

KELSEN'İN SON HAMLESİ*DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899934>

Neil DUXBURY**

(Çev.) Arş. Gör. Hüseyin DENGİZ***

Öz

Hans Kelsen, saf hukuk kuramı ile yirminci yüzyıl hukuk felsefesini derinden etkilemiştir. Bu kuramı yaklaşık elli yıl boyunca geliştirip sürdürmüştür. Ancak ömrünün sonuna doğru bu kuramda bazı önemli değişiklikler yapmıştır. Kuramının en karakteristik ögesi olan temel normda yaptığı değişiklik bunlardan biridir. Kelsen, önceki metinlerinde temel normu, hukuki düşüncedeki bir önvarsayım olarak tanımlarken, son döneminde temel normun bir kurgu olduğunu söylemiştir. Bu makalede, Kelsen'in söz konusu radikal değişikliği neden yapmış olabileceği hususu tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kelsen, Norm, Temel norm, Saf hukuk kuramı, Önvarsayım, Kurgu, Vaihinger

KELSEN'S ENDGAME**Abstract**

Hans Kelsen deeply influenced twentieth century legal philosophy with his pure theory of law. He developed and maintained this theory for nearly fifty years. However, towards the end of his life, he made some important changes in this theory. The change he made in the basic norm, which is the most

* Cambridge Law Journal'da yayınlanmış bu yazı (bkz. Neil Duxbury, "Kelsen's Endgame", *Cambridge Law Journal*, 67 (1), March 2008, pp. 51-61, doi:10.1017/S0008197308000068), yazarın ve derginin izni ile çevrilmiştir.

** Hukuk Departmanı, London School of Economics

*** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı (e-posta: dengizhuseyin24@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2978-414X> (Makalenin Geliş Tarihi: 08.11.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 11.11.2020/ Makale Kabul Tarihi: 05.01.2021)

characteristic element of his theory, is one of them. While Kelsen defined the basic norm as a presupposition in legal thought in his previous texts, he stated that the basic norm in his last period was a fiction. This article discusses why Kelsen might have made the radical change in question.

Keywords

Kelsen, Norm, Basic Norm, Pure theory of law, Presupposition, Fiction, Vaihinger

Eğer tüm normların üzerinde olan bir süper-norm varsayabiliyorsak, ondan daha üstün başka bir süper-norm da varsayabiliriz ve bu şekilde sonsuza kadar devam eder. Tıpkı dünyayı taşıyan fil ve kaplumbağada olduğu gibi¹. Bunun bir işe yaramadığı aşikârdır².

I

Kelsen önemli bir hukuk felsefecisidir. Yaşadığı süre içerisinde dört yüze yakın yayın yapmıştır; kitaplarının çevirisi ve kitapları hakkında yazılmış yazılar da hemen hemen bu sayının yarısı kadardır³. Bu yazılar hukuk ile ilgili olan veya olmayan birçok konuyu ele alır. Kelsen hakkında hiçbir şey bilmeden Kelsen'in eserlerinin bibliyografyasını inceleyen bir kişi, onun ciddi bir entelektüel proje geliştirip sürdürmeyen ve enerjisini sonsuza dek konudan konuya atlayarak tüketen huzursuz eklektiklerden biri olduğunu düşünebilir. Hâlbuki Kelsen, ana entelektüel takıntılarını sürdürmekte oldukça inatçı biridir. Temel projesi olan saf hukuk kuramına 1910'ların başında başlamış ve 1960'lara kadar sürdürmüştür. Çağdaşlarının birçoğu bu projeyi sürdürme vizyonuna ve enerjisine hayran kalmıştır ve saf kuram hakkındaki birçok kitap ve makale, hukukbilimcileri bugün dahi meşgul etmektedir. Saf kuramı titizlikle geliştirmiş ve sağlam bir şekilde savunmuştur. Kuramı hakkında yapılan acımasız ve haksız eleştirilerin cevabını vermiştir⁴. Kelsen'in eleştirilenlere verdiği yanıtları okuyan bir kişinin, onun kuramsal inançlarının sarsılmaz olduğunu düşünmesi muhtemeldir.

¹ Burada bahsedilen Dünya Kaplumbağası (*World Turtle, Cosmic Turtle, World-bearing Turtle*) mitidir. Buna göre, dünya bir filin üzerinde, fil ise bir kaplumbağanın üzerinde durmaktadır. John Locke kitabında bu mite göndermede bulunmuştur: "...dünyayı büyük bir filin taşıdığını söyleyen Hintliye fili neyin taşıdığı sorulduğu zaman onun düşeceği durumdan daha iyi bir durumda olmaz; Hintli, fili bir büyük kaplumbağanın taşıdığını söylemiş, fakat kaplumbağayı neyin taşıdığı sorulduğunda onu da bilmediği bir şeyin taşıdığı yanıtını vermişti". **Locke**, John: İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme, (çev. Vehbi Hacıkadiroğlu), Ara Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 184-185 (çevirenin notu).

² **Buckland**, W. W.: Some Reflections on Jurisprudence, Cambridge, 1945, s. 21.

³ İkincil literatürün ne kadar geniş olduğu hakkında bir fikir edinmek için bkz. **Green**, Michael Steven: "Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems", *Alabama L. Rev.*, 54, 2003, s. 365, 410-13.

⁴ Kelsen'in seksen dört yaşında iken, Paul Amssek ve Julius Stone'a cevap olarak yayınladığı uzun ve teknik olarak son derece iyi olan şu yazılar örnek olarak verilebilir: **Kelsen**, Hans: "Eine Phänomenologische Rechtstheorie", *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 15, 1965, s. 363; **Kelsen**, Hans: "Professor Stone and the Pure Theory of Law", *Stanford L. Rev.*, 17., 1965, s. 1128. Gerek Amssek gerekse Stone, saf hukuk kuramını temelsiz olarak nitelendirmişlerdir. Kelsen yanıtlarında, her iki düşümenin eleştirilerinin dayanaksız olduğunu öne sürmüştür.

