

KELSEN VE ULUSLARARASI HUKUK

Prof. Dr. Francisco Pignatelli

Çeviren: Ar. Gör. Gül Pınar Çelikkaya

ÇEVİRİ

Bu makale, Kelsen'in 1934 yılında

Yeni York'ta yayımlanan "The Philosophy of Law" adlı kitabının

ikiinci bölümünde yer almaktadır.

Çeviri, Prof. Dr. Pignatelli'nin

özetiyle hazırlanmıştır.

Makale, Prof. Dr. Pignatelli'nin

özetiyle hazırlanmıştır.

Çeviri, Prof. Dr. Pignatelli'nin

özetiyle hazırlanmıştır.

Çeviri, Prof. Dr. Pignatelli'nin

özetiyle hazırlanmıştır.

Çeviri, Prof. Dr. Pignatelli'nin

özetiyle hazırlanmıştır.

Çeviri, Prof. Dr. Pignatelli'nin

özetiyle hazırlanmıştır.

Çeviri, Prof. Dr. Pignatelli'nin

özetiyle hazırlanmıştır.

Çeviri, Prof. Dr. Pignatelli'nin

özetiyle hazırlanmıştır.

Çeviri, Prof. Dr. Pignatelli'nin

özetiyle hazırlanmıştır.

Çeviri, Prof. Dr. Pignatelli'nin

özetiyle hazırlanmıştır.

Çeviri, Prof. Dr. Pignatelli'nin

özetiyle hazırlanmıştır.

KELSEN VE ULUSLARARASI HUKUK *

Prof. Dr. François Rigaux **

Çeviren: Ar. Gör. Elif Başkaracaoğlu ***

Kelsen ve uluslararası hukuk üzerine düşünme, üçlü bir meydan okumaya davet ettiği ölçüde kışkırtıcıdır. Birinci meydan okuma, bu yazarın, anayasa hukukunun güçlü nüfuzunu daima koruyarak, bu alandan uluslararası hukuk kuramına¹ çok erken geçmiş olmasıdır. İkincisi, hukuk çevresinde uluslararası hukukun kritik konumunun tüm hukuk kuramının denektaşı olmasıdır; üstelik Kelsen'in düşünüşünün mantıksal çizgisi bu konunun spesifik özellikleri ile uyumlu değildir (ve işte bu da üçüncü

* Bu makale "Kelsen et le Droit International" başlığı ile Revue Belge de Droit International (Editions Bruylant, Bruxelles), 1996/2, s. 380-408'de yayınlanmış olup, dergi müdürü Prof. Dr. Olivier Corten'in izni ile Türkçe'ye çevrilmiştir. Fransızca metinde, İngilizce ve Almanca alıntılar bulunmaktadır. Söz konusu alıntılar korunarak çevirileri parantez içinde verilmiştir. Makalede yer alan Almanca alıntılar gerekli görüldüğü oranda Türkçe'ye İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araş. Gör. Sayın Ali Emre ZEYBEKOĞLU tarafından çevrilmiştir. İngilizce alıntılar ise tarafımdan çevrilmiş olup, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Yard. Doç. Dr. Sayın Dolunay ÖZBEK tarafından düzeltilmiştir. Fransızca metnin çevirisinin düzeltmeleri ise Galatasaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Araş. Gör. Sayın Tolga BİLENER tarafından yapılmıştır. Kendilerine teşekkür etmek isterim.

** Louvain Katolik Üniversitesinden Emekli Profesör.

*** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Uluslararası hukuk «kuramı» kavramı üzerinde ısrar etmek gerekir. Gerçekten de, Kelsen, ancak 1930 yılından itibaren (Köln Üniversitesi'nde) pozitif uluslararası hukuk dersi vermiştir. Birbirini izleyen sürgünlerin sonunda, 1933'den 1940'a kadar Cenevre Uluslararası Yüksek Öğrenim Enstitüsü'nde (Institut des Hautes Etudes Internationales de Genève) ve sonrasında farklı Amerikan üniversitelerinde verdiği dersler, onu kaçınılmaz olarak anayasa hukuku sorunlarından uzaklaştırmıştır.

meydan okumadır). Uluslararası hukuk, biraz federal birliklerin kurulduğu biçimde, tüm diğer hukuk düzenlerini kapsayan evrensel hukuk düzeninin – kuşkusuz tamamlanmamış, fakat oluşum halindeki- bir modelini sunarmış gibi görünmüştür. Kelsen'in tek isteği, tüm hukukî sistemleri, günümüz fiziğinin ifadesine göre² «grand unified theory» (büyük birleşik kuram)'in* - ki bu kuramla büyük benzerliği olacaktı³- içinde tutmaktı.

I.- «Das Problem Der Souveränität»

(Egemenlik Sorunu)

Kelsen, Birinci Dünya Savaşı sırasında yazdığı ve 1920'de yayımladığı bir kitabında, önemli eserini haber verirken, anayasa hukuku ile uluslararası hukuk arasında ilişki kurar. Bu yapının *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (Egemenlik Sorunu ve Uluslararası Hukuk Kuramı)*⁴ olan başlığını, bir alt başlık izler: *Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (Saf Hukuk Kuramına İlişkin Makale)*⁵. Uluslararası Hukuk Akademisi'nde Kelsen tarafından verilen ilk üç ders⁶ büyük ölçüde bu yapıtın esinlenmiştir, fakat onun içerdiği atıflardan yoksundur.

² Richard FEYNMAN, *Lumière et matière*. Amerikan İngilizcesinden F. BALIBAR ve A. LAVERNE tarafından çevrilmiş olan *Une étrange histoire* (Inter Edition, Paris, 1987), s. 16; Stephen W. HAWKING, *A Brief History of Time. From the Big Bang to Black Holes* (Bantam Books, 1988), s. 74, s. 176 (Ç.N. Zamanın Kısa Tarihi Büyük Patlama'dan Karadeliklere, Çevirenler (çev.): Sabit Say, Murat Uyaz, İstanbul, Doğan Kitapçılık, 3. Baskı, 2002).

* Ç.N. Kuantumlu alan kuramları içerisinde *Büyük Birleşik Kuram*, elektrozayıf (elektromanyetik ve zayıf çekirdek kuvvetlerinin özdeşleştirilmesi) ve şiddetli çekirdek kuvvetlerini özdeşleştirmeye çabalar. (*Fizikte Birleştirme Kuramları*, Çevrimiçi: <http://www.biltek.tubitak.gov.tr/bdergi/poster/icerik/buyukbirlestirme.pdf> 18.02.2006). Fizikçiler son yıllarda "kütleçekiminin kuantum kuramı"nın peşindedirler. Doğanın dört temel kuvvetini yani kütleçekim kuvvetini, elektromanyetik kuvveti, şiddetli ve zayıf çekirdek kuvvetlerini özdeşleştirmeyi amaçlamaktadırlar. Kütleçekimi kuvveti, Albert Einstein'in genel görelilik kuramı ile açıklanırken, diğer üç kuvvet kuantum mekaniği kuramları ile betimlenmektedir. Büyük birleşik kuramda bu iki kuram birleştirilmeye çalışılmaktadır. (R. Matthews, "Büyük Birleşik Kuramın Sınavı", çev.: Raşit Gürdilek, *Bilim ve Teknik*, Sayı: 378, Mayıs 1999, s. 58-59; C. Cooper, "Dört Temel Kuvvet", çev.: İlhami Buğdaycı, *Bilim ve Teknik*, Sayı: 377, Nisan 1999, s. 48-49.)

³ Örneğin, bakınız (bkz.) Max Planck'ın fiziğine gönderme, KELSEN (1968), § 44, s. 451; KELSEN (1943), s. 249-266.

⁴ Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920.

⁵ 1934 tarihli *Reine Rechtslehre*'in ilk baskısı.

⁶ "Les rapports de système entre le droit et le droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 13 (1926-IV), 231-331.

Das Problem der Souveränität'ın çıkış noktası, uluslararası hukukun hukukî doğasının XIX. yüzyıl Alman öğretisinde yaratıldığı başka yerde eşi benzeri olmayan yoğunluktaki bilimsel tartışmalardır. Kelsen bu alanda çekişen farklı kuramlar karşısında çok eleştireldir. Sadece, bugüne kadar bu yüzyılın en ünlü Alman hukukçusu olarak kalmış olan Triepel'in düalizmine⁷ saldırmakla kalmamış; Hegel'in⁸ etkisi altında, uluslararası hukukun gerçek doğasını yıkıcı bir monizm çeşidini⁹ göz önünde bulundurarak karar vermiş yazarlara da saldırmıştır. Söz konusu olan, iç hukukun üstünlüğünün kabul edildiği bir monizmdir. Bu okula göre, iç hukukun bir alt bölümünden (*äusseres Staatsrecht*)¹⁰ daha fazla bir şey olmayan uluslararası hukuk, bağlayıcı gücünü, Devletlerin aynı doğrultudaki iradelelerinden alır, hatta ulusların bir «ortak hukuku» (*common law*) olarak tasarlanmıştır: *Völkerrecht als «gemeinsames Recht» («Ortak hukuk» olarak uluslararası hukuk)*¹¹.

Kelsen, Almanya'da, Avusturya-Macaristan'da ve 1918'den sonra Avusturya Cumhuriyeti'nde¹² güncel olan üç anayasa hukuku sorunuyla çok uğraşır. Öncelikle, 1871'de Alman İmparatorluğu'nun kuruluşundan itibaren incelenmiş olan Federal Devletin doğası, ardından, her bir Devletin kendi vatandaşlarına temel haklardan yararlanma güvencesi verme ödevi ve nihayet, anayasaya borçlu olunan riayeti sağlamaya elverişli araçlar üzerine kafa yorar.

Egemenlik Kavramının Bertaraf Edilmesi

İlk konu, doğrudan egemenlik sorununa bağlıdır: Federe Devletler bir egemenlik biçimini kullanır mı veya Federal Devlet bunun tek yasal sahibi midir?¹³ Kelsen'e göre egemenlik bölünmez ve federe birim federal iktidarın tüm müdahalesine karşı korunmuş bir yetkiyi kullandığında dahi, bu yetki federal Devletin egemenliğine dayanmıştır. Federe Devlet kendi yetkilerini kullanırken kesinlikle özerk değildir; zira bu yetkiler, 1920'deki yapısında tamamen yok olmayan ve sonraki yazılarının *Grundnorm*'unu

⁷ Heinrich TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig, Verlag von C.L. Hirschfeld, 1899).

⁸ KELSEN (1920), s. 154. Hegel eleştirisine Spinoza'yı da dahil eder.

⁹ KELSEN (1920)'deki 45. paragraf şu başlığı taşır: *Die Leugnung des Völkerrechts (Uluslararası Hukukun Reddi)*.

¹⁰ KELSEN (1920), § 37.

¹¹ KELSEN (1920), § 42.

¹² Kelsen'in Avusturya'nın ilk cumhuriyetçi Anayasası'nın kaleme alınmasına etkin olarak katıldığı bilinir. Bu alanda, birçok yayın yapmıştır.

¹³ KELSEN (1920), s. 59 ve devamı.

(temel norm) haber veren bir ifade¹⁴ olan «ilk kurucu norma» (*begründende Ursprungsnorm*)¹⁵ bağlıdırlar.

Kelsen, ulusal kamu hukukunda veya uluslararası hukukta egemenlik kavramını reddeder. Bir yandan, «Devlet, derin özü gereğince, bir düzen (*ordonnancement*) (*Ordnung*) olduğundan, kendisi sınır ve sınırlandırmadır. Sınırsız ve sınır kabul etmeyen bir Devlet, düzensiz bir düzen (*ordnungslose Ordnung*), sınırsız bir sınırlandırma olacaktır»¹⁶. Fakat, egemenlik kavramı, Devletin uluslararası koşulu ile, yani «uluslararası hukukun (*Völkerrecht*) her biçiminin önceden varsayılanı (*présupposé*) -aynı haklara sahip, eşit sıradaki Devletler çokluğunun birlikte varolması gibi- ile»¹⁷ daha fazla uyuşmaz. «Bir Devletin egemenliği diğer hiçbir Devletinkiyle bağdaşmaz»¹⁸.

Sonu konfederasyondansa federasyona varan tarihsel gelişim, federe birimler ile federal veya konfederal birim arasındaki ilişkileri tanımlamak için uygun değildir. Hiçbir argümanın tamamen olgusal bir süreçten çıkması mümkün değildir. Federal paktın akdedilmesinden önce Devletlerin her birinin egemen olmasından, başlangıçtaki egemenliklerinin bir parçacığını ellerinde tuttukları sonucuna varılması imkânsızdır.¹⁹ *Staatenbund* (Devletler birliği) ile bir *Bundesstaat* (federal Devlet) arasında ayrımın bulunmaması ve araç olarak, birincinin bir andlaşmaya veya bir sözleşmeye (*Vertrag*), ikincinin bir anayasaya (*Verfassung*) sahip olmasının²⁰ uygun olmayışı bundan ileri gelmektedir.

¹⁴ Kelsen (1920)'de en fazla kullanılan, *Ursprungsnorm* (kök norm) terimidir. Örneğin bkz. *begründende Ursprungsnorm* (kurucu kök norm) (s. 93). *Ursprungsnorm, grundlegenden Hypothese* (temelde mevcut olan varsayım) işlevine sahiptir. Fakat, bu bir hukuk kuralı (*Rechtsnorm*) değildir: Kelsen (1920), § 8. Daha sonraki yapıtlarında üstün gelen *Grundnorm* terimi yer yer görünür (1920, s. 105). Halen belirsiz bir terminolojinin örnekleri olarak: normun hukuk dışı doğasına karşı olan terim *Ursprungsrechtssatz* (kökensel hukukî önerme) (s. 27); aynı zamanda bkz. *oberste Grundsatz* (en üstün ilke) (s. 214), *grundlegende Norm* (temellendirici norm) (s. 222). (Ç.N. Asıl metinde 15 numaralı dipnottur.)

¹⁵ KELSEN (1920), s. 64, s. 93. (Ç.N. Asıl metinde 14 numaralı dipnottur.)

¹⁶ KELSEN (1920), s. 43-44.

¹⁷ KELSEN (1920), s. 187.

¹⁸ KELSEN (1920), s. 188, s. 320, (1926), s. 260-261, s. 326.

¹⁹ KELSEN (1920), s. 59.

