

Hans Kelsen'in Genel Hukuk Kuramını ve Demokrasi Anlayışını Birlikte Düşünmek Mümkün müdür?¹

Onur ALTINSU²

Özet

Hans Kelsen, genel hukuk kuramında hukuku bilim olarak sunar. Hukuk bilimi, kesinliğin peşindedir ve ancak normun formel analizi böyle bir amaca hizmet edebilir. Normun içeriği, iradeden kaynaklanması nedeniyle belirsizlik arz eder ve ulaşılmak istenen amaca ters sonuçlar doğuracağından hukuk biliminin kapsamı dışında kalır. Demokrasi ise özgürlük, eşitlik, hoşgörü gibi değerlere dayanır. Demokrasinin teminat altına alınabilmesi, söz konusu değerlerin normun içeriğini oluşturması koşuluna bağlıdır. Norma yaklaşım tarzının farklılaştığı yerde genel hukuk kuramı ile demokrasi ayrımı da belirginleşir.

Anahtar Sözcükler: Hans Kelsen, genel hukuk kuramı, saf hukuk kuramı, hukuk bilimi, demokrasi

I- GİRİŞ

Pozitif hukuk, cebren icra edilebilme özelliğini haiz normlardan mürekkeptir. Cebir unsuru, doğa yasalarından farklı olarak, normların ihlal edilebilme potansiyeli taşıdığını ima eder. İhlal edilen davranış biçimi ve bunun neticesinde öngörülen yaptırım, kısaca normun içeriği, toplumdan topluma farklılık gösterir. Sosyoekonomik, siyasi, coğrafi, kültürel vs. koşullar; o topluma özgü pozitif hukukun içeriğini belirler. Bu koşulların bir yansıması olarak, mevcut düzeni ilga edip yerine yeni bir hukuk düzeni getiren asli kurucu iktidarların ideolojik eğilimleri bir olmayacağından çeşitli toplumlar da anayasaların ve ona uygun ihdas edilen normların farklı içeriklerde olması tabiidir.

Kelsen, her pozitif hukuk düzeni için geçerli olacak prensipler ihtiva eden genel mahiyette bir kuram³ inşa

- 1 Bu makale, 2-4 Ekim tarihleri arasında düzenlenen IX. Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu'nda "Hans Kelsen'in Genel Hukuk Kuramını ve Demokrasi Anlayışını Birlikte Düşünmek" başlığıyla sunulan tebliğin genişletilmiş halidir.
- 2 Araştırma Görevlisi, Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, E-posta: onuraltinsu@kku.edu.tr
- 3 Türkçe literatürde Kemal Gözler'in "Hukukun Genel Teorisine Giriş" adlı eseri, genel hukuk kuramına hasredilmiş ve bu alandaki büyük bir boşluğu doldurmuştur. Bkz. Kemal GÖZLER, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Us-a Yayıncılık, Ankara 1998. Biz, genel hukuk kuramı, Saf Hukuk Kuramı ve hukuk biliminin Kelsen nezdinde aynı anlama sahip olduğu kanaatindeyiz. Metnin devamında her üçünü de kapsayacak şekilde "Kuram" ifadesini kullanacağız. Ancak, zorunlu olarak bunlardan birini tercih etmemiz gereken durumlar da olacaktır.

etmeyi amaçladığından normun içeriğinden hareket etmesi yerinde bir tercih olmayacaktır. Zira normun içeriğini oluşturan politik/aksiyolojik eğilimlere referansla genelgeçer prensiplere ulaşamayacağını bilincindedir. Normun ne olması gerektiği, hangi değer yargılarını içermesi gerektiği sorunu, Kuram'ın kapsamı dışında kalır. O halde, normun ancak formel yönden analiz edilmesi, hukukun bir bilim olarak sunulması amacına hizmet edebilir.

Kelsen'in normun formel analizine bağlı olarak Kuram çerçevesinde geliştirdiği prensipler, çoğu zaman demokrasi lehindeki söylemleriyle birlikte anılır. Kuşkusuz, Kelsen bir demokrasi taraftarıdır ve münhasıran bu konuda eserleri de bulunmaktadır. Amacı, etkin bir demokrasinin insanlığa sağlayacağı katkıları göstermektir. Hukuk sisteminin bu amaç doğrultusunda demokrasiyle uyum içerisindeki normlardan teşekkül etmesi gerekir. Mevzubahis olan, normun formel yapısı değil, içeriğidir artık. Tam da bu noktada düğümlenir Kuram ile demokrasi ilişkisi.

Biz, bu çalışmada öncelikle Kuram'ın kapsamını belirleyeceğiz. Akabinde ana tema olarak Kuram'ın yönetim modelleri karşısında nasıl konumlandırılacağına değineceğiz. Kuram içerisinde belli bir yönetim mo-

deline, özellikle demokrasiye öncelik tanınabilir mi? Kuram, nesnellüğünün göz ardı edilmesi pahasına, otokratik yönetimlere meşruiyet kazandırır mı? Kelsen'in demokrasi lehine yapmış olduğu açıklamalar; şahsi bir tercih olarak mı değerlendirilmeli yoksa Kuram'ın kapsam sınırlarına dahil edilerek mi ele alınmalıdır? Kuram ile demokrasi ilişkisine dair bir okuma önerisi sunarak bahsi geçen sorulara cevap arayacağız.

II- GENEL HUKUK KURAMI VE DEMOKRASİ

A- Kuram'ın “Genel” Niteliği

Kelsen'in 1934 yılında yayımladığı *Saf Hukuk Kuramı* adlı metin şöyle başlar⁴:

“Saf Hukuk Kuramı, başlı başına pozitif hukukun kuramıdır, herhangi bir hukuk sisteminin değil. Belirli ulusal yahut uluslararası hukuk normlarının yorumu değildir; genel hukuk kuramıdır. (...) Sadece ve sadece inceleme konusunu, yani nesnesini bilmeyi amaçlar.”

Yukarıdaki pasajda Kuram'ın⁵ konusunu ve amacını saptayan Kelsen, bir çerçeve çizer öncelikle. Hem kendisini pozitif hukukla sınırlandıran hem de belli bir toplumun pozitif hukukuyla ilgilenmeyen bir kuram inşa

4 Hans KELSEN, *Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul 2016, s. 1.

5 19. yüzyılın sonlarında ortaya çıkan genel hukuk kuramının konusu, hukuk felsefesinden farklı olarak ideal hukuk değil, pozitif hukuktur. Çünkü genel hukuk kuramı, değer yargılarını bir kenara bırakarak bilimsel olma iddiasıyla ortaya atılmıştır. 20. yüzyılın ilk yarısında Kelsen'in çalışmaları aracılığıyla geniş kitlelerce tanınmıştır. Michel TROPER, *Hukuk Felsefesi*, Çev. Işık Ergüden, Dost Kitabevi, Ankara 2011, s. 14-15.

ettiğini söyler. İlk bakışta paradoksal görünen bu söylem, ancak Kuram'ın 'genel' mahiyetinin analiziyle birlikte açıklığa kavuşturulabilir.

Kuram'ın oluşum safhasına ilişkin ayrıntılı açıklamalar, "*General Theory of Law and State*" (1945) adlı eserinin ön sözünde yer alır. Kuram'ın genelliği, çeşitli pozitif hukuk düzenlerindeki ortak unsurları konu edinmesinden ileri gelir. Bunlar; "*normlar, normların unsurları, normlar arası ilişkiler, bir bütün olarak hukuk düzeni, hukuk düzeninin yapısı, farklı hukuk düzenleri arasındaki ilişkiler ve nihayet pozitif hukuk düzenlerinin çokluğu karşısında hukukun birliğidir*"⁶. Yasa koyucuların normun içeriğine sirayet eden ideolojik tutumları, kültürel birikimleri, değer yargıları veya çıkarları mevzubahis edilmemiştir.

Pozitif hukukun dışında kalan, hukuka ahlâki veya politik bir misyon yükleyerek onu idealize eden, farklı bilimlerin metodolojisini benimseyen tüm yaklaşımlar kapsam dışında bırakılır. Kuram'ın saflığı gereği, "*metodolojik senkretizm*" reddedilir. Böylece Kuram -eş deyişle hukuk bilimi-;

sadece metafizik unsurlardan ayıklanmakla kalmaz, diğer bilimlerle ve sarsıcı bir biçimde hukukun kendisiyle dahi arasına mesafe koyar⁷.

