen davanın bir tarafında adalet bakanı Madison, diğer tarafında ise ikinci başkan John Adams'ın atadığı yargıçlardan Marbury ve arkadaşları yer almaktadır. Mahkeme, Marbury ve arkadaşlarının hak talebini yerinde bulur. Ancak, asıl sorun, Marbury ve arkadaşlarının Yüksek Mahkeme'ye başvuru haklarının olup olmadığıdır. 1789 tarihli yasa³²⁴ Marbury lehine böyle bir hak tanımış olsa da, ABD Anayasası³²⁵ buna cevaz vermez. Anayasa ve kanun arasında bir tercih yapmak durumunda kalan Yüksek Mahkeme, Marbury'nin talebini reddeder³²⁶.

Yüksek Mahkeme, konuya ilişkin kararında, tarihe geçecek şu ifadelerle yer verir³²⁷:

“(...) Anayasa, ya kendisine aykırı herhangi bir yasama etkinliğini denetler ya da olağan bir yasama tasarrufu yoluyla değiştirilebilir. Bu iki alternatif arasında orta yol bulunmaz. Anayasa ya üstündür, daha üst bir seviyede yer alır, alelade yollarla değiştirilemez ya da olağan yasama tasarruflarıyla aynı seviyededir ve diğer yasalar gibi değiştirilebilir. Bu iki alternatiften önceki doğruysa anayasaya aykırı bir yasama tasarrufu hukuk kuralı değildir, yok eğer sonraki doğruysa yazılı anayasalar kendi tabiatında sınırsız olan bir erki sınırlandırmak için insanlar tarafından gerçekleştirilen saçma girişimlerdir”.

³²² Feyzioğlu, s.167.

³²³ Sevinç, s.395.

³²⁴ Bir karışıklığa neden olmaması için ifade etmek gerekir ki, Adams yönetiminde çıkarılan 1801 tarihli Adalet Teşkilatı Yasası, Jefferson iktidara geldikten sonra ilga edilmiştir. Dolayısıyla 1789 tarihli Adalet Teşkilatı Yasası yeniden yürürlüğe girmiştir. Jacques Lambert, Les Origines Du Controle Judiciaire De La Constitutionnalité Des Lois Federalés Aux Etats-Unis, **RDP**, 1931, Akt. Feyzioğlu, s.166-167.

³²⁵ “Büyükelçileri, diğer yabancı devlet temsilcilerini ve konsoloslarını ilgilendiren ve bir eyaletin taraf olduğu bütün davalarda ilk yargı yetkisi Yüksek Mahkeme'nin olacaktır. Daha önce sayılan bütün diğer davalarda, Kongre'nin getireceği istisnalar ve koyacağı kurallar çerçevesinde, hem hukuk hem de fil bakımından, Yüksek Mahkeme temyiz yetkisine sahip olacaktır.” (Erişim) <http://turkish.turkey.usembassy.gov/media/pdf/abd-anayasasi.pdf>, 19.05.2016.

³²⁶ Sevinç, s.395.

³²⁷ (Erişim) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>, 28.05.2016, U.S 177, s.5.

Anayasaya uygunluk denetiminin mahkemeler için “görev” niteliğinde olduğuna yer vermesi, Yüksek Mahkeme’nin kararını ayrıcalıklı kılar. Böyle bir görev sadece Yüksek Mahkeme yargıçları için tanımlanmamıştır. Yüksek Mahkeme’nin vermiş olduğu kararda geçen “mahkemeler” (the courts) ifadesi, tüm yargıçların yükümlülük altında olduğunu gösterir³²⁸.

C. Normlar Hiyerarşisi Kuramı

1. Normlar Hiyerarşisi Kuramı’nın Öncü İsmi: Adolf Merkl

Literatürümüzde, normlar hiyerarşisi kuramına ilişkin öncü isim olarak, genellikle Kelsen’in ismi zikredilir. Ne var ki, yasal düzene ait normların hiyerarşik bir yapı içerisinde yer aldığı, sistematik olarak ilk kez Adolf Merkl tarafından ortaya atılmıştır. Merkl’in normlar hiyerarşisine ilişkin düşünceleri, Kelsen’e nazaran daha ayrıntılı ve kapsam yönünden daha geniştir. Normlar hiyerarşisi, başlı başına bir kuram olmakla birlikte, Kelsen tarafından Saf Hukuk Kuramı’na dahil edilmiştir³²⁹.

Yukarıda görüldüğü üzere, Saf Hukuk Kuramı’nı oluşturan düşüncelerin bütünüyle Kelsen’e ait olduğu söylenemez. Merkl, normlar hiyerarşisine dair görüşlerini (Stufenbaulehre) 1915 ve 1922 yılları arasında yayımladığı eserlerinde dile getirmiştir. 1923 yılında yazdığı “*Die Lehre von der Rechtskraft*” adlı makalesiyle de Normlar Hiyerarşisi Kuramı’na nihai şeklini vermiştir³³⁰.

Kelsen, her hukuk düzeninde bütünlüğü sağlayacak bir temel norma ihtiyaç olduğunu söylerken, temel normun pozitif normlarla ilişkisini henüz keşfedememişti. İşte Merkl’in “Normlar Hiyerarşisi Kuramı” bu noktada önemli bir eksikliği gidermiştir³³¹.

Kelsen de 1923 yılında, “*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*” adlı eserinin ikinci baskısı için yazdığı önsözde, Adolf Merkl’in normlar hiyerarşisi kuramını ortaya atması nedeniyle saygınlığı fazlasıyla hak ettiğini belirtmiştir.

³²⁸ Feyzioğlu, s.173; Bkz. (Erişim) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>, 28.05.2016, U.S 178, s.5.

³²⁹ Friedmann, s.118; Ayrıca bkz. Grabenwarter, s.404-406; Jabloner, s.375.

³³⁰ Martin Borowski, “Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School’s Stufenbaulehre”, *Ratio Juris*. Vol. 27, No.1, March 2014, s.79.

³³¹ Jabloner, s.373.

“*Allgemeine Staatslehre*” (1925) ve ünlü “*Pure Theory Of Law*” adlı eserlerinde de normlar hiyerarşisine ilişkin düşüncelerini Merkl’e dayandırmıştır³³².

2. Kelsen’in Düşüncelerinde Normlar Hiyerarşisi

Kelsen, pozitif hukuka ilişkin yaptığı analizlerde şöyle bir sonuca ulaşır³³³: “Hukuk kendi oluşum sürecini düzenler.” Norm, görece üst seviyede yer alan başka bir normun öngördüğü biçimde ihdas edilmek suretiyle geçerlilik kazanır. Bir normun ihdasını ve/veya içeriğini belirleyen ve buna göre ihdas edilen norm hiyerarşik olarak aynı seviyede yer almaz. Normun ne şekilde ihdas edileceğini ve/veya ne tür bir içeriğe sahip olacağını belirleyen norm, üst seviyede, diğeri ise alt seviyededir. Yasal düzenden söz edildiğinde, farklı seviyelerde yer alan ve biri diğerinin varlık nedeni olan normların birliği anlaşılır. Kelsen’in düşünce sisteminde normlar hiyerarşisi öylesine önemlidir ki, yasal düzen bu hiyerarşinin varlığına bağlıdır³³⁴.

Temel normu görmezden gelirse, normlar hiyerarşisinin en üst seviyesinde anayasa bulunur. Anayasa maddi ve şekli anlamda olmak üzere ikiye ayrılır. Daha önce bu konuya değindiğimiz için, genel normlardan devam edeceğiz.