²⁰ KELSEN (1920), § 58, s. 280-287. İki kaynak arasındaki farklılık «kabul edilebilir mantıksal-sistemik anlamdan» (*keine zulassige logisch-systematische Bedeutung*, s. 286) yoksundur. Şüphesiz, uluslararası hukuk federal Devleti Konfederasyondan ayırt eder. Şöyle ki, bir Konfederasyonun üyesi olan her bir Devlet, uluslararası hukukun süjesidir. Bu durum, bir federal Devleti oluşturan birimlerde (*states* veya *Länder*) söz ko-

Varsayımsal temel normun, global sistemi örgütleyen federal veya uluslararası araç bakımından aranması gereklidir. Bu gözlem, uluslararası hukuk için de geçerlidir: Önceden var olan Devletleri, uluslararası bir topluluğun bağları içine sokan tarihsel süreç uygun değildir. Kelsen'e göre, Spinoza'nın devraldığı Hobbes'un görüşünün aksine, temel doğa durumu yoktur.

Kelsen tarafından 1920 tarihli yapıtında da kullanılmış olan *Ursprungsnorm* kavramının bir ilk evreye, geçmişe gömülmüş bir başlangıca başvurmuş gibi görüldüğü gerçektir. Üstelik, «temel normun» bir hukuk kuralı olmayıp bir önceden varsayılan (un *présupposé*), bir varsayım (une *hypotèse*) olmasına rağmen; Kelsen bazen bunun açıklaması olarak hukukî bir normu gösterir. Örneğin zorba bir Devlette Monark'ın iradesine uymak yükümlülüğü: *Verhalte dich so, wie der Monarch befiehlt*²¹ (Monarkın emrettiği gibi davran). Uluslararası hukukta, *Ursprungsnorm* örneği olarak önerilen *Pacta sunt servanda* (anlaşmalara uyulmalıdır) kuralıdır.²² Bununla birlikte, Kelsen, sonraki yazılarında, *Pacta* kuralını uluslararası teamül hukukunun başlıca ilkelerinden biri statüsüne indirgemek için, onu temel norm görevinden çıkartır.

Uluslararası hukukun temel normu, teamülün fiilî durumunu hukukun yaratıcısı bir eylem olarak gösteren normdur...²³

The basic norm of international law, therefore, must be a norm which countenances custom as a norm-creating fact, and might be formulated as follows: The states ought to behave as they have customarily behaved²⁴.

nusu değildir. Fakat, gelecekte değişebilecek olan pozitif hukukun böyle bir çözümü, hukuk bilimi açısından uygun değildir.

21 KELSEN (1920), s. 102.

22 KELSEN (1920), s. 217, s. 262, s. 284.

23 KELSEN (1932), s. 13; KELSEN (1939 a), s. 43; ayrıca bkz: (1953) s. 123; (1962), § 43 c.

24 KELSEN (1952), s. 417-418. Ayrıca bkz: KELSEN (1932), s. 279. *Théorie pure* adlı eserinin dipnotunda, Kelsen şunları yazar: «Bugün, birçok yazar tarafından desteklenen - ve benim de başlangıçta kabul etmiş olduğum kuramı, ki buna göre uluslararası hukukun temeli *pacta sunt servanda* normu olacaktı, reddediyorum. Çünkü, bu kuram, sadece, Devletlerin teamülünün örtük bir andlaşma, yani bir sözleşme, olacağı kurgusunun (fiction) yardımıyla, sürdürülebilir.»; KELSEN (1962), § 34 h, s. 292, not. 3. Ayrıca bkz. KELSEN (1962), § 42 c, s. 424-425 «uluslararası hukukun hiyerarşik piramidi» üzerine (*Der stufenbau des Völkerrechts*, 1960, s. 324). Uluslararası hukukta üç derece veya seviye (*stufe*) vardır. Üçüncü seviye, uluslararası mahkemelerce veya andlaşmalar yoluyla kurulmuş

(Bundan dolayı, uluslararası hukukun temel normunun, temel, norm yaratan bir durum olarak destekleyen bir norm olması gerekir ve aşağıdaki gibi ifade edilebilir: Devletler teamülen davrandıkları gibi davranmak zorundadırlar.)

Vatandaşlarının Temel Hakları Karşısında Devlet

Bu, bir anayasa hukuku sorunu olmakla birlikte, aynı zamanda uluslararası hukuk kuramı ile de ilişkili bir sorundur. Devlet gücünün adamaklı içine işlediği XIX. yüzyıl Alman öğretisi, temel hakların, Devlet organlarının her türlü denetiminden kurtarılmış olması fikrini pek de iyi karşılamıyordu. Georg Jellinek, Devletin kendi kendini sınırlandırması (*Selbstbeschränkung*) kuramı ile ünlenmiştir²⁵. Hiçbir devlet, Amerikan kolonilerinin Bağımsızlık Bildirisinin Başlangıç kısmı ile İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin Başlangıç kısmında teyid edilen temel doğal hukuk ilkeleri ile bağlanmamıştır. Devlet, hukukî düzen veya hukuk devleti (*Rechtsstaat*) niteliği ile, vatandaşlarına kendi amaçlarına hizmet edebileceği düşünülen temel hakları verir. Devletin yetkilerine getirilmiş sınırlamanın “eğeri” (*Ob -olup olmaması-*) onun sonsuz erkenden kurtulmuştur, fakat “nasıl” (*Wie*) için bu söz konusu değildir.²⁶ Jellinek, Devletin, diğer Devletlerle ilişkilerinde, kendi kendine dayattığı (*Selbstverpflichtung -kendi kendini yükümlülük altına sokma-*) yükümlülüklerle benzer bir usavurma uygular.

Her iki çözüm de, hem doğal hukuk-pozitif hukuk düalizmi hem de Jellinek'in kurtuluş yolu, Kelsen'in öğretisinin esaslı unsurlarından biri olan Devletin ve hukukun özdeşleştirilmesi²⁷ ile

uluslararası örgütlerce yaratılmış normları içerir (türetilmiş/ikincil andlaşma hukuku), ikinci seviye «sadece kısmi topluluklar kuran» uluslararası andlaşmalarla meşgul olur. Her iki seviyedekiler de, genel uluslararası hukukun, teamülî nitelikteki ve *Pacta* kuralının en önemli normlarından biri olduğu bir kaideye (birinci seviye) dayanırlar. Bu normun, pozitif hukukun «nispeten en yüksek tabakasına» ait olarak, temel normun varsayımsal işlevini yerine getirmesi mümkün değildir. «Uluslararası hukukun varsayılan temel normu, Devletlerin karşılıklı tutumuyla kurulmuş olan teamülü, bir hukuk yaratma şekli haline getiren bir normdur» (s. 425). Dinamik ilke ile statik ilke arasındaki fark hakkında ayrıca bkz. §34 b, s. 258-261.

²⁵ JELLINEK, *Allgemeine Staatsrechtslehre* (Berlin, Häring, 2e Aufg., 1905), s. 357-358: *die Bindung des Staates an sein Recht*.

²⁶ JELLINEK (not 25), s. 477: *Nur das Wie, nicht das Ob der Rechtsordnung liegt in seiner Macht, in seiner faktischen wie in seiner rechtlichen*. (Onun fiilî ve hukukî kudretinde olan tek şey hukuk düzeninin varlığı sorunu değil, nasıllığı sorunudur.)

²⁷ KELSEN (1920), s. 9-15. Mutlak monarşi bile olsa, her Devletin bir hukukî düzen (*Rechtsornung*) olarak, bir *Rechtsstaat* olduğunu anlar (s. 26).

uyuşmaz. Fakat, anayasa hukuku alanında, Jellinek'in konumundan görüldüğü kadar uzak değildir. Vatandaş, sadece, Devletin hukukî düzeninin kendisine tanıdığı temel haklardan yararlanabilir.

Denn vom Standpunkt der objektiven Staatsordnung gibt es keine individuelle Freiheit. Die Rechtsordnung, die ihrem Wesen nach Bindung ist, ist mit individueller Freiheit begrifflich unvereinbar. ... Freiheit ist ein ausserrechtliches Phänomen [Phänomen]²⁸. (Objektif Devlet düzeni açısından bireysel özgürlük diye bir şey yoktur. Özü itibariyle bağlanma demek olan hukuk düzeni, kavramsal açıdan bireysel özgürlükle bağdaşmaz. Özgürlük, hukuk dışı bir görüngüdür.)

Bu bakımdan, Kelsen'in düşüncesi Austin'in hukuk felsefesiyle uyuşur²⁹.

Wer soll der Hüter der Verfassung sein?

(Anayasanın bekçisi kim olmalı?)

Kelsen'in düşüncesinin değişmez genel eğilimlerinden biri, yürütme erkini ve yasa koyucuyu anayasaya uymaya zorlamak için yetkili bir yargının erdemine olan güvenidir. Onun etkisiyle, Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun parçalanmasından doğan Avusturya Cumhuriyeti'nin Anayasası³⁰, Anayasa Mahkemesi'ni kurar. Bu, 1934'te biçimsel yasallık görünümüleriyle örtülen bir hükümet darbesi ile faaliyeti durdurulan bir mahkemedir³¹.

Bir Devletin demokratik olmayan karakterinin, *Rechtsstaat* statüsü üzerinde etkisi yoktur (s. 29). Kölelik, hukukî bir düzenle uyuşur (s. 45). *Selbstverpflichtung*'un eleştirisi KELSEN'in daha önceki bir yapıtında (1911 a) s. 395-412, özellikle s. 398- 401 ortaya çıkar.

28 KELSEN (1920), s. 247.

29 John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence determined* (1st. Ed., 1832), yeniden düzenlenmiş in *Lectures of Jurisprudence on the Philosophy of Positive Law* (5th ed. rev. and ed. by Robert CAMPBELL, London, J. Murray, 1885) vol. I, s. 267.

30 1 Kasım 1920 tarihli Anayasa'nın (BGBl, Nr 1) 139 ve 140. maddeleri, Verfassungsgerichtshof (Anayasa Mahkemesi) tarafından kararnamelerin (*Verordnungen*) ve yasaların (*Gesetze*) anayasaya uygunluk denetimini öngörüyordu.

31 1930'da, Hükümet, Verfassungsgerichtshof tarafından alınmış bir karara karşı koymak için, Mahkeme üyelerinin yaşam boyu vekilliğine son veren anayasal bir kuralı oylamaya sunar. 1920'den beri anayasal yargıç olan Kelsen, bir siyasal parti tarafından aday gösterilmeyi reddeder ve Almanya'ya göç etme kararı alır. 1934'te, Avusturya Anayasası, yasaya aykırı olarak kabul edilen normlar gereği daha radikal değişikliklere maruz

1928'de *Revue de droit public et de science politique*'de yayınlanmış bir makalede, Kelsen kanunların anayasaya uygunluğunun kazaî denetimi düşüncesine katılmasını uzun uzun gerekçelendirir. Bu, hukuku zorlama düzeni (*Zwangordnung*) olarak tanımlaması ile uyum içinde olan bir konumdur. Eğer anayasa hukuku ceza görmeksizin çiğnenebilmişse, o zaman hukukî niteliğinden yoksun kalmış olur. Birkaç yıl sonra, Viyana Üniversitesi'nden Köln Üniversitesi'ne geçmesinin ardından, Kelsen Almanya'da Carl Schmitt tarafından açılmış bir tartışmaya³² müdahil olacaktır. Schmitt anayasal monarkın «tarafsız bir erk», «anayasanın bekçisi» (*Hüter der Verfassung*) olduğu fikrini Benjamin Constant'tan ödünç aldığını beyan ettiği sırada, Kelsen, 1931'de, başlığında «anayasanın bekçisi» ifadesini soru cümlesi içine yerleştirdiği bir broşür yayınlar: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Cevap kategoriktir: Sadece bağımsız yargı böyle bir işlevi üstlenmeye uygundur. İki yazarın farklı seçim yapmalarının nedenlerinden biri, onların, karşısında anayasayı korumanın gerektiği aynı potansiyel saldırganla ilgilenmemeleridir. Bu saldırgan, Schmitt için, yasama erki, daha somut olarak bir partiler takımı arasında bölünmüş Reichstag; Kelsen için, yürütme erki, bu durumda, Weimar Anayasası'nın 48. maddesine uygun olarak kararnamelerle yönetme erkini daha önce kullanan Reichspräsident (Cumhurbaşkanı) von Hindenburg'dur. Her ikisinin yazdıkları kritik dönemde, yani Weimar'ın son yıllarında, Kelsen'in siyasal yargısı kuşkusuz daha sağlıklı ve önseziliydi. Cumhuriyetçi Devletin ortadan kaldırılması Schmitt'in ait olduğu muhafazakâr hukukçular sınıfının da, -ki Hitler'in iktidara gelmesinden sonra hükümdarlığın hukukçularına (*Kronjuristen*) dönüşeceklerdi-, amacı olmasına karşın; yıkımına yürütme erki sebep olur. 28 Şubat 1933'ten itibaren, yeni Şansölye, önce

kalır. Verfassungsgerichtshof iş göremeyecek duruma getirilmiştir ve aynı zamanda ülkenin adı değiştirilir *Republik Österreich* (Avusturya Cumhuriyeti) yerine *Bundesstaat Österreich* (Avusturya Federal Devleti). Almanya'daki siyasal değişim ile Avusturya'dakinin arasındaki paralellik şaşırtıcıdır. 1934'ten itibaren, Avusturya bir demokrasi olmayı bırakır ve Anschluss (Ç.N. Almanya'nın Avusturya'yı ilhâkı)'a karşı tüm kurumsal direniş imkansız hale gelir.

Özellikle bkz: Rudolf Aladár METALL, *Hans Kelsen, Leben und Werke* (Wien, Deuticke, 1969), s. 48-55; Hans SPANNER, "Die Entwicklung", *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung* içinde, herausgegeben von Herbert SCHAMBECK (Berlin, Dunker und Humbold, 1980) s. 33-55, s. 42-43.

³² Carl SCHMITT, "Der Hüter der Verfassung", 16 *Archiv des öffentlichen Rechts* (1929), 141-257; *Der Hüter der Verfassung*, Verlag von J.C.B. Mohr (P. Siebeck), Tübingen, 1931.

