

KELSEN'İN TEMEL NORM KURAMI¹

Kelsen's Theory of the Basic Norm

Prof. Dr. Joseph RAZ

Çev. Dr. Şule Şahin CEYLAN²

Kelsen'in hukuk felsefesinde en fazla ilgi uyandıran ve hayal gücünün sınırlarını zorlayan unsur, kuşkusuz temel norm kuramıdır. Kararlı muhalifleri kadar, tutkulu hayranları da mevcuttur. Her iki taraf da Kelsen'in kuramını açıklarken dolandığı belirsiz yola çok şey borçludur. Söz konusu belirsizlik sıkça eleştirilmiş ve kuramın bütününe sanki bir mitmişçesine kuşkuyla yaklaşılmasına neden olmuştur. Ancak, taraftarlarının eleştirileri savuşturmasına imkan veren de yine aynı belirsizliktir. Bu makalenin ilerleyen sayfalarında da, kuramın mitlerden arındırılmasının bir örneği sergilenecektir. Kelsen'in bazı bildik hukuk felsefesi problemlerine cevaben önerdiği temel norm kavramı açıklanacaktır. Kelsen'in girişimi tüm yönleriyle başarıya ulaşmasa da, yetersizliğinin bile aydınlatıcı olduğu savunulacaktır. Aslında, kapsamına aldığı meselelerin karmaşıklığına ve olası çözüm yollarına ışık tutmaktadır.

Açıklamaları takiben eleştirilere yer verilecektir; fakat, açıklama kısmının ilgili metinlerin hepsine sıkı sıkıya bağlı olması mümkün gözükmemektedir. Öyle anlatım bozuklukları ve çelişkiler vardır ki, bunlar, ustalıkla bir yorumla dahi yok edilemeyebilir. Kaldı ki, bu makalede kuramın

¹ İlk kez *The American Journal of Jurisprudence* (1974)'de yayınlanmıştır.

² Yrd. Doç. Dr. Şule Şahin Ceylan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı (suleshn@gmail.com).

gelişiminin izini sürmek veya tüm metinleri ayrıntılı biçimde tartışmak amaçlanmamaktadır. Uygulayacağım strateji, çatışan yorumlar arasından en ilginç iki tanesini seçmek ve gerisini dikkate almamak olacaktır. Kelsen'in temel norm kuramı, çözmek için tasarlandığı problemlerle ilişkisi dolayısıyla incelenecektir. Bunların üstesinden gelme başarısına göre ayakta kalmakta veya devrilmektedir. Kelsen tüm normatif sistemleri, hukuki veya ahlaki oluşu farketmeksizin, temel norm kavramıyla açıklasa da, bu metinde sadece hukuk kuramında nasıl kullandığı esas alınacaktır.

1. Öğretinin Açıklanması

Kelsen'in kuramına göre, her hukuk sisteminde bir temel normun bulunması mantiken zorunludur. Temel normun varlığını, geçerli olmasına bağlamakta³ ve hatta geçerliliği, normların varoluş şekli olarak görmektedir⁴. Ancak bu, tüm temel normların içeriklerinin aynı olduğu anlamına gelmediği gibi, sadece iki temel norm bile aynı içeriğe sahip olmaz. Zaten her birine temel norm denilmesinin sebebi, içeriklerinin değil ama yapılarının, kendi sistemlerindeki eşsiz konumlarının ve işlevlerinin aynı oluşudur.

Kelsen'in temel normların varolduğunu farzetmesinin nedeni, bunları hukuk sistemlerinin birliğini ve normatifliğini açıklarken gerekli görmesidir. Ona göre hukuk sistemi, rastgele bir normlar toplamı değildir. Onu sistem haline getiren, normlarının bir bütün teşkil etmesi ve özel bir şekilde birbirleriyle ilgili olmalarıdır. Kelsen, ayrıntılı bir gerekçelendirmeye muhtaç olmadığını düşündüğü iki temel sav ileri sürer. Bunlar aynı zamanda kuramının temel aksiyonlarıdır. İlkine göre, aralarından biri diğerinin oluşturulması için doğrudan veya dolaylı yetki veren iki kural, zorunlu olarak aynı hukuk sistemine aittir⁵. Örneğin Parlatentonun çıkardığı bir ceza yasası ile Parlatentoya ceza yasalarını yapma yetkisi veren anayasa

³ Örneğin GT III, PTL 194. Kelsen'in kitaplarına atıfta bulunurken aşağıdaki kısaltmalar kullanılmaktadır. The General Theory of Law and State (New York, 1945) için GT; The Pure Theory of Law, 2nd. ed. (Berkeley, 1967) için PTL; Theorie Pure de Droit (Paris, 1962) için TP (Bu, PTL'nin Fransızca tercümesidir); What is Justice için WJ (Berkeley, 1960).

⁴ Gt 30; WJ 214, 267.

⁵ Bir hukuk kuralı bir başkasının (kuralın) yapılmasını, sadece ve sadece, doğrudan veya dolaylı biçimde birincisi tarafından yetkilendirilen ve ikinciyeye yetki veren üçüncü bir kural varsa, dolaylı olarak yetkilendirir.

kuralı, aynı hukuk sistemine aittir. Çünkü birinin çıkarılması, diğerinin yetkilendirmesiyle mümkündür. İkinci aksiyoma göreyse, bir hukuk sisteminin tüm kuralları doğrudan veya dolaylı olarak tek bir kuralla yetkilendirilmektedir.

İkinci aksiyomdan çıkan sonuç, birbirlerinin oluşturulması yönünde yetki vermeyen iki kuralın, bunları yetkilendiren üçüncü bir kural da yoksa, aynı sisteme ait olamayacağıdır. İlk aksiyomdan ise, eğer iki kuraldan biri diğerinin oluşturulması yetkisini veriyor veya her ikisini de üçüncü bir yasa yetkilendiriyorsa, bunların aynı hukuk sistemine ait olacağı sonucu çıkar. Böylece bu iki aksiyom, hukuk sistemlerinin niteliğiyle ilgili bir kriter sağlamakta ve herhangi bir kuralın belirli bir hukuk sistemine ait olup olmadığını kararlaştırmayı mümkün kılmaktadır⁶.

Kelsen'in genel bir kavram olarak hukuk sistemini açıklamaya çalıştığını ve bu ifadeyi tamamen farklı bir kavramı tanıtmak amacıyla kullanmadığını varsayarsak -böyle düşünülmesi gerektiği kanaatindeyim-, ikinci aksiyom ilk bakışta amprik bir genelleme gibi gözükmemektedir. Doğruluğunu teyit etmek için, tüm hukuk sistemlerinin incelenmesi ve her birinde kendisi dışındaki tüm kuralları yetkilendiren bir kural olup olmadığının bulunması gerekecektir. Örneğin, Britanya'da hem Parlamento'yu hem de teamül hukukunu yetkilendiren bir kural var mıdır? Bu sorun Kelsen tarafından aşağıdaki paragrafta ortaya konulmuştur:

"Eğer bir hukuk düzeninin, örf ve adeti bir hukuk yaratma yolu olarak tanımayan yazılı bir anayasası varsa ve yine de hukuk düzeni, anayasal hukukun yanı sıra örf adet hukukunu da kapsıyorsa, yazılı anayasanın normlarına ilaveten yazılı olmayan anayasa normlarının da bulunması gerekir. İkinci tür normlar geleneklere göre oluşturulmuştur ve hukuku uygulayan organları bağlayan genel normlar, bunlara uygun olarak, örf ve adet tarafından yaratılabilir (GT 126)."

Böyle bir hukuk sisteminde kendisi dışındaki tüm kuralları yetkilendiren pozitif bir kural bulunmayacaktır. Bazı kurallar geleneksel anayasayla yetkilendirilirken, diğerlerine mevzu anayasayla yetki verilecek ve dolayısıyla her iki anayasayı da yetkilendiren pozitif bir kurala rastlanmayacaktır. Nitekim Kelsen, ikinci aksiyomunun, amprik bir

⁶ Kelsen'in hukuk sistemlerinin niteliği kriteri için bkz. GT III, PTL 195.

genelleştirme olarak yanlışlığından haberdardır. Her sistemde pozitif olmayan bir kuralın bulunmasını şart kılarak, bu sorunun üstesinden gelir. Tüm temel anayasal kurallar, bu kural tarafından yetkilendirilmektedir. Onun varlığı, herhangi bir organın rastlantısal bir eylemine bağlı olmayıp, mantıksal bir zorunluluğa işaret etmektedir. İşte bu kurallar, hukuk sistemlerinin temel normlarıdır ve mevcudiyetleri, ikinci aksiyomu mantıksal bir doğruya dönüştürmek bakımından zorunludur. Zira Kelsen'in hukuk sistemlerinin niteliğine ilişkin kriteri, ikinci aksiyomun doğruluğuna ve aynı zamanda temel norm kuramına bağlıdır.

Kelsen, her hukuk sisteminde bir temel normun varolması gerektiğini kanıtlamak için zımnen bu argüman dizisini kullanmaktadır. Ancak aynı sonuca ulaşmak için yararlandığı farklı ve bağımsız bir argümanı daha vardır. Bununla, hukukun normatifliğini sadece temel normun açıklayabileceğini göstermeyi amaçlamaktadır.

