

SAF HUKUK TEORİSİ VE ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK

Sevinç KARPUZ

112612007

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI  
(İNSAN HAKLARI HUKUKU)

Yrd. Doç. Dr. İdil Işıl GÜL

2015

SAF HUKUK TEORİSİ VE ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK

THE PURE THEORY OF LAW AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN  
LAW

Sevinç KARPUZ  
112612007

Yrd. Doç. Dr. İdil Işıl GÜL

:

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL

:

Yrd. Doç. Dr. Reyda ERGÜN

:

Tezin Onaylandığı Tarih

:

Toplam Sayfa Sayısı

:

63

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

1) hukuk

1) law

2) saf

2) pure

3) teori

3) theory

4) uluslararası

4) international

5) insancıl

5) humanitarian

## Özet

Bu tez çalışmasında, Kelsen'in saf hukuk teorisi incelenmiş ve bu teorinin uluslararası insancıl hukuk ile ilişkisi irdelenmiştir. Kelsen'in saf hukuk teorisi, hukukun ne olduğunu ve nasıl olduğunu belirlemeyi amaçlayan bir yöntem ortaya koyar. Norm kavramını temel alan bu teoriye göre, hukuk normu *sollen* ("olması gereken") niteliğe sahip olmalı ve normlar hiyerarşisinde kendisinden üst kademede bulunan norma uygun olarak yaratılmış olmalıdır. Uluslararası insancıl hukuk normlarının nasıl ortaya çıktığı incelendiğinde, bu normların silahlı çatışmalardaki yıkımların ve acıların en aza indirgenmesi ve tüm insanların mümkün olan en yüksek düzeyde korunması kaygısı ışığında yaratıldığı ve bu doğrultudaki değerlerden bağımsız düşünülemez olduğu görülür. Dolayısıyla uluslararası insancıl hukuk normları, saf normatif yöntemle yaratılma şartını sağlamamaktadır. Uluslararası insancıl hukuk normlarına aykırı davranışların tamamının yaptırım ile karşılık görmemesi de bu normların sistematik olarak *sollen* niteliğe sahip olmadığı anlamına gelir.

## Abstract

This thesis examines Kelsen's pure theory of law and its relationship with international humanitarian law. Kelsen's pure theory of law presents a method which aims to determine what and how law is. According to this theory that is based on the concept of norm, a legal norm shall have the characteristic of *sollen* ("shall") and shall be enacted in conformity with the norm that stands at a higher level in the hierarchy of norms. The norms of international humanitarian law are enacted with the purpose of minimizing the destruction and suffering in the armed conflicts and providing the highest protection for all people. Since the creation of these norms cannot be detached from the ideas and values in line with their purpose, they do not fulfill the condition of being enacted by the pure normative method. International humanitarian law does not provide sanctions for all behaviors violating its norms, and this means that the norms of international humanitarian law do not systematically have the characteristic of *sollen*.

## İÇİNDEKİLER

<b>Kaynakça.....</b>	<b>iii</b>
<b>I. Giriş.....</b>	<b>1</b>
<b>II. Kelsen'in saf hukuk teorisi .....</b>	<b>5</b>
A- Hans Kelsen .....	5
B- Kelsen'in saf hukuk teorisinin anlamı ve felsefi temelleri .....	9
1. Kelsen'in saf hukuk teorisinin anlamı ve amacı.....	9
2. Kelsen'in saf hukuk teorisinin felsefi temelleri.....	13
a) Doğal hukuk .....	13
b) Hukuki pozitivizm .....	15
c) Hukuki pozitivizm ve Kelsen'in saf hukuk teorisi .....	19
C- Kelsen'in saf hukuk teorisinin temel ilkeleri.....	22
1. Saflık.....	22
2. Birlik.....	24
D- Kelsen'in saf hukuk teorisinde "devlet" kavramı.....	30
E- Kelsen'in saf hukuk teorisinin eleştirilmesi .....	33
1. Kelsen'in saf hukuk teorisinin felsefesine yapılan eleştiriler .....	33
2. Kelsen'in saf hukuk teorisinin ilkelerine yapılan eleştiriler .....	35
<b>III. Kelsen'in saf hukuk teorisi ile uluslararası insancıl hukuk ilişkisi.....</b>	<b>37</b>
A- Uluslararası insancıl hukuk.....	37
1. Uluslararası insancıl hukukun amacı .....	37
2. Uluslararası Kızılhaç Komitesi.....	39
3. Uluslararası insancıl hukuk kurallarına genel bakış .....	40
4. Uluslararası insancıl hukukun temel ilkeleri .....	42
5. Uluslararası insancıl hukukun kaynakları.....	43
B- Kelsen'in saf hukuk teorisinin anlamı ve felsefi temelleri ışığında uluslararası insancıl hukuk .....	44
1. Kelsen'in saf hukuk teorisinin anlamı ve amacı perspektifinden uluslararası insancıl hukuk.....	44
2. Kelsen'in saf hukuk teorisinin felsefi temelleri perspektifinden uluslararası insancıl hukuk.....	53

C- Kelsen'in saf hukuk teorisinin temel ilkeleri ışığında uluslararası insancıl hukuk.....	54
1. Saflık perspektifinden uluslararası insancıl hukuk.....	54
2. Birlik perspektifinden uluslararası insancıl hukuk .....	55
D- Kelsen'in saf hukuk teorisinin devlet kavramı ışığında uluslararası insancıl hukuk.....	59
<b>IV. Sonuç.....</b>	<b>61</b>

## Kaynakça

«12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri.» *International Committee of the Red Cross, Official Website*. tarih yok. <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp> (Mart 22, 2014 tarihinde erişilmiştir).

Aral, Vecdi. *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.

Aydemir, Süleyman Ruhi. «Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi ve Devlet Anlayışı.» *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, 2004: 1-35.

Bersier Lavadac, Nicoletta. «Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography.» *European Journal of International Law*, 1998: 391-400.

Bix, Brian. «Doğal Hukuk: Modern Gelenek» Çev.: Ertuğrul Uzun. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004: 291-343.

Blackburn, Simon. *The Oxford Dictionary of Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

Bodenheimer, Edgar. *Jurisprudence: The Philosophy and Method of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1976.

Carty, Anthony. «The Continuing Influence of Kelsen On the General Perception of the Discipline of International Law.» *European Journal of International Law*, 1998: 344-354.

Crozat, Charles. «Asrı Hazır Doktrininde Devlet Telakkisi.» *Üniversite Konferansları 1936-1937*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1937.

Dağdelen, İlhan. «Devlet Bilimi Metodolojisi: “Hans Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Devlet Anlayışı”.» *International Journal of Human Sciences*, 2004.

Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

Göğer, Erdoğan. *Hukuk Başlangıcı Dersleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.

Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Kitapevi, 1998.

Gözler, Kemal. *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*. Ankara: US-A Yayıncılık, 1998.

Gutan, Sabin. «Name and Field of International Humanitarian Law.» *Revista Academiei Fortelor Terestre Nr.4 (72)*, 2013: 367-373.

Güriz, Adnan. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1986.

Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996.

Haakonssen, Knud. «The Significance of Protestant Natural Law Theory ..» *Natural Law Theory: Historical and Contemporary Issues*, 1997.

Hauser, Raimund. *Norm, Recht und Staat; Überlegungen zu Hans Kelsens Theorie der Reinen Rechtslehre*. Wien, New York: Springer, 1968.

Henckaerts, Jean-Marie, ve Louise Doswald-Beck. *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt 1: Kurallar*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2005.

Hirş, Ernst. *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*. Ankara: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.

International Committee of the Red Cross. *International Committee of the Red Cross*. tarih yok. <http://www.icrc.org/eng/> (Mart 20, 2014 tarihinde erişilmiştir).

International Committee of the Red Cross.. *The Handbook of International Humanitarian Law, edited by Dieter Fleck*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

International Criminal Court. *International Criminal Court, Official website*. tarih yok. [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/Pages/default.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/Pages/default.aspx) (Mayıs 4, 2014 tarihinde erişilmiştir).

Jablonek, Clemens. «Kelsen and His Circle: The Viennese Years.» *European Journal of International Law*, 1998: 368-385.

Jöckel, Wilhelm. *Hans Kelsens Rechtstheoretische Methode, Darstellung und Kritik ihrer Grundlagen und hauptsächlichen Ergebnisse*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1930.

Karahanogulları, Onur. «"Marksizm ve Hukuk" Yazın İncelemesi.» *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2003.

Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer, 1925.

Kelsen, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1928.

- Kelsen, Hans. *Demokrasi Mahiyeti - Kıymeti, Çeviren: E. Menemencioğlu*. İstanbul: Devlet Basımevi, 1938.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Norms, translated by Michael Hartney*. New York: Oxford University Press, 1991.
- Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1923.
- Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*. New York: Oxford University Press, 2002.
- Kelsen, Hans. *Principles of International Law*. New York: Rinehart & Company, 1952.
- Kelsen, Hans. *Rechtswissenschaft und Recht, Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der "Rechtsdogmatik"*. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922.
- Keyman, Selahattin. *Hukuka Giriş*. Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 1997.
- Keyman, Selahattin. *Hukuka Giriş ve Metodoloji*. Ankara: Doruk Yayınları, 1981.
- Keyman, Selahattin. «Hukuki Pozitivizm» *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1978: 17-56.
- Nour Sckell, Soraya. «Humanitarian Law: The Controversial Historical Construction of a Universal Moral.» *Janus.net [e-journal]*, Vol.3, No.1, 2012: 78-93.
- Özbilgen, Tarık. *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.
- «Rome Statute of the International Criminal Court.» *International Criminal Court, Official website* . tarih yok. [www.icc-cpi.int/.../rome\\_statute\\_english.pdf](http://www.icc-cpi.int/.../rome_statute_english.pdf) (Nisan 25, 2014 tarihinde erişilmiştir).
- Ross, Alf. «The 25th Anniversary of the Pure Theory of Law.» *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011: 243-272.
- Skrbic, Ajla. «Implementation of International Humanitarian Law - Current Challenges and Obstacles.» *Contemporary Readings in Law and Social Justice, Volume: 4(2)*, 2012: 293-305.
- Sönmez, Veysel. *Bilim Felsefesi*. İstanbul: Anı Yayıncılık, 2008.



*The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. ICC-01/04-01/06 (International Criminal Court, 14 Mart 2012).

Thürer, Daniel. *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context [e-book]*. The Hague: Hague Academy of International Law, 2011.

«Uluslararası Adalet Divanı .» *Uluslararası Adalet Divanı, resmî sitesi*. tarih yok. <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&> (Mayıs 4, 2014 tarihinde erişilmiştir).

Vonlanthen, Albert. *Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm*. Berlin: Duncker & Humblot, 1965.

Waldron, Jeremy. «Lex Satis Iusta.» *Notre Dame Law Review*, 2000: 1829-1858.

Wallace, Rebecca M.M., ve Olga Martin-Ortega. *International Law*. London: Sweet and Maxwell, 2009.

Weinreb, Lloyd. *Natural Law and Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

## I. Giriş

Hans Kelsen, 1934 yılında “*Reine Rechtslehre*” olarak isimlendirdiği eserinde hukuk biliminin gerçek kimliğini bulması ile ilgili bir çalışma yapmıştır. Bu eserinde en genel anlamda hukuk biliminin gerçek kimliğine ancak saf hukuk teorisi ile ulaşabileceğini ifade etmektedir<sup>1</sup>. Bu yüksek lisans tez çalışmasının konusu, saf hukuk teorisinin Kelsen tarafından ortaya konduğu çerçevede ele alınması ve bu teori ile uluslararası insancıl hukuk arasındaki ilişkinin irdelenmesidir.

Bu tez çalışması kapsamında yapılan araştırmalarda görülmüştür ki saf hukuk teorisi, Türk hukuk literatüründe ismi nadiren anılan ve kendisine sınırlı ölçüde yer tanınmış bir hukuk yöntemidir. Bununla birlikte genel olarak hukuk literatüründe de, hukuki pozitivizm temelinde geliştirilen bu teori ile ilgili yapılan çalışmalar az sayıdadır ve dar kapsamlıdır. Ulaşılan mevcut çalışmaların çoğu yalnızca saf hukuk teorisini ele almaktadır; bu teori ile hukuk alanlarının ilişkisi bu çalışmaların çoğuna dahil edilmemiştir. Bu anlamda bazı çalışmalarda ortaya konmuş olan ilişki ise, Kelsen’in ilgilendiği bir bağlantı olan saf hukuk teorisi ile idare hukuku arasındaki ilişkidir. Saf hukuk teorisi hakkında bugüne kadar yapılmış olan ve bu tez çalışması kapsamında yapılan araştırmalarda ulaşılan çalışmalarda bu teori ile uluslararası kamu hukukunun bir alt dalı olan uluslararası insancıl hukuk arasındaki ilişkinin ele alınmadığı görülmüştür. Bu bağlamda bu tez çalışmasının temel amacı, hem saf hukuk teorisini Kelsen’in çizdiği çerçevede kapsamlı bir şekilde aktarabilmek hem de bu teori ile uluslararası insancıl hukuk ilişkisini irdelemek ve bu irdeleme ile öznel bir bakışın yanı sıra genel bir bakış açısı da sunabilmek olarak belirlenmiştir.

<sup>1</sup> Bersier Lavadac, Nicoletta. «Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography.» *European Journal of International Law*, 1998: 391-400. Sf: 393.  
Dağdelen, İlhan. «Devlet Bilimi Metodolojisi: “Hans Kelsen’in Saf Hukuk Kuramı ve Devlet Anlayışı”.» *International Journal of Human Sciences*, 2004. Sf: 6. Kelsen’in *Reine Rechtslehre* isimli eseri ve bu eserde ortaya koyduğu teorisi Türkçe diline Saf Hukuk Teorisi olarak çevrilmiş ve hukuk literatürüne bu şekilde geçmiştir.

Yukarıda ifade edilen temel amaca ulaşmaya yönelik olarak bu tez çalışması kapsamında saf hukuk teorisi ile hukuki pozitivizm arasındaki ilişki saptanmaya çalışılacaktır. Bir başka ifade ile Kelsen'in saf hukuk teorisini üzerine kurduğu hukuki pozitivizm temelini ne olduğunu ve bunun teorisine nasıl yansıdığını açıklamak da çalışmanın alt amacıdır. Uluslararası insancıl hukuk gibi doğal hukuk yaklaşımının ürünü olarak kabul edilen bir hukuk alanının, hukuki pozitivizm temeli üzerinde şekillendirilmiş saf hukuk teorisiyle arasındaki ilişkinin anlamlandırılması ancak söz konusu amacın gerçekleştirilmesi halinde mümkün olacaktır<sup>2</sup>.

Bu tez çalışması için yapılan araştırma kapsamında, Kelsen'in saf hukuk teorisi ile ilgili Türkçe dilinde yüksek lisans veya doktora düzeyinde herhangi bir tez çalışması tespit edilememiştir. Türk hukuk literatüründe ise bu konuya ilişkin çalışma yok denecek kadar azdır. Yabancı dilde yapılmış olan saf hukuk teorisine ilişkin çalışmalar arasında da saf hukuk teorisi ile uluslararası insancıl hukuk ilişkisini inceleyen bir çalışmaya rastlanmamıştır. Bu bağlamda bu tez çalışması, Kelsen'in saf hukuk teorisi hakkında ağırlıklı olarak yabancı kaynaklar ışığında derlenecek kapsamlı bir Türkçe çalışma olması açısından ve genel olarak hukuk literatüründe daha önce incelenmemiş saf hukuk teorisi ile uluslararası insancıl hukuk ilişkisini konu alması açısından son derece önemli olacaktır.

Bu tez çalışmasının araştırma sorusu "Kelsen'in çizdiği çerçevede saf hukuk teorisi nedir ve saf hukuk teorisi günümüzdeki uluslararası insancıl hukuku nasıl yorumlar?"dır. Bu sorunun yanıtına ulaşmak amacıyla aşağıdaki sorular da yanıtlanmaya çalışılacaktır:

- Doğal hukuk ve hukuki pozitivizm nedir?
- Saf hukuk teorisi pozitivizm ile nasıl bir ilişki içerisindedir? Saf hukuk teorisinde pozitivizmin hangi öğelerine hangi nedenler dolayısıyla rastlanmaktadır?

---

<sup>2</sup> Dağdelen, İlhan. Sf: 10.

- Saf hukuk teorisi ile doğal hukuk nasıl bir ilişki içerisindedir?
- Kelsen, saf hukuk teorisini hangi felsefi akımların öğelerini kullanarak oluşturmuştur?
- Günümüzde uluslararası insancıl hukuk nedir?
- Günümüzdeki uluslararası insancıl hukukun kaynakları nelerdir?
- Hukuki pozitivizm ve doğal hukuk yaklaşımlarıyla uluslararası insancıl hukuk nasıl ilişkilendirilir?

Bu tez çalışması nitel araştırma yöntemi ile gerçekleştirilmiştir. İşleyen süreç, çalışma ile ilgili kaynaklara ulaşılması ve bunların derlenerek çalışmada kullanılmasını içermektedir.

Tez çalışması; Giriş, Kelsen'in saf hukuk teorisi, Kelsen'in saf hukuk teorisi ile uluslararası insancıl hukuk ilişkisi ve Sonuç olmak üzere dört bölüm üzerine kurgulanmıştır. Giriş bölümünde tez çalışmasının amacı, önemi, araştırma sorusu ve yöntemi belirlenerek çalışmaya ilişkin temel özellikler ortaya konmuştur.

Tez çalışmasının ikinci bölümünde Kelsen'in saf hukuk teorisi ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılmıştır. İçerik kapsamında Kelsen'in saf hukuk teorisinin dayandığı hukukî ve felsefî görüşler ele alınmıştır. Teorinin amacı, ilkeleri ve işleyişi ile ilgili bilgiler aktarılmış, devlet kavramını nasıl yorumladığı ele alınmış ve teoriye getirilen eleştiriler de ifade edilmiştir.

Tez çalışmasının üçüncü bölümünde Kelsen'in saf hukuk teorisinin uluslararası insancıl hukukla ilişkisi ele alınmıştır. Bu doğrultuda uluslararası insancıl hukukun ne olduğu, nasıl ortaya çıktığı, temel özellikleri ve kaynakları açıklanmaya çalışılmış, bu kapsamdaki bilgilerin Kelsen'in saf hukuk teorisi tarafından nasıl yorumlanabileceği irdelenmiştir.

Uluslararası insancıl hukuku Kelsen'in saf hukuk teorisi açısından inceleyen bir kaynağa erişilemediği için, tez çalışmasında bu hususta yapılan değerlendirmelerde örnek ya da destekleyici görüşler kullanılamamıştır, Kelsen'in saf hukuk teorisi ve günümüzün uluslararası insancıl hukukuna ilişkin derlenen bilgiler ışığında özgün bir irdeleme gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.

Son bölüm olan Sonuç bölümünde ise Kelsen'in saf hukuk teorisinin temel özellikleri ve bunların uluslararası insancıl hukuk ile ilişkisi konusunda varılan sonuçlar özgün bir bakış açısıyla sunulmaya çalışılmıştır.

## II. Kelsen'in saf hukuk teorisi

### A- Hans Kelsen

Hans Kelsen, 11 Ekim 1881 yılında Yahudi bir ailenin oğlu olarak Prag'da dünyaya gelmiştir. Anadil olarak Almanca konuşan orta gelir düzeyindeki ailesi, Kelsen 3 yaşındayken akademik kariyerini de sürdüreceği şehir olan Viyana'ya yerleşmiştir.

Kelsen felsefe, mantık, edebiyat, matematik gibi alanlarla da ilgili olmasına rağmen 1906 yılında hukuk doktoru olmuştur. Farklı alanlara olan ilgisi sonraki yıllarda gerçekleştirdiği çalışmalarında gözlemlenmektedir.

Önceleri agnostik olmasına rağmen 1905 yılında uyum problemlerinden kurtulma girişiminde bulunarak katolik olmuştur. Bu değişimin asıl nedeni, Yahudi kökenli olmasının üniversitede ders vermesine engel teşkil edebileceği kaygısıdır. Ancak bu çözüm yolu pek işine yaramamış ve göç kararı alınca kadar Yahudi kökleri nedeniyle pek çok zorlukla karşılaşmıştır.

Birinci Dünya Savaşı sırasında Avusturya Ordusu ve Adalet Bakanlığı'nda danışmanlık yapan Kelsen, 1918 yılında Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde doçent, 1919 yılında da Kamu ve İdare Hukuku alanında profesör olmuştur. Öğretim ve araştırma hayatının sonraki on yılı da verimli geçmiş; bu dönemde ders verdiği pek çok öğrencisi ilerleyen yıllarda önemli teorisyenler konumuna gelmişlerdir. Söz konusu entelektüeller daha sonra "Viyana Okulu" olarak bilinen fikir hareketini oluşturmuşlardır ve "Viyana Çevresi" olarak anılacaklardır<sup>3</sup>.