Normlar hiyerarşisinde genel normlar, anayasadan bir alt seviyede yer alır. Genel normların belirlenmesinde yasama ve örf-adet hukuku³³⁵ asli bir role sahiptir. İdare ve yargı organları tarafından gerçekleştirilen etkinlikler, genel normların konusunu oluşturur. Söz gelimi, ceza kanunu suç ve cezaya dair bir hüküm öngördüğünde, mahkeme tarafından verilecek yaptırım kararının içeriğini tayin etmiş olur³³⁶.

Genel normlar, yalnızca yasama organı tarafından gerçekleştirilen bir takım etkinliklerin sonucunda ortaya çıkmaz. Anayasa, yasama organı yanında idari makamlara da (devlet başkanı, bakanlar kurulu vs.) genel norm ihdasına dair yetki vermiş olabilir. İdari makamların ihdas ettiği normlar, “idarenin düzenleyici

³³² Stanley L. Paulson, “Gesammelte Schriften” (Book Review), *Ratio Juris*. Vol. 17, No.2, June 2004, s.263-264; Kelsen’in 1960 yılında yazdığı bir makalede Adolf Merkl’i Saf Hukuk Kuramı’nın kurucu ortaklarından birisi olarak takdim etmesi hakkında bkz. Borowski, s.80.

³³³ Kelsen, “*Saf Hukuk Kuramı Nedir?*”, s.58-59.

³³⁴ Kelsen, *Introduction*, s.63-64; Kelsen, *Law And State*, 124.

³³⁵ Önemine binaen örf ve adet hukukunu ayrı bir başlık altında (Bkz. Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku) incelemeyi uygun bulduk.

³³⁶ Kelsen, *Law And State*, s. 128-130; Kelsen, *Pure Theory*, s.225; Kelsen, *Introduction*, s.65.

işlemleri” olarak adlandırılır. Ayrıca, olağanüstü hallerde, yasama organı yerine idari makamlara normların tamamını veya bir kısmını ihdas etme yetkisi verilebilir³³⁷.

Normlar hiyerarşisi, genel olarak üst seviyeden alt seviyeye doğru giderek bireyselleşen normların dizilimini deyimler. Normların bireyselleşmesine yetkili organların dışında yurttaşlar da katkı sağlar. Kimi zaman yurttaşlar, kendi aralarında hukuki işlemler yaparak hem tarafların uyması gerektiği davranış biçimini, hem de aykırı hareket edilmesi halinde uygulanacak yaptırımı belirler. Yurttaşların karşılıklı davranış biçimlerini düzenleyen sözleşme maddeleri de norm niteliğine haizdir³³⁸.

Taraflar, sözleşme yapma yetkisini genel normdan alır. Sözleşme maddeleri, sadece taraflara ve belli bir olaya uygulanır. Taraflar, genellikle sözleşmeye aykırı davranılması halinde uygulanacak yaptırımı belirler. Ancak, yaptırımın uygulanması gerekip gerekmediğine yargı organı karar verir. Bu nedenle, sözleşme, genel normlara göre daha somuttur. Hiyerarşik olarak, genel normlar ile mahkeme kararları arasında yer alır³³⁹.

Mahkeme/idarenin genel normlara veya sözleşmeye dayanarak verdiği kararlar ise bireysel niteliktedir. Mahkeme/idare kararları, sanıldığı aksine, “açıklayıcı” değildir. Bu kararlar “malumu ilam etmek” olarak yorumlanamaz. Meydana gelen olaylar, normda öngörülen sonuçla ilişkilendirildiği için her mahkeme/idare kararı yeni bir norm yaratma etkinliğidir. Genel normlar, maddi gerçekliği soyut olarak birbiriyle ilişkilendirirken, yargı ve idare kararları bu ilişkiyi bireysel düzeyde kurar³⁴⁰.

Normlar hiyerarşisi, Kuram içerisinde kademe kademe ele alınarak analiz edilmiştir. Temel normu görmezden gelirse, üst seviyeden alt seviyeye doğru anayasa, genel normlar ve bireysel normlar şeklinde bir sıralama vardır. Kelsen, her hukuk düzeninde böyle bir sıralamanın zorunlu olmadığına dikkat çeker. Olağan koşullarda, bireysel normları ihdas eden mahkeme/idarenin üst seviyede yer alan

³³⁷ Kelsen, *Law And State*, s.130; Kelsen, *Introduction*, s.66.

³³⁸ Kelsen, *Introduction*, s.69.

³³⁹ Kelsen, *Introduction*, s.70.

³⁴⁰ Yargı ve idare arasındaki tek fark, yargıçların bağımsız olmalarına ilişkindir. Devlet içi yapılanmalarda idari organların bağımsızlığı nadiren görülür. Söz gelimi, bir zabitanın esnafa uyguladığı yaptırım ile yargı organının esnafa uyguladığı yaptırım arasında nitelik yönünden bir fark yoktur. Her iki yaptırım da yasa da öngörülen yetkili kişiler aracılığıyla infaz edilecektir. Ne var ki, yargıçlar karar verirken bağımsız olarak hareket ederken, zabitanın bu bağımsızlıktan yoksun olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Kelsen, *Introduction*, s.67-68.

genel normlar tarafından yetkili kılınması gerekir. Oysa yasama organının dolayısıyla da genel normların olmadığı bir hukuk düzeni tahayyül edilebilir. Bu durumda idari organlar ve mahkemeler yetkisini doğrudan anayasadan alır³⁴¹. Netice olarak, hiyerarşi piramidi her hukuk düzeninde yer alır; ancak, standart bir yapıda olmak zorunda değildir. İki basamaktan oluşan bir piramitten söz etmek de mümkündür³⁴².

Saf Hukuk Kuramı çok yönlüdür. Başta temel norm olmak üzere bir çok yönden eleştirilir. Buna karşın, Kuram'ı oluşturan unsurlardan 'normların hiyerarşik dizilimi', kendi içinde tutarlı olduğu için, genel olarak kabul görmüştür³⁴³.

D. Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku

Normatif düzende örf-adet olgusunun önemine geçmeden önce, Kelsen'in "hukukun kaynağı" ifadesinden ne anladığına değinmek gerekir. Hukuk düzeninin "dinamik" karaktere sahip olması, sadece temel normun değil, her bir normun hukuka kaynaklık etmesi anlamına gelir. Üst seviyedeki normlar, alt seviye normlarının oluşumunu biçimsel yönden belirler. Ayrıca, onlara içerik bakımından olumlu/olumsuz anlamda bir sınır çizer³⁴⁴. Yazılı normların yanında örf ve adet kuralları da hukuka kaynaklık eder.

Örf-adet kuralları, hiyerarşik olarak, yasama etkinliği neticesinde oluşan genel normlarla aynı seviyededir. Yazılı normlar gibi, iradi etkinlikler sonucunda ortaya çıkar³⁴⁵. Ancak, etkinliklerin uzun süre, istikrarlı bir biçimde insanlar tarafından tekrarlanması gerekir. Ayrıca, kurallara uymanın hukuki yükümlülük olduğu, toplumda yaygın bir kanaat haline gelmelidir³⁴⁶.

Yukarıdaki açıklamalardan örf-adet kurallarının olgusal bir temele dayandığı sonucu çıkarılamaz. Örf ve adetin hukukun oluşumunda etkin bir rol

³⁴¹ Kelsen, *Pure Theory*, s.224.