Ama aslında öyle değildir; Kelsen'in, kendi kuramındaki yanlışları görmeyi reddettiğini düşünmek bir hata olur. Bununla birlikte, kabul ettiği yanlışlar, genellikle başkalarının işaret ettiği hususlara değil kendi kendini eleştirdiği hususlara ilişkindir. Yani Kelsen'e göre, saf hukuk kuramını en iyi anlayan eleştirmen, yine Hans Kelsen'dir. Kendi hukuk projesine yönelik şüpheleri hiç de az değildir. Hukuk felsefecileri, Kelsen'in ömrünün sonuna doğru saf kuramda iki radikal değişiklik yaptığını iyi bilirler. Birinci değişiklik şudur: Kelsen, bir norm sistemi içerisinde, çatışan normların aynı anda geçerli olamayacağını çok uzun yıllar boyunca savunmuştur. Ancak 1960'larda fikrini değiştirmiş ve her ne kadar mantıkta böyle bir şey mümkün olmasa da, birbiriyle çatışan normların bir hukuk sistemi içerisinde aynı anda geçerli olabileceğini ve bunun hiçbir sorun çıkarmayacağını iddia etmeye başlamıştır⁵. Kelsen'in çatışan normlar konusunda, nihai olarak nasıl bir sonuca ulaştığı belirsizdir (Joseph Raz, her ikisi de geçerli olan iki kanun ile bir eylemin hem yasaklanıp hem de serbest bırakılabileceğini kabul etmeyi gerektiren bu mantığa "deli mantığı" demiştir⁶). Buna rağmen, en azından son yazılarının bazılarında ulaştığı sonucu bulmak mümkündür⁷. Bununla birlikte, kuramındaki ikinci radikal değişimin (bir hukuk sisteminin temel normuna ilişkin fikrini değiştirmesinin) net bir açıklamasını bulmak için uğraşmak boşuna olacaktır.

⁵ Ölümünden sonra yayınlanan *General Theory of Norms* kitabında şöyle demektedir: "Genel normlar arasındaki çatışmalar söz konusu olduğunda, *Pure Theory of Law* (1960 yılında yayınlanan son baskısı) kitabımda da iddia ettiğim gibi, bu çatışma *Lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun önceki kanundan üstündür) ilkesi ile çözülemez. Bu durumda çatışan normlar anlamsız ve geçersiz olmayacaktır. Her iki genel norm da anlamlıdır ve geçerlidir." **Kelsen**, Hans: *General Theory of Norms*, (trans. M. Hartney), Oxford, 1991, s. 214 (Parantez içleri Duxbury'ye aittir).

⁶ Bkz. **Raz**, Joseph: "Critical Study: Kelsen's General Theory of Norms", *Philosophia*, 6, 1976, s. 495, 502-4.

⁷ Özellikle bkz. **Kelsen**, Hans/**Klug**, Ulrich: *Rechtsnormen und Logische Analyse. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*, Vienna, 1981, s. 14-29, 36-8, 42-51, 87-91; **Kelsen**, Hans: *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ed. O. Weinberger, Dordrecht, 1973, s. 228-75; **Kelsen**, Hans: *General Theory of Norms*, 5, s. 211-51. Kelsen 1960'lar boyunca, ulaştığı bu sonucu eleştirmenlere karşı savunmaya çalışmıştır. Ancak 60'ların sonuna doğru, görüşünü savunabilmek için adeta mücadele etmek zorunda kalmıştır. *Rechtstheorie* adlı derginin editörüne Eylül 1968 de şöyle demektedir: "İlerleyen yaşım nedeniyle hafızam zayıfladı ve diğer zihinsel yetilerimin de etkilenmesinden korkuyorum. Artık başka bir şey yayınlamam gerektiğine inanıyorum". **Adomeit**, Klaus: "Hans Kelsen", *Rechtstheorie*, 4, 1973, s. 129. Yazının orijinalinde yazar derginin sayısını "dokuz" olarak yazmıştır. Ancak söz konusu yazı dokuzuncu değil dördüncü sayıdadır (çevirenin notu).

Genel hatlarıyla ifade edecek olursak, Kelsen, mesleki yaşamının büyük bir bölümünde temel normu bir önvarsayım (vatandaşların, tarihsel olarak ilk anayasaya uygun olarak oluşturulmuş hukuk normlarına uymaları gerekir) olarak düşünmüştür. Bir hukuk sisteminin tüm normlarının nihayetinde temel normdan kaynaklandığını ileri sürmüştür. Çünkü varsaydığımızı bildiğimiz bu norm olmadan pozitif bir hukuk bilinci mümkün olamazdı⁸. *Pure Theory of Law (Saf Hukuk Kuramı)*'un birinci ve ikinci baskısı arasındaki çeyrek asırlık süre içerisinde, Kelsen'in temel norm anlayışı prensipte değişmeden kalmıştır⁹. Kitabın 1934'teki ilk baskısında temel normu şöyle açıklamıştır: “Basitçe temel norm, her pozitivist hukuki bilgi anlayışı için gerekli olan varsayımı ifade eder. Bir hukuk normu olarak değil... tüm hukuk yaratımının öngörülen bir koşulu olarak geçerlidir”¹⁰. Her hukuk normu “özel bir eylemle yaratılır... akıl ile değil irade eylemiyle”¹¹ - rastgele bir irade ile değil, hukuk normu oluşturmak için hukuki olarak yetkilendirilmiş bir kişinin veya kurumun iradesi ile. Norm yaratan kişi veya kurum, başka bir hukuk normu tarafından yetkilendirilmiştir. Ve yine bu hukuk normu da, başka bir hukuk normu ile norm çıkarmaya yetkilendirilmiş bir kişi veya kurum tarafından çıkarılmıştır. Ve böylece, temel normlara ulaşmaya kadar bu zincir devam eder. Herhangi bir hukuk normunun geçerliliğinin nedenini, eylemi başka bir hukuk normu tarafından yetkilendirilmiş bir kişi veya kurumun iradesine atf yaparak açıklayabiliriz; ancak bu açıklama temel norma uygulanamaz. Çünkü temel norm, yürürlüğe konulmuş bir norm değildir. “Önvarsayılmalıdır, çünkü daha yüksek bir norm tarafından yetkilendirilmiş bir otorite tarafından ‘konulamaz’. Bu nihai normun geçerliliği

⁸ “Varsayımsal temel norm şu soruyu cevaplar: Bir biliş nesnesi olarak, hukuk bilimi nesnesi olarak pozitif hukuk nasıl mümkün olur; yani, bir hukuk bilimi nasıl mümkün olur?”, **Kelsen**, Hans: *General Theory of Law and State*, (trans. A. Wedberg), New York, 1945, s. 437.