Viyana Çevresi tarafından geliştirilen fikrîsel akımın esaslarını pozitivizm, bilimcilik, akılcılık, özgür düşünce ve metafiziğin reddedilmesi oluşturmuştur. Aralarında Carnap, Neurath, Godel, Waisman, Feigl, Kaufmann

<sup>3</sup> Bersier Lavadac, Nicoletta. Sf: 392.

gibi matematik ile bilim formasyonuna sahip mantıkçı düşünürlerin ve toplum bilimcilerin de yer aldığı Viyana Okulu temsilcileri, aynı zamanda mantıkçı pozitivistler olarak anılır<sup>4</sup>.

1922 ve 1938 yılları arasında en parlak dönemini yaşayan Viyana Çevresi, bu kültürel hareketin bir temsilcisi olarak 1930 yılına kadar akademik hayatını Viyana Üniversitesi'nde sürdürmüş olan Hans Kelsen'in çalışmalarını ve metodolojisini önemli ölçüde etkilemiştir. Kelsen'in metafiziği yok saymasının yanı sıra siyasi, ahlaki ve diğer bütün ideolojik unsurları dışlamasında ve ortaya koymuş olduğu hukuk teorisini saflaştırma eğiliminde pozitivist düşüncenin etkisi çok fazladır<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Sönmez, Veysel. *Bilim Felsefesi*. İstanbul: Anı Yayıncılık, 2008. s:14. Viyana çevresinin resmi önderi olan Moritz Schlic Viyana'ya 1920'lerin başında gelmiş ve çevreyi oluşturmuştur. Üyelerinin çoğu fizikçi olarak yetişmiş ve başlıca fizik felsefesiyle ilgilenmişlerdir. Rudolf Carnap, Ernst Mach, Neurath, Gödel, F. Waisman, H. Feigl, F. Kaufmann, Wittgenstein gibi matematik ve bilim formasyonu almış mantıkçı düşünürler ve toplum bilimciler çevrenin belli başlı temsilcilerindedir.

Viyana çevresinin üzerinde durduğu en önemli konu "anlam problemini" çeşitli yönlerden incelemek olmuştur. Metafiziksel-spekülatif ifadeler anlamsız olduklarında bunlar felsefe ve bilimden temizlenmeli ve bilimsel olarak savunulabilen ifadeler son derece kesin ve eksiksiz olarak tanımlanmalıdır.

Metafiziğe karşı olmak, bilim ve sağduyu dünyasının duyularımızın bize gösterdiği dünyanın ötesinde, bir dünya olabileceği yolunda herhangi bir nesneyi kabul etmemek demektir.

Pozitivizmde, metafiziksel ifadeler yasaktır. Anlamsız oldukları içinde yasaktırlar, işe yaramazlar. Bilimin amacı, bilinmeyen alanı daraltmak, anlaşılmayan ve çözülemeyen durumlara açıklık getirmek, onları biliniyor kılmaktır. Böylece bilim genişleyecek ve metafiziğin alanını daraltacaktır ve sonuçta, metafizik diye bir şey kalmayacaktır. Tabii ki burada felsefenin rolü, ifadelerin ve durumların anlamlarını açıklamak ve tanımlamak olacaktır.

Ayrıca pozitivistler, Wittgenstein'in "cümle gerçeğin bir modelidir" önermesini temel almışlardır. Biçimsel bir önerme (mantık ve matematiğin içinde bir önerme) sınamazsa saçmadır. Her şey doğrulanabilirlik ilkesine bağlıdır. Yani bir önermenin anlamı, onun doğrulanması yöntemine bağlıdır. Bu görüşe göre ortaya iki sonuç çıkmıştır. Birincisi, deney ve gözlemlerle-duygusal gözlemlerle-doğrulanamayan her şey anlamsızdır. İkincisi, bir önermenin anlamı, onun neyi doğrulayacağını söylemekle yani betimlemekle sağlanır. Bir başka deyişle bir önermeyi neyin doğrulayacağını ya da nasıl doğrulanacağını söylemek ve betimlemek, onu anlamlı hale getirmektir. Felsefenin görevi de budur; çünkü felsefe bir aydınlatma eylemidir. Buna göre felsefe bir öğreti değil, bir etkinliktir. Felsefe bir doğru ya da yanlış önermeler bütününden oluşmamaktadır. Felsefe bir aydınlatma ve çözümleme, bazı durumlarda da anlamsızlığı ortaya koyma etkinliğidir.

<sup>5</sup> Bersier Lavadaç, Nicoletta. Sf: 392-394.

Kelsen, siyasi görüş açısından sosyal demokrat görüş sempatisini olmasına rağmen tarafsız kalmaya ve hiçbir siyasi partiye üye olmamaya özen göstermiştir<sup>6</sup>.

1919 yılında Avusturya'nın yeni anayasasının oluşturulması görevinin Kelsen'e verilmesi, onu Avusturya tarihi için önemli bir kişi konumuna getirmiştir. 1920 yılında kabul edilen bu anayasa, temel ilkelerinde değişikliğe uğramadan günümüze kadar geçerliliğini sürdürmüştür. Kelsen bu anayasada, anayasa mahkemesi üyelerinin yargılanabilir olmasına öncelik vermişti. 1921 yılında anayasa mahkemesi üyeliğine atanmış fakat 1930 yılında siyasi sebeplerden ötürü görevinden alınmıştır.

Siyasi baskılar sonucunda 1930 yılında Köln'e yerleşen Kelsen, burada uluslararası hukuk dersleri vermiş; çalışmalarını da yeni bir alan olarak pozitif uluslararası hukuk üzerinde yoğunlaştırmıştır.

1933 yılında Nazilerin iktidara gelmesiyle Kelsen ailesini de yanına alarak yeni akademik kariyerine başlamak üzere Cenevre'ye göç etmiştir. Burada uluslararası hukuka ilişkin incelemelerine devam etmiştir. 1934 yılında normlar hiyerarşisi, devlet, uluslararası hukuk, haklar ve ödevler konularını içeren en önemli eseri *Reine Rechtslehre*'yi yayınlamıştır<sup>7</sup>. Prag Üniversitesi'nde de uluslararası hukuk dersleri vermiş; burada da siyasi baskılardan ve öğrencileri arasında gelişen anti-semitik fikirlerden ötürü istifaya zorlanmıştır.

İkinci Dünya Savaşı'nın başlamasıyla Kelsen yine yer değiştirmek zorunda kalmış, çok zayıf İngilizcesi ile 60 yaşında Amerika Birleşik Devletleri'ne göç etmiştir. 1940-1942 yılları arasında araştırmacı olarak Harvard Hukuk Okulu'nda, 1942 yılında da Amerikalı ünlü hukukçu Roscoe Pound'un desteğiyle Kaliforniya Berkeley Üniversitesi Siyaset Bilimi Bölümü'nde dersler vermiştir. 1952 yılında Amerikan vatandaşlığına geçmiş ve uluslararası hukuk çalışmaları için önceki yıllara göre daha rahat bir ortam bulmuştur. 1944 yılında

<sup>6</sup> Bersier Lavadac, Nicoletta. Sf: 392.

<sup>7</sup> Bkz. Dipnot 1.



*Peace Through Law* ve 1945 yılında da *General Theory of Law and State* adlı kitaplarını yayınlamıştır. Yine 1945 yılında Washington'da Nuremberg Davası için Birleşmiş Milletler Savaş Suçluları Komisyonu'na danışmanlık yapmıştır.

Bu dönemde barışın ve uluslararası işbirliğinin sürdürülmesi için yoğun çabaları olmuş ve Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi, BM'ye üyelik, BM'nin organizasyonu ve yasal statüsü ile yaptırım ve fonksiyonları üzerine pek çok çalışma yapmış; bu araştırmaları da 1950 yılında *The Law of the United Nations* adıyla bir kitapta yayınlanmıştır. Söz konusu eser, şu an güncelliğini yitirmiş olmakla birlikte, 1966 yılına kadar pek çok kez baskısı yenilenmiş ve atıfların yapıldığı literatürdeki başarılı ve önemli çalışmalardan biri olmuştur.

Kelsen, 1951 yılında Seattle'da uluslararası organizasyonlar üzerine dersler verdikten sonra 1952 yılında emekliye ayrılmasına rağmen çalışmalarına devam etmiştir. Dünyanın dört bir yanında dersler, seminerler ve konferanslar vermiş, 11 üniversite tarafından (Utrecht, Harvard, Chicago, Mexico, Berkeley, Salamanca, New York, Berlin, Vienna, Paris, Salzburg) fahri doktora unvanı ile onurlandırılmış ve çok sayıda ödül almıştır.

Avusturya Hükümeti, 1971 yılında (Kelsen'in 90. doğum gününde) Kelsen'in kültürel mirasını yaşatmak üzere orijinal el yazılarının da bulunduğu Viyana Hans Kelsen Enstitüsü'nü kurmuştur. 24 dile çevrilen 400 eserini bilim dünyasına miras bırakan Hans Kelsen, 19 Nisan 1973'te 92 yaşında hayata veda etmiştir<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Bersier Lavadac, Nicoletta. Sf: 392-394.

## B- Kelsen'in saf hukuk teorisinin anlamı ve felsefi temelleri

### 1. Kelsen'in saf hukuk teorisinin anlamı ve amacı

Saf hukuk teorisi, bir pozitif hukuk teorisidir ve genel hukuk teorisi niteliğindedir; özel bir hukuk sisteminin teorisi ya da belirli bir normun yorumu değildir. Hukuk bilimini, hukuk dışı tüm öğelerden soyutlayarak saflığa ulaştırmayı hedefler. Hukukun nasıl olması veya yapılması gerektiğine değil, ne olduğuna ve nasıl olduğuna yanıt arar<sup>9</sup>.

Saf hukuk teorisinin konusu herhangi bir toplumun hukuku değil, genel olarak pozitif hukuktur. Hukuk yalnızca mantıki biçimsel yapısı bakımından kavranacağı için hukuki araştırmaların merkezini “olan” değil, saf hukuki “olması gereken” biçimlendirir. Bu, bir insanın belirli bir şekilde davranması gerektiği yani daima bir şeyin olması gerektiği anlamına gelir. Başka bir deyişle, her türlü içerikten soyutlanmış norm düşüncesi ön plana çıkmaktadır. Bu nedenle Kelsen' de hukuk bilimini gerçek bir bilim kimliğine kavuşturmak çabasının temelinde hukuk bilimine ilişkin metodun saflığını sağlama kaygısı yatmaktadır. Hukuk biliminin yerini saptamak ve genel bir hukuk teorisinin en esaslı problemlerini hukuki bilgiye ilişkin metodun saflığı esaslarına göre çözmek onun çabalarının ortak noktasıdır<sup>10</sup>.

Kelsen, hukuki olan ile olmayan arasındaki ayrımı yaparken yaratılma usulünü kullanmaktadır. Böylece normun içeriği göz ardı edilerek normun oluşumunda öne çıkan hususlar öne çıkmaktadır. Norm düşüncesini her türlü içerikten soyutlayan Kelsen'in teorisi hukuku, içerikten arındırılmış biçimde norma indirgenmesi şeklinde anlamlandırmaktadır<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*. New York: Oxford University Press, 2002. Sf: 7 ve 36.

<sup>10</sup> Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Kitapevi, 1998. Sf: 35.

<sup>11</sup> Özbilgen, Tarık. *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976. Sf: 108.

Kelsen, hukuk bilimini, hukukun kökeni ya da evrimi yerine sadece bilgi teorisine odaklayarak gerçek bilim düzeyine çıkarabileceğine, onu olabildiğince nesnellik ve kesinlik içeren bir alan haline getirebileceğine inanmıştır<sup>12</sup>. Buna bağlı olarak, saf hukuk teorisinin hukuk bilimini saflaştırma amacı, onu sistematik bir bilim niteliğinde ele alma ve açıklamaya hizmet eder. Dolayısıyla saflaştırma ile yalnızca hukuk biliminin hukuk dışı öğelerden arınması değil, aynı zamanda hukukun benimsediği kabul edilen amaçların dışlanması da amaçlanmaktadır. Zira bir bilim dalı olarak hukuk, bir sonucu sağlamaya yönelmemelidir; yöntem kimliğiyle bilimsel işlevini gerçekleştirmelidir. Ancak bu sayede hukuk yalnızca kendisini, mevcut olan hukuku konu alır<sup>13</sup>. Hukukun saflaştırılması sonucu yalnızca kendisini konu alması, saf hukuk teorisinin hukuki pozitivistlerin teorisi olduğu anlamına gelir<sup>14</sup>. Saf hukuk teorisi, pozitif hukuku analiz ederek onu biçimsel olarak kavramaya çalışır<sup>15</sup>. Tıpkı diğer pozitivistler gibi doğal hukukçuluğa karşı olan Kelsen, kurduğu saf hukuk teorisi ile pozitivistlerin bir temsilcisi olarak görünür ve doğrudan doğruya pozitif hukukun bilgisini dikkate alır. Ona göre, hukuk teorisi sadece pozitif hukukla ilgilenmelidir<sup>16</sup>.

Saf hukuk teorisi ahlâk ve politikaya ait tüm düşünceleri, yaklaşımları ve kavramları dışladığı gibi, hukuk dışındaki değer sistemlerinin normatif yöntemlerinden de ayrılmayı gerektirir<sup>17</sup>. Saf hukuk teorisi, hukuk bilimini biçimsel bir oluşum olarak değerlendirdiği için hukuku var edenin hukukun kendine özgü normatif yöntemi olduğunu ileri sürer; hukuk, kendisini var eden yöntemin ürünüdür. Kelsen'e göre hukuk, Kelsen'in saf hukuk yöntemi üzerine yapılandırılır<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Ross, Alf. «The 25th Anniversary of the Pure Theory of Law.» *Oxford Journal of Legal Studies* (2011): 243-272. Sf: 245.

<sup>13</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 32.

<sup>14</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 36.

<sup>15</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 18.

<sup>16</sup> Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996. Sf: 235.

<sup>17</sup> Jöckel, Wilhelm. *Hans Kelsens Rechtstheoretische Methode, Darstellung und Kritik ihrer Grundlagen und hauptsächlichen Ergebnisse*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1930. Sf: 7, 8.

<sup>18</sup> Jöckel, Wilhelm. Sf: 8.

Kelsen'in saf hukuk teorisinin öngördüğü yöntem aracılığıyla hukukun nasıl ortaya konduğunu açıklamak için teorisinin hukuk normu kavramından yola çıkılmalıdır; zira hukuk normu saf hukuk teorisine göre hukuk olarak adlandırılan birim kavramdır; hukukun yapıtaşdır. Ancak saf hukuk teorisine göre hukuk normu kavramını ele almadan önce genel olarak Kelsen'in norm kavramını incelemek gerekir.

Kelsen'e göre norm, ya bir insan davranışını tarif eder ya da bir insan davranışına izin verir. Herhangi bir amaç için bir birlik oluşturan norm grubuna normatif düzen denir<sup>19</sup>. Normların geçerliliği en üst geçerlilik temeli olan tek bir norma bağlıdır ve normlar topluluğunun bir birlik, sistem, düzen oluşturmasından bu norm temelinde söz edilir. Kelsen bu temel normu "*Grundnorm*" olarak adlandırır<sup>20</sup>. Bir normun belirli bir sisteme ait olması, o normun geçerliliğinin temelini, sistemi oluşturan *Grundnorm*'da bulmasından kaynaklanır. Norm sistemleri, *Grundnorm* türüne göre ikiye ayrılır: ahlâkî normlar ve hukuk normları<sup>21</sup>.

Ahlâkî normlardaki temel norm, statik karaktere ve genel içeriğe sahip bir normdur; onun altındaki normlar içerik olarak genellikle onun kapsamında yer alan ve tümünden gelim yöntemiyle bu temel normdan elde edilebilecek normlardır. Kelsen'e göre hukuk normlarındaki *Grundnorm* ise hukuk normlarının, Kelsen'in "normlar hiyerarşisi" adını verdiği hiyerarşik yapılanması içinde en üst kademede yer alan, pozitif hukukun varlığının nedeni olan ve pozitif hukuk kapsamında yer almayan varsayımsal bir normdur<sup>22</sup>. Hukuk normları geçerliliğini içeriğinin değerine borçlu olmayan, normatif yönleme uygun olarak yaratılmış olmaktan alan normlardır<sup>23</sup>. Hukuk normu, bir olayın içeriği veya gerçekleri üzerine inşa edilmez, çünkü hukuk normundan önce ya da hukuk normunun dışında bir

<sup>19</sup> Kelsen, Hans. *Principles of International Law*. New York: Rinehart & Company, 1952. Sf: 6.

<sup>20</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 55.

<sup>21</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 55, 56.

<sup>22</sup> Hauser, Raimund. *Norm, Recht und Staat; Überlegungen zu Hans Kelsens Theorie der Reinen Rechtslehre*. Wien, New York: Springer, 1968. Sf: 144.

<sup>23</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 56.

gerçeklik söz konusu değildir. Gerçeklik hukuk normu tarafından yaratılır ve bu durum hukuk normunun kendine özgü işlevidir<sup>24</sup>.

Bir hukuk normu, yalnızca belirli bir şekilde oluşturulmuş olduğu için geçerlidir; belirli bir kurala ve özel bir yöntemle göre elde edilmiş olduğu için geçerlidir<sup>25</sup>. Hukuk ancak pozitif hukuk olarak, yaratılmış hukuk olarak geçerlidir.

Saf hukuk teorisinde olduğu gibi hukuku norm olarak algılamak ve hukuk bilimini yalnızca normların kavranması olarak nitelendirmek, hukuku doğadan ayırmaktır. Normları kavrama bilimi olarak hukuk bilimini, doğal olayları nedensel kurallarla açıklamayı amaçlayan tüm kavrama bilimlerinden ayırmak ve hatta hukuk normlarının hukuki olay olarak nitelendirdiği doğal olayların sebeplerini ve sonuçlarını inceleyen kavrama bilimlerinden ayırmaktır<sup>26</sup>. Saf hukuk teorisi, hukuk normunu, maddî bir olayla şartlı bir sonucun kendine özgü bir bağlantıyla birleşmesini ifade eden bir hipotetik yargı olarak algılar<sup>27</sup>.

Saf hukuk teorisine göre geçerli bir hukuk normundan söz edilebilmesi için hukuk normunda iki temel özellik aranır. Bunlardan ilki, yaratılmaya ilişkin niteliktir. Hukuk normunun saf hukuk teorisinin normatif yöntemine uygun olarak yaratılmış olması gerekir<sup>28</sup>. Hukuk normu, normlar hiyerarşisinde kendisinden üst kademedeki hukuk normuna uygun olarak yaratılmış olmalıdır.

Aranan ikinci özellik ise hukuk normunun “olması gereken” niteliğidir. Kelsen bu niteliği “*Sollen*” olarak adlandırmaktadır. *Sollen*, bir konuda beşeri davranışın nasıl olması gerektiğinin ve sakınılması ya da kaçınılması gereken davranışın gerçekleştirilmesi sonucu, bunu gerçekleştiren kişinin, devlet eliyle bir yaptırıma maruz bırakılacağına hukuk normunda ifade edilmesidir. Kelsen’in saf

<sup>24</sup> Kelsen, Hans. *Rechtswissenschaft und Recht, Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der "Rechtsdogmatik"*. Wien und Leipzig: Franz Deuticke, 1922. Sf: 21.

<sup>25</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 56.

<sup>26</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 13.

<sup>27</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 23.

<sup>28</sup> Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1923. Sf: 216.

hukuk teorisine göre, yukarıda ifade edilen iki özelliği barındıran yapı, hukuk normu olarak adlandırılır<sup>29</sup>.

Saf hukuk teorisinin temel konusu insan davranışının kontrol edilmesine bağlı olarak özel bir sosyal metot olarak kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

## 2. Kelsen'in saf hukuk teorisinin felsefi temelleri

### a) Doğal hukuk

Doğal hukuk kuramı, büründüğü farklı biçimlerle binlerce yıldır var olan, kozmik düzen, ahlâk ve hukuk arasındaki bağlantılara ilişkin sistematik bir düşünüş tarzıdır. Doğal hukukçu yaklaşım, (hükümetin rolü ve sınırları ile haklar açılarından) modern siyaset kuramının ve uluslararası hukukun gelişmesinde merkezî bir rol oynamıştır. Bu yaklaşımın önemli görünümlerini Platon (İÖ 429-347), Aristo (İÖ 384-322) ve Cicero'da (İÖ 106-43) bulmak mümkündür; düşünceye sistematik biçimini veren ise, Thomas Aquinas (1225-1274) olmuştur. Ortaçağda ve Rönesans boyunca, Francisco Suárez (1548-1617), Hugo Grotius (1583-1645), Samuel Pufendorf (1632-1694), John Locke (1632- 1704) ve Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) gibi yazarların yapıtlarında doğal hukuk ve doğal hak kuramları, dinî, ahlâkî, hukukî ve siyasî düşüncenin bölünmez parçası olmuştur<sup>31</sup>.