Devlet Başkanı'nın Anayasa'nın birçok maddesini askıya alan bir kararnameyi kabulünü ve bir ay sonra, Reichstag aracılığıyla, hükümete yasaları (*Gesetze*) yapma yetkisi veren bir yasanın oylanıp kabul edilmesini sağlamıştır.³³ Kelsen'in kürsüsünün elinden alınması ve göç etmeye zorlanmasından sonra, Carl Schmitt, o zamana kadar Nasyonal Sosyalist Parti'den uzak durmuş olmasına karşın, yeni rejimi gösterişli bir biçimde benimsemiştir.³⁴

II.- Kelsen'in Mantıksal Normativizmi

Kelsenci monizmin ve Kelsen'in, dualizmin her biçimini reddetmesinin temel unsurları şunlardır: (a) Devlet ile hukukun özdeşleştirilmesi, (b) hukukî düzenin, temel bir norma dayanan ve mantıksal olarak kapalı bir sisteme indirgenmesi, (c) olgusal tüm unsurlardan arındırılmış hukukî bir düzenin inşası, (d) ahlâk veya doğal hukuk gibi dış öncüllere her bir başvurunun reddi.

a) Devlet ile Hukukun Özdeşleştirilmesi

Kelsen'in Triepel'in düalizmine başlıca itirazı, onun Devleti uzlaşmaz iki bakış açısının içine yerleştirmesidir. Bir taraftan Devlet, tamamen oluşturduğu hukukî düzen ile özdeşleştirilmişken, zira bir hukukçu için, Devlet bir hukukî düzenden (*Rechtsordnung*) başka bir şey değildir; diğer taraftan, uluslararası hukukî düzen içinde hareket eden Devlet, Kelsen'in, kişileştirilmesini antropomorfik (insanbiçimci) olarak değerlendirdiği ve reddettiği bir hukuk süjesi (*Rechtssubjekt*) olarak sayılmıştır.³⁵

³³ Verordnung zum Schutz von Volk und Staat vom 28 Februar 1933 (23 Şubat 1933 tarihli Halkın ve Devletin Korunmasına Dair Kararname) (RGBl I, 83)'ı; 24 Mart'taki (Reichstag yangınından sonra), Weimar Anayasası'nın (1919) 48. maddesine göre Reichspräsident'in yetkilerini aşan yasaların yapılması (*Gesetze*) yetkisini hükümete veren Gesetz zur Behebung Volk und Reich (Halkın ve İmparatorluğun İzalesine Dair Kanun) (RGBl I, 141) takip eder.

³⁴ Kuramsal ayrılıklarına rağmen, Schmitt, Kelsen'in desteğiyle Köln Fakültesi tarafından seçilmişti. Kelsen 13 Nisan 1933'te kürsüsünden istifa ettiğinde, Schmitt Berlin'de Bakan'a gönderilen protesto mektubunu imzalamadı. Bu olaylar hakkında, bkz: Bernd RÜTHERS, *Carl Schmitt im Dritten Reich* (2te Aufl., 1990, Beck, München), s. 62-71. METALL (not 31), s. 1, s. 44, s. 60-61.

³⁵ KELSEN (1911 b), s. 25-30; 1929 a), s. 1; (1930) s. 23-33; (1933 b), s. 23.

Devletin bir hukukî düzene indirgenmesi, bildik hukuk devleti (*Rechtsstaat*)³⁶ öğretisine dayanır ve anayasa hukukunun alanını aydınlatır. Mademki bütün eylemler, hareketler ve çıkarlar son tahlilde temel norma (*Grundnorm*) dayanmış olan bir hukuk kuralına bağlanmaya müsaittir, bu indirgeme kamu hukuku ile özel hukuk arasında ayrımı ortadan kaldırır.³⁷ Otoritenin organları ile sade bireyler arasındaki farka son verir. Hukuk kuralının ona verdiği başka bir iktidarı olmaksızın basit bir ajana dönüşmüş Devletin kişileştirilmesini dışarıda bırakır³⁸. Birbirlerine bağlı normların oluşturduğu piramit bir yapı³⁹ olan Devlet, hukuka saygı ile özdeşleşir ve böylelikle, demokrasinin aydınlatılmış bir modelini sunabilir.

Bazen, Kelsen'in nomolojik yönteminin, III. Reich'in hukukî düzen niteliğini tamamen reddetmeye olanak veren argümanlar sağlamadığı ileri sürülmüştür. Carl Schmitt'in desizyonizmi (kararvermecilik*, *décisionnisme*)⁴⁰, *Führerprinzip* (ç.n. *Önderlik İlkesi*)'e ne kadar kavramsal bir ana dayanak verdiyse; bu ilke de Kelsen'in piramidi ile o kadar az uyumluydu. Gerçekten, *Führerprinzip*⁴¹, bireysel kararı her kuralın üstüne yerleştirerek, norm ile özel eylemler veya kararlar arasındaki hiyerarşiyi alt üst edi-

³⁶ *Rechtssaar* ifadesi 1832'de Robert von Mohl'da görülür. Bkz. Hermann HELLER, *Die Souveränität* (1927), *Gesammelte Schriften* (Sijthoff, Leiden, 1971), t. II, s. 31-202, s. 38.

³⁷ KELSEN (1920), s. 68, s. 116, s. 278; (1962), § 34 d, s. 266-273.

³⁸ KELSEN (1920), s. 17, s. 21, s. 177; (1960), § 30, s. 194-210.

³⁹ KELSEN (1920), s. 119; (1926), s. 258; (1962), §35, s. 290-369, § 42, c, s. 424-425. Aynı hiyerarşik nitelik uluslararası hukuku da belirler. (*supra*, not 24).

* Ç.N. "Ahlâk ya da siyaset gibi alanlarda neyin doğru neyin yanlış olduğunu belirlemek için elimizde nesnel temeller bulunmadığını, bu türden konularda bir karara varmak için genel geçer ölçülerden yoksun olduğumuzu savunan görüş", in Sarp Erk Ulaş Felsefe Sözlüğü, hazırlayanlar: A. Bâki Güçlü; Erkan Uzun; Serkan Uzun; Ü. Hüsrev Yolsal, Ankara, Bilim ve Sanat Yayınları, 2002, s. 797.

⁴⁰ Carl SCHMITT, *Politische Theologie*, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (München und Leipzig, Duncker und Humblod, 1922), s. 32-33, s. 54, (Ç.N. *Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, Çev: Emre Zeybekoğlu, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2002); *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934), s. 24-29.

⁴¹ Kelsen'in konusu demokrasi olan birçok yazısı, otokrat bir *Führer*'in, demokrasi kavramı ile de uyuşmadığı üzerinde durur. Özellikle: KELSEN (1929 b), s. 78-92; (1933 b), s. 18. Fakat, Kelsen, hukukun (saf) kuramı ile siyaset felsefesi arasında sert ayrımı sürdürmeyi istiyordu. Hukukun (saf) kuramı, "demokratik" hukukî düzenin hiçbir ölçütünü vermiyordu. "Demokratik" hukukî düzen kavramı da, Kelsen tarafından kökten reddedilmiştir.

yordu. Çünkü, bu kararlar, en son temel norma bağlanıncaya kadar bir üst kurala bağlı olacak biçimde kendilerini uyarlamayı, bırakmışlardır. Nasyonal sosyalist iktidar, Kelsen tarafından konulan ölçütlere cevap veren bir hukukî düzen değildir. Bunun sebebi, etkinlik (effectivité) eksikliği – [nasyonal sosyalist iktidar] kuşkusuz bundan dolayı hiçbir zarara uğramamıştır- veya Kelsenci modelin uygunluğunu zaten reddettiği adalet idealine, uygun olmaması değil; hukukî alanın hiçbir norma indirgenemez bireysel kararlar tarafından işgalinin Kelsen'in hiyerarşik şeması ile temel bir çelişki oluşturmasıdır. Mademki bir yasallık (légalité) örtüsü, herhangi bir normu bireysel kararla bertaraf etmek iktidarının anarşik niteliğini örtmeye çabalıyordu; o halde *Führerprinzip*'i Nasyonal Sosyalist «hukukî düzenin» temel normu olarak tutmak yeterli olmayacaktı. III. Reich'in kaotik doğası eşsiz gözlemcilerce⁴² saptanmıştır. Kelsen'in diğer güçlü noktası olan hukukî düzenin bütünlüğü, keyfi Devlet (*prerogative state* – imtiyazlı Devlet) ile normatif Devlet (*normative state*) arasında bocalayan ikili (dual) bir sistemle uyuşmuyordu.⁴³

Devlet ile hukukun özdeşleştirilmesi öğretisi, Kelsen'in neden 1945 yenilgisinden sonra Alman Devleti'nin devamını kabul edemeyeceğini de açıklar⁴⁴. III. Reich «hukukî düzen»inden ayrılmazdı; tam tersine, yeni bir demokratik sistemin kurulması, yeni bir Devletin kurulmasına bağlanmış oluyordu. İyi bilindiği gibi, Alman Demokratik Cumhuriyeti'nin, önceki rejim ile ilgili olarak, tüm bağıını reddedecek olmasına karşın, Federal Cumhuriyet'in resmi konumu bu değildi. Federal Anayasa Mahkemesi'nin ilk kararları, 1945'te Kelsen tarafından yayınlanan bir makaleyi anmakla birlikte en azından varsayım olarak aksi çözümü korur.⁴⁵ Federal Cumhuriyet, sadece, diktatörlüğün bazı kurbanla-

⁴² F. RIGAUX tarafından sayılmış kaynaklar dışında, "Les juristes allemands dans l'Etat totalitaire (1933-1945)", Académie royale de Belgique, *Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences Morales et Politiques*, 7-12 (1995), s. 411-477, s. 420-422. Bkz. Martin BROSZAT, *L'Etat hitlérien [hitlérien]* (Fayard, 1985), s. 511-513; Hannah ARENDT, *Elemente und Ursprünge Totaler Herrschaft* (1e deutsche Ausgabe, 1955, Piper, München, 1986), s. 622-636 ve özellikle s. 724: *Narrensparadies oder eine Narrenhöhle*.

⁴³ Ernst FRAENKEL, *The Dual State, A Contribution to the Teory of Dictatorship* (Oxford Univ. Pres, 1941).

⁴⁴ KELSEN (1945, b)

⁴⁵ BVerfG 17 Aralık 1953, *BVerfGE* 3, 58, 88-89; 31 Temmuz 1973, *BVerfGE* 31, 1, 16.

Avusturya'da, yeniden bağımsız bir Devlet kurulduktan sonra, korunan çözüm Kelsen'in kişisel görüşleri ile daha fazla uyum içindedir. Bir taraftan yeniden kurulan Cumhuriyet, kendini III. Reich tarafından ilhak edilmiş olanla aynı Devlet saydı, diğer taraftan eski Anayasa 1929'da gözden

rına verilen zararların giderilmesini, en azından kısmen kabul etmekle kalmadı⁴⁶; aynı zamanda, federal mahkemeler de 1933 tarihli *Ermächtigungsgesetz* (yetki yasası) gereği Reich hükümeti tarafından geçirilmiş normatif kararların çoğunu uygulamayı bırakmadılar⁴⁷ ve Weimar Anayasası'nın Nasyonal Sosyalist iktidar tarafından «geçerli bir biçimde» yürürlükten kaldırıldığını kabul ettiler⁴⁸. Federal Anayasa Mahkemesi, Gustav Radbruch'un öğretisini - ki ona göre III. Reich «hukuku», insan onurunun dokunulmazlığı ilkesine aykırı hareket ettiği zaman dışında uygulanabilir olarak kalıyordu- kendine mal etmiş görünür.⁴⁹ Böylelikle, 1949 Temel Yasasının 1. madde 1. bendi -*Die menschliche Würde ist unantastbar (İnsan onuru dokunulmazdır)*-, III. Reich hukukunun değerlendirmesi için geriye yürüyen bir ölçüt sunmak suretiyle geçmişe yansıtılmış olacaktı. Devletin (ve hukukî düzenin) devamlılığı, III. Reich dâhil olmak üzere⁵⁰ önceki üç rejim dönemindeki Reichsgericht (İmparatorluk Mahkemesi) içtihadından alınmış -ve bazen çok daha ihtiyatlı bir davranışın geçerli olduğu alanlarda⁵¹- evvelki kararlara başvurulması ile bir kez daha kanıtlanır.

geçirilip değiştirildiği biçimde yeniden yürürlüğe konuldu. 15 Mart 1929'dan sonra yapılan Anayasa değişiklikleri olmamış gibi düşünüldü; bu 1934'deki kurumsal Hükümet Darbesinin geçerliliğini hiç kabul etmemek anlamına gelir. 1945'te yeniden kurulan Cumhuriyet'in eski bağımsız Devletin yasamaya ilişkin mirasının sadece bir kısmını alacak olması önemli kaydıyla, Devletin devamlılığı, kendini özdeş kıldığı hukukî düzenin kalıntılarıyla yan yanaydı.

46 Sadece, Yahudiler tazminat ilkesinin atfedildiği bir grup oluşturdu. Çingeneler, Yehova Şahitleri, eşcinseller, siyasal muhalifler zararlarından dolayı pek birşey elde etmediler. Özellikle bkz. Michaël BURLEIGH, "Introduction" in *Confronting the Nazi Past*, New Debates on Modern German History, ed. by Michaël Burleigh (London, Collins and Brown, 1996), s. 1-22, s.7-8, s. 11. Avraham BARKAI, «The German Volksgemeinschaft from the Persecution of the Jews to the 'Final Solution'», *ibid*, s. 84-97, s. 87; Wolfgang WIPPERMANN, «Christine Lehman and Mazurka Rose: Two 'Gipsies', in the Grip of German Bureaucracy, 1933-1960», s. 112-124, s. 116, s. 118, s. 123.

47 BVerfG, 19 Şubat 1957, *BVerfGE*, 132, 170, 198-199. Ayrıca bkz: F. RIGAUX (not 42), s. 451-459.

48 BVerfG 24 Nisan 1953, *BVerfGE* 2, 237, 248-250; 17 Aralık 1953, *BVerfGE* 3,58, 77.

49 Gustav RADBRUCH, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht» *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, (5,1946), in: *Rechtsphilosophie* (Koehler, Stuttgart, 1970), s. 347-357.

50 BVerfG 10 Ocak 1995, *NJW* 1995, 1141, 1144; 3 Haziran 1987, *BVerfGE* 75, 369-377. Devamlılık Reichsgericht ve Bundesgerichtshof (Federal Mahkeme) arasında çok daha fazla belirgindir.