B- Hukuk Bilimi-Hukuk Ayrımı

Hukuk bilimi, konusu olan pozitif hukukun formel yönden analiz edilerek tanımlanması ve açıklanması teşebbüsüdür. Hukuktan farklı olarak arkasında norm tarafından yetkilendirilmiş bir otorite yoktur. Hukuk bilimi ile hukuk arasında bir ilişki kurulabilmesi için, öncelikli olarak hukukun yaratılmış olması gerekir. Bu nedenle hukuk, konusunu teşkil ettiği hukuk biliminden önce gelir⁸.

Hukuk bilimi, ayrıca hukukun monist bir yapı içerisinde tasavvur edilmesini sağlar. Herhangi bir normun hangi hukuk sistemi içerisinde, hiyerarşik olarak hangi seviyede yer aldığı hukuk bilimi sayesinde öğrenilir. Hukuk bilimi ile insanların belli şekilde davranmaları gerektiği hüküm altına alınamaz; yani hukuk bilimi buyurmaz. Sadece genel prensipler üzerinden hukuku açıklamaya çalışır. Söz konusu prensiplerin zaman içerisinde

6 Kanaatimizce, Kelsen'in düşüncelerinin anlaşılabilmesinde önsözdeki söz konusu ifadeler kılavuz niteliğindedir. Hans KELSEN, *General Theory Of Law And State*, Translated By: Anders Wedberg, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1949, s. xiii.

7 KELSEN, 2016, s. 2; Kelsen aynı eserin ön sözünde, 20 yıldan daha uzun bir süre önce Saf Hukuk Kuramı'nı geliştirme amacıyla yola çıktığını söyler. Dolayısıyla bu eser, uzun süren uğraşlar sonunda edinilen birikimin yansımasıdır. Kuram'ın saflığı, politik ideolojiden ve diğer bilimlerden -özellikle de doğa bilimlerinden- bağımsız olmayı gerektirir. Böyle bir kuram geliştirmenin arka planında Kelsen'in hukuku gerçek bir bilim seviyesine çıkarma isteği vardır. Bkz. KELSEN, 2016, s. xix.

8 Hans KELSEN, *Pure Theory Of Law*, Translated By: Max Knight, 5th. ed., The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey 2008, s. 72-73.

yanlılığı kanıtlanabilir ve böylece hukuk bilimi nezdindeki varlığı sona erer. Oysa hukuk normlarının varlığı, geçerli olup olmamalarına bağlıdır. Açıklanan nedenlerle, hukuk bilimi hukukun yerine ikame edilemez⁹. Kelsen'in meramını anlatması bakımından sözü Cemal Bali Akal'a bırakalım¹⁰:

“Kelsen, genel bir hukuk tanımı yapmıyor; ‘bir’ bilime özerklik kazandırmaya çalışıyordu. Bu nedenle konusu normlar piramidiyle sınırlı Hukuki Bilimi oluşturmaya çalışırken ‘hukuk budur’ demediğini düşünenlerdenim (...)”

Ayırım, salt hukuk biliminin nesnel olan temel normla birlikte daha da derinleşir. Temel norm, Kant'ın transandantal felsefesinden mülhemdir. Kant'a göre, nesnel bir deneyimin konusu olabilmesi için, kendileri nesne olmayan uzay ve zaman kavramlarının transandantal bir varsayım olarak kabul edilmesi önkoşuldur. Temel norm da pozitif hukuk normlarından olmamakla birlikte, onların teşhis edilebilmesi için zorunlu bir varsayım olarak ortaya çıkar. Hukuk, hukuk bilimine ait hayali bir formun belirlenimi altında vücut bulur¹¹.

C- Nihai Hayali Otorite: Temel Norm

1- Temel Normun İşlevi

Kelsen, normu tanımlarken dış dünyada gerçekleşen bir olayla onun anlamı arasındaki farklılığa dikkat çeker. Söz gelimi, elinde tokmağı olan cüppe giymiş bir kimse, kürsüden karşısında duran kişinin özgürlüğünü sınırlandırmaya yönelik söylemlerde bulunsun. Kürsüdeki kişinin sözleri, hukuki düşünceden bağımsız olarak tek başına ele alındığında anlamsız gelebilir. Oysa bu kişi, başka bir norm tarafından yetkili kılınmış bir kamu görevlisi, sözleri de ceza normunun olaya tatbik edilmesi neticesinde ortaya çıkan mahkûmiyet kararı niteliğindeyse, yeni bir bireysel norm yaratılmış demektir. Gerçekleşen eylemlerin anlamının yeni bir norma tekabül etmesi, ancak görece daha üst seviyede yer alan başka bir normun içeriği sayesinde mümkün olmaktadır¹².

Bir kimsenin mahkûmiyetine yönelik verilen karar (bireysel norm), geçerliliğini ceza normundan alır. Ceza normu da aynı şekilde bir anlamdan ibarettir. Bir grup insanın el kaldırmak suretiyle iradesini ortaya koyması ve kürsüdeki kişinin “kabul edilmiştir”

9 KELSEN, 2008, s. 73.

10 Cemal Bali AKAL, *Hukuk Nedir?*, Dost Kitabevi, Ankara 2017, s. 136.

11 David Bruce INGRAM, *Hukuk Felsefesi*, Çev. Ezgi Su Dağabak, Fol Yayınları, Ankara 2019, s.123. Kant'ın uzay ve zamanın zorunlu a priori tasarımlar olduklarına dair görüşleri hakkında bkz. Immanuel KANT, *Arı Usun Eleştirisi*, Çev. Aziz Yardımlı, 4. bs., İdea Yayınevi, İstanbul 2015, s. 59, 64.

12 Kelsen, 2016, s. 5-7; Bir normun ardında başka bir normun değil egemenin olduğunu savunan Schmitt, normativizmi şu sözlerle eleştirir: “(...)Büyük çarkın makinisti olarak kalmış egemen bir kenara atılır. Çark şimdi kendiliğinden dönmektedir.” Carl SCHMITT, *Siyasi İlahiyat*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 5. bs., Dost Kitabevi, Ankara 2016, s. 54.

şeklindeki beyanı, anayasa normları olmaksızın düşünüldüğünde hukuken hiçbir sonuç doğurmayan eylemlerdir. Oysa bu eylemleri gerçekleştirenler anayasa tarafından yetkili kılınmış kimseler ve eylemler de ilgili anayasa normunun içeriğine göre yasama işlemi olarak kabul edildiği takdirde ceza normu yaratılmış demektir. Eylemlere karşılık gelen anlam, bir üst seviyedeki anayasal norma tekabül etmek koşuluyla norm niteliğini haiz olacaktır. Dolayısıyla ceza normunun geçerliliği, anayasaya uygun şekilde yaratılması koşuluna bağlıdır. Anayasa normlarının geçerliliğine ilişkin sorgulama, pozitif hukuk düzeninin sınırları içerisinde sürdürülemez. Anayasa, en üstün pozitif hukuk düzenlemesidir. Bu noktada Kelsen, “temel norm” adını verdiği, varsayım niteliğinde bir norm icat eder¹³. Böylece hukukun bir bütün olarak düşünülmesini sağlayacak nihai norma ulaşılır. Bir kısır döngü haline gelmemesi için geçerlilik sorgulamasına burada son verilmelidir. Zira temel normun geçerliliğine yönelik bir sorgulama, konusu salt pozitif hukuk olan Kuram’ın sınırları dışına çıkmayı zorunlu kılar¹⁴.

Temel normun anayasaya geçerlilik kazandırmak dışında pek bilinmeyen bir işlevi daha vardır. Eğer örf ve adet olgusu, anayasa tarafından hukuk

yaratma yöntemlerinden biri olarak kabul edilmemişse geçerliliğini temel norma borçludur. Ayrıca anayasanın kendisi, genel normlarda olduğu gibi belli prosedürlere bağlı olarak değil de örf-adet yoluyla yaratıldıysa, tıpkı asli kurucu iktidarın eylemleri gibi örf-adet de temel norm sayesinde geçerlilik kazanır¹⁵.