³⁴² Grabenwarter, s.407.

³⁴³ Borowski, s.80.

³⁴⁴ Kelsen, *Law And State*, s.131.

³⁴⁵ Bobbio, s.461-462. Özbilgen de hukuk tanımında "yetkili merci tarafından ihdas edilme" unsuruna yer verilmesi halinde, örf ve adet hukukunun dışlanacağını dile getirmiştir. Örf ve adet hukukunun oluşumunda, anonim bir kişi veya organdan ziyade toplumun kendisi bizzatıhi etkilidir. Örf ve adet hukuku, toplumda zamanla kendiliğinden oluşur. Özbilgen, s.17.

³⁴⁶ Aral, *Hukuk Bilimi*, s.100-101.

oynaması, olan-olması gereken ayırımına da uygundur. Yasama etkinliklerine benzer şekilde, örf-adet olgusu “olana” karşılık gelir. Tıpkı yazılı normlarda olduğu gibi, örf ve adet kuralları, kendisini oluşturan örf-adet olgusuna ilişkin bir anlamı deyimler³⁴⁷.

Hukuk denildiği zaman veya hukukun oluşumundan söz ederken, başta norm olmak üzere, yazılı hukuk etrafında bir takım düşünceler dile getirilir. Yazılı olmayan ve hukukun oluşumuna katkı sağlayan örf-adet kuralları genellikle göz ardı edilir. Oysa normatif düzen olarak hukuk, örf ve adet kurallarını da içerir. İnsanların belli bir davranış biçimini uzun süre tekrar ederek alışkanlık haline getirmeleri, normun yaratılmasında asli unsurlar arasındadır³⁴⁸.

Yasama etkinliği neticesinde oluşan normlar, anayasa sayesinde objektif bir anlama sahip olur. Anayasa da temel norma dayanarak objektif bir anlam kazanır. Normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer alması nedeniyle, temel normun hem geçerliliğinin hem de anlamının objektif niteliğe sahip olduğu varsayılır. Böylece alt seviyede bulunan her normun sahip olduğu sübjektif anlam, üst seviyede yer alan norma uygun şekilde ihdas edilmek suretiyle objektif anlama dönüşür³⁴⁹.

Bu noktada, örf ve adet kurallarının objektif bir anlama sahip olup olmadığı konusu gündeme gelir. Örf ve adetin anayasa tarafından hukuku yaratan bir olgu olarak kabul edilmesi halinde sorun yoktur. Nitekim normlar gibi örf ve adet kuralları da anayasa sayesinde objektif anlama sahip olur. Ancak, anayasa, hukuku yaratan olgular arasında örf-adete yer vermeyebilir. Kelsen, böyle bir durumun varlığı halinde, anayasayı meşru kılmak için başvurduğu yönetime dayanır. Örf-adet olgusunu doğrudan temel norma arz ederek sorunun üstesinden gelmeye çalışır³⁵⁰. Kelsenci yaklaşımda, geçerliliği sorgulanan örf ve adet olgusunun norm oluşturma hususunda sarsılmaz temeller üzerine inşa edildiğini vurgulamak gerekir.

Kanaatimizce, ulusal hukuk bakımından, Kelsen’in örf ve adeti hukuk bilimi sınırları içerisinde hukuku yaratan bir olgu olarak kabul etmesi, Kuram’ın amaçları ile doğrudan ilintilidir. Elbette, bir kuram içerisinde yer alan düşüncelerin, o kuramın amaçları doğrultusunda ileri sürüldüğü veya amaçlarına hizmet ettiği söylenebilir. Ancak, biz burada spesifik bir amaç olduğu kanaatindeyiz.

³⁴⁷ Kelsen, *Norms*, (Not 45), s.301.

³⁴⁸ Kelsen, *Introduction*, s.57.

³⁴⁹ Kelsen, *Pure Theory*, s.226.

³⁵⁰ Kelsen, *Pure Theory*, s.226.

Kelsen, her şeyden önce, -geçerlilik, yorum, etkililik gibi- tüm pozitif hukuk düzenlerinde ortak bazı kavramları saptamaya çalışmıştır. Bu kavramlara yönelik yaptığı analizler, Kuram'ın temelini oluşturur. Hukukçuların kendi pozitif hukuk düzenlerini anlaması ve anlamlandırması noktasında, Kuram önemli bir kaynaktır. Hukukçulara rehberlik eder³⁵¹.

Ayrıca, amaçlarını gerçekleştirme doğrultusunda kapsayıcı olmak zorundadır. Herhangi bir pozitif hukuk düzenini dışlayamaz. Bilinmektedir ki, İngiltere'de örf ve adete dayalı bir anayasa yürürlüktedir. Eğer Kelsen, örf ve adeti hukuku yaratan bir olgu olarak tanımamış olsaydı, İngiliz hukuk sistemi üzerinden kendi kuramına yönelik eleştirilere cevap veremeyecekti. İngiltere'deki yasal düzeni dışladığı için de tüm pozitif hukuk düzenlerindeki ortak unsurları içermeyen bir kuram inşa etmiş olacaktı. İngiliz hukukçular, kendi pozitif hukuk düzenlerini anlamak için Kuram'ın rehberliğinden istifade edemeyecekti. Netice olarak, biz, Kelsen'in örf ve adeti yasama etkinliğiyle aynı işleve sahip bir olgu olarak görmesinde, Kuram'ın daha fazla pozitif hukuk düzenini kapsama endişesinin önemli bir rol oynadığı kanaatindeyiz.

E. Çelişen Normların Bir Arada Bulunması Sorunu

1. Genel Olarak

Yaşadığı süreç içerisinde eleştirilere cevap vermekten kaçınmayan Kelsen, Kuram'ın kusurlu gördüğü yanlarını da kendisi düzeltmiştir. Bu nedenle DUXBURY, onu “Saf Hukuk Kuramı'nın en makul eleştirmeni” olarak tanıtır. Kelsen, kendi kuramında biri temel norma, diğeri çelişen normlara ilişkin olmak üzere iki radikal değişiklik yapmıştır. Bu başlık altında, çelişen normlara ilişkin yapmış olduğu değişikliği ele alacağız³⁵².

Kelsen'in hukuk anlayışında, normlar hiyerarşisine özel bir önem atfedilir. Hukuk düzenindeki normların birliğini sağlamanın yolu, onların hiyerarşik bir yapı içerisinde dizayn edilmesidir. Normlar, geçerliliğini bir üst seviyedeki normdan alır.

³⁵¹ Kelsen, *Law And State*, s.xii.

³⁵² Neil Duxbury, “The Basic Norm: An Unsolved Murder Mystery”, *Law, Society And Economy Working Papers*, 17/2007, s.2.

Üst normun öngördüğü biçimde ihdas edilmeyen bir normun geçerli olarak hukuk düzeninde yer alıp almayacağı, çalışmanın seyri bakımından üzerinde durulması gereken bir sorudur.

2. Aynı Seviyedeki Normlar Açısından

Normlar, insanların belli bir biçimde davranması gerektiğini öngören hükümler içerir. Aksi yönde davranış sergileyenler için yaptırım uygulanması gündeme gelir. Bir yasal düzen içerisinde, hem koşul niteliğindeki davranış biçimleri, hem de sonucu ifade eden yaptırımlar bakımından birbiriyle çelişen normlara rastlamak mümkündür. Değişik zamanlarda çıkarılmış ve birbiriyle çelişen aynı seviyedeki normlarda “lex posterior derogat priori³⁵³” ilkesi geçerlidir. Bu ilke, yetkili merciin norm oluşturma veya değiştirme yetkisinden kaynaklanır³⁵⁴.

