

TEMEL NORM VE MANTIKİ ŞEKİL HİPOTEZLERİ

Yrd. Doç. Dr. M. Emin Emini*

GİRİŞ

Hukuk düzeninin biçimsel kaynaklarının oluşumu, bağlayıcılığı ve hiyerarşisi konusunda iki ünlü hukukçu ve bilim adamının görüşü ve etkinliği büyüktür ve hala güncelliğini korumaktadır. Bunlardan ilki ünlü Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen, ikincisi ise bir İtalyan hukukçusu olan Giorgio Del Vecchio'dur.

Viyana okulunun kurucusu ve yeni Kantçılığın temsilcilerinden birisi olan Hans Kelsen, Normativist görüşü ile kurduğu "saf hukuk teorisi" ya da "salt hukuk" teorisi ile hukuk biliminin objektifliğini, birliğini ve ulus üstü bütünlüğünü savunarak, geçerlilik ve meşruluğunu Temel Norm hipotezine dayandırmaktadır.

İtalyan hukuk filozofu Giorgio Del Vecchio ise hukukun birliğini ve gelişimini mantiki şekil olarak nitelendirmekte ve ortak bir hukuk kavramının önceden var sayılmasını zorunlu görmektedir. Bu düşünür'e göre, mantiki şekil; hukuk kavramının külli bir değeri ve özüdür; mantiki şekil, hukuk kuralı ve içeriği gibi farklı, değişken, geçici ve çeşitli değil, sabit, külli, tek, içerikten üstün ve öncedir. Del Vecchio'ya göre, mantiki şekil kavramı yani tekçi ve sabit hukuk kavramı sadece şekli bir anlam taşır ve varsayıma dayanmaktadır. Şimdi bu iki ünlü hukukçu ve bilim adamlarının görüş ve ilkelerinin özet detaylarını inceleyelim.

I- HANS KELSEN VE TEMEL NORM VARSAYIMI

1- Genel Olarak

Hukuk düzeninin bir normlar sistemine dayandığı gerçeği değişik hukuk ilke ve uygulamaları ile kanıtlanmıştır. İlk kanıt "hakimin ihkaki haktan imtina

* Niğde Üniversitesi Aksaray İ.İ.B.F. Hukuk Bilimleri Öğretim Üyesi

edemeyeceği” ilkesidir. Bu ilke hukukun bir normlar sistemi olarak geçerliliğinin kanıtıdır.¹ İkinci kanıt, “kanunların geçmişe yürümezliği” ilkesidir. Kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi kişilerin davranışlarını normlara göre düzenleyebilecek seçme özgürlüğüne sahip bulunduğunu kabul etmekle kalmamakta, aynı zamanda pozitif hukukun bir normlar sistemi olarak geçerliliği varsayımını desteklemektedir. Bir diğer kanıt, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesidir. Bu ilke ile hukukun bir normlar sistemi olarak geçerliliğini sağlayabilmek için genç veya ihtiyar, bilgili veya bilgisiz, kadın veya erkek, temyiz kudretine sahip olan veya olmayan, şehirli veya köylü bütün vatandaşların kanunları bildikleri veya bilmeleri gerektiği varsayılır. Hukuğun normatif ve sistematik bir düzene sahip olduğuna dair benzer pek çok kanıt vardır.

Kelsen’e göre normativist hukuk teorisinin ödevi, hukuk için gerekli ve sürekli olan unsurları bir araya toplamak, değişen ve geçici olan unsurları atmaktır. Saf hukuk teorisi kurmaya çalışan Kelsen, adalet idesini bir siyaset sorunu olarak görmekte ve kendi incelemelerinin dışında bırakmaktadır. Ona göre, saf hukuk teorisi, politik, ahlak ve sosyolojinin etkilerine kapalı olmalıdır. Bu yüzden her türlü idealizm ve amaç düşüncesi hukuk teorisinin dışında sayılmalıdır. Başka bir deyimle, Kelsen, hukukun nasıl olması gerektiği sorununa yani amaç sorununa cevap vermeye çalışmaz, *hukukun ne olduğu* sorusuna cevap bulmaya çalışır.²

Kelsen, pozitif hukuku değerlendirmez; yalnızca onun yapısını ortaya koyar. Bu yapıyı ortaya koyarken de, belli bir toplumun hukuk düzenini değil, genel olarak pozitif düzeni inceler.³ Kelsen devlet ve hukuk düzeni arasında ayırım yapmaz. Milli hukuk düzeninin geçerli olabilmesi etkin olmasına bağlıdır. Bu etkinliğin geçerliliği milletlerarası hukukça belirlenir. Yani milletlerarası hukuk, fiili iktidarın getirdiği zorlama düzeni etkin olduğunda, bunu yasal bir iktidar olarak kabul etmektedir. Sonuç olarak milli hukuk düzenleri geçerliliklerini ve bağlayıcılık güçlerini, normların kademeli sıralanışında kendilerinden daha kapsamlı ve üstün olan milletlerarası hukuktan almaktadır.⁴

Kelsen hukuk bilimini gerçek bir bilim düzeyine yükseltmek ve bütün bilimlerin ideali olan objektiflik ve kesinliğe ulaştırmak istemektedir. Genel bir hukuk teorisinin en önemli sorunu bilgiye ilişkin metodun saflığında araştırılmak gerekir. Başka bir deyişle Kelsen’in araştırması, saf, metodolojik bir araştırmadır. Ona göre bilgi metodunun saflığı, hukuki bilgi konusunun birliği ilke-

1 “Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz. (Anayasa, 36. madde)”.

2 Aral, Vecdi, Kelsen’in Saf hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İstanbul, 1978, s.12.

3 Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 1986, s.74.

