

Atf: Yıldırım, D. (2023). Hans Kelsen'e göre nedensellik ve ödetme ilişkisi). *İctimaiyyat Sosyal Bilimler Dergisi*, 7(1), ss. 245-254.



Sosyal Bilimler Dergisi | Journal of Social Sciences
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ictimaiyat>

Başvuru / Recieved:
09 / 09 / 2021

Kabul / Accepted
16 / 11 / 2022

Hans Kelsen'e Göre Nedensellik ve Ödetme İlişkisi

The Relationship Between Causality and Retribution According To Hans Kelsen

Dilara YILDIRIM^a

DOI: [10.33709/ictimaiyat.1162441](https://doi.org/10.33709/ictimaiyat.1162441)

ÖZ	ABSTRACT
<p>Saf hukuk kuramı ve inşa ettiği genel hukuk teorisi ile Kelsen, üzerine kayda değer pek çok çalışma yapılmış önemli teorisyenlerden biridir. Ceza hukuku felsefesine dair okumalar ise genelde çok temel isimler üzerinden ilerler ve Kelsen, doğal olarak, bu isimlerin dışındadır. Elinizdeki çalışma ile Kelsen üzerine bir makale değil esas itibarıyla cezalandırma ve ceza hukuku felsefesine dair bir metin hedeflenmiş olup, bu amaca ulaşmanın bir aracı olarak Kelsen'in İngilizceye "Causality and Retribution" olarak çevrilen makalesi temel alınmıştır. Sistematiği Kant'ta gördüğümüz, ceza teorilerinde önemli yer işgal eden ödetme teorisi Kelsen'i bakışla, saf hukuku inşa ederken kurduğu muhakemenin bir neticesi olarak bu çalışmaya konu edilmiştir. Kelsen'in Antik Yunan doğa ve nedensellik anlayışıyla açıkladığı ödetme ilkesi, ona göre başta kozmosun algılanış biçimi gibi yani nedensellikte birlikte düşünülmektedir. Dolayısıyla ilahi olan da ona dahil edilmiştir. Ancak bir cezalandırma ilkesi olan ödetmeciliğin tıpkı hukuk önermelerinde olduğu gibi nedensellikten değil normativiteden çıktığını hem Hume'un ayrımından hareketle hem de çağın bilimsel gelişmelerinin yarattığı neticeyle göstermeye girişmiştir.</p>	<p>Kelsen is one of the important theorists, with his pure theory of law and the general theory of law he has built. Readings on the philosophy of criminal law generally proceed through very basic names, and Kelsen is naturally excluded from these names. The study is not an article on Kelsen, but a text on the philosophy of punishment and criminal law. The theory of retribution, which occupies an important place in theories of punishment, whose systematic form we see in Kant, has been the subject of the study as a result of the reasoning he established while constructing pure law with a Kelsenian perspective. The principle of retribution, which Kelsen explained with the Ancient Greek understanding of nature and causality, according to him, is primarily thought of as the way the cosmos is perceived, that is, together with causality. Therefore, the divine is also included in it. However, he attempted to show that retribution, which is a principle of punishment, is not from causality but from normativity, just like in legal premises, both with Hume and with the results of the scientific developments of the age.</p>
<p>Anahtar Kelimeler</p> <p>Ödetme İlkesi, Nedensellik, İsnadiyet, Cezalandırma, Kelsen.</p>	<p>Keywords</p> <p>Retribution, Causality, Imputation, Punishment, Kelsen.</p>

^a Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku. Arş. Gör., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. Email: dilara.yildirim@yalova.edu.tr.

(Sorumlu Yazar/Correspondin Author)



Bu makale Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) Lisans ile lisanslanmıştır.

İctimaiyat Dergisi, lisanslama politikası ile telif hakkının ve kullanıcı haklarının açık olmasını sağlar. Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanır. / Journal of İctimaiyat Magazine ensures that copyright and user rights are open with its licensing policy. Author(s) publishing with the journal retain(s) the copyright to their work licensed under the CC BY-NC 4.0.

1. Giriş

Cezalandırmanın amacına ilişkin yaklaşımlar temelde üç başlık altında toplanabilir. Bunlar genel itibariyle ödetme teorisi, faydacı (caydırıcı) teori ve karma teori olarak sınıflandırılır. Ödetme teorisi, altında pek çok türü, gerekçeyi barındıran ve yeknesak bir tanımı olmayan teorilerin başında gelir. Ancak genel itibariyle, kendi özgür iradesiyle suç işleyen kişinin eyleminin kötülüğüyle orantılı bir cezayı hak ettiği teması üzerinden şekillenir. En eski örneği kısas hukuku olan bu teori kuramsal karşılığını Kant'ta bulmuştur. Kant da aynı temayı paylaşmakla birlikte kişinin araç olarak kullanılmayacağından hareketle faydacı teoriye karşı çıkmış, geçmişte gerçekleşen suç eyleminin hem nicelik hem nitelik bakımından kısas yasasına uygun şekilde cezalandırılmasının adil olduğunu savunmuştur. Bir diğer teori, faydacılık üzerinden temellendirilerek hem suçlunun tekrar suç işlemesini önlemeyi (özel önleme) hem de ceza ile toplumun suçtan caymasını (genel önleme) hedefler. Kuramsal açıklamaları daha çok Beccaria ve Bentham tarafından yapılmıştır. Kısasa uyarak ve hatta onu aşarak verilen ağır ve şiddetli cezaların, suçun önlenmesinde yetersiz kaldığını, bu anlamda geçmişte gerçekleşen eylem için ceza vermektense gelecekte gerçekleşmesi muhtemel suçları önlemenin toplumsal faydaya da hizmet ettiği yönünde kabaca bir karşılık bulur. Son olarak karma teori ise, adından da anlaşıldığı gibi hem ödetmeci hem de faydacı teorinin birleşiminden oluşur. Karma teorinin ağırlığı hangi tarafa verdiği tartışma konusu iken, suçlunun cezayı hak etmesi bakımından ödetmeciliği, kişiye ceza verirken geleceğe dönük hareket edilmesi bakımından ise faydacı teoriyi esas aldığı söylenebilir. Ceza teorileri içinde geniş yer tutan bu üç teoriden açık ara en tartışmalı olan ödetme teorisidir. Kant doğanın ve özgürlüğün yasalarını birbirinden ayırmış olsa da ödetme ilkesine normatif bir dizge olarak özel bir anlam yüklememiştir. Bu bakımdan Kelsen, ceza teorileri içinde yer alan isimlerden biri olmasa da bu ilkenin dizgeye nasıl bağlandığını göstermiştir.