Eğer çelişen normlar, aynı organ tarafından eş zamanlı olarak çıkarılmışsa, bu kez farklı çözüm önerileri gündeme gelir. İlk olarak, hangi normun uygulanması gerektiğini belirlemek için, hukuku uygulayan organlara takdir yetkisi verilebilir. Normlar arasında kısmen çelişki varsa (suç işleyen herkesin ceza almasını öngören norm ile belli bir yaşın altında suç işleyen kimselerin cezalandırılmamasını öngören diğer bir norm arasındaki çelişki gibi) bir normun diğer normu geçerlilik yönünden sınırlandırdığı yorumu yapılabilir. Sorun, her iki yorum yoluyla da çözülemiyorsa, objektif anlamda geçerli bir normun varlığından söz edilemez³⁵⁵.

Kelsen, birbiriyle çelişen normların aynı hiyerarşik düzende bulunamayacağından hareketle, olası çözüm yollarını yukarıda sıralamıştır. Herhangi bir çözüme ulaşılamaması durumunda, norm geçerliliğini yitirecektir. Böylece “*Pure Theory Of Law*” (1960) adlı eserinde “çelişmezlik ilkesini” açıkça kabul etmiştir.

³⁵³ Yasa koyucu, yeni bir norm ihdasıyla geçerli ve etkili olan herhangi bir başka normu yürürlükten kaldırabilir. Bu durum “açık yürürlükten kalkma” olarak adlandırılır. Ancak, sözü edilen “lex posterior derogat priori”, yasa koyucunun geçerli ve etkili bir norma aykırı hükümler içeren yeni bir norm yaratma faaliyeti sonrası, önceki normun akıbetinin ne olacağını açıklayan bir ilkedir. Buna göre, yasa koyucunun sonradan tecelli eden iradesi üstün tutulacak ve yeni norm, kendisine aykırı hükümler içeren eski normun yürürlüğünü ortadan kaldıracaktır. Bu durum “örtülü yürürlükten kalkma” olarak tanımlanır. Işıқтаç, *Hukuk Normu*, s.35.

³⁵⁴ Kelsen, *Pure Theory*, s.206.

³⁵⁵ Kelsen, bireysel normlar için de benzer görüşleri dile getirerek birbiriyle çelişen bireysel normların bir arada bulunamayacağını savunur. Ona göre, aynı konuda yetkili kılınan farklı mahkemelerin vermiş olduğu kararlar arasında çelişki bulunması halinde sorun, yürütme organının devreye girmesiyle çözülür. Bir diğer deyişle yürütme organına söz konusu iki karara ilişkin olarak seçim hakkı tanınır. O halde, yürütme organı tarafından seçilmediği için etkililiğini yitiren bireysel norm geçerliliğini de yitirir. Kelsen, *Pure Theory*, s.206-208; Kelsen, “*Saf Hukuk Kuramı Nedir?*”, s.58.

Çelişmezlik ilkesinin gereği olarak, iki normdan yalnızca biri geçerliliğini sürdürür³⁵⁶.

Oysa 1966 yılında yayımladığı “*Norm And Value*” adlı makalesinde, çelişmezlik ilkesine dair düşüncelerinden geri adım atmıştır. Hukuk normları, dini normlar gibi Tanrı’nın değil, insan iradesinin ürünüdür. Bu nedenle değişmez, mutlak nitelikte değildir. Yasa koyucu, iradi olarak oluşturduğu bir norma karşıt içeriğe sahip başka bir norm da ihdas edebilir. Normlar, aynı davranışın farklı şekilde değerlendirilmesine yol açabilir. Bir norma uygun biçimde gerçekleşen davranışın başka bir norma aykırı biçimde gerçekleşmesi ihtimal dahilindedir. Birbiriyle çelişen bu iki normdan hangisinin geçerli olduğu sorusu, Kelsen’e göre rasyonel biçimde yanıtlanamaz. Netice olarak, içerik bakımından çelişen normların bir arada bulunmasında sakınca yoktur³⁵⁷.

Kelsen, ölümünden sonra yayımlanan “*General Theory of Norms*” adlı eserinde de çelişen normların bir arada olabileceği görüşünü yineler. Bir norm belli bir davranışın yerine getirilmesi gerektiğini buyururken, daha sonra ihdas edilmiş başka bir norm, aynı davranışı yasaklayabilir. Bu durumda, bir normun geçerli, diğerinin geçersiz olduğu ileri sürülemez. Geçerlilik, normun hukuk düzenindeki varlığını deyimler. İki normun birbiriyle çelişkili olduğu ifade ediliyorsa, onların varlığını evleviyetle kabul etmek gerekir. Hukuk aleminde varlık kazanmamış iki normun birbiriyle çelişmesi, -doğal olarak- tartışma konusu yapılamaz³⁵⁸.

Yasal düzen, çelişen normlardan hangisinin geçerli olacağına ilişkin bir prensibi yürürlüğe koymuş olabilir. Böyle bir prensip yürürlükte değilse, birbiriyle çelişen her iki norm da geçerli olarak hukuk düzenindeki varlığını sürdürür. Nihai olarak, Kelsen, “*Pure Theory Of Law*” (1934) adlı eserinde, farklı tarihlerde yürürlüğe giren normlar arasındaki çelişkinin “*lex posterior derogat legi priori*” ilkesiyle giderilememesi halinde, her iki normun da geçersiz olacağı görüşünden dönmüştür. Normlar arasındaki çelişkinin giderilmesinde artık “*lex posterior derogat legi priori*” ilkesi -pozitif hukuk tarafından kabul edilmediği sürece- geçerli değildir³⁵⁹.

³⁵⁶ Paulson, “*Kelsen’s Legal Theory*”, s.271.

³⁵⁷ Kelsen, “*Norm ve Değer*”, s.21.

³⁵⁸ Kelsen, *Norms*, s.213.

³⁵⁹ Kelsen, *Norms*, s.214.

3. Farklı Seviyedeki Normlar Açısından

Normatif bir düzen olarak hukuk, dinamik yapıdadır. Özellikle mahkeme/idare kararlarını deyimleyen bireysel normlar düşünüldüğünde, norm yaratma etkinliğinin sürekli devam ettiği görülür. Norm yaratma etkinliği, hiyerarşik dizilime uygun olarak gerçekleşir³⁶⁰.

Üst norm, biçim ve içerik bakımından alt normun geçerliliğine dair bazı hükümler içerebilir. Normlar arasındaki sözde çatışma, alt normun üst norma uygun biçimde/içerikte ihdas edilmemesinden kaynaklanır. Böyle bir durumda, alt normun re'sen geçersiz sayılıp sayılmayacağı sorusu gündeme gelir³⁶¹. Söz gelimi, genel normda öngörülen biçim/içeriğe aykırı olarak verilmiş bir mahkeme kararının veya anayasaya aykırı bir yasanın re'sen geçerli olmadığı iddia edilebilir. Kelsen, sorunu çözme adına, "normun alternatif karakteri" ilkesini gündeme getirir³⁶².