Tüm kurallar insan eylemleriyle yaratılmıştır, ancak insan eylemleri olgulardır ve 'olan' alanına aittir. Oysa kurallar normdur ve 'olması gereken' alanına aittir. Ayrıca Kelsen'in tartışma kabul etmez inançlarından bir başkası, 'olan' ve 'olması gereken' arasında köprü kurulamaz bir uçurum olduğu ve dolayısıyla normların varlıklarının olgulardan çıkarılamayacağıdır. İşte bu, kuramının üçüncü aksiyomu olarak kabul edilebilir. Kelsen şu şekilde ifade etmektedir: "Hiçkimse birşeyin 'olan' ifadesinden, 'olması gerektiği' ifadesinin çıkacağını iddia edemez" (PTL 6). Bu sebeple, ".... bir normun objektif geçerliliği.....olgusal eylemden çıkmamaktadır. Bu, 'olan'dan anlamına gelir. Ancak yine de, bu eylemi yetkilendiren bir normdan kaynaklandığı için, *olması gerekenden* demek uygundur..." (PTL 7-8)⁷.

'Olan' ve 'olması' gereken arasındaki aşılabilir uçurumla ilgili olan ikilik (dikotomi) ilkesi, normların özerkliği (otonomi) ilkesini gerektirmektedir. Normların varolmasının tek koşulu, başka normlar tarafından yetkilendirilmeleri veya zorunlu kılınmalarıdır. Hukuki normların özerkliği, geçerlilik zinciri olarak adlandırılabilir şeyeye bağlanmaları şartıyla güvence altına alınmıştır: Geçerlilik zinciri ifadesi Kelsen tarafından

⁷ Bu ilke Kelsen tarafından sıklıkla tekrar edilmiştir; bkz. WJ içinde 'Değer Yargısı' 218.

kullanılmasa da, onun felsefesi açısından oldukça önem taşır. Kelsen şöyle açıklamaktadır:

"Bu tek normun belirli bir hukuk düzeninin parçası olarak neden geçerli olduğunun cevabı, bir ceza yasasına uygun olarak yapılmasıdır. Bu yasa nihayetinde geçerliliğini anayasadan alır, çünkü yetkili organ tarafından anayasanın gerektirdiği şekilde çıkarılmıştır. Anayasanın neden geçerli olduğu sorarsak, daha eski bir anayasayla karşılaşabiliriz. Nihayet zor kullanan bir kişi veya bir tür meclis tarafından konulmuş ve tarihsel olarak en eski anayasaya ulaşırız. Anayasayı çıkaran kişi veya kişilere sanki (hukukla) atanmış gibi davranmak gerektiği farzedilmektedir. Bu, hukuk düzeninin incelenmekte olan temel normudur (GT 115)⁸."

Demek ki her kural insan eylemiyle yaratılmasına rağmen, geçerliliğini eylemden değil oluşturulması yönünde yetki veren bir başka kuraldan almaktadır. Sonuçta tüm pozitif kurallar geçerliliklerini pozitif olmayan, insan eylemiyle yaratılmayan bir kurala borçludur. Yalnızca pozitif olmayan bir kural, hukuk sisteminin temel kuralı olabilir; yalnızca bu, normatifliğinin kaynağı olarak bir başka normu önceden varsaymamaktadır. İşte pozitif olmayan bu kural, temel normdur.

Geçerlilik zinciri düşüncesi, Kelsen'in, normatifik ve hukuk sisteminin birliği sorunları karşısında geliştirdiği önemli bir çözümdür. Aralarından biri diğerini yetkilendiren veya üçüncü bir kural tarafından yetkilendirilen iki kural, aynı geçerlilik zincirine aittir. Hukuk sisteminin birliği, tüm kurallarının aynı geçerlilik zincirine bağlı olmasına ve bir geçerlilik zincirindeki bütün kuralların aynı sistemin parçaları olması olgusuna dayanmaktadır. Kuralların normatifliğini, zincirdeki tüm kuralların geçerliliklerini bir öncekinden alması sağlar. Temel norm her iki sorunun çözümü için de önemlidir. Bir yandan normatifliği açıklamak için gereken ve olgusal olmayan başlangıç noktasını oluştururken, öte yandan bir sistemdeki tüm kuralların aynı geçerlilik zincirine ait olmasını garanti eder.

Temel norma atfedilen işlevler, kapsamını ve özel statüsünü açıklamaktadır. Bu, pozitif olmayan bir norm olmalıdır. Temel normlar,

⁸ Cf. PTL 199 f. Kelsen'in geçerlilik zinciri kavramıyla ilgili olarak bkz. Raz, *The Concept of a Legal System* (Oxford 1970). ss. 97-9. Birbirlerine genel bir bağla bağlanan iki geçerlilik zinciri, bir zincirin parçaları olarak kabul edilmektedir.

yasama faaliyeti veya başka bir yolla yaratılmazlar. Hukuki bilinç tarafından önceden varsayılmakla birlikte, Kelsen temel normun önceden varsayılmak suretiyle yaratılmadığını açıklamaktadır⁹. Bazı yorumcuların farz ettiğinin aksine, ne diğer kuralları oluşturan eylemlerle¹⁰ ne de halkın hukuka uyma ödevi olarak kabul etmesiyle¹¹ yaratılmıştır. Herhangi bir temel normun ne zaman, kimin tarafından ve nasıl yaratıldığını sormanın anlamı yoktur. Bu kategoriler ona uygulanmamaktadır. Yine de temel normların, geçerli oldukları için var oldukları söylenebilir. Ayrıca tek olmalarına rağmen, karşıladıkları hukuki işlevler nedeniyle hukukun parçası olma özelliği taşırlar¹².

Temel normların hukuk sisteminin normatifliğini ve birliğini açıklaması, kuralların oluşturulması yönünde yetki vermelerine bağlıdır. Temel normun işlevleri, aynı zamanda yapısını da izah etmektedir. Yetkilendirici bir normdur. "Belirli bir olayı, çeşitli hukuk normlarının yaratılmasındaki ilk olay olarak tanımlamaktadır. Norm yaratıcı bir sürecin başlangıç noktasıdır (CT 114)." "Herhangi bir hukuksal düzenin temel normu, sadece bütünüyle etkili olan bir düzenin yaratılmasını ve uygulanmasını sağlayan olgulara hukuki yetki tanımaktadır (CT 120)." Temel norm yetki verici bir normdur. Ancak Kelsen bunu, ödev yükleyici bir norm gibi formüle eder: "...temel norm... şu şekilde formüleştirilmelidir: Zorlayıcı eylemler, tarihsel olarak ilk anayasa ve buna göre oluşturulan normların gerektirdiği biçimde ve koşullara göre gerçekleştirilmelidir. (Kısacası: Kişi, anayasanın gerektirdiği gibi davranmalıdır.)" (PTL 200-1). Yasama yetkisi veren her kuralı, yetkili organca oluşturulan kurallara uyma ödevi yüklediğini söyleyerek tanımlamak mümkündür¹³. Bu olasılık, hukukun yetki verici doğasını bulanıklaştırmamalıdır. Dolayısıyla temel normun, ilk anayasayı yapanlara yasama yetkisi verdiği kabul edilecektir.

Alıntılanan bölümde Kelsen tarafından verilen formül, herhangi bir hukuk sisteminin belirli bir temel normu değildir. Yalnızca tüm temel

⁹ PTL 204.

¹⁰ TP 271.

¹¹ PTL 218n.

¹² 'Professor Stone and the Pure Theory of Law', Stanford Law Review 17, Vol. 2 (1965), ss. 1128, 1141.

¹³ Bu konuyla ilgili daha fazla ayrıntı için bkz. The Concept of a Legal System, ss. 21, 23, 166 f.

normlardaki ortak yapıyı açıklamaktadır. Temel normların içeriği, ait oldukları sistemlerdeki olgulara göre değişmektedir. Kelsen bir temel normun içeriğini şu şekilde açıklamaktadır: "(Temel norm) bir düzenin onlar aracılığıyla oluşturulduğu ve uygulandığı olgularla belirlenmektedir (CT 120)."

2. Temel Norm ve Hukuk Sistemlerinin Birliği

Kelsen'in hukuk sistemlerinin birliği öğretisi, iki farklı nedenle başarısızlığa uğramaktadır. Bunları başka bir yerde kapsamlı bir şekilde tartıştığım için¹⁴, burada kısaca değineceğim. Kelsen'in öğretisi yukarıda açıklanan iki aksiyoma bağlıdır. İkisinin de reddedilmesi gerektiğini görmek zor değildir.

