Alpha Hukuk notları, güncel (çevrimiçi) derslerde anlatılmış olan konuların, derste verilmiş örnekler ve önerilmiş olan kitaplardaki ilgili kısımlar ile kanun maddelerinin birleştirilmesinden oluşmaktadır.

Tamamı ***güncel (çevrimiçi) derslerin birebir yansıması*** olan bu kitapçıklar ile gereksiz ayrıntı kalabalığından uzaklaşılarak konuların özünün kolayca kavranabilmesi amaçlanmıştır. Ancak bununla birlikte ***hukuk nosyonunun*** kavranıp "***gerçek hukukçu"*** olmaya yaklaşılabilmesi adına derslere gidilmesini ve ders kitaplarının okunmasını önemle rica ederiz.

Özverili bir şekilde mütemadiyen, büyük bir emekle düzenlenen Alpha'larımızdaki hatalarımızdan yalnızca Alpha Grade sorumludur, hiçbir şekilde herhangi bir kuruma veya şahsa sorumluluk yüklenemez.

Düzeltme gruplarımız veya instagram üzerinden iletişime geçildiği takdirde esastan hatalar hızlıca düzeltilecek ve iletişime geçen arkadaşımıza bir sonraki Alpha'sında indirim yapılacaktır.

Tüm Alpha Hukuk notlarının (alphalarımızın) Fikri-Sınai hakları zaman damgası yoluyla korunmaktadır.

Alpha Grade, sağlıklı bir hayat ve daimi başarılar diler…

İÇİNDEKİLER

İçindekiler

KELSEN.....3

ALPHA GRADE

27.05.2022

Alpha Notu: Bugün ilk dönemden kalan konu tamamlanacaktır. Kelsen'e giriş yapılmıştı ve yarım kalmıştı. Sınav hem sosyoloji hem felsefeden oluşmakla birlikte ağırlık finalde sosyolojiden olacaktır.

Kelsen

Kelsen'in, Avusturyalı filozofun etkisi hala büyüktür. Genelde hukuk felsefesi derslerinde bağımsız anlatıyoruz ancak ben mukayese etmek suretiyle anlatıyorum.

Carl Schmitt, felsefeci Alman düşünür Kelsen ile akran sayılır; aynı atmosferin, aynı kültürün mensubudur. İkili birbirine taban tabana zıttır. Bir fikri bir kavramı zıttıyla birlikte düşündüğünüzde daha iyi anlarsınız. Carl Schmitt Nazilerin resmî filozofu olmasıyla tartışmalı bir isimdir. Son 25-30 yıl içerisinde yeniden gündeme gelmiştir.

Kelsen'in kitabı ilk baskısı 1934 tarihli "Saf Hukuk Kuramı", Carl Schmitt'in kitabı "Siyasal İlahiyat"tır. İkisinşn arasındaki tartışmanın özünde hukuk-siyaset ilişkisi yatmaktadır. Hatırlarsanız ilk dönem hukuk felsefesi dersinde iki temel problem etrafında döndük.

Biri, hukuk ile kaba güç arasındaki ilişki diğeri ise hukuk-ahlak ilişkisidir. Üçüncü problem hukuk sisteminin beşerileşmesi, insani hale gelmesidir. Buradaki süreçte bir irade mevcut ve bu irade konuyu siyasete getiriyor. Buradaki siyasi gündelik hayattaki anlamı olmayıp devletin gündelik hayattaki işlevi, faaliyetidir.

Kelsen ile Carl Schmitt arasındaki tartışmanın özü de buraya dayanıyor.

Kelsen söz konusu olduğunda hukukun kaynağı, akıldır. Hukukun malzemesi, işleyişini sağlayan araç, normdur. Carl Schmitt için hukukun kaynağı; iradedir. Bu iradenin tezahürü, hukukun işleyişini mümkün kalan şey: karardır. Hukuk kararlarla işleyen bir sistemdir. Başlangıçta dahi epistemolojik, ontolojik farklar olduğunu görebiliyoruz.