⁹ Bkz. **Paulson**, Stanley L.: “Four Phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization”, *O.J.L.S.*, 18, 1998, s. 153, 160.

¹⁰ **Kelsen**, Hans: *Introduction to the Problems of Legal Theory*, (trans. B. L. & S. L. Paulson), Oxford, 1992, s. 58. *Saf Hukuk Kuramı*'nın, ya da orijinal ismi ile *Reine Rechtslehre*'nin, 1934 ve 1960 yıllarında olmak üzere iki edisyonu bulunmaktadır. Bu geçen süre içerisinde Kelsen, ilk kitabındaki görüşlerini genişleterek ve ayrıntılandırarak ikinci edisyonu meydana getirmiştir. Kitabın ilk edisyonu İngilizceye *Introduction to the Problems of Legal Theory* ismiyle, ikinci edisyon ise *Pure Theory of Law* ismiyle çevrilmiştir. Ayrıca kitabın ilk edisyonu Türkçeye de çevrilmiştir, bkz. **Kelsen**, Hans: *Saf Hukuk Kuramı*, (çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, İstanbul, 2016, (çevirenin notu).

¹¹ **Kelsen**, *Introduction*, s. 56.

daha yüksek bir normdan türetilemez, geçerliliğinin nedeni sorgulanamaz”¹². Ayrıca yasama yoluyla konulmuş bir norm olmadığı için, “bir irade eyleminin anlamı olamaz”; bilâkis, “yalnızca bir düşünme eyleminin anlamı olabilir”. Bu normun hukuki düşüncede (*juristic thinking*) önvarsayılması sonucunda ortaya çıkan şudur: “Tarihsel olarak ilk anayasanın emirlerine uyulması gerekir”¹³.

Burada, saf kuram tartışmalarında genellikle değinilen teknik meselelerden (Kelsen’in Kantçılığı, aşkınsallığı, normlar hiyerarşisi vs.) kasten kaçındım ve Kelsen’in, hayatının büyük bir kısmında kuramının ana öğelerinden biri olan temel norm kavramını sunmaya çalıştım. İlgimi çeken şey temel norm değil, Kelsen’in temel normda yaptığı nihai değişiklik. Hukuk felsefecilerinin iyi bildiği üzere, 1960 yılında *Pure Theory of Law*’un ikinci baskısından kısa bir süre sonra, Kelsen temel norm hakkında çok farklı şeyler yazmaya başlamıştır. Önceden temel normu, hukukun bilim olarak algılanması için gerekli olan bir önvarsayım şeklinde tanımlarken, onun yerine daha esnek bir kavram olarak “kurgu” olarak temel normu getirmiştir¹⁴. Bu düşünce değişikliğinin sonuçları bir anda ortaya çıkacaktır. Ancak öncesinde belirtilmelidir ki hiç kimse, Kelsen’in temel normda yaptığı bu değişikliği aydınlatıcı veya faydalı bulmamış gibi görünmektedir. Yaşamının son on üç yılında argümanlarının bazılarını radikal olarak gözden geçirmesi, hukuk felsefecileri tarafından, hukuk bilimindeki başarısının büyüklüğünü azaltan şartıcı karmaşalar olarak görülme eğilimindedir¹⁵. Genellikle Kelsen’in hukuk kuramı, Kelsen 1960 yılındaki ikinci baskıdan sonra saf hukuk kuramı hakkında yazmayı bırakmış gibi tartışılır; hatta bu bazen oldukça kasıtlı olarak yapılır¹⁶. Aşağıda göreceğimiz üzere Kelsen bile, temel

¹² **Kelsen**, Hans: *Pure Theory of Law*, 2nd ed., (trans. M. Knight), Berkeley, 1967, s. 194-5.

¹³ **Kelsen**, *Pure Theory*, s. 204.

¹⁴ Saf Hukuk Kuramı’nın ikinci baskısının İngilizce çevirisi, Kelsen’in temel normu yeniden düzenlemesinden sonra yayınlanmıştır. Kelsen’in bu çeviriyi kontrol edip bazı değişiklikler yapmış olmasına rağmen, çeviriyi saf kuramın “son hali” olarak görmemesi şartıcı değildir. Bkz. **Kelsen**, *Pure Theory*, s. vi (translator’s preface). İkinci baskının orijinal Almanca versiyonunda bile, temel normun yeniden düzenleneceğine dair ipuçları vardır: Bkz. **Paulson**, “Four Phases”, s. 161.

¹⁵ Bkz. **Gardner**, John: “Law as a Leap of Faith”, in *Faith in Law: Essays in Legal Theory*, ed. P. Oliver et al., Oxford, 2000, s. 19, 24-5; **Beyeleveld**, Deryck: “From the ‘Middle Way’ to Normative Irrationalism: Hans Kelsen’s General Theory of Norms”, *M.L.R.*, 56, 1993, s. 104, 118-9.

¹⁶ Örnek olarak bkz. **Bix**, Brian H.: *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford, 2004, s. 114 (“...burada Kelsen ile ilgili öne sürdüğümüz iddialar, uzun yıllar boyunca sürdürdüğü

normun bu yeni biçiminin, 1911 ve 1960 arasındaki biçimin gelişmiş olduğunu iddia ederken, alışılmadık bir biçimde çekingen görünmektedir. Bu çekingenlik onun, bu süre zarfında hukuki geçerliliğin tamamen bilimsel olarak açıklanabilmesi yönündeki çabalarının başarılı olmadığı düşüncesiyle belirgin bir tezat oluşturmaktadır. John Finnis'e göre temel normun yeniden biçimlendirilmesi şu anlama gelmektedir: Kelsen, kendi hukuk felsefesinin hukuki geçerliliği açıklamakta, hatta hukuku tutarlı bir şekilde tanımlamakta dahi başarısız olduğunu kabul etmiştir ve kuramı "büyük bir çöküş" yaşamıştır. İşte temel normdaki değişiklik de bu çöküşün bir parçasıdır¹⁷.