Kanaatimizce Kelsen, örf-adetin hukuk yarattığını kabul etmek zorundadır. Çünkü farklı pozitif hukuk düzenlerinin analizine istinaden oluşturduğu Kuramı, herhangi bir hukuk düzenini dışlamamak üzerine kurgular. Hukukun oluşum sürecinde örf-adetin öne çıktığı ülkelerin “genel” hukuk kuramının kapsamına girebilmesi için, sorunu temel norma havale ederek çözme yoluna gider. Söz gelimi, İngiliz hukuk sistemine yer vermeyen Kuram’ın genellik vasfı sorgulanır hale gelecektir. Kuram’ın genel ve kapsayıcı olmasının yegane yolu, temel normun belli bir içerikten soyutlanacak şekilde düşünülmesidir.

2- Temel Normun İçeriği (!)

a- Ulusal Hukuka Ait Temel Normun İçeriği

Niyazi Öktem’e göre temel norm, geçerli kıldığı anayasanın içeriğini belirleyen bir “zihniyet, anlayış, yani

13 KELSEN, 2016, s. 70.

14 Hans KELSEN, “Science and Politics”, *The American Political Science Review*, Vol. 45 (1951), No. 3, s. 650.

15 KELSEN, 2008, s. 226; Ayrıca bkz. GÖZLER, 1998, s. 130.

felsefedir". Bu saptamadan sonra tabii olarak temel normun ne "olması gerektiği" sorusu gündeme gelir ve sorunun yanıtı her daim değer yargısına gönderme yapar. Değer yargısını belirleyecek olan da asli kurucu iktidarın zihniyetidir¹⁶. Bu düşünceye göre, Batı'da devrimlerin mottosu haline gelen özgürlük, o hukuk sistemlerinin temel normudur. Anayasalar, özgürlüğe aykırı düzenlemelere yer veremez. Türk temel normunun ise yasama, yürütme ve yargı sürecinde göz önüne alınması gereken Atatürkçülük, farklı kültürlerden beslenen plüralist yapı ve İslam dini gibi pek çok sosyal kabulle kuşatıldığı iddia edilir¹⁷.

Kanaatimizce temel norm ile toplum değerleri arasında kurulan bağ kabul edilemez. Pozitif hukuk düzeninde yasama sürecinin bir parçası olmayan temel norm, insan iradesi tarafından ihdas edilmediği için politik/aksiyolojik herhangi bir içeriğe sahip olamaz. Bu nedenle, kendisinden alt seviyedeki yazılı veya teamüli anayasanın içeriğini belirleme kudretinden yoksundur. İçeriği ne olursa olsun etkili bir hukuk düzenindeki anayasayı geçerli kılmak suretiyle işlevini yerine getirir¹⁸. Ana-

yananın içeriğine kayıtsız kalarak Kuram'a nesnellik vasfını kazandırmakla kalmaz, aynı zamanda Kuram'ın kendi içerisindeki tutarlılığını da temin eder. Hatırlanacak olursa; bireysel normu yaratan yargıcın genel norm tarafından ve genel normu yaratan parlamento-nun anayasa tarafından yetkili kılındığını, anayasanın da asli kurucu iktidarın edimi olduğunu söylemiştik¹⁹. İşte temel normun "varsayım" niteliği, hukukun oluşum sürecinin bütünüyle asli kurucu iktidarın iradesine bağlanmasının önüne geçer. Tıpkı yargıç ve parlamento gibi, asli kurucu iktidar da (benimsediği ideoloji ne olursa olsun) norm tarafından yetkili kılınır ve tutarsızlığa mahal vermeksizin son sözü yine norm söyler.

Demokratik veya otokratik olsa da kurucu edim vasıtasıyla etkili bir hukuk sisteminin yaratılmış olması kafidir. Tam da bu nedenle totaliter rejimler, Kuram nezdinde gerçek anlamda bir hukuk düzeni olarak kabul edilir. Yani amaç, sanıldığı gibi totaliter rejimlere meşruiyet kazandırmak değil; hukukun -yöntemi normlar hiyerarşisi olan- bir bilim olarak tahayyül edilme-

16 Niyazi ÖKTEM, "Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 8 (1991), s. 269; Niyazi ÖKTEM, "Hukukun Bilimselliği", *HFSA*, S. 11 (2005), s. 32; Ogün Ürek de temel normun içeriğinin ne olması gerektiği üzerine düşünür. Kant'tan esinlenerek ifade özgürlüğünün bu anlamda yerinde bir tercih olabileceğini söyler. Bkz. Ogün ÜREK, *Filozoflarla Düşünme Denemeleri*, Dora Yayınları, Bursa 2016, s. 18-19.

17 ÖKTEM, 1991, s. 272-275.

18 Hans KELSEN, *General Theory of Norms*, Translated By: Michael Hartney, Clarendon Press, Oxford 2011, s. 257.

19 "Temel Normun İşlevi" başlığı altında yapılan açıklamalara bakılabilir.

sini sağlamaktır²⁰. Ezcümle, Kuram, anayasanın yaratılma süreci karşısında agnostiktir²¹.

b- Uluslararası Hukuka Ait Temel Normun İçeriği

Kelsen'in uluslararası hukuk alanındaki monist hukuk savunusuyla birlikte temel norma atfedilen anlam yeni bir boyut kazanır. Yeryüzünde tek bir hukuk sisteminin olduğu iddiası, uluslararası ve ulusal hukuk düzenleri arasında bağ kurmayı zorunlu kılar. Uluslararası hukuk, hiyerarşik olarak görece daha üst seviyede yer alır. Temel normlar, uluslararası hukuk çatısı altında düşünüldüğünde en üstün olma özelliklerini yitirirler ve geçerlilikleri sorgulanır hale gelir. Hatırlanacak olursa, ancak etkili olmak kaydıyla bir anayasal düzeni geçerli kılabilirler ve düzen değişikliği aynı zamanda temel normların da değişmesi anlamına geliyordu. Kelsen, bu etkililik prensibinin uluslararası hukuka ait olduğunu söyleyerek ulusal hukuk düzenlerinin aşılmasını sağlayan bir düşünceye kapı aralar. Böylece ulusal hukuk düzenlerini ortadan kaldıran ve

etkili yeni bir düzen kuran devrim ve darbeler, uluslararası hukuk nazarında anayasa yaratan olağan yasama faaliyetlerine dönüşür²². Bu açıklamalardan sonra, mahiyeti gereği tek ve en üstün olan, uluslararası hukukun ve dolayısıyla tüm hukuk düzenlerinin geçerliliğini borçlu olduğu “gerçek” temel normla alakalı iddialara geçebiliriz.

Uluslararası hukuk düzeninde en alt seviyede uluslararası mahkeme kararları, akabinde uluslararası anlaşmalar, en üst seviyede ise uluslararası örf ve adet kuralları yer alır²³. Uluslararası örf ve adet kurallarından Pacta Sunt Servanda (Ahde Vefa) ayrı bir yere sahiptir. Öyle ki Hüseyin Pazarcı²⁴ söz konusu ilkeyi temel norm olarak yorumlar. Kelsen de 1920'de yayımladığı *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (Egemenlik Sorunu ve Uluslararası Hukuk Kuramı)* adlı eserinde “Pacta Sunt Servanda” ilkesinin temel norm olduğunu söyler²⁵.

Kelsen'in bu görüşleri, Kuram'ın henüz olgunlaşmadığının gösterge-

20 Murat SATICI, “Modern Hukuk Açısından Özgürlük, Eşitlik, Kardeşlik”, içinde *Birinci Uluslararası Felsefe Kongresi*, Ed: İsmail SERİN, Asa Yayınları, Bursa 2010, s. 333; Temel normun istibdada yol açacağına ilişkin tenkitler için bkz. Muvaffak AKBAY, “Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi”, *AUHFD*, C. 4 (1945), S. 1, s. 47.

21 Andreas KALYVAS, “The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen's Legal and Political Theory”, *Philosophy & Social Criticism*, Vol. 32 (2006), No. 5, s. 582.