İlk aksiyom, tek bir geçerlilik zincirine bağlı olan tüm kuralların, tek ve aynı hukuk sisteminin parçası olduğunu ileri sürmektedir. Eğer bu aksiyom doğru olsaydı, yeni devletlere barışçıl yollarla bağımsızlık tanımak imkansız hale gelebilirdi. A ülkesinin B isimli bir kolonisi olduğunu ve ikisinin de aynı hukuk sistemiyle yönetildiğini varsayalım. A, B halkı tarafından seçilmiş bir temsilciler meclisine (B üzerinde) kapsamlı ve sınırlanamaz bir yasama yetkisi veren bir yasayla, B'ye bağımsızlık tanımış olsun. Ayrıca bu temsilciler meclisi, B halkının genelinin kabul ettiği bir anayasayı benimsemiş; ve hatta buna göre seçimler yapılmış ve sonraki yasalar konulmuş olsun. Hükümet, mahkemeler ve B halkı, B'yi bağımsız bir hukuk sistemine sahip, bağımsız bir devlet olarak görmektedir. A dahil olmak üzere, tüm diğer devletler tarafından tanınmıştır. A'nın mahkemeleri, B'nin anayasa ve yasalarını, A'ninkinden farklı ve bağımsız bir hukuk sistemi olarak kabul etmektedir. Bu olgulara rağmen Kelsen'in ilk aksiyomundan, B'nin anayasa ve yasalarının A'nın hukuk sisteminin parçası olduğu sonucu çıkmaktadır. Çünkü B'nin anayasası ve buna dayanarak yapılan tüm yasalar, A'nın bağımsızlık tanıyan yasasıyla yetkilendirilmiştir ve bu nedenle aynı sistemin aynı geçerlilik zincirine aittirler.

Kelsen'in hatası, olguları dikkate almaması ve sadece kuralların içeriğini değerlendirmesidir. Kuramı açısından en önemli özellik, A'nın hukuk sisteminin B'deki yasaların tümünü yetkilendiren bir yasasının bulunmasıdır. B'nin mahkemelerinin ve halkının, bu yasayı kendi hukuk

¹⁴ Ibid., ss. 100-9.

sistemlerinin bir parçası olarak değerlendirmemelerinin konuyla ilgisi yoktur. Ancak halkın ve mahkemelerin tutumu, bir hukuk sisteminin niteliğine ve birliğine (kavramın yaygın kullanımıyla) karar verirken oldukça önem taşır¹⁵.

Bu eleştiri Kelsen'in temel norm kuramını doğrudan sarsmamaktadır. Ancak eğer hukuk sistemlerinin birliği öğretisi çürütülürse, temel norm kuramını kabul etmenin nedenlerinden biri de ortadan kalkar. Kelsen'in hukuk sistemlerinin niteliği ve birliği kuramı, doğrudan temel normun rolüyle ilgili ikinci bir kusurla etkisini kaybetmektedir.

Kelsen'in hukuk sisteminin niteliği ve birliğiyle ilgili ikinci aksiyomu, bir sistemdeki tüm kuralların aynı geçerlilik zincirine bağlı olduğunu söylemektedir. Bu aksiyomu değerlendirirken, Kelsen'in, temel normu yoksaymanın, bir sistemdeki tüm pozitif kuralların birden çok geçerlilik zincirine bağlı olması anlamına geleceğini iddia ettiğini, hiç değilse imada bulunduğunu görmüştük. Aralarından bazıları geçerliliklerini geleneksel bir anayasaya, diğerleri yasama faaliyetiyle oluşturulmuş bir anayasaya borçludur. İki anayasaya da yetki tanıyarak, bunları tek bir geçerlilik zincirinde birleştiren sadece temel normdur¹⁶.

Böyle bir ülkeye gelen, yasalı ve geleneksel anayasaların aynı hukuk sistemine ait olup olmadığını merak eden hukuki bilince sahip bir gözlemci, Kelsen'i biri tarafından temel norma yönlendirilecektir. (Ona) iki anayasaya da yetki tanıyan bir temel normun bulunup bulunmadığının veya her bir anayasanın farklı bir temel normla yetkilendirilip yetkilendirilmediğinin belli olmadığı söylenecektir. Başka sorulara cevaben, temel normun içeriğini bilmek için 'bir düzenin yaratılmasına ve uygulanmasına aracılık eden olguları' (CT 120) ortaya çıkarması gerektiği söylenecektir, ki zaten belirleyici olan bunlardır. Kişinin umutsuzluğa sürüklenmesi mümkündür. Görünüşe bakılırsa, hukuk sistemini sadece temel normun yardımıyla teşhis edebilmekte, oysa temel norm da ancak hukuk sisteminin niteliği belirlendikten sonra tanımlanabilmektedir. Gayretli gözlemcimiz en azından

¹⁵ Aynı husus H. L. A. Hart, 'Kelsen's Doctrine of the Unity of Law' H. E. Kiefer ve M.K. Munitz (edt.), *Ethics and Social Justice* (New York, 1970) içinde de açıklanmıştır.

¹⁶ Böyle durumlarda temel normun norm yapıcı eylemlerle oluşturulan farklı anayasal esasları yetkilendirdiği not edilmelidir. Bunu sağlayan temel normun, hangi anlamda çeşitli normların birliği değil ancak kendisinin bir norm olduğu açık değildir.

iki norm dizisinin (geleneksel ve yasalaştırılmış norm dizileri) toplumda etkili olduğunu belirlemeyi başarsa bile, bunların bir veya iki sistem oluşturup oluşturmadıklarını bir Kelsenci aydınlatamayacaktır. Bu kurama göre, aynı ülkede iki hukuk sisteminin uygulanmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Herşey temel normu teşhis etme olanağına bağlı olduğu halde, temel norm hukuk sisteminin niteliği bilinmeden tanımlanamaz. Dolayısıyla temel norm, hukuk sistemlerinin niteliği ve birliği sorununu çözemez, kaldı ki Kelsen'in başka bir önerisi de yoktur.

3. Kelsen'de Doğal Hukuk Kuramları

Yukarıdaki eleştiriler doğruysa, temel norm meselesinin, hukukun normatifliğini açıklama işleviyle düşünülmesi gerekir. Makalenin devamında bu sorun ele alınacaktır.

Temel normun hukukun normatifliğini açıklamadaki rolü ve esasen Kelsen'in bu normatifliği ele alış biçimi, (Kelsen'in) doğal hukuk kuramlarına getirdiği eleştiriyle yakından bağlantılıdır. Kendi kuramını doğal hukukun alternatifi, hatta tek alternatifi olarak görmektedir. Öyle ki temel norma, doğal bir yasaymışçasına atıfta bulunmaktadır¹⁷. Kelsen'in doğal hukuk eleştirisini ayrıntılarıyla incelemenin yeri burası değilse de, temel norm kuramını anlamak adına bazı görüşlerinin aydınlatılması gerekmektedir.

Kelsen'in anlatımına göre doğal hukuk kuramları, akılla keşfedilebilen, mutlak ve objektif geçerliliğe sahip bir dizi normun var olduğunu iddia etmektedirler. Bu normlar, tamamen ve tarafsız biçimde, adil ve iyidir. Pozitif hukukun geçerlilik kaynağı doğal hukuk olup, adil ve iyi olduğunu da onun bildirmesi gerekir. Nitekim doğal hukuka aykırı yasalar, mahkeme kararları, vs. geçerli değildir, hatta hukuk bile değildir. Kelsen haklı olarak, doğal hukuk kuramlarının özel bir hukuki geçerlilik düşüncesini barındırmadığına işaret eder. Tek geçerlilik kavramı, doğal hukuka göre geçerlilik, yani ahlaki geçerliliktir. Doğal hukukçular bir kuralı, sadece ahlaken geçerli (adil) veya ahlaken geçersiz (yanlış vs.) olarak değerlendirebilirler. Onlara göre, bir kural hukuken geçerliyken, ahlaken

¹⁷ 'Eğer birisi bunu (yani temel norm- JR) doğal hukuk kuramının bir unsuru olarak kabul etmek isterse.....çok az itiraz yöneltilebilir.....İçinde yer alan sadece minimum....doğal hukuktur, ki yokluğunda bir hukuk bilinci imkansızdır.' (CT 437.)

yanlış olamaz. Eğer yanlış ve adaletsizse, zaten kabul ettikleri tek geçerlilik bakımından da geçersizdir¹⁸.

Kelsen'in doğal hukuk kuramlarının hepsini reddetmek için dört temel nedeni vardır. Bu kuramlar nahoş bir metafiziğe boğulmuştur, kavramsal bakımdan karışıktır, ahlaki illüzyonlarla zenginleştirilmiştir ve bilimsel değildir.

(1) Doğal hukuk kuramları, Batı dünyasını Plato'dan beri altüst eden ikili metafiziği¹⁹; insan eylem ve iradesinden bağımsız, bir tür objektifliğe sahip ve bütünüyle adil ve iyi yasaların bulunduğu ideal bir gerçekliği önceden varsaymaktadırlar. Bu, insan yapımı yasaların, düzenleme ve kararların kusurlu sosyal gerçekliğiyle çelişen bir gerçeklik biçimidir. Zira bu yaklaşıma göre, insan yapımı yasalar kusurludur ve sahip oldukları her türlü gerçekliğin kaynağı, ideal gerçekliktir. İnsan yasaları, sadece ideal yasaları taklit etmekle geçerlilik kazanırlar. Kelsen metafiziğin bu türünü, Kant'ın eleştirel felsefesinin anti metafizik tadını tercih ederek, reddeder. Bahsi geçen metafizik ikiliği yadsımak, doğal hukuk kuramlarını metafizik temellerinden yoksun bırakmaktadır.