İki Dünya Savalı arasında Alman hukuk düşüncesinin ana tartışma konusu: ”Devlet nedir, devleti bütünlüklü, süreklilik arz eden mekanizma nedir?” 1900’lü yılların başından Nazilerin gelişine kadar hakim olan bir süreçtir.

Tartışmanın dönüp dolaşıp odaklandığı nokta “Devlet ile hukuk arasındaki ilişkinin mahiyeti nedir, devlet mi önce gelir; hukuk mu önce gelir?”. Aslında bir egemenlik tartışmasıdır.

Tekrardan devleti diriltmeye yönelik kaygıların egemenlikle ilgili tartışmalara yol açtığı söylenebilir.

Kelsen'in tavrı, devletin hukukla eşit olduğu yönündedir. Carl Schmitt için devlet, hukuktan büyüktür; hukuk talidir. Hukuka özgü konusu normlardan oluşan bir bilim inşa ediyor.

Kelsen'de normların kendi arasındaki ilişkileri belirli mantık - inkar esasları çevresinde anlamaya, açıklamaya çalışan teorik düşünme faaliyetinin ürünü olarak hukuk bilimi inşasının gayreti vardır. Bu kaygısına eşlik eden "Hukuku, hukuk dışı her türlü unsurdan temizlemek" hedefi vardır. Bilimin de araştırma neticesini hukuk dışı unsurlardan temizlemektir. Hukukun içerisinde farklı unsurlar mevcuttur ancak hukukun bilimini bakarken sadece özgü, salt hukuki olanın yani normun ele alınması gerekir. Daha öncede söylediğimiz gibi hukuk - hukuk biliminin ayrımının anlaşılması gerekir. İkinci ayrımı olan-olması değer ayrımıdır. Kelsen'e göre hukuk normatif alana, olması gerekenlere aittir. Böyle bir ayrım yaptığımızda hukuku olgulardan ayırıyorsunuz diğer taraftan din, ahlak gibi normatif düzenlerle aynı kategoriye sokuyorsunuz; onlardan da ayrılması gerekir.

Kelsen'in müracaat ettiği fikir, "Hukukta, ahlak gibi diğer normatif düzenlerden farklı olarak yetkilendirme unsuru mevcuttur." Hukukta her işlem bir başka merciden onay alma

suretiyle gerçekleşmektedir. Oysa ahlak doğrudan bireylerin kendisiyle alakalı dışarıdan yetkilendirmenin olmadığı bir alandır. Hukukun ahlaktan farklı nesnelliktir. Hukuk bu nesnelliği iki şekilde sağlar:

1-Yetki alarak talepte bulunmak
2-Yapılması gerekenin yapılmaması halinde yaptırıma tabi olması

Böylece hukuktaki her adımın bir yetkiye dayanması gerekmektedir, şahsiliği keyifliği ortadan kaldırıp mantık sistemi olarak hukuku tasavvur eden, kendi içinde sistematik bütünlük şeklinde kişilerden bağımsız olarak işleyen bir mekanizmadır.

Carl Schmitt, Kelsen'in bu yaklaşımına "deus ex machine", mutlak kayıp, kör düğüm haline geldiğinde ne olması gerektiğine, nasıl hükmedilmesi gerektiğine otomatik şekilde devreye giriyor, ikna ederek, buyurarak sorunu çözüyor.