Doğal hukuk, bazı dönemlerde yerleşmiş belirli bir din ya da daha genel olarak kurulu düzen ile tanımlanırken, bazı dönemlerde ise radikal değişimi savunmak için kullanılmıştır. Doğal hukukçu gelenek çerçevesinde

<sup>29</sup> Vonlanthen, Albert. *Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm*. Berlin: Duncker & Humblot, 1965. Sf: 28.

<sup>30</sup> Jabloner, Clemens. «Kelsen and His Circle: The Viennese Years.» *European Journal of International Law*, 1998: 368-385. Sf: 371.

<sup>31</sup> Haakonssen, Knud. «The Significance of Protestant Natural Law Theory » *Natural Law Theory: Historical and Contemporary Issues*, 1997. Sf: 1.

değerlendirilen yaklaşımlarda bazı değerlerin açıklanış şekilleri arasında da temel farklılıklar gözlemlenebilmektedir<sup>32</sup>. Farklı biçimlerdeki doğal hukukçu görüşleri birleştiren ve hatta ahlâkî - siyasi doğal hukuk kuramlarını hukukî - sosyal doğal hukuk kuramlarına bağlayan bir yaklaşımın var olduğu düşünülebilir. Doğal hukukçu geleneğe ilgi genel olarak teleolojik kural ya da ilkelere yöneliktir. Doğal hukukçu geleneğin iradeci yaklaşımlarında, ahlâkî standartları yaratan ilahî buyruklardır<sup>33</sup>. Thomistik doğal hukukun bazı biçimlerinde ahlâkî standartlar, insanların doğaları gereği ulaşmaya çalıştığı idealdir; son dönem doğal hukuk kuramlarında ise, ahlâkî standartları yaratan, uylasımsal hukuk kurallarının, gerçekten hukuk olana (Ronald Dworkin) ya da hukukun olmaya çalıştığı şeye (Lon Fuller) benzer olduğu duygusudur<sup>34</sup>.

Doğal hukuk kuramında hukuk, genellikle yüksek güçler tarafından konulmuş ve uyulması gereken emir ya da ilkelere gönderme yapar. Bununla birlikte, geleneksel doğal hukuk kuramcılarını, beşerî hukuk (ya da pozitif hukuk) hakkındaki düşünüşe, özellikle beşerî hukukla ilgili ahlâkî sorunlar hakkındaki düşünceleri vasıtasıyla, önemli etkide bulunmuşlardır. Bunlardan muhtemelen en yaygın bilineni, Aquinas'ın, daha sonra içlerinde John Finnis'in de bulunduğu başka yazarlar tarafından geliştirilen, devlet görevlileri ile vatandaşların sorumlulukları hakkındaki tartışmasıdır<sup>35</sup>. Aquinas, beşerî hukuku, 'Ortak İyi için, topluluğu gözetmekle sorumlu otorite tarafından yapılmış ve ilan edilmiş, aklın kesin bir emri' şeklinde tanımlar. Aquinas, devlet görevlilerine, doğal hukukla uyumlu yasalar çıkarmalarının emredildiğine inanmaktadır. Bazen pozitif hukuk doğrudan doğal hukuk ilkelerinden çıkarılabilirken, bazen de devlet görevlileri, daha genel ilkelere özel kuralların belirlenmesinde takdir yetkilerini kullanırlar. Bu bakış açısına göre doğal hukukla uyumlu olan pozitif yasalar vicdanen bağlayıcılık gücüne sahiptir. Adil olmayan yasalar ahlâkî yükümlülük yaratmaz

<sup>32</sup> Weinreb, Lloyd. *Natural Law and Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. Sf: 15 ve 42.

<sup>33</sup> Blackburn, Simon. *The Oxford Dictionary of Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1994. Sf: 396.

<sup>34</sup> Bix, Brian. «Doğal Hukuk: Modern Gelenek» Çev.: Ertuğrul Uzun. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004: 291-343. Sf: 298.

<sup>35</sup> Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011. Sf: 345.

(ancak yine de böyle bir yasaya, daha büyük bir kötülüğü önleyecek ise, diğer insanların huzurunda uyma yükümlülüğü söz konusu olabilir)<sup>36</sup>.

Kelsen'e göre, doğal olayları hukuki yapan onların doğa yasalarına bağlı nitelikleri değildir. Fiziksel bir olayı hukuki fiil yapan, fiile pozitif hukuk sisteminde atfedilmiş objektif anlamdır<sup>37</sup>. Bu anlamın kaynağı, normdur; böylece olay/fiil, norma göre yorumlanır. Normun bizatihi kendisi de, anlamı başka bir normdan gelen bir hukuki eylem tarafından yaratılmıştır. Hukuk biliminin normları, belirli maddi olaylara hukukilik veya hukuk dışılık karakteri kazandıran normlardır<sup>38</sup>.

## b) Hukuki pozitivizm

Hukuki pozitivizm, modern düşüncenin bir ürünüdür. Modern düşünce, 19. yüzyılın ikinci yarısı ile 20. yüzyılda felsefede ve bilimde egemen olan düşünce biçimidir. Felsefede ve bilimde, dolayısıyla insanlık üzerinde, etkili olan bu düşünce biçimi doğal olarak hukuk konusundaki düşüncelere de yansımıştır. 20. yüzyılda toplumsal, ekonomik ve teknik gelişmelerin etkisi altında değişikliğe uğrayan tek şey mevcut hukuk kurallarının içeriği değildir. Bu süreçte, insanların hukuk ve hukukun temeli konusundaki düşünceleri de önemli değişiklikler geçirmiştir. Hukuk düşüncesinde 19. ve 20. yüzyıllara rastlayan büyük devrim, bilimsel düşüncedeki önemli değişikliklerin etkisi altında gerçekleşmiştir.

19. ve 20. yüzyıllardaki değişiklikler felsefi düşünce üzerinde de önemli derecede etkili olmuştur. Söz konusu etkilerin altında, toplumsal içerikli felsefi akımların güç kazandıkları kolayca gözlemlenmektedir.

<sup>36</sup> Waldron, Jeremy. «Lex Satis Iusta.» *Notre Dame Law Review*, 2000: 1829-1858. Sf: 1829.

<sup>37</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 44. Kelsen, bir fiile pozitif hukukta yüklenen anlamı o fiilin objektif anlamı; fiili gerçekleştiren kişi gözünde yüklenen anlamı ise o fiilin sübjektif anlamı olarak değerlendirmektedir.

<sup>38</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 10.



19. ve 20. yüzyılın modern düşünce biçimini belirleyen özellikler şu şekilde sıralanmaktadır:

- Doğa bilimlerinin etkisi: Modern düşünce, doğa bilimlerinin etkisi altında biçimlenmiştir. Buna göre, olguların doğrudan doğruya gözlemlenmesi yolu ile doğrulanamayan hiçbir şey doğru olarak kabul edilemez. Hatta o kadar ki, gözlem yolu ile varılan bilgiden çıkartılan mantıksal sonuçların dahi, yine gözlem yolu ile doğrulanması gerekir. Bu nedenle modern düşünce, deney ve belgeden başka kanıt kabul etmeme eğilimindedir.

- Genel kavramlara karşı şüphecilik: Modern düşüncenin bir özelliği de, genel kavramlara karşı duyulan güvensizliktir. Eski çağ felsefelerinin, fikri en üstün gerçeklik saymalarına karşılık, modern düşünce sadece somut ve gözlemlenebilir olguları kabul eder; fikirleri kuşku ile karşılar. Bu güvensizlik, doğa kanunlarına kadar uzanır. Yeni pozitivizm, olguların gözlemlenmesine dayanan ve deney aracılığı ile doğrulanabilir olan bu doğa kanunlarının, sadece açıklayıcı olduklarını ve objektif gerçekliğin tam bir tablosunu veremediklerini kabul etmektedir. Bunun nedeni de, belirli bir andaki gerçekliğin o anın deneylerine bağlı olması ve belki yeni deneyler karşısında geçerliliğini yitirebileceği düşüncesidir. Zira yeni deneyler, eskiden doğru kabul edilen birçok şeyin kısmen doğru olduğunu gösterir. Yeni pozitivistlerin bu kuşkuculuğu, ahlâki kanunlar ve manevî değerler konusunda daha da göze çarpmaktadır. Bunlara göre insan davranışının gerçek nedenleri vicdan, adalet ve ahlâki ödev duygusu gibi unsurlar değil de, örneğin içgüdü, bilinç altı gibi, insanın iyi tanımadığı olgulardır<sup>39</sup>.

Rölativizm: Modern düşünce tarihî bir rölativizmin etkisi altındadır. Bunun başlıca nedeni, hem içinde yaşanılan devrin hem de eski devirlerin uygarlıkları konusunda “daha iyi” bilgiye ulaşılmış olmasıdır. 17. yüzyıl tarihçisi, insana öncelik vermekte idi. 18. yüzyılın tarihçiliği ise, devirlere ve devirler arasındaki farklara önem vermektedir. Bu nedenle tarihî bir eserin önemi. bize

<sup>39</sup> Bodenheimer, Edgar. *Jurisprudence: The Philosophy and Method of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1976. Sf: 163.

belirli bir devrin ruhunu aktarmasından ileri gelir. Diğer bir deyişle, geçmişin eserlerinin incelenmesinin amacı, bunların içinden evrensel bir doğruyu bulup çıkartmak değildir. Bu eserler bize, belli bir devir ve uygarlığın özelliklerini göstermektedirler. Böyle eserlerde yer alan doktrinlerin, içinde biçimlendiği çevreye nispetle doğru olduğu açıktır. Bununla birlikte, başka devirler bakımından da başka doğru doktrinler vardır. Öyleyse, manevî olgular alanında mutlak ve evrensel doğrular yoktur. Bu nedenle, bilimsel olarak bütün devirler ve toplumlar için eşit derecede değerli ahlâkî kanunlardan söz etmek mümkün değildir. Sonuç olarak, örneğin adalet gibi manevî değerler bakımından, bilim hiçbir şeyi doğrulayamaz; sadece tarihsel olguları ortaya çıkartabilir. Yani bilim belirli bir tarihî anda belli bir grup tarafından adil olarak kabul edileni tahlil edip eleştirebilir fakat mutlak adaleti gösteremez. Manevî olgular alanında mutlak ve evrensel doğrular bulunmadığına göre, farklı devirlerin manevî değerlerinin eleştirel bir tahliline girişmek belki mümkündür ama bunları yargılamak mümkün değildir<sup>40</sup>.

Hukuki pozitivizmin doğuşu ve bunu etkileyen faktörler incelendiğinde genel olarak toplum bilimlerinde pozitivizmin Auguste Comte ile başladığı görülür. Auguste Comte insan düşüncesinin gelişimini üç devreye ayırmaktadır:

- Bütün olguların olağanüstü nedenlerle açıklandığı teolojik dönem,
- Eşya ve olguların görünüşlerinin altında var olduğu düşünülen ilke ve idealleri esas alan metafizik dönem,
- Tarih, felsefesi ve bilimde varsayım dayanan her türlü yapıyı reddeden, olayların, gözlem ve karşılıklı ilişkilerinin araştırılması ile açıklanabileceğini kabul eden ve yöntem olarak da doğa bilimlerdeki yöntemi benimseyen pozitivist dönem.

---

<sup>40</sup> Keyman, Selahattin. «Hukuki Pozitivizm» *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1978: 17-56. Sf: 19.

Bilginin sadece gözlem ve deneyle kazanılıp geliştiğini kabul eden pozitivism, 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hukuk da dahil olmak üzere neredeyse tüm bilimlere etkisi altına almıştır<sup>41</sup>.

Hukuki pozitivism de, Auguste Comte'un teorisine uyararak ve ondan cesaret alarak, insan zihninin olguların gözlemini aşan her türlü faaliyetini boş ve değersiz bir faaliyet saymış ve bunun doğal bir sonucu olarak da yürürlükteki hukukun dışında hukuk idelerini arama eğilimini reddetmiştir. Her türlü değer kavramını araştırma alanlarının dışında bırakan pozitivistler, hukuk biliminin görevini, yürürlükteki hukuk sisteminin tahlil ve açıklanması ile sınırlandırmışlardır<sup>42</sup>.

Temel özelliği, inceleme konusu olarak sadece yürürlükteki hukuku kabul etmekten ibaret olan hukuki pozitivism, 19. yüzyılda belirgin hale gelmiştir. Hukukçular Fransız Devrimi'ne kadarki devrede, yürürlükteki hukukun akıl yolu ile bulunan doğal hukuka dayandığını kabul ediyorlardı. Diğer bir ifadeyle, hukukçu olarak yürürlükteki hukukun dışında bazı değerlerin varlığını kabul ediyor ve bu değerleri araştırma konusu yapıyorlardı. 19. yüzyılda egemen olmaya başlayan felsefi pozitivism, etkilerini hukuk üzerinde de göstermeye başlamıştır<sup>43</sup>.

“Tefsirci Okul” olarak adlandırılan bu akımın ortaya çıkmasının nedeni, mevcut kanunların o devrin aklını yansıtan metinler olarak kabul edilmesidir. Diğer bir ifadeyle, Tefsirci Okul doğal hukuku reddetmemekte, yürürlükteki hukukun doğal hukukun en kusursuz ifadesi olduğuna inanmaktadır. Bu inanç, bir taraftan hukukun eleştirel incelenmesini engellemiş, diğer yandan da hukuki pozitivism giden yolu açmıştır<sup>44</sup>.

Tefsirci Okul'un hukuki pozitivism giden yolu açan diğer bir özelliği de, hukuku yazılı kanunlardan ibaret sayması ve yorumda kanun koyucunun

<sup>41</sup> Bodenheimer, Edgar. Sf: 91, 94.

<sup>42</sup> Bodenheimer, Edgar. Sf: 94.

<sup>43</sup> Keyman, Selahattin. «Hukuki Pozitivism». Sf: 20.

<sup>44</sup> Göğer, Erdoğan. *Hukuk Başlangıcı Dersleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976. s:126.

iradesinin araştırılmasını gerekli görmesidir. Bunun nedenleri ağırlıklı olarak politiktir. Zira genel ve soyut kanunların varlığı, devrin siyasi şartları karşısında, bireysel özgürlük ve kanun önünde eşitlik bakımından önemli bir güvence sağlamakta idi. Söz konusu amaçların güvencesi olarak kabul edilen kanunilik ilkesi, hukukun kesinliği ile yakın ilişki içindedir. Hukukta kesinliğin gerçekleşmesi, yargıcın, kanunun objektif iradesini araştırmakla yetinmesine bağlıdır. Diğer bir deyişle yargıcın, yorum yolu ile kanun boşluklarını doldurmak gibi bir yetkisi yoktur. İşte bu yolla gerçekleştirilecek olan hukukun kesinliği ilkesi, bireyin devletle olan ilişkilerinde bir güvence teşkil edecektir. Açıklanan siyasî amaçlarla doğmuş bulunan hukukun kesinliği ilkesi, modern hukuki pozitivistin ideolojik yönünün en önemli unsurunu oluşturmaktadır<sup>45</sup>.

Almanya'da ise hukuki pozitivism Tarihçi Okul ile doğmuş ve Kavramlar İctihadı Okulu ile tam ifadesine kavuşmuştur. Savigny'nin hukuk biliminin politika karşısındaki bağımsızlığını ortaya koymasından sonra, Kavramlar İctihadı Okulu'nun diğer mensupları bu ayırımı hukuki pozitivistin temel ilkesi haline getirmişlerdir. Hukuk biliminin pozitif hukuk kurallarının açıklanmasından başka bir görevi bulunmadığını savunan hukuki pozitivism, Almanya'da Kelsen'in saf hukuk teorisi ile en belirgin ve bilimsel şekline ulaşmıştır<sup>46</sup>.

### c) Hukuki pozitivism ve Kelsen'in saf hukuk teorisi

Saf hukuk teorisi, bir pozitif hukuk teorisidir; temellerini hukuki pozitivism üzerine inşa etmiştir.

Hukukun genel teorisi, konusunu açıklayan ve tasvir eden pozitif bir bilimdir. Değerler ile ilgilenmez ve değerler arasında tercih yapmaz. Buna karşın, hukuk felsefesi, ahlaki ve ideolojik bir tavır takınarak en iyi hukuk olarak kabul ettiği şeye göre hukukun normatif analizini yapar, hukuku bilimsel açıdan

<sup>45</sup> Göğer, Erdoğan. Sf: 126.

<sup>46</sup> Göğer, Erdoğan. Sf: 55.

inceler<sup>47</sup>. Esasen Kelsen hak kavramını reddetmekte<sup>48</sup>, hukuk kuralının temel özelliğini hukuki yükümlülük belirlemek olarak görmektedir<sup>49</sup>.

Hukuk felsefesi değerler âleminde faaliyet gösterir ve faaliyetinin ürünü değerlendirmedir. Hukukun kaynağının ne olduğu, hukuk kavramının ne anlama geldiği ve adalete uygun hukukun niteliklerinin neler olması gerektiği soruları üzerinde durur. Hukukun genel teorisi ise kavramlar alanında faaliyet gösterir ve faaliyetinin ürünü teorik önermelerdir<sup>50</sup>.

Hukukun genel teorisi hukuktan hareket eder. Oysa hukuk felsefesi, hukuktan değil, felsefeden hareket eder; o daha ziyade hukuk üzerine felsefedir<sup>51</sup>.

Kelsen, hukukun genel teorisi ile hukuk felsefesinin karşı karşıya getirildiği tartışmanın gereksiz olduğu üzerinde durur ve bu iki yaklaşım biçimi arasında tercih yapmak gerekmediğini ifade eder. Hukuki bilginin bu iki dalı arasındaki ayrımın bir iş bölümünden ibaret olduğunu ve bunların birbirlerine rakip olmalarından ziyade birbirlerinin tamamlayıcısı olduklarını vurgular. Her ikisinin de kendisine özgü varlık sebepleri olduğunu belirtir<sup>52</sup>.

Kelsen, hukuk felsefesinin, hangi ilkelerin (adalet ve dolayısıyla etik veya ahlak felsefesiyle ilgili olan) kabul edilmesi gerektiği sorusuyla uğraştığını; buna karşın, hukukun genel teorisinin fiilen mevcut olan hukuku incelediğini ve amacının pozitif hukukun yapısını analiz etmek ve bu hukukun temel kavramlarını tespit etmekten ibaret olduğunu belirtmiştir<sup>53</sup>.

Hukukun pozitivist genel teorisi, biçimsel veya deneysel olarak doğrulanamayan önermeleri bilim alanına yabancı olarak kabul eder ve bu

<sup>47</sup> Güriz, Adnan. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1986. s.35

<sup>48</sup> Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Sf:321.

<sup>49</sup> Güriz, Adnan. *Hukuk Başlangıcı*. Sf: 43.

<sup>50</sup> Güriz, Adnan. *Hukuk Başlangıcı*. Sf: 35.

<sup>51</sup> Gözler, Kemal. *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*. Ankara: US-A Yayıncılık, 1998. Sf: 11.

<sup>52</sup> Gözler, Kemal. *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*. Sf: 4.

<sup>53</sup> Gözler, Kemal. *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*. Sf: 12.

önergeleri reddeder. Ayrıca, fiziki âlemde bulunduğu için doğal hukukçu geleneği ve doğal hukuku dışlar<sup>54</sup>.

Doğal hukukçu yaklaşım, doğada değişmez bir düzen olduğunu söylemektedir. Pozitivist teoriye göre doğada değişmez bir düzen mevcut değildir; çünkü tüm insanlara özgü bir doğal akıl da yoktur. Doğada iyi veya kötünün ölçüleri bulunmadığından bunları sadece insanlar değerlendirir<sup>55</sup>.

Doğal hukukçu gelenek mutlak bir adalet teorisi hazırlar; ancak adaletin ne olduğunu açık bir şekilde belirleyemez<sup>56</sup>.

Yukarıda ifade edilen bilgiler ışığında Kelsen'in saf hukuk teorisinin pozitivizmle örtüştüğü ve doğal hukukçu yaklaşımı dışladığı açıkça anlaşılmaktadır. Hukuk biliminin konusu yalnızca pozitif hukuktur. Bu nedenle, hukuk bilimi konusunu tanımalı ama onu biçimlendirmeye çalışmamalıdır. Hukuk bilimi saf olmalı, yani saf hukukî yönteme yabancı olan unsurlardan arınmalıdır<sup>57</sup>.