İlk alternatif, alt normun üst norma uygun olmasıdır ki, bu noktada herhangi bir sorun yoktur. Diğer alternatif ise, alt normun üst norma uygun biçimde ihdas edilmemesidir. Bu durumda, alt norm, hukuken hatalı biçimde inşa edilmiş olsa da; re'sen geçersiz değil, yürürlükten kaldırılabilir niteliktedir³⁶³. Anayasaya uygun olmayan bir biçimde ihdas edilen yasa, ilga yoluyla değil, yetkili organların denetim sonrasında almış olduğu hükümsüz kılma kararı ile yürürlükten kalkar³⁶⁴.

Normun alternatif karakteri sayesinde, yasalar, anayasanın öngördüğü biçim ve içeriğe aykırı bir halde hukuk düzenine dahil edilmiş olsalar da, geçerli olmaya devam ederler. Anayasa, kendisine aykırı olarak çıkarılmış yasaların iptal edilmesine dair özel bir yöntem öngörebilir. Bu yöntemle belli organlar, söz gelimi Anayasa Mahkemesi, anayasaya biçim/içerik yönünden uygun olmayan yasaları iptal eder. Yasalar iptal edilene kadar, mahkeme veya idare tarafından geçerli bir şekilde uygulanır. Kelsen durumu şöyle izah eder³⁶⁵: "Anayasa, yalnızca anayasaya uygun yasanın değil, aynı zamanda anayasaya aykırı yasanın geçerliliğini de amaçlar."

Anayasaya uygun olmayan normun geçerli olarak kabul edilme nedeni, iptal

³⁶⁰ Kelsen, *Introduction*, s.71.

³⁶¹ Kelsen, *Introduction*, s.72; Kelsen, *Pure Theory*, s.208.

³⁶² Mehmet Turhan, "Hans Kelsen'e Göre Anayasaya Aykırı Yasa", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Dergisi*, İstanbul Barosu Yayınları, 27. Kitap, İstanbul, 2016, s.383.

³⁶³ Kelsen, *Introduction*, s.73-74; Kelsen, *Pure Theory*, s.274; Kelsen, *Law And State*, s.156.

³⁶⁴ Grabenwarter, s.419.

³⁶⁵ Kelsen, *Introduction*, s.72.

edilene kadar yasal organlar tarafından uygulanabilmesidir. Söz konusu norm iptal edilmediği takdirde, anayasanın öngördüğü biçim veya içerikten yoksun olmasına karşın, geçerli olarak varlığını sürdürmeye devam edecektir³⁶⁶.

Aynı seviyedeki normların aksine, Kelsen'in farklı seviyede yer alan ve birbiriyle çelişen normlar konusundaki düşünceleri tutarlıdır. Ona göre, üst norma aykırı bir norm yoktur. Hukuk sisteminde yalnızca geçerli veya geçerli olmayan norm vardır. Bizim anladığımız şekliyle, "anayasaya aykırı yasa", aslında normlar arası bir çatışmanın varlığını göstermez³⁶⁷.

Çelişen normlardan birinin veya her ikisinin yürürlükten kaldırılması, normların yaratıldığı usulle -özellikle de üçüncü bir norm vasıtasıyla- gerçekleşebilir. Normlar arasında mantıksal bir çelişkinin varlığına yönelik iddialar gerçeği yansıtmaz. Yalnızca değer yargılarının mantıksal olarak çelişkili olup olmadığı, doğruluğu ve ya yanlışlığı tartışılabilir. Normların doğruluğu veya yanlışlığı, içeriksel bir saptamayı gerektirdiğinden, yalnızca geçerli olup olmadıklarından söz edilebilir³⁶⁸.

³⁶⁶ Kelsen, *Norms*, s.125.

³⁶⁷ Turhan, "*Anayasaya Aykırı Yasa*", s.384.

³⁶⁸ Kelsen, *Norms*, s.214; Işıқтаç, *Hukuk Normu*, s.88.

SONUÇ

Hukukun konusu normdur. Norm, belli bir davranış biçimini öngörmek suretiyle, insan eylemlerine bazı sınırlamalar getirir. Normun öngördüğü davranış biçimini belirleme yetkisi, yine norm tarafından yetkili kılınmış otoritelere aittir.

Doğal hukuk görüşü, otoritelerin norm içeriğini belirlemede sınırlı bir yetkiye sahip olduğunu kabul eder. Bu görüşe göre, pozitif hukuk normları, herkesçe kabul edilmesi gereken evrensel ilkelere ve değer yargılarına uygun olmak zorundadır. Kelsen, değer yargılarının evrensel olduğu görüşüne karşı çıkararak, normları içerik bakımından ele almanın mümkün olmadığını savunur.

Evrensel bir değer yargısı olduğu iddia edilen adalet, tarih boyunca insanların çeşitli anlamlar yüklediği ahlaki ve hukuki bir kavram olarak kabul edilmiştir. Buna karşın, adaletin ne tür bir içeriğe sahip olduğu halen tartışmalıdır. Normun geçerliliğini, adil bir içeriğe sahip olmasına bağlayan görüş, oldukça tehlikelidir. Normun kendi menfaatleriyle uyuşmadığını gören kimseler, adil olmadığını öne sürerek norma itaat etmekten kaçınabilir. Netice olarak, toplumda çatışma ortamı doğabilir.

Doğal hukuku savunanlar, pozitif hukukun üzerinde, ulaşılmaması gereken ideal bir hukuk düzeni olduğunu iddia eder. Doğal hukuk, adalete uygun içeriğiyle “olması gereken” hukuku deyimler. Oysa Kelsen’in olması gerekene atfettiği anlam, normun insan davranışlarını konu edinmesiyle ilgilidir. Kelsen, “olması gereken” kavramına, geleneksel yaklaşımın aksine, normatif bir anlam yükler. O, norm kavramını, her türlü değer yargısından arındırılmış olarak analiz eder.

Yeniden inşa edilmiş norm, olan-olması gereken ayırımına ışık tutar. Söz gelimi, bir kimseyi kasten öldürenin müebbet hapis cezasıyla cezalandırılacağını öngören normu ele alalım. Normun ifade biçiminden failin mutlaka cezalandırılacağı anlaşılabilir da, anlam farklıdır. Fail, kaçarak müebbet hapisten kurtulabilir. Suç, işlemediği halde bir kimseye isnat edilebilir. İşte “olması gereken”, her zaman “olanı” yansıtacak bir formülasyon değildir. Bu kavram, gerek normu uygulayanların gerekse norma tabi olanların iradi varlıklar olduğunu bize hatırlatır. Kelsen, “olması gerekene” yüklediği anlamla, Kuram’ın saflığına önemli ölçüde katkı sağlamıştır.

Olan-olması gereken ayrımına ilişkin bir diğer önemli sorun, norm ve insan arasındaki ilişkidir. Hukuki pozitivizm, normun hukuk düzenindeki varlığı için, beşeri iradenin zorunlu bir koşul olduğunu deyimler. Kelsen, normun geçerliliğini başka bir norma dayandırsa da, beşeri iradeye olan gereksinimi inkar etmez. Asıl sorun, norm ve irade arasında bir ayrım gözetilmemiş olmasıdır.

Austin, normu beşeri irade ile özdeşleştirerek, buyruğun bir türü olarak tanımlar. Böyle bir tanım, olan-olması gereken ayrımına uygun değildir. Nitekim irade, olana karşılık gelir. Norm ise, olması gerekeni deyimler ve dış dünyada gerçekleşen irade etkinliklerinin anlamı olarak tanımlanır. Parlamenterlerin mecliste gerçekleştirdiği etkinlikler, norm olarak tanımlanır. Çünkü bir başka norm, bu etkinliklere bir anlam atfetmiştir. Netice olarak, norm, anlamdır!