22 KELSEN, 1949, s. 367-368.

23 KELSEN, 2016, s. 136.

24 Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri I*, 12. bs., Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2014, s. 15. Kemal Gözler'in eleştirisi için bkz. GÖZLER, 1998, (dipnot 41), s. 144.

25 François RIGAUX, “Kelsen ve Uluslararası Hukuk”, *Çev. Elif Başkaracaoğlu, İÜHFİM*, C. 65 (2007), S. 1, s. 381.

sidir. Daha sonra yayımladığı *Saf Hukuk Kuramı* (1934), *General Theory of Law and State* (1945), *Principles of International Law* (1952), *Pure Theory of Law* (1967) adlı eserlerinde Pacta Sunt Servanda ilkesini, uluslararası anlaşmaların dayanağı olan uluslararası örf-adet kuralları şeklinde sunar. Yani temel norm, uluslararası örf ve adeti norm yaratan bir olgu olarak tanır ve Pacta Sunt Servanda dahil olmak üzere uluslararası örf ve adet kurallarını geçerli kılar. Böylece hiyerarşik dizilimde tüm kuralların üzerinde yer alarak varsayım niteliğini muhafaza eder²⁶. Ayrıca altını çizmek gerekirse, literatürde normlar hiyerarşisinin öncü isminin Kelsen olduğuna dair yaygın yanlış bir kanaat vardır. Adolf Merkl'in 1915 ile 1922 yılları arasında yayımladığı makaleler, normlar hiyerarşisinin kuramsal temellerini oluşturur. Bu nedenle Kelsen'in Kuram'a sonradan dahil ettiği normlar hiyerarşisi ve onun en üst seviyesinde yer alan temel norm hakkındaki erken tarihli (1920) açıklamalarına ihtiyatla yaklaşmak gerekir²⁷.

Ulusal/uluslararası temel norma içerik atfedilememesinin farklı bir nedeni daha vardır. Kelsen, hukuk ve ahlâk arasında temel norm odaklı bir tasnif yapar. Ahlâk normları, normatif düzende temel normun içeriğine bağlı

olarak varlık kazanır. Söz gelimi; sözünü tutacaksın, yalan söylemeyeceksin gibi normlar geçerliliğini ahlâki bir temel norm olan doğruluktan alır. Yani ahlâk düzeninde temel norm bir içeriğe sahip olup içeriği alt seviyelerdeki ahlâk normlarına göre daha genel ve kapsayıcıdır. Bu nedenle, ahlâk normları salt çıkarım yapmak suretiyle kendisinden türetilebilir. Oysa hukuk normları, içerikleri nedeniyle değil, kendisinden üst seviyedeki normun öngördüğü prosedürlere uygun biçimde yürürlüğe konulduğu için geçerlidir²⁸. Hukuk düzenini var eden temel norma içerik atfedildiği takdirde hukuk-ahlâk ayrımı sona erer. Kuram'ın konusu, diğer normatif düzenlerden ayırt edilemez. Hukuk, etrafındaki yabancı otların arasında kaybolur.

Kuram'ın konusunu, amacını ve yöntemini belirledik. Temel normun (bundan sonra özel olarak belirtilmedikçe, ulusal hukuk düzenlerine ait olacak şekilde anlaşılmalıdır) bu belirlenimdeki rolüne değindik. Dolaylı olarak Kuram ve demokrasi ayrımına dair pek çok şey söyledik. Bu ayrımı belirgin kılacak ilk uğrak noktamız, Kelsen'in hukuk devleti ve adalet hakkındaki görüşleri olacaktır.

26 KELSEN, 2016, s. 136; KELSEN, 1949, s. 369; Hans KELSEN, *Principles Of International Law*, The Lawbook Exchange, New Jersey 2003, s.417-418; KELSEN, 2008, s. 324.

27 Martin BOROWSKI, "Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School's Stufenbaulehre", *Ratio Juris*, Vol. 27 (2014), No.1, s. 79.

28 KELSEN, 2016, s. 67-68.

D- Hukuk Devleti ve Adalet Kavramı Üzerine Kısa Bir Not

1- Hangi Hukuk Devleti?

Hukuk ve devlet arasındaki ilişkiye dair tartışmalar, genellikle biri lehine geliştirilen söylemler üzerinden sürdürülür. Devlet, kimi zaman egemenliğin gereği olarak hukuku var eden ve onun üzerinde yer alan; kimi zaman da tüm etkinlikleri hukuka bağlı olan bir otorite şeklinde sunulur. Egemenlik, devletin hukuk veya herhangi bir dış faktör tarafından sınırlandırılmayacağı anlamına gelir. Oysa anayasacılık hareketleriyle birlikte ivme kazanan “sınırlı devlet” anlayışı, temel hak ve özgürlükler karşısında devletin faaliyet alanlarının kısıtlanmasına ve egemenlik vasfının sorgulanmasına yol açar.

Üstünlük iddiasına dayalı her iki yaklaşım da hukuk ve devlet ayrılığını varsayar. Böyle bir düalizm, Kelsen'e göre ideolojik bir amaca hizmet eder. Devlet, hukuktan ayrı tahayyül edildiğinde, eylemlerini meşrulaştırıcı bir araç olarak hukuku kullanır. Hukuk, devletin alâmetifarıkası olduğu düşünülen güç olgusunun karşısında adil bir sistem olarak tasavvur edilir. Kendisini hukuka bağlı olarak sunan devletin eylemleri de yalın güçten arınarak adalete uygun biçimde gerçekleşmiş olur²⁹.

Kelsen, hukuk ve devlet arasındaki ilişkiyi Kuram'ın anti-ideolojik eğilimine uygun bir biçimde tasarlar. Hukuk-devlet özdeşliğiyle, hukuku araç olmaktan çıkarır. Ona göre devlet; hukukun evrimselleşme sürecinde belli bir aşamaya tekabül eden, hukuk normlarını ihdas eden ve uygulayan organlardan müteşekkil merkezi yapının adıdır. Özetle, “görece merkezileşmiş bir hukuk düzenidir”, devlet. Hukukla iç içe geçerek hemhal olur. Dolayısıyla hukuk devleti ibaresi bir totolojiden ibarettir³⁰. Burada yer verilen hukuk devleti, geleneksel anlamından farklı olarak Kuram'a özgüdür. Kelsen, “devletin hukuk düzeni olarak anlaşılması koşuluyla her devletin bir hukuk devleti (Rechtsstaat)” olarak görülebileceğini söyler. Yani hukuk devleti; hukuka bağlı, insan haklarına saygılı veya demokratik prensipleri benimseyen devlet anlamında kullanılmamıştır³¹.

Kendisine yöneltilecek eleştirilerin ve kavram karışıklığının önüne geçebilmek için Kelsen, eserinde hukuk devletinin hem Kuram'a özgü hem de geleneksel anlamına³² yer verir. Hukuk devleti kavramının Kuram nezdinde bütünüyle farklı bir anlam içerdiğine sahip olduğunu dikkate almayanlar; Kelsen'i devleti kutsallaştırmakla, hatta totaliter rejimlere meşruluk ka-

29 KELSEN, 2016, s. 122.

30 KELSEN, 2008, s. 286.

31 KELSEN, 2008, s. 313.

32 Geleneksel demokratik hukuk devleti şu prensipleri içerir: “Normları ihdas edecek ve uygulayacak organların eylemlerinin yine normlara bağlı olarak sınırlandırılması, hükümetin sorumluluğu, mahkemelerin bağımsızlığı, yurttaşların temel özgürlüklerinin güvence altına alınması vs.” KELSEN, 2008, s. 313.

zandırmakla itham ederler³³. Stephen Holmes da bunlardan biridir. Kelsen'in ayırım yapmaksızın her devleti geleneksel anlamıyla hukuk devleti kategorisinde değerlendirdiğini iddia eder. Ona göre, Nazi devleti dahil tüm totaliter rejimler, Kelsen'e göre "hukukun üstünlüğüne dayalı" bir hukuk devletidir. Kuram, totalitarizme karşı koyacak silahlardan yoksundur³⁴. Oysa HOLMES, hukuk devletine ilişkin tasnifi göz ardı etmesi hasebiyle yaptığı hatanın farkında değildir.