246

Kelsen 1941 tarihli makalesinde bir cezalandırma ilkesi olan ödetme hakkında mülahazalarda bulunmuştur. Buna göre ödetme ilkesi kökenini doğa yasası ve hukuk normu arasındaki ilişkide bulur ve bu konuda yararlandığı kaynak Antik Yunan'dır. Buna göre Antik Yunan'ın doğa felsefesi evreni, toplumsal olanın kozmosa yansması olarak açıklar. Bu karşılıklı ilişkide olgu ile norm birlikte düşünülür. Adaletin, kozmosun düzen olarak tasavvur edildiği bu düşüncede düzeni bozan her şey, ödetme ilkesine uygun olarak bunun bedelini öder. İyinin ödülle kötünün cezayla karşılık bulması bu bağlamda bir cezalandırma ilkesi olan ödetmenin bir gereğidir. Kelsen de saf hukuk kuramının kuramsal öncülleriyle uyumlu olarak bu tarihi analizle beraber nedensellik ile gereklilik arasındaki farka dikkat çekmiş, doğa yasasının nedensellikle hukuk normunun ise isnadiyetle açıklanabileceğini belirtmiştir. Ardından Hume'un olan-olması gereken ayrımı, modern fiziğin gelişimi ve ilahi unsurun ondan ayrılması ile ödetme ilkesi nedenselliğe değil normativiteye dayandırılmıştır.

2. Bir Cezalandırma İlkesi Olarak Ödetme

Cezalandırmanın amacına ilişkin yapılan çalışmalar belirli ceza teorileri etrafında tartışılır. Bu teorilerin gelişimi ise hem felsefenin hem de hukukun dönüşümüne bağlı olarak gerçekleşmiştir. Belirli yahut üzerinde karar kılınmış bir sınıflandırma biçimi olmasa da ceza hukuku felsefesi bakımından sıklıkla üçlü bir ayrıma gidilir. Bunların başında, en kapsamlı açıklaması Kant tarafından yapılmış olan ödetme teorisi (retribution theory) yer alır. Ardından daha ziyade Bentham ve Beccaria tarafından değinilen, cezayı faydacılığa dayanarak açıklayan teori, son olarak da bu iki teorinin birlikte düşünülerek cezayı gerekçelendirebileceğini iddia eden, daha ziyade Hart ile özdeşleştirilmiş karma teori gelir. Elbette ceza teorileri bunlarla sınırlı olmadığı gibi

cezalandırmanın gerekçelendirmeye uygun bir mefhum olup olmadığı dahi tartışmalıdır. Birine acı çektirmenin gerekçeye uygun olup olmadığı tartışmalı olsa da cezalandırmanın kendisi bir gerçeklik olarak hukuk sistemlerinin tam orta yerinde durmaya devam etmektedir. Bu nedenle onu “var” kabul edip açıklamaya girişmek şimdilik elimizden gelenin en iyisi gibi görünmektedir. Bu çalışmada da İngilizceye *Retribution* olarak çevrilen, bizimse Türkçe yaygın kullanımından hareketle ödetme teorisi, ödetmecilik yahut ödetme ilkesi olarak karşıladığımız teori konu edilmektedir zira makalenin odağına aldığı hukuk kuramcısı Kelsen bu prensip çerçevesinde bir tartışma yürütmektedir. Dolayısıyla Kelsen’in argümanını incelemek için ödetme ilkesi dediğimizde karşılaştığımız şeyin ne olduğuna bakmamız icap ediyor.

Klasik örneğini kısas yasasının oluşturduğu ödetme prensibinin temel mantığını, yapılan herhangi şeyin karşılığının verilmesi oluşturur. Bu karşılık aşağıda Kelsen tarafından da dile getirildiği üzere bir iyiliğe ya da erdeme karşı ödül, suça, haksızlığa karşı ise cezalandırma olur. Söz konusu bir suçun karşılığı olduğunda bu teori/ilke cezayı geçmişe dönük olarak yani bugün verilen cezayı geçmişte gerçekleşmiş olan adına verir. Bu bağlamda eski hale iade etme, dengeyi yeniden tesis etme amaçları güttüğü de zikredilir. Dolayısıyla yaptığı tam anlamıyla bir denkleştirme değildir. Cezalandırma tarihi içinde benzer amaçlara hizmet ettiğinden hareketle bazen kefaret bazen kan gütme niteliklerine de vurgu yapılır¹.

Ödetmeye, duygusal motiflerin de karışması ile çoğu kez intikam ve öç alma ile birlikte muamele edilir. İlke kuramsal nitelik kazandıkça suçlunun, kısas hukuku uyarınca işlediği suça eş ve fakat suçun içsel kötülüğüyle orantılı bir ceza almayı hak ettiği ve bunun adaletin bir gereği olduğu yönünde temel bir ifade bulur. Dolayısıyla geniş bir perspektifle bakıldığında, adil olanın ne olduğuna dair bir tartışma olduğu da söylenebilir. Yukarıda bahsettiğimiz teorilerin tamamında olduğu gibi bu teori de yanıtları büyük oranda ahlak felsefesi ile temellendirdiğinden, eylemin kendisine, dolayısıyla özgür bir iradeye yani içeriğe odaklanırlar. Ancak içeriğin derinliklerine dalmadan nihayetinde ortada bir suç yani olgu ve bir ceza yani norm olduğu gerçeğine gözümüzü çevirebiliriz. Nitekim tam da bu noktada karşımıza Kelsen çıkacaktır. Ödetme prensibine göre cezalandırmanın amacı nedir yahut cezalandırılabilir olan eylemler nelerdir gibi soruların içine girmeden, bu ilkeyi Antik Yunan doğa ve nedensellik anlayışı ile birlikte ele alarak, olan ve olması gerekenin örtüştüğü zamanlardan hareketle nedenselliğin bir cezalandırma ilkesinden nasıl türetildiğini ve ondan nasıl ayrıldığını aktaracağız. Ancak bunun için öncelikle Kelsen’in hukuku saflaştırma stratejisinin sonucu olarak karşımıza çıkan, normatif bir sistem olarak hukuk telakkisine bakmamız gerekir.