(2) Doğal hukuk kuramları kavramsal olarak karışıktır. Seküler ve dinsel olmak üzere iki türü vardır. Seküler kuramlar, doğal yasaların kendi içlerinde rasyonel biçimde bağlayıcı ve apaçık olduğunu kabul etmektedir. Dinsel kuramlar ise bu yasaları, insanlara doğayla ilgili rasyonel spekülasyonlar yoluyla vahyedilen tanrı buyrukları olarak görmektedir²⁰. Her ikisi de, 'olması gereken'den 'olan'ı çıkarmak şeklinde formüleştiren doğalcılık yanılığına düşmüştür. Doğal olan herşey sadece bir olgu olabilir. Tanrının buyrukları da, ilahi niteliklerine rağmen, olgudur ve olgulardan normlar çıkarılamaz. Doğalcılık yanılığından kaçınmak için, doğal hukuk kuramının iki türünün de olgulara normatif nitelik kazandıran bir temel normu varsaydığı kabul edilmelidir²¹. Seküler temel norm doğaya uyulması, dinsel temel norm ise tanrıya uyulması gerektiğini dikte eder²². Temel

¹⁸ Örneğin WJ 144, 257 ff., 295.

¹⁹ Cf. GT 419-33; WJ 198ff. Kelsen yasaları, bunlarla ilgili olarak insan davranışının yeterince yorumlanması kaydıyla, soyut varlıklar olarak kabul etme olasılığını reddetmemektedir. Böyle bir kuramda Platonizmin metafizik çıkarımları bulunmamaktadır.

²⁰ İki tip doğal hukuk kuramının açıklaması için bkz. örneğin WJ 285 ff.

²¹ WJ 141.

²² WJ 258, 260 f.

normların apaçık olduğu düşünülmalıdır. Bunların, herhangi bir başka normdan çıkarılmadıkları ancak, objektif bakımdan geçerli ve bağlayıcı oldukları söylenmektedir. Kelsen bu şekilde, doğal hukuk taraftarlarının sebep olduğu karışıklığı düzeltmeye çalışmaktadır.

(3) ‘(Bu) öğretisi subjektif menfaatlerin nesnelleştirilmesinden ötürü, tipik bir illüzyondur (WJ 228).’ Kelsen’in değerlendirmesine göre, doğal hukukun objektif geçerlilik iddiası, temel normlarının tartışmasız olduğu kabulüne dayanır. Kelsen bu tip iddiaların tümünü, illüzyon oldukları gerekçesiyle reddeder. Kendisi ahlaki bir rölativisttir²³. Hiçbir ahlaki tutum, objektif bakımdan kanıtlanıp savunulamaz. Sezgisel bakımdan doğru olan ahlaki inançlar yoktur²⁴. Ahlaki görüşler kişisel tercih meselesidir. Doğal hukukçular, objektif geçerlilik iddiasında bulunurken illüzyonlara sebep olmakta ve bunları farklı ideolojik amaçlarla kullanmaktadırlar. Doğal hukuk illüzyonları, muhafazakar iyimserler tarafından sıklıkla mevcut hukuki ve politik kurumları haklılaştırmak için kullanılmaktadır. Bazen de aynı illüzyon, reform veya devrim yapmanın bir aracına dönüşmektedir²⁵.

Kelsen’in rölativizmi, hukuku, ahlaki standartlara göre değerlendirme zorunluluğunu veya olasılığını imkansız kılmamaktadır. Ancak her değerlendirmenin, sadece o sırada yararlanılan belirli bir ahlaki norma göre geçerli olduğunu iddia etmektedir. Bu norm, kendi içinde objektif geçerlilikten yoksundur. Sonuçta hukukun ahlaki eleştirisi veya gerekçelendirmesi, kişisel ya da politik kanı meselesidir. Objektif nitelikte bilimsel bir sorun değildir ve hukuk bilimiyle ilgisi bulunmamaktadır²⁶.

(4) Kelsen, doğal hukuk kuramlarını bilimsel olmamakla suçlarken, objektif bakımdan doğrulanamayacaklarını kast etmektedir. Bilimsel bir hukuk kuramı inşa etmek için duyduğu istek, hukukun ahlakiliğine bir kuram konusu olarak yer vermemesine neden olur. “Bilimsel bir problem olarak hukuk problemi, ahlak problemi değil sosyal teknik problemidir.”(CT 5) Hukuk kuramı, insan davranışını kontrol etmek için özel tipteki bir sosyal teknikle ilgilenir ve mutlaka ilgilenmelidir. Doğal hukuk kuramları, hukuk olma özelliği taşıyan adil yasalar ile hukuka dahil olmayan adaletsizleri

²³ Cf. WJ 141, 179 f., 228 f., 259, 295; PTL 64.

²⁴ PTL 221.

²⁵ Cf. WJ 297.

²⁶ Cf. WJ 295, 302; GT 436; PTL 68 f.

ayırarak konuyu bulanıklaştırmaktadır. Bu nedenle, bazı normatif sistemlerin, aynı sosyal tekniğin kullanıldığı örnekler olsalar bile, hukukilik sıfatı taşımasını kabul etmemektedirler.

4. Temel Norm ve Değerden Arınmış Bir Hukuk Araştırması

Hukuk kuramının görevini yürütmesi için değerden arınmış olması gerekir. Bu sebeple, hukukun normatifliği mutlaka ahlaki değerinden bağımsız şekilde açıklanmalıdır. Peki, hukuki geçerlilik ve normatifik nasıl izah edilmelidir? Kelsen bu noktada Kant'ın eleştirel felsefesinin kavramsal temeline başvurur. Kant'ın doğal hukuk kuramının bir görünümünü benimsemesi, aslında kendi sözüne bağlı kalmamasından kaynaklanır²⁷. Yine de onun hukuk felsefesi, Kelsen'in kullanmak istediği entelektüel araçları sağlamaktadır.

Hukuki geçerlilik ve normatifik kavramları, sadece temel normla açıklanabilir:

"İnsanoğlunun bu eylemlerini, hukuki eylemler ve sonuçlarını, bağlayıcı normlar biçiminde yorumlamak, yani kendisini hukuk olarak ortaya koyan amprik materyali bu şekilde yorumlamak, sadece temel normun geçerli bir norm olarak önceden varsayılması koşulunda mümkündür. Hukuki materyale ilişkin herhangi bir pozitivist yorumunun tek zorunlu önvarsayımı temel normdur. (CT 116)."

İnsanların, hukuku, normatif ve ahlaki değerinden bağımsız olarak kabul etmesi halinde, temel normun önceden varsayılması zorunludur:

"..hukuk bilimi tarafından açıklandığı üzere temel norm, bu yorumun deneyüstü-mantıksal koşulu olarak nitelenebilir, tabii eğer Kant'ın epistemolojisinden bir kavramın, analogi yoluyla kullanılmasına müsaade edilirse. Kant sorar: 'Metafizik bir hipotezin yokluğunda, duyularımızla algılanan olguları, doğa bilimince formüleştiren doğa yasaları dahilinde yorumlamak nasıl mümkün olur?' Aynı şekilde Saf Hukuk Kuramı da sorar: 'Belirli olguların subjektif anlamını, tanrı veya doğa gibi meta-hukuksal otoritelere başvurmaksızın, objektif bakımdan geçerli bir hukuki normlar sistemi olarak yorumlamak nasıl mümkün olur?.....' Saf Hukuk Kuramının

²⁷ GT 444 f. Kelsen'in Kant yorumu tartışılabilir, ancak bu aşamada bizi ilgilendirmemektedir.

epistemolojik cevabı: ‘Temel normun, kişinin anayasa emretmiş gibi davranmasını gerektirdiğini önceden varsayarak...’şeklindedir. Bu temel normun işlevi, pozitif bir hukuksal düzenin objektif geçerliliğini temellendirmektir (PTL 202).”

Temel norm, hukuk kuramına objektif ve değerden bağımsız bir hukuki normatiflik kavramı sunmaktadır. “Temel norm önvarsayımı, değerden üstün olan herhangi bir pozitif kuralı tasdik etmemektedir (PTL 201).” ‘Etik politik değil, sadece epistemolojik bir işlevi yerine getirmektedir (PTL 218).”