4 Teziç, s.74-75.

siyle tamamlanır.⁵ Çünkü bilginin amacı birliktir. Bilgide birliği sağlama yolu ise çelişkiden uzak kalmaktır. Nasıl tabiat olaylarında nedensellik ilkesi ile birlik sağlanırsa, hukuk hayatında da normatif düşüncenin birliğinden vazgeçilemez. Hukuka yönelen bilginin bilimselliğinin kriteri bilgiye yönelik görüş açısının birliğidir.⁶

Kelsen tabiat bilimleri alanında neden sonuç ilişkisinin göze çarptığını ve nedensellik ilkesinin geçerli olduğunu, oysa normatif bilimler ve bu arada hukuk alanında sadece belirli normların bulunduğunu belirtmektedir. Hukuk bir normlar hiyerarşisinden ibarettir. İnsanların nasıl hareket etmeleri gerektiğini gösteren hukuk normları sistemleştirebildikleri takdirde, hukuk teorisi ödevini yerine getirmiş olacaktır. Tabiat bilimleri alanında varlığı görülen tabiat kanunları “*olani*” gösterdikleri halde, hukuk normları “*olması gerekeni*” daha doğrusu belirli şartlar ortaya çıktığında insanların nasıl hareket etmeleri gerektiğini gösterir.⁷ Özetlemek gerekirse diyebiliriz ki:

Hukuk teorisinin ödevi diğer bilim alanlarında bilime düşen ödevi hukuk alanında yerine getirmek, karışıklığın ve düzensizliğin yerine birlik kurmaktır.

Hukuk teorisi bir bilimdir. Bir irade değildir.

Hukuk tabii değil, normatif bir bilimdir.

Hukuk teorisi şekli (biçimsel) bir teoridir. Hukuk normlarının değişen kapsamlarıyla ilgilenmez.

Görüldüğü gibi, Kelsen’in savunduğu saf hukuk teorisi özellikle ve önemle olması gereken kavramı üzerinde durmuştur. Norm bir kişinin belirli bir şekilde davranmasını veya davranmamasını öngörür. Ancak norm öngörülen davranışın belirli bir kişinin fiili iradesi anlamına geldiğini kabul etmez. Başka bir deyişle, hukuk normu temelde hukuk biliminin konusudur. Ama hukuk normu bir emri içermez. Hiç kimseye yönetilmemiş olan ve dolayısıyla bir muhataba ihtiyacı bulunmayan hipotetik (şarta bağlı) bir hükmü gösterir.⁸ Şayet hukuk normunun bir emir anlamına geldiği kabul edilirse devlet ve kanun koyucu açısından irade unsuruna tehlikeli bir içerik kazandırma olasılığı belirebilir.⁹

⁵ Aral, s.3-5.

⁶ Aral, s.46-47.

⁷ Teziç, s.74, Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara, 1992,s.337.

⁸ Güriz, s.338-339.

⁹ Güriz, s. 338, Normun mutlaka bir irade beyanı ile ihdas edilmesi gerekli değildir. Örf ve adet kuralları buna örnek gösterilebilir.

2- Hukukun Geçerlilik Sorunu

Sosyal hayat realitesi, belli hukuk normlarına düzenli olarak uyulduğunu, normu çiğneyenlerin hukuk yaptırımı ile karşılaştıklarını göstermektedir. Hukuk normunu “geçerli” sayarken normlara gerçeklik dünyasında bulunmayan bir özellik izafe etmeye çalıştığımız açık olduğu gibi, normun “geçerliliğinin” veya “yürürlüğünün” aslında fizikötesi nitelik taşıdığı da söylenebilir.¹⁰

Normativist teori, hukuk düzeninin oluşmasını ve kurallar hiyerarşisini açıklarken, hukuk kurallarının en üstünde genel ve hipotetik bir kural kabul eder. Bu genel ve hipotetik norma *temel norm* deniyor. Temel norm pozitif bir hukuk kuralı değil, fakat ona tabi olan normların bir yürürlük nedeni olduğu için bir hipotezden ibaret olup hukuk ötesidir. Başka bir deyimle herhangi bir normun örneğin bir kanun hükmünün geçerliği, bu kanunun anayasaya göre yetkili organ tarafından çıkarılmış olmasından ileri gelmektedir. Ancak anayasanın geçerliğini nereden aldığı sorusuna anayasanın kendiliğinden geçerli olduğu veya temel bir normun sonucu olduğundan başka bir cevap vermek son derece güçtür. O halde anayasanın veya anayasanın dayandığı temel normun varlığı, *mantiki* bir hukuk postulatı olarak kabul edilmesi gerekir.¹¹ Bütün normların geçerliği anayasaya, anayasanın da geçerliği bir postulata dayandığına göre, bütün normlar aslında geçerlilik yönünden bir postulat’ın sonucu olmaktadır.

Bu görüş temelde doğru olmakla birlikte, hukukun geçerliliği konusunda tam bir açıklığı ve doğruluğu yansıtmamaktadır. Çünkü hukuk gerçekliği, geçerlik sorununun kolayca çözümlenmesine imkan bırakmayacak kadar karışık ve karmaşık bir nitelik taşımaktadır. Mahkemeler ve yönetim organları, kanunları uyguladıkları sürece normların geçerliği şüphe konusu olmayabilir. Ancak mahkemelerin veya yönetim organlarının kanunlara aykırı kararlar vermesi halinde bu kararların kendilerinden önceki norma aykırılık dolayısıyla geçerli bulunmadıklarını, hiç olmazsa, hukuka uygun olmadıklarını savunmak zorunlu olacaktır. Oysa, kanuna aykırı olan mahkeme kararlarının veya idari emirlerin uygulanmaları ve kanun gibi sosyal bir gerçekliği yansıtmaları söz konusu olabilir. Böyle bir durumda temel normdan tümdengelim yoluyla diğer normların geçerliliği sonucuna ulaşmak yerine mahkeme kararlarından ve idari emirlerinden tümevarım yoluyla elde edilebilecek bir temel norm varsayımı üzerinde durmak gerekli olabilir.

Diğer taraftan temel normun geçerliliğinin hukuk realitesine yakından bağlı olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Başarılı bir ihtilalden sonra sosyal hayatta bağlayıcılığını yitiren bir anayasayı geçerli saymaya imkan bulunmadığı söylenebilir. Hatta bu anayasa, şeklen yürürlükten kaldırılmamış olsa bile, onun

¹⁰ Güriz, s.30.