3. Kelsen’in Genel Teorisi Bağlamında Gereklilik Dizgesi Olarak Hukuk

1881 doğumlu hukuk felsefecisi Hans Kelsen, “Saf Hukuk Kuramı” adını verdiği kuram ile Donald Black’in hukuk sosyolojisinde yaptığını ondan çok önce hukuk felsefesinde yaparak gerçek bir hukuk bilimi yaratmaya girişmiştir. Ahlak, doğa bilimi, teoloji gibi hukukun bilimselleşmesine engel olarak gördüğü alanları ondan çıkarmanın yolunu inşa etmiştir. Kendi deyimiyle saf hukuk kuramını şöyle tanımlar:

“Kendisini hukukun ‘saf’ kuramı olarak karakterize eder, çünkü sadece hukuka odaklanmış bilişi (cognition) amaçlar ve bilişinin açıklıkla hukuk olarak beslediği nesnesine ait olmayan her

¹ Cezalandırmanın tarihi ve ödetme teorisi hakkında genel bilgiler için şu kaynaklara bakılabilir: Lewis Lyons, Cezalandırmanın Tarihi (Çev. Silya Zengilli, Paris Yayınları 2018); Foundational Texts in Modern Criminal Law, Markus D. Dubber (ed), (Oxford University Press 2014); Didier Fassin, The Will To Punish (Oxford University Press, 2018); Leo Zaibert, Punishment and Retribution (Ashgate Publishing Limited 2006); John Cottingham, ‘Varieties of Retribution’(1979) 29 (166) The Philosophical Quarterly.

şeyi bu bilişten ayıklamayı hedefler. Yani Saf Kuram, hukuk bilimini bütün yabancı unsurlardan temizlemeyi amaçlar. Bu onun temel metodolojik ilkesidir (Kelsen, 2016, s.1)”

Dolayısıyla ahlak, adalet gibi daha ziyade doğal hukuk tarafından ele alınan kavramlar hukuk bilimine ait değildir (Arıkan, 2020, s. 420). Hukuku saflaştırmak adına yapılması gereken tek şey onun ahlaktan farkını ortaya koymak değildir. Aynı şekilde onun normatif yöntemini doğa bilimlerinin nedenselliğinden de ayırmak gerekir (Aral, 1978, s. 5). Doğa bilimleri ile hukuk bilimi arasındaki ayrımı ise, doğa biliminin konusu olan olgulardan hukuku yani normu ayırarak sağlamıştır. Kelsen’in genel görüşleri içerisinde bu makalenin konusuna da katkı sunacak kısım hukukun normatif niteliğinin kaynağı olarak Hume’dan devraldığı olan-olması gereken ayrımıdır (Arıkan, 2020, s. 417). Olgu-norm olarak da ifade edebileceğimiz bu ayrıma göre olgusal olan nedensellik ilkesi ile normatif olansa değerden bağımsız sadece şekli anlamda olması gereken ile sınıflandırılır (Işıқтаç, 2018, s. 262). Bu durumu şu şekilde de açıklayabiliriz: hukuk kuralları da tıpkı doğa yasası gibi sonucu bir nedenin gerçekleşmesine yani koşula bağlı olan önermelerdir fakat bu önermeleri, birinde “olur” diğeri “olması gerekir” şeklinde ifade ederiz (Akbaş, 2015, s. 32). Neden ve sonucun birbirlerine bağlanma şekli tamamen farklıdır. “Su 100 dereceye ulaştığında kaynar” ifadesi bir uygulayıcıya ihtiyaç duymadan gerçekleşen ve her zaman aynı sonucu veren bir olgudur. Oysa bir hukuk yasasında nedenin ardından sonucun gelmesi gerektiğini, yani kuralın işlenmesi gerektiğini düşünürüz. Hukuk normları, yaptırım içermesinden de hareketle, nedenselliğin aksine ihlal edilebilen ve bu nedenle yapılması gerekeni söyleyen, rehber niteliği taşıyan kurallardır (Çeçen, 1975, s. 80). Ancak bir normativist pozitivist olarak Kelsen’in amacı, hukukun içeriğine dair bir olması gerekeni değil, dilin yapısı gereği bir olgu olarak gerçeklikte olmayan, dolayısıyla ondan çıkmayan ve varlığını bir başka norma borçlu hukuk kurallarının şekli yapısını göstermektir.