Temel norm, ahlaki veya politik bir işlevi bulunmadığı için objektiftir:

“Adalet normlarına değil ancak pozitif hukuk normlarına, belirli bir sosyal gerçeklik karşılık gelmektedir... Hukuki değer yargıları, olgularla objektif olarak test edilebilen yargılardır. Bir hukuk bilimi dahilinde kabul edilebilir niteliktedirler. (WJ 227)”

“Bu nedenle temel norm özgür yaratıcılığın ürünü değildir. Gelişigüzel biçimde önceden varsayılmamıştır. Anayasayı yaratan bir yasanın ve ilgili anayasaya göre yapılan yasaların subjektif anlamları objektif anlamlarıymış gibi yorumlandığında, farklı temel normlar arasında bir seçim imkanının bulunması, gelişigüzel biçimde önceden varsayılmamıştır. (PTL 201)”

Kelsen temel norm kavramının yardımıyla, özel bir hukuki normatiflik kavramına sahip ve değerden arınmış bir hukuk kuramı inşa ettiğini iddia etmektedir:

“Hukuk ile ahlaki, hukuk teorisi ile etiği ayırdetme kaziyesi şu anlama gelir: Pozitif hukukun bilimsel kavranışı açısından, hukuki düzenden farklı bir ahlaki düzence gerekçelendirilmesi yersizdir. Çünkü hukuk biliminin görevi, kendi konusunu onaylamak veya onaylamamak değil, bilmek ve tanımlamaktır... Hukuk ile ahlaki, hukuk bilimi ile etiği ayırma kaziyesi, pozitif hukuk normlarının geçerliliğinin ahlaki düzenle uyumluluklarına bağlı olmadığı; pozitif hukuka yönelen bir kavranış açısından, hukuki bir normun ahlaki düzenle çelişkili olsa bile geçerli sayılabileceği anlamına gelir. (PTL 68)”

5. Kelsen’de Hukukun Normatifliğinin Doğası

Buraya kadar, Kelsen’in temel norm kavramını hukukun normatif bir sistem olarak anlaşılması için gerekli saydığına değinilmiştir. Ayrıca, hukuk

kuramının sadece temel norm dolayısıyla değerden arınmış ve objektif olabileceğini, doğal hukuk kuramlarının hatalarından kaçınılabileceğini düşündüğü belirtilmiştir. Hukuk alanında önemli bir mesele olan ve Kelsen'e göre temel norm sayesinde ortaya çıkan normatifliğin doğasına aşağıda değinilecektir.

Hukukun normatifliğiyle ilgili iki görüş mevcuttur. Bunları gerekçeli ve sosyal normatifik olarak adlandıracağım. İlk görüşe göre, hukuki davranış standartlarına norm niteliğini gerekçelendirilmeleri kazandırır. Bu gerekçelendirmenin ardında, bir takım objektif ve evrensel nedenler yatar. Sezgi yoluyla bağlayıcılıklarının kavranması veya kişisel taahhülle gerekçelendirilmiş sayımları mümkündür. İkinci görüşe göreyse, davranış standartları değerlerinden bağımsız şekilde norm niteliği taşırlar. Sosyal norm olmalarının sebebi, toplumsal açıdan bağlayıcı standartlar olarak desteklenmeleri ve uygulandıkları kişilere norma uymaları yönünde baskı yapılmasıdır. Doğal hukuk düşünürleri tipik olarak ilk yaklaşımı, pozitivistler ise genelde ikincisini desteklemektedir. Hukukun normatifliğine, sosyal normatifik kavramıyla getirilen en başarılı açıklama, Hart'ın 'The Concept of Law'daki analizidir. Gerekçelendirilmiş normatifliği kullanan düşünürler, bir hukuk sisteminin sadece, onun adil olduğunu düşünen ve normlarını kendi ahlaki tutumlarının parçası olarak benimseyen kişiler tarafından normatif sayılabileceğini iddia etmektedir. Sosyal normatifliği benimseyen düşünürler ise herkesin, kendi kişisel yargılarını bir yana bırakarak, hukuk sistemlerini normatif sayması gerektiğini ileri sürmektedir. Kelsen'in kuramındaki belirsizliğinin önemli kısmı, hangi tür normatifiklikten bahsettiğine karar vermenin güçlüğünden kaynaklanır. Bu makaledeki iddia aşağıda özetlenmiştir:

(1) Kelsen sadece gerekçelendirilmiş normatifik kavramını kullanmaktadır.

(2) Ona göre bir kişi, ancak ahlaken adil ve iyi bulması koşuluyla bir hukuk sisteminin normatif olduğunu düşünebilir.

(3) Hukuk kuramı, hukuk sistemlerini, 'normatif'le aynı anlamda normatif olarak değerlendirir. Ancak bu, yasaların adil olduğunu kabul etmekten farklı anlamda bir 'değerlendirme'dir.

Önce ilk ifadeyi ele alalım. Kelsen sıklıkla sosyal normatiflik kavramının gerçek bir normatiflik olmadığını veya hiç değilse hukuk kuramına uymadığını öne sürmektedir. Böylece, hukuki normların objektif normlar olduğunu ve objektif bir ‘olması gereken’ kavramıyla açıklandığını iddia ederek, subjektif ve objektif ‘olması gereken’²⁸ arasında ayırım yapmaktadır. (Kelsen’in) subjektif ‘olması gereken’i, sosyal normatifliğin bir çeşididir. Objektif ve subjektif değer yargıları arasında yaptığı karşılaştırma, bu ayırımla bağlantılıdır. Subjektif yargılar, bir tür sosyal normatifliğin açıklamasıdır ve Kelsen tarafından normatif değil olgusal yargılar olduklarına hükmedilmektedir:

“Objektif bakımdan geçerli bir norm tarafından oluşturulan değer, bir obje ile bir kişinin bu objeye yönelen istek veya iradesi arasındaki ilişkide (ancak bir normla ilişkisinde değil) mevcut olan değerden ayırt edilmelidir. Objenin, söz konusu istek veya iradeyle uyumlu olup olmamasına göre, pozitif ya da negatif değeri vardır... Eğer objenin bir kişinin istek veya iradesiyle arasındaki ilişkiyi tanımlayan yargı, bir değer yargısı olarak belirlenirse..., bu değer yargısı gerçeklikle ilgili bir yargıdan farklı olmaz. Çünkü bir olgu ve objektif bakımdan geçerli bir norm arasındakiini değil, sadece iki olgu arasındaki ilişkiyi tanımlamaktadır....Bir obje....ile bir kişinin irade veya isteği arasındaki ilişkide mevcut olan değer, subjektif bir değer olarak belirlenebilir. (PTL 19-20)”

Bu kurama göre hukuk kurallarını bir egemenin buyrukları olarak tanımlamak, onları subjektif bir olması gereken şeklinde nitelendirmektir. Kişinin temel normu önceden varsaymaması halinde, eylemin hukuka uygunluğuna dair yargılar -ki bunlar, bir egemenin buyruklarına uygunlukla ilgili yargılar olarak anlaşılır- sadece subjektif değer yargılarıdır. Kelsen, hukukun tutarlı bir şekilde böyle yorumlanabileceğini kabul eder ancak bu koşulda normatif sayılmayacaktır:

“Pozitif bir hukuk düzeninin temel normunun önceden varsayılabilmesi, fakat *zorunlu olmadığı* olgusunun anlamı şudur: (konuyla) ilgili insanlar arasındaki ilişkiler ‘normatif’ olarak yorumlanabilse de, bu zorunlu değildir. Normatif olması, yükümlülükler, izinler, haklar vs. gibi

²⁸ Örneğin PTL 7. Başka yerlerdeki gibi burada da Kelsen, sosyal normatiflik kavramının sadece basit açıklamalarını göz önünde tutarak incelemekte ve reddetmektedir. Sosyal normatiflik etkili buyruklar bağlamında açıklanamaz.

objektif bakımdan geçerli normlarla tesis edilmesi anlamına gelir. Daha açık anlamı şudur: Bu tip önvaryayımların yokluğunda (örn. temel normun yokluğunda) güç ilişkileri olarak yorumlanabilirler (örn. buyruk vermek ile insanların itaat etmesi veya etmemesi arasındaki ilişki), Başka bir ifadeyle, hukuki değil ancak sosyolojik olarak yorumlanabilirler. (PTL 218)"

Bu, oldukça önemli bir paragraftır. Kelsen aslında, sosyal normatiflik kavramının hiçbir suretle bir normatiflik kavramı olmadığını iddia etmektedir...(Bu kavram) Hukukun yükümlülük dayatan, yetki, hak, vs. veren bir şekilde yorumlanmasına izin vermemektedir. Hukuku, belirli bir bölgede halka terör estiren bir grup gangsterin buyruklarından ayırt edilemez kılmaktadır²⁹. Kişi, hukuk sistemlerinin normatif sistem olarak gerçek niteliğini, sadece gerekçelendirilmiş normatiflik kavramıyla anlayabilir.

Kelsen tek normatiflik biçimi olarak gerekçelendirilmiş normatifliği gördüğü için, hukukun bir ideoloji olduğunu düşünmektedir. Zira hukuk normatiftir, yani normatif olduğunu düşünen herkes için gerekçelendirilmiş ve iyidir. "Bu, bir norm, 'bir olması gereken' fikrinin sadece ideolojik olduğunun neden iddia edilebileceğinin gerekçesini oluşturur.....Dolayısıyla hukuk, belirli bir tarihsel gücün özel ideolojisi olarak değerlendirilebilir (WJ 227)."