Bu değerlendirmenin doğru olduğuna eminim. Kelsen temel normu yeniden şekillendirmiştir; çünkü 1960'a kadar olan yazılarında bulunan ifadelerin hiçbirinin hukuk biliminin taleplerini karşılamadığına ikna olmuştur. Fakat onu önceki temel normun yanlış olduğuna ikna eden ne oldu? Bu kısa makalenin amacı, kafa karıştıran bu soruyu cevaplamaya çalışmaktır. Ancak karışıklığın tamamen ortadan kalkmasını beklemeyin; çünkü doğrusunu söylemek gerekirse, Kelsen'in yaptığı bu değişikliğe neyin yol açtığı sorusuna verilecek tüm cevaplar spekülatif olacaktır. Ancak yine de bu soru dikkate alınmayı hak ediyor; çünkü Kelsen, şu anda bile önemini koruyan bir isim. Bu olağanüstü hukukçu, saf hukuk kuramını yarım yüzyıl boyunca dikkatle savunmuş ve geliştirmiştir. Ve son yıllarında (çoğumuzun, kuramsal konularımızı yeniden irdelemek şöyle dursun, onları savunmak için motivasyonumuzu ve enerjimizi kaybedeceğimiz bir dönem), kuramın bazı temel bileşenlerinden şüphe etmeye başlamıştır. Bu şüphenin en ciddi göstergesi belki de temel normu bir kurgu olarak yeniden yapılandırmasıdır.

II

Kelsen'in 1960'larda temel norm anlayışının nasıl değiştiğini açıklamak çok zor değildir; ancak, yaptığı değişikliğin sonuçları karmaşıktır. *Pure Theory of Law*'un ikinci baskısından alıntılanan şu parçada Kelsen'in, temel normun bir önvarsayım olduğu iddiasını yinelediği görülmektedir:

Örneğin, bir baba çocuğuna okula gitmesini emreder. Çocuk, neden diye sorduğunda babası cevap verir; çünkü çocuklar babalarına itaat etmelidir. Çocuk, neden çocuklar babalarına itaat etmelidir diye sorduğunda baba cevap verir; çünkü Tanrı böyle buyurmuştur ve Tanrının emirlerine uyma-

kuramı ile ilgilidir. Son yıllarda yazdığı ve önceki yıllarda ortaya koyduğu kuramı gizemli bir şekilde reddettiği metinler burada dikkate alınmamıştır").

¹⁷ **Finnis**, John: "The Priority of Persons", in J. Horder, ed., *Oxford Essays in Jurisprudence*. Fourth Series, Oxford, 2000, s. 1, 6.

mız gerekir. Çocuk, neden Tanrının emirlerine uymamız gerekir diye sorarsa, o zaman babanın cevabı şu olacaktır: böyle bir soru sorulmaz, bu norm sorgulanamaz ve geçerliliğinin nedeni aranamaz; yani bu norm önvarsayılmalıdır¹⁸.

Dört yıl sonra, anayasanın işlevi ile ilgili kısa bir makalede, Kelsen bu aynı örneği tekrar kullanır ve aynı sonuca varıyor gibi görünür: “Çocuk sorar: “Neden Tanrı’nın emirlerini dinlemeliyiz? ... bunun tek olası cevabı şudur: Çünkü inanan biri Tanrı’nın emirlerine itaat etmesi gerektiğini önvarsayar. Bu, dini bir ahlakın normlarının geçerliliğini temellendirmek için bir inananın düşüncesinde önvarsayılması gereken bir normun geçerliliğinin ifadesidir... geçerliliğinin temeli hakkında başka bir soru ortaya konulamaz”¹⁹. Ancak bu yazının devamında, argümanının dört yıl içinde ince fakat radikal bir değişim geçirdiği açık bir şekilde görülür. Makalenin çoğunda bildik şeyleri tekrar eder: Bir hukuk düzeninin temel normu temeldir, “çünkü varlığı hakkında başka bir soru ortaya konulamaz; çünkü bu pozitif bir norm değildir... hukuki bilişte varsayılan bir normdur... hukuk biliminin hukuku nesnel olarak geçerli bir düzen olarak tanımladığı kararların aşkınsal-mantıksal koşuludur”²⁰. Bunları dedikten sonra bombayı patlatır: “Düşüncede varsayılan temel norm ile birlikte, temel normun anlamlandırdığı (hayali) irade eylemini yapan, hayali bir otorite de düşünülmalıdır”²¹.

Pure Theory of Law’un ikinci baskısında, daha önce gözlemlediğimiz gibi, Kelsen herhangi bir hukuk normunun bir irade eyleminin anlamını somutlaştırdığını öne sürmektedir. Ancak aynı şeyi temel norm söz konusu olduğunda reddetmekte; yani temel normun da önünde bir irade eylemi olduğunu kabul etmemektedir. Kelsen’in kendi akıl yürütmesini takip edersek; temel norm, herhangi bir hukuk normu gibi, bir irade eyleminin anlamı ise, bu irade eylemi, geçerli bir temel norm oluşturma yetkisine sahip bir otoritenin eylemi olmalıdır. Yine Kelsen’in akıl yürütmesini takip edersek; bu otorite, temel normun kendisinden bile daha yüksek bir normdan türetilmelidir (bu norm da yine bir irade eyleminin anlamı olmalıdır ve bu şekilde sonsuza kadar gidilecektir). 1960’dan önce Kelsen, temel normun hukuki düşünce eylemi ile önvarsayıldığını iddia etmekteydi. Bu hukuki düşünce, vatandaşların tarihsel olarak ilk anayasaya göre geçerli olan hukuk normla-

¹⁸ Kelsen, *Pure Theory*, s. 196-7.