Saf hukuk kuramını inşa etmek için hukuku “hukuk olmayandan” yani doğa biliminden ayırdıktan sonraki aşama onu benzerlerinden yani hukuk gibi bir başka normatif düzen olan ahlaktan ayırmaya sıra gelir. Kelsen’in deyişiyle,

“Asıl reddedilen şey, hukukun ahlakın bir parçası olduğu ve dolayısıyla her yasanın, hukuk olması hasebiyle, bir anlamda ve bir dereceye kadar ahlaki olduğu anlayışıdır. Hukuku ahlakın bir dalı olarak tasvir etmek sadece hukukun ahlaka uygun biçimlenmesi gerektiği şeklindeki aşıkâr buyruğa karşılık gelebileceği gibi, ahlakın parçası olarak hukukun fiilen ahlaki bir karaktere sahip olduğu anlamına da gelebilir. Her iki durumda da, hukuka, ahlakın savunduğu mutlak bir değer yüklenmesi söz konusudur (Kelsen, 2016, s. 14)”

Görüldüğü üzere karşı çıkılan ilk unsur hukuka yüklenen değerdir. Bununla birlikte, her iki normatif düzenin özellikleri de birbirinden farklıdır. Ahlak gerekçelendirilmesi mümkün olmayan, o an için geçerli bir üst normdan çıkan statik bir normatif düzen iken hukuk onun aksine dinamik bir normatif düzendir (Raz, 2013, s. 1179-1185). Örneğin yalan söylemenin yanlış olduğundan hareketle sadece dürüstlüğün iyi bir şey olduğu çıkar. Ancak bir hukuk yasasının altında onun tarafından geçerli kılınmış birden çok norm ortaya konabilir.

Normatif alana dahil olmak bakımından ortaklaşan ahlak ve hukuk arasındaki bir başka fark ahlakın aşkın bir yaptırıma, hukukun ise tam aksine onu deneyimleyenlere içkin bir niteliğe sahip olmasıdır (Akbaş, 2015, s. 36). Bu içkinlik zorlayıcı olmadığı anlamına gelmez. Bilakis Kelsen’e göre hukuku ahlaktan ayıran temel fark dışsal bir zorlayıcılığı olmasıdır. Ahlak göreceli bir karaktere sahip olduğu için hem adil olanın ne olduğu her zaman değişebilir hem de hukuku kendisinden değil tanrıdan ya da doğada içkin varsayılan ilkelere çıkarmak hatalıdır (Kelsen, 1960, s. 273,274; ayrıca bkz. Akbaş, 2015, s. 37-38). O halde bu zorlayıcı ve normatif karakterdeki hukuk kuralına geçerliliğini veren şey nedir? Bilindiği üzere Kelsen’in buna yanıtı normlar hiyerarşisidir. Bir hukuk

normunun geçerliliğini bir üstteki normdan aldığı bu sistemde nihayetinde varsayımsal *Grundnorm*'a ulaşılır. Temel norm da dahil olmak üzere hiçbir üst norm içeriğe dair belirleme yapmaz, sadece yetkilendirir. Yani bir alttaki normun ilgili normatif sisteme aitliği temin edilmiş olur (Raz, 2013, s. 1172).

Ancak geçerlilik kriterinin verili bir hukuk sistemini incelemede tek başına yeterli olduğunu söylemek güçtür zira hukuk düzenin etkinliğini yitirmiş olması durumunda artık bir temel norm varsayılmadığı için hiçbir norm geçerliliğini koruyamaz (Cohen, 1981, s. 151). Bir hukuk normunun zorlayıcılık, geçerlilik ve etkinlik unsurlarına sahip olmak zorunda olduğu sabittir.

Bir pozitivist olarak Kelsen'e, kurduğu hukuk bilimi inşasında en çok yöneltile eleştiri elbette temel normun bir varsayım olmasıdır. Hukuku diğer normatif düzenlerden ayıran en önemli özelliği bir bakıma onun başka bir eksiği olur. Şöyle ki:

“(…) iki tür normatif sistem vardır: Birbirinden türeyen normlardan oluşan statik sistemler ve bir üst iktidarın bir alt iktidarı yetkilendirmesiyle, birinin diğerinin ortaya çıkmasına neden olduğu normlardan oluşan dinamik sistemler. Kelsen'e göre hukuki sistemler ikinci türe uyar. Bu husus Kelsen'in kuramında, hukuki yaratı kavramının temel önemini bir kez daha ortaya koyar: Ahlaki bir normatif sistem ya da tabii hukuk sistemi türemiş, hukuki bir normatif sistemse yaratılmıştır (Bobbio, 2005, s. 461)”

Bu yaratının en iyi örneğini Kelsen'in meşhur baba-oğul örneği oluşturur (Arıkan, 2020, s. 424; Akbaş, 2015, s. 44). Çocuğuna okula gitmesi gerektiğini söyleyen baba, çocuğun her “neden?” sorusuna, önce babaya itaat etmek gerektiğiyle ardından tanrının böyle emrettiğiyle yanıt verir. İlk normunu bir önceki normlarla gerekçelendiren baba, sıra tanrının normunu gerekçelendirmeye geldiğinde, bunun sorgulanmayacağını ve onun sadece kabul edilebileceğini söyler. İşte en geriye gelerek karşılaştığımız tam bu muammada bizim ödetme ilkesi ile ilişkimiz başlamış olur.

4. Olgu-Norm Ayırımının Bir Veçhesi Olarak Nedensellik ve Ödetme İlkesi

Nedensellik yasası kendisine şüpheyle yaklaşılacak her şeyi değiştirmiş ve Kelsen tarafından, bilimsel düşünceyi bu derece belirleyen bir yasanın düzenlenmesi ve insan düşüncesinin gelişimine nasıl dahil olduğunun araştırılması önerilmiştir (Kelsen, 1941, s. 533). Aslında bunun bir nedeni, ona göre isnadiyet ilkesinin nedenselliğe giden yolu açtığını düşünmesidir. Buna göre ilkel insanın zihninde doğuştan gelen kategorik bir nedensellik anlayışı olmadığı gibi; toplumdan bağımsız, her şeyin nedenselliğe göre belirlendiği bir doğa anlayışı da yoktur (Kelsen, 1941, s. 533-534). Toplumun bir parçası olan ilkel insan ait olduğu topluluğun hukuki düzeninin (legal order) doğa da dahil her şeyi kapsadığını, onu belirlediğini ve yönettiğini düşünür (Kelsen, 1941, s. 534). Bu durumda doğa da dahil her şeyi düzenlediğine inanılan bir ilkenin varlığı kaçınılmazdır. Buna göre; “(…) ilkel toplumsal düzenin temel kuralı, ilkel insanın toplumsal bilincini bütünüyle belirleyen ödetme (retribution) ilkesidir (Kelsen, 1941, s. 534)”