Hukuk normlarının, Kelsen tarafından objektif olduğu iddia edilen iki anlamını ayırırken dikkatli olmak gerekir. İlk anlamıyla objektif olmalarının nedeni, sosyal bir gerçekliği yansıtmaları, yani sosyal normatiflik anlamında normatif olmalarıdır. İkinci anlamıyla objektiflikleri, gerekçeli normatiflikten, bir ideoloji olmalarından kaynaklanır. İki anlam aşağıdaki metinde açıklanmıştır: "Eğer hukuku bir normlar kompleksi ve dolayısıyla bir ideoloji olarak düşünürsek, bu ideoloji diğer ideolojilerden, özellikle metafizik olanlardan, belirli gerçeklik olgularıyla örtüşmesiyle ayrılır. Eğer hukuki normlar sistemi bir ideolojiyse, bu açık gerçeğe paralel bir ideolojidir (WJ 227)."

Başka bir deyişle, hem gerekçeli normatiflik (yani objektif 'olması gereken'dir) hem de sosyal normatiflik anlamıyla normatiftir (yani subjektif 'olması gereken' anlamına gelen objektif bakımdan araştırılabilir olgularla örtüşmektedir). Objektifin bir anlamından diğerine doğru bu daimi değişim,

²⁹ Kelsen PTL 47'de bu örneği farklı bir amaçla kullanmaktadır.

bilim insanlarının, Kelsen'in hangi normatiflik kavramını kullandığını anlamalarına yardım etmemektedir.

Hukuku sosyal bakımdan normatif sayan herhangi biri için 'hukuka neden uyulmalıdır?' sorusu, (hukukun) normatif olduğuna işaret edilerek cevaplandırılmaz. Hukuk, belirli sosyal olgulardan ötürü normatiftir. Ona, hiç değilse ahlaki nedenlerle uyulmalıdır. Hukukun normatifliği ile buna uyma yükümlülüğü birbirlerinden bağımsız kavramlar olmalarına rağmen, sırf gerekçeli normatifliği kabul edenler böyle düşünmemektedir. Onlara göre, hukukun normatif olduğuna hükmetmek, adil olduğunu ve buna uyulması gerektiğini onaylamak anlamına gelir. Hukukun normatifliği ile ona uyma yükümlülüğü, analitik olarak birbirlerine bağlanmıştır. Bu nedenle Kelsen hukuku, kişilerin uymasının gerekmesi koşuluyla geçerli yani normatif sayar." 'Geçerlilik'ten, hukukun bağlayıcı gücü -davranışlarını düzenlediği kişilerce uyulması gerektiği düşüncesi- anlaşılmaktadır (WJ 257)." "Bir insanın davranışına atıfta bulunan bir normun 'geçerli' olması, bağlayıcı olduğu -bir bireyin normla belirlenen şekilde davranması gerektiği- anlamına gelir (PTL 193)." Bu ifadeler gerekçeli normatiflik üzerinde çalışan bir düşünür için kaçınılmazdır. Eğer hukukun normatifliği sadece sosyal normatiflik şeklinde açıklanırsa, yanıltıcı olabilir.

6. Bir Kişinin Bakış Açısı

Hukukun normatifliği gerekçeli normatiftir; bu nedenle temel norm da gerekçeli bir normdur. Ancak mutlak anlamda gerekçelendirilmemiştir. Kelsen ahlaki rölativizme inanmaktadır. Ona göre ahlaki görüşler kişisel tercih meselesi olup, rasyonel biçimde doğrulanıp çürütülmeye müsait değildir. Dolayısıyla, yalnızca hukukun adil olması gerektiğini düşünen kişilerin, temel normu önceden varsaydığını yani benimsediğini ve hukukun normatif olduğunu kabul ettiğini iddia eder:

"Ancak temel normu önceden varsaymak için bir zorunluluk yoktur... 'Hukuki düzen' dediğimiz normlar sistemi, muhtemel ancak zorunlu olmayan bir yorum şemasıdır. Bir anarşist 'hukuka uygun' ve 'hukuka uygun olmayan' davranıştan, 'hukuki haklardan' ve 'hukuki ödevlerden' veya 'ihlalden' bahsetmekten imtina edecektir. Ona göre sosyal davranış sadece, bir kişinin diğerini, kendi istek veya çıkarlarına uygun davranmaya zorladığı

bir süreçtir... Kısacası, temel normu önceden varsaymayı reddedecektir. (WJ 226-7)"

".....örneğin pozitif hukukun varsayımsal temel normunun geçerliliğini reddeden bir anarşist,.....(hukukun) insan ilişkilerine dair pozitif düzenlemelerini sadece güç ilişkileri olarak görecektir. (CT 413)"

"Doğrusu, bir komünist, bir gangsterler çetesi ile kapitalist hukuk düzeni arasında önemli bir fark olduğunu kabul etmeyebilir.... Çünkü temel normu -zorlayıcı düzeni objektif bakımdan geçerli bir normatif düzen olarak yorumlayanlar gibi- önceden varsaymamaktadır³⁰. "

Bir kişi için temel normu önceden varsaymak, hukuk sistemini normatif yani adil olarak yorumlamaktır. Kelsene göre bir kişi tarafından desteklenen tüm değerler, tüm ahlaki fikirler, zorunlu olarak bir temel norma dayanan normatif bir sistem oluşturmaktadır. Bir kişinin normatif sisteminden veya onun bakış açısıyla normatif sistemden bahsedilebilir. Belirli bir bakış açısından yaklaşınca, her norm dizisi mutlaka tutarlı ve birleşmiş bir normatif düzen oluşturur. Kişi, onayladığı normlardan bazılarının çatıştığını düşünebilir. Ancak bu normatif değil, psikolojik bir olgudur. Kendisini iki zıt eylem türü arasında kalmış gibi hissedebilir³¹. Yine de, onun normatif sisteminin çatışan normlar barındırdığını söylemenin bir anlamı yoktur. Normatif bir sistem kavramının özü, davranışları yönlendirmesi, daha doğrusu ilgili bakış açısını benimseyen kişilerin davranışlarını yönlendirmesidir. Ancak eğer çatışan normların tek bir bakış açısına göre geçerli olduğu farzedilirse, bu normlar aynı anda zıt yönlere işaret ettikleri için davranışları yönlendirmezler. Dolayısıyla bir bakış açısına göre geçerli sayılan tüm normlar, zorunlu olarak tutarlı bir sistem oluştururlar:

"Aynı anda geçerli olan normların, farklı ve birbirlerinden bağımsız sistemlere ait olduklarını farzetmek, mantıken mümkün değildir (CT 363)."

³⁰ 'Professor Stone and the Pure Theory of Law', op. cit., s. 1144.

³¹ Cf. GT375. Kelsen, *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound* (New York, 1962) içinde yayımlanan 'Derogation'da ve *Philosophy ve Christianity* (Amsterdam, 1965) içinde yayımlanan 'Law and Logic'de geçerli normların zorunlu biçimde tutarlı olduğu iddiasını geri çekmiştir. Ne yazık ki (ilgili metinlerde), bu öğretiyi en başta kabul etmesine yol açan nedenleri açıklamadığı gibi, kuramının hukuk ve ahlak ilişkisi, ulusal ve uluslararası hukuk gibi önceki öğretilerine bağlı olan kısımlarını değiştirmemiştir. Dolayısıyla normatiflik kuramı sadece geçerli normların zorunlu olarak tutarlı olduğu varsayımına göre anlaşılır ve tutarlıdır.

"Verili iki farklı norm sistemi mevcutsa, bunlardan sadece birinin, normların geçerliliğiyle ilgili bilişsel bir bakış açısına göre geçerli olduğu farzedilebilir (CT 407)."

Eğer iki farklı norm sisteminin aynı bakış açısına göre aynı anda geçerli sayıldığı farzedilirse, bunlar arasında normatif bir ilişkinin ve karşılıklı ilişkilerini düzenleyen bir norm ya da düzenin var olduğu da farzedilmelidir. Aksi halde, her bir sistemin normları arasında çözümsüz çelişkilerin bulunması kaçınılmazdır (WJ 284).

Kelsen'in sosyal normatiflik kavramını kullandığı varsayımında, tüm bunlara akıl ermemektedir. Ancak, Kelsen'in gerekçeli normatifliği tercih ettiğinin kabul edilmesiyle, bir nebze inandırıcılık kazanır. Bu durumda, Kelsen'in aşağıda yer alan iddialarını takdir etmek mümkündür: (1) bir birey için herhangi bir şeyin norm olduğunu onaylamak, adil olduğunu kabul etmektir; (2) bir bireyin bakış açısına göre, (kendisinin) sahip olduğu tüm ahlaki inançlar normatif bir sistem oluşturur; (3) aynı bakış açısına göre geçerlilik kazanan tüm normlar, tutarlı olmalıdır. Zira, bir kişinin inancının normatif yorumu, psikolojik değil rasyonel bir teşebbüs olup, benimsediği bakış açısının onu hangi yöne sevkettiğini aydınlatmaya yöneliktir.