Bununla birlikte Kelsen, hukuk normlarının insan-üstü bir irade tarafından değil, yalnızca beşeri irade tarafından konulduğundan hareketle hukuk normları ile birbirleriyle çatışan hususların öne sürülebileceğini belirtmektedir. Örneğin bir hukuk normu intiharı yasaklayabilir, diğeri ise serbest bırakabilir. Belirli bir değerden hareketle bu normlardan birinin geçersiz, diğerinin ise geçerli olduğu iddia edilemez. Bunlardan her ikisi de usulüne uygun olarak ihdas edilmişse Kelsen'in saf hukuk teorisine göre geçerlidir. Bu normlar beşeri irade tarafından konulduğuna göre, bunlardan çıkarılabilecek değerler de görecelidir ve din alanı dışında mutlak değer yoktur. Bir değer bir takım insanlara göre iyi iken

<sup>54</sup> Gözler, Kemal. *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*. Sf: 15.

<sup>55</sup> Gözler, Kemal. *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*. Sf: 15.

<sup>56</sup> Gözler, Kemal. *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*. Sf: 16.

<sup>57</sup> Gözler, Kemal. *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*. Sf: 10, 11.

diğerlerine göre kötüdür. Kelsen'e göre, iyi ve kötüyü, âdil olan ile âdil olmayanı tanımlayacak hiçbir araç yoktur<sup>58</sup>.

Hukukun genel teorisi ancak deneysel bir konuyu inceleyebilir. Dolayısıyla hukukun genel teorisi, inceleme konusu olarak yalnızca fiziki varlığa sahip olan hukuku ele alabilir. Bu hukuk da pozitif hukuk, yani devlet tarafından konulmuş, maddi varlığa sahip hukuktur<sup>59</sup>.

Kelsen'in belirttiği gibi, hukuk biliminin tek amacı hukuku tanımaktır. Pozitivist anlayışa göre de hukukun genel teorisi, inceleme konusu olan pozitif hukuku tanımak ile kendini sınırlandırmalı; bu hukuku değiştirmeye, yeniden biçimlendirmeye çalışmamalıdır. Pozitif hukuk normları tarafından öngörülenlerin dışında yeni hukuk kuralları oluşturmaya teşebbüs etmemelidir<sup>60</sup>.

Kelsen'e göre, bir bilim, inceleme konusunu olduğu gibi tasvir etmelidir; birtakım değer yargıları açısından onun ne olması veya ne olmaması gerektiğine hükmetmemelidir. Böyle bir hükmediş siyasi bir problem olacak, gerçekliğe dönük olan bilimin konusunu oluşturamayacaktır<sup>61</sup>.

## C- Kelsen'in saf hukuk teorisinin temel ilkeleri

### 1. Saflık

Kelsen, bütün çalışmalarında saflık prensibine, yani hukuki bilgi metodunun saf olması prensibine, uymaya çalışmaktadır. Kelsen'in kurucusu olduğu saf hukuk teorisine göre izlenmesi gereken yöntem, hukukun nasıl olması

<sup>58</sup> Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Sf: 34.

<sup>59</sup> Gözler, Kemal. *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*. Sf: 20.

<sup>60</sup> Gözler, Kemal. *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*. Sf: 22.

<sup>61</sup> Gözler, Kemal. *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*. Sf: 22.

gerektiği değil, hukukun nasıl oluştuğu ve nasıl olduğunun araştırılmasıdır. Bunun için de bu teorinin temel ilkesi, hukuk biliminin kendisine yabancı olan bütün unsurları tasfiye etmesi, sadece hukukla ilgilenmesidir<sup>62</sup>.

Yönteme ilişkin ilkelerden ilki saflıktır; saflık, hukukun siyasi ideolojiden, doğa bilimlerinden ve ahlâktan soyutlanmış olma durumudur. Saf hukuk teorisi, doğal hukuk teorisine ve ideolojik eğilimlere karşı cephe alır; bir meşruiyet zemini aramaksızın hukuku olduğu gibi göstermek ister. Araştırma konusu doğru hukuk değildir; gerçek ve olanaklı hukuktur<sup>63</sup>. Bilim kendi konusunu aydınlatırken ideoloji gerçeği örter ve ideolojik karakterdeki geleneksel hukuk biliminden kesin biçimde ayrıldığı için saf hukuk teorisi gerçek hukuk bilimi olarak kendini gösterir<sup>64</sup>. Hukuk biliminin konusu salt hukuk olduğu için saflık prensibi hem hukukla yakından ilgili kavramları (adalet, eşitlik, ...) hem de hukuk dışı kavramları dışlar.

Pozitif hukukun parçası olan bir normu eleştirmek veya onu aklamak hukukun genel teorisinin görevi değildir. Hukukun genel teorisinin görevi yalnızca pozitif hukukun nelerden ibaret olduğunu tasvir etmektir; hukukun nasıl olması gerektiğini söylemek değildir; değer yargılarından kaçınmalıdır. Kelsen'in ifadesiyle saf olmalıdır; kendisine yabancı tüm öğelerden kurtulmalıdır. Hukuk bilimi tarihî olarak psikoloji, sosyoloji, etik ve siyaset teorisi ile karma halde bulunur. Saf hukuk teorisi, hukukun bu bilim dallarıyla ilgisini inkâr etmez; ama kendi özünü belirsizleştiren yöntem bağdaştırmacılığına karşıdır. Bu şekilde hukukun özerkliğini ilan eder<sup>65</sup>.

Hukukun genel teorisi, ne kanun koyucunun niyetleri ve saiklerinden ne de bireylerin çıkarları ve düşüncelerinden etkilenmelidir. Hukukun genel teorisi,

<sup>62</sup> Carty, Anthony. «The Continuing Influence of Kelsen On the General Perception of the Discipline of International Law.» *European Journal of International Law*, 1998: 344-354. Sf: 345-347.

<sup>63</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 18.

<sup>64</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 19.

<sup>65</sup> Karahanoğulları, Onur. «"Marksizm ve Hukuk" Yazın İncelemesi.» *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2003. Sf:



pozitif hukukun yapısını tahlil etmeli; ama bu hukukun oluşumunda rol oynayan toplumsal, ekonomik veya psikolojik koşulları dikkate almamalıdır.

Kelsen bir yandan doğal hukukçu geleneğe karşı cephe alarak bazı hukuki kavramların arkasında gizlenmiş bulunan doğal hukuka ilişkin görüş ve düşünceleri ortaya çıkarmaya girişirken diğer yandan da hukukun normatif yöntemini doğa bilimlerinin nedensel yönteminden ayırt etmeye çabalamış, bunu da yönteminin saflığını sağlamak amacıyla yapmıştır. Kelsen'e göre hukuk, norm olarak tanımlandığı ve hukuk bilimi de normların bilgisine yöneldiği için hukuk doğadan ayırt edilmeli ve norm bilimi olarak hukuk bilimi de doğal olayları nedensellik temelinde inceleyen diğer bütün bilimlerden ayırt edilmelidir. Doğa bilimleri gözlem konusu olarak yalnızca "olan" ("Sein") ile, hukuk bilimi ise *Sollen* ile ilgilenmek durumundadır. *Sein* ile *Sollen* arasında biçimsel-mantıki bakımdan bir karşıtlık bulunmaktadır<sup>66</sup>.

## 2. Birlik

Kelsen'e göre, konusu hukuk olan bir bilgi ancak hukuk olarak adlandırılan normlar sisteminin birliğini kendisi için sarsılmaz bir ilke durumuna getirdiği oranda bir bilim kimliği kazanabilir<sup>67</sup>. Hukukun birliği, hukuki kavramların her birinin içeriğinin yalnızca tek bir hukuk olmasıdır; hukuk olarak kabul edilen her bilginin özünde aynı bilgi olmasıdır<sup>68</sup>. Birlik prensibine göre, hukukun doğası hukuk normlarının her birinde mevcuttur<sup>69</sup>. Dolayısıyla *Grundnorm* ve onun altındaki tüm hukuk normları bir arada bir bütün oluşturmakla birlikte, bu normların her biri de kendi başına bu bütünün hukukilik niteliğini içinde barındırır ve temsil eder. Burada söz edilen, tüm kavramların

<sup>66</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 13, 14.

<sup>67</sup> Aral, Vecdi. *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978. Sf: 46.

<sup>68</sup> Aral, Vecdi. Sf: 6.

<sup>69</sup> Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Julius Springer, 1925. Sf: 60.

özdeş olduğu değildir; kavramların ortak hukuki niteliklerinin birliğidir ve *Sollen*'in tüm hukuki kavramların ortak paydası olduğudur<sup>70</sup>.

Egemen teoriye göre hukuk yalnızca genel ve soyut normların bir sistemidir. Ancak, Kelsen somut hukuki fiillerin de hukuk olarak kavranması ve gözlem biçiminin ikiliğinin ortadan kaldırılması gerektiğini savunmuştur. Kelsen, kanun koyma ve hukukun yaratılması kavramlarını aynı kabul ederek hukukun yaratılmasını kanun koymayla sınırlayan teoriye karşı çıkmış, hukukun uygulanmasının da hukukun yaratılması olduğunu savunmuştur. Ona göre hukuk, normlardan oluşmuş bir düzendir<sup>71</sup>; hukuki fiiller hem hukuku uygulayan hem de hukuku yaratan fiillerdir. Bu hukuki fiillerin her biri ile daha yüksek kademede ki norm uygulanır ve daha aşağı kademede ki bir norm meydana gelir. Böylece anayasanın korunması *Grundnorm*'un uygulanması olarak, kanun koyma anayasanın uygulanması olarak, mahkeme kararı ve idari fiiller kanunun yürütülmesi olarak, "*Zwangsakt*"ın gerçekleşmesi ise idari buyruk ve mahkeme kararlarının uygulanması olarak görünür<sup>72</sup>. Bu bağlamda, hukuk normlar hiyerarşisinin pozitif hukuk kapsamında en üst kademesine karşılık gelir ki burada bir anayasa metni bulunur<sup>73</sup>.

Hipotetik karakterdeki *Grundnorm*, yürürlükteki anayasanın orijinal anayasaya dayandığı yönünde bir varsayıma da dayanır<sup>74</sup>.

Kelsen hukukun görünüm biçimlerinin, hukukun kademeli yapısı aracılığıyla birleştirilmesi görüşündedir. O, hukuk sisteminin birliğini sağlamak amacıyla, soyut normlarla birlikte bireysel ve somut hukuki fiilleri de hukuk olarak kavramaktadır. Hukukun uygulanması niteliğindeki fiiller, mahkeme kararları ve hukuki fiiller, "bireysel norm" olarak adlandırılır. Normlar hiyerarşisinde bireysel normların üzerinde yer alan hukuk normları ise "genel

<sup>70</sup> Aral, Vecdi. Sf: 6.

<sup>71</sup> Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Sf: 191.

<sup>72</sup> Kelsen'in *Zwangsakt* kavramının Türkçe dilinde yerleşmiş bir karşılığı bulunmamaktadır. "Zorlayıcı fiil" ya da "zorlama fiil" gibi tercümelemeler mümkün olabilir.

<sup>73</sup> Hirş, Ernst. *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*. Ankara: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001. Sf: 96.

<sup>74</sup> Keyman, Selahattin. *Hukuka Giriş*. Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 1997. Sf: 175.

normlar"dır<sup>75</sup>. Böylece, bütün bunların hepsini temel kategori olan hukuk kavramına indirgemiş, bütün bu kavramlardaki nitelik ayırımlarını da ortadan kaldırmıştır. Böylece kanun, yargısal ve icrai fiiller ve kararlar, bireylerin irade beyanları ile vücuda getirdikleri hukuki işlemler de aralarında herhangi bir nitelik ayrımı olmaksızın hukuk olarak nitelendirilir<sup>76</sup>.

Hukuki kavramlar arasındaki derece ayırımları ve diğer yandan hukukun değişik görünüm biçimlerinin birliği Kelsen tarafından hukukun kademeli yapısında kurulmakta ve bu kademeli yapının en üstünde pozitif bir hukuk kuralı değil, hukuki bilginin zorunlu son noktası olan hipotetik *Grundnorm* bulunmaktadır. *Grundnorm*, hiyerarşik bir yapı oluşturan hukuk normlarının en tepesindedir. Kelsen, sübjektif hukuku hukukun tek sistemine sokmak için objektif hukuka indirgemıştır. Burada sübjektif hukuk ile kastedilen bireysel ve somut içeriğe sahip hukuk normudur. Hukuk biliminin öngördüğü yönetime uygun olarak yaratılmış bir yönetmeliğin içindeki bir madde ya da gerçek kişilerin hukuki fiilleri sübjektif hukuka örnek olarak gösterilebilir. Objektif hukuk ise genel anlamda bir bütün olarak pozitif hukuku ifade eder. Kelsen'e göre, objektif hukuktan ayrı, objektif hukukun dışında bir sübjektif hukuk yoktur. Sübjektif hukukun objektif hukuka indirgenmesi hukuk sistemi içerisinde kabul edilemez bir düalizmin ortadan kaldırılmasını sağlamaktadır<sup>77</sup>.

Kelsen hukuki ödev ile hakkın birliğini de savunmuştur. Ona göre, hukuki ödev (ya da hukuki yükümlülük) yalnızca, tamamiyle belirli ve somut bir bireyin davranışını düzenleyen bireyselleştirilmiş bir hukuk normudur. Hak (ya da hukuki yetki) ise somut, birey açısından belirli bir irade beyanını düzenleyen bir normdur. Onun için iki norm arasındaki fark yalnızca içerikten kaynaklanmaktadır. Kelsen'in saf hukuk teorisi içerikle ilgilenmeyip hukukun

<sup>75</sup> Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Sf: 14.

<sup>76</sup> Aral, Vecdi. Sf: 51.

<sup>77</sup> Aral, Vecdi. Sf: 55 ve 56.

biçimsel boyutu ile uğraştığı için hukuki ödev ile hakkın aynı olduğunu kabul eder<sup>78</sup>.

Kelsen insanların hukuki değil biyolojik ve psikolojik bir birliğin karşılığı olduğunu, bu nedenle de insanın hukuki gözleme elverişli olamayacağını beyan etmektedir. Bu bağlamda hukuk, insanı bütün bedeni ve ruhi fonksiyonları ile birlikte ele almaz; yalnızca hukuki ödev veya hak olarak belirli beşeri fiilleri düzenler. Kelsen burada kişi kavramının, hukuki ödevler veya haklar olarak ortaya çıkan olaylar konusunda öznenin niteliğini ifade ettiğini, gerçek kişi ve tüzel kişi arasında ayırım yapılmaması gerektiğini savunmuş; gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında fark olmadığını belirtmiştir (tüzel kişilerin davranışları esasen gerçek kişilerin davranışlarıdır)<sup>79</sup>.

Bununla birlikte, devlet ile hukukun aynılığı bilindiğinde devletin bütün somut yürütme ve yargı fiilleri ve iradi fiilleri de (hukuki fiilleri) hukuk olarak kavranır<sup>80</sup>. Kelsen devletin doğru bir teorisinin kurulması amacıyla saf hukuk teorisinin yöntemi dışındaki yöntemlerin düalizmine karşı hukuki gözlem ve düşünce biçiminin birliğini getirmekte, devlet teorisinin sosyolojik ve hukuki olarak ikiye ayrılmasına karşı çıkmaktadır. Devlet ile hukukun aynılığını kabul etmektedir<sup>81</sup>.

Devletle hukukun özdeşliği dolayısıyla devletin ya da hukukun bir özelliği olan egemenlik, normatif bir kavramdır ve bu nedenle de gerçek olayları inceleyen deneysel bir yöntemle değil, ancak saf hukuki yöntemle kavranabilir. Kelsen'e göre egemenlik, hukuk normlarının dış bağımsızlığını deyimler; hukuk normlarının iç birliğinin sembolüdür<sup>82</sup>.

Kelsen'e göre, uluslararası kamu hukuku tek tek devletlerin iç hukuku ile aynı karaktere sahiptir. Hukukun kendine özgü karakteri beşeri davranışın

---

<sup>78</sup> Aral, Vecdi. Sf: 58.

<sup>79</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 93, 94.

<sup>80</sup> Aral, Vecdi. Sf: 51.

<sup>81</sup> Aral, Vecdi. Sf: 64, 65.

<sup>82</sup> Aral, Vecdi. Sf: 68.

düzenlenmesi olduğu için bir hukuki ödevin ve keza bir hakkın konusu, beşeri davranıştan, yani tek tek insanların davranışından başka bir şey olamaz. Bu bakımdan uluslararası kamu hukukunun tek tek insanları değil de devletleri haklı ya da yükümlü kıldığı hususundaki görüş Kelsen'in saf hukuk teorisi bağlamında hukukten isabetli görülmez. Ancak teorinin “*Zurechnung*” kavramı, gerçek kişilerin hukuki fiillerinin devlete atfedilmesi durumunu tanımlayarak bu konuya açıklık getirmiştir<sup>83</sup>. Uluslararası kamu hukuku ve alt dallarının devletlere hukuki ödev yüklemesinin Kelsen'in saf hukuk teorisinde anlaşılabilir ve kabul edilebilir olması, *Zurechnung* kavramı sayesinde. *Zurechnung*, hukuki ödevin gerçek kişilere yüklendiğinin bilinmesi ve kabul edilmesiyle birlikte bu hukuki ödevin yüklenicisinin devlet olarak görünmesinin Kelsen'in saf hukuk teorisi bağlamında hukuka uygun kabul edilmesinin nedenidir. Kelsen'in saf hukuk teorisi, hukuki ödevi ancak gerçek kişilerin yüklenebileceği görüşünde olduğu için devlete hukuki ödev yüklenmiş olmasını kabul etmez; ancak gerçek kişinin yüklendiği ve yerine getirdiği ya da getirmediği hukuki ödevin devlete atfedilmesi devletlerin uluslararası kamu hukuku ve alt dallarındaki konumunu teori bakımından anlamlı ve hukuka uygun kılar<sup>84</sup>.

Uluslararası kamu hukuku ile tek tek devletlerin iç hukukları tek bir sistem içerisinde kabul edildikten sonra hangisinin diğerine üstün olduğu sorusunda Kelsen, aralarında bir tercih yapmanın olanaklı olmadığını belirtmiştir<sup>85</sup>. Zira yaklaşımı, tüm hukuk normlarının aynı sistemin aynı içeriğe sahip elemanları olduğundan yanadır<sup>86</sup>.

Kelsen hukuk sistematığının temelini oluşturan kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki nitelik ayrımını da ortadan kaldırmaktadır. Özel hukuk eşit, hukukten aynı değerde olan özneler arasındaki ilişkiyi, buna karşılık kamu hukuku

<sup>83</sup> Yapılan araştırmalar çerçevesinde *Zurechnung* kavramının Türkçe dilinde yerleşik bir karşılığın rastlanmamıştır. “Atıf” en yakın tercüme olarak değerlendirilebilir.

<sup>84</sup> Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Sf: 183.

<sup>85</sup> Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. s: 16, 17.

<sup>86</sup> Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Sf: 22.

ise bir üst ve bir ast özne arasındaki ilişkiyi gösterir. Kamu hukuku ilişkileri kudret ya da egemenlik ilişkileri olarak, buna karşılık özel hukuk ilişkileri de doğrudan doğruya hukuki ilişkiler olarak nitelendirilir. Ona göre, hukuk bir normlar hiyerarşisinden ibarettir ve hukukta tek bir normlar hiyerarşisi vardır. Tüm özneler aynı hiyerarşik kademede yer alır; dolayısıyla özneler arası ilişkiler hiyerarşik olarak kademelendirilemez<sup>87</sup>.

Kelsen'in saf hukuk teorisine göre, hukuka aykırılık hukuk kapsamındadır; hukukun bir parçasıdır. Hukuk normunun uygulamaya yansımalarının nedenidir. Yargı kararlarında, somut maddi bir gerçekliğe hukuka aykırılığı nedeniyle somut bir sonuç bağlanır. Hakkın bu şekilde yetkili bir yargı mercii tarafından tanınması, hukukun yaratılmasında hem hakkın hem de hukuka aykırılığın yerinin olduğunun, her ikisinin de hukukun yaratılması sürecine katıldığının ifadesidir<sup>88</sup>. Bu doğrultuda, hukuka aykırılığın hukukun gerçekleştirilmesi kapsamında bir unsur olduğunu ifade etmek gerekir<sup>89</sup>.

Kelsen, hukuka aykırı fiili gerçekleştiren kişinin hukuku ihlal ettiği görüşünde değildir<sup>90</sup>; bunun aksine hukukun gerçek işlevine hukuka aykırılık sayesinde eriştiği kanaatindedir. Hukuka aykırılık, hukukun mevcudiyetine halel getiren bir etki yaratmaz<sup>91</sup>. Hukuka aykırılık sayesinde hukuk, mevcudiyetini kanıtlar; bu anlamda hukuk, hukuka aykırılığın sonucu olan *Zwangssakt*'ın *Sollen*'idir<sup>92</sup>. Hukuka aykırı davranış, hukuk normunun hipotetik yargısında yasal tepki için ve hukuka aykırılığın sonucu ve yaptırım olarak *Zwangssakt* için tasarlanan şarttır<sup>93</sup>.