Peki bir cezalandırma ilkesinin nedensellik tartışması içerisindeki yeri nedir? Bunu yanıtlamak için Antik Yunan'a ve hatta Sokrates öncesine gitmemiz gerekiyor. Sokrates öncesi Antik Yunan'da doğa, evren, adalet gibi kavramların tamamı bugün kullandığımız anlamdan ve gerekçelerden farklı biçimde kullanılmaktaydı. Düzenin kendisi adil, düzensizlik ise adaletle aykırı olardı. Nitekim ilk felsefe yazarı olan Anaksimandros için de adalet, kozmolojik düzeni tesis etmek adına yargılayan ve cezalandıran bir anlam taşıyordu (İşsevenler, t.y, s.1). Bu durum, bugün kullandığımız anlamıyla sadece insan eylemleri için değil doğada düzeni bozan her şey için geçerliydi. Örneğin; su buharlaşarak ısınmasının bedelini ödüyor, bu bedeli ödemek için cezalandırılıyordu. Her şeyin yerli yerinde olması adil olan iken su buharlaşarak bir düzensizlik yaratıyordu. Bir Yunanlı için kozmos

düzen demektir (Guthrie, 1999, s. 45). Bu bağlamda bedeli ödenen şey ise oluştu (İşsevenler, t.y, s. 5). Antik Yunan'ın doğa felsefesini de tıpkı ilkel insanın zihni gibi mitik ve dini kavramlar oluşturur ve cezayı haksızlıkla, erdemi ödülle ilişkilendiren nesnel, aşkın bir otoritenin ifadesi olan ödetme ilkesi bu kavramlarda önemli yer tutar (Kelsen, 1941, s. 534-535,548). Gerçekten de bugün kullandığımız anlamıyla hukukun devreye girmesinden önce ceza, evrensel yasanın bir görünümü olarak ya adaletin gereği ya da adaletsizliğin bir bedeli olarak addedilir. En azından Antik Yunan'da durum böyleydi. Amaçlanan şey ise, doğanın dengelenmesi, eski haline kavuşturulmasıdır.

“(…) Kendisinden ve grubundan eksilen, onun yaşam sürdürmesinde güçlükler yaşaması anlamına gelir. Bu açıdan, kendisindeki eksilme, başka bir kişi veya grubun fiili sonucu ise, eksilenin tamamlanması veya karşıdaki grubun eşdeğer eksilmeyi yaşaması gerekir. Kişilerin, duyguları ve inançlarını bir tarafa bırakır ve sürecin mekanik işleyişini dikkate alırsak, sistemin, mevcut dengenin sürdürülmesine dayandığını görürüz (Özcan, 2012, s. 247)”

İlkel insana göre mitleri ve dini de kapsayan doğa insanların davranışlarına aynı ilkeyle, ödetme ilkesiyle karşılık verir (Kelsen, 1941, s. 534). Bu, her şeyin başladığı yere geri döndüğü yani eski hale iade edildiği (İşsevenler, t.y, s. 5) bir anlayıştır.

Kelsen nedenselliğe ve norma dayalı bu iki mekanizmayı birbirine şöyle bağlar: ona göre evrensel bir doğa yasası fikri devlet yasasının yani normun kozmosa yansımış halidir ve ancak daha sonra ondan bağımsız bir anlam kazanır (Kelsen, 1941, s. 535). Norm ya da *polis*'in yasası bu anlamda ödetme yasasının kendisidir. Çünkü *arkhe* daha ziyade ilk neden ya da başlangıç anlamıyla bilsek de kural ve yönetmek anlamlarına da gelir yani hareket ettirici hareketi de belirleyendir (Kelsen, 1941, s. 535,536). Kelsen'in cezalandırmaya daha doğrusu ilkel ödetme anlayışına bakışı da tam olarak böyledir. Nedenin beraberinde sonucu getirmesi gibi haksız fiil (*wrong*) de beraberinde cezayı getirir (Kelsen, 1941, s. 536). Antik Yunan doğa felsefesine göre evrende akli bir düzen vardır. Bu anlamda “Arkhe (...) evreni başlatan ilk-nedenken (...) evreni *özdeşlik içinde tutan*, ona kendi düzenini yasallığını sağlayan yönetici bir ilke olması ile bir ilk-nedendir (Aktok, 2021, s. 370)”, ödetme ilkesi gibi.

Kelsen'e göre “beşeri yasalar geçerliliğini ilahi ya da evrensel yasadaki alıyorsa bunun nedeni, bu yasaların yani ihlal edilemeyen nedensellik yasasının, beşeri yasaların, yani hukuk kuralının kozmosa bir yansıması olmasıdır (Kelsen, 1941, s. 540).” Nedensellik yasası ihlal edilemez çünkü tanrısal/evrensel iradenin özü olan ödetme ilkesi kategorik olarak ihlal edilemez. Bir hukuk kuralı olarak evrensel yasa yaptırımını ortaya koyan bir norm olduğundan, ihlali halinde ceza kaçınılmazdır çünkü bu norm özü itibarıyla tanrının mutlak iradesini yansıtan ödetme yasasıdır (Kelsen, 1941, s. 541). Cezalandırma sisteminin anlaşılabilir ve kavranışındaki teolojik referanslar bir yana bugün de ceza hukukunun düzenlediği konular toplumsal dengenin sürdürülmesini sağlayan yaptırım sistemiyle mümkün olur (Özcan, 2012, s. 247). “Kozmosu bir bütün yahut düzen içinde tutan zorunluluk, ilahi-hukuki bir yasaya duyulan mutlak bir yükümlülüğün sonucudur ki doğa yasası olarak ifade edilen bu ilahi-hukuki norm ise ödetmedir (Kelsen, 1941, s. 541).” İnsan ruhunun tüm varlıklarda tecessüm ettiğine dair fikre dayanan bir toplum, tüm bu varlıkların aynı yasaya tabi olduğu bir düzen tarafından kurulur ve ondan kaçmak mümkün olmayacağından bu yasa (ödetme) ihlal edilemezdir (Kelsen, 1941, s. 542,543).