51 Böylece, Bundesgerichtshof, birbirlerine dokunmamış dahi olsa, iki erkeğin şüpheli olduğuna karar verilmiş hareketinin «Unzucht» (fuhuş) olarak

b) Normlar sistemi olarak hukukî düzen

Kelsen'in mantıksal seyri, sadece normları (*Rechtssätze*) hesaba katar. Devletin hukukî düzene eşdeğer olduğu savunulduğuna göre, ne kurumlar ne de insanlar (*Menschen*) için bir yer vardır. Devlet hukukî düzeninin normatif doğasına uygun olarak, kişi, bir hukuk kuralından aldığı hakları, çıkarları, yetkileri tarafından tanımlanır.⁵² Bir hukuk kişisi – tüzel kişiler kadar gerçek kişileri de içeren bir kavram-, ne -kuralların uygulanmasına olgusal bir unsur sokan- var olan bir insandır ne de -hukukî düzenin saflığını bozan metafizik kavramlar olan- doğuştan haklarla donatılmış süjedir. Kelsen'in hukukî pozitivizmi⁵³, olgusal unsurların bayağılığı ile felsefenin kuruntuları arasında dar bir yolu takip eder.

Kelsen'in kuramı, bir çift teste göre hukukî sistemin daire-selliğini ileri sürdüğünde ikna edicidir. Testlerden birincisine göre, hiçbir hukukî düzenin kendisinin dışında kalan bir meşruiyet kaynağına ihtiyacı yoktur, çünkü onun geçerliliği varsayım yerine geçen *Grundnorma* dayanır. İkincisine göre ise, mademki bir hukukî düzen diğer tüm hukukî düzenlerden ayrıdır, hukukî bir düzene boyun eğen kişilerin hiçbirinin, «kanunlar ihtilâfindan» kaynaklanan yükümlülüklerin veya ödevlerin bir çatışması ile karşılaşması mümkün değildir. Bu Kelsen'in monizminin görünümülerinden biridir. Birçok hukukî düzenin – uluslararası hukuk ve iç hukuk arasındaki ilişkilerde ortaya çıkarılmış olduğu gibi- global bazı bileşimlerini düşünmeden önce, Kelsen, hukukî düzenin birliği üzerinde ısrar eder. Bu görüş, o dönemde hakim Alman öğretisi ile uyum içindedir.⁵⁴ Monizmin iç versiyonu üzerinde oyalanılsaydı, bu makalenin konusu aşılmış olacaktı. Bu konuda, kanunlar ihtilâfinin sadece uluslararası özel hukukun bir dalını oluşturmadığını, fakat aynı zamanda iç hukukun tam içinde belirlediğini yazmak yeterli olacak-

nitelendirilmesi için (BGH 12 Nisan 1951, *BGHSt* 1, 107, 109-110), Reichsgericht (*RGSt* 73, 78) tarafından 175 stGB paragrafının geniş yorumlanmasına dayanırken; Federal Anayasa Mahkemesi, 28 Haziran 1935 tarihli yasanın 6. maddesince eşcinsellik suçlamasının ağırlaştırılmasının yürürlükte kaldığı, anayasaya aykırı olmadığı ve cezalandırma ilkesinin de Temel İnsan Hak ve Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesinin (BVerfG 10 Mayıs 1957, BVerfGE 6, 389, 437-440) 8. maddesine aykırı olmadığı kanısındaydı.

52 KELSEN (1920), s. 45, s. 109; (1962), § 33, s. 224-254.

53 KELSEN (1920) s. VI, s. 87, s. 88-90; (1926) s. 314; (1970), § 34, h, s. 292.

54 KELSEN (1920), s. IV, s. 111-112, s. 188; (1962), § 34 e. Bkz. daha önce Rudolf STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft* (1911), s. 24-25.

tır. Konuya özgü bir örnek, açıkça anayasa hukukundan sağlanır. Şöyle ki, temel insan hak ve özgürlükleri birbirleriyle çatışma halindedir ve anayasal yargılama kurulunun – ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin- ilk görevi, bunları aralarında uzlaştırmaktır. Kuşkusuz adaletin kararı, ihtilafı sona erdirecek ve birliği yeniden kuracaktır ve bu da Kelsen'in yöntemine uygundur. Fakat, uluslararası özel hukukun kanunlar ihtilâfı hakkında da aynı şey söylenebilir: bir yargıç tarafından ilân edilen ihtilâfın sonucu, bütün tartışmaları sona erdirir.

Kelsen'in başlıca tezlerinden biri, iç hukuk ile uluslararası hukukun karşılıklı konuları arasındaki bütün nitelik farkını inkârdır.⁵⁵ Böyle bir sav, geleneksel uluslararası hukukun seyreltilmiş atmosferinde temiz bir hava akımı ortaya çıkarmıştır. Bunun sonu, hukukun iki dalı arasındaki herbirinin alanına bağlı olan farkını bertaraf etmeye varır. Devlet, tebaası ile ilişkilerde (kamu hukuku) ve vatandaşlarının kendi aralarındaki ilişkilerde (özel hukuk) yetkisini kullanır, oysaki uluslararası hukuk devletlerarası ilişkileri düzenlemekle kendini sınırlandırır. Kelsen, önceden, bugün yaygın olarak kabul edilmiş olan ve uluslararası hukukun çağdaş gelişiminin toplu olarak doğruladığı bir düşünceyi ortaya koymuştur. Öyle ki, Devletler arasındaki ilişkiler içine hapsedilmek şöyle dursun, hukukun bu dalı herhangi bir insan faaliyetinin bütününü kapsayabilir. İnsan haklarının uluslararası korunması, bu gelişimin en kesin göstergesidir. Uzun zaman boyunca, bir Devletin uyrukları ile ilişkilerinin, her Devlet tarafından sınırları dâhilinde uygulanmış «egemenliğe» bağlı yalnızca bir iç hukuk sorunu olarak görülmesine karşın; benzer ilişkiler bugün uluslararası hukukun alanına girmiştir. Aynı zamanda, kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki ayırım eskide kalmıştır.

Ulusal düzende temel hakların korunması ile Devletin uluslararası bir topluluğa ait olması arasındaki bağın çift etkisi vardır. Her ikisinde de bozulan egemenlik kavramıdır. Bir «hukuk devleti», yetkisine bağlı kişilere böyle bir korumayı reddedemezken; diğer devletler karşısında yükümlülüklerinden de kurtulamaz. Fakat, ayrıca ve belki de özellikle, temel insan hak ve özgürlüklerinin uluslararası korunmasının gelişimi, hukuk imparatorluğunun bütünlüğünü vurgulamıştır. Hukuk kuramına Kelsen'in katkılarından birisi, XIX. yüzyılın sonunda hâkim olmuş olan Alman öğretisinin sıkıntısını gidermek ve Hegelci Devlet kavramının önceden karıştırdığı düğümü çözmek oldu. Kel-

⁵⁵ KELSEN (1920), § 31, s. 124-130; (1932), s. 178; (1952), s. 402.

sen, 1932'de La Haye Akademisi'nde verdiği ikinci dersten itibaren, bir Devletin tebaası ile ilişkileri gibi, anayasa hukukunun bazı konularının, uluslararası hukukun yargılama yetkisinden kurtulmuş olmadığını yazar.⁵⁶

Uluslararası ekonomik hukuk ve Avrupa Topluluğu hukuku, uluslararası hukuk alanının önceden sınırlandırılmasının artık aşılmış karakterine, ek argümanlar getirir. Bu noktada, Devlet ile hukukun özdeşleştirilmesi, böyle bir eğilime makul bir betimleme yapmaya katkı sağlar. Eğer, uluslararası hukukun eğilimi Devletlerin hukukî düzenlerini düzenlemek ise, bir Devletin yetkisinin uzandığı hiçbir sorun, uluslararası hukukun kapsamına girmekten kurtarılmış olmaz.

c) Tamamen mantıksal bir yaklaşım

Egemenlik sorunu hakkındaki eserinde, Kelsen, daha sonra *Reine Rechtslehre (Saf Hukuk Kuramı)*'de çok kesin olarak çizdiği *Sollen (olması gereken)* ile *Sein (olan)* arasındaki ayrımı belirlemeye girişir. Epistemolojik konumu itibariyle çağdaşı diğer yazarları geride bırakır. Bu yazarlar hukukî muhakemelerini, biraz sosyoloji veya biraz psikolojiyle, uluslararası hukuk ve iç hukuk arasındaki ilişkiler alanında biraz siyasetle birlikte olgusal unsurlarla doldururlar. Devlete hukukî bir kişilik verilmesi, Devlete ve diğer ussal varlıklara (*être de raison*) insandan ödünç alınmış özellikler giydirilmesi anlamına gelir. Kelsen ise, tam tersine, hukuk alanında hareket edeni insan olma niteliğinden, tüzel kişileri ise bu alanda yetkilerini kullanan «kişilere» indirgenmekten kurtarmaya çalışır. «Saf» olmak için⁵⁷, bir hukuk

⁵⁶ KELSEN (1932), s. 298-304.

Üç yıl önce yayınlanmış bir broşürde, Kelsen otokrasiyi demokrasiden ayırır. «Der metaphysich-absolutistischen Weltanschauung ist eine autokratische, der kritisch-relativischen die demokratische Haltung zugeordnet» (Metafizik-mutlakçı dünya görüşü otoriter, eleştirel-görelî dünya görüşü ise demokratik bir zihniyetle bağlantılıdır) (1929, s. 101). Demokrasi gerçekliğin göreceli ve bilimsel bir yaklaşımı ile yan yanadır. Ayrıca, Kelsen, demokrasideki çoğunluk kuralının, temel hakların orantılılık ilkesi kullanılarak korunmasıyla, otoritenin (*Herrschaft/hakimiyet, egemenlik*) diğer her biçiminden ayrıldığını yazar.

⁵⁷ Saf bir kuram kavramı 1920 tarihli eserinin birkaç pasajında ortaya çıkar: *Reinheit der Rechtserkenntnis* (Hukukî Bilginin Saflığı) (s. 189); *die reine Theorie des Rechts* (Saf Hukuk Kuramı) (s. 243); *vom Standpunkt einer reinen Rechtslehre* (Saf Bir Hukuk Kuramının Bakış Açısından) (s. 243), ayrıca bkz. s. 275; *Eine reine juristische Theorie der...* (...nin/nın Saf Bir Hukuk Kuramı) (s. 277). *Reine Rechtslehre* terimlerinin, yazar yalnızca eseri bitirdikten sonra bunları düzenlemiş gibi, sadece eserin alt başlığında ortaya çıkması anlamlıdır. Uluslararası Hukuk Akademisi'nde verilen üç ders, saf hukuk kuramına bir gönderme ile (1932, s. 122; 1953, s.

kuramının hukukî durumlara giydirilen hayalî giysilerden kurtulmuş olması gerekir. Kelsen'in hedefi Devlet hukukunu (droit étatique) tüm çıplaklığıyla ortaya koymaktır.

Devlet hukukunun Kelsen'in hukukî düşüncesinin saldırı noktası olarak kalması, iki görünüm altında doğrulanır. Uluslararası hukukun sonraki ilerlemelerinin gölge olarak belirlediği bir model sunar⁵⁸ ve hukukî düzenin niteliğini kabul etmiş görünmek için uluslararası hukukun iç yasallığa dayalı geliştirilmiş ölçütleri karşılaması gerekir.⁵⁹

Kuşkusuz, Kelsen'in anayasacı formasyonu, düşüncesini bu yönde değiştirmiştir. Devlet hukuku, insan yaşamının tüm görünümünü kucaklayan ve hangi durum olursa olsun onu hukukî ilişkiye (*Rechtsverhältnis*) çevirme yeteneğine sahip mantıksal bütünlüğün en iyi örneğini sunar. Kelsen'i, - bir hukukçu için- yaşam olayları ve durumlarının, bir hukukî sistem tarafından kavranmadıkça, uygun olmadığını belirttiği zaman, onaylamak gerekir; fakat, söz konusu olan sadece devlet hukuku mudur? Çok daha fazla nedenle, uluslararası hukuka aynı evrensellik eğilimini atfeder. Fakat, diğer hukukî düzenlere yönelik bakışı münhasıran sınırlayıcıdır. Böyle sistemlerden Devlet hukukunun işaretini silmek için, sıklıkla ahlâka başvurusu anlamlıdır.⁶⁰ Hiçbir Devlet hukukunun ve özellikle de Alman İmparator-

7), «kuramlar» olarak sunulmuştur (1926, s. 232). Karşılaştırınız: Not. 1, *supra*.

58 KELSEN (1935, s. 17): «We are in the happy position, as it were, of having a pattern in the evaluation of the legal system of the individual State» (Tek bir Devletin hukuk sistemini değerlendirmede bir modelimiz varmış gibi mutluluk içindeyiz.)

59 KELSEN (1952, s. 18): «The question whether or not international law is law in the sense determined above is identical with the question whether or not the phenomenon commonly called international law can be described by rules of law of the same kind as the rules by which national law may be described» (Uluslararası hukukun, yukarıda belirlendiği anlamda hukuk olup olmadığı sorusu ile genellikle uluslararası hukuk olarak adlandırılan olayın, ulusal hukukun kendisi tarafından tanımlanabileceği kurullarla aynı türden hukuk kuralları tarafından tanımlanabilip tanımlanamayacağı sorusu özdeştir). Ayrıca bkz. KELSEN (1953), s. 28.

60 KELSEN (1920), s. 46, s. 92, s. 93-95, s. 104-109, s. 119, s. 124; (1970), §§ 7-13, s. 59-69. Hukuk ve ahlâk üzerine ayrıca bkz: KELSEN (1973), s. 83-113; KELSEN (1911 a), s. 33-57 (*Sittengesetz und Rechtsnorm/Ahlâk yasası ve hukuk normu*) ve s. 311-346 (*Moralpflicht und Rechtspflicht/Ahlâkî yükümlülük ve hukukî yükümlülük*). Uluslararası hukukun, ona «a moral not a legal character» (hukukî değil, ahlâkî bir nitelik) veren bazı pasifistlerin yanılsamalarına karşın, bir «hukukî düzen» (*a juridical order*) olduğunu ileri sürer: (1935) s. 11.

luğu'nda ve Çifte Monarşi'de* yürürlükte olan hukukun tebaasına vermediği özgürlük alanını⁶¹ dikkate alarak, tebaaların bu özgürlüğün kullanılmasında özerk düzenler (ordonnancement) yaratabileceklerini göz önünde bulundurmuş gibi görünmez.