Bu analizin daha şaşırtıcı sonucu, normatif sistemler kavramının önemini yitirmesidir. En önemli kavram, bakış açısıdır. Her bakış açısına göre tek bir normatif sistem ve dolayısıyla tek bir temel norm olduğu mantıken doğrudur. Kendi ülkesinin hukuk kurallarının adaletli olduğunu kabul eden ancak hukuk dışı başka değerleri de benimseyen bir kişi, sadece bir tane normatif sistemi kabul etmektedir. Ülkesindeki hukuk kuralları bu sistemin bir parçasıdır, hatta (onun) toplam normatif sistemi içinde bir alt sistem olarak görülebilir. Bir bakış açısına göre geçerli kılınan tüm normların, tek bir temel norma göre tek bir sistem oluşturduğunu söylemek, çatışmadıklarından çok daha fazlasını iddia etmek anlamına gelir. Bu durumda, hepsinin geçerliliklerini tek bir temel normdan aldıkları öne sürülmektedir. Kelsen tarafından açıkça iddia edilmek yerine, üstü örtülü biçimde farzedilmiştir. Yine de temel normun birden çok norm üzerinde geçerlilik sağlayabileceğini onaylamak, bunu, çok da önemli olmayan teknik bir meseleyle dönüştürmektedir³².

³² Yukarıda 14. dipnota bakınız.

7. Hukuki Bakış Açısı

Bu makalede şimdiye dek sadece bakış açısı kavramının belirli kişilere uygulanmasına, kişilerce benimsenen bakış açılarına değinilmiştir. Oysa çok daha karmaşık bakış açıları da mevcuttur. Bir bakış açısı, bir grup bireye veya bir halka -halkın aynı değerleri paylaştığı gerekçesiyle- atfedileceği gibi, salt varsayımsal nitelikte de olabilir. İkincisine örnek olarak, yalnızca kendi ülkesinin hukuk kurallarını geçerli sayan bireylerin, gerçekten varolduğu bilgisine dayanmaksızın, hangi normları benimsediği verilebilir. İşte varsayımsal nitelikteki bu bakış açısına, *hukuk adamının* bakış açısı denilebilir. Kelsen'in tercihi, hukuk biliminin bakış açısı kavramını kullanmaktır. 'Pozitif hukuk düzeninin temel normu, yani geçerliliğinin en büyük gerekçesi, pozitif hukuk biliminin bakış açısından görülmektedir'. (WJ 262). Kelsen, hukuk biliminin temel normu önceden varsaydığını, ama buna rağmen adil olması gibi bir kabulünün bulunmadığını belirtir.

Kelsen'e göre, kişisel bakış açısı ile bilimsel bakış açısı arasında önemli bir fark vardır. Kişisel bir bakış açısıyla geçerliliğine hükmedilen normlar, adil olarak benimsenenlerdir. Oysa hukuk kuramı değerden bağımsızdır; o yüzden, bu bakış açısıyla geçerli olduğu kabul edilen normlar, adil değildir. Herhangi bir birey, hukuku bazen kendi kişisel bakış açısından, bazen de hukuk biliminin bakış açısından değerlendirebilir. İkincisini benimseyince 'bir anarşist bile, bir hukuk profesörü olsaydı, pozitif hukuku, bunu onaylaması gerekmeksizin, geçerli bir normlar sistemi olarak tanımlayabilirdi.' (PTL 218n.) Ancak aynı anarşist, kendi kişisel bakış açısıyla hukukun geçerliliğini reddedecektir. Bu durumda hukuk biliminin bakış açısının doğası nedir? Hukuk bilimi nasıl bir yandan değerden bağımsızken, diğer yandan hukukun Kelsen'in kullandığı anlamda (gerekçeli normatiflik anlamında) normatif olduğu yargısını taşıyabilir? Bir görüşe göre hukuk kuramı, hukuk sisteminin varlığını, kapsamına aldığı insanların kişisel bakış açısıyla benimsemesine bağlamakta ve hukuku da bu bakış açısıyla tanımlamaktadır. Kelsen, bu yorumu reddetmektedir:

"Temel norm öğretisi, bazen yanlış anlaşıldığı gibi bir tanıma öğretisi değildir. Tanıma öğretilerine göre pozitif hukuk yalnızca, muhatabı olanlar tarafından tanınırsa geçerlidir; hukukun geçerlilik koşulu, uygulandığı kişilerin pozitif hukuk normlarına göre davranmaları gerektiğini

düşünceleridir. Bu tanımın gerçekten meydana geldiği, kanıtlanamaması halinde ise örtülü bir tanımın gerçekleştiği varsayılmaktadır. (PTL 218n)."

Saf Hukuk Kuramı, halkın hukuka ilişkin herhangi bir tutumunun bulunduğunu varsaymamakta veya iddia etmemektedir. Bir hukuk sistemi etkiliyse mevcuttur ve bu, ahlaken adil olduğunun onaylanmasını gerektirmez.

Alternatif bir yoruma göre, hukuk bilimi, halkın bakış açısı yerine varsayımsal hukuk adamınınkini, yani hukuk normlarını kişisel bakış açısıyla benimseyen birine ait olanı tanımlamaktadır. Bunu yaparken de, bu tip bir kişinin gerçekten var olduğunu farzetmemektedir. Böyle bir yorum, aşağıdaki gibi çok sayıda paragrafla desteklenmektedir:

"Saf Hukuk Kuramı, pozitif hukuku objektif bakımdan geçerli normatif bir düzen olarak tanımlamaktadır ve bu yorumun ancak bir temel normun önceden varsayılması koşulu altında mümkün olduğunu belirtmektedir...Dolayısıyla Saf Kuram, bu yorumu zorunlu değilse bile olasılık dahilinde görmekte ve pozitif hukukun objektif geçerliliğini sadece koşula bağlı -yani varsayımsal temel norm koşulu- olarak sunmaktadır (PTL 217-218)."

Bu yorum, Kelsen'in öğretilerine yaklaşmakta ancak açmazlarından kurtulamamaktadır. Buna göre, Saf Hukuk Kuramı herhangi bir bakış açısını benimsememekte, herhangi bir temel normu önceden varsaymamaktadır. Yalnızca hukuk adamının bakış açısını ve benimsediği temel normu tanımlamaktadır. Kelsen, hukuk biliminin bir bakış açısı olduğunu kabul eder ve temel normu önceden varsayarken hatalı mıdır? Bu terimleri, hukuk bilimine uygulandığından tamamen farklı bir anlamda mı kullanmaktadır? Kelsen'in kendisi bile, böyle önemli bir sorun karşısındaki tutumundan emin değildir, bazen tereddüte düşmektedir³³. Güçlüğün nedeni, hukukla ilgili konuşan hukukçuların ele aldığı hukuk bilimi ile hukuku *kullanan* avukat ve yargıçların eylemlerini ayırt etmemesidir. İkisini de aynı isimle, hukuki bilmiş başlığı altında değerlendirmektedir. Şunu öne sürmek ister:

³³ PTL 278n.'deki anarşist değerlendirmesini, aynı problemi önceki ve sonraki yayınlardaki irdeleyişiyle karşılaştırınız. Ayrıca Saf Kuramın temel normu varsayıp varsaymadığı sorusuna ilişkin açık tartışmasına PTL 204n'de bakınız.

"Saf Hukuk Kuramı, temel norm kuramını önermekle, yeni bir hukuki biliş metodunun açılışını yapmamaktadır. Yalnızca çoğu *hukuk bilimcininin*, en azından bilinçsizce, yaptığını bilinçli şekilde gerçekleştirmekte; bahsi geçen olguları nedensel olarak belirlenmiş gibi yorumlamak yerine, subjektif anlamlarını objektif bakımdan geçerli normlar gibi yorumlamayı seçmektedir....Temel norm kuramı, sadece pozitivist bir hukuk *biliminin* her zaman uyguladığı prosedürün analizinin bir sonucudur (PTL 204-5)."

Buna rağmen, Kelsen sadece hukuk bilimcilerle değil uygulamadaki hukukçularla ilgili de benzer bir iddiada bulunmaktadır. Aşağıdaki paragraf, hukuk profesörleri kadar avukatlara da uymaktadır:

"Temel normun hukuki bilinçte gerçekten varolması, gerçek hukuki ifadelerin basit bir analizinin sonucudur. Temel norm şu sorunun cevabıdır: Tüm bu hukuki ifadeler nasıl -yani hangi koşullar altında - hukuki normlar, ödevler, haklar ve diğerleriyle ilgilidir? (CT 116-17.)"

Belki de hukuk bilimcilerin herhangi bir bakış açısını benimsemediği iddia edilebilir; hukukun geçerli olduğunu kabul etmemekte ancak sadece bir başkasının, örneğin hukuk adamının, bakış açısıyla neyin geçerli sayıldığını betimlemektedirler. Oysa uygulamadaki hukukçular, bir başkasının neyi geçerli saydığını tasvir etmek yerine, kendileri hukukun geçerli olduğunu düşünmektedir. Ayrıca geçerli oluşuna atıfta bulunmakta ve bunu belirli davalara uygulamaktadırlar. Kısacası, bir başkasının bakış açısını sadece tanımlamakla kalmayıp, kendileri de birini benimsemektedirler. Profesyonelce davranırken, kişisel bakış açılarını ifade etmelerine gerek yoktur. Bir anarşist yalnızca bir hukuk öğretmeni değil, avukat da olabilir. Avukat olarak profesyonel bir bakış açısını benimsemekte ve ifade etmektedir. Kelsen'in deyimiyle bu, hukuk biliminin bakış açısıdır; kişiyi taahhüt altına sokmamakta ve onu, hukukun adil olması gibi bir bakış açısıyla bağlamamaktadır.