Öldürme ilk hukuka aykırılık örneklerinden birini teşkil eder. Kelsen'e göre kan gütme ilk müeyyideye vücut vermiş, bu müeyyidenin temelini de hem ödül hem ceza anlamı içeren *retribution* yani ödetme fikri oluşturmuştur (Kelsen, 1978, s. 222). Kelsen'e göre birini öldürme ve ardından gelen ceza, doğa yasasının aksine nedenin doğrudan bir sonucu değil, nedenin bir faile bağlanmasıyla yani isnadiyet ile mümkündür. Yani müeyyideyi hukuka bağlayan şey isnattır.

Hukuk önermelerinde ise nedensellik değil isnadiyet ilkesi uygulanır (Kelsen, 1978, s. 222). Koşullu bir yargı olan hukuk normu nedensellikle değil isnatla bağlandığından Kelsen tarafından “yeniden inşa edilmiş hukuk normu” olarak adlandırılır ve bu normların doğrudan kendisine yöneldiği bir muhatabı yoktur (Dengiz, 2020, s. 28). Kelsen’in ifadesiyle:

“Nasıl ki doğa yasaları bazı maddi olayları neden, diğerlerini sonuç olarak birbirine bağlar, pozitif yasalar da (temel formlarıyla) hukuki koşulu sonuca (sözde hukuka aykırı eylemin sonucuna) bağlar. Maddi olayları bağlama tarzı birinci durumda kozalite ise, ikinci durumda isnattır ve isnat, Saf Hukuk Kuramında, hukuka has yasallığı sağlayan şey olarak kabul edilmiştir (Kelsen, 2016, s. 24).”

İlkel insan normatif bir düzen olarak toplumun bilgisine sahipti ancak sonraları bilim aracılığıyla, nedenselliğe bağlı bir düzen olarak doğa fikri yaratıldı (Kelsen, 1978, s. 224). Başta normatif bir düzen olan toplumun bilgisiyle ulaştığı doğa yani olgu, artık modern fizik ile normdan ayrıldı. Nitekim Kelsen’e göre, toplumsal ilke olan isnadiyet sayesinde nedensellik ilkesinin farkına varabildik. Doğa yasasına içkin ödetme fikri ondan isnadiyetle ayrılmış oldu şeklinde de ifade edebiliriz. Ödetmeyi bir nedensellik olarak değil normativite olarak görmemizi mümkün kılan nedir? Şüphesiz Hume’un burada önemli bir katkısı olacaktır.

Modern evreye geldiğimizde, Hume olgudan normun çıkmayacağını, olan’dan olması gereken’e ulaşamayacağımızı bize gösterir. Kelsen Hume’un bu görüşünün, dönemin İngiliz gelenek hukukundan (customary law) etkilenecek oluşturulduğunu düşünür çünkü neden-sonuç arasındaki zorunlu bağ fikri bir geleneğin sonucu değildir (Kelsen, 1941, s. 547). Yani Hume’un geleneğe yer açmak için nedensellik yasasını kaldırdığı da söylenebilir. Hume’un olan ve olması gereken arasında yaptığı ayırım, her normatif sonuç için normatif bir öncül olmak zorunda olduğunu bize göstermiştir (Bix, 2018, s. 2). Bu durum, bir önceki başlıkta da ifade edildiği gibi tamamen mantıksal bir sonuçtur:

“(…) olan ile olması gereken arasında kavramsal bir farklılık vardır ve biri ile diğeri arasında varlıksal bir bağlantı kurulamaz. Bir şeyin var olması onun olması gerektiği veya bir şeyin olması gerektiği onun var olduğu manasına gelmez. Bu sebeple “olan” düzleminde yer alan toplumsal olgular kendi başlarına bir “olması gereken” ifade eden normları var edemez (Arıkan, 2020, s. 422).”

Kelsen her ne kadar saf hukuk teorisini inşa etmek adına doğa bilimini yani nedenselliği hukuk biliminden yani ödetme ilkesinden ayırmaya çalışıyor olsa da bunun çok önemli bir sonucu vardır: normu olgudan ayırmadığımız sürece, “akıl ve irade ile donatılmış aşkın otorite fikri olduğu sürece haksız fiil ve ceza ya da erdem-ödül arasındaki bağlantı ile neden-sonuç arasında hiçbir fark olamaz (Kelsen, 1941, s. 548).” Nitekim tüm meselenin özeti de budur.

Kelsen’in hukuki araştırmalarının merkezini, ‘olan’ (Sein) ve ‘olması gereken’ (Sollen) yani içerikten soyut bir norm düşüncesi biçimlendirir (Aral, 1978, s. 2). Bu ikisi bir araya geldiğinde ne ahlak yasasını ne de doğa yasasını beşeri yasadan ayırabiliriz. Oysa normun kendisi olmadan bir fiil failine yüklenemez; çünkü isnadiyet tam da norm olmasının gereği olarak başka bir normun varlığıyla geçerli olur (Ömeroğlu, 2014, s. 1553).