Kelsen'in yönteminin bir başka sınırlılığı, onun da Devlet hukukunun bazı geleneksel özelliklerine bağlı olmasıdır: Devlet hukukunu diğer normatif sistemlerden, özellikle de ahlâktan ayıracak olan hukukun zorlayıcı niteliğidir. Hukuk bir «zorlama düzenidir» (*coercive order/ zorlayıcı düzen*).⁶² Kendisini düzenleyen normların içeriği tarafından hukukî olarak oluşturulan zorlama, kendi etkinliği ile karışmamasına rağmen⁶³; Kelsen'in başvurduğu tek zorlama modeli, bir Devletin ülkesinde fiziksel zorlama eylemi tehdidi veya bu eylemin uygulanmasıdır.⁶⁴ Bundan, uluslararası hukukun, yalnızca, kendine özgü zorlama araçlarını düzenlemesi durumunda, sadece ahlâkın bir altbölümü olmayıp, hukukun bir dalı olduğu sonucuna varılır.

International law is law in the same sense as national law, provided that it is, in principle, possible to interpret the employment of force directed by one state against another either as sanction or as delict. (Uluslararası hukuk, bir devlet tarafından başka birine yöneltilecek güç kullanımının ya yaptırım ya da suç olarak yorumlanmasının ilke olarak mümkün olması şartıyla, ulusal hukukla aynı anlamda hukuktur.)⁶⁵

Sadece, uluslararası topluluğun Devletlerinkiyle eşdeğer bir örgütlenmeyle donatılmamış olması ve «ilkel»⁶⁶ bir hukuk sisteminin söz konusu olması durumundan hareketle, her tür güce başvurmadan yoksun bulunduğu sonucuna varılmaz. Fa-

* Ç.N Avusturya - Macaristan İmparatorluğu kastedilmektedir.

61 KELSEN (1970), §6, b, s. 46-60. Özellikle «özgürlüğün en azı » kavramı için bkz. (s. 57-60).

62 KELSEN (1920), s. 70; (1926), s. 242, (1932), s. 134 (*zorlama düzeni*); (1935) s. 12: «All law is in essence a system of compulsion» (Bütün hukuk, özünde, bir zorlama sistemidir.); (1962), s. 46. Bu bağlamda, zorlamanın maddî bir niteliği (fiziksel güç) veya böyle bir gücün tehdidi olduğu açıktır. Ayrıca bkz: (1970), § 6 b, s. 33: *The Law: A Coercive Order*.

63 KELSEN (1920), s. 70, not. 1; (1962), § 6, b, s. 49-51.

64 KELSEN (1953), s. 22-23.

Ayrıca bkz. KELSEN (1944), s. 3: «It is the essential characteristic of law as a coercive order to establish a community monopoly of force» (Zorlayıcı bir düzen olarak hukukun elzem özelliği, güç üzerinde topluluk tekeli kurmaktır).

65 KELSEN (1952), s. 18.

66 KELSEN (1920), s. 267; (1932), s. 131; (1935), s. 14; (1942), s. 51-55; (1952), s. 36; (193), s. 71-72; (1970), § 43, b, s. 323.

kat, ilkel bir toplumda uygun olduğu gibi, zorlama, topluluğun kendisi tarafından konulmuş kurallara göre, kendiliğinden girişimler biçiminde (*self-help* -kendi kuvvetini kullanmak suretiyle hakkını elde etmek - *hakka*)⁶⁷, tekil olarak topluluk üyeleri tarafından orada uygulanır. Uluslararası hukukun başlangıcından beri; savaş, etrafında bu hukuk dalının olduğu çekirdek olmuştur.

Haksız bir uluslararası olayın düzeltilmesini hedefleyen savaş, haklı iken; bir saldırı savaşının başlatılması en tipik uluslararası hukuk suçudur. Savaş ve misilleme, uluslararası hukukun hukukî düzen niteliğini haketmesine neden olan yaptırımlardır.⁶⁸

Anyone who rejects the theory of the just war denies, indeed, the legal nature of international law...⁶⁹ (Haklı savaş kuramını reddeden bir kişi, gerçekten, uluslararası hukukun hukukî doğasını inkâr eder.)

Kelsen, Olivier Wendell Holmes kürsüsünde kuruluşundan bu yana ilk defa bulunduğu 1940-1941 akademik yılı boyunca, haklı savaş (*bellum justum*) öğretisini, derinleştirmiştir. Bu öğretiyi çağdaş pozitivist okul tarafından terk edildiğinden dolayı, yeniden oluşturulması lehine, ayrıntılı bir biçimde argümanlar geliştirmiştir. Bunlardan beş tanesinin üzerinde durur.⁷⁰

İlk argüman, yeterince tuhaf bir biçimde, pozitivist etkideki bir esere aykırı düşer. Daha önce XIX. yüzyılda ve Birinci Dünya Savaşı'nın patlak vermesine dek [XX.yüzyılda], kamuoyu, bir hükümetin haklı bir sebep olmaksızın silahlı harekâtlara girişebildiğini kabul etmeyi bırakmıştı. Üstelik, mademki, savaşanlardan her biri, bir savunma savaşı yürütmeye zorlandıklarını göstermek amacını güden -sıklıkla tamamlanmamış, bazen değiştirilmiş de olan- bol sayıda belgeye sahipti; o halde kendileri, zımnî olarak Ağustos 1914'te haklı savaş öğretisini kabul etmişlerdir. Bu noktada, Kelsen'in düşünceleri, o zamanın bir başka büyük hukukçusu olan Hermann Kantorowicz'in çözümlemesi ile dikkat çekici bir benzerlik gösterir. Bununla birlikte, Weimar Cumhuriyeti'nin Dışişleri Bakanı Gustav Stresemann'ın isteği üzerine yazılmış Birinci Dünya Savaşı'nın temelindeki sorumlu-

⁶⁷ KELSEN (1920), s. 258 (*Selbsthilfe*); (1935), s. 15.

⁶⁸ KELSEN (1920), s. 241, s. 264-265; (1926), s. 317-318; (1932), s. 128-129, s. 134; (1952), s. 18, s. 59, s. 401; (1953), s. 32-44; (1970), § 42, d), s. 324-328.

⁶⁹ KELSEN (1935), s. 13.

⁷⁰ KELSEN (1942), s. 36-55.

luklar hakkındaki inceleme (*Die Kriegsschuldfrage-Savaş Suçu Sorunu*), 1967'de yazarı öldükten sonra yayımlanan bir yayından⁷¹ önce hiçbir şekilde ifşa edilmediğinden dolayı, iki yazar birbirlerinden bağımsız olarak yakın sonuçlara ulaşmışlardır. *Freirechtslehre*'nin (özgür hukuk kuramı) öncülerinden biri olması sıfatıyla, Kantorowicz, dünya savaşının patlak vermesinde İttifak Devletlerinin sorumluluğunu açıklamak için bu öğretiye başvurur: Saldırı savaşı, dönemin kendini kabul ettirmiş öğretisine göre uluslararası hukuka aykırı olmasa da, kamuoyu bilginlerden farklı düşünüyordu ve Alman İmparatorluğu, Reichstag tarafından askerî kredilerin oylanıp kabul edilmesini sağlamak amacıyla, Alman siyasetinin savunma niteliğini (*Einkreisungstheorie-çevreleme kuramı*) ileri sürmekten geri kalmadı.⁷² Daha önceden ve XIX. yüzyılın başlıca Avrupa savaşları dolayısıyla, askerî harekâtlara girişen her Devlet, bunların salt savunma niteliğini ileri sürüyordu.⁷³

Kelsen'in ikinci argümanı, pozitif hukuk kaynaklarına, Versailles Andlaşması'nın 231. maddesi, Milletler Cemiyeti Misakı'nın 15. maddesinin 7. paragrafı ve Briand- Kellog Paktı'na dayanır. Kuşkusuz, bu belgelerin özel bir niteliği vardır, fakat aynı zamanda genel uluslararası hukuk tarafından da izlenen bir eğilimin göstergeleridir.⁷⁴

Kelsen'in diğer üç argümanı, Antik Çağdan Grotius'a dek öğretilmiş olan ve ona göre 1918'den sonra yeniden doğan⁷⁵ haklı

71 Hermann KANTOROWICZ, *Gutachten zur Kriegsschuldfrage 1914*, Aus dem Nachlass herausgegeben und eingeleitet von Imanuel Geiss (Europäische Verlagsanstalt Verlag, Frankfurt am Main, 1967).

72 KANTOROWICZ (not 71), s. 162-165, s. 246-247, s. 300.

73 KANTOROWICZ (not 71), s. 189-190. Bu eserdeki daha çok gelişmeler için, F. RIGAUX, « Réflexions sur deux modèles de contrainte », *Zentrum und Peripherie, Festschrift für Richard Bäuml*, (Verlag Rüegger, 1992), s. 292-307.

74 KELSEN (1942), s. 38-40. Ayrıca bkz: KELSEN (1944), s. 88-91. KANTOROWICZ (not 71), s. 189, 1919 Misakı'nın, 1914'te sadece pozitif hukuk haline gelecek bir hukuk olanı (*ein «werdendes» Recht -oluşan bir hukuk-*), pozitif hukuk alanına taşıdığını da belirtir.

75 KELSEN (1942), s. 44-45: «This idea, which remained predominant until the end of the eighteenth century, disappeared almost entirely from the theories of positive international law during the nineteenth century, although it still formed the basis of public opinion and the political ideologies of the different governments. Only after the close of the first World War was this doctrine of bellum justum again taken up by certain authors» (XVIII. Yüzyıl sonuna kadar hâkim olarak kalan bu düşünce, kamuoyunun ve farklı hükümetlerin siyasal ideolojilerinin temellerini hâlâ oluşturmakla beraber, XIX. yüzyıl boyunca, pozitif uluslararası hukuk kuramlarından hemen hemen tamamen kayboldu. Ancak, Birinci Dünya Sa-

savaş öğretisine dayanmaktan, ilkel toplulukların hukukunda bir örneksime aramaktan ve uluslararası hukuku ilkel hukukî düzen olarak nitelendirmekten ibarettir.

Uluslararası topluluğun ilkel bir toplum ile paylaşabileceği özelliklere ilişkin çifte kanıtlama, zorlamanın çok sınırlı bir tanımına dayanır. Zira, açıkça geleneksel topluluklarda, kişi ve toplumun bir üyesinin malları üzerinde uygulanan zorlamadan başka zorlama biçimleri vardır. İlkel olarak nitelendirilen toplumlarda uygulanmış olan zorlama anımsandığında; Kelsen, bazen «blood revenge»⁷⁶ olarak adlandırılan «vendetta'ya»⁷⁷, başvurur.* İkisi de şiddetin yetersiz olarak örgütlenmiş bir uygulaması olduğundan dolayı, kan davası savaşın «ilkel» benzeri olabilirdi. Bunlar, zorlama için belirlenmiş hiçbir organın şiddet tekeli elinde bulundurmadığı adem-î merkeziyetçi bir sistemde sosyal kurallar gereğince güce başvuran bir bireyin bir tür «kişisel adalet» uygulamasını andırırlar.⁷⁸

Kelsen, Holmes kürsüsünün asıl sahibi olarak Harvard'da verdiği derslerde, Almanca yazılmış ve ertesi yıl İngilizce'ye çevrilmiş *Society and Nature (Toplum ve Doğa)* adlı eserde uzun uzadıya geliştirdiği sosyolojik bir araştırmadan yararlanır.⁷⁹

The dualism of nation [nature] and society, a characteristic element of modern thinking, is completely unknown to the primitive

vaşı'nın bitmesinden sonra, bu bellum justum öğretisi, bazı yazarlarca yeniden ele alınmıştır). Haklı savaş öğretisi hakkında ayrıca bkz. KANTOROWICZ (not. 71), s. 189-190, s. 205-207.

76 KELSEN (1970), § 5, c, s. 29. (Ç.N. Asıl metninde 77. dipnottur.)

77 KELSEN (1926), s. 245, s. 318; (1932), s. 126; (1935), s. 15; (1942), s. 40-43; (1953), s. 18, s. 20; (1962), § 5, c, s. 41. (Ç.N. Asıl metinde 76. dipnottur.)

* Blood vengeance ve vendetta sözcükleri Türkçe'ye kangütme olarak çevrilmiştir. (Bkz. «Kangütme» Orhan Hançerlioğlu, *Toplumbilim Sözlüğü*, 3. Basım, İstanbul, Remzi Kitabevi, 2001, s. 226). Webster's Sözlüğünde Blood revenge blood vengeance olarak tanımlanmıştır; dolayısıyla kangütme olarak çevrilebilir. Vendetta İtalyanca bir sözcük olup, Korsika adasındaki İtalyanların kangütme geleneğini dile getirir. Bununla birlikte birçok Avrupa dilinde geniş anlamda da kullanılmaktadır. (Hançerlioğlu, ibid.). Vendetta uzun süren kan davası olarak da tanımlanmıştır. (Webster's New Collegiate Dictionary, USA,G&C. Merriam Co., 1981).

78 KELSEN (1953), s. 24, s. 26.

79 1942'de (s. 40-43) sadece taslağı yapılmış, 1943 ve 1946'daki kitaplarında uzun uzadıya geliştirilmiştir. *Vergeltung und Kaysalität* başlıklı orijinal Almanca eser 1939'dan itibaren Hollandalı bir yayınevi tarafından basıldı, fakat 1941 tarihli bir önsözle birlikte ancak 1946'da yayınlandı. (METALL, not. 31, s. 68).

mentality.⁸⁰ (Modern düşüncenin karakteristik unsuru olan [doğa] ve toplum dualizmi ilkel düşünüşe tamamen yabancı bir şeydir.)

Society and Nature'nin ilk kısmı, geniş ölçüde, uzun uzadıya aktarılan antropolojik ve etnolojik incelemelere dayanır.⁸¹ Bütüncül ilkel algıya ilişkin yazarın yaptığı yoruma göre, bu algı, toplum ve doğa arasındaki, hukuk, din ve ahlâk arasındaki, karşılık (rétribution)* ilkesinin hâkimiyeti altında bulunan ayrımı bilmez.⁸² Aynı eserin Almanca orijinalinin başlığı *Vergeltung und Kausalität (Kefaret ve Nedensellik)*, karşılık kavramının merkezi niteliğini daha iyi gösterir.