Normun biçimselliğinin yanı sıra, bir de içerik bakımından sahip olduğu anlamdan söz edilir. Özellikle demokratik ülkelerde, normu ihdas edenlerle onu uygulayanlar farklı kimselerdir. Örf ve adet hukuku bir kenara bırakılırsa, norm ihdas eden yetkili kimseler, iradelerini metne yansıtır. Normu uygulayanlar ise, kimi zaman metinden farklı anlamlar çıkarır. Böylece, yorum konusu gündeme gelir. Kelsen, yorum yöntemleri arasında bir tercih yapmayarak, normu uygulayanların geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu belirtir.

Olan-olması gereken ayrımı kapsamında değinilmesi gereken bir başka önemli konu da geçerlilik ve etkililik ilişkisidir. Geçerlilik, belli prosedürlerin yerine getirilmesi halinde, normun yasal düzen içerisinde varlık kazanmasıdır. Etkililik ise, fiili insan davranışlarına, bir diğer deyişle, olana ilişkin bir kavramdır. İnsanların genel olarak norma itaat etmesi veya itaat etmemesi halinde normun uygulanması anlamına gelir.

Bir normun geçerli olması, belli dereceye kadar etkili olmasına bağlıdır. Etkililiğini sürekli biçimde yitirmiş olan bir normun geçerliliği de sona erer. Ne var ki, Kelsen, etkililiğin sınırlarını saptamaya yönelik herhangi bir standart öngörmemiştir. Bu yönüyle etkililik kavramı, belirsiz bir anlam içeriğine sahiptir ve hukuk biliminin kapsamına dahil edilmemelidir.

Kanaatimizce, asıl sorun, etkililiğin anlam yönünden belirginleşmesinde, meta-jüridik alanlara olan zorunlu ihtiyaçtan kaynaklanır. Kelsen, bir yandan meta-

jüridik alanların hukukun dışında tutulması gerektiğini deyimlerken, diğer yandan etkililiği normun geçerlilik koşulu olarak tanımlar. Bir normun etkili olup olmadığı, ancak sosyolojik araştırma yöntemlerine başvurmak suretiyle tespit edilebilir. Bu nedenle, etkililik tespit edilebilse dahi, yöntemsel açıdan “saflık” prensibine zarar verir.

Geçerlilik ise tamamen biçimseldir. Kuram’ın saflığına hanel getirmez. Normun geçerli olması, görece üst seviyede yer alan başka bir normun öngördüğü biçimde ihdas edilmesine bağlıdır. Anayasal normlar, pozitif niteliği bulunmayan ve geçerli olduğu varsayılan temel norma dayanır.

Kelsen, ilk dönem eserlerinde, hukuk düzenine geçerlilik sağlayacak nihai bir norma olan gereksinimi dile getirmiş, fakat normların birliğini oluşturacak kuramı henüz keşfedememişti. Merkl’in Normlar Hiyerarşisi Kuramı, bu noktada önemli bir açığı kapatmıştır. Pozitif yasal düzende normların hiyerarşik dizilimi; anayasa, kanun/örf ve adet kuralları/idarenin düzenleyici işlemleri ve mahkeme/idare kararları şeklindedir. Biz, hiyerarşik yapı içerisinde kanunlarla aynı seviyede yer alan ve yazılı olmayan örf ve adet kurallarının Saf Hukuk Kuramı’nda ayrı bir öneme sahip olduğunu düşünüyoruz.

Kuram, çeşitli pozitif hukuk düzenlerine ilişkin araştırmalar neticesinde ortaya çıktığı için, birçok hukuk düzenini kapsamak durumundadır. Nitekim İngiltere gibi bir ülkenin hukuk düzeni göz ardı edilerek Genel Hukuk Kuramı oluşturmak pek gerçekçi olmazdı. İşte örf ve adet kurallarının normlar hiyerarşisindeki yeri, kanaatimizce daha fazla pozitif hukuk düzenini kapsama endişesinden kaynaklanır. Özellikle, anayasa tarafından hukuku yaratan bir olgu olarak görülmemesi halinde, geçerliliğini doğrudan temel normdan alması kanaatimizi destekler. Uluslararası hukukta salt örf ve adet kurallarının varlığı ise, uluslararası hukukun henüz gelişimini tamamlamamış, merkezileşmemiş yapısından kaynaklanmaktadır.

Pozitivist nitelikli Kuram’ın geçerlilik kaynağı olarak varsayım/kurgu niteliğindeki temel normu işaret etmesi, eleştirilmesine neden olmuştur. Kanaatimizce, temel normun varlığına veya niteliğine yönelik eleştiriler, yerinde değildir. Temel normun varlığı, hukukun normatif bir düzen olarak anlaşılabilmesi ve dış dünyada meydana gelen etkinliklerin objektif biçimde yorumlanabilmesi için zorunludur.

Tarihsel anlamda ilk anayasayı ihdas etme sürecinde gerçekleştirilen etkinliklerin meşru kılınması ve objektif biçimde yorumlanabilmesi için de temel norma gereksinim vardır. Temel norm tüm bu işlevleri yerine getirirken, onun niteliği üzerinde tartışmanın faydalı olmayacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle, temel normun varsayım veya kurgusal niteliğinden ziyade, hukuku sistematik olarak anlamlandırmaya sağladığı katkılar üzerinde durmak gerekir.

İlk yasa koyucuların ihdas ettiği anayasayı, içeriğine bakmaksızın onaylayan temel normun mutlakiyetçi rejimlere dayanak teşkil ettiği iddia edilir. Böyle bir yaklaşımda haklılık payı olduğunu kabul etmekle birlikte, görüşün tek yanlı olduğu kanaatindeyiz. Temel norm, mutlakiyetçi yönetimlerin yıkılarak yerine kurulan demokratik hukuk düzenlerinin geçerliliğini ve meşruluğunu da sağlar. Oysa temel normun bu yöndeki işlevi hep göz ardı edilir.

Kuram'ın mutlakiyetçi rejimlere kapı araladığı iddiası, genellikle doğal hukuk görüşünü savunanlar tarafından dile getirilir. Doğal hukuk görüşünün yaygın olduğu dönemlerde, her ne kadar otoritelerin belli temel hak ve özgürlüklere dokunamayacağı yönünde bir anlayış gelişse de, mutlakiyetçi yönetimler varlığını sürdürmüştür.

Temel norm, herhangi bir içeriği öncellemediği için, Kuram'ın tarafsızlığını sağlar. Kuram, tarafsızdır; çünkü her ideolojik görüşe karşı eşit mesafelidir. Nitekim Yahudi kökenli bir aileye mensup olan Kelsen, kaçarak kurtulduğu Nazi Almanyası'nın hukuk sistemini dahi meşru kılan tarafsız bir Kuram inşa etmiştir.

Şu ana kadar, gerek eleştirilere konu olan gerekse hukuk bilimine sağladığı katkılardan dolayı yüceltilen, ulusal düzeydeki temel normdur. Oysa bütün normları geçerli kılan tek bir norm vardır, o da uluslararası düzeydeki temel normdur. Kelsen, ulusal düzeydeki temel normun uluslararası hukuktaki örf ve adet kuralına dayandığını söyler. Bu örf ve adet kuralı, "etkililik" ilkesidir.

Kanaatimizce, ulusal düzeydeki temel normun varsayımdan kurgu niteliğine dönüşmesi, bir anlam ifade etmez. Temel normun niteliği her ne olursa olsun, uluslararası hukukun etkililik ilkesine göre geçerlilik kazanan pozitif bir norm olarak anılacaktır.