<sup>87</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 93, 94.

<sup>88</sup> Kelsen, Hans. Sf: 45.

<sup>89</sup> Jöckel, Wilhelm. Sf: 38-41.

<sup>90</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 28.

<sup>91</sup> Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Sf: 231 ve 232.

<sup>92</sup> Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 28.

<sup>93</sup> Vonlanthen, Albert. *Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm*. Sf: 17.

#### D- Kelsen'in saf hukuk teorisinde “devlet” kavramı

Bu tez çalışması kapsamında yanıtı aranan soru Kelsen'in saf hukuk teorisinin ne olduğu ve bu teori gözünden günümüzdeki uluslararası insancıl hukukun nasıl yorumlandığı olduğu için, Kelsen'in saf hukuk teorisinde devlet kavramının ne anlama geldiği bilinmeden, silahlı çatışmada devletin kişi karşısındaki hukuki ödevlerini konu alan uluslararası insancıl hukukun bu teori gözünden incelenmesi mümkün olmayacaktır. Bu doğrultuda Kelsen'in saf hukuk teorisi bağlamında devlet kavramı aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Hukuk biliminin konusu yalnızca hukuk olduğu gibi, genel devlet teorisinin konusu da devlettir; ancak Kelsen'e göre hukuk ve devlet genel özellikleri itibariyle aynı anlama gelir<sup>94</sup>. Devlet doğa alanında değil, düşünce alanında yer alır; dolayısıyla normatif alandadır<sup>95</sup>. Devlet yalnızca hukukun sistematik birliğini ifade eder; kavramsal bir birlik noktasıdır; dolayısıyla hukuktur<sup>96</sup>. Devletin, hukuk sisteminin en üst hiyerarşik kademesinde, anayasa kademesinde, hukuk yaratma yöntemi olması; bu kavramın yalnızca anayasal düzeyde genel norm yaratmayla sınırlı olduğu anlamına gelmemektedir. Devlet, tüm hiyerarşik kademelerde norm yaratma yöntemidir<sup>97</sup>.

Kelsen, zorlayıcı karakterine sahip norm sistemlerinin devleti ifade ettiğini ve devlet öncesi sistemlerin ve devlet-üstü sistemlerin de devlet olmadığını iddia etmekle birlikte, devletin ve hukuk sisteminin birebir aynı anlamı taşımadığını ve devletin, özel bir donanıma sahip olan hukuk sistemi anlamına geldiğini savunmaktadır. Kelsen, devletin, işbölümü çerçevesinde işlevini yerine getiren organlardan oluşmuş bir birlik niteliğinde merkezî bir sistem olduğunu

<sup>94</sup>Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Sf: 16 ve 17.

<sup>95</sup>Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Sf: 7 ve 8.

<sup>96</sup>Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Sf: 16 ve 17.

<sup>97</sup>Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 91 ve 92.

vurgulamaktadır. Bu sistem, cezaların ve yaptırımların hukuka uygun olarak uygulanmasının kendisine hukuki ödev olarak yüklendiği öznedir<sup>98</sup>.

Devletin hukukun farklı bir biçimi olarak kabul edilmesi, insan davranışının devletin fiili olarak kabul edilmesi anlamına gelir ve bu durumun bir hukuk normunda belirtilmesi gerekir<sup>99</sup>. Dolayısıyla devlet meselesi, daha önce de ifade edildiği gibi, Kelsen'in orijinal ifadesiyle *Zurechnung* meselesidir. Devletin her fiili öncelikle bir insanın fiilidir ve neden bir fiilin bunu gerçekleştiren insana değil de devlete atfedildiği sorusunun yanıtının aranması atıf meselesidir<sup>100</sup>. Burada tek mümkün olan yaklaşım norm olarak görünmektedir; çünkü ancak insan fiilindeki maddî olay özel olarak bir hukuk normunda belirtildiği takdirde bu normu içeren hukuk sisteminin birliğiyle ilişkilendirilebilir. Devlet, zorlayıcı hukuk sisteminin kişileştirilmiş halidir<sup>101</sup>. Devletin hukuken kişi olması ve maddî olayın devlete atfedilmesi, bu maddî olayı devletin bir fiiline dönüştürür ve fiili esas gerçekleştiren kişiyi de devletin organı kılar<sup>102</sup>. Bu nedenle bu yönüyle devletin tüzel kişiliği herhangi bir tüzel kişilikten farklı değildir<sup>103</sup>.

Devlet, organları aracılığıyla doğrudan idare etme işlevini yerine getirir ve doğrudan amaçlarına ulaşır. Devletin resmî organlarının oluşturduğu kurum, bürokrasi, yargı devletin idare devletine dönüşmesinde rol oynar. Doğrudan devlet idaresi, devlet memurlarının hukuki ödevidir. Buna göre, hukuk sistemi, hukuki ödevlerine aykırı davranan devlet organlarına *Zwangstakt* ile tepki vermesi için devlet organlarını görevlendirir. Bir zorlayıcı kurum olarak devlet, bir idare kurumu olarak devleti yönlendirir<sup>104</sup>. Bununla birlikte, devletin zorlayıcı fiillerinin (*Zwangstakt*) bir devlet şahsının istemesiyle, bir devlet şahsına ait davranışla

<sup>98</sup>Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Sf: 233.

<sup>99</sup>Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 100.

<sup>100</sup>Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Sf: 183.

<sup>101</sup>Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 101.

<sup>102</sup>Kelsen, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Sf: 183.

<sup>103</sup>Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 101.

<sup>104</sup>Kelsen, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Sf: 102.



meydana gelmesi durumu, devletin iradesinin devlet sisteminin yapılandırılmasından başka bir anlama gelmediğini gösterir<sup>105</sup>.

Devletin gücünün ve hâkimiyetinin egemenlik olarak nitelendirilmesi, ancak devlet kavramının hukuk sisteminin yürürlüğü şeklinde algılanması durumunda mümkün olur<sup>106</sup>. Egemenlik, hukuk sisteminin birliğinin dışavurumudur<sup>107</sup>; hukuk sisteminin bir özelliğidir; hukuk sisteminin üzerinde yer alan veya hukuk sisteminden bağımsız bir kavram değildir<sup>108</sup>. Devletin bir özelliği olması nedeniyle egemenlik, normatif alana ilişkindir ve ancak saf hukuki yöntemle kavranması mümkündür; doğal veya gerçek alana ait bir kavram değildir<sup>109</sup>. Kelsen, egemenliği devletin bir organı olarak görmez<sup>110</sup>. Egemenlik, devlet biçimindeki hukuk sistemidir<sup>111</sup>.

Devletin amaçlarından biri, halkının menfaatlerini korumak ve gerçekleştirmektir<sup>112</sup>. Bu amaca ulaşmak ancak devletin egemen düzen olmasıyla mümkündür<sup>113</sup>. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak, bir devletin egemenliği, diğer bir devletin egemenliğiyle birleşmez<sup>114</sup>.

Egemenlik, günümüzde uluslararası kamu hukuku kapsamında görülen ve incelenen tartışmalı bir konudur. Uluslararası kamu hukukunun egemenlik anlayışıyla saf hukuk teorisinin egemenlik anlayışı birbirinden farklıdır ve saf hukuk teorisi, bu kavramı kendi mantıksal çerçevesi içinde yorumlamıştır. Yukarıdaki açıklamalara uygun olarak, devletlerin hukuk sistemlerinin en üst

<sup>105</sup> Kelsen, Hans. *Demokrasi Mahiyeti - Kıymeti*, Çeviren: E. Menemencioğlu. İstanbul: Devlet Basımevi, 1938. Sf: 48.

<sup>106</sup> Aral, Vecdi. Sf: 67.

<sup>107</sup> Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Sf: 105.

<sup>108</sup> Kelsen, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1928. Sf: 14 ve 36.

<sup>109</sup> Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Sf: 71, 102, 103 ve 107.

<sup>110</sup> Jöckel, Wilhelm. Sf: 29.

<sup>111</sup> Kelsen, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*. Sf: 100 ve 101.

<sup>112</sup> Kelsen, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*. Sf: 82.

<sup>113</sup> Kelsen, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*. Sf: 82.

<sup>114</sup> Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Sf: 121 ve 123.

kademesindeki organ olan kanun koyucu makamlar, uluslararası kamu hukuku tarafından yetkilendirilmez<sup>115</sup>. Uluslararası kamu hukukunun özneleri, egemen devletlerdir<sup>116</sup>. Dolayısıyla devletlerin uluslararası kamu hukuku bağlamında sahip oldukları hukuki ödevler ve haklar, kendileri tarafından bu alan aracılığıyla meydana getirilmiştir<sup>117</sup>. Saf hukuk teorisine göre egemenlik kavramı, uluslararası kamu hukukunun egemenlik kavramından farklı olarak, devletin egemen olup olmadığı sorusunun yanıtlanmasında herhangi bir rol üstlenemez. Kelsen için egemenlik bir ilkedir; normatif bilgiye ilişkin bir varsayımdır; bir hukuk teorisi hipotezidir<sup>118</sup>. Dolayısıyla, saf hukuk teorisinin egemenlik anlayışı üzerinden günümüzün uluslararası kamu hukuku çerçevesinde anılan egemenlik meselesinin yorumlanması mümkün görünmemektedir.

## **E- Kelsen'in saf hukuk teorisinin eleştirilmesi**

### **1. Kelsen'in saf hukuk teorisinin felsefesine yapılan eleştiriler**

Pozitivist hukuk akımının Kelsen tarafından ortaya konmuş olan normlar hiyerarşisi bağlamındaki görüşleri literatürde eleştirilmiştir. Normcu pozitivism olarak da adlandırılan hukuki pozitivism akımına göre normlar hiyerarşik bir şekilde sıralanmıştır. Her norm kendisinden bir üst kademedeki normun öngördüğü organ tarafından yaratılmaktadır. Kanun ve diğer normların pozitif hukuk kapsamındaki nihai temeli anayasadır. Bu noktada Kelsen, anayasanın pozitif hukuk çerçevesinde en üst kademedeki norm olduğunu, ancak

<sup>115</sup> Hauser, Raimund. Sf: 150 ve 154.

<sup>116</sup> Hauser, Raimund. Sf: 154.

<sup>117</sup> Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Sf: 108.

<sup>118</sup> Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Sf: 103.

*Grundnorm*'un bir pozitif hukuk normu olmadığını, bir varsayım olduğunu ve dolayısıyla herhangi bir yaratıcısının olmadığını belirtmektedir<sup>119</sup>.

Ancak, anayasanın temeli konusunda *Grundnorm*'u esas alan görüşü kabul etmek, anayasa yapım süreçlerine ters düşmektedir; çünkü anayasa kurucu iktidarı elinde bulunduran kişilerin iradesinin ürünüdür<sup>120</sup>.

Ayrıca Kelsen, *Grundnorm*'un hukuk dışı bir varsayım olduğunu belirtmiş ve bununla birlikte her türlü siyasi rejimin adaletle uygun olduğunu ifade etmek durumunda kalmıştır. Bu şekilde modern dikta rejimleri ile parlamenter rejimleri eşitlenmiş olmaktadır<sup>121</sup>.

Kelsen' in saf hukuk teorisinin genel devlet ve hukuk teorisini tek yanlı ele alarak yalnızca mantığa, yani bilgi teorisine indirilmesi, tepki almıştır. Bütün hukuki hükümlerin hukukilik karakterini sunan saf hukuki bir *Sollen*, hukuku ortaya koyma becerisi bağlamında eleştirilmiştir. Hukuk bilimini saf *Sollen*'a indirgemek, teorisinin birlik prensibine uygun olarak hukuk kavramlarının birleştirilmesini sağlamakla beraber bu kavramların basitleştirilmesine neden olmaktadır<sup>122</sup>. Normcu pozitivistin *Sein* ile ilgilenmeyip *Sollen* üzerinde durmasına tepki gösteren Keyman, bu kavramlar arasında kesin bir ayrım olmadığını, kavramların birbirleriyle ilişki içinde olduklarını belirtmiştir<sup>123</sup>.

Kelsen'e göre hukuk biliminin konusu olarak hukuk gerçeklik alanında değil mantıki objektif yürürlük alanında bulunmaktadır. Hukuk kendine özgü içeriği dolayısıyla ne fiziksel ne de psikolojik bir alandır; aksine ideal ve düşünsel bir alandır. Bu bakımdan Kelsen konunun düşünsel bir niteliğe sahip olduğunu bunun için de hukuk biliminin ideal bir bilim olarak nitelendirilmesi gerektiğini söylediği zaman haklıdır. Kelsen bir yandan hukuk biliminin konusu olarak hukuku gösterirken diğer yandan genel devlet teorisinin konusu olarak da devleti

<sup>119</sup> Kelsen, Hans. *General Theory of Norms*, , translated by Michael Hartney. New York: Oxford University Press, 1991. Sf: 256.

<sup>120</sup> Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Sf: 192.

<sup>121</sup> Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*. Sf: 353.

<sup>122</sup> Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*. Sf: 351.

<sup>123</sup> Keyman, Selahattin. *Hukuka Giriş ve Metodoloji*. Ankara: Doruk Yayınları, 1981. Sf: 72.

gösterir. Devletle hukuk arasında bir ayırım yoktur. Böyle olmakla devlet ideal bir varlık olarak kabul edilmiştir. Ancak Keyman, hukuku, devletin koyduğu kurallar olarak görmeyen pozitivist görüşü sığlaştırmak anlamına geleceğini belirtmiştir<sup>124</sup>.

Kelsen hukuk biliminin yalnızca biçimi kavramak zorunda olduğunu ve bu nedenle de mantıken hukuki kavramlara biçimsel öğelerden başka hiçbir şeyin alınamayacağını ifade etmektedir. Oysa Leben, hukuk biliminin ödevini hukuk normlarının içerdiği kavramların anlaşılması, anlamlandırılması ve yorumu olarak görmektedir. Leben'a göre, hukuk bilimi asla kavramları kurmaz; aksine hukuk sistemi tarafından kavramlara verilmiş olan anlamı açıklamaya ve kanun koyucunun kavramlara yüklemiş olduğu ayırıcı işaretleri bulup çıkarmaya çalışır<sup>125</sup>.

Kelsen'e göre hukuk, *Sein*'in bilgisine değil, *Sollen*'a yönelik bir bilimdir. Bu nedenle, gerçeklikten ayrılma niteliği taşıyan fiksiyonların hukuk sisteminde asla var olamayacağını ifade eden Vaihinger'in hukuk bilimine yaklaşımı, Kelsen'in saf hukuk teorisiyle karşıtlık içindedir. Kelsen, hukuk normunun *Sollen* karaktere sahip olmasından ve pozitif hukuku var eden hipotetik kavram olarak *Grundnorm*'dan söz ederken, Vaihinger bilginin tek konusu olarak duyumlarla ilgili gerçekliği tanımaktadır. Dolayısıyla Kelsen'in saf hukuk teorisini kabul etmemektedir<sup>126</sup>.

## 2. Kelsen'in saf hukuk teorisinin ilkelerine yapılan eleştiriler

Kelsen'in saf hukuk teorisi, hukukun şekline ve yapısına yönelmesi ve hukukun ahlaki ve sosyal içeriği sorunu ile adalet esasını dışlaması nedeniyle eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin birçoğunu Crozat'ın eleştirilerinde bir arada bulmak mümkündür. Crozat'a göre, Kelsen'in mücadelesi, tüm zamanlar ve uluslar için

<sup>124</sup> Keyman, Selahattin. *Hukuka Giriş ve Metodoloji*. Sf: 53.

<sup>125</sup> Aydemir, Süleyman Ruhi. «Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi ve Devlet Anlayışı. » *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, 2004: 1-35. Sf: 22.

<sup>126</sup> Aral, Vecdi. Sf: 33, 36.

geçerli olduğunu iddia ettiği doğal hukukçu görüşüdür. Crozat'ın görüşü, her zaman ve her durumda pozitif hukuk sistemlerinin ihtiyaçları karşılama bağlamında yeterli olamadığı ve hukuk biliminin hukuk felsefesinden ve hukuk felsefesinin de doğal hukukçu yaklaşımdan vazgeçemeyeceği yönündedir. Bu bakış açısı, hukuk biliminin hukuk felsefesi ve doğal hukukçu geleneğe ait öğelerden soyutlanması gerektiğini savunan Kelsen'in saf hukuk teorisi ile bağdaşmamaktadır.

Crozat'ın bir başka eleştirisi ise *Grundnorm*'a ilişkindir. Crozat, hukuk biliminde birliği sağlamanın yolu olarak Kelsen'in saf hukuk teorisinde *Grundnorm*'un kabul edilmesine karşı çıkmıştır. Her bilim gibi hukuk biliminin de birlik içinde kendi sistemini kurması gerektiğini savunur, ancak bu durumun Kelsen'in saf hukuk teorisindeki gibi bir *Grundnorm*'un kabulünü zorunlu kılmadığı ve *Grundnorm* kavramının gereksiz olduğu görüşündedir.

Kelsen, hukuk sisteminin birliğini hukukun yaratma ve yaratılma birliği olarak kavramaktadır; ancak Crozat biçimsel yönden uygun görünse de bir hukuk normunun ya da bir hukuki işlemin içerik bakımından üst kademedeki norma uygun olmaması halinde gerçek anlamıyla hukuk olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir.

Crozat, Kelsen' in “Devlet hukuk düsturlarından müteşekkil bir yığındır; devlet hukuk demektir” ifadesini hatalı bularak devletin sadece hukuk düsturlarından müteşekkil olmadığını, aynı zamanda manevi bir birlik olduğunu ifade etmiştir<sup>127</sup>.

<sup>127</sup> Crozat, Charles. «Asrı Hazır Doktrininde Devlet Telakkisi.» *Üniversite Konferansları 1936-1937*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1937. Sf. 18.

### III. Kelsen'in saf hukuk teorisi ile uluslararası insancıl hukuk ilişkisi

#### A- Uluslararası insancıl hukuk

##### 1. Uluslararası insancıl hukukun amacı

Uluslararası insancıl hukuk, uluslararası nitelikte olan ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalardaki çatışma kurallarını belirleyen ve çatışmanın taraflarının uluslararası insancıl hukuka uygun hareket ederken neden olabileceğinden daha fazla yıkımın ve kaybın gerçekleşmesine engel olma amacını taşıyan uluslararası kamu hukukunun bir alt dalıdır<sup>128</sup>. Uluslararası kamu hukukunun amacı, devletlerin savaş yerine barış içinde bir arada yaşadığı ve işbirliği içinde olduğu bir sistem kurmaktır<sup>129</sup>. Bunu başaramadığı durumlarda, uluslararası insancıl hukuk kapsamındaki kurallar ve yasaklar aracılığıyla, gerçekleşecek olan kayıpların ve zararların en düşük düzeyde tutulmasını amaçlar.

Uluslararası insancıl hukukun bir hukuk dalı olarak ortaya çıkışı, silahlı çatışmanın yıkıcı etkilerini azaltmak amacıyla uluslararası düzeyde kurallar ve düzenlemeler getirilmesiyle gerçekleşmiştir. Bunlar ilk olarak örf ve adet hukuku olarak gelişmiş, daha sonra yazılı hale getirilmiştir<sup>130</sup>. Uluslararası insancıl hukuk, insancıl nedenlerle, silahlı çatışmaların etkilerini sınırlama amacını taşıyan bir kurallar grubudur<sup>131</sup>. Aynı zamanda uluslararası insancıl hukukun birçok kuralı, saldırı savaşını yasaklayarak silahlı çatışmaların sayısını azaltmayı da hedefler<sup>132</sup>. Çatışmaya hiç katılmayan kişileri, önceden katılıp daha sonra çatışma dışında kalan kişileri, hastaları, yaralıları, esirleri ve sivilleri korumayı amaçlar.

<sup>128</sup> Wallace, Rebecca M.M., ve Olga Martin-Ortega. *International Law*. London: Sweet and Maxwell, 2009. Sf: 325 ve 326.

<sup>129</sup> Thürer, Daniel. *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context* [e-book]. The Hague: Hague Academy of International Law, 2011. Sf: 39 ve 40.

<sup>130</sup> Gutan, Sabin. «Name and Field of International Humanitarian Law.» *Revista Academiei Fortelor Terestre* Nr.4 (72), 2013: 367-373. Sf: 367.

<sup>131</sup> International Committee of the Red Cross. *International Committee of the Red Cross*. <http://www.icrc.org/eng/> (Mart 20, 2014 tarihinde erişilmiştir).

<sup>132</sup> Gutan, Sabin. Sf: 367.

Çatışmadaki tarafların haklarını ve ödevlerini belirler. Çatışma hususlarını ve yöntemlerini sınırlar. Silahlı çatışma hukuku olarak da bilinir<sup>133</sup>.