Grup norm Kelsen'e göre pozitif bir şey değil konmuş bir hukuk kuralı değil bir varsayımdır. Çünkü Kelsen'e göre her bilimsel faaliyet hipotezden ortaya çıkmaktadır. Teorik faaliyeti tartışmaya kapalı kabul edilen temel varsayımlar belirler. Grup norm, aklın kategorisidir. Kelsen her adımında monist, tekçi düşünür. Hukuk bilimi tektir, bütün pozitif hukuklar için

geçerli olan temel, rasyonel ilke ve esasları otaya koyduğunu iddia etmektedir. Bürün pozitif hukuk sistemleri aynı ilkeler etrafında şekillenmesidir. Pozitif hukukların da yasası aklidir. Anayasa da temel yetkisini bu grup normlardan almaktadır. Düşünce sonsuz geriye doğru yönelmez bir yerde durur. Grup norm Kelsen'e göre pozitif, konmuş bir hukuk kuralı değil; varsayımdır. İşleyişin ilke ve esaslarını araştırmak hukuk biliminin alanıdır. Hukuki düzenlemenin geçerliliği Kelsen'e göre başka bir hukuki düzenlemeye uygun olmasından kaynaklanmaktadır. Yani içerikle alakalı değil biçimsel bir şeydir. Weber'in şekli rasyonel hukuk dediği şeyi felsefi plandaki karşılığı Kelsen'dir.

Hukuki düşünmenin, akıl yürütmenin hukuk dış dünyada olup bitenlere bir anlam atfediyor. Böylece gerçekliği hukukileştiriyoruz. Anladığınız an felsefeyi anlamış sayılırsınız. Burada gerçeklik inşa edilmektedir. Varlıkta bir pencere açmaya hukukun gücü yetmektedir.

Karındeşen Jack'i katil kabul ederken aynı bıçak darbesini yapan doktoru yüceltiyoruz. İşin ahlaki kısmını bir kenara bırakalım. Kelsen'e göre bunu sağlayan hukukun bu konuda bize verdiği imkandır. Hukuk eylemleri suç/suç değil şeklinde tasnif ediyor. Tasnif edip isimlendirme yaptığı an ortada suç mevcut oluyor veya olmuyor.

Bir diğer örnek yakın zamana kadar kanunda düzenlenmiş zina suçudur. Eylem aynı eylem olmasına rağmen artık suç olarak kabul edilmemektedir. Aynı eylem bir gün önce suç iken çıkan kanunla suç olma özelliğini kaybetmesi hukukun dönüştürücü gücüne işaret etmektedir.

Doğal hukukçulara göre pozitif hukuku aşan bir takım ahlak ilkeleri var, onlara dayanarak bu yetkiyi kullanıyor. Gücünün kaynağını evrensel olduğunu düşündüğü ahlak ilkelerinden almaktadır. Kelsen'e göre bu gücünün kaynağı bir başka norm, o normun kaynağı da başka bir norm diyerek en baştaki norma gidiyoruz. Bu merdivenin sonu akla çıkıyor. Akıl bize belirli bir normun dediği şeyi yap diyor.

Grup norm, yapılan şeylerin hukuki olabilmesi için bir norma dayanması gerektiğini ifade etmektedir. Grup normal sosyalist, teokratik, faşist ülkelerde de mevcut olup önemi içeriğinden bağımsızdır. Önemli olan Kelsen'e göre aklın bir emri olarak yapılanların norma dayanmasıdır. Yapılmadığı takdirde hukukun dışına çıkılmış olmaktadır.

Hâlbuki Hart'ın tanıma kuralının da bezer bir işlevi vardır. Aklın bir emri değil sosyolojik bir şeydir. O ülkedeki hukukçuları kabulleri, konsensüsü, dış dünyada görebileceğiniz bir şeydir. Oysa grup norm aklidir, dış dünyada

gözlemlenemez. Kelsen'e göre hukuk baştan sona aklın emrinde olan bir sistemdir.

Devlet eşittir hukuk, Kelsen'in en büyük iddialarından biridir. Devletin devamlılığını sağlayan şeyin ne olduğuna yönelik sorunun cevabı bu güne kadar "egemenlik"ti. 16.yüzyıldan beri gelen, devletin birliğini, bütünlüğünü sağlayan kavram egemenliktir. Egemenlik, devredilmez, paylaşılmaz, bölünmez, kendi üzerinde hiçbir güç tanımaz. İç hukuktaki görünümleri; para basmak, suç ve cezaya kadar vermek, vergi toplamak, savaş/barışa karar vermek şeklindedir. Dış hukuktaki görünümü, bağımsız devletlerle eşit statüde olmaktır.