¹¹ Güriz, s.30.

artık anayasa niteliğini taşımadığı açıktır. Böyle bir durumda, evvelce mevcut bulunan temel normun sosyal bakımdan bağlayıcılığını kaybettiği, minimum bir etkenliğe bile sahip olmadığı görülmektedir. Eski temel norm bir ihtilal sonucu olarak yerini yeni bir temel norma bırakmaktadır. Bu konuda kriter, Kelsen'in belirttiği gibi, eski temel normun artık minimum bir etkenliğe bile sahip olmaması, yani toplumda belirli ölçüdeki bağlayıcılığını kaybetmiş olmasıdır. Minimum etkenlik unsuru, ne normatif, ne de şeklidir. Bu unsur doğrudan doğruya siyasal, sosyal ve sosyolojik şartlarla ilgilidir.

Hukukun geçerliğini temel norm postulatına dayandırmanın yararını doğrulayan başka örnekler de hukuk hayatında rastlanmaktadır. Temyiz kudreti olan reşit vatandaşlara, temel normun geçerliğini kabul etmemek ve kendilerini hukukun bağlayıcılığı ve geçerliğinden kurtarmak yetkisi hiçbir hukuk düzenince tanınmamaktadır. Hatta küçüklerin ve akli ehliyeti olmayanların temel normun bağlayıcılığını kabul ettikleri varsayımı hukuk uygulamasında her zaman göze çarpmaktadır. Bu nedenle temel normun ve hukukun geçerliliğinin *mantiki* bir varsayıma dayandığı savunulabilir.¹²

3- Normlar Hiyerarşisi ve Temel Norm Varsayımı

Hukuk kavramının oluşumu ve tanımı sorunu her zaman geniş ve yoğun tartışmalara sahne olmuştur. Bu sorunlar ve tartışmalar hala da devam etmektedir. Bir bakıma da bu tartışmaları doğal karşılamak gerekir. Çünkü hukuki mahkemelerde daima normatif bir unsur mevcuttur. Dolayısıyla her hukuk uygulaması ile ilgili olarak uygulanacak hukuk normu kavramının doğru şekilde saptanması gereklidir.

Hangi hukuk normlarının belli bir toplumda, belli bir dönemde yürürlükte olduğu sorununu çözebilmek için başvurulacak başlıca kriter, toplumun hangi hukuk kurallarının geçerli olduğu konusundaki kanısında aramak gerekir. Ama bu soruna kolayca cevap bulmanın mümkün olmadığı durumlarda ortaya çıkabilir. Bazen bir ülkede birbirine karşıt iki normlar sisteminin aynı dönemde yürürlükte olabileceği iddiasının zaman zaman ileri sürüldüğü görülmüştür. Bunu tespit edebilmek için hangi normlar sisteminin toplumda fiilen kabul edildiğini, uygulandığını, dolayısıyla geçerlik kazandığını saptamak gerekir. Bu sorunun ise temelde toplumun bütün maddi ve manevi değerlerinin bilinmesi ile ilgili sosyolojik gerçeğe dayanır ve yüzde yüzün tespiti ve ona göre herkesin fiili gerçekleri ile, yani bütün maddi ve manevi özlem, duygu ve ihtiyaçlarını karşılayacak biçimde norm haline getirmek demektir. Bu düzeyde somut bir temel norm ve ona bağlı normlar sistemini ihdas etmek mümkün olmadığından dolayıdır ki olaya gerçekçi olarak değil, minimum etkinliğe sahip olması şartı ile hipotetik (varsayımsal) olarak yaklaşıyoruz. Başka bir deyişle, pozitif normlar insan-

¹² Giorgio Del Vecchio da, Hukukun varlığını, geçirliliğini, birliğini mantiki bir şekil olarak kabul etmektedir.

ların davranışları tarafından ihdas edilen normlardır. Daha alt düzeydeki normlar kendi yürürlüklerini daha üst düzeydeki normlardan alırlar. Eğer devletler hukukunu normlar hiyerarşisinde milli hukukun üstünde saymazsak, milli hukuk düzeninde anayasa en yüksek düzeyi temsil eder. Anayasa normları kendi yürürlüklerini pozitif bir hukuk normundan almazlar; fakat hukuk düşüncesinin varsaydığı hipotetik temel normdan (varsayımsal temel normdan) alırlar. Ancak bu varsayımın keyfi olduğu sanılmamalıdır. Sosyal realite, sosyolojik analize, yürürlükte olması ve uygulanması en azından minimum etkinliğine bağlıdır.¹³ “Hukuk düzenin bir ihtilal ya da güç kullanılarak değiştirilmesi örneğini veren Kelsene göre, monarşik bir devlette bir grubun güç kullanarak yasal (legal), hükümeti devirerek cumhuriyeti kurma istekleri başarı ile sonuçlandığında, artık eski hukuk düzeni yerine, yeni hukuk düzeni etkin olur. Devlet içinde, bireylerin tutumu genel olarak bu yeni düzene uyum gösteriyorsa bu düzen artık hukuk düzeni sayılır ve yapılan işlemler hukuka uygun işlemler olarak kabul edilir. Bu yeni hukuk düzeninin geçerlilik ve bağlayıcılık gücü, yeni bir temel normdan kaynaklanır. Bir hukuk düzeninin oluşmasını temel norm belirler, buna göre de bir hukuk düzeninin oluşumu o düzenin etkinliğine bağlıdır. Milli hukuk düzeninin geçerli olabilmesi etkin olmasına bağlıdır. Her hukuk düzeninin geçerli olmasını etkinliğine bağlayan pozitif hukuk kuralı ise milletlerarası hukuk kuralıdır. Milletlerarası hukuk, fiili iktidarın getirdiği zorlama düzeninin etkin olduğu durumda, bunu yasal bir iktidar olarak kabul etmektedir. Sonuç olarak, milli hukuk düzenleri geçerliliklerini ve bağlayıcılık güçlerine, normların kademeli sıralanışında, kendilerinden daha genel, evrensel ve üstün olan milletlerarası hukuktan almaktadırlar.”¹⁴