¹⁹ Kelsen, Hans: “The Function of a Constitution (1964)”, (trans. I. Stewart), in R. Tur & W. Twining, eds., *Essays on Kelsen*, Oxford, 1986, s. 109, 112.

²⁰ Kelsen, “The Function”, s. 115-6.

²¹ Kelsen, “The Function”, s. 117.

rına uymaları gerektiğine dair hukukçunun düşüncesidir. Ancak 1964 yılına gelindiğinde, bu iddia artık onu tatmin etmemektedir. “Gerçek bir irade eylemi tarafından ortaya konulmayan, ancak sadece hukuki düşüncede önvaryılan bir norm için, şöyle bir haklı eleştiri öne sürülebilir: Bir norm, bir düşünme eyleminin değil, sadece bir irade eyleminin anlamı olabilir”²². Eğer bu eleştirinin geçerliliği kabul edilirse, herhangi bir hukuk normu gibi, temel norm da bir irade eyleminin anlamı olarak anlaşılmalıdır. Ama bu kimin iradesi olacak? Ve bu irade nasıl yetkilendirilecek? Ve bu yetkiyi hangi irade verecek? Sorular bu şekilde devam edip gider.

Peki, Kelsen'in kendini bu karmaşadan kurtarma şansı var mıydı? Kelsen son çalışmalarında (ikna edici bir şekilde olmasa da), bu durumdan kurtulmanın tek yolunun, temel normu kurgusal bir norm olarak kavramak olduğunu söylemiştir. Argümanı, Hans Vaihinger'in kurgular kuramına dayanmaktadır. Vaihinger, gerçeklikle çelişen yarı-kurgular ile yalnızca gerçeklikle çelişmekle kalmayıp aynı zamanda kendisiyle de çelişen hakiki (*genuine*) ya da tam kurguları birbirinden ayırmaktadır²³. 1962 civarında Kelsen, temel normun bir yarı-kurgu olarak düşünülmesi gerektiğini öne sürmüştür. Çünkü temel norm gerçeklikle çelişmektedir; önvaryılan temel norm gerçekte yoktur²⁴. 1964 yılına gelindiğinde ise, temel normun hakiki bir kurgu olduğunu iddia etmiştir:

Bir temel norm varsayımı gerçeklikle çelişir; çünkü gerçek bir irade eyleminin anlamı olarak böyle bir norm mevcut değildir. Bununla da kalmaz, kendi içerisinde de çelişki içerir; çünkü kendisi hem en üstün ahlaki veya hukuki otoriteyi yetkilendirir hem de bu otoritenin üzerinde bir otoriteden (hayal ürünü bir otorite) kaynaklanır²⁵.

²² Kelsen, “The Function”, s. 116.

²³ Bkz. Vaihinger, Hans: *The Philosophy of “As If”*, 2nd English ed., (trans. C. K. Ogden), London, 1935, s. 16, 97-100. Bu metnin Almanca olan ilk baskısı 1911 yılında yapılmıştır.

²⁴ Kelsen, Hans: “Diskussionsbeitrag”, in F. M. Schmölz, ed., *Das Naturrecht in der Politischen Theorie*, Vienna, 1963, s. 118, 119-20.

²⁵ Kelsen, “The Function”, s. 117. Yazının çevirmeni, Kelsen hakkındaki yazılarında, kurgusal temel normun kendi içinde bir çelişki içerdiği iddiasının yanlış anlaşıldığını iddia etmektedir. Ona göre Kelsen'in burada kastettiği şudur: Kurgusal norm “olmayan bir şeydir ve bu nedenle olmayan bir şeyle ilgili gerçeklik ya da sahtelik sorunu ortaya çıkamaz”. Stewart, Iain: “Kelsen and the Exegetical Tradition”, in R. Tur & W. Twining, eds., *Essays on Kelsen*, Oxford, 1986, s. 123, 133; aynı yönde bkz. Stewart, Iain: “The Basic Norm as Fiction”, *Juridical Rev. (N.S.)*, 25, 1980, s. 199, 208. Ancak bana göre bu pasajda Kelsen'in anlatmak istediği şudur: Kurgusal temel norm fikri bir çelişki içermektedir; çünkü hem en yüksek otoriteyi yetkilendirir hem de daha yüksek

Tıpkı Kelsen'in burada gördüğü gibi, Vaihinger, kurguları faydalı sahtelikler olarak görmüştür²⁶. Kelsen burada temel normu hala önvarsayıyor, ancak aslında olmayan bir irade eylemi varmış ve temel norm onun anlamıymış gibi önvarsayıyor. Ölümünden sonra yayınlanan son eseri *General Theory of Norms (Normların Genel Teorisi)* adlı kitabında tartışmayı kısaca ayrıntılandırıyor. Temel norm “sadece düşünülmüş bir normdur... hayali, gerçek olmayan bir irade eyleminin anlamıdır”. “Bilişsel bir araç” gibi olan bu normun faydasını hafife almamalıyız, çünkü tek başına pozitif bir hukuk düzeninin geçerli normlarını diğer emir türlerinden ayırt etmemizi sağlar²⁷. Ancak bir kurgu olarak tasarlanan temel norm, Kelsen'in yapmasını istediği işi yapmıyor gibi görünmektedir. Olsa olsa, belirli emirleri, “sanki” pozitif bir hukuk düzeninin geçerli normlarıymış gibi kabul etmemizi sağlar²⁸. Bir kurgu olarak temel norm kavramı, bu emirlerin geçerli hukuk normları olduğunu göstermez. Yani Kelsen, bu kavramı benimseyerek, hukuk sisteminin, dinamik olarak birbiriyle ilişkili geçerli hukuk normlarından oluşan bir sistem olduğunu göstermek için ömrü boyunca verdiği uğraşa ciddi zarar vermiştir²⁹. Ayrıca temel normun bu yeni versiyonu, her normun bir irade eyleminin anlamı olduğu konusunda ısrar ederek ortaya çıkan sonsuz geriye gidiş (*regression*) sorununu da çözememektedir. Alexy'e göre, eğer kurgusal bir normun bir hukuk düzeni için temel oluşturduğu varsayılırsa, Kelsen'in akıl yürütmesine uygun olarak, kurgusal iradeyi temel norm çıkarmaya yetkilendirmiş olan başka bir temel norm daha varsaymak gerekecektir. Bu durumda Kelsen, temel normu “temel” olma karakterinden yoksun bırakmakla kalmaz, aynı zamanda sonsuza kadar giden (*ad infinitum*) kurgusal iradeler ve onları yetkilendiren kurgusal temel

bir (hayali) otoriteden kaynaklanır. Aynı yönde bkz. **Paulson**, Stanley L.: “Introduction”, in S. L. & B. L. Paulson, eds., *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, 1998, s. xxiii, xlv.