Devletin merkezileşmesi ile uluslararası hukukî düzenin daha özerk kılınmış niteliği arasındaki ayırım hakkında, Kelsen ile kolayca uzlaşılır.⁸³ Daha çok, uluslararası hukukun «ilkel» hukukî bir sistem olduğu fikri ve bundan da çok, hukukun bu çağdaş dalı ile antropolojik araştırmaların bize tanıttığı şekliyle geleneksel «ilkel» toplumlarda uygulanmış kurallar arasında bir örneksime üzerinde ısrar, kuşkuyla karşı karşıya kalır.⁸⁴ Gerçekten ilkel toplulukların davranış kuralları ile aynı ussallık modelini yansıtabilmesi anlamında ilkel olmaktan uzak olan uluslararası hukuk, «uygar» ve hatta kuşkusuz «hiper-uygar» bir topluluğu düzenler; doğa karşısında bu toplumun aldığı mesafeye dayanır⁸⁵ ve üzerinde çok çalışılmış bir hukukî yöntemi açıklar. Kuşkusuz, Devlet hukukunun tanımında var olan zorlayıcı güçten yoksundur; fakat, uluslararası hukukun hukukî niteliği ile uzak bir geçmişin ilkel topluluklarından ödünç alınmış şiddetli karşılık (*Vergeltung-misilleme-, talio-aynısıyla karşılık*) ve

⁸⁰ KELSEN (1942), s. 40; (1943), s. VII, s. 266. Önceden bkz: KELSEN (1928), s. 41-63.

⁸¹ KELSEN (1943), s. 1-185.

* Ç.N. Rétribution sözcüğü bireye veya bir topluluğa eylemlerinin getirdiği maddî veya manevî ödül ya da cezayı ifade eder. (*Trésor de la Langue Française informatisé (version simplifiée)* Çevrimiçi: <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/fast.exe?mot=r%E9tribution;01.05.2007>). Eylemin ceza veya ödül olarak bir karşılığı söz konusudur. Bu nedenle rétribution sözcüğünün Türkçeye "karşılık" olarak çevrilmesi uygun görülmüştür.

⁸² KELSEN (1943), Bölüm III, s. 49: «The interpretation of nature according to the principle of retribution».

⁸³ KELSEN (1942), s. 28.

⁸⁴ KELSEN (1942), s. 45-48.

⁸⁵ KELSEN (1943), modern bilimdeki nedensellik kuralına olduğu gibi (s. 244-266), Yunan din ve felsefesindeki nedensellik ilkesinin ortaya çıkışına ve karşılık kuralına (s. 182-248) uzun açıklamaları hasreder. Platoncu Eros hakkındaki 1933 tarihli makalesinde Platon okumasının kanıtladığı gibi, Yunan felsefesini yakından tanıyordu.

bedelin kanla ödenmesi (*blood revenge, vendetta*)⁸⁶ modellerine göre fiziksel zorlamanın kullanımını arasında kurulmuş bir bağ olduğunu kesinlikle yadsımak gerekir.

Kelsen'in uluslararası hukukun gelişmesi (*growth*) hakkındaki açıklamaları saf hukuk kuramı ile pek uyumlu değildir.

Bir taraftan, haklı savaş öğretisini saygın hale getirmeye yönelen ilk muhakemesini aşağıdaki cümle ile bitirir:

Even if such justification is of a moral rather than strictly legal significance it is of great importance; for, in the last analysis, international morality is the soil which fosters the growth of international law: it is international morality which determines the general direction of the development of international law. Whatever is considered 'just' in the sense of international morality has at least a tendency of becoming international law.⁸⁷ (Bu tür bir doğrulama, tam anlamıyla hukukî mânâdan ziyade ahlakî bir mânâ taşısa da, büyük öneme sahiptir; çünkü, son tahlilde, uluslararası ahlâk uluslararası hukukun gelişimini besleyen topraktır, uluslararası hukukun gelişiminin genel yönünü belirleyen uluslararası ahlâktır. Uluslararası ahlâk anlamında 'adil' sayılanın, uluslararası hukuk haline gelmeye en azından eğilimi vardır.)

Diğer taraftan, onun nomolojik kuramına pek uygun olmayan uluslararası hukukun ara renkteki anlayışını benimser.

As the embryo in a woman's womb is from the beginning a human being, so the decentralized order of primitive self - help is already law -law in *statu nascendi*.⁸⁸ (Bir kadının rahmindeki embriyo baştan itibaren bir insan olduğu gibi, merkezileşmemiş ilkel kendi kuvvetiyle kendi hakkını elde etme düzeni de zaten hukuktur - *statu nascendi (oluşum halinde)* hukuk).

Daha yakın zamanlardaki diğer toplumlar gibi, geleneksel toplumlar da, ne fiziksel zorlamanın maddî kullanımına ne de böyle bir kullanım tehdidinde dayanan zorlama biçimlerinin düzenli bir uygulamasını gerçekleştirir. Evlenme ve yeniden evlenme engelleri, *a divinis* (tanrısal/dinî) bir ibadetin rahibinin

⁸⁶ Fakat dünyanın tüm bölgelerinde canlı kalmış ve Sicilyalı modellerinden ödünç alınan örgütlü suçta verilmiş isim: Mafya.

⁸⁷ KELSEN (1942), s. 36-37.

⁸⁸ KELSEN (1942), s. 51.

görevinden uzaklaştırılması, aforoz, *shunning** uygulamaları⁸⁹ hiçbir kamu gücünün birlikte hareket etmesini gerektirmeyen gerçek zorlayıcı önlemlerdir.

Roma Katolik Kilisesi tarafından kurulmuş hukukî düzen, uzun geleneği, desteklenmiş bir hukuka bağlılık ve açıldığı –evrenselliği savunulan- ulus aşırı alan nedeniyle, dinsel düzenlerin sadece en belirginidir. Kiliseye, çok sayıda Devletteki Kiliselere tanınmış özgürlüklerin, –ki bu Devletlerin her birinden doğan ve onlarda ortak olabilecek özgürlüklerdir-, kilise hukukunun hukukî doğasını tanıma olarak yorumlanması mümkün değildir. Kelsen tarafından haklı olarak dile getirilen, ulusal kamu hukuklarının yan yana gelmesine – ki bundan «*gemeinsames Recht (ortak hukuk)*»ın özellikleri ile uluslararası hukuk doğacaktır-yönelik eleştiri, burada da geçerlidir. Değişik kilise hukuklarının özerkliğinin, ne özel bir Devlet hukukunun ne de bunların birlikte aynı yöne yönelmelerinin desteğine ihtiyacı vardır.

Daha yakın zamanda ortaya çıkmış olan ve kanonik hukuk ile benzerliğinin, özellikle Devlet sınırlarını aşan bir organlar ağının oluşturulmasında ve ihraç tekniğine başvurulmasında kendini gösterdiği başka ulus aşırı hukukî sistemler de vardır. Birçok sportif örgütün durumu budur: Üyelere dayatılan yaptırımlar, devlet organlarının müdahalesi olmaksızın alınan para cezalarıdır, aynı şekilde örgüt şartının yükümlülüklerinden birini ihlâl eden sporcunun hizmet akdinin askıya alınması veya ihraç edilmesi önlemleri de söz konusu olur. Mademki, kilise mahkemeleri modeli üzerinden, spor federasyonları veya Uluslararası Olimpiyat Komitesi, kendilerine özgü ve kararlarının *exequatur* (takip eden, izleyen) olmaksızın uygulandığı yargılama kurulları kurdular, burada gerçek bir «özel adaletten» bahsedilebilir.⁹⁰ Dinsel bir mezhep veya sportif bir örgütün iştiğal ettiği insan

* Shunning, bir birey veya grupla ilişki kurmaktan özellikle kaçınmayı ve âdet olduğu üzere söz konusu kişi veya gruptan uzak durmayı ifade eder. Dinsel topluluklarda bir yaptırım türüdür. Aforoz veya üyelikten çıkarılmayı takiben uygulanır. ("Shunning", <http://en.wikipedia.org/wiki/shunning>, 05.04.2006.)

⁸⁹ *Paul v. Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc.*, 819 F 2d 875 (9th Cir. 1987), *certiorari denied*, 484 US 926 (1987); *Carrieri v Bush*, 419 P, 2 d 132, 137 (Wash. 1996); *Bear v Reformed Mennonite Church*, 341 A 2d 105, 107 (Pa. 1975). Öğretide, K. MILLER, «Damned if you do, damned if you don't: religious shunning and the free exercise clause», 137 *Univ. Pennsylvania L R* (1998), 271-302.

⁹⁰ Özellikle bkz. F. RIGAUX, «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, c. 213, (1989-I), no. 45, no. 196-198, no. 264.

faaliyetinin sınırlandırılmış alanında, kararlaştırılan önlemler ve alınan kararların sıklıkla Devlet hukukundan daha üst bir etkinliği vardır.

Uluslararası hukuk ile aynı şekilde «ilkel» olmaktan uzak olan böyle hukukî düzenler arasında yakın bir benzerlik bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler Şartı, yükümlülüklerinden birini yerine getirmeyen üye bir Devletin maruz kalacağı yaptırımlar arasında askıya alma ve ihraç da öngörür.⁹¹ Avrupa Konseyi'nin Statüsü benzer yaptırımlar içerir.⁹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları, Mahkeme'nin yetkisini kabul eden Devletlerin iç düzenlerinde icraî (exécutoire) etkiden yoksun olmakla birlikte, mahkûmiyetten sonra, Devletler, bazen ayak sürüyerek, uluslararası hukukî düzende kararın bağlayıcı gücünün gerektirdiği değişiklikleri iç hukuklarına getirirler. Boyun eğdikleri «zorlama», hiçbir Devletin dik kafalı Devleti «cezalandırmak» için başvurmayı düşünmeyeceği bir savaş veya misilleme tehdidi olmayıp, insan haklarına saygılı Devlet olma onurunu kaybetmek korkusudur.

Kelsen, hukukî düzen niteliğini dinsel düzenlere vermemek için, bunlardan doğan yaptırımı, [yaptırımın] etkilerini öte dünyaya bırakan, saf bir inanca dayanan varlığı «aşkın bir niteliğe» sahip olan «insanüstü bir otoriteye» atfeder.⁹³ «Katolik inancı» ile ilgili olarak, Kilisenin eylemlerinin Devlet zorlamasının ülkesel tekeli ile yarışa girmesi mümkün değildir; çünkü, «bu eylemlerin hiçbir (sözcüğün dar anlamında) zorlama niteliği yoktur»⁹⁴. Bununla birlikte dinsel bir düzenin hukukî niteliği, yeryüzü ötesi

91 Şartın 5. veya 6. maddesine uygun olarak.

92 5 Mayıs 1949'da Londra'da imzalanan Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8. maddesine uygun olarak.

93 *Théorie pure'de* (1962, § 5, c, s. 39-42) «aşkın yaptırımlar» «sosyal olarak içkin yaptırımlardan» ayrılmıştır. Birinci kategoriye ait olan dinsel «yaptırımlar» deneyden kurtulmuş öteki dünyada yerleşmiştir. Önceden bkz. KELSEN (1952), s. 5, s. 13-14. Fakat daha önceden (1925, s. 134), dinsel düzenlerin niteliğinin daha doğru bir görünümünü açıklamıştı: «Allein, wie jedne Ordnung, als ein System von Normen, kann auch die kirchliche Ordnung nur menschliches Verhalten zum Gegenstand haben, und kann – als erkennbare Ordnung- nur das irdische, diesseitige Verhalten der Menschen als den allein erkennbaren Gegenstand regulieren» (Bir normlar sistemi olan her düzen gibi dinsel düzen de yalnızca insan davranışını konu alabilir ve –tanınabilir bir düzen olarak- tanınabilir bir konu olarak yalnızca insanların dünyevi davranışlarını düzenleyebilir.) Ve aynı bağlamda: «Ist die Kirche Rechtsordnung, dann ist sie Staat» (Kilise hukuk düzeni olmuştaysa bu onun devlet olduğu anlamına gelir), bu «Religionsstaat» (Din devleti) olarak adlandırılır (s. 133).

94 KELSEN (1932), s. 203.

bir yaşam için ne düzenlediğine değil; fakat burada, aşağıda, cemaatinin üyelerinin etrafını saran ve onları sonsuz yaşama hazırlayan önlemlere bağlı olabilir. Eski özdeyiş, “*Kilise dışında kurtuluş yoktur*”, bir hukukî normun ifadesidir, kuşkusuz dinsel düzenin «temel normu»dur. Dinsel inancın sadık inananlarına söz verdiği kurtuluş türünü çok isteyenlerin, bir yarışmaya katılmayı arzu eden sporcunun, oyunların organizatörünün kendisine *dayattığı* koşullara uyması gerektiği gibi, bu amaca yönelik olarak lüzumlu eylemleri bu dünyada gerçekleştirmeleri gerekir. Böyle varlıkların iktidarı, onlara ait olan tekelden gelir. Hukukî bir düzenin hâlâ zorlayıcı niteliği ile tanımlandığını kabul etmek gerekiyorsa da; bunun, fiziksel zorlama eylemi uygulaması veya tehdidi ile sınırlandırılması mümkün değildir.

Kelsen'in düzenlenmiş bir zorlama uygulanmasına (maddî bir zorlamanın «dar» anlamında) onu, zorlayıcı doğasından kuşku duyulmayan «düzenlerin» niteliğini sorgulamaya götürür. Kelsen, Aziz Augustinus'tan hırsızlar çetesi örneğini ödünç alır.⁹⁵ Bu Kilise Babasına göre, kaba kuvvete başvurarak hüküm süren Roma İmparatorluğu ile hırsızlar çetesi arasında farklılık olmayacaktır. İkisi de hukukî düzen ismini hakketmez, çünkü Augustinusçu adalet düşüncesini karşılamazlar. Kelsen imparatorluklar (*regna- krallıklar*) konusunda kuşkusuz Aziz Augustinus'tan ayrılır; fakat hırsızlar çetesi karşısında gerekçesine sahip çıkmaksızın Piskoposun çözümünü korur. Kelsen, bir «örgütlü çetenin» üyelerinin aralarında kurdukları «iç düzen» ile bunların tehdit yoluyla bir üçüncü kişiye yönelttikleri veya gerektiğinde güç kullanarak uyguladıkları buyrukları pek yerinde olarak birbirinden ayırdıktan sonra, yine de böyle bir topluluğa hukukî nitelik vermeyi reddeder. Onun zincirleme cevabı benimsemiştir.