Hans Kelsen’den kaynaklanan yukarıdaki örneğin bir benzeri Türk Milli Mücadelesinin zaferi ile (etkin olması ile) ülkemizde gerçekleşmiştir. Bilindiği gibi, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Ankara’da 23 Nisan 1920 tarihinde toplanmasından sonra, 7 Haziran 1920 tarihinde çıkarılan bir kanunla 16 Mart 1920 günü İstanbul’un yabancı kuvvetlerce işgal edilmesinden itibaren İstanbul’da bulunan hükümet tarafından imzalanan veya imzalanacak olan bütün antlaşmaların hükümsüz sayılacağı belirtilmiştir. 1921 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanununun 7’nci maddesinde “muahede ve sulh akdinin” Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne ait olduğu daha sonra belirtilmiş olmakla birlikte, 23 Nisan 1920 günü Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Ankara’da toplanması ile birlikte Osmanlı imparatorluğuna varlık sağlayan temel normun “*fiilen*” kalkmış olduğu bir gerçektir. Türkiye Büyük Millet Meclisi 1922 yılında “Osmanlı imparatorluğunun inkiraz bulup Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti Teşekkül ettiğine dair bir Genel Kurul Kararı olarak İstanbul’daki padişahlığın tarihe *intikal* etmiş bulunduğunu ve İstanbul’da meşru bir hükümet mevcut olmayıp İstanbul ve civarının Tür-

¹³ Kelsen, Hans, What is Justice? Collected, 1957, s.223-224, Aktaran Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, Ankara, 1992, s.340.

¹⁴ Teziç, s.75.

kiye Büyük Millet Meclisine ait... olduğunu” belirtmiştir.¹⁵ 29 Ekim 1923 tarihinde Cumhuriyetin ilanı ile birlikte yeni bir temel normun geçerliği “*de Jure*” olarak yürürlük kazanmış ve etkinliğini arttırarak sürdürmüştür. Türk siyasal tarihinin gösterdiği bu örnek de “*temel normun*”, “minimum etkinliği, geçerliliği ve bağlayıcılığının” normatif olduğu kadar sosyal realite ile de bağdaştığı gerçeğini de ortaya koymaktadır.

Görüldüğü gibi, toplumda temel norm değiştiği zaman yeni bir temel normun eskisinin yerini aldığını kabul etmek gerekir. Eski temel normun açıkça kaldırıldığının ve yürürlüğünü kaybettiğinin ilan edilmemiş olması durumu değiştirmez. Yukarıdaki örnekte açıklandığı gibi ülkemizde hükümdarlık yönetiminden cumhuriyet yönetimine yönelik Anadolu insanının açık iradesine geçilmesi ile, yani 23 Nisan 1920 tarihinde Büyük Millet Meclisinin kurulup, toplanması ile hükümdarlığın kaldırıldığı açıkça belirtilmemiş, olmasına rağmen hükümdarlık döneminde geçerli olan temel normun yürürlüğünün devam ettiği savunulamaz. Çünkü eski temel norm, eski yönetim “minimum” etkinliğini yitirmiş bulunmaktadır.¹⁶

Normativist teori, hukukun oluşumu ile uygulanması arasında bir ayırım yapmaz. Bir normun konulması aynı zamanda daha üstün bir normun uygulanmasıdır. Anayasa, kanunların nasıl yapılacağını belirler. Bu bakımdan, anayasa kendisine uygun olarak yapılan kanunların kaynağı olduğu gibi, Yasama Organı da yasal düzenlemede bulunurken, aynı zamanda anayasayı uygulamaktadır. Her kademedeki hukuk normuna geçerlilik ve bağlayıcılık gücü, kendisinden üstün olan hukuk normu tarafından sağlanmaktadır. Normativist teoriye göre, normların niteliği ve oluşumları hep aynıdır. Aralarında yalnızca derece ve kapsam farkları vardır. Hukuk sistemi, kademeli olarak sıralanmış normlarla, aşağıdan yukarıya doğru bireysel eylem ve işlemlerden, idari ve yargısal işlemlere, yönetmelik, tüzük, kanunlar ve anayasaya ulaşmaktadır. Bu piramidal yapı içinde, her norm geçerliliğini ve bağlayıcılığını kendinden üstün normlardan aldığına göre, anayasanın da geçerliliğini ve bağlayıcılığını sağlayan bir normun varlığı zorunlu olmaktadır. En üstte bulunan normun, örneğin anayasanın geçerliliği son tahlilde bir varsayıma dayanmaktadır. Bu varsayımın en güçlü savunucusu Hans Kelsen’dir. Ona göre, en üstte bulunan anayasa bir temel norma dayandığı için geçerlidir. Bu temel normun görevi, ilk ve orijinal hukuk yaratma gücünü

¹⁵ Gözübüyük, Şeref, Kili, Suna, Türk Anayasa Metinleri Ankara, 1982, s.98.

¹⁶ Aynı zamanda, aynı ülkede, iki temel normun birden geçerli olmasının söz konusu olup olmayacağı da tartışılabilir. Ülkenin fiilen ikiye ayrılması halinde aynı anda birbiriyle çelişen iki temel normun ülkenin ayrı bölgelerinde minimum etkinlik kazanması geçici ve istisnai bir durum olur. Şayet ülke temel normun zihniyet farklılığı ile kesin olarak ikiye bölünüp her ikisi kendi bölgesinde minimum etkinlik kazanırsa o zaman iki ayrı temel norma dayanan farklı norm sistemlerinin varlığı söz konusu olur.

vermesidir.¹⁷ Temel norm, hukuk yaratan bir organ tarafından konmuş değildir. Bu nedenle temel normun geçerliliği başka bir norma dayanarak hukuki yoldan yaratılmış olmasından ileri gelmez. *Temel norm geçerli varsayıldığı için geçerlidir.*¹⁸ Kelsen'e göre mevcut olan temel normun yürürlüğü, geçerliliği ve uygulanması normal hukuki yollarla değil, devrim yolu ile (eski temel norm etkinliğini yitirdiği için) önem kazanır. Yeni iktidarlar insan davranışlarının eski normlara göre değil de kendi düzeninin koyduğu normlara uymasını sağlamada etkili olursa (minimum etkinlik kazanırsa) artık siyasal ve hukuksal otoriteyi yeni yönetime geçiren farklı ve yeni bir temel normun doğup yerleştiği varsayılır.¹⁹

Çağdaş toplumlar ve radikal reformlara ulaşmak isteyen yönetimlerin normlar genelden ve soyuttan, özel ve somuta giden bir hiyerarşi ile sıralanır. Buna göre, Anayasa, Kanun, Kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik olarak yukarıdan aşağı sıralanır. Hiyerarşinin tabanında ise somut ve özel olaylarla ilgili mahkeme kararları ve idari uygulamalar görülür. Bu hiyerarşinin varlığından söz edebilmek için normların yetkili organlarca hukukun birliğine, üstünlüğüne dayanarak çıkarılması gerekir.