²⁶ Bkz. **Vaihinger**, s. xlii.

²⁷ **Kelsen**, *General Theory of Norms*, s. 256. Ayrıca bkz. **Kelsen**, Hans: “On the Pure Theory of Law”, *Israel L. Rev.*, 1, 1966, s. 1, 6-7 (“Temel norm önvarsayımı, Vaihinger'in ‘sanki’ felsefesi (*Als-Ob/As if*) anlamında tipik bir kurgu örneğidir. Bu önvarsayım, insan eylemi ile oluşturulan, büyük ölçüde etkili olan ve “hukuk” olarak adlandırılan zorlayıcı bir düzenin, objektif olarak geçerli hukuki normlar sistemi olarak yorumlanabilmesini sağlar...”).

²⁸ Bkz. **Walter**, Robert: “Der Gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre”, *Rechtstheorie*, 1, 1970, s. 69, 80 (“Bu temel norm, bir *varsayımdan* başka bir şey değildir. Etkili ve zorlayıcı emirlerin, *sanki* normatif emirlermiş gibi tanımlanmasını ve yorumlanmasını sağlar...”).

²⁹ Bu Paulson'ın görüşüdür, bkz. **Paulson**, Stanley L.: “Kelsen's Legal Theory: The Final Round”, *O.J.L.S.*, 12, 1992, s. 265, 270; **Paulson**, “Introduction”, s. xlv.

normlara sebebiyet verir (çünkü bir sonraki temel norm da sadece bir irade eyleminin anlamı olabilir)³⁰. Temel norm, bir irade eyleminin anlamı olarak kabul edildiğinde, ortaya çıkan sonsuz geriye gidiş sorunu, Kelsen'in kurgu öğretisine başvurmasıyla çözülmekte; aksine, tekrarlanmaktadır.

III

Kelsen'in temel norm ile ilgili son on yılda söyledikleri, kuşları seven ve onların korunmasına yönelik vasiyet hazırlamış birinin, ölmeden önce vasiyetini değiştirerek parasını güvercin vurmak için kurulmuş bir kuruma bırakmasına benzemektedir. Peki, Kelsen bunu neden yapmıştır? Bunu yaparken kafasından geçen tam olarak nedir? Bu soruyu bir miktar tahmin yürütmeden ve yeni sorulara kapı açmadan cevaplamak imkânsız görünmektedir. Belki de olan basitçe şudur: Kelsen, bir önvarsayım olarak temel norm fikrinin dayandığı Kant'ın epistemolojisine karşı şüpheci bir hâl almıştır. Peki, ama bu şüphecilğe sebep olan nedir? Belki de cevap, felsefesi ile Kelsen'i kurgu olarak temel norm fikrine götürmüş gibi görünen Vaihinger'dir. Ancak Vaihinger'in argümanının, Kelsen'i, yarım yüzyıl boyunca adeta damıtarak elde ettiği temel norm kavramını değiştirmeye neden ikna ettiği belli değildir³¹. Kelsen'in temel normu neden değiştirdiğini açıklamaya ne kadar çalışırsak çalışalım, şu soru her zaman cevapsız kalmaktadır: “*Bunu neden yaptı?*”.

Bana öyle geliyor ki, Kelsen'in temel normda yaptığı değişiklik, 1960 öncesi hukuk felsefesini tamamen terk ediş değil, bir aşırı büyümedir (*outgrowth*). 1920-1960 yılları arasında, Viyana Okulu'ndan meslektaşı Adolf Merkl'i takip ederek, bir hukuk sisteminin en genel anayasal ve kanuni düzenlemelerden en somut kanuni düzenlemelere kadar hukuk normlarının bir hiyerarşisi olarak anlaşılabilceğini savunmuştur. En düşük seviyedeki olanlar hariç tüm hukuk normları, daha düşük seviyeli hukuk normları oluşturma yetkisi verir ve her hukuk normu, daha yüksek bir hukuk normu tarafından yetkilendirilir³². Ancak, Kelsen'in birbirlerini yetkilendiren

³⁰ Alexy, Robert: *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, (trans. B. L. & S. L. Paulson), Oxford, 2002, s. 111.

³¹ Kelsen'in, Vaihinger'in felsefesinden çok önceden haberdar olduğu ve bu felsefenin hukuk-bilimsel potansiyeli ile ilgili bir çalışmasının olduğu da unutulmamalıdır, bkz. Kelsen, Hans: “Zur Theorie der Juristischen Fiktionen”, *Annalen der Philosophie*, 1, 1919, s. 630.

³² Bkz. Kelsen, Introduction, s. 63-75. Merkl'in hukuku hiyerarşik bir yapı olarak ileri sürdüğü kuramı için bkz. Merkl, Adolf Julius: “Prolegomena einer Theorie des

normlar fikri basittir: *Pure Theory of Law*'un ikinci baskısında ayrıntılı olarak tanımladığı üzere geçerli hukuk normları, diğer hukuk normlarını yetkilendirmez, ancak “bir kişiye belirli bir güç, özellikle de normları yürürlüğe koyma gücü verir. Bu bağlamda, anlamı norm olan eylemler irade eylemleridir”³³. Yani, Kelsen'in hukuk biliminde hukuk normu, bir irade eyleminin anlamının somutlaştırılması olarak karakterize edilir. Bu irade eylemi de daha yüksek bir hukuk normu tarafından yetkilendirilmiştir. Bu yüksek norm ise başka bir irade eyleminin anlamının somutlaştırılmasıdır. Ve bu şekilde devam eder. Basitçe söylenecek olursa, her hukuk normu, daha önceki bazı zihinsel eylemlerden türetilmelidir.