Toplum, bir düzen olarak doğadan farklı ilkelere sahiptir (Kelsen, 1978, s. 220). Aynı anda gerçekleşen olayların da oluş bakımından birbirine bağlı olabileceğinin fark edilmesiyle doğa yasasının belirleyici özelliği olan önce neden sonra sonuç gelir fikri zamanla geliştirilmiş, daha doğrusu koşullu sonuçlara ilişkin değişkenler de dikkate alınarak dönüşmüştür (Kelsen, 1941, s. 551). “Neden ve sonuç arasında zorunlu bir bağlantı olduğu varsayımının yerini, bu bağlantının

yalnızca olası bir bağlantı olduğu fikri almıştır (Kelsen, 1941, s. 553).” Bu dönüşüm, nedenselliğin ödetme alanında ortaya çıkan unsurlarının birinden vazgeçilmesiyle sonuçlanmıştır (Kelsen, 1941, s. 550). Doğayı, beşerî, evrenseli mutlak iradesiyle yönettiğine ve belirlediğine inanılan tanrı ondan çıkarılmıştır. Bu her ne kadar modern fiziğin bir sonucu olarak görünse de ondan hareketle aslında olgulardan, yapılması gereken şeye ulaşamayacağı da görülmüş olur. Nedensellik yasası en azından Hume’a kadar ilahi bir iradenin ürünü olan bir norm kabul edilirken Hume’un başarısı onu tanrının elinden, kurtarmış olmasıdır (Kelsen, 1941, s. 555). Kelsen’in ödetme ilkesini *polis*’in yasası olarak düşündüğümüzde, ilahi unsur ondan çıkarılmış, tanrıdan kurtarılmış olsa da ödetme ilkesi varlığını artık nedensellikten değil normativiteden alarak sürdürmüştür.

5. Sonuç

Ceza hukuku felsefesinde ödetme teorisine ilişkin bahisler, tabii olarak, Kant üzerinden otonomi, kategorik emperatifin bir gereği, devletin ödevi gibi hukuki-ahlaki temellendirmeler üzerinden yapılır. Ödetmeci olarak sayabileceğimiz diğer isimlerden de hareketle kavram daha ziyade ahlak ya da siyaset felsefesi veçhesiyle, bu isimlerin kendi kuramları yoluyla açıklanır. Kuramcılar tarafından yapılan açıklamalar ise esasa ve cezanın amaca dairdir. Kelsen’in ise cezanın amacını açıklamak yönünde bir amacı olmadığı gibi ödetme ilkesinin kendisini bilakis şekli bir incelemenin konusu yapar. Bu bakımdan, her bir kuralın onu yetkilendiren bir başka kural sayesinde geçerlilik kazanması gibi, ödetme ilkesini de aynı şekilde açıklamanın izahını yapmış, usulünü kurmuştur.

Kelsen ise kavramın Antik Yunan temellerine yaptığı vurguyla bu döngünün dışında kalır. Bunu hukuku saflaştırmanın, olgu ile değeri birbirinden ayırmanın bir yolu olarak kullanması bakımından elbette kendi kuramından bağımsız değildir. Ancak önemli bir fark olarak ödetme ilkesini evrensel olan ve toplumsal olan ayrımı/birliği üzerinden yapar. Buna göre bir cezalandırma ilkesi olan ödetme ilkesi, Antik Yunan’da kozmosun bir nevi ilk ilkesidir ve evren, toplumsala ait olan bu ilkeyle açıklanır. Evrenin düzeninde her şeyin yerli yerinde olmasını temin eden şey, “düzeni bozanın” bedeli ödemesi üzerinden kurulur. İşte düzenin dengeye, eski haline gelmesini temin edense, kozmosa düzenini veren ve doğa yasası olarak addedilen ilahi-hukuki bir yasa olarak ödetme ilkesidir. Ancak bu olgu ile normu birlikte düşünüş her zaman bir failin varlığına muhtaçtır. Oysa bir elmanın ağaçtan düşmesi nedenin doğrudan bir sonucu iken, hukuk gibi normatif dizgeleri nedene bağlayan şey onun bir faile isnat edilebiliyor olmasıdır.

Kelsen’e göre bilimin ilerleyişiyle, başta normatif bir düzen olarak doğayı anlıyorken modern fizik sayesinde artık nedenselliğe bağlı bir doğa anlayışı oluşur ve bu sayede olgu ile norm birbirinden ayrı düşünülür. Bu ayrım Kelsen’e göre zorunludur çünkü neden ve sonuç ile suç ve cezayı birbirinden ayıran bir şey vardır. O da: doğa yasaları nedeni sonuca bağlarken hukuk önermelerinde suçu cezaya bağlayan isnattır ve o normu geçerli kılan başka bir normun varlığıdır. Nitekim Kelsen’e göre hukuka yasallığını veren de budur. Hem bu muhakemenin kendisi hem de daha sonra Hume’un olgudan normun çıkmayacağına ilişkin fikirleri sonucu ödetme ilkesinin ilahi olandan ayrılması ile söz konusu ilke artık nedenselliğin değil normativitenin bir konusu olarak ele alınmıştır. Kelsen’in bu tespitteki amacı ise hukuku hukuk olmayandan ayırmak yani saf hukuka ulaşmaktır.