Uluslararası insancıl hukuka uygun hareket etmenin dört temel nedeni bulunmaktadır. Bu alandaki kurallara uymak öncelikle ahlâkî bir ödevdir. Bununla birlikte, bu şekilde davranmak, askerî açıdan mantıklı bir seçim yapmak anlamına gelir. Askerî amaçlara hizmet eden kaynakların verimli bir biçimde kullanılmasını sağlar; sivillerin öldürülmesi, esirlere işkence yapılması ve orantılılık ilkesine aykırı biçimde tepkiler verilmesi gibi davranışlar askerî başarı getirmediği gibi askerî kaynakların verimsiz ve gereksiz kullanılması anlamına gelir. Üçüncü neden ise uluslararası insancıl hukuka uygun hareket etmenin siyasî açıdan da mantıklı bir seçim yapmak anlamına gelmesidir. Silahlı çatışmanın bir tarafının bu alandaki kurallara uygun hareket etmesi, karşı tarafı aynı şekilde davranmaya teşvik eder. Dördüncü neden ve hukukî açıdan değeri olan neden ise uluslararası insancıl hukuka uygun davranmanın hukukî bir ödev olmasıdır. Bir devletin uluslararası insancıl hukuka ilişkin bir sözleşmeye taraf olması, o sözleşmeyle üstlendiği hukukî ödevleri yerine getirmekle yükümlü olması anlamını taşır.

Devletlerin uluslararası insancıl hukuka saygılı olma ve ona göre hareket etme ödevi olduğu gibi, uluslararası insancıl hukuka saygılı olunmasını sağlama ödevi de bulunmaktadır<sup>134</sup>. Diğer bir deyişle devletler, uluslararası insancıl hukukun uygulanması için gerekli tüm önlemleri almakla mükelleftir. Çatışma halinde olduğu gibi barış halinde de uygulanabilen bu önlemler sakınma, kontrol etme, bastırma ve yürütme karakterli olabilir<sup>135</sup>. Bu doğrultuda, devletlerin hukuki önlemleri siyasî iradeyle desteklemesi, barış halinde silahlı çatışma çıkmasını için gerekli ve yeterli önlemleri alması ve uluslararası insancıl hukuka sadece

<sup>133</sup> International Committee of the Red Cross. International Committee of the Red Cross. <http://www.icrc.org/eng/> (Mart 20, 2014 tarihinde erişilmiştir).

<sup>134</sup> International Committee of the Red Cross. International Committee of the Red Cross. <http://www.icrc.org/eng/> (Mart 20, 2014 tarihinde erişilmiştir).

<sup>135</sup> Skrbic, Ajla. «Implementation of International Humanitarian Law - Current Challenges and Obstacles.» Contemporary Readings in Law and Social Justice, Volume: 4(2), 2012: 293-305. s: 293.

kendi sınırları içinde değil, dünyanın her yerinde uygun davranılmasını sağlamaya çalışması gerekir<sup>136</sup>.

## 2. Uluslararası Kızılhaç Komitesi

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, hem uluslararası insancıl hukukun uygulanması hem de uluslararası insancıl hukuk uygulamalarının gözlemlenmesi hususlarında en etkin ve aktif olan kuruluştur. Dört adet Cenevre Sözleşmesi tarafından da tarafsız insancıl bir yapılanma olarak nitelendirilmiştir<sup>137</sup>. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin uluslararası insancıl hukukun örf ve adet hukuku kuralları açısından önemi incelendiğinde, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin yaptığı gözlemler ve araştırmalar sonucu uluslararası insancıl hukukun örf ve adet hukuku kuralları olduğuna kanaat getirdiği kuralları rapor haline getirip maddeler halinde sıraladığı görülür<sup>138</sup>.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin kuruluşunu tetikleyen olay şu şekilde meydana gelmiştir: İsviçreli bir işadamı olan Henry Dunant,1859 yılındaki Solferino Savaşı'nın ardından binlerce yaralının savaş alanında tıbbî hizmetten yoksun bir şekilde bırakıldığını görmüş ve bu bölge için yardım organize etmiştir. Tecrübelerini "A Memory of Solferino" adlı eserinde toplaması ve bu eserin Avrupa'da hızlı bir şekilde yayılmasının ardından Cenevre'de savaş yaralılarının tedavisi için gönüllülüğe dayalı bir hareket başlatmış ve 1863'te kurulan ve günümüzde de varlığını sürdüren Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin kuruluşunun temellerini atmıştır<sup>139</sup>.

<sup>136</sup> Inter-Parliamentary Union and International Committee of the Red Cross. Sf: 26 ve 27.

<sup>137</sup> «12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri.» International Committee of the Red Cross, Official Website. <http://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp> (Mart 22, 2014 tarihinde erişilmiştir).

<sup>138</sup> Henckaerts, Jean-Marie, ve Louise Doswald-Beck. Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt 1: Kurallar. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2005.

<sup>139</sup> Nour Sckell, Soraya. «Humanitarian Law: The Controversial Historical Construction of a Universal Moral.» Janus.net [e-journal], Vol.3, No.1, 2012: 78-93. Sf: 81.



### 3. Uluslararası insancıl hukuk kurallarına genel bakış

Silahlı çatışmalara dair uluslararası kamu hukuku kapsamındaki kurallar, *jus ad bellum* ve *jus in bello* olarak iki başlık altında toplanır. Her ikisinin de amacı silahlı çatışmaları sınırlamak ve ortaya çıkan acıyı azaltmaktır. *Jus ad bellum*, silahlı çatışma öncesi hukuk kurallarını ifade eder; *jus in bello* ise silahlı çatışma içindeki kurallardır. *Jus ad bellum* özelindeki amaç, silahlı çatışmaya engel olmaktır; silahlı kuvvetlerin harekete geçmesine mahal vermemektir. Dolayısıyla *jus ad bellum* amacına ulaşamayınca *jus in bello* devreye girerek silahlı çatışma dâhilinde silahlı kuvvetlerin davranışlarını düzenler ve silahlı çatışmanın mümkün olan en insancıl biçimde gerçekleşmesini sağlamaya çalışır. Buna göre, *jus in bello*, uluslararası insancıl hukuktur.<sup>140</sup>

Uluslararası insancıl hukukun uygulanması, barış halinde uygulanan hukuku tamamen devre dışı bırakmaz; yalnızca onun bazı hükümlerini askıya alır. Özellikle silahlı çatışmanın tarafı olan devletlerle çatışmaya dâhil olmayan devletler arasındaki ilişkilerde barış halinde geçerli olan hukuk uygulanmaya devam eder. Bununla birlikte, barış halinde uygulanan hukukun bazı hükümleri, kendi içerikleri gereğince silahlı çatışma durumunda uygulanmazlar ve bazı durumlarda uluslararası insancıl hukuk hükümleri özel hüküm olmaları nedeniyle barış halinde uygulanan hukukun hükümlerinin yerine uygulanır. Uluslararası insancıl hukuk ile uluslararası insan hakları hukuku ilişkisi de bu bağlamda birbirini tamamlayıcı niteliktedir ve hangi durumda hangi alana ait kuralın uygulanacağı özel hüküm geçerli olacak şekilde belirlenir.<sup>141</sup>

Uluslararası insancıl hukuk kuralları, iki temel başlık altında toplanarak şu şekilde özetlenebilir: Silahlı çatışma dâhilinde bulunmayan kişiler hedef alınamaz ve ayırt etme ilkesine aykırı silahlar ve gereksiz acı ve/veya kayıplara neden olan

<sup>140</sup> Thüerer, Daniel. Sf: 40-42.

<sup>141</sup>The Handbook of International Humanitarian Law, edited by Dieter Fleck. Oxford: Oxford University Press, 2008. Sf: 73 ve 74.

silahlar ve saldırı yöntemleri kullanılamaz<sup>142</sup>. Bu kurallar çerçevesinde, silahlı çatışmaların uluslararası nitelikte olanları ile uluslararası nitelikte olmayanları arasındaki ayırım ve silahlı çatışmaya katılanlar ile katılmayanlar arasındaki ayırım önemlidir<sup>143</sup>. Hem uluslararası nitelikte olan hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uluslararası insancıl hukuk kuralları uygulanır; fakat bazı kurallar her iki tür silahlı çatışma için de geçerliyken bazı kurallar yalnızca uluslararası nitelikte olan ya da yalnızca uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanır<sup>144</sup>. Silahlı çatışmaya katılan kişilere uygulanan uluslararası insancıl hukuk kuralları ile silahlı çatışmaya katılmayanlara uygulanan uluslararası insancıl hukuk kuralları farklıdır. En temel haliyle açıklamak gerekirse, askerî nitelik taşıyan kişiler ve mallar silahlı çatışmaya konu olarak kabul edilirken, sivil kişiler ve mallar silahlı çatışmada hedef alınamaz ve bunlara zarar vermemek için mümkün olan en yüksek çabayı ve özeni göstermek silahlı çatışmanın tarafları için hukuki ödevdir<sup>145</sup>.

Uluslararası kamu hukukunun devletlerin yetki alanlarını birbirlerine karşı sınırlaması ve yeni bir devleti tanıyıp tanımama meselesini iç hukuka bırakması, uluslararası insancıl hukukun uygulanma alanı bakımından herhangi bir belirsizliğe yol açmayacaktır. Bir devletin başka bir devleti tanıyıp tanımaması, usulen hukuki nitelik taşısa da fiil ve anlam olarak siyasî karaktere sahiptir. Bu nedenle bir devletin başka bir devlete yönelik almış olduğu bu konudaki siyasî tavır, aralarında bir silahlı çatışma gerçekleşmesi halinde uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına engel teşkil etmez. Kaldı ki uluslararası insancıl hukuk uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara uygulandığı gibi uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara da uygulanmaktadır. Silahlı çatışma halinde olan iki devletten biri diğerini tanımıyorsa veya ikisi de birbirini tanımıyorsa ve

<sup>142</sup> Inter-Parliamentary Union and International Committee of the Red Cross. Sf: 11.

<sup>143</sup> Thüerer, Daniel. Sf: 51-54.

<sup>144</sup> «12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri.».

<sup>145</sup> «12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri.».

Henckaerts, Jean-Marie, ve Louise Doswald-Beck. Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt I: Kurallar.

uluslararası insancıl hukuka göre söz konusu yapılanma ya da yapılanmalar devlet ise bu silahlı çatışmaya uluslararası insancıl hukukun uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara uygulanan kuralları uygulanır. Uluslararası insancıl hukuka göre silahlı çatışmanın taraflarından biri devletse ve diğeri değilse ya da çok taraflı bir silahlı çatışmanın taraflarından en az biri devletse, bu durumda uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanan kuralların uygulanması için gerekli şartların mevcut olması halinde çatışmaya bu kurallar uygulanır<sup>146</sup>.

#### 4. Uluslararası insancıl hukukun temel ilkeleri

Uluslararası insancıl hukukun dört temel prensibi şu şekildedir: İnsana değer verme, askerî gereklilik, orantılılık ve ayırt etme<sup>147</sup>. İnsana değer vermek uluslararası insancıl hukukun hareket noktasıdır; bu alandaki kuralların temel amacı tüm insanları silahlı çatışma kuralları çerçevesinde mümkün olan en yüksek düzeyde korumaktır. Askerî gereklilik ise silahlı çatışma durumunda yapılan bir saldırının gereklilik ölçütüdür. Askerî gereklilik bulunmadığı ya da askerî bir çıkara hizmet etmediği sürece karşı tarafa zarar vermek uluslararası insancıl hukuka aykırıdır. Orantılılık, hukukun diğer alanlarında olduğu gibi bu alanda da temel ilke niteliğindedir. Silahlı çatışma içinde tarafların birbirlerine verdikleri karşılıklar orantılı olmalıdır. Ayırt etme prensibi ise uluslararası insancıl hukuk kurallarının üzerine inşa edildiği yaklaşımdır; askerî olan ile sivil olanın ayırt edilmesi bu alandaki kurallara esas teşkil eder<sup>148</sup>.

Bu dört temel ilkeyle bağlantılı olarak çeşitli sınırlamalar da uluslararası insancıl hukukun esaslarındandır. Örneğin, silahların kullanımına dair getirilen sınırlamalar ve yasaklar, belirli tür silahların kullanımının ya da silahların belirli

<sup>146</sup> «12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri.»

<sup>147</sup> Thüerer, Daniel. Sf: 66-94 arasında ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

<sup>148</sup> «12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri.»

şekilde kullanımının orantılılık ve ayırt etme prensibine aykırı olması üzerine kuruludur<sup>149</sup>.

## 5. Uluslararası insancıl hukukun kaynakları

Uluslararası insancıl hukukun günümüzdeki kaynakları “Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi”, “Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi”, “Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi” ve “Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi” olmak üzere 1949 tarihli dört adet Cenevre Sözleşmesi, bu sözleşmelerin ilki uluslararası silahlı çatışmaların mağdurlarının korunmasına ve ikincisi uluslararası olmayan silahlı çatışmaların mağdurlarının korunmasına ilişkin olmak üzere 1977 tarihli 2 adet Ek Protokolü ve örf ve adet hukuku kurallarıdır<sup>150</sup>. Ayrıca uluslararası insancıl hukuk kapsamında özel alanlara ilişkin sözleşmeler ve protokoller de bulunmaktadır<sup>151</sup>.

<sup>149</sup>Thürer, Daniel. Sf: 94-114 arasında ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

<sup>150</sup> International Committee of the Red Cross. International Committee of the Red Cross. <http://www.icrc.org/eng/> (Mart 20, 2014 tarihinde erişilmiştir).

<sup>151</sup> International Committee of the Red Cross. International Committee of the Red Cross. <http://www.icrc.org/eng/> (Mart 20, 2014 tarihinde erişilmiştir).

## B- Kelsen'in saf hukuk teorisinin anlamı ve felsefi temelleri ışığında uluslararası insancıl hukuk

### 1. Kelsen'in saf hukuk teorisinin anlamı ve amacı perspektifinden uluslararası insancıl hukuk

Hukuk bilimini hukuk dışı öğelerden soyutlayarak saflığa ulaştırmayı hedefleyen Kelsen'in saf hukuk teorisi, hukukun ne olduğundan değil, hukuku ortaya koyacak yöntemin ne olduğundan söz eder<sup>152</sup>. Bununla birlikte, uluslararası insancıl hukuk, hukuk yöntemi değildir; hukuktur, bir hukuk normu grubudur. Dolayısıyla, uluslararası insancıl hukuku Kelsen'in saf hukuk teorisi gözünden incelerken ele alınacak olan husus uluslararası insancıl hukuk normlarının içeriği değil; nasıl yaratıldığı ve *Sollen* karakterde olup olmadığıdır<sup>153</sup>. Bu normların nasıl yaratıldığı incelendiğinde bunları ortaya koyan yöntemin saf hukukî yöntem olup olmadığı belirlenecek, ardından Kelsen'in saf hukuk teorisi uyarınca hukuk normlarında bulunması gereken *Sollen* karakterin bu normlarda bulunup bulunmadığı ortaya konmaya çalışılacaktır.

Daha önce ifade edildiği gibi uluslararası insancıl hukuk normları, dört adet Cenevre Sözleşmesi, bu sözleşmelerin iki adet ek protokolü, uluslararası insancıl hukukun belirli konularına ilişkin diğer sözleşmeler ve örf ve adet hukuku kurallarıdır. Dolayısıyla bu hukuk kaynakları hukuki nitelikleri esas alınarak gruplandırıldığında Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde ifade edilen uluslararası sözleşmeler ve örf ve adet hukuku kurallarıdır<sup>154</sup>. Bu doğrultuda, uluslararası sözleşmelerin, uluslararası kamu hukuku kaynakları

<sup>152</sup> Bkz. Dipnot 18.

<sup>153</sup> Bkz. Dipnot 29.

<sup>154</sup> «Uluslararası Adalet Divanı.» *Uluslararası Adalet Divanı, resmi sitesi*. tarih yok. <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&> (Mayıs 4, 2014 tarihinde erişilmiştir).

hiyerarşisinde nerede yer aldığı ve kendisinden üst kademedeki normun uygulaması olup olmadığı irdelenmelidir.

Uluslararası kamu hukuku kaynakları arasındaki hiyerarşide, uluslararası sözleşmeler ile uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının aynı kademede ve pozitif hukuk bağlamında en üst kademede yer aldığı kabul edilir<sup>155</sup>. Buna göre, Kelsen'in saf hukuk teorisi açısından değerlendirildiğinde, uluslararası sözleşmeler de uluslararası örf ve adet hukuku kuralları da uluslararası kamu hukukunun *Grundnorm*'unun uygulaması niteliğindedir. *Grundnorm*. normlar hiyerarşisinin en üst kademesinde yer alan varsayımsal norm olduğu için bu hukuk kaynaklarının üst kademedeki *Grundnorm*'a uygun olarak yaratılıp yaratılmadığının incelenmesi mümkün görünmemektedir. Kelsen'in saf hukuk teorisinin varsayımsal yaklaşımı uyarınca bu iki hukuk kaynağının *Grundnorm*'a uygun olarak yaratıldığını kabul etmek teorinin esasına uygun bir yorum olacaktır.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde ifade edilen “medenî uluslar tarafından tanınan genel ilkeler”in saf hukuk teorisine göre genel norm teşkil ettiğini söylemek mümkün olmamakla birlikte; bu ilkelerin, genel normların bireysel norma dönüşmesi aşamasında dikkate alınan kurallar olarak değerlendirilmesinde yarar vardır<sup>156</sup>. Bir yargı organı karar verirken ya da devletin bir organı bir genel normu uygularken bu ilkeleri dikkate aldığı için, bunların genel norm ile bireysel norm arasında konumlandırılması isabetli olacaktır. Ayrıca saf hukuk teorisine göre bu ilkelerin, normlar hiyerarşisinde kendilerinden üst kademedeki bir norm tarafından yaratılmış ve *Sollen* niteliğe sahip olması gerekir. Bu ilkelerin üzerinde yer alan kademede örf ve adet hukuku kuralları ile sözleşmeler bulunur ve bu ilkelerin bu hukuk kaynakları tarafından yaratıldığı söylenemez. Bunlar, birçok yerel hukuk sisteminde ve uluslararası hukukta kabul görmüş ve uygulanmakta olan kurallardır. Bu özellikleri nedeniyle ve *opinio*

<sup>155</sup> Bkz. Dipnot 129, 130.

<sup>156</sup> «Uluslararası Adalet Divanı.» *Uluslararası Adalet Divanı, resmî sitesi*, tarih yok. <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&> (Mayıs 4, 2014 tarihinde erişilmiştir).

*juris*'in mevcudiyeti nedeniyle uluslararası örf ve adet hukukunun bir ögesi olarak düşünölmeleri her ne kadar mümkün görünse de, pozitif uluslararası kamu hukuku bu ilkeleri doğrudan uluslararası örf ve adet hukuku olarak görmemiştir. Uluslararası insancıl hukuk özelinde bir örnekle konuyu açıklamak gerekirse; orantılılık, medenî uluslar tarafından tanınan genel bir ilkedir ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını bir araya getirdiği raporunda birinci bölümün on dördüncü alt bölümünün başlığı ve on dördüncü kuralın başlığı "Saldırıda Orantılılık"tır<sup>157</sup>. Bu örnekte olduğu gibi medenî uluslar tarafından tanınan genel ilkelerin birçoğu uluslararası örf ve adet hukuku kuralları kapsamında mevcuttur; fakat bu durum onları tek başlarına doğrudan uluslararası örf ve adet hukuku kuralı kılmaz. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde olduğu gibi bunları ayrı bir kategori olarak değerlendirmek yararlı olacaktır ve bunların saf hukuk teorisine göre genel norm ya da bireysel norm olarak sınıflandırılmaları mümkün değildir. Buna bağlı olarak söz konusu genel ilkeler, normlar hiyerarşisi içinde konumlandırılmadığı için, saf hukuk teorisine göre hukuk normu olarak nitelendirilemez. Bu doğrultuda, medenî uluslar tarafından tanınan genel ilkeler, genel normların bireysel normlara dönüşmesinde rol oynayan ve bireysel normların mümkün olduğunca genel normlarla örtüşmesine hizmet eden kurallar olarak nitelendirilebilir. Hukuk normu olmamakla birlikte bunlar, yeknesak hukuk temelli bakış açısına ve dolayısıyla birlik prensibine yönelten, uygulamaya ait kurallardır.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesindeki diğer bir hukuk kaynağı ise yargı kararları ve doktrindir; ancak bunlar yardımcı kaynaklar olarak kararların şekillenmesinde görev alır<sup>158</sup>. Bu durumda daha önce verilmiş olan yargı kararlarının ve doktrin, Uluslararası Adalet Divanı tarafından verilecek kararlardan hiyerarşik olarak üst kademedede bulunduğunu söylemek mümkün

<sup>157</sup> Henckaerts, Jean-Marie, ve Louise Doswald-Beck. Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt 1: Kurallar.