Eğer, bu topluluğu kuran ve aynı zamanda hem iç düzeni hem de dış düzeni içeren bu zorlama düzeni hukukî bir düzen olarak yorumlanmamışsa, eğer onun hükümlerine göre hareket etmek gerektiğine dair öznel anlamı, nesnel anlamı olarak da tanınmamışsa, bunun sebebi, kendisine göre bu düzene uygun olarak hareket etmek gereken temel bir normun varsayılmamasıdır, diğer bir deyişle: Neye göre, zorlamanın, bu düzenin belirlediği koşullarda ve biçimde uygulanmış olması gerekir? Fakat,

⁹⁵ *De civitate Dei*, IV, 4: Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? quia et latrocinia quid sunt nisi parva regna? (Adaletin azalması sebebiyle büyük soygunlar olmadıkça krallıklar nasıl olur? Zira zayıf krallıklar da olmadıkça soygunlar nasıl olur?)

neden böyle bir temel norm varsayılmaz? Kesin bir sonuca götüren soru buradadır. Temel norm varsayılmaz, çünkü daha doğrusu ne zamanki, bu düzenin sürekli etkisi yoktur, bu etkinin yokluğunda düzenle ilişkili olan ve onun nesnel geçerliliğini yaratan temel norm varsayılmaz. Çetenin eylemlerinin gerçekleştiği geçerlilik alanının içinde, hukukî düzenin normları, hukuka aykırı davranış olarak ele alınmış bu faaliyete gerçekten uygulanmış olduğunda; özgürlükten yoksun kılıcı ceza veya ölüm cezası olarak yorumlanan zorlama eylemlerince çete üyelerinin özgürlükleri ortadan kaldırıldığında hatta yaşamlarına son verildiğinde ve böylece çetenin faaliyetine bir sınır konulduğunda, açıkça söz konusu etkisi yoktur. Zira, bu, hukukî bir düzen olarak sayılan zorlama düzeninin, topluluk olarak hırsızlar çetesinin temelini oluşturan zorlama düzeninden çok daha etkili olduğunu ifade eder.⁹⁶

Kelsen'in düşüncesini doğru anlamak için temel olan *Theorie Pure (Saf Kuram)*'nin bu pasajı üzerine söylenecek çok şey olacaktır. Gerçekte, bu metin farklı yorumlara elverişlidir. Çare olarak görünen yorum; hırsızlar çetesinin hukukî düzenlerin tanrıları katına yükselmesine izin verilmemesi, (ad vererek belirtilmeksizin ilgili olan) Devlet hukukunun gücünün, *etkin olarak* onu zarar vermeyecek hale getirdiği durumlarla sınırlandırılmasından ibarettir. Fakat, bu yorum, mademki çözümlenmenin konusunu da ortadan kaldırmayı içeriyor, neredeyse anlamsızdır. Gerçekte bir başka düzenin üstün gücü sayesinde kökü kazınmış olan hırsızlar çetesini bir hukukî düzen oluşturamaz. Eğer hırsızlar çetesini belirli bir toprakta, sadece devlet güçleriyle değil; düzenliliğin bir biçiminin (bir toprağın coğrafi olarak bölünmesi veya mafyöz faaliyet çetelerinin kesimsel bölüşümü), sadece Devlet hukukunun gözünde suç olan faaliyetlerin rekabetini düzenlemesini, dışta bırakmak gerekmez, «savaşan» rakip çetelerle de birlikte var oluyorsa; ancak bu durumda bu çetenin doğası makul bir biçimde sorgulanabilir. Kelsen'in hırsızlar çetesini («Räuberbande» -haydutlar çetesini)⁹⁷, Şikago gansterlerinden ziyade Schiller'in «Brigands (Haydutlar)»ının romantik imgesinden doğmuştur. Birinciler birçok diğer hukukî düzen ile toprak esasına dayanarak etkinlik alanını bölüşürler. Bir dinin ayinlerini paylaşırlar, bir papazın ruhanî bölgesinin kilisesinde evlenirler ve çocuklarını vaftiz ettirirler, bir spor kulübünü desteklerler ve sadık müritlerini buraya yerleştirirler, gündüzleri ticarî

⁹⁶ KELSEN (1962), § 6, c, s. 65.

⁹⁷ KELSEN (1960), § 6, c, s. 48.

işletmeleri yönetirler, en saygıdeğer bankacılık kurumlarında suç parasını aklarlar, suç işlemelerine yardım eden taşıtlarını kaydettirirler, siyasal partilere para verirler, kamu sözcülerini satın alırlar... Ormanların Robin'i veya «Carmen»in kaçakçıları gibi Devlet düzeninin dışında yaşamaktan uzak olan «hırsız çeteleri», özellikle Devletinki gibi diğer hukukî düzenlerin içinde yer alırlar ve Kelsen'in metninin salık vermiş gibi görüldüğü "ya hep ya hiç" düşüncesi, çözümlenmeye çaba harcanan olayı, tanınmaz hale getirecek kadar derin bir şekilde biçimsizleştirir.

Tabii ki, yukarıda aktarılan metnin başka bir yorumu da mümkündür. Bu yorum, yanlış bir şekilde «kanun kaçakları» olarak adlandırılan kişilerin üzerinde hareket ettikleri ülkesel alanda, hukukî bir düzeni nitelendirmekten ibarettir. Zira, bu kişiler tasarılarına hizmet eden kurallara tam olarak uyarlar. Hiç kuşku yok ki, ilgili olan Devlettir ve temel normunun benzer bir normun diğer düzenlere her şekilde atfedilmesini dışarıda bırakma sebebi, diğer düzenleri yasa dışı olarak görmesidir. Hırsızlar çetesinin gerçekten ortadan kaldırılması gerekli olmayıp (birinci yorum), üyelerinin kaçak veya yeraltında yaşamaya zorlanması yeterli olacaktır. Çünkü, düzenledikleri kurallar, örgütlü suçun kökünü kazımayı başarmaksızın asıl etkinliğinin onun güpegündüz ortaya çıkmasını önlemeye yettiği bir başka hukukî düzen tarafından getirilmiş yasallık ölçütlerini karşılamaz. Ülkesinin bütününde Devletin üstlendiğini ileri sürdüğü fiziksel zorlama uygulaması tekeli, oldukları kadar etkili diğer düzenlerin hukukî niteliğinin tanınmasını, bunlar Devletin sonsuz erkinin iradesine («egemenliğine») meydan okuduğunda, reddedecektir. Kelsen'in öğretisinin altında bulunan hukuk tanımı; egemenliğin aldatici görünümünün, düzenlenmiş bir zorlama sisteminden, yarışan her uygulamayı atamaması için, özel hukukî bir düzenin, Devletinkinin, işleyişine uygun olarak çok doğru bir biçimde yapılmıştır. Diğer hukukî öğretiler kadar, hukukun saf kuramı da, kendine özgü bir kesinlikle özel bir sosyal deneyimi, çağdaş Devletinkini açıklar.

d) Doğal hukuka yapılan her başvurunun ihracı

Doğanın kanunu (*law of nature*) veya doğal hukuk (*natural law*) değişik anlamlara gelebilir. Bunlardan ikisi özellikle önemlidir.⁹⁸ Birincisi olayların gözlenmesinden kaynaklanır: cinsel

⁹⁸ Kelsen'in kendisi (1937), s. 236-237, biri var olan hukukî düzenleri destekleyen muhafazakâr düşünce, diğeri doğal adaletle başvurarak pozitif hukuku reddeden düşünce olmak üzere iki doğal hukuk okulunu ayırır.

çekim, insan üremesinin kanunları, insan bedeninin gürbüzlüğü veya kırılabilirliği; kişinin sağlığı, bir çocuk sahibi olma ve gebeliği kesintiye uğratma konularında kullanabileceği yetenekler, ergin yaşı geçerek kişinin doğumundan ölümüne kadarki evrimi, ölümün şaşkınlığı... Doğa kanununun bu ilk versiyonu, deneyim özdeyişlerinin bir yığılıdır. Doğal hukukun bir başka versiyonu, (doğal) adalet kavramının çevresinde, insan hareketlerinin kendisi için saptanmış amaçlara bağlanması suretiyle açıkça ortaya çıkar.⁹⁹ Mutluluğu arama, eşitlik ve özgürlük ilkeleri, doğal kaynakların ve endüstrinin ürettiği malların daha iyi bölüşümü, savaşın ve sebeplerinin yok edilmesi söz konusu amaçlardandır. Bu sonuncusu özellikle uluslararası hukukla uyumludur. Saf hukuk kuramı, doğal hukukun iki versiyonunu da dışarıda bırakır. Çünkü, birincisinde olgu mülahazaları, olan (*sein*) veya gerçekleşenin gözlemi «saf» bir kuram ile uyuşmaz; ikincisinde ise hukukî düzenin geçerliliğinin dayandığı temel norm, belirlenmiş hiçbir içerik verilemeyecek «aşkın- mantıksal varsayım»dır.¹⁰⁰

Bununla birlikte, Kelsen'in bu düşüncesinin *Théorie Pure*'den itibaren bu noktada sertleştiğine inanmak mümkündür. 1920 tarihli eseri ve uluslararası barış hakkındaki bazı makaleleri, pozitif hukukun insanî amaçlarını daha fazla benimser. 1920'nin gelişmeleri ve sonuçları -mantık silsilesi nedeniyle- uluslararası hukukun üstünlüğüne uygun bir dünya düzeninin gerekliliği üzerinde dururken; *Reine Rechtslehre*'nin yazarı, monizmin bu versiyonu ile Devlet hukukunun üstünlüğünü benimseyen monizm arasında karşılıklı değerleri açısından seçim yapmayı reddeder. 1920'de Kelsen, tek bir evrensel hukuk sisteminin önbelirtisi olan Christian Wolff'un *civitas maxima*'sını¹⁰¹ (*en üst devlet*) benimsemiş görünür. Böylesi bir şema sadece yüksek siyasal değeriyle doğrulanmamıştır (barışçıl bir dünya düzenini kurmaya daha elverişlidir); fakat, hukukun nomolojik doğası nedeniyle de salık verilmiştir. *Civitas maxima* global bir birimin nesnel niteliğini ifade ederken, Devlet hukukunun üstünlüğünü benim-

Birinci okul hukukî bir düzenin hazırlanmasına zorunlu olarak yardım eden olgulara, ikincisi doğal hukuka dayanır. Ayrıca bkz: KELSEN (1971), s. 137-197; s. 27-60.

⁹⁹ Doğal hukukçu düşüncenin dört eğilimi arasında bir ayrım için bkz. F. RIGAUX, *La vie privée, une liberté parmi les autres* (Bruxelles, Larcier, 1992), s. 189-220.

¹⁰⁰ KELSEN (1962), § 34, d, s. 266; (1960), s. 204, *Die Grundnorm als transzendentallogische Voraussetzung*.

¹⁰¹ KELSEN (1920), Neuntes Kapitel: *Das Völkerrecht als civitas maxima*.

seyen monizm, Devlete ilişkin öznelliğin yayılması anlamına gelir.¹⁰² Bilinçli olarak monizm yolunu seçen kişinin, mantıken evrensel hukuk düzenini uluslararası hukukun biçimi olarak benimsemesi gerekir. Uluslararası hukukun hukukî niteliğini oturtmak için, haklı savaş öğretisine verilen yere ilişkin ortadan kaldırılması gereken bazı kuşkularda vardır. Böylesi bir öğretiyi, bir gerçeklikten daha çok bir inanç konusudur ve Kelsen'in ona verdiği işlev, silahların kaderinin hiçe sayılmış bir hukukun habercisine yardımcı olmasını gerektirecektir. Uluslararası suçların düzeltici aracı olarak, Tanrı'nın yargılamasındaki mitik bir güvenden ayrılamaz.¹⁰³ Bu itirazın da ötesinde, ayrıca, haklı savaş öğretisi, ancak zorlukla saf bir hukuk kuramıyla uzlaştırılan uluslararası ahlâk unsurunu yeniden [hukuka] sokar.

III.- Hukukî Monizm Hakkında Düşünceler

Devlet hukukunun üstünlüğünü benimseyen monizm ile uluslararası hukukun üstünlüğünü benimseyen monizm arasında seçim yapmaya iten sebepler gerçekten tamamen etik nitelikte midir?¹⁰⁴ Monizm, pozitif hukukun çözümlenme varsayımı olarak kabul edildiğinde; uluslararası hukuk üzerinde önceliğini kullanan Devlet hukuk sistemlerinin azalması (démultiplication) nedeniyle, önceden, sebebi, monizmin diğer versiyonunun gerçekten bir plüralizme yol açması olsa bile, uluslararası hukukun üstünlüğü lehine mantıksal argümanlar vardır. Ayrıca, eğer Kelsen'in yaptığı gibi, uluslararası hukukî düzenin başlıca işlevlerinden birinin Devlet hukuklarının geçerlilik alanını belirlemek olduğu kabul edilirse¹⁰⁵, üstünlüğünün teyidinden kurtulmak zordur. Kelsen egemenlik kavramının ideolojik ve metajüridik (hukuk dışı) niteliğini, kendi devrindeki bütün diğer bilginlerden daha fazla ortaya koymuştur.¹⁰⁶ Devlete verilmiş egemenlik, temel normunun türetme yoluyla başka bir hukukî sistemden gelmemesine bağlıdır. Bu yüzden, eğer Devlet uluslararası hukuka uymak zorundaysa, onun sadece kısmî bir düzen olarak

¹⁰² Staats-Ich'in (Devletin "ben"i) bir eleştirisi için, bkz. KELSEN (1930), s. 23-33; (1933 b), s. 23.

¹⁰³ «Self-help» hakkında, bkz. Robert W. TUCKER tarafından KELSEN (1952), s. 64-87, ikinci baskısında yer verilen açıklamalar.

¹⁰⁴ KELSEN (1926), s. 313-314; (1952), s. 444-447; (1953), s. 193; (1962), § 44, s. 449-452.

¹⁰⁵ KELSEN (1926), s. 249-262; (1932), s. 182-311; (1952), s. 205-209.

¹⁰⁶ KELSEN (1920), s. 240; (1953), s. 5, s. 85; (1933 b), s. 22.

(*Teilordnung/kısmî düzen*)¹⁰⁷, federe birimden ne daha fazla ne daha az egemen olduğu ilân edilebilir.¹⁰⁸ Uluslararası hukukun hukukî niteliği lehinde karar alınırken ve savaş ve misillemenin zorlama niteliği ile yanlış bir biçimde gerekçelendirilmesine rağmen, Kelsen türemenin yönüne ilişkin tereddüdünde ısrar eder. İç hukuktan uluslararası hukuka doğru mu yoksa tersi mi söz konusudur? Fakat, Kelsenci iki varsayım yani monizm ve uluslararası hukukun hukukî doğası bir kez birleşmiştir; bu durumda, iç hukuklar ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkiler, ikincinin önceliğinden başka türlü nasıl tasarlanır?