Kaynakça

- Akbaş, K. (2015) Hans Kelsen: Hukukun saf kuramı. E. Uzun (Ed.) içinde, *Çağdaş hukuk düşüncesine giriş* (s.29-49). İstanbul: İthaki Yayınları.
- Aktok, Ö. (2021). İlkçağ doğa felsefesinde özdeşlik ve değişim problemi: Thales, Anaximandros, Anaximenes ve Herakleitos. *Kaygı*, C. 20, S. 1. 368-383.
- Aral, V. (1978). *Kelsen'in saf hukuk teorisinin metodu ve değeri*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Arıkan, E. (2020). Kelsen'in saf hukuk kuramı ve ötesi. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 2. 417-446.
- Bix, B.H. (2018). Kelsen, Hart and legal normativity. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 34. Erişim adresi: <https://journals.openedition.org/revus/3984>
- Bobbio N. (2005). Kelsen ve hukukun kaynakları. C. B. Akal (Der) içinde, *Devlet kuramı* (2. b.), (B. Açımuz, Çev.), s. 459-473). Ankara: Dost Kitabevi Yayınları.
- Cohen, H. (1981). Kelsen's pure theory of law. *The catholic lawyer*, C. 26, S. 2, 147-157.
- Çeçen, A. (1975). Hukukta norm ve adalet. *AÜHFD*, C. 32, S. 1. 71-115.
- Dengiz, H. (2020). *Hans Kelsen'de hukuki geçerlilik ve temel norm*, (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul). Erişim adresi: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>
- Guthrie, W.K.C. (1999). *İlkçağ felsefesi tarihi* (2.b.). (A. Cevizci, Çev) İstanbul: Gündoğan Yayınları.
- Işıktaç, Y. (2018). *Hukuk felsefesi* (5.b.). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- İşsevenler, O.V. Felsefe adalet ile başlar: Doğal hukukun sokrates öncesi temelleri. Hukukun Gençleri Sempozyumu. Erişim adresi: http://www.umut.org.tr/userfiles/files/Document/document_11%20Ekim-l-1.pdf
- Kelsen, H. (2016). *Saf hukuk kuramı: Hukuk kuramının sorunlarına giriş*. (E. Uzun, Çev.) İstanbul: Nora Kitap.
- Kelsen, H. (1960). What is the pure theory of law. *Tulane law review*, C. 34, 269-276.
- Kelsen, H. (1941). Causality and retribution. *Philosophy of science*, C. 8, S. 4, 533-556.
- Kelsen, H. (1978). Nedensellik ve isnadiyet. (Z. Hafızoğulları, Çev.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35, S. 1, 219-234.
- Ömeroğlu, Ö. (2014). Ceza hukukunda nedensellik ilişkisi üzerine: teoriler dışında bir bakış. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Özel Sayı, 1529-1582.
- Özcan, M.T. (2012). *İlkel toplumlarda toplumsal kontrol: hukuk dışı mekanizmalar ve ilkel hukuk*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık.
- Raz, J. (2013). Kelsen'in temel norm kuramı. (Ş. Şahin Ceylan, Çev.), *AÜHFD*, C. 62, S. 4, 1169-1193.

EXTENDED ABSTRACT

Introduction

There are many answers to the question of why we punish. Responses such as repaying the perpetrator for what he did, or vengeance in return for revenge are the first ones that come to mind. The following responses are briefly mentioned above. However, the first answers that come to mind are naturally the most emphasized and discussed. One reason for these debates is whether punitive emotions have a counterpart in a "legal" institution, while another reason is that deserving punishment means seeing the criminal as a moral agent. The theory in which this and many similar discussions are made is known as retribution in the philosophy of criminal law. Some types of theory also make explanations based on rights or justice. However, the thing that does not change under any justification is the repayment of what has been taken with a crime, But in general, what is the primitive man's understanding of punishment is the establishment of the disturbed balance. In fact, Kelsen, in his 1941 work, begins by tracing how primitive man's thought was formed, without entering into a discussion about the content. Of course, this is not an anthropology-based study. He took Ancient Grek as his starting point. According to Kelsen, although causality has an important place in the evolution of human thought, primitive people also do not have a categorical understanding of causality in their minds. So, according to him, the first thing to investigate is how primitive man thought about causality in Ancient Grek. His conclusion is that what nature is considered in the same way as what is social is thought. The principle of retribution determines the idea of the society. In Ancient Grek, the cosmos means order, and what keeps everything in its place is the reward for what is in order, and punishment for those who break the order. This includes the existence of things. Therefore, in summary, the result of a cause occurring in nature and what should be in return for an action are treated together. There is an understanding of order in which all beings are subject to the same law. However, the primitive man's feeling of revenge brought forth the first sanction and the principle

of retribution. So this principle is a norm. It is therefore necessary to save it from fact, that is, from causality itself. As can be seen, Kelsen was not interested in what retribution means in punishment theories, and whether this is a justification for punishment. He tries to show that the primitive man in Ancient Grek thought of nature and the operation of nature in a mythical and divine way, and in this sense he considered the field of nature and the field of humanity, whereas the way the laws that emerged from these fields were different from each other. The main reason for this effort is to purify the law. More precisely, he describes the argument he used in separating law from natural science here, on the basis of the principle of retribution.

Conclusion

Finally, Kelsen, who tries to reveal a system difference based on the Ancient Grek understanding of nature, states that the laws of nature arise from a cause and effect relationship, and the principle of retribution emerges from normativity. The principle of retribution, like other legal premises, does not automatically come to a conclusion after the occurrence of a cause. That cause needs to be related to an agent. Since it is a principle of punishment, imputation comes to the fore. In causality, the facts have direct consequences, but since retribution is a normative principle, that cause must be attributed to an agent for it to have consequences. If there is normativity, there is also a value. Kelsen states that Hume's argument that value does not come out of the fact also contributes to separating retribution from causation. However, before that, another development that contributed to this distinction is modern science. Knowledge of modern physics made the transition from these two principles, which were initially considered together, to the understanding that nature is separate and dependent on causality. The principle of retribution, which reflects the absolute will of God and is thought to be governed by it, is saved from God as a result of the fact that the fact is separated from value. Because punishment is a hypothetical norm. The sentence "If you kill a man, you will be punished" requires killing as a condition and the criminal to be imputed in order for the result to take place. If it is treated as a law of nature subordinated to the absolute will of God, its violation should never be possible. However, as it is known, punishment comes to the fore with a violation. When we ask why Kelsen cares about this, the primary answer is to purify the law, but it has a secondary reason. As long as the existence of the norm depends on the fact and a transcendent authority, there is no difference between the falling of the apple from the tree and committing a crime.

As it can be seen, Kelsen puts forward all of his views on retribution independently of ethics and even content, contrary to the common trend. He dealt with it formally, emphasizing the normative character of the retribution principle. Thus, he stated that it is dependent on a system and that, contrary to causality, it needs another norm that will make it effective and valid. Since all of this reasoning is based on the principle of retribution, this study is not about Kelsen and his theory of law, as stated at the beginning, but on a principle of punishment. Kelsen's reasoning on this principle remains in the background and is hardly even mentioned, mainly because of his pure legal theory. This article has been prepared both because it is a rare name that looks at the principle of retribution so differently and in order to add its related work to the Turkish Kelsen literature. The result that emerges is that this principle, which is seen as the basic principle of the operating of the universe, is not included in the field of facts and tells us what should do in terms of its structure. When this requirement is not execute we are punished and this is the result of its normativity.