Bununla birlikte, istisnai olsa bile, normlar sisteminde varlığı düşünülen hiyerarşinin bozulması, mevcut normların usulüne uygun şekilde yürürlükten kaldırılmadıkları halde uygulanamamaları, kanunlara aykırı yargı kararları verilmesi ve idari tasarruflar yapılması gibi durumlar görülebilir. Hatta özellikle totaliter sistemlerde, anayasanın temel ilkelerinin, anayasaya aykırı şekilde işlemez duruma düşmesi veya düşürülmesi söz konusu olabilir. Bu takdirde temel norma dayalı normlar sistemi görüşünün geçerliliğini yitirdiği ileri sürülmüştür. Ancak yukarıda açıkladığımız durumda, soyuttan ve genelden somuta ve özele giden bir normlar hiyerarşisinden söz etmek belki mümkün olmayabilir. Bu takdirde temel normun varlığını ve geçerliğini tündengelime dayanan bir muhakeme yolu ile değil, fakat tümevarıma dayanarak bir muhakeme ile saptamak seçeneği üzerinde durulabilir.²⁰ Başka bir deyimle, kararlardan, emirlerden, bazı karamame ve tüzüklerden hareket edilerek, yani somuttan soyuta ulaşma amacı göz önünde bulundurularak, toplumda fiilen uygulanan "*temel normun*" içeriği saptanabilir. Bu şekilde kapsamı tespit edilen genel hukuk ilkelerinin minimum

¹⁷ Emini, M. Emin, Hukuk Başlangıcı, 3. Baskı, 1999, s. 82-83.

¹⁸ Keyman Selahattin, Hukuka Giriş ve metodolojisi, Ankara, 1981, s.43. H. Kelsen'e, göre, bir normun oluşumunu bir başka norm düzenlediği için ulusal ve uluslararası hukuk kuralları arasında hiyerarşik bir ilişki vardır. Üstün hukuk normu, oluşumunu düzenlediği hukuk normunun kaynağı olmaktadır. Böylece hukuk düzeninde bir kopma ya da kesiklik olmaksızın birbiri üzerine sıralanan kurallar, sonunda temel normda birleşmekte, bu temel norm da kaynak olarak hukuk düzenindeki birliği ve normların bağlayıcılığını sağlamaktadır, Aral, s. 46 ve devam, Teziç, s.120.

¹⁹ Emini, s.82-83.

²⁰ Güriz, s.34.

etkinliğe sahip oldukları ve bu etkinliği korudukları ölçüde “*de facto*” bir temel norm oluşturdukları söylenebilir.²¹

4- Eleştiriler

Kelsen’in hukuk teorisi, özellikle “*temel norm*” varsayımından dolayı şiddetli eleştirilere uğramıştır. Kelsen temel normun hukuk dışı olup bir varsayımına dayandığını savunuyor. Bu nedenle temel normdan kaynaklanan anayasa ve minimum etkinliğe sahip olmak şartıyla ona bağlı hukuk sistemi her türlü siyasi rejim için geçerlidir. Bu şekilde modern diktatorya ve parlamenter demokrasi normlar hiyerarşisi ve geçerliliği açısından eşit derecede olup meşrudur. Bu konu ile ilgili eleştiriler şöyledir: modern diktatorya’da kelimenin gerçek anlamında bir normlar hiyerarşisi bulunduğunu her zaman savunmaya imkan yoktur. Çünkü diktatörlükte, diktatörün iradesi temel normu yaratmakta ve hukuk sisteminde bulunması gereken hiyerarşi çoğu zaman çiğnenmekte veya bir yana bırakılmaktadır. Diktatorya ile yönetilen ülkelerde, mahkemelerin verdikleri kararlar çoğunlukla hukuk dışı olup siyasal iktidarın yararı doğrultusunda eğilmektedir. Kelsen’e yönelen bir diğer eleştiri saf hukuk teorisinden kaynaklıdır. Kelsen saf hukuk teorisi için, adalet kavramını, sosyolojik ve tarihi incelemeleri tamamen hukuk dışı saymıştır. Kelsen, temel normu ilk ve orijinal hukuk yaratma gücü olarak kabul ederek hukuk yaratan organın dışında tutmuştur. Ona göre temel norm, hukuk düşüncesine ait bir varsayımdan kaynaklanıyor.

Yukarıda açıklanan eleştirilere karşı, Kelsen’in cevabı hazır ve teorisinde değişik boyutları ile açıklanmıştır. Bunu şöyle özetlemek mümkün: Kelsen’in hukuk teorisi *nasil olması* sorunu ile değil, *nasil olduğu* sorunu ile ilgilidir. Kelsen, temel normdan oluşan her hukuk sistemini meşru ve geçerli olarak kabul etmiyor. Toplumda minimum etkinliğe sahip olan hukuk sistemini savunarak meşruluğunu ve geçerliliğini uluslararası hukukun benimsenmesine bağlıyor. Başka bir deyişle, hukuk düzenin bir ihtilal veya güç kullanılarak değiştirilmesi (monarşiden cumhuriyete, cumhuriyetten monarşiye) halkın isteğine ve ihtilalin başarısına bağlı olup minimum etkinliği ölçülü olarak varlığını sürdürebilir. Milli hukukta bu etkinlik ve benimseme uluslararası hukuk tarafından da geçerli ve meşru sayılır. Belirtmek gerekir ki, minimum etkinlik olmazsa olmaz asgari ve zorunlu bir koşuldur. Yönetimin rahatlığı ve devamı için doğal ve ideal olanı maksimum veya ona yakın etkinliktir. Saf hukuk teorisi eleştirisine karşı teoride mevcut şu ilkeler savunulabilir: Kelsen’in temel norm varsayımı keyfi değil, toplumun isteğine bağlı, bir bakıma toplumun bütün maddi ve manevi değerlerinden oluşan bir sentezdir. Minimum etkinlik ve başarısı da bu senteze bağlıdır. Tabiatıyla bu senteze bütün sosyolojik ve tarihi değerler ve analizler dahildir.