Temel norm kavramı (her ne kadar ismi temel olsa da, hiyerarşinin tabanında değil zirvesindedir³⁴), tüm hukuk normlarının daha önceki zihinsel eylemlerden türediği bir kurama açıkça uymamaktadır. Böyle bir norm gerçekten böyle bir kuram içine yerleştirilebilir mi? Yerleştirmenin tek yolu, sadece yürürlüğe konulmuş normların bir irade eyleminin anlamı olması gerektiğini söylemek olacaktır. Temel norm, pozitif hukuk düzeninin gerçek bir normu olmadığından (çünkü o sadece bir fikirdir); temel norm dışında tüm hukuk normlarının bir irade eyleminin anlamı olması gerekir; temel norm ise konulmuş bir norm değildir, sadece önavsayılabilir diye neden diyemeyelim? 1960'a kadar olan dönemde tam da bunu söyleyen Kelsen, daha sonra bunun kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. *Pure Theory of Law*'un ikinci baskısında “bir normun sadece gerçek bir irade eyleminin anlamı olması gerektiğini” kabul etmektedir³⁵. Bu belirsiz ifade (her norm bir irade eyleminin anlamı olmak zorunda değildir), temel normun, olabileceğini önerdiğim şekilde özel bir istisna olduğunu iddia etme fırsatı verir. İlk bakışta, bu fırsatı değerlendiriyormuş gibi görünür; çünkü temel normun önavsayılması gerektiği iddiasına bağlı kalır. Bununla birlikte, sonunda onu kurgusal bir temel norm kavramına götürecek farklı bir yol izlediği ortaya çıkmaktadır. Bir normun sadece bir irade eyleminin anlamı olması gerektiğini tespitine devam ederek şöyle demektedir:

...aynı zamanda bir düşünce eyleminin içeriği de olabilir. Gerçekten var olmayan, ama sadece düşüncemizde “var” olan şeyleri hayal edebildiğimiz

Rechtlichen Stufenbaues”, in A. Verdross, ed., *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Vienna, 1931, s. 252-94.

³³ Bkz. **Kelsen**, *Pure Theory*, s. 5.

³⁴ Bkz. **Troper**, Michel: “La Pyramide est Toujours Debout!”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 94, 1978, s. 1523.

³⁵ Bkz. **Kelsen**, *Pure Theory*, s. 9.

gibi, gerçek bir iradenin anlamı olmayan ama sadece bizim düşüncemizde var olan bir normu hayal edebiliriz. O zaman, bu pozitif bir norm olmaz. Fakat bir normun gerekliliği ve anlamlandırdığı irade arasında bir korelasyon olduğundan, anlamı bizim düşüncemizde önvarsayılan norm (pozitif bir hukuk düzeninin temel normu) olan hayali bir irade olmalıdır³⁶.

Bu pasajın son bölümünde Kelsen'in temel normunu, hayali yani sadece düşüncemizde var olan bir irade eyleminin anlamı olarak görüyoruz. Kelsen'in *Saf Hukuk Kuramı*'nın ikinci baskısında kullandığı bu dil, daha sonra "The Constitutional Function (Anayasal İşlev)" ve *General Theory of Norms*'da ortaya çıkacak olan temel norm görüşüne yaklaştığını göstermektedir. Kelsen'e göre her norm, bir irade eyleminin anlamı olmalıdır. Söz konusu temel norm olsa bile bu böyledir; temel norm da hayali bir irade eyleminin anlamıdır. *Pure Theory of Law*'un ikinci baskısında bulduğumuz bu akıl yürütme çizgisini Kelsen, "The Constitutional Function" da bir aşama daha ileri taşır: Eğer temel norm hayali bir irade eyleminin anlamı ise, o zaman bu hayali irade eyleminin kendisi de temel normdan daha yüksek bazı hayali normlar tarafından yetkilendirilmelidir ve böyle devam eder. Hukuk normu, daha yüksek bir hukuk normu tarafından yetkilendirilen bir irade eyleminin anlamıdır. Temel norm, pozitif bir hukuk normu ile bir irade eyleminin anlamı olma özelliğini paylaşır, ancak temel normun durumunda, irade eyleminin hayal edilmesi gerekir. Bununla birlikte, bu hayali irade eylemi de, Kelsen'in normatif argümanının yapısına göre, bir norm ile temellendirilmelidir. Kelsen bu şekilde, temel normun normatifiğini göstermek istemiştir. Bunun için de herhangi bir hukuk normunda olduğu gibi, temel normun da bir irade eyleminin anlamı olduğunu göstermek istemiş ve böyle bir yola başvurmuştur. Ancak temel norm, kendisinden daha yüksek hayali bir otoritenin irade eyleminin anlamı olarak tasarlandığında, temel olma özelliğini kaybetmektedir. Bir kurgu olarak temel norm düşüncesi, Kelsen'in temel normu, mantıksal bir sonuç olarak gördüğü, her normun bir irade eyleminin anlamını somutlaştırdığı argümanına dâhil etme çabasıdır.