KAYNAKÇA

- Abadan, Yavuz, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, AÜHF Yayınları, Ankara, 1954.
- Acar, Ali, “(Yeni) Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir?”, *Çankaya University Journal Of Law*, 8/2, 2011, s. 109-131.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali, Köker, Levent, *Kral-Devlet Ya Da Ölümlü Tanrı*, 4. bs., İmge Kitabevi, Ankara, 2009.
- Akal, Cemal Bali, *İktidarın Üç Yüzü*, 7. bs., Dost Yayınevi, Ankara, 2014.
- Akarsu, Bedia, *Mutluluk Ahlakı*, İnkılâp Yayınları, İstanbul, 1998.
- Akarsu, Bedia, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1975.
- Akbay, Muvaffak, “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IV, Sayı:1, 1947, s. 29-47.
- Amserek, Paul, “Norm ve Yasa”, çev. Tuğba Ballıgil, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Dergisi*, Nüans Yayınları, 1. Kitap, İstanbul, 1993, s. 33-52.
- Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 3. bs., XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 7. bs., XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- Aral, Vecdi, *Kelsen’in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978.
- Atalay, Ahmet Haluk, “Kelsen ve Hart: Bilinebilir Hukuk”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Dergisi*, İstanbul Barosu Yayınları, 19. Kitap, İstanbul, 2010, s.104-113.
- Austin, John, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015.
- Balı, Ali Şafak, “Hukukun Bilimselliği Sorunu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XII, Sayı 1-2, 2004, s. 223-237.

Balkır, Zehra Gönül, “Hukuk ve Adalet Estetiği Üzerine Bir Deneme”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Dergisi*, İstanbul Barosu Yayınları, 23. Kitap, İstanbul, 2012, s. 44-60.

Bindreiter, Uta, *Why Grundnorm?: A Treatise On The Implications Of Kelsen’s Doctrine*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2002.

Bobbio, Norberto, “Kelsen ve Hukukun Kaynakları”, Derleyen: Cemal Bali Akal, *Devlet Kuramı*, 4. bs., Dost Yayınevi, Ankara, 2013, s. 459-469.

Bodin, Jean, *The Six Books Of A Commonweale*, Translated By: Richard Knolles, The Worship Company of Goldsmiths, London, 1903.

Borowski, Martin, “Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School’s Stufenbaulehre”, *Ratio Juris*. Vol. 27, No.1, March 2014, s. 79-93.

Can, Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, 3. bs., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011.

Cengiz, Erdal, “Törebilimde Değer ve Ölçüt Sorunu”, *Doğu Batı Dergisi*, 3. bs., Sayı:4, 2004, s. 29-44.

Cevizci, Ahmet, “Ahlak ve Etik”, *Felsefe Ansiklopedisi*, Cilt: I, Etik Yayınları, 2003.

Çağıl, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş*, 3. bs., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1966.

Çeçen, Anıl, *Adalet Kavramı*, 4. bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

Çeçen, Anıl, “Hukukta Norm ve Adalet”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXXII, Sayı: 1-4, 1975, s. 71-114.

Çilingir, Lokman, “Din mi Ahlak mı?”, *International Journal of Science Culture and Sport*, Special Issue 1, July 2014, s. 711-720.

Dağdelen, İlhan, “Devlet Bilimi Metodolojisi”, *Journal of Human Sciences*, Vol.1, No.1, 2004, s. 1-44.

Delacroix, Sylvie, *Legal Norms And Normativity*, Hart Publishing, Oxford And Portland, Oregon, 2006.

Dinçer, Kurtuluş, *Kısaca Felsefe*, Pharmakon Yayınları, Ankara, 2010.

Duxbury, Neil, “Kelsen’s Endgame”, *The Cambridge Law Journal*, Vol.67, No.1, March 2008, s. 51-61.

Duxbury, Neil, “The Basic Norm: An Unsolved Murder Mystery”, *Law, Society And Economy Working Papers*, 17/2007, s. 1-10.

Ebenstein, William, “The Pure Theory Of Law: Demythologizing Legal Thought”, *California Law Review*, Vol.59, No.3, May 1971, s. 617-652.

Farago, France, *Hume*, çev. İsmail Yerguz, Ed. Jacqueline Russ, Felsefe Tarihi 3: Aklın Zaferi, 2. bs., İletişim Yayınları, İstanbul, 2013.

Feyzioğlu, Turhan, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:19-1, Ankara, 1951.

Finnis, J. M., “Revolutions and Continuity Of Law”, *Oxford Essays In Jurisprudence* Editor: A.W.B. Simpson, Clarendon Press, Oxford, 1973, s. 44-76.

Friedmann, W., *Legal Theory*, 3. bs., Stevens&Sons Limited, Londra, 1953.

Furtun, Ayşen, *John Austin’in Hukuk ve Devlet Teorisi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

Furtun, Ayşen, *Thomas Hobbes ve Doğa Kanunları*, Asil Yayınları, Ankara, 2005.

Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.

Gözler, Kemal, *Kurucu İktidar*, Ekin Yayınları, Bursa, 1998.

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 3. bs., Ekin Yayınları, Bursa, 2012.

Grabewarter, Christoph, “Hukuk Düzeni Hiyerarşisinde Anayasa”, çev. Hilal Kafkas, *Anayasa Teorisi*, Ed. İlyas Doğan, Lale Yayınları, Ankara, 2014, s. 403-427.

Gray, Charles, M., “Bonham’s Case Reviewed”, *Proceedings Of The American Society*, Vol. 116, No.1, Feb. 15, 1972, s. 35-58.

Gülgeç, Yahya Berkol, *Normlar Hiyerarşisi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

Gürbüz, Ahmet, *Hukuk ve Meşruluk: Meşru Hukukun Temel Unsurları*, 3. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 10. bs., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014.

Hafızoğulları, Zeki, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXXV, Sayı:1-4, 1978, s. 235-279.

Hamilton, Alexander, Madison, James, Jay, John, *The Federalist Papers*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

Hançerlioğlu, Orhan, *Toplumbilim Sözlüğü*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1986.

Hart, H. L. A., *The Concept Of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, Oxford, 1994.

Hart, H. L. A., “Kelsen Visited”, Ed. Stanley L. Paulson, Bonnie Litschewski Paulson, *Normativity And Norms*, Clarendon Press, Oxford, 1998, s.69-87.

Hegel, G. W. F., *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, çev. Cenap Karakaya, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1991.

Heimsoeth, Heinz, *Kant’ın Felsefesi*, çev. Takiyettin Mengüşoğlu, 3. bs., Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2007.

Hirş, Ernest, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, 3. bs., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001.

Hobbes, Thomas, *Yurttaşlık Felsefesinin Temelleri*, çev. Cihan Deniz Zarakolu, 2. bs., Belge Yayınları, İstanbul, 2014.

Hobbes, Thomas, *Leviathan*, çev. Semih Lim, 13. bs., Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014.

Hume, David, *İnsan Doğası Üzerine Bir İnceleme*, çev. Ergün Baylan, 2. bs., Bilgesu Yayınları, Ankara, 2015.

Hume, David, *İnsan Zihni Üzerine Bir Araştırma*, çev. Selmin Evrim, 2. bs., Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1986.

Işıқтаç, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, 3. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

Işıқтаç, Yasemin, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, 2. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

Işıқтаç, Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, 4. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.