²¹ Güriz, s.34.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, hukuk normunun niteliği konusunda, Kelsen'in görüşleri hukuk teorisine büyük katkılarda bulunmuştur.²² Onun hukuk normlarının mahkeme kararları ve idari işlemler aracılığı ile genelden özele, soyuttan somuta yönelen bir uygulamaya ulaştığı yolundaki iddiası da hukuk gerçekliğine uygundur. Kelsen'in kamu hukuku ve özel hukuk ayrımını reddetmesinin ve özel hukuk ilişkilerinin kişiler arası nitelik taşıyor görünse bile, kamu hukuku ilişkileri ölçüsünde temel normu yansıttığı görüşünün doğru bir değerlendirme olduğu açıktır. Son olarak çağdaş hukukta Kelsen'in hukuk sisteminin yarattığı kapsamlı etkinin bir benzerini başka bir hukuk teorisinde bulmak mümkün değildir.²³

II. GIORGIO DEL VECCHIO'NUN MANTIKİ ŞEKİL YAKLAŞIMI

1. Genel Olarak

Hukukun genel, objektif ve külli tanımına kavuşmak için, tarihe, dış olaylara ve ampirik temellere başvurmamız boşa çıkmıştır. Şimdiye kadar tarihi gelişmeler, hukuki deneyler, içtihat ve yorumlar hukukun objektif ve külli kavramına ve tanımına ulaşamamıştır.

Kant, yeni Kantçı Okul, Stammler gibi düşünürler hukuk kavramını dış realitenin gözlemlenmesi sonucu olarak değil, deneyden bağımsız (*apriori*) olarak insanın içinde, zihninde yaratıp kullandığı bir kavram olarak değerlendirmektedirler.²⁴ Del Vecchio, ise hukuk kavramını *mantiki şekil* olarak nitelendirmekte ve *ortak, sabit içerikten üstün* bir hukuk kavramının önceden varsayılmasını zorunlu görerek hukukun değişkenliğini ve gelişmesini bu *sabit ve tek* merkeze bağlamaktadır. Ona göre, hukuk kavramı, hukuk gerçeği, hukuk tarihinden, belli olgu ve şartlardan, değişen olaylardan bir *bütün* olarak ortaya çıkmaz. Başka bir deyimle, hukuk tarihi, belli ve özgü koşullar ve olaylar hukuk muhtevası (içeriği) ile ilgili olup, hukuk kavramı ve hukuk gerçeğini tespit etmez. Del Vecchio bu tarihi, değişebilen ve farklı uygulamalardan, yani içeriklerden yola çıkarak *sabit unsur* olan hukuk kavramı, *gerçeğini bir mantiki şekil* olarak tespit etmiştir. Buna göre, hukukun genel ve objektif gerçeğinin varlığı, bizzat hukukun çeşitliliğinden, birbirine uymamasından, hatta birbirine zıtlığından ortaya çıkıyor. Ona göre, "taaddüt" (çokluk, çeşitlilik) "vahdeti" (birliği, tekliği) "istilzam eder" (gerektirir).²⁵ Del Vecchio'ya göre, hukukilik kavramı

22 Güriz, s.354.

23 Güriz, s.354.

24 Yörük, Abdülhak Kemal, Hukuk Felsefesi Dersleri, fasikül 1, İstanbul, 1952, s.56-64, Güriz, s.20-21.

25 Del Vecchio, Giorgio, Hukuk Felsefesi Dersleri, çev: Sahir Erman, İstanbul, 1952, s.262, Detaylı değerlendirme için Bkz. Emin, M.Emin, Hukuk Başlangıcı, 3. Baskı 1999, s.11-14.

(hukuk gerçeği) bir taraftan realiteye uygun olduğu için *objektif*, diğer taraftan içimizde, zihnimize saklı bulunduğu için *sübjektif* bir değere sahip olan mantıki bir şekildir.²⁶ Yani bu kavram aynı neviden bütün olayları kapsadığı için objektif, bütün düşünen insanların içinde, zihninde saklı olduğu ve aynı tarzda kullanıldığı için sübjektif bir değere sahiptir. Del Vecchio mantıki şekil kavramının yani hukukun sabit ve değişmez unsurunun (hukukilik gerçeğinin) dışarıya yönelik bakışlarda değil, Augustinus'un ünlü sözü ile birleştirerek içimizde olduğunu göstermiştir. S. Augustinus'un sözünün özeti şöyledir: "kendi haricine (dışa) bakınarak gitme, kendi içine gir, hakikat insanın içindedir."²⁷

Mantıki şekil kavramını Del Vecchio başka bir anlatımla şöyle açıklamaktadır: "Şurasını tekrar etmek icap eder ki, hukukun umumi ve mantıki bir şeklinin mevcudiyetini bizzat hukukun tehalüfü (birbirine zıt olması, birbirine uymaması) ispat etmektedir. Biz yekdiğerinden (birbirinden) farklı müesseselerin hukuki olduklarını ve bizzatihi hukukun mütehalif (uygun gelmeyen, uymayan, muhalif olan) olduğunu kabul edebiliyorsak, müstakar (istikrar bulan, yerleşmiş) bir hukuk mefhumuna (kavramına) zımnen istinad etmiş oluyoruz (dayanabilmiş oluyoruz) demektir; taaddüt vahdeti istilzam eder (çeşitlilik birliği gerektirir). Muayyen bir istikrara muzaf olmaksızın (istikrara bağlanmazsanız) hukuki bir gelişmeden bahsedemeyiz; bu gelişmenin seyrini takip etmemize, mütevali (birbiri ardınca giden, art arda gelen) hukuki hadiseleri aynı bir zümre halinde toplamamıza imkan verecek bir şeyin bulunması lazımdır. Fakat bu tekçi mefhum sadece şekli bir manayı haizdir; hukuki bir kaide veya mütalaa (inceleme, tetkik) değildir (zira aksi takdirde mahsus bir muhtevaya (içeriye) malik olmak ve artık umumi bir mahiyet (bir şeyin aslı, esası, içyüzü) arz etmemek lazım gelirdi); hatta bir hukuk *ideali*, yani daha mükemmel bir şey sıfatı ile, hukukun tarihi mutaların karşısında yer alan bir adalet tarifi dahi değildir; çünkü böyle bir vaziyette bile hukuk mahsus bir şey olmak, yani kısmi bir muhtevayı haiz bulunmak icap eder. Halbuki bu tekçi mefhum *bütün* hukuki mütalalarda seyyanen (eşit olarak, eşitçe) bulunan, bunların muhtevalarına nisbetle *sabit* kalmak suretiyle, hepsini aynı şekilde ifade eden bir unsurdur. Diğer bir tabirle : mantıki şekil haklı olanla haksız olanı bize söylemez, fakat *haklı ile haksız hakkındaki her hangi bir iddianın ne gibi bir mana taşıdığını söyler*; elhasıl (sonuç olarak) hukukiliğin bir ifadesidir (Kant'ın bazı sözlerini hatırlayarak) mantıki şeklin quid juris? Sualine (sorusuna) değil de, quid jus? sualine cevap verdiğini söylemekle bu mefhumu daha iyi aydınlatabiliriz".²⁸