IV

Elimizden gelen her şeyi yapsak da, bazen Kelsen konusunda yenilgiyi kabul etmek zorundayız. Hart, *General Theory of Law and State (Hukukun ve Devletin Genel Kuramı)*'i eleştirdiği "Kelsen Visited (Kelsen Ziyareti)" isimli isabetli makalesinde böyle bir tutum sergilemektedir. Hart burada, Kelsen'in neyi başarmaya çalıştığı ile pek ilgilenmez. Örneğin, Kelsen'in

³⁶ Kelsen, *Pure Theory*, s. 9-10.

hukuk normu ile hukukbilimcilerin hukuk normları hakkındaki önermeleri arasında yaptığı ayrımı ile ilgili eleştirel bir tutumu yoktur³⁷. Buradaki amacım, Kelsen'in en gizemli manevralarından birini neyin motive ettiğini anlamaya çalışmaktı: Temel norma ilişkin fikir değişimi nasıl açıklanabilir? Kelsen, temel normu kurgu olarak düşünmeye başlamadan önce bile, bir norm ile insan iradesi arasında nasıl bir bağlantı olduğunu anlamaya çalışmıştır. Temel normdaki bu zorluğu çözmeye yönelik nihai girişimindeki mantıksal akıl yürütme, hukuk sistemlerinin geçerli ancak çatışan normları aynı anda barındırabileceği sonucuna götüren mantıksal akıl yürütmeden daha az tuhaf değildir. Kelsen, yürüttüğü mantık ile şöyle bir sonuca ulaşmış gibi görünmektedir: Nasıl ki pozitif hukuk düzeninde her normun bir yazarı olması gerekiyorsa, hayali temel normun da hayali bir yazarının olması gerekir (mantıksal kısıtlamaların, gerçek dünyada olduğu gibi, hayal gücü için de geçerli kabul edilerek hayal edilen bir yazar). Kelsen'in, hayal edilen bir normun, gerçek ve yürürlüğe konmuş bir normun şekli niteliklerini paylaşması gerektiği sonucuna neden vardığı hâlâ bir sırdır. Daha önce uyardığım üzere bu kafa karışıklığı tamamen ortadan kalkmayacaktır. Zaten hukuk felsefecilerinin bu en özgün ve karmaşık (ve bazen de sinir bozucu) olanında kafa karışıklığının görülmediği nadirdir.

³⁷ Bkz. Kelsen, **Kelsen**, Hans: Law and State, s. 46. Bkz. **Hart**, H. L. A.: Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford, 1983, s. 286, 287-95.

KAYNAKÇA

- Adomeit**, Klaus: "Hans Kelsen" *Rechtstheorie*, 4, 1973, pp. 129-130.
- Alexy**, Robert: *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, (trans. B. L. & S. L. Paulson), Oxford, 2002.
- Beyeleveld**, Deryck: "From the 'Middle Way' to Normative Irrationalism: Hans Kelsen's General Theory of Norms", *M.L.R.*, 56, 1993, pp. 104-120.
- Bix**, Brian H.: *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford, 2004.
- Buckland**, W. W.: *Some Reflections on Jurisprudence*, Cambridge, 1945.
- Finnis**, John: "The Priority of Persons", ed., J. Horder, in, *Oxford Essays in Jurisprudence. Fourth Series*, Oxford, 2000, pp. 1-15.
- Gardner**, John: "Law as a Leap of Faith", in *Faith in Law: Essays in Legal Theory*, ed. P. Oliver et al., Oxford, 2000, ss. 17-38.
- Green**, Michael Steven: "Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems", *Alabama L. Rev.*, 54, 2003, pp. 365-413.
- Hart**, H. L. A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983.
- Kelsen**, Hans/**Klug**, Ulrich: *Rechtsnormen und Logische Analyse. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*, Vienna, 1981.
- Kelsen**, Hans: "Diskussionsbeitrag", in F. M. Schmölz, ed., *Das Naturrecht in der Politischen Theorie*, Vienna, 1963.
- Kelsen**, Hans: "Eine Phänomenologische Rechtstheorie", *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 15, 1965, pp. 353-363.
- Kelsen**, Hans: "On the Pure Theory of Law", *Israel L. Rev.*, 1, 1966, pp. 1-7.
- Kelsen**, Hans: "Professor Stone and the Pure Theory of Law", *Stanford L. Rev.*, 17., 1965, pp. 1128-1157.
- Kelsen**, Hans: "The Function of a Constitution (1964)", (trans. I. Stewart), in R. Tur & W. Twining, eds., *Essays on Kelsen*, Oxford, 1986, pp. 109-119.
- Kelsen**, Hans: "Zur Theorie der Juristischen Fiktionen", *Annalen der Philosophie*, 1, 1919, pp. 630-658.
- Kelsen**, Hans: *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ed. O. Weinberger, Dordrecht, 1973.
- Kelsen**, Hans: *General Theory of Law and State*, (trans. A. Wedberg), New York, 1945.

- Kelsen**, Hans: *General Theory of Norms*, (trans. M. Hartney), Oxford, 1991.
- Kelsen**, Hans: *Introduction to the Problems of Legal Theory*, (trans. B. L. & S. L. Paulson), Oxford, 1992.
- Kelsen**, Hans: *Pure Theory of Law*, 2nd ed., (trans. M. Knight), Berkeley, 1967.
- Merkel**, Adolf Julius: "Prolegomena einer Theorie des Rechtlichen Stufenbaues", in A. Verdross, ed., *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Vienna, 1931, pp. 252-294.
- Paulson**, Stanley L.: "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization", *O.J.L.S.*, 18, 1998, pp. 153-166.
- Paulson**, Stanley L.: "Introduction", in S. L. & B. L. Paulson, eds., *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, 1998, pp. xxiii-liii.
- Paulson**, Stanley L.: "Kelsen's Legal Theory: The Final Round", *O.J.L.S.*, 12, 1992, pp. 265-274.
- Raz**, Joseph: "Critical Study: Kelsen's General Theory of Norms", *Philosophia*, 6, 1976, pp. 495-504.
- Stewart**, Iain: "Kelsen and the Exegetical Tradition", in R. Tur & W. Twining, eds., *Essays on Kelsen*, Oxford, 1986, pp. 123-146.
- Stewart**, Iain: "The Basic Norm as Fiction", *Juridical Rev. (N.S.)*, 25, 1980, pp. 199-224.
- Troper**, Michel: "La Pyramide est Toujours Debout!", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 94, 1978, pp. 1523-1536.
- Vaihinger**, Hans: *The Philosophy of "As If"*, 2nd English ed., (trans. C. K. Ogden), London, 1935.
- Walter**, Robert: "Der Gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre", *Rechtstheorie*, 1, 1970, pp. 69-95.