<sup>158</sup> «Uluslararası Adalet Divanı.» *Uluslararası Adalet Divanı, resmi sitesi*. tarih yok. <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&> (Mayıs 4, 2014 tarihinde erişilmiştir).

değildir. Bu yardımcı kaynaklar, üst kademedeki kaynak olarak alt kademede Uluslararası Adalet Divanı'nın kararlarını yaratmaz. Uluslararası Adalet Divanı, genel normlara dayanarak bireysel normlar oluştururken yalnızca kendisine yol gösterici olması açısından bu kaynaklardan yararlanabilir; bunların bağlayıcılığı yoktur ve Uluslararası Adalet Divanı bireysel normlarını bu kaynaklara doğrudan dayandırmaz. Verilecek olan kararlardan hiyerarşik olarak üst kademede bulunmadıkları için, yargı kararları ve doktrinin saf hukuk teorisi bağlamında hukuk normları olup olmadığının tartışılmasına gerek yoktur. Tüm yargı kararları, kendilerinden üst kademedeki normlar tarafından meydana getirildikleri ve *Sollen* nitelik taşıdıkları için aynı hiyerarşik kademede hukuk normudur. Doktrin ise *Sollen* niteliğe sahip olmaması nedeniyle bir hukuk normu olarak değerlendirilemez. Doktrinde sakınılması ya da kaçınılması gereken davranış olarak tanımlanan bir fiilin gerçekleştirilmesi halinde, bilindiği üzere herhangi bir *Zwangsakt* devreye girmemektedir. Yaptırım barındırmaması nedeniyle doktrin, saf hukuk teorisine göre hukuk normu değildir.

Uluslararası insancıl hukuk normlarının *Sollen* karakterde olup olmadığı ele alındığında ise hukuk normu teşkil eden her bir uluslararası insancıl hukuk kuralını ele almak ve incelemek gerekecektir. Bu tez çalışması kapsamında böyle bir inceleme mümkün olmadığı için uluslararası sözleşmelerden bir örnek olması açısından Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. Maddesi değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. Maddesi aşağıdaki gibidir:

“Madde 3 - Milletlerarası mahiyette olmayan bir silahlı anlaşmazlığın Yüksek Akit Taraflardan birinin toprakları üzerinde çıkması halinde, anlaşmazlığa taraf teşkil edenlerden her biri, en az olarak, aşağıdaki hükümleri uygulamakla mükellef olacaktır:

I. Muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen kimseler, silâhlarını terk edenler ve hastalık, yaralılık, mevkufuk veya herhangi bir sebeple muharebe dışı kalanlar, ırk, renk, din ve akide, cinsiyet, doğum ve servet veya buna benzer herhangi bir kıstasa dayanan ve aleyhte görülen hiç bir tefrik yapılmadan insanî surette muamele



göreceklendir. Bu sebeple, yukarıda bahis konusu kimselere; aşağıdaki muamelelerin yapılması, nerede ve ne zaman olursa olsun, memnudur ve memnu kalacaktır:

- a) Hayata, vücut bütünlüğüne ve şahsa tecavüz her nevi katil, sakatlanma, vahşice muamele, işkence ve eziyet,
- b) Rehine almak,
- c) Şahısların izzeti nefislerine tecavüz, bilhassa hakaretimiz ve haysiyet kırıcı muameleler,
- d) Medenî milletlerce elzem olarak tanınan adli teminatı haiz nizami bir mahkeme tarafından önceden bir yargılama olmaksızın verilen mahkûmiyet kararları ile idam cezalarının infazı.

2. Yaralı ve hastalar toplanacak ve tedavi edilecektir. Milletlerarası Kızılhaç Komitesi gibi tarafsız insani bir teşkilât, anlaşmazlık halinde taraflara hizmetlerini arz edebilecektir. Anlaşmazlık halindeki taraflar, bundan başka; hususî anlaşmalar yolu ile işbu Sözleşmenin diğer hükümlerinin tamamı veya bir kısmını yürürlüğe getirmeye çalışacaklardır. Yukardaki hükümlerin uygulanması anlaşmazlık halinde bulunan tarafların hukukî durumları üzerinde bir tesir icra etmeyecektir<sup>159</sup>.”

Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. Maddesi, uluslararası nitelikteki silahlı çatışmaları düzenleyen sözleşmelerde yer almasına rağmen uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara yönelik bir düzenleme olması nedeniyle, Kelsen'in saf hukuk teorisinin içerikle ilgilenmediğini bir kez daha vurgulamak amacıyla bilinçli olarak tercih edilmiştir. Ayrıca doğrudan doğruya yapılması ve yapılmaması istenen davranışlardan söz edildiği için hukuk normunda *Sollen* karakterin incelenmesi bakımından uygun bir kural görünümündedir. Kelsen'in saf hukuk teorisi uyarınca söz konusu sözleşme maddesi, toprakları üzerinde uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma çıkan bir devletin hangi kişilere karşı hangi davranışlarda bulunması ve bulunmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bu madde ile Kelsen'in saf hukuk teorisi anlamında hukuki ödev ile yüklenen özne devlet değildir; gerçek kişilerdir. Devletin, silahlı çatışma aktörleri olarak belirlediği ve objektif anlamda sözü geçen davranışlarda bulunması ve bulunmaması mümkün olan gerçek kişiler, bu maddede yer alan hukuki ödevleri yerine getirmekle yükümlüdür. Burada *Zurechnung* devreye girdiği ve gerçek

<sup>159</sup> «12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri.»

kişilerin davranışları devlete atfedildiği için bu ödevlerin yerine getirilmemesi sonucu uluslararası insancıl hukuk bağlamında hukuka aykırı hareket etmiş olan özne devlet olarak kabul edilecektir. *Zurechnung* nedeniyle saf hukuk teorisi bağlamında da bu görüntü kabul görür; ancak yine de maddede yer alan hukuki ödevlerin devlete yüklendiği söylenemez.

Hangi davranışta bulunulacağı ve bulunulmayacağı maddede ifade edilmekle birlikte bu hukuki ödev aykırı davranıldığında hukuki yaptırımın ne olacağı sarih biçimde madde kapsamında ifade edilmemiştir. Genel olarak uluslararası insancıl hukuk çerçevesinde söz konusu normun ihlaline karşılık hukuki bir yaptırım bulunup bulunmadığına bakıldığında ise bu maddeyi konu edindikleri durumlarda uluslararası yargı mercilerinin verdiği kararlardan söz edilebilir. Bunun dışında uluslararası insancıl hukuk tarafından doğrudan öngörülen bir *Zwangsakt* bulunmamaktadır.

Kelsen'in doğal hukukçu geleneğe karşı olması, hukuk normunda değer kavramını dışladığı gibi meşruiyet zemini arayışını da dışladığı anlamına gelir<sup>160</sup>. Oysa uluslararası insancıl hukuk, temel kaygısı insanı korumak olan ve vicdani değerler ile ortak bir "iyi" üzerine temellendirilmiş bir hukuk dalıdır. Kelsen'in saf hukuk teorisinin aradığı normatif yöneme uygun olarak yaratılmış olma ve *Sollen* karakterde olma şartlarını sağladığında bir hukuk normunun içeriği önemli olmaksızın uluslararası insancıl hukuk normu olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Saf hukuki yöneme uygun olarak yaratılma, uluslararası insancıl hukukun öngördüğü amaçlara ve hedeflediği sonuçlara yönelik içeriğe sahip olmayan bir normu uluslararası insancıl hukuk normu kılamaz. Dolayısıyla günümüzde uluslararası insancıl hukuk kuralları, üzerine yapılandırıldığı değerlerden ve meşruiyet zemininden bağımsız düşünülemeyen ve yaratılması yalnızca Kelsen'in saf hukuk teorisinin öngördüğü yöntemle mümkün olmayan kurallardır.

---

<sup>160</sup> Bkz. Dipnot 48.

Kelsen'in saf hukuk teorisine göre, tüm genel ve bireysel normların meydana getirilmesi hukuk yaratma anlamına gelir. Buna göre uluslararası insancıl hukukun örf ve adet hukuku kurallarının oluşturulmasından, bu alanda yaratılan bireysel normlar olan uluslararası yargı makamlarının kararlarının icrasına kadar her kademedeki norm yaratma söz konusudur.

Hukuki fiillerin çoğunun hem hukuk yarattığı hem de hukuku uyguladığı yaklaşımı ışığında uluslararası insancıl hukuk kapsamındaki fiiller ele alındığında, her iki işlevi de yerine getiren ilk fiil türü örf ve adet hukukunu ve uluslararası sözleşmeleri yaratanlardır. Örf ve adet hukukunun ve uluslararası sözleşmelerin yaratılması *Grundnorm*'un uygulanması ve *Grundnorm*'un altında en üst kademedeki pozitif hukukun yaratılmasıdır. Örf ve adet hukuku olarak kabul edilmiş kuralların ve uluslararası sözleşmelerin uygulanması ise bireysel norm yaratma anlamına gelecektir. Genel normların uygulanması anlamına gelecek olan bu bireysel normlar, yalnızca kendilerini var etmek anlamında hukuk yaratırlar; kendilerinden daha alt kademedeki hukuk yaratmaları söz konusu değildir. Diğer bir bireysel norm alanı ise uluslararası yargı makamlarının verdikleri kararlardır. Bu kararlar da genel normların uygulanmasına karşılık gelir ve icra edilmeleri kendilerinden bir alt kademedeki salt uygulama karakterinde norm yaratılması, *Zwangsakt* meydana getirilmesi, anlamını taşır<sup>161</sup>. Uluslararası yargı makamlarının karar verirken uluslararası insancıl hukukun genel normlarını uygulayarak bireysel norm yaratmaları, Uluslararası Adalet Divanı'nın, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde yer alan hukuk kaynaklarından uluslararası sözleşmelere ve uluslararası örf ve adet hukukuna dayanarak karar vermesi örneğinde gözlemlenir.

Somut bir dava örneği üzerinden uluslararası yargı makamlarının verdikleri kararlarla bireysel norm yaratmaları incelenecek olursa Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin "The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo" davasından söz edilebilir. Uluslararası insancıl örf ve adet hukukuna göre çocuklar silahlı kuvvetlere veya silahlı gruplara alınamaz ve çocukların muhasamata katılmalarına

<sup>161</sup> Bkz. Dipnot 58.

izin verilemez. Ayrıca Cenevre Sözleşmeleri'nin 1. Ek Protokolü'nün "Çocukların Korunması" başlıklı 77. maddesinin 2. Fıkrasında silahlı çatışmanın taraflarının, on beş yaş altı çocukların düşmanca davranışlara doğrudan katılmamalarına yönelik önlem almalarını gerektiği ve özellikle askeri kuvvetlere alınmalarından kaçınmaları gerektiği ifade edilmiştir. Cenevre Sözleşmeleri'nin 2. Ek Protokolü'nün 4/3/c maddesinde ise on beş yaşını doldurmamış olan çocukların silahlı kuvvetler ya da gruplar tarafından silah altına alınmayacağı ve muhasamata katılmalarına izin verilemeyeceği belirtilmektedir. 4. Cenevre Sözleşmesi de on beş yaş altı çocuklar için koruma öngörmüştür. Uluslararası insancıl hukukun hem örf ve adet hukuku hem de sözleşme hukuku boyutunda yer alan bu korumaya aykırı hareket edildiğinin tespit edildiğini ve bu aykırılığa bir *Zwangsakt* ile yanıt verildiğini Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 1. Dairesi'nin "The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo" davası için oybirliğiyle verdiği kararında görmek mümkündür<sup>162</sup>. Roma Statüsü'nün 8/2/e/7 maddesinde, on beş yaş altı çocukların silahlı kuvvetler ya da gruplar tarafından silah altına alınması veya silahlı kuvvetlere ya da gruplara kaydedilmesi ve aktif olarak muhasamata katılmalarına izin verilmesi, savaş suçu olarak tanımlanmıştır. Karara göre Thomas Lubanga Dyilo, bu hükme aykırı davranarak on beş yaş altı çocukları "Patriotic Force for the Liberation of Congo"ya kaydetmiş, bu örgüt içinde silah altına almış ve bu çocukların 1 Eylül 2002'den 13 Ağustos 2003'e kadar devam etmiş olan ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar dâhilinde aktif olarak muhasamatlara katılmalarına neden olmuştur. 1. Daire, 14 Mart 2012'de söz konusu tespiti yapmış ve 10 Temmuz 2012'de Thomas Lubanga Dyilo için toplam 14 yıllık hapis cezasına hükmetmiştir<sup>163</sup>. Bu kararda, yukarıda uluslararası insancıl hukukun hem örf ve adet hukukunda hem de sözleşme hukukunda yer aldığı ifade edilmiş olan genel normun bireyselleştiği gözlemlenmektedir. Bu karar, on beş yaş altı çocukların silahlı çatışmalardan uzak olmaları hakkındaki genel normun *Sollen* niteliğini gerçekleştirdiği, normatif niteliğe ulaştığı bir karar örneğidir. *Zwangsakt* olmadan normatif nitelik var olamayacağı için, bu kararda

<sup>162</sup> *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. ICC-01/04-01/06 (International Criminal Court, 14 Mart 2012).

<sup>163</sup> *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*.

söz konusu genel normun normatif niteliğinin oluşmasını sağlayan, Thomas Lubanga Dyilo'nun 14 yıllık hapis cezasına mahkûm edilmesidir.

Uluslararası mahkeme kararlarına ilişkin Kelsen'in saf hukuk teorisi açısından ele alınması gereken bir husus, mahkemede yargılanan öznelerin uluslararası insancıl hukuk normlarının hukuki ödev yüklemiş olduğu özneler olup olmadıklarıdır. Kelsen'in saf hukuk teorisine göre hukuk normları beşeri davranışa yönelik olduğu için hukuki ödevler daima gerçek kişilere yüklenir; ancak *Zurechnung* söz konusu olduğunda gerçek kişilerin davranışları devlete atfedilir. *Zurechnung* dolayısıyla gerçek kişilerin davranışlarının devlete atfedildiği durumlarda devletlerin ilgili hukuki ödevleri yerine getirmemekten sorumlu olması makul bir yorum olabilir. Bu durumda, uluslararası insancıl hukuk ihlalleri nedeniyle gerçek kişilerin değil devletlerin yargılanmasını kabul etmek, hem doğrudan doğruya devletleri hukuken yükümlü kılan uluslararası insancıl hukuka hem de *Zurechnung* gibi bir kavrama bünyesinde yer vermiş olan Kelsen'in saf hukuk teorisine uygundur. Ancak gerçek kişilerin uluslararası insancıl hukuk ihlalleri nedeniyle yargılanması da Kelsen'in saf hukuk teorisinin hukuki ödevlerin yalnızca gerçek kişilere yüklendiği esası uyarınca hukuken isabetlidir.

Uluslararası insancıl hukukun bireysel norm boyutu, genel normların uygulanması anlamına gelen somut fiilleri de, fikrî boyutları dolayısıyla, içine alır. Bu nedenle uluslararası insancıl örf ve adet hukukunu ve uluslararası insancıl hukuka ilişkin sözleşmeleri uygulayan fiilleri de bireysel norm olarak değerlendirmek gerekir.

Hiyerarşinin alt kademesindeki bir normun üst kademedeki ile mantıksal çelişki içinde olmasının hukukun birliğine zarar vermemesi, uluslararası yargı makamları tarafından verilen herhangi bir yargı kararının ya da böyle bir kararın uygulamasının (veya uluslararası insancıl hukukun herhangi bir genel normunu konu alan bir somut fiilin) örf ve adet hukuku kurallarıyla ya da sözleşmelerle çelişmesi halinde hiyerarşinin de hukukun birliğinin de zarar görmemesi anlamına gelir. Saf hukuk teorisi ve onun kavramsal bir ürünü olan normlar hiyerarşisi, salt

biçimsel bir yaklaşım olduğu için, bu teori bağlamında alt kademedeki normla üst kademedeki norm arasındaki içeriğe dair, mantıksal, vb. çelişkiler hukukun sıhhatine etki etmez. Bireysel norm olarak somut bir fiil üzerinden örnek verilecek olursa, uluslararası insancıl örf ve adet hukukunun kurallarından biri olan yağma yasağına aykırı hareket edilmesi incelenebilir. Silahlı çatışma içinde olan devletlerden birinin askerlerinin karşı devletin topraklarında yağma yapması durumunda, genel norm niteliğindeki yağma yasağına aykırı bir bireysel normdan, davranıştan, söz edilir. Bireysel norm olan bu somut fiilin genel norm olan yağma yasağıyla örtüşmemesi, hukukun birliğine zarar vermez. Daha önce de belirtildiği gibi, saf hukuk teorisinde hukuka aykırılık da hukuk olarak kavranır; bu nedenle yağma yapmak, yağmayı yasaklayan hukukun bir parçası olarak değerlendirilir.

## 2. Kelsen'in saf hukuk teorisinin felsefi temelleri perspektifinden uluslararası insancıl hukuk

Kelsen'in saf hukuk teorisi, hukuki pozitivizm temelleri üzerine yapılandırılmış bir teoridir. Daha önce de ifade edildiği gibi Kelsen, hukuk normlarının insan-üstü bir irade tarafından değil, yalnızca beşeri irade tarafından konulduğundan hareketle hukuk normları ile birbirleriyle çatışan hususların öne sürülebileceğini belirtmiştir<sup>164</sup>. Birbiriyle çatışan değerler öne süren iki karşıt hukuk normunun, hukuki normatif yönleme uygun olarak yaratılmış olma ve *Sollen* karakterde olma şartlarını sağlaması halinde geçerli olacağını ifade etmektedir. Din alanı dışında mutlak değerlerin var olamayacağını savunan Kelsen için günümüz uluslararası insancıl hukukunun ilkeleri ve hedefleri ortak bir "doğru"nun kabulü üzerine şekillendirilmiştir. Dolayısıyla Kelsen için uluslararası insancıl hukuk, saf hukuki normatif yöntemle yaratılmamış ve saf hukuk karakterinde olmayan bir norm grubudur.

<sup>164</sup> Bkz. Dipnot 46.

Kelsen'e göre hukuk biliminin tek amacı hukuku tanımak olduğu için ve pozitivist anlayışa göre de hukukun genel teorisinin pozitif hukuku tanımak ile kendini sınırlandırması gerektiği için hukuk bilimi pozitif hukuku değiştirmeye, yeniden biçimlendirmeye çalışmamalıdır. Bu doğrultuda bu tez çalışması kapsamında da, Kelsen'in saf hukuk teorisinin gözünden uluslararası insancıl hukuk incelemesi yapılırken yalnızca pozitif uluslararası insancıl hukukun ele alınmasıyla yetinilmektedir. Bu alanın mevcut kurallarını Kelsen'in saf hukuk teorisiyle değiştirmeye ya da yeniden yapılandırmaya çalışmak gibi bir amaç güdülmektedir. Zaten Kelsen'in saf hukuk teorisi bir hukuk yöntemi ortaya koymaktadır; hukuku ortaya koyacak bir yöntem ortaya koymaktadır. Dolayısıyla konu aldığı ve doğrudan ilgili olduğu husus hukuk değil, hukuk bilimidir. Bu nedenle, doğrudan doğruya hukuka yönelik bir amacı ya da çabası olamaz. Bu bilgiler ışığında uluslararası insancıl hukuka ilişkin getirilebilecek yorum, bu alandaki hukuk normlarının üst kademedeki norma uygun olarak yaratılıp yaratılmadığı ve *Sollen* karakterde olup olmadığıyla sınırlıdır.

### **C- Kelsen'in saf hukuk teorisinin temel ilkeleri ışığında uluslararası insancıl hukuk**

#### **1. Saflık perspektifinden uluslararası insancıl hukuk**

Kelsen'in saf hukuk teorisine göre saflığın hukuki yöntemin bir özelliği olması; siyasi ideolojiden, doğal bilimlerden ve ahlâktan soyutlanmış olma durumuna karşılık gelmesi, bu nedenle saf hukuk teorisinin doğal hukuk teorisine ve ideolojik eğilimlere karşı cephe alması ve bir meşruiyet zemini aramaksızın hukuku olduğu gibi göstermek istemesi, bu teorisinin uluslararası insancıl hukukla bağdaşamayacağını ortaya koymaktadır. Uluslararası insancıl hukukun hukuk dışı öğeler barındırması, bu alanın normlarının yaratılırken saf hukuk teorisinin normatif yönteminin izlenmemiş olduğunun kanıtıdır.