Monika Zalewska'ya³⁵ göre de sorun, demokrasi kuramını bütünüyle farklı bir kulvarda tasarlanan genel hukuk kuramına bağlamak ve buradan hatalı çıkarımlar yapmaktır. Kelsen'in hukuk devleti kavramını geleneksel anlamıyla kullandığını, temel normu aracı kılarak otoriter yönetimlerin önünde saygıyla eğildiğini ileri sürerler; bilerek veya bilmeyerek genel hukuk kuramı ile demokrasi kuramını özdeş kılmaktadır.

2- Adalet

Adalet, hukuk devletinden farklı olarak, Kuram nezdinde ayrı bir anlam

içeriğine sahip değildir. Kuram tarafından yok sayılmaz; ancak, rölatif bir değer olduğu gerekçesiyle nesnelleğe zarar veren bir unsur olarak kabul edilir ve kapsam dışında bırakılır. Şöyle ki her ahlâk sistemi, içinden çıktığı toplumun değer yargılarından oluşur. Toplumun içinde bulunduğu koşullar ahlâkı ve bir değer olarak adaleti belirler. Farklı toplumlara özgü adalet anlayışları, birbiriyle çelişik hükümler ihtiva edebilir. Böyle bir durumda hangisine öncelik tanınacağı rasyonel olarak tespit edilemez³⁶. Kuram, adaletin içeriğini belirlemeye muktedir değildir. Zira kullandığı yöntem, içerik hakkında değerlendirme yapılmasına engel teşkil eder. Adalet, hukukun değer yanını ilgilendirdiğinden, Kuram'dan ziyade hukuk felsefesinin konusudur³⁷.

O halde Kelsen'in kendi ideolojik/ahlâki tercihlerini açıklamasının iki yolu vardır. İlki, bu yöndeki söylemlerinin bilime hizmet ettiği savunusudur. Kuram ve demokrasinin iç içe geçecek şekilde yorumlanmasına neden olabileceğinden bize göre ilk yolun tercih edilmesi uygun değildir. İkincisi ise savunduğu değer yargılarının bilimsel

33 Monika ZALEWSKA, "Some Misunderstandings Concerning Hans Kelsen's Concepts of Democracy and The Rule of Law", in *The Principle of Equality as a Fundamental Norm in Law and Political Philosophy*, Ed: Bartosz WOJCIECHOWSKI/Tomasz BEKRYCHT/Karolina M. CERN, Jurysprudencja, Łódź University Press, Lodz 2017/8, s. 107.

34 Stephen HOLMES, "Hans Kelsen", in *The Encyclopedia of Democracy*, Ed: Seymour Martin LIPSET, Vol. 2, Congressional Quarterly, Washington 1995, s. 698.

35 ZALEWSKA, 2017, s. 105; Benzer yöndeki eleştiriler için bkz. Stanley L. PAULSON, "Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the "Guardian" Controversy of 1931", in *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Ed: Jens MEIERHENRICH/Oliver SIMONS, Oxford University Press, New York 2016, s. 515.

36 Hans KELSEN, "Adalet Nedir?", Çev. Ali Acar, *TBB Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2013, S. 107, s. 438-439.

37 TROPER, 2011, s. 14-15.

olma kaygısı taşıyan Kuram'la hiç bir ilgisi olmadığını açıklamaktır. Kendi içerisinde oldukça tutarlı görülen bu yöntem; özgürlüğe ve hoşgörüyeye dayalı demokrasi taraftarı, nasıl olur da tüm yönetim modellerine eşit mesafede duran bir Kuram'ın savunuculuğunu üstlenir sorusuna cevap mahiyetindedir. Böylece hukuk bilimciler, bütünüyle sübjektif yargılarını "bilim adamı" unvanına hanel getirmeden açıklayabilir³⁸. Kelsen'in adalet hakkındaki açıklamalarını da bu bağlamda değerlendirmek gerekir.

Ahlâki rölativizmden yana saf tutan Kelsen, mutlak adaletin ne olduğunu bilmediğinden dem vurur. Adaleti tanımlamaktan kaçınmaz; ancak, verdiği tanımın hiçbir bağlayıcı yanı bulunmadığını, tamamen şahsına özgü olduğunu söyler. Ona göre adalet, "koruması altında 'hakikat' arayışının gelişebileceği toplumsal düzendir." Bilimi hayatındaki en önemli uğraş olarak görmesi hasebiyle, adaletin bilimsel faaliyetleri gerçekleştirmeye elverişli bir ortamı sunması gerektiğini söyler ve sözlerini şöyle sürdürür³⁹: "Benim adaletim; özgürlük adaletidir, barış adaletidir, demokrasi adaletidir ve hoşgörü adaletidir." Kelsen'in adaleti demokrasi ile bütünleştirerek kullanması, demokrasinin de şahsi bir tercih

olduğu ve bu nedenle Kuram'dan ayrı düşünülmesi gerektiği konusunda elimizi güçlendirir.

III- KELSEN'İN DEMOKRASİ ANLAYIŞI

A. Yönetim Modellerinin Tasnifinde Temel Dayanak: Politik Özgürlük

Aristoteles, Antik Yunan kent devletlerinin anayasaları üzerinde yaptığı çalışmalar neticesinde yönetim modellerini ayırmaya yarayacak birbiriyle ilintili iki kriterden söz eder: yöneten sayısı ve ortak çıkar. Tek kişinin yönetimi krallık/tiranlık, azınlığın yönetimi aristokrasi/oligarşi, yurttaşların yönetimi ise politeia/demokrasidir. Doğru yönetimler olarak adlandırılan krallık, aristokrasi ve politeia yönetenin toplumun ortak yararını gözetmesine bağlı olarak ortaya çıkar. Tiranlık, oligarşi ve demokraside ise yönetenlerin çıkarları ön plandadır⁴⁰.

Kelsen, tarihsel süreçte genel hatlarıyla kabul gören Aristotelesçi tasnife alternatif olarak yeni bir öneride bulunur. İnsanlar kendilerine uygulanacak normların oluşumuna doğrudan veya dolaylı olarak katılım sağlıyorlarsa orada demokrasi vardır. Normların, yasal düzene tabi olan insanların iradesi dışında hukuk âleminde varlık

38 Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, "Hans Kelsen's Works and the Modern Theories of Human Rights", in *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Ed: Ian BRYAN, Springer, Switzerland 2017, s. 184.

39 KELSEN, 2013, s. 454.

40 ARİSTOTELES, *Politika*, Çev. Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, 16.bs., İstanbul 2014, s. 98.

kazanması ise otokrasinin hüküm sürdüğünü gösterir. O halde yönetim modellerinin hukukun yaratılma sürecine, yani politik özgürlük kriterine istinaden demokrasi ve otokrazi şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulması kâfidir⁴¹.

Özgürlük ortaya çıkış itibariyle, insanların tüm sınırlamalardan azade olması, başkasına itaat etmeksizin yaşaması anlamına gelir. Tam bir kural-sızlık halidir bu. Özgür olmak, her türden bağımlılık ilişkisini reddetmek ve asosyal bir yaşam sürmektir. Özgürlüğün -Rousseau'nun deyimiyle doğal özgürlüğün- anlam içeriği, sosyal yaşamın başlamasıyla birlikte farklılaşır ve geri dönüşü olmayan sosyal ve politik hayata zorunlu biçimde entegre olur. İnsanların artık hem bağımlı hem de özgür olduklarını tanımlayacak yeni bir formüle⁴² gereksinim vardır. Rousseau'nun "sivil özgürlük" adını verdiği bu yeni görünümde (politik özgürlük), insanlar ancak tabi oldukları sosyal düzenin oluşumuna katılmaları koşuluyla özgür kabul edilir. Böylece politik özgürlük, demokrasiyi var eden zorunlu koşul haline gelir⁴³.