Devlet hukukunun önceliğini benimseyen monizmin mantıksal olasılığını destekleyen gelişmiş argümanlardan biri, hiçbir konunun hukukî bir düzenin yetki alanından ihraç edilemeyeceğidir. Daha önce başvurulmuş olan bu öğretinin pozitif görünümü, insanın her durumunun uluslararası hukukun etki alanı içine girmeye elverişli olduğudur. Fakat, bunun gibi, hukukî düzenin benzer esnekliğinin sapkın sonucu, devletlerarası bir durumu düzenlemek için Devlet hukukunun yetkisidir. Bununla birlikte, eğer, Devletler arası bazı ilişkiler iç hukuk anlayışından kurtarılsa, söz konusu ilişkileri düzenlemeye tek elverişli olan uluslararası hukukun bir kısmının, Devlet hukukunun bir dalı olarak görülme olasılığı son bulacaktır. Zira, son yazılarında Kelsen kabul eder ki:

There are, it is true, certain matters specific to international law, matters which can be regulated only by norms created by the collaboration of two or several states. These matters are –as pointed out- the determination of the sphere of validity of the national legal orders and the procedures of creating international law itself.¹⁰⁹ (Doğrudur, uluslararası hukuka özel bazı konular, ancak, iki veya birkaç devletin işbirliğiyle yaratılan normlar tarafından düzenlenebilecek konular vardır. Bu konular – belirtildiği gibi- ulusal hukukî düzenlerin geçerlilik alanlarının belirlenmesi ve uluslararası hukukun kendini/bizzat uluslararası hukuku yaratma usulleridir.)

Fakat, bu, Devlet hukukunun önceliği altında hukukî düzenin bütünlüğünün, en azından örtülü olarak, mahkûmiyetini getirmez mi?

¹⁰⁷ KELSEN (1920), s. 128-130. (Ç.N. Makalenin asıl metninde 108. dipnotudur.)

¹⁰⁸ KELSEN (1953), s. 79-85, s. 81. (Ç.N. Makalenin asıl metninde 107. dipnotudur.)

¹⁰⁹ KELSEN (1952), s. 406; (1953), s. 117.

Hukukî monizm, kuşkusuz saf hukuk kuramının en temel yönüdür. Kelsen, düalizmin her biçimini; doğal hukukun bir eşili* olarak kavranmış pozitif hukukun, Devlet ile hukukun ayrılmasının veya Platon'un Fedon'unun «kötümser düalizminin» - ki orada beden bu düalizme eşlik eden «antisosyal eğilim» ile ruhun hapishanesi olarak anlaşılır- söz konusu olmasını reddeder.¹¹⁰ Fakat, hukukî düşüncüyü -ve gerçeği- bir zırh içine kapatma tehlikesi bulunan bir varsayımın, doğruluğu hakkında kuşku uyandırması gerekmez mi? Bir başka varsayım olan hukukî plüralizm, hukukî düzenlerin çokluğunu ve özellikle de çeşitliliğini kavramaya daha elverişli görülür.

Hukukî plüralizm kavramının kendisi çokanlamlıdır. Öncelikle, tüm hukuk sistemlerinin tek bir kalıba uyarlanmadığını ifade eder. Kelsen'in monizminin kırılabilirliği, onun hukuk tanımını çok doğru bir biçimde Devlet hukukunun, hatta Devlet hukukunun belli bir tipinin geleneksel niteliklerine uydurmuş olmasıdır.¹¹¹ Kuşkusuz, bu tespit ağırlaştırıcı bir durumla birlikte hukuk doktrininin nerdeyse tamamınca teyit edilir. Söz konusu ağırlaştırıcı durum, kuramcının sıklıkla özel bir devlet modelinden esinlenmiş olmasıdır. Esinlendiği, doğduğu, eğitim öğretim gördüğü veya ders verdiği için onun için en bildik Devlettir. Fakat, bu kusur, tutkularının yoğunluğu, dehasının beslemeyi başardığı beklentileri, görünür kesinliği - ki bununla ona sahip olmasına rağmen sızan yabancı cisimleri gizlemeye çabalar- ile Kelsen'de daha da görünür hale gelmiştir.

Global hukukî düzenin monizmi, temel hukukîlik (juridicité) ölçütünün çok sınırlayıcı anlayışına, düzenlenmiş bir zorlama uygulamasına, dayanır. Fakat, monist yanlış, burada, fiziksel zorlamadan başka usul kabul etmemekten ibarettir. «Sağırlandırılmış hukukun (droit assourdi)» (*soft law/yumuşak hukuk*)¹¹² farklı türlerinin ortaya çıkışı, bir maddî zorlama alanının münhasır üstünlüğünden yoksun zorlama eylemlerinin önceden incelenmiş örneklerine eklenir.

Hukukî plüralizmin bir başka anlamı çok bayağı görünme tehlikesiyle karşı karşıyadır. Paylaştıkları kendine özgü özelliklerle

* Ç.N. Bir dilde aslı aynı olan iki sözcükten her biri.

110 KELSEN (1933 a), s. 74-77.

111 Bir uygulaması, «Religionsstaat» olarak Kiliseye ait hukukun tanımında görülür, not. 93.

112 F. RIGAUX, (not 90), no. 256, no. 264: I. SEIDL-HOHENVELDERN, «International Economic Soft Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, c. 163 (1979-II), s. 165-246.

rine göre gruplara ayrılan hukukî düzenlerin çokluğu, Devlet hukukları, dinsel, sportif, ekonomik düzenler ve diğerleri... Bütün bu hukukî düzenler arasında, uluslararası hukuk sadece kendisine ait bir yer işgal eder. Teklik onun temel özneliğidir. Bunun nedeni sadece yöneliminin ekümenik olması değil, fakat aynı zamanda bir tek örnek (hapax)* olmasıdır: Başka hiçbir hukukî düzen ile paylaşmadığı kendine özgü özellikleri vardır ve başka yerde ortaya çıkarılabilir öznelikleri farklı bir biçimde düzenler. Uluslararası hukukun hukukî doğası hakkında kendi kendine sorular soranların başlıca hatası, onun, öngörülebileceği gibi Devlet hukukuna özel bir dikkatle, daha tanınmış ve daha iyi kanıtlanmış görünen hukukî özelliklere sahip bir modele uyarlanmış olup olmadığını doğrulamaktan ibarettir. Evrensel hukukî düzen içinde, hukukî, dinsel, ekonomik, kültürel sistemlerin çokluğu vardır¹¹³ ve burada yeniden sınıflandırıcı (classificatoire) isteğin bir türü bilginleri sarar. Avrupa Topluluklarının, sonra Avrupa Birliği'nin nitelendirilmesine ilişkin tartışmalar bir göstergedir. Kelsen'in sentezinin en hassas kısmı, her hukukî düzen kendine özgü hukukîliğin terimlerini tanımlarken, Devlet hukukuna ve belki de sadece XIX. yüzyılın *Rechtsstaat*'ına uyarlanmış bir hukuk tanımının işgal ettiği yerdir. Hukuk biliminin hukukun tanımı üzerinde uygulayacak hiçbir yetkisi yoktur.

Hukukî plüralizmin en temel kuramcılarında biri olan Santi Romano'dan¹¹⁴ farklı olarak, Kelsen'in biraz çok uğraşmış gibi görüldüğü uluslararası özel hukuktaki kanunlar ihtilâfi sorunu, monist varsayımın eksik niteliğinin altını çizmeye hâlâ yardım eder. «Bir kişi» farklı hukukî sistemlerden kaynaklanan birbiriyle bağdaşmaz buyruklara boyun eğebilir. İslam dinine mensup bir Faslı'ya evlenme teklif eden vaftiz edilmiş İtalyan vatandaşa buna örnektir. İtalya'da kıyılmış medenî nikâh, İtalyan hukukuna göre geçerlidir, fakat kanonik hukukta etkisiz ve Fas hukukunda yasaklanmıştır. Eğer bunu kanonik bir ayin takip etmişse, Katolik Kilisesinin hukukî düzenine girer. Kelsenci çözümlenmeye uygun olarak (*supra*, II, b), üç hukukî düzen aynı «kişiyi» muhatap almaz. Eşlerin her biri, yalnız bir hukukî düzen tarafından ona verilen ve yarışan sistemler içinde uygunsuz olan

* Ç.N. Belirli bir dönemde ortaya çıkan tek bir sözcük, biçim veya kullanım.
 113 Bunun ortaya çıkışını, Kelsen'in kendisi iyi sezmiştir.
 114 L'ordinamento giuridico, Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto. Parte prima (Pisa, Tipografia editrice Cav. Mariotti, 1917). özellikle s. 93 ve devamı.

veya bu sistemlerde aynı anlamı taşımayan özniteliklerin taşıyıcısıdır. Kanonik hukukî düzene katılmayı belirleyen vaftiz, İtalyan hukukî düzeni için uygun değildir ve bir Müslüman kadının bir gayrimüslim evlenmesini yasaklayan bir İslam ülkesinin hukukuna göre ihraç etkisine yol açar. Tam tersine, genç kızın inananlar topluluğuna aidiyeti Fas hukukuna göre esastır, medenî hukuk düzeninde uygunsuzdur ve kanonik hukuka göre dinler farklılığı özel engelini oluşturur. Böylece, insan, var olan birey, onu kendisinin olarak tanıyan hukukî düzenlerin her birine girmesine hizmet eden ve onu uygun buyrukların muhatabı kılarak her bir başkasının münhasır hukukî ilişkisine katılmasını sağlayan farklı maskeler takar. Hiçbir mantıksal itiraz, birbirlerinden bağımsız olarak hareket eden üç hukukî düzeni karşı karşıya getirmez. «Kanunlar ihtilâfına» gelince, bu konu her sistemin eşit olarak sorumluluğundadır ve Kelsenci öğretiyeye de uygun olarak, ona son veren bir kararla sonuçlandırılır. Fakat, ne var ki (hukuk anlamında değil, ama yaşam deneyimi anlamında) aynı kişi çelişik buyruklara bağlıdır ve eğer hukuk bilimi hukukî olmasa bile varoluşsal olarak çatışık (conflictuelle) bir durumu aşmak istiyorsa, bu sadece plüralist bir yöntemle olabilir.

Kelsen'in Eserleri

(1911 a) *Hauptproblemen der Staatsrechtslehre*, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, Mohr, 1911.

(1911 b) *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen, Mohr, 1911.

(1920) *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920.

(1925) *Allgemeine Staatslehre*, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausg. von E. Kohlrausch. W. Kaskel, A. Spiethoff, Bd XXIII, Verlag von Justus Springer, Berlin, 1925.

(1926) «Les rapports de système entre le droit et le droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 14 (1926-IV), 231-331.

(1928 a) *Die philosophische Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Philosophische Vorträge veröffentlicht von der Kant-Gesellschaft, Bd 31, Pau Verlag, Rolf Heise, Charlottenburg, 2, 1928.

(1928 b) «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)», 35 *Revue de droit public et de science politique* (1928), 197-257.

(1929 a) *Justiz und Verwaltung*, Wien, Springer, 1929.

(1929 b) *Vom Wesen und Wesen der Demokratie*, 2e umgearbeitete Auflage, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1929. (Ç.N. Bu kitap Türkçe'ye çevrilmiştir. Demokrasi, Mahiyeti, Kıymeti, Çeviren: Prof. Dr. E. Menemencioğlu, İstanbul Devlet Basımevi, 1938.)

(1930) *Der Staat als Integration*, Wien, Springer, 1930.

(1931) *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin-Grünwald, Rothschild, 1931.

(1932) «Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 42 (1932-IV), 121-351.

(1933 a) «Die platonische Liebe», 19 *Imago: Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse* (1933), 34-98; 225- 255.

(1933 b) *Staatsform und Weltanschauung*, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1933.

(1934) *Reine Rechtlehre*, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Franz Deuticke, Leipzig und Wien, 1934.

(1935) *The Legal Process and International Order*, The New Commonwealth Institute Monographs, London, Constable and Co Ltd, 1935.

(1937) «The Function of The Pure Theory of Law», *Law, A Century of Progress 1835- 1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, s. 231-241.

(1941) «Essential Conditions of Internatioanal Justice», *Proceeding of the 35th Annual Meeting of The American Society of International Law*, Washington, 1941, 70.

(1942) *Law and the Peace in International Relations*, The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940- 1941, Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, 1942.

(1943) *Society and Nature*, A Sociological Inquiry, The Univ. of Chicago Press, Chicago, Ill., 1943. Aynı eser, Almanca bir yayının konusu olur: *Vergeltung und Kausalität*, Eine soziologische Untersuchung, W.P. von Stockum and Zoon, The Hague, Chicago, Ill., The Univ. of Chicago Press, 1946.

(1944) *Peace through Law*, Chapel Hill, The Univ. of North Carolina Pres, 1944.

(1945 a) «The Old and the New League: The Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals», 39, *American Journal of International Law* (January 1945), 45-83.

(1945 b) «The Legal Status of Germany according to the Declarartion of Berlin», 39, *American Journal of International Law* (1945), 518-526.

(1950) *The Law of the United Nations*, A critical Analysis of its Fundamental Problems, London, Stevens and sons, 1950.

(1952) *Principles of International Law*, Rinehart and Company, Inc., New York, 1952. Bu çalışmanın ikinci baskısı Robert W. Tucker tarafından düzeltmelerle birlikte basılmak üzere hazırlanmıştır, Holt, Rinehart and Company, Inc., 1966. Aksi belirtilmedikçe, bahsi geçen ilk baskıdır.

(1953) «Théorie du droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 84 (1953-III), 5-203.

(1960) *Reine Rechtslehre*, Zweite, Vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 1960, Nachdruck 1992, Österreichische Staatsdruckerei, Wien, 1992.

(1962) *Théorie pure du droit*, Charles Eisenmann tarafından yapılan «Reine Rechtslehre»'nin 2. baskısının Fransızca çevirisi, Paris, Dalloz, 1962. (Ç.N. Söz konusu çevirinin "Droit et Etat" (Hukuk ve Devlet) adlı VI. Faslı altındaki 41 nolu ve "L'identité de l'Etat et du Droit" başlıklı kısım (s. 378-420) Türkçe'ye çevrilmiştir. "Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği", Çev. Cemal Bali Akal, *Devlet Kuramı*, Derleyen: Cemal Bali Akal, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2000, s. 425-456.)

(1970) *The Pure Theory of Law*, Max Knight tarafından yapılan «Reine Rechtslehre» (1960)'nin Almanca (gözden geçirilmiş ve genişletilmiş) 2. baskısından çeviri, Univ. of California Press, Berkeley, 1970.

(1971) *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Collected Essays by Hans Kelsen, Univ. of California Press, 1971.

(1973) *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Ota Weinberger tarafından seçilmiş ve takdim edilen, D. Reidel Publ. Cy, Dordrecht/Boston, 1973.