Kelsen'e göre egemenlik dinden ithal edilmiş, mistik bir kavramdır. Hukuk dışı kavramları temizlediğinden egemenlik kavramının da terk edilmesi gerekmektedir. Hukuk kendi başına kendi imkanlarıyla devam eden bir yapı arz etmesi gerekir. Egemenlik ise teoloji alanında var olan bir kavramdır. Az önce yukarıda egemenliği tanımlarken kullanılan sıfatlar bütün dinlerdeTanrı'nın sıfatlarıdır. Kelsen ise devletin egemenliğe ihtiyacı olmadığını, devletin ancak hukukla var olabileceğini dile getirmektedir.

Genelde “Hukuk, devletin egemenliğinin bir fonksiyonudur.” kabulü vardır. Ancak Kelsen hukuku aşan bir devlet tanımını kabul etmez. Bu devletin hukuku, hukukun devleti değildir; ikisi aynı şeydir. Devlet zaten kurallar bütünlüğüdür.

Temizlik faaliyeti neticesinde vardığı nokta hukuku tamamen normlardan oluşan, kendi içinde kendi mantığıyla sistem haline getirmek; ikinci aşamada devleti de buna dahil etmektir. Hart, hukukun göstergesi olarak neleri kabul ediyordu? İkincil hukuk kuralları ortaya çıktığı andan itibaren hukuktan bahsedileceğini kabul etmektedir. Aşağı yukarı aynı şeyi söylüyormuş gibi görünmektedir çünkü ikisi de pozitivist olup hukuku, hukukla izah etmeye çalışmaktadır. Ama Hart bunu uygulamalılarından kabullerinden sosyolojik bir kaynağa başvurarak yapıyor.

Kelsen bunu akla başvurarak yapmaya çalışıyor. Topyekün akli, mantık kurallarıyla işleyen bir sistemdir devlet ve hukuk. Carl Schmitt tam bu noktada Kelsen’i eleştiriyor. Mevcut bütün siyasi kavramların son tahlilde teolojik kavramlardır. Bunların anlamları değişmiştir ama işlevi aynıdır. Kelsen ne kadar teolojik kavramlardan temizlemeye çalışıyorsa Carl Schmitt doğası gereği hukuk ve devletin teolojik kavramlar olduğunu ifade eder. Teolojiyi belirli bir dinin akitleri toplamı olarak değil dinde, ilahiyatta düşünülme şekliyle aynı tarzda olduğunun vurgusu vardır. O açıdan baktığımızda devlet, tanrıya; hukuk

tanrının buyruklarına tekabül eder. Tanrının buyruklarıyla düzen tesis edilir. Şeriat tanrı ile birey arasındaki ilişkiyi tesis eder. Devlet tanrıysa hukuk da onun yeryüzündeki müdahelesidir. Kelsen'in ifade ettiği gibi aynı kavramlar olmayıp devler hukukun yaratıcısıdır, üstündedir.

Hiyerarşi kurduğunuz an neye ihtiyaç duyulur? Devletin hukuk olarak ortaya çıkması için iradeye ihtiyaç duyulur. Hukuk ancak bir irade aracılığıyla hayata geçebilmektedir.

Kelsen'de egemen, bizatihi hukuki bir şeydir. Bir kişiye, bir gruba egemen dememizi sağlayan Anayasa normudur. Yetkilendirme söz konusudur.

Carl Schmitt'te ise etmenin hukuku belirlediği görüşü mevcuttur. Normlar kendi başına hayata geçmez uygulanması gerekir. Bunun için fail, irade sahibi muhtar gerekliliği Schmitt'te egemendir.

Egemen, olağanüstü hale karar verendir. Kelsen olağanüstü hali açıklayamaz.