B- İdeal Demokrasi-Gerçek Demokrasi

Demokrasinin devamlılığı için politik özgürlük tek başına yeterli değildir. Demokrasi, politik özgürlüğe istinaden tanımlanabilir; ancak, sürdürülemez. İstikrarlı bir demokrasi ve politik özgürlüğün demokrasiye yaraşır şekilde uygulanabilmesi için başka özgürlüklere ve değer yargılarına gereksinim duyulur. Bunlar arasında hoşgörü, özel bir yere sahiptir. Kelsen bir adım daha ileri giderek "demokrasi hoşgörüülü olmayı bırakırsa, demokrasi olmaktan da çıkar" der. Demokrasi otokrasiden farklı olarak, kendisi aleyhindeki fikirlere karşı da hoşgörüülü olmalıdır. Yani "demokrasi, kendisi olmaktan vazgeçerek kendisini savunamaz." Bir şartla: demokrasiye karşı tavır alanlar, demokrasiyi cebren ortadan kaldırma yolunu seçerlerse, demokrasinin meşru müdafaa hakkı bakidir⁴⁴.

Hoşgörü, maddi bir kriter olarak demokrasinin nasıl olması gerektiğine dair fikir verir. Bu noktada ideal (olması gereken) demokrasi ile gerçek (olan) demokrasi arasındaki ay-

41 KELSEN, 1949, s. 284; Hans KELSEN, *Demokrasi: Doğası & Değeri*, Çev. Yasin Uysal, Dost Kitabevi, Ankara 2019, s. 12.

42 J. J. Rousseau, sosyal yaşamda insanları özgür kılmaya yönelik böyle bir formülün gerekliliğini şu sözlerle açıklar: "Her bireyinin malını ve canını tüm ortak gücüyle savunan öyle bir toplum biçiminin bulunması gerekir ki, bu toplumda her birey hem herkesle bir olduğu halde sadece kendine itaat etsin ve eskisi kadar da özgür olsun." J. J. ROUSSEAU, *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, Çev. İsmail Yerguz, 2.bs. Say Yayınları, İstanbul 2012, s. 67.

43 Hans KELSEN, "Foundations of Democracy", *Ethics*, Vol. 66 (1955), No. 1, s. 18-19.

44 KELSEN, 2013, s. 453.

rım kendiliğinden ortaya çıkar. Gerçek demokrasilerde özgürlük veya hoşgörünün kusursuzca uygulanması beklenemez. Aksi takdirde, gerçek demokrasiye yol gösterici mahiyette prensipler içeren ideal demokrasiye ihtiyaç kalmaz, tıpkı doğal hukuk-pozitif hukuk ayrımında olduğu gibi. Pozitif hukukun doğal hukuka uygunluğu hakkındaki tartışma şüpheye mahal vermeyecek şekilde sona erdiğinde, doğal hukukun varoluş nedeni ortadan kalkar. Ayrımın çeşitli saiklerle sürdürülmesi isteniyorsa, pozitif hukukun her daim doğal hukuk süzgecinden geçirilmesi, kusurlu veya eksik olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Sonuç itibarıyla demokrasi ve otokrazi gerçeklikle bire bir örtüşmeyen ideal tipler⁴⁵ olarak karşımıza çıkar. Kelsen, özellikle demokrasinin nasıl olması gerektiğine kafa yorar. İdeal demokrasiyi kurgularken konusu pozitif hukukla sınırlı olan Kuram'la bağ kesilmiştir artık. Her şeyden evvel metodolojik farklılıklar kendisini gösterir. Kuram olanla (sein), demokrasi ise olması gerekenle (sollen) ilintilidir. Kuram, normların formel analizinden yola çıkarak hiyerarşik dizilimin ve bununla birlikte sistematik bütünlü-

ğün sağlanmasına hizmet eder. Demokrasi ise politik bakımdan eşit ve özgür kimselerden oluşan, temel hak ve hürriyetlerin anayasal normlar tarafından güvence altına alındığı bir yapı tesis etmeyi amaçlar. Peki, Kuram'dan ayrı düşünülmesi gereken, özgürlük ve hoşgörü üzerinde yükselen ideal demokrasi nasıl olmalıdır?

C- İdeal Demokrasinin Gereklere

1- Özgürlük ve Rölativizm

Demokrasilerde çoğunluk ve azınlık olmak üzere iki farklı grup vardır. Azınlığın korunması bütünüyle çoğunluğun inisiyatifine bırakılamaz. Bunun için, anasadaki temel hak ve özgürlükler gündeme gelir. Kanunla korunan haklardan farklı olarak, anayasal korumada nitelikli çoğunluk devreye girer. Anayasal korumanın kapsamına dair temel hak ve özgürlükler kataloğu sunma da Kelsen'e göre; din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü ve bilim özgürlüğü demokrasinin özünü oluşturur⁴⁶. Ayrıca anayasal korumanın etkin bir biçimde gerçekleşmesi için yargısal denetim mekanizmasının işlenmesi gerekir. Azınlığın denetim yoluna başvurmasını sağlayacak mekanizmalar işletilmelidir. Böylece

45 KELSEN, 1949, s. 284.

46 KELSEN, 1955, s. 28; Temel hak ve özgürlüklerin değiştirilmesi yahut ortadan kaldırılmasına karşı daha etkin bir koruma olarak öngörülen nitelikli çoğunluk uygulamasının pratikte yeterli olmayabileceği düşüncesi üzerine bkz. Christine CHWASZCZA, "Kelsen on Democracy in Light of Contemporary Theories of Human Rights", in *Kelsenian Legal Science and Nature of Law*, Ed: Peter LANGFORS/Ian BRYAN/John MCGARRY, Springer International Publishing, Switzerland 2017, s. 198-199.

azınlık haklarına aykırılık teşkil eden normlar, yargı organı tarafından iptal edilerek çoğunluğun azınlığa yönelik tahakkümü kısıtlanabilecektir⁴⁷.

Tahakküm ilişkisine engel teşkil eden diğer bir husus da modern hayatın karmaşıklığıdır. Modern hayattaki sorunların çeşitliliği karşısında kimi zaman çoğunluğu destekleyenler başka sorunlar karşısında azınlıkta kalabilir veya daha önce benimsediği bir düşünceden vazgeçerek çoğunluk veya azınlık tarafına geçebilir. Demokrasiyi diğer yönetim modellerine nispeten cazip kılan yanı, azınlık ve çoğunluk arasındaki yer değiştirmenin her daim ihtimal dâhilinde olmasıdır. Bunun için özgür tartışma ortamına ve uzlaşma kültürüne gereksinim vardır. Böylece insanlar kamuoyu oluşturarak kısmen de olsa yönetimde söz sahibi olabilecektir⁴⁸.

Tartışmaya açılan her konuda azınlık ve çoğunluk kendisini yeniden var eder. Bu durumun somut örneklerinden biri, genel normların yaratılmasıdır⁴⁹. Modern toplumlarda yasama, bir üretim mekanizması olarak sürekli faaliyettedir. İnsanlar bazen normun yürürlüğe girmesi sürecinde bazen de normlaşmasının gerekli olduğunu düşündükleri konuların tartışmaya açıldığı süreçte azınlığın veya çoğunluğun görüşünü paylaşabilirler. Her durumda en az iki farklı yaklaşım ile sürülecektir ki bu da normun veya herhangi bir konunun mutlak doğru olarak insanlara dayatılmasına engel teşkil eder. Bu nedenle Akal⁵⁰, Kelsen'in demokrasiyi “*tabii ve sonsuz bir hakikatin, dolayısıyla yöneticinin yönetilene buyurabileceği herhangi bir ‘doğru’ nun yokluğu üstüne inşa ettiğini*” söyler.