Kelsen için uygulamadaki hukukçu gibi hukuk bilimcisi de, sadece bir bakış açısını betimlemekle kalmayıp, gerçekten bir tanesini benimsemektedir. Hukuk bilimi, hukuk kurallarının geçerli olduğunu kabul eder ve dolayısıyla temel normu önceden varsayar. Hukuk biliminin bakış açısı, hukuk adamının bakış açısıdır. Bu, sadece yakıştırılmamakta, gerçekten ve hatta özel bir anlamda benimsenmektedir.

Eğer bir kişi sahiden hukuk adamının bakış açısını benimseydi, hukuku kendi kişisel ahlakıymış ve yıldırıcı olduğunu kabul ettiği tüm normları adilmişçesine kabul ederdi. Hukuk bilimi, hukuk adamının bakış açısını bu anlamda kabul etmemekte, hukukun adil olmasıyla ilgili taahhütte bulunmamaktadır. Bu bakış açısını, 'benimseme'nin özel bir anlamıyla benimsemektedir. Sözü edilen, bağlayıcı olmayan ve profesyonel benimsemedir. Hukuk bilimi temel normu kişilerin yaptığı gibi değil -örneğin adil olduğunu kabul ederek-, bu profesyonel ve bağımsız anlamıyla önceden varsaymaktadır.

Sonuç

Kelsen'in normatifliğe ve temel norma ilişkin kuramının analizi, önemli savlarından bazılarını açıklık getirmektedir. Hukuk bilimince önceden varsayılan temel normun, ilk anayasayı, tanrı veya doğa gibi hukuki olmayan herhangi bir otoriteye başvurmaksızın nasıl yetkilendirdiğini ortaya koymaktadır. İşin doğrusu, bireylerin bu normu, kişisel bakış açılarından kendi temel normları gibi benimsemeleri pek mümkün görünmemektedir. Temel normları olarak tanrıya, doğaya veya bazı başka ahlaki normlara başvurmaları olasıdır. Ancak bu bakış açısı, hukuk bilimine ait özgün yaklaşımdan oldukça farklıdır. İkincisi, benimseme kavramının profesyonel ve özel anlamını yani hukuk adamının bakış açısını işaret etmektedir. Zira hukuk bilimi, bir bilim olarak sadece pozitif hukuku konu edinmekte ve temel normu önceden varsaymaktadır.

Mevcut analizde, Kelsen'in hukuk ve ahlak ilişkisine dair tutumu, kuramının geri kalanınca zorunlu kılınmış gibi görünmektedir:

"Pozitif hukuk ile ahlakın, iki farklı ve karşılıklı bağımsız normlar sistem olduğu iddia edildiğinde, bu sadece, hukukçunun neyin hukuksal olduğuna karar verirken ahlaki değerlendirmeye almaması ve ahlakçının neyin ahlaki olduğunu kararlaştırırken pozitif hukukun buyruklarına kulak asmaması anlamına gelir. Pozitif hukuk ve ahlak, iki farklı ve karşılıklı şekilde bağımsız normlar sistemi olarak kabul edilebilir, çünkü aynı bakış açısıyla aynı anda geçerli oldukları düşünülmemektedir (WJ 284)³⁴."

³⁴ GT 374- 490'la da karşılaştırınız.

Kelsen burada, hukuk ve ahlak bilginlerinin profesyonel bakış açılarını tartışmaktadır. Hukuksal bir düzenin ahlaki kurallar içerebileceğine ya da ahlakın hukuku barındırabileceğine ve bunu ahlaken geçerli sayabileceğine karşı çıkmamaktadır. Bir kişinin, kendi bakış açısıyla hem hukuki hem de hukuki olmayan normları geçerli görebileceğini de yadsımamaktadır. Bunların tamamı, o kişinin kendi bakış açısına dayanan normatif sisteminin bir parçasını şekillendirecektir. Bununla beraber, nasıl etik kuramların bakış açısına göre sadece ahlaki normlar geçerliyse, hukuk biliminin bakış açısıyla da salt hukuk geçerlidir.

Kelsen'in tek bir bakış açısıyla sadece bir normatif sistem ve bir temel norm bulunabileceğine ilişkin ısrarı, normatiflik kuramının neden her hukuk sisteminde yalnızca bir temel normu zorunlu kıldığını da açıklamaktadır. Temel normlar, sadece hukukun normatifliğini açıklamak için gereklidir. Yoksa kişiyi, bir sistemde farklı temel normlar bulunduğunu farzetmekten alıkoyacak herhangi bir şey yoktur. Örneğin bir temel norm ceza hukukuna, bir başkası mülkiyet hukukuna normatiflik kazandırabilir. Ancak Kelsen'in kuramına göre bu, hukuk sisteminin değerlendirildiği tek bir bakış açısının değil, her biri, temel normların hepsine denk gelen çok sayıda bakış açısının bulunduğu anlamına gelecektir.

Dahası, bakış açılarının birliğine ilişkin Kelsen'ci önermeye göre, bir genel hukuk bilimi bulunduğu için, tüm hukuklar tek bir hukuk sistemi oluşturmaktadır. Kelsen'in ulusal ve uluslararası hukukun birliği savının temel nedeni, normatiflik kuramıdır. Bir bakış açısına göre geçerli olan tüm normlar, normatif bir sistem oluşturmaktadır. Buradan hareketle, hem ulusal hem de uluslararası hukukun tek bir hukuk biliminin bakış açısıyla geçerli sayıldığı ve aynı sistemin parçaları oldukları sonucuna ulaşılır. Geriye, bunların nasıl böyle anlaşılması gerektiğini açıklamak kalır. 'Ulusal ve uluslararası hukukun birliği, epistemolojik bir önermedir. *Her ikisini de geçerli norm dizileri olarak kabul eden bir hukukçu, bunları uyumlu bir sistemin parçaları olarak kavramaya çalışmalıdır.*' (CT 373.) 'Ulusal ve uluslararası hukukun pozitif hukuklar olduğu bir kez kabul edilince, her ikisinin de *eş zamanlı olarak aynı hukuki bakış açısıyla geçerli olması gerektiği* açıktır. Bu nedenle, aynı sisteme ait olmalıdırlar.' (WJ 284.) 'Eğer *eş zamanlı* biçimde geçerli sayılan her iki sistem de bağlayıcı normlar

buyurursa, ikisini tek bir sistem gibi algılamak kaçınılmazdır.’ (PTL 332 vurguyu Raz eklemiştir.)

Kelsen’in temel norm kuramının hukukun normatifliğini inşa etme işleviyle incelenmesi, doğal hukuk kuramlarını reddetse bile ısrarla doğal hukuktaki normatifik kavramını, yani gerekçeli normatifliği kullandığı iddiasına dayanmaktadır. Kelsen hukuk biliminin değerden arınımış olduğunu, özel bir bakış açısını yani hukuk adamınınkini ileri sürerek ve hukuk biliminin bu bakış açısını benimsediğini iddia ederek sağlamaktadır; ki bu bakış açısı, temel normu özel, profesyonel ve bağımsız anlamıyla önceden varsaymaktadır. Bu, Kelsen’in kuramının özüdür. Buna, bir bakış açısıyla geçerli kılınan tüm normların tutarlı bir sistem olarak değerlendirilmesi gerektiğini de eklemektedir. Sonuncu tezin eleştirilmesi ve reddedilmesi mümkün ve hatta zorunludur. Çünkü bir kişinin kabul ettiği farklı değerler arasındaki ilişkilerin çarpıtılmış bir görünümüne ve hukuk sistemi kavramında tahribata yol açmaktadır. Ancak burası, Kelsen’in kişisel ahlak yaklaşımının yetersizliğini incelemenin yeri değildir. Kelsen’in hukuk sistemi kavramını açıklarken düştüğü hata, bir başka metinde ele alınmıştır³⁵. Yine de, Kelsen’in normatif sistem ve normatif bakış açısı saptamasını reddederken, onun normatifik kuramının diğer temel ilkelerini ve temel normu muhafaza etmenin mümkün olduğunu hatırlamak önemlidir.

Kanaatimce Kelsen’in kuramı, gerekçeli normatifik kavramına dayanan mevcut en iyi pozitif hukuk kuramıdır. Kusuru, bağımsız ve yanlış olan diğer öğretilerle ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca, söylemin doğasını hukuk adamının bakış açısına göre açıklama kapasitesine sahip semantik bir öğreti veya söylem öğretisi tarafından desteklenmediği için noksanıdır.

³⁵ Cf. yukarıda kısım 2 ve Hart: ‘Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law’, op. cit.