Işıқтаç, Yasemin, Metin, Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, 4. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.

Jabloner, Clemens, “*Kelsen and his Circle: The Viennese Years*”, European Journal of International Law 9, 1998, s.368-385.

Kant, Immanuel, *Gelecekte Bilim Olarak Ortaya Çıkabilecek Her Metafiziğe Prolegomena*, çev. İoanna Kuçuradi-Yusuf Örnek, 3. bs., Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2002.

Kelsen, Hans, *Introduction To The Problems Of Legal Theory*, Translated By: Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford, 2002.

Kelsen, Hans, *Pure Theory Of Law*, Translated By: Max Knight, The Lawbook Exchange Ltd., Clark, New Jersey, 2008.

Kelsen, Hans, *General Theory Of Law And State*, Translated By: Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1949.

Kelsen, Hans, *Essays In Legal And Moral Philosophy*, Translated By: Peter Heath, D.Reidel Publishing Company, Dordrecht- Holland/Boston-USA, 1973.

Kelsen, Hans, *General Theory Of Norms*, Translated By: Michael Hartney, Clarendon Press, Oxford, 2011.

Kelsen, Hans, *Principles Of International Law*, The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, New Jersey, 2003.

Kelsen, Hans, “Saf Hukuk Kuramı Nedir?”, çev. Kasım Akbaş, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Dergisi*, İstanbul Barosu Yayınları, 15. Kitap, İstanbul, 2016, s. 56-63.

Kelsen, Hans, “On The Basic Norm”, *California Law Review*, Vol.47, No.1, March, 1959, s. 107-110.

Kelsen, Hans, “Yorum Teorisi Üzerine”, çev. Melike Belkıs Aydın, Ertuğrul Uzun, *Hukuk Kuramı Dergisi*, Cilt: I, Sayı:5, 2014, s. 45-51.

Kelsen, Hans, “Adalet Nedir?”, çev. Ali Acar, *TBB Dergisi*, 107. Sayı, 2013, s. 431-454.

Kelsen, Hans, “Norm ve Değer”, çev. Kasım Akbaş, *Hukuk Kuramı Dergisi*, Cilt: II, Sayı:5, 2015, s. 20-24.

Kelsen, Hans, “Nedensellik ve İsnadiyet”, çev. Zeki Hafızoğulları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXXV, Sayı:1, 1978, s. 219-233.

Kılıç, Recep, “Olgü ve Değer Problemi”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: XXV, Sayı:1, 1996, s. 355-402.

Lee, Harper, “*Bülbülü Öldürmek*”, çev. Ülker İnce, 17. bs., Sel Yayınları, İstanbul, 2016.

Öktem, Niyazi, Türkbağ, Ahmet Ulvi, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 6. bs., Der Yayınları, İstanbul, 2014.

Öktem, Ülker, “David Hume ve Immanuel Kant’ın Kesin Bilgi Anlayışı”, *Ankara Üniversitesi DTCF Dergisi*, Cilt: XLIV, Sayı: 2, 2004, s. 29-55.

Özbilgen, Tarık, *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 10. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Özlem, Doğan, *Etik: Ahlak Felsefesi*, 2. bs., Say Yayınları, İstanbul, 2010.

Paulson, Stanley L., “Gesammelte Schriften” (Book Review), *Ratio Juris*. Vol. 17, No.2, June 2004, s. 263-267.

Paulson, Stanley L., “Kelsen’s Legal Theory: The Final Round”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 12, No. 2, 1992, s. 265-274.

Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 12. bs., On İki Levha Yayınları, Ankara, 2013.

Pieper, Annemarie, *Etîğe Giriş*, çev. Veysel Atayman, Gönül Sezer, 2. bs., Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012.

Ratnapala, Suri, *Jurisprudence*, Cambridge University Press, New York, 2009.

Raz, Joseph, “Kelsen’in Temel Norm Kuramı”, çev. Şule Şahin Ceylan, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: LXII, Sayı:4, 2013, s. 1169-1193.

Satıcı, Murat, *Kant’ın Hukuk Felsefesi ve Çağdaş Hukuk Felsefesine Etkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ege Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2012.

Saygılı, Abdurrahman, *Kutsal Canavar Devlet*, 3. bs., İmaj Yayınevi, 2015.

Selçuk, Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, 6. bs., Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2000.

Sevinç, Murat, “Amerikan Yüce Mahkemesi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Yıl: 1996, Cilt: LI, Sayı:1, s. 391-407.

Smith, George, P., “Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics Of The Past, Guidelines For The Present-Judicial Review In Transition?”, *University of Puget Sound Law Review*, Vol.2:255, 1979, s. 255-267.

Sophokles, *Antigone*, çev. Sabahattin Ali, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1993.

Stolleis, Michael, *Yasanın Gözü*, çev. Arif Çağlar, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2010.

Şahin Ceylan, Şule, *H.L.A Hart’ın Hukuk Kavramı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

Tepe, Harun, “Bir Felsefe Dalı Olarak Etik”, *Doğu Batı Dergisi*, Yıl:1, Sayı:4, 1998, s. 11-27.

Tepe, Harun, *Etik ve Metaetik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1992.

Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 15. bs, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

Timuçin, Afşar, *Felsefe Sözlüğü*, 5. bs., Bulut Yayınları, İstanbul, 2004.

Triepel, H., “İç Hukukla Arsiulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler, çev. Orhan Arsal, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: III, Sayı:1, 1937, s. 6-50.

Tuncay, A. Can, *Hukuksal Etik Ders Notları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Turhan, Mehmet, “Hans Kelsen’e Göre “Anayasaya Aykırı Yasa”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Yayınları, 27. Kitap, İstanbul, 2016, s.373-404.

Türcan, Talip, *İslam Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 2009.

Ural, Şafak, “Epistemolojik Açıdan Değerler ve Ahlak”, *Doğu Batı Dergisi*, Yıl:1, Sayı:4, 1998, s. 45-53.

Uslu, Cennet, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, 2. bs., Liberte Yayınları, Ankara, 2011.

Uzun, Ertuğrul, “İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: III, Sayı.2, 2003, s. 1-24.

Vaihinger, Hans, *The Philosophy of ‘As if’*, Translated By: C. K. Ogden, 2nd Ed., Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd., London, 1935.

Vinx, Lars, “Austin, Kelsen and the Model of Sovereignty: Notes on the History of Modern Legal Positivism”, *The Legacy of John Austin’s Jurisprudence*, Editor: Michael Freeman, Patricia Mindus, Law and Philosophy Library, Vol. 103, 2013, s. 51-71.

Zabunoğlu, H. Gökçe, “Kültürel Görecelilik ve İnsan Haklarının Evrenselliği”, *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, s. 789-812.

www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf.

http://www.digizeitschriften.de/download/PPN345574893_0032/PPN345574893_0032_log20.pdf. (Erişim) 19.06.2016.

http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_process1.html. (Erişim) 28.05.2016.

<http://turkish.turkey.usembassy.gov/media/pdf/abd-anayasasi.pdf>.(Erişim) 19.05.2016.

www.fjc.gov/history/home.nsf/page/landmark_03_txt.html. (Erişim) 13.05.2016.

<https://incil.info/KM/arama/Misirdan+Cikis+21:32>. (Erişim) 17.09.2016.

<http://www.orcarastirma.com.tr/wp-content/uploads/2016/10/ekim-2016-se%C3%A7men-tercihleri.pdf>. (Erişim) 02.01.2017.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>. (Erişim) 28.05.2016.