47 KELSEN, 2019, s. 71; Kanunların anayasaya uygunluk denetiminin özel bir mahkeme tarafından yapılması düşüncesi Kelsen'e aittir. I. Dünya Savaşı sonunda çeşitli dini ve etnik grupları bünyesinde barındıran Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun dağılmasının ardından konuşma dili Almanca olan bölgelerdeki bağımsızlık hareketleri ivme kazanır. Bu bölgelerle sınırlı olmak üzere 21 Ekim 1918'de “Geçici Ulusal Meclis” ve Avusturya Şansölyesi Karl Renner liderliğinde koalisyon hükümeti kurulur. Kelsen, Kasım 1918'de Renner tarafından hukuk danışmanlığı görevine getirilir ve yeni anayasa taslağı hazırlama konusunda görevlendirilerek sürece dâhil olur. Koalisyon hükümetindeki siyasi partileri ikna edebilmek için alternatif anayasa taslakları hazırlar. Siyasi partiler, bir taslak üzerinde uzlaşmaya varır. Nihayet Geçici Ulusal Meclis'in onaylamasıyla 1 Ekim 1920'de yeni anayasa yürürlüğe girer. Stanley PAULSON, “Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings”, *Ratio Juris*, Vol. 16 (2003), No. 2, s.229-232; Avusturya Anayasasında (1920), ABD Anayasasından farklı olarak, anayasallık denetiminin genel mahkemeler tarafından yapılması, 89. maddede açıkça yasaklanır. 140. maddeyle birlikte denetim yetkisi, özel yargı kurumu niteliğindeki Anayasa Mahkemesine tevdi edilir. Mahkeme, Haziran 1921 ile Mayıs 1932 tarihleri arasında 3 federal ve 9 eyalet yasa hükmünü iptal eder. Theo ÖHLINGER, “The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation”, *Ratio Juris*, Vol. 16 (2003), No. 2, s. 208.

48 KELSEN, 1949, s. 288.

49 KELSEN, 2019, s. 92.

50 Cemal Bali AKAL, “Demokrasi ve Otokrasi Arasında Seçim”, <https://www.sosyalbilimler.org/demokrasi-ve-otokrasi-arasinda-secim/>, Erişim Tarihi: 18.03.2020.

Doğru veya yanlış, iyi veya kötünün ne olduğuna dair saptamanın insanlara bırakıldığı, farklı değer yargılarının peşinen kabul edildiği demokrasi, rölativizmin temel prensipleriyle uyum içerisinde olan bir yönetim olarak sunulur. Rölativizm, nihilizme varacak şekilde ahlâki değerleri yok sayan bir düşünce sistemi değildir. Çoklu ahlâk sistemlerinin varlığını kabul eder ve bu nedenle insanlara -belirli ahlâk sistemini dayatmadan- bir tercih yapması hususunda sorumluluk yükler. Ancak özgür insanların seçim yapabileceği ön kabulünden hareket edilirse rölativizm ve özgürlük arasındaki ilişki açığa çıkmış olur⁵¹.

Bireylerin eşit ve özgür olduğu demokratik toplumlarda, tek bir ahlâki/politik doğru yoktur. Zamana, mekâna ve koşullara göre farklılaşan doğrular etrafında birleşen çoğunluk ve azınlık da sürekli kendisini yeniler. Yani bugünün azınlığının yarımın çoğunluğu olabileceği ihtimalini dışlamadan, değişikliklerin rasyonel zeminde gerçekleşmesini sağlamak gerekir. Tam da bu nedenle hoşgörü, azınlık hakları, düşünce ve ifade özgürlüğü demokrasinin “olması gerekenleri” şeklinde belirir⁵². Kelsen, demokrasiyi var eden unsurları gösterdikten sonra onun nasıl işlemesi gerektiği üzerine kafa yorar.

2- İdeal Demokrasinin Diğer “Olması Gerekenleri”

Demokrasilerde amaç, karar alma süreçlerinde devletin seçmenlerin iradesine uygun hareket etmesidir. Seçmenlerin iradesi, temsili demokrasilerde özellikle yasama/yürütme organlarının oluşumu safhasında yani seçim esnasında önem kazanır. Bu nedenle mümkün olduğunca çok sayıda seçmenin benzer koşullarda oy kullanımına olanak sağlayan genel oy, eşit oy gibi prensipler hayata geçirilmeli, asgari oy kullanma yaşı görece düşük tutulmalı, salt belli meslek gruplarına ait olmaları hasebiyle insanların demokratik haklarını kullanmaları engellenmemelidir. Oy kullanma sadece bir hak değil yasal bir görev olarak tanımlanmalı ve bu görevi yerine getirmeyenlere karşı yaptırım uygulanmalıdır⁵³.

Oy kullanmanın zorunlu olmasının nedeni, parlamentonun seçmen kitesinin iradesine uygun biçimde teşekül etmesi ve faaliyet göstermesidir. Aslında temsili demokrasilerde temsilcilerin seçmenlerin iradesi hilafına hareket edip edemeyeceği meselesi tartışma konusu olarak güncelliğini korumaktadır. İdeal demokrasi açısından temsilciler, seçmenlerin iradesini

51 KELSEN, 2013, s. 452. Ayrıca bkz. Carlo INVERNIZZI-ACCETTI, “Reconciling Legal Positivism and Human Rights: Hans Kelsen’s Argument from Relativism”, *Journal of Human Rights*, Vol. 17 (2018), No. 2, s. 217.

52 KELSEN, 1955, s. 38-39.

53 KELSEN, 1949, s. 294.

yansıtmakla yükümlüdür. Bu durumun pratikte bir anlam ifade edebilmesi için, temsilcilerin seçmenler karşısında sorumluluklarına yol açacak bazı araçlar olmalıdır: emredici vekâlet ve azil⁵⁴.

Olabildiğince çok sayıda yurttaşın karar alma sürecine katılımının demokratik ideale örtüştüğünü söyleyen Kelsen, bireysel olarak sürece etki etmenin güç olduğunun farkındadır. Bu nedenle ortak değerler etrafında kurulan siyasi parti çatısı altında buluşmak zorunluluk arz eder. O halde farklı siyasi partilerin kuruluşuna yönelik engeller de ortadan kaldırılmalıdır. Partilerin parlamentoda çoğunluğu sağlayabilmesi ve iktidar olabilmesi hedeflerine uygun, ideal demokrasiye aykırılık teşkil etmeyen prensipler hayata geçirilmelidir. Söz gelimi, çoğunluk sistemleri, oy oranı ile temsil oranı arasında ciddi farklılıklara neden olabileceğinden risklidir. Bu farklılıkları asgariye indirecek olan nispi temsil sistemi ideal demokrasi bakımından daha caziptir. Çünkü demokratik idealde farklı menfaat gruplarının aldığı oy oranında temsil edilmesi ve özellikle muhalefetin güçlü olması uzlaşi için son derece önemlidir⁵⁵.

Kelsen yasama sürecinde doğrudan demokrasi araçlarına başvurularak temsil kurumunun yarattığı olumsuz sonuçların nispeten de olsa aşılabileceğini düşünür. Aslolan temsil edilenlerin iradesidir. Bir zorunluluk gereği ortaya çıkan temsil, demokrasinin özünü muhafaza etmeye yönelik bir araç olarak tanınmalı ve uygulanmalıdır. O halde temsil edilenlere, halk girişimi ve referandum gibi, yasama sürecine müdahil olmalarına imkân tanıyan yeni alanlar açılmalıdır⁵⁶.

IV- SONUÇ

Çalışmamızın kapsam ve sınırları dahilinde, iki ayrı Kelsen'den söz ediyoruz. Genel hukuk kuramcısı Kelsen, farklı pozitif hukuk düzenlerindeki ortak unsurları -başta norm olmak üzere- konu olarak belirler. Normun geçerliliğini bir başka normda temellendirir. Salt ulusal hukuk düzeninden bakarsak; bireysel norm, genel norm ve anayasa normu arasındaki hiyerarşik ilişkiyi açıklar. Normlar silsilesini nihai olarak asli kurucu iktidarın iradesine terk etmemek ve hukuku bilim kılabilmek için, temel normu icat eder. Temel norm sanıldığı gibi safсата değildir; aksine, hukuk biliminin hayal edilmesi zorunlu ön koşuldur. Bir varsayım olarak hukuk bilimine entegre oldu-

54 KELSEN, 1949, s. 292. Emredici vekâlet ve azil hakkında bkz. Kemal GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Ekin Yayınları, C. I, Bursa 2011, s. 670 vd; Temsilciyi mahkemeler karşısında sorumsuz kılan "dokunulmazlık" kurumunun da kaldırılması veya kısıtlanması gerektiğine ilişkin bkz. KELSEN, 2019, s. 45.