Özetlemek gerekirse diyebiliriz ki, mantıki şekil, hukuk kavramının külli bir kıymeti ve özüdür. Mantıki şekil, hukuk kuralı ve muhtevası gibi farklı, de-

²⁶ Del Vecchio, s.269, Yörük, s.61.

²⁷ Aktaran, Del Vecchio, s.269.

²⁸ Del Vecchio, s.269-270.

ğişken, geçici ve çeşitli değil, sabit, külli, tek, ve içerikten üstün ve öncedir. Mantıki şekil bütün hukuki incelemelerin içinde olan, onun gerekli hukukilik şartını ve sınırını teşkil eden bir özdür. Hukuki deney şeklin bir uygulanması ve yansımından ibaret olup ona göre bir neticedir. Mantıki şekil aynı zamanda farklı hukuk sistemlerinin sabit merkezini ve kaynağını teşkil edip hukukun gelişmesini de sağlar.

2. Mantıki Şeklin Külliliği Meselesi

Del Vecchio, mantıki şekil (sabit ve tekçi, öz, hukukiliğin külli unsuru) ile içerik (her türlü hukuk incelemesi, tarihsel evreleri ve uygulamalar) arasındaki ilişkiyi şöyle cevaplıyor: “Her mütalaa, hukuki tecrübenin her mutası bu şeklin damgasını taşımaktadır, aksi takdirde hukuki tecrübenin mahsulü olmaz. Bu itibarla mantıki şekil hukukun mümkün olan her türlü tezahüründe (Tezahür=görünme, gözükmeye, meydana çıkma, belirme) bulunur, her bir mutada meknuz (saklı, gizli) bulunan umumi bir unsur olarak tecelli eder; fakat, bu şekle nisbetle, hukuki tecrübenin mümkün olan bütün tezahürleri tesadüfi bir mahiyet arz ederler. O müstakardır; muhteva ise değişebilir”.²⁹

Del Vecchio'nun dile getirdiği gibi mantıki şekil kavramı, hukuki uygulama ve incelemelerden, tarihsel gelişmelerden çıkmaz, elde edilmez. Çünkü incelemeler uygulamalar, tarihsel gelişmeler yani bütün içerik ve değişebilen tetkikler kısmıdır, geçici ve tesadüfidir, mantıki şekil ise *sabit ve küllidir*.³⁰ Başka bir deyişle, mantıki şekil, bütün hukuki incelemelerde ve gelişmelerle dahil ve etken olduğu halde, yani *tahakkuk ettirici unsuru teşkil ettiği* halde onlardan *üstün, önce, sabit ve küllidir*. Kısmi içerikler, yani hukukun tarihsel ve mukayeseli incelemeleri bir çok konu ve uygulamalarda önemli roller arz edebilir. Örneğin, hukuk ne zaman, nerede, nasıl meydana gelmiş ve tarihi süreç içinde nasıl zorluklarla karşılaşarak bu güne kadar gelişmeler sağlamıştır. *Fakat “hukuk nedir?”* meselesi bu ampirik çalışmalar ve çabalarla halledilmez. *“Hukuk nedir?”* meselesi, hukukun külliliği ile ilgili olup değişmez ve ebedidir; bunun halli tamamen akli ve zihinsel araştırmalarla mümkündür. Her akli ve zihinsel araştırma *sabitlik, teklik ve küllilik özelliklerini kaybetmeksizin*, ampirik ve hukuki olaylara dahil olup veri sağlar.

Mantıki şeklin değeri ve külliliği konusunda şu örnekler yardımcı ve zihin açıcı yararlar sağlanabilir:

1. Kısmi ihsaslardan külli idrake yükselmek;
2. Hakiki bilgiyi mümkün kılan ve bunun mümeyyiz özelliğini teşkil eden diyalektik vetire;

²⁹ Del Vecchio, s.270.

³⁰ Del Vecchio, s.270.

3. Kanaat hislere, bilgi ise kavramlara, yani havâsımızla hissedilmemekle beraber, yine de en yüksek hakikati teşkil eden küllilere dayanmak;