Daha önce de ifade edildiği gibi hukukun genel teorisi, ne kanun koyucunun niyetleri ve saiklerinden ne de bireylerin çıkarları ve arzularından etkilenmelidir. Hukukun genel teorisi, pozitif hukukun yapısını tahlil etmeli; ama bu hukukun oluşumunda rol oynayan toplumsal, ekonomik veya psikolojik koşulları dikkate almamalıdır<sup>165</sup>. Bu bağlamda, Kelsen'in saf hukuk teorisinin uygulamaya tam manasıyla yansımaları zor olan bir yaklaşım olduğu dikkat çekmektedir. Her ne kadar saf hukuk teorisine göre hukuk biliminde hukuk teknik esaslara göre yaratılsa da, hukukun tahlilinde zaman zaman kanun koyucunun iradesinin irdelenmesi ve söz konusu hukuku meydana getiren toplumsal ve ekonomik koşulların dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu konuda akla gelen örneklerden biri, yargıçların hukuki bir metni yorumlarken kimi zaman kanun koyucunun iradesinin ne olduğuna başvurması ve ilgili kuralı bu doğrultuda anlaması ve yorumlamasıdır. Uluslararası insancıl hukuk ihlallerini ele alan uluslararası ve sürekli nitelikte bir yargı mercii olmadığı için bu hususta bir inceleme yapılmayacaktır, ancak uluslararası insancıl hukuk kurallarının zaten taşıdığı amaçlardan bağımsız olarak tahlil edilmesi mümkün değildir. Uluslararası insancıl hukukun doğası gereği bu alandaki kurallar, bu alanın amaçlarına uygun olarak yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Dolayısıyla uluslararası insancıl hukukun yaratılmasında Kelsen'in saf hukuk teorisine uygun bir süreç gözlemlenemediği gibi bu alandaki hukuk normlarının yorumlanmasında da saf hukuki yöntemin izlenmesi mümkün olmamaktadır.

## 2. Birlik perspektifinden uluslararası insancıl hukuk

Birlik prensibine göre, hukukun doğası hukuk normlarının her birinde mevcuttur<sup>166</sup>. Dolayısıyla *Grundnorm* ve onun altındaki tüm hukuk normları bir arada bir bütün oluşturmakla birlikte, bu normların her biri de kendi başına bu bütünün hukukilik niteliğini içinde barındırır ve temsil eder. Burada söz edilen,

<sup>165</sup> Bkz. Dipnot 51.

<sup>166</sup> Bkz. Dipnot 54.



tüm kavramların özdeş olduğu değildir; kavramların ortak hukuki niteliklerinin birliğidir ve *Sollen*'in tüm hukuki kavramların ortak paydası olduğudur<sup>167</sup>. Uluslararası insancıl hukuk normlarının da *Sollen* karakterde olduğu daha önce ifade edilmişti.

Kelsen, somut hukuki fiillerin de hukuk olarak kavranması ve gözlem biçiminin ikiliğinin ortadan kaldırılması gerektiğini savunduğu için uluslararası insancıl hukuka uygun ve aykırı olarak hukuki anlam taşıyan tüm fiiller uluslararası insancıl hukuk normu kabul edilir. Kelsen, hukukun uygulanmasının da hukukun yaratılması olduğunu savunmaktadır; bu nedenle, uluslararası insancıl hukuk tarafından devletlere yüklenen ödevler *Grundnorm*'un uygulanması ve söz konusu ödevlerin yerine getirilmesi ve getirilmemesi de hukuk yaratmaya karşılık gelmektedir. Ayrıca Kelsen'in saf hukuk teorisine göre hukuka aykırılık hukukun varlığını kanıtladığı için günümüzde devletler tarafından sık sık ihlal edilen uluslararası insancıl hukuk normlarının varlıkları, devletlerin uluslararası insancıl hukuka ilişkin ödevlerini yerine getirmemeleri dolayısıyla sık sık kanıtlanmaktadır.

Kelsen'e göre, "hukuki yetki" (ya da "hak") ile "hukuki yükümlülük" (ya da "hukuki ödev") arasında yalnızca içerik farkı olduğu için bu iki kavram teorik olarak aynıdır. Ancak, Kelsen'in saf hukuk teorisinde tanımlanan hak kavramı, hukuk normunun hukuka aykırı fiilden zarar gören taraf ile bağlantısında bireyselleşmesi sonucu ortaya çıkar<sup>168</sup>. Bu bağlantı varsayılarak bu iki kavram hukuki nitelikleri bakımından aynı görülmektedir. Bu yaklaşıma göre uluslararası insancıl hukuk normları ele alındığında, bu alandaki bir uluslararası sözleşme maddesi ya da uluslararası örf ve adet hukuku kuralı uyarınca devlete hukuki yükümlülük getiren her hukuk normu, gerçek kişilere yetki veren bir hukuk normu olmalıdır. Ancak, devletlere yüklenen hukuki ödevler devletler tarafından yerine getirilmediğinde uluslararası insancıl hukuk ihlalleri bağlamında doğrudan doğruya gerçek kişilerin yararlanabileceği bir hak arama mekanizması

<sup>167</sup> Bkz. Dipnot 53.

<sup>168</sup> Kelsen, Hans. *General Theory of Norms, translated by Michael Hartney*. Sf: 136.

bulunmamaktadır; devletlerin hukuk normlarına aykırı davranışları halinde karşılaşacakları bir *Zwangstakt* bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu alandaki hukuk normlarının hukuka aykırılıktan zarar gören taraf olan gerçek kişilerle bağlantısı kurulamamaktadır. *Sollen* karakterde olduğunun, dolayısıyla Kelsen'in saf hukuk teorisi anlamında hukuk normu olduğunun söylenebilmesi için uluslararası insancıl hukuk normlarında *Zwangstakt*'in gözlemlenebilmesi gerekir. Devletlerin uluslararası insancıl hukuku ihlal ettiklerinde hukuki bir yaptırımla karşılaşacakları hususu uluslararası insancıl hukuk normlarında yer almamaktadır. Dolayısıyla Kelsen'in saf hukuk teorisi anlamında uluslararası insancıl hukuk normlarının hukuk normu olduklarını söylemek mümkün görünmemektedir. Sonuç olarak, uluslararası insancıl hukuk normlarının devletlere hukuki ödev yükleyen normlarının gerçek kişiler için Kelsen'in saf hukuk teorisi anlamında hak ortaya koyduğu söylenemez.

Uluslararası insancıl hukuka saygı göstermenin uluslararası insancıl hukuk perspektifinden devletler için hukuki ödev niteliğinde olmasına ek olarak, bu hukuki ödevin gerçek kişiler için de geçerli olduğunu düşünmek bazı durumlarda mümkün olur. Bu yaklaşım, uluslararası insancıl hukukun, hukuki ödevlerin ve hakların yalnızca gerçek kişilere yüklenebileceğini savunan Kelsen'in saf hukuk teorisine en fazla paralellik gösterdiği durumlardandır. Uluslararası insancıl hukuka aykırı davranışların bazıları, aynı zamanda uluslararası ceza hukukunu da ihlal eder. Böyle durumlarda, ilgili mahkemenin kurucu sözleşmesindeki şartları sağlaması halinde gerçek kişiler, uluslararası ceza hukuku bağlamında yaptırımlarla karşılaşabilir. Gerçek kişilerin; savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, soykırım suçları ve saldırı suçları işlemeleri halinde Roma Statüsü çerçevesinde Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yargılanması mümkündür<sup>169</sup>. Ayrıca gerçek kişilerin sorumluluğu, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi veya Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi uluslararası *ad-hoc* mahkemelerde de gündeme gelir. Bu tür mahkemelerde yargılamaya sebep teşkil eden hukuk ihlalleri, bazı durumlarda uluslararası insancıl hukuk ihlallerine de

<sup>169</sup>«Rome Statute of the International Criminal Court.» International Criminal Court, Official website . [www.icc-cpi.int/.../rome\\_statute\\_english.pdf](http://www.icc-cpi.int/.../rome_statute_english.pdf) (Nisan 25, 2014 tarihinde erişilmiştir).

karşılık gelir<sup>170</sup>; dolayısıyla, uluslararası insancıl hukuk normlarından birine aykırı davranılması halinde, söz konusu ihlal aynı zamanda uluslararası yargı mercilerinin konu aldığı hukuk ihlallerinden biri ise, yaptırımla karşılaşılacağından söz edilebilir. Bununla birlikte devletlerin uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden doğan sorumluluğu, Birleşmiş Milletler'in bir organı olan Uluslararası Adalet Divanı'nda ele alınabilir. Uluslararası Adalet Divanı, kurucu sözleşmesi olan Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 35. maddesinde yer alan şartları sağlayan devletlerin, 36. ve 37. maddelerinde yer alan davalarına bakar<sup>171</sup>. Ancak yukarıda ifade edilen durum, uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin sistematik bir şekilde yaptırımla karşılık gördüğü anlamına gelmemektedir ve dolayısıyla insancıl hukuk normlarının *Sollen* karakterde olmadığı iddiasını çürütememektedir.

Kelsen, gerçek kişi ve tüzel kişi arasında ayrım yapılmaması gerektiğini ifade etmiştir<sup>172</sup>. Kelsen'in saf hukuk teorisinde, insanlar hukuki değil biyolojik ve psikolojik bir birliğin karşılığı olduğundan hukuk, insanı bütün bedeni ve ruhi fonksiyonları ile birlikte ele almaz; yalnızca yükümlülük veya yetki olarak belirli beşeri fiilleri düzenler. Kelsen, kişi kavramının, hukuki yükümlülükler veya hukuki yetkiler olarak ortaya çıkan olaylar konusunda öznenin niteliğini yansıttığı görüşündedir. Dolayısıyla, uluslararası insancıl hukuk bağlamında kendilerine hukuki ödevler yüklenen tüzel kişiler, yani devletler; uluslararası insancıl hukuk tarafından kendilerine haklar tanınan gerçek kişilerle Kelsen'in saf hukuk teorisine göre hukuken aynı konumdadır. Buna göre, uluslararası insancıl hukukun birbirinden farklı konumda olan devlet ile kişi arasındaki ilişkiye yönelik bir hukuk alanı olduğu iddiası Kelsen'in saf hukuk teorisi tarafından kabul görmez. Kelsen, hukuk normları arasında bir hiyerarşik yapı benimsemiştir; kişiler arasında hiyerarşi kabul etmez.

<sup>170</sup> Burada ifade edilen husus Kelsen'in saf hukuk teorisine ilişkindir, çünkü uluslararası insancıl hukuk alanı uluslararası kamu hukuku ya da uluslararası insancıl hukuk perspektifinden gerçek kişiler tarafından ihlal edilemez.

<sup>171</sup> «Uluslararası Adalet Divanı .» Uluslararası Adalet Divanı, resmî sitesi. <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&> (Mayıs 4, 2014 tarihinde erişilmiştir).

<sup>172</sup> Bkz. Dipnot 63.

Bununla birlikte, devlet ile hukukun aynılığı kabul eden Kelsen'in saf hukuk teorisine göre yalnızca soyut normlar değil devletin bütün somut yürütme ve yargı fiilleri de hukuk olarak kavranır<sup>173</sup>. Dolayısıyla uluslararası insancıl hukuk normlarına uygun ve aykırı davranan tüm devletler, Kelsen'in saf hukuk teorisi bağlamında uluslararası insancıl hukuku uygulamakta ve yaratmaktadır.

Kelsen, özneler arasında hiyerarşi bulunmadığını ifade ederek hukuk sistematığının temelini oluşturan kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki nitelik ayrımını ortadan kaldırdığı için saf hukuk teorisi anlamında uluslararası insancıl hukukun bir kamu hukuku dalı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir<sup>174</sup>. Kelsen'in saf hukuk teorisinde hukuk yalnızca özel hukukta olduğu gibi birbiriyle aynı kademede özneler arasındaki ilişki olduğundan uluslararası insancıl hukuk da eşit özneler arasındaki ilişki olarak yorumlanır.

#### **D- Kelsen'in saf hukuk teorisinin devlet kavramı ışığında uluslararası insancıl hukuk**

Kelsen, devletin, işbölümü çerçevesinde işlevini yerine getiren organlardan oluşmuş bir birlik niteliğinde merkezî bir sistem olduğunu vurgulamaktadır<sup>175</sup>. Bununla birlikte, devletin her fiili öncelikle bir insanın fiili olduğu ve fiilin onu gerçekleştiren insana değil de devlete atfedilmesi (*Zurechnung*) söz konusu olduğu için uluslararası insancıl hukuk kapsamında devletlere yüklenen hukuki ödevler esasen devletlerin kendi işbölümleri çerçevesinde ilgili organlarına, bu organlara karşılık gelen gerçek kişilere, yüklenmektedir<sup>176</sup>. Hukuk normları beşeri davranışı düzenlediği için<sup>177</sup> tüzel kişi niteliğindeki devletlerin hukuki ödevlerinden söz edilmesi *Zurechnung*'un bir sonucudur. Silahlı çatışmalarda devletlerin hukuki ödevleri, devletlerin silahlı

<sup>173</sup> Bkz. Dipnot 65.

<sup>174</sup> Bkz. Dipnot 70.

<sup>175</sup> Bkz. Dipnot 81.

<sup>176</sup> Bkz. Dipnot 83.

<sup>177</sup> Bkz. Dipnot 29.

çatışmalara ilişkin görevlendirdiği insanlar tarafından gözetilecek ve uygulanacaktır. Dolayısıyla uluslararası insancıl hukuk normlarına uygun ve aykırı davranan yine gerçek kişilerdir.

Kelsen'in saf hukuk teorisinde hukuk normunun ancak beşeri davranışa yönelik olabileceği kabul edildiği için, devletlerin *Zurechnung* dolayısıyla kazandıkları anlam dışında hukuk normu açısından bir anlamı yoktur. Dolayısıyla uluslararası kamu hukuku ve buna bağlı olarak uluslararası insancıl hukuk alanında devletlerin kendi hukuki ödevlerini ve haklarını yarattıkları yaklaşımının bu teori tarafından kabul görmesi mümkün görünmemektedir. Devletlerin Kelsen'in saf hukuk teorisindeki yeri, *Zurechnung* ile anlamlanır ve bu anlamla sınırlıdır.

#### IV. Sonuç

Kelsen'in çizdiği çerçevede saf hukuk teorisinin ne olduğu ve bu teorisinin bakış açısından günümüzün uluslararası insancıl hukukunun nasıl görüldüğüne ilişkin yapılan bu tez çalışmasında ulaşılan sonuç aşağıdaki gibidir:

Hukuki pozitivism yaklaşımıyla temellendirilmiş ve yapılandırılmış bir teori olan saf hukuk teorisi, pozitif hukuku konu alan saf bir yöntem ortaya koyar. Bu saf yöntem sayesinde pozitif hukukun ne olduğu, nasıl olduğu anlaşılmasına çalışılır. Yöntemin merkezî kavramı, hukuk normudur. Hukuk normu, Kelsen'in saf hukuk teorisine göre normlar hiyerarşisinden kendinden üst kademede bulunan hukuk normuna uygun olarak hukuki normatif yöntem benimsenerek yaratılmış olan, konu aldığı husus her ne ise o bağlamda gerçek kişinin nasıl davranması ya da nasıl davranmaması gerektiğini ifade eden ve buna karşılık bu davranış biçimine aykırı hareket edenlerin karşılaşacağı bir *Zwangskraft* barındıran *Sollen* karakterli yapıdır. Kelsen'e göre hukuk normları, normlar hiyerarşisinde kademelenmiş olarak yer alır. Bu hiyerarşi kapsamında değerlendirilen ve pozitif hukuk kapsamında yer almayan tek norm en üst kademede olduğu varsayılan *Grundnorm*'dur. *Grundnorm*, kendisinden alt kademelerdeki tüm pozitif hukuk normlarının var olma sebebidir.

Kelsen'in saf hukuk teorisinin hukuk normu kavramı gözünden uluslararası insancıl hukuk normları incelendiğinde bu normların tüm değer yargılarından arınmış bir yöntemle, saf normatif yöntemle yaratılmadığı görülür. Uluslararası insancıl hukuk, silahlı çatışmalardaki yıkımların ve acıların en aza indirgenmesi ve belirlenen kurallar çerçevede tüm insanların mümkün olan en yüksek düzeyde korunması amacıyla oluşturulmuş bir alandır; dolayısıyla bu alandaki normların, gözettikleri değerlerden ayrı düşünülmesi ve bu değerler dikkate alınmadan yaratılması mümkün değildir. Uluslararası insancıl hukuk

normları, normatif yöntemle yaratılma şartını sağlamamakla birlikte sistematik olarak *Sollen* karaktere de sahip değildir. Kimi uluslararası insancıl hukuk normlarına aykırı davranışlar, aynı zamanda başka hukuk alanlarının normlarını da ihlal ettikleri zaman, o alanda yer alan mekanizmalar dahilinde yaptırımla karşılaşır; ancak bu durum uluslararası insancıl hukuk normlarının *Zwangsakt* barındırdığı anlamına gelmez. Bu nedenle, *Sollen* karakterde olmama yönüyle de günümüzdeki uluslararası insancıl hukuk normları Kelsen'in saf hukuk teorisi açısından hukuk normu değildir.

Uluslararası insancıl hukuk alanında normlar hiyerarşisinin en üst kademesinde *Grundnorm*'un bulunduğu varsayılır. *Grundnorm*'un alt kademesinde ve pozitif hukuk kapsamında en üst kademede yer alan uluslararası insancıl hukuk normları uluslararası sözleşmeler ve uluslararası örf ve adet hukuku kurallarıdır. Bunların altındaki kademede ise uluslararası yargı mercileri tarafından verilen kararlar ve uluslararası sözleşmeler ile uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına uygun olan ve aykırı olan fiiller bulunmaktadır.

Kelsen'in saf hukuk teorisine göre hukuk normları daima gerçek kişilerin davranışlarını konu alır; gerçek kişiye değil de devlete hukuki ödev yükleyen bir hukuk normu söz konusu olduğunda burada saf hukuk teorisinin temel kavramlarından biri olan *Zurechnung* gündeme gelir. *Zurechnung*, gerçek kişinin davranışının devlete atfedilmesidir. Bu şekilde hukuki ödevin yine esasen gerçek kişiye yüklenmesi, ancak devlete yüklenmiş gibi görünmesi söz konusudur.

Uluslararası insancıl hukuk da devletlere hukuki ödev yüklediğini ifade eden normlardan oluşur. Kelsen'in saf hukuk teorisi bu durumu, devletin işbölümü dolayısıyla, fiilleriyle uluslararası insancıl hukuka uygun ya da aykırı davranabilen gerçek kişilerin davranışlarının devlete atfedilmesi olarak anlamlandırır. Bununla birlikte, uluslararası yargı makamlarında, aynı zamanda uluslararası insancıl hukukun ihlali anlamına gelen hukuk ihlalleri nedeniyle yaptırımlar belirlendiğinde, devlet perdesinin kalktığı ve Kelsen'in saf hukuk

teorisine uygun olarak hukuki ödevin yüklendiği öznenin gerçek kişi olduğu görülür.

Saf hukuk teorisine göre hukuka aykırılık, hukuk normunun varlığını kanıtlar ve teknik olarak “hukuk” kabul edilir. Dolayısıyla bir genel normu uygulayan bireysel normun bu genel norma aykırılığı söz konusu olduğunda, yalnızca ikisinden birinin var olduğu ya da doğru olduğu iddia edilmez. Her ikisi de hukuktur. Saf hukuk teorisi içerikle ilgilenmeyen biçimsel bir bakış açısı olduğundan normatif yöneme uygun olarak yaratılmış olma ve *Sollen* karakterde olma bir normun hukuk normu olması için yeterlidir. Günümüzün uluslararası insancıl hukuk normları Kelsen’in saf hukuk teorisine göre hukuk normu olmadığından, bunlara aykırılıklar hakkında bir sonuca varmak anlamlı olmayacaktır.

Devlet kavramı, Kelsen’in saf hukuk teorisinde hukukun sistematik birliği olma, tüm hiyerarşik kademelerde hukuk yaratma anlamını taşır. Buna göre devletin genel normlara uygun ve aykırı olan tüm fiilleri hukuk olarak kabul edilir. Devleti gerçek kişi karşısında daha üst kademedede bir özne olarak değerlendirmeyen saf hukuk teorisi, özneler arasında hiyerarşi olamayacağını, dolayısıyla tüm hukuki ilişkilerin özel hukukta olduğu gibi birbirine denk özneler arasında gerçekleştiğini savunur; denk olmayan özneler arasındaki hukuk olarak kamu hukukunu bir kategori olarak değerlendirmez.

Bu hususta uluslararası insancıl hukuk ele alındığında, uluslararası insancıl hukuka uygun olan fiiller gibi aykırı olan fiiller de uluslararası insancıl hukuk normu kabul edilir. Bununla birlikte, yukarıda ifade edildiği gibi Kelsen’in saf hukuk teorisine göre hukuki ödevlerin esasen gerçek kişilere yükleniyor olması, uluslararası insancıl hukuk kapsamında gerçek kişiye karşı yükümlü kılınan devletin gerçek kişiden hiyerarşik bir üstünlüğünün olmadığı anlamına gelir.