55 KELSEN, 1949, s. 294-297; KELSEN, 2019, s. 61.

56 KELSEN, 1949, s. 298; KELSEN, 2019, s. 43.

ğu için de bir paradokstur. Demokrat Kelsen ise farklı demokratik yönetim modellerindeki ortak unsurlardan yola çıkmaz. Aksine, demokrasiyi idealize eder. Normların ideal demokrasiyi sağlamaya yönelik nasıl bir içeriğe sahip olması gerektiği üzerine düşünür. Karar alma sürecine daha geniş ve özgürce katılım sağlanabilmesi için norma konu olması gerekenleri sıralar.

Kuram çerçevesinde, bilim adamı kimliğine hanel getirmeyen ve yönetim modelleri karşısındaki objektif tavrını koruyan Kelsen, demokrasi ve otokrasiiye aynı değeri atfeder. Kuram ile amaçlananın ne olduğunu göremeyenler, Kelsen'i tam da karşısında yer aldığı -totaliter rejimleri -otokrasiiyi-savunmakla itham ederler. Oysa aynı bakış açısıyla Kelsen'in bir demokrasi taraftarı olduğu sonucuna da varılabilir. Çünkü Kuram, etkili bir anayasaya sahip olmak kaydıyla demokratik yönetimleri de aynı ölçüde geçerli kabul eder.

Kelsen'in ideal demokrasisini genel hukuk kuramının kapsamına dahil edenler, bir çıkmazın içinde bulurlar kendilerini. Her ne kadar demokratik prensipleri benimsiyor görünse de Kelsen'i totaliter rejimleri meşru kılan bir kuramın bayraktarı olarak görürler. Temel normun insan haklarını, özgürlükleri veya daha genel bir ifadeyle demokratik prensipleri benimseyen anayasaları geçerli addetmesi gerektiğini ileri sürerler. Peki, demokrasi ve otokrasiden birinin diğerine tercih edildiği yerde, hukuk biliminin objek-

tifiğinden söz edilebilir mi? Kuram, "genel" ve "saf" olma vasfını yitirmez mi? Kuram'ın Kelsen tarafından sorunsuz bir şekilde sunulduğu veya hukukun bilim olduğu iddiasında değiliz. O, başka bir tartışmanın konusudur. Biz, Kuram ile demokrasinin farklı amaç ve yöntemlere sahip olduğunu, o nedenle birbirinden bağımsız olarak okunması gerektiği düşüncesindeyiz, Kelsen'in zaman zaman rölativizm üzerinden her ikisi arasında bir bağ kurma çabalarına rağmen.

KAYNAKÇA

- AKAL, Cemal Bali: *Hukuk Nedir?*, Dost Kitabevi, Ankara 2017.
- AKAL, Cemal Bali: "Demokrasi ve Otokrasi Arasında Seçim", <https://www.sosyalbilimler.org/demokrasi-ve-otokrasi-arasinda-secim/>, Erişim Tarihi: 18.03.2020.
- AKBAY, Muvaffak: "Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi", *AUHFD*, C. 4 (1945), S. 1, s. 29-47.
- ARİSTOTELES: *Politika*, Çev. Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, 16.bs., İstanbul 2014.
- BOROWSKI, Martin: "Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School's Stufenbaulehre", *Ratio Juris*, Vol. 27 (2014), No.1, s. 79-93.
- CHAMPEIL-DESPLATS: Véronique: "Hans Kelsen's Works and the Modern Theories of Human Rights", in *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Ed: Ian BRYAN, Springer, Switzerland 2017.
- CHWASZCZA, Christine: "Kelsen on Democracy in Light of Contemporary Theories of Human Rights", in *Kelsenian Legal Science and Nature of Law*, Ed: Peter LANGFORS/Ian BRYAN/John MCGARRY, Springer International Publishing, Switzerland 2017.
- GÖZLER, Kemal: *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Us-a Yayıncılık, Ankara 1998.
- GÖZLER, Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Ekin Yayınları, C. 1, Bursa 2011.

- HOLMES, Stephen: “Hans Kelsen”, in *The Encyclopedia of Democracy*, Ed: Seymour Martin LIPSET, Vol. 2, Congressional Quarterly, Washington 1995.
- INGRAM, David Bruce: *Hukuk Felsefesi*, Çev. Ezgi Su Dağabak, Fol Yayınları, Ankara 2019.
- INVERNIZZI-ACCETTI, Carlo: “Reconciling Legal Positivism and Human Rights: Hans Kelsen’s Argument from Relativism”, *Journal of Human Rights*, Vol. 17 (2018), No. 2, s. 215-228.
- KALYVAS, Andreas: “The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen’s Legal and Political Theory”, *Philosophy & Social Criticism*, Vol. 32 (2006), No. 5, s. 573-599.
- KANT, Immanuel: *Arı Usun Eleştirisi*, Çev. Aziz Yardımlı, 4. bs., İdea Yayınevi, İstanbul 2015.
- KELSEN, Hans: *Demokrasi: Doğası & Değeri*, Çev. Yasin Uysal, Dost Kitabevi, Ankara 2019.
- KELSEN, Hans: *Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap, İstanbul 2016.
- KELSEN, Hans: *General Theory Of Law And State*, Translated By: Anders Wedberg, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1949.
- KELSEN, Hans: *Principles Of International Law*, The Lawbook Exchange, New Jersey 2003.
- KELSEN, Hans: *Pure Theory Of Law*, Translated By: Max Knight, 5th. ed., The Lawbook Exchange, Clark, New Jersey 2008.
- KELSEN, Hans: *General Theory of Norms*, Translated By: Michael Hartney, Clarendon Press, Oxford 2011.
- KELSEN, Hans: “Foundations of Democracy”, *Ethics*, Vol. 66 (1955), No. 1, s. 1-101.
- KELSEN, Hans: “Science and Politics”, *The American Political Science Review*, Vol. 45 (1951), No. 3, s. 641-661.
- KELSEN, Hans: “Adalet Nedir?”, Çev. Ali Acar, *TBB Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2013, S. 107, s. 431-454.
- ÖHLINGER, Theo: “The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation”, *Ratio Juris*, Vol. 16 (2003), No. 2, s. 206-222.
- ÖKTEM, Niyazi: “Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 8 (1991), s. 265-288.
- ÖKTEM, Niyazi: “Hukukun Bilimselliği”, *HfSA*, S. 11 (2005), s. 26-34.
- PAULSON, Stanley: “Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings”, *Ratio Juris*, Vol. 16 (June 2003), No. 2, s. 223-239.
- PAULSON, Stanley: “Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord, Culminating in the ‘Guardian’ Controversy of 1931”, in *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Ed: Jens MEIERHENRICH/Oliver SIMONS, Oxford University Press, New York 2016.
- PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri 1*, 12. bs., Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2014.
- RIGAUX, François: “Kelsen ve Uluslararası Hukuk”, Çev. Elif Başkaracaoğlu, İÜHF, C. 65, S. 1 (2007), s. 377-412.
- ROUSSEAU, J. J: *Toplum Sözleşmesi ya da Siyaset Hukuku İlkeleri*, Çev. İsmail Yerguz, 2.bs. Say Yayınları, İstanbul 2012.
- SATICI, Murat: “Modern Hukuk Açısından Özgürlük, Eşitlik, Kardeşlik”, içinde *Birinci Uluslararası Felsefe Kongresi*, Ed: İsmail SERİN, Asa Yayınları, Bursa 2010.
- SCHMITT, Carl: *Siyasi İlahiyat*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 5. bs., Dost Kitabevi, Ankara 2016.
- TROPER, Michel: *Hukuk Felsefesi*, Çev. Işık Ergüden, Dost Kitabevi, Ankara 2011.
- URBINATI, Nadia: INVERNIZZI-ACCETTI, Carlo, “Editor’s Introduction”, in *The Essence and Value of Democracy*, Translated By: Brian Graf, Rowman & Littlefield, New York 2013.
- ÜREK, Oğün: *Filozoflarla Düşünme Denemeleeri*, Dora Yayınları, Bursa 2016.
- ZALEWSKA, Monika: “Some Misunderstandings Concerning Hans Kelsen’s Concepts of Democracy and The Rule of Law”, in *The Principle of Equality as a Fundamental Norm in Law and Political Philosophy*, Ed: Bartosz WOJCIĘCHOWSKI/Tomasz BEKRYCHT/ Karolina M. CERN, Jurysprudencja, Łódź University Press, Lodz 2017.