4. Mutlak bir fikir olarak adalet, her bir ampirik veya pozitif incelemeden çok daha hakikidir.

Külliler meselesi sadece hukuk ve mantığı şekil konusu değildir. Mesele bütün bilgi ve felsefeyi içeren klasik felsefenin konusudur. Özellikle Yunan düşüncesinde önemli bir yer işgal etmiş olup bütün bilgi teorisi buna dayanmıştır. Yukarıda da açıklandığı gibi: Kısmi ihsaslardan külli idrake yükselmek; Sokrates'e göre, hakiki bilgiyi mümkün kılan ve bunun mümeyyiz özelliğini teşkil eden diyalektik vetire; yine Sokrates'e nazaran kanaat hislere, bilgi ise kavramlara bağlıdır.³¹ Bu metodolojik düşünce tarzı Plato tarafından yeniden ele alınmış ve daha geniş ve sistematik bir şekilde açıklanmıştır. Bu konu ile ilgili Del Vecchio, Plato'nun görüşünü şöyle açıklamaktadır: "Plato sırf kabili idrak olan, hislerin değil de, sadece aklın mevzuunu teşkil eden bir şey'iyetler âlemi yani (ideler âlemi) ile, mahsus, kendi tabiriyle olanla olmayanla mürekkep (birleşmiş, birleşik) başka bir âlem arasında bir ayırma yapar. Plato'ya göre ide'nin hakikati mütevali (yüksek olan, müteâliye = transandantalizm = deney üstüçülük) bir âlemde bulunur, mahsus âlem ise bu âlemin sadece noksan bir tasvirinden (resminden) ibarettir. Bizim gördüğümüz ve tuttuğumuz her şey, ideal âlemin bir gölgesi, gayri tam ve nakıs bir aksidir (akis, çarpıp geri dönme). Mesela biz (Küllü olarak) *insan* idesine, mefhumuna malikiz; müşahhas (somut) olarak insanlar, yegan yegan fertler ise görünmeyen, tutulmayan fakat buna rağmen mevcut bulunup da mahsus ve fâni her bir fertten daha hakiki olan bu küllün bir cüz'ünü teşkil ettikleri, bu esas enmüzececin (enmüzece, örnek, numune) bir aksi oldukları için insan ve fertler; Plato bu nazariyeyi bütün mefhumlar âlemi, hatta adalet hakkında da müdafaa ve sadece âdil ve gayri âdil olan şeyleri tespit edip de, Külli adaleti görmeyenlerle alay eder. Mutlak bir fikir olarak adalet, her bir ampirik veya pozitif müşahedededen çok daha hakikidir. Plato, bizâtihi yani Külli bir fikir olarak adaleti bilmeksizin, sadece âdil olan ve olmayan şeyleri öğrenmekle *iktifa* (yetinme, kanma) edenlere lisanımızda sâdikane bir şekilde ifadesi mümkün olmayan bir kelime oyunu ile, filozof adını değil, fakat filodoks yani bilgiyi sevenler değil, kanaati, yani havassın aldatici intibalarını (intiba, izlenim) sevenler adını vermektedir".³²

3. Küllilik Gerçeğine Karşı Olanlar

Küllilik teorisini, Aristoteles kısmen değiştirmiştir. Külli idelerin objektif varlığını kabul etmekle beraber, bunları üstün bir âleme koymuyor; her bir ko-

³¹ Aktaran, Del Vecchio, s.271.

³² Del Vecchio, s.271.

nuda saklı olduğunu ileri sürüyor.³³ Başka bir deyimle, Aristoteles idelerin vücut verdikleri somut olaylardan ayrı oldukları düşüncesine iştirak etmiyor. Küllilerin, Plato'nun savunduğu gibi şeyden önce ve Aristoteles'in savunduğu gibi şeyin içinde (realist ve idealist) yaklaşımları Skolastiklerin zihinlerini hayli yormuş ve doktrinleri arasındaki farkı mübalağa edecek düzeye götürmüşlerdir.³⁴

Plato ve Aristoteles'in yumuşak ayırımına en ciddi biçimde nominalizm doktrini karşı çıkmıştır. Bu doktrinin taraftarları, küllilik gerçeğine doğrudan doğruya cephe almışlar ve kavramların sadece kelime itibarıyla birer varlık olduklarını kabul etmişlerdir.³⁵ Bunlar, kısmi ve somut olayların gerçekte var olduklarını benimseyerek küllilere birer isim olarak somut şeylerden sonra değer vermişlerdir.

Kant, bütün bilgi meselesine ve sonuç olarak külliler meselesine yeni bir anlam kazandırmıştır. Kant, menşe meselesini bilgi meselesinden kesin olarak ayırtmıştır. Yani kavramların doğuşunu tali addederek bir kenara bıraktığı halde, bu kavramların değeri meselesi üzerinde bütün dikkatini yoğunlaştırmıştır.³⁶ Kant, bazı bilgi unsurlarının gerekli ve apriori olduklarını, yani tecrübeden, deneyden meydana gelmediklerini, çünkü bizatihi tecrübeyi mümkün kılan şartlardan ibaret bulduklarını da ispat etmiştir.³⁷ Kant'a göre "mademki tecrübe, mahsus ve geçici mahiyeti dolayısıyla bu unsurları, bu külli ve zaruri mefhumları meydana getirmemektedir, o halde bu mefhumların bizzat kendi içimizde meknuz (saklı) bulduklarını yani apriori olduklarını kabul etmekten başka çıkar yol kalmamaktadır", "zaruri apriori unsurları psikolojik bakımdan diğerlerinden daha önce zuhur eden unsurlar olmayıp mantiki âlemde külli bir kıymet taşıyan ve mümkün olan tecrübenin şart ve hududunu teşkil eden unsurlardır".³⁸

SONUÇ

Hem Hans Kelsen, hem de Giorgio Del Vecchio hukukun ne olması gerektiği değil, hukukun ne olduğu üzerinde durmaktadır. Her iki düşünür hukukun teklifine bir varsayım olarak inanırlar. Başka bir deyimle, Hans Kelsen, en somut olan mahkeme kararından, yönetmelik, tüzük, kanun, Anayasa, temel norm ve uluslararası hukukun soyutluğuna kadar hiyerarşik bağ kurarken, Giorgio Del Vecchio, bütün hukuki olaylar ve tarihsel gelişmeleri sabit ve de-

³³ Aktaran, Del Vecchio, s.272.

³⁴ Aktaran, Del Vecchio, s. 272.

³⁵ Aktaran, Del Vecchio, s. 272.

³⁶ Aktaran, Del Vecchio, s. 272.

³⁷ Aktaran, Del Vecchio, s. 272.

³⁸ Aktaran, Del Vecchio, s. 272.

ğışmez olan mantiki şekle bağlamaktadır. Hem Kelsen, hem Del Vecchio pozitif hukuku değerlendirmezler, yalnızca onun yapısını ortaya koyarlar. Bu yapıyı ortaya koyarken de belli bir toplumun veya belli bir dönemin hukuk düzenini değil, genel ve en soyut olan hukuku incelerler. Hem temel norm, hem mantiki şekil, pozitif bir hukuk kuralı veya bir adalet anlayışı değil, ona tabii olan hukuk kurallarının yürürlük ve hukukilik kaynağını oluştururlar.

Bir hukuk öğrencisi olarak her iki düşünürün görüşlerini hukuk mantığı açısından doğru buluyorum. Bu konuda bütün yapıcı eleştiriler hukuk kavramına, hukuk tanımına ışık tutacaktır. Bu eleştirileri sabır ve saygı ile karşılıyor, bekliyorum.