Normun bir başka norma uygunluğuna, aykırılığına karar veren şey akıldır. Kelsen'e en büyük eleştiri darbe, devrimlerde grup normun son aldığı hallerdir. Çünkü Kelsen'in kafasında kesintisiz işleyen bir mekanizma vardır. Ancak gerçek yapı

inişli-çıkışlı kesintili bir sistemdir. Bu noktada kararlar ve irade devreye girer. Aslında hukuk Carl Schmitt'e göre her an birilerinin verdiği kararlarla işlenir, normların kendi arasındaki mantıki birlikteliğiyle değil. Bu kararların en tepesinde egemenin kararı vardır. Dolayısıyla Carl Schmitt'e göre hukuk, egemenin istekleridir. Egemen ise kim olağanüstü hale karar verebiliyorsa odur. Bunu teolojiden bir analoji ile izah ediyor. Tüm teolojilerde mucize sorunu vardır. Mucizesiz din olmaz.

Carl Schmitt'e göre dindeki mucize olağanüstü hale eş değerdir. Normal düzeni tıpkı mucize gibi değiştirir. Hukukun olağan seyrini değiştiren egemenin müdahalesidir. Önce devlet, egemen sonra hukuk vardır. Carl Schmitt için ikisi farklı varlık alanıdır. Kelsen, hukuku akla uygun işleyen bir şey olarak Carl Schmitt gayri akli bir şey olduğunu söylemektedir. Hukukun özünde akıl yoktur, bu seviyede ele aldığımızda Schmitt'in söyledikleri daha uygundur. Hukukun gerçek hayattaki işleyişine baktığımızda aklın olmadığını görüyoruz. Bu da bizi hukuk-siyaset ilişkisine taşıyor. Buradaki siyaset günlük hayattaki siyaset değildir.

Parlamenter Demokrasilerin Krizi adlı kitabında Schmitt, parlamenter sistemlerin nasıl kendi kuyularını kazdığını anlatıyor. Schmitt için liberal parlamenterler kararların kararların şahsi özel çıkarları doğrultusunda verildiği rejimin

ismidir. Yani toplumda yaşayan farklı çıkar odaklarının o dedikleri olur diyor parlementer liberalizmler. Bu da bir noktadan sonra toplumu ve devleti ortadan kaldırır. Halbuki biz monarşilerde hakiki anlamıyla halkın çıkarının gözetildiğini görüyoruz. Schmitt için toplumun genel iradesi tek kişi de teşekkül eder, ona da egemen diyoruz. Tehlikeli boyutlara ulaşabilecek bir durumdur. Doğrudan demokrasiye de savrulabilir, diktatörlüğe de savrulabilir.

Hukuk siyaset ilişkisinde Kelsen, bizim daha çok benimsediği hukuk devleti fikrini savunmuştur. Schmitt, hukuku siyasete tabi tutmuştur.

Hukukun mu siyasetin mi daha kıymetli olduğuna dair tartışma süregelmektedir. Türkiye bazında bakıldığında hukuktur, eksiklik ne ise kıymetli olan odur.

Siyaset, özgürlük alanıdır; kurala tabi değildir. İnsanı, insan yapan bir şeydir; hukuk ise sınırlandırdığı için bunun önünde bir engeldir. Hukuk ideolojik iken siyaset bir potansiyel barındırır. İstekleri, tercihleri daha rahat ortaya konduğunda; hukuk belli kurallar çevresinde terbiye eder. Aksi takdirde kan gövdeyi götürür. Oysa hukuk her zaman bir denge durumu, statükodur.

Eğer siz siyasi açıdan, ekonomik açıdan statükodan memnun değilseniz hukuk dar gelir; köstek olarak ortaya çıkar. Eğer tam tersiyse, statüko olarak hukuk destek sağlayacaktır. Hukuk toplumdaki mevcut menfaat farklıları arasında denge kurmak içindir. Bu yüzden hukuk doğası gereği muhafazakardır; korur, kollar denetler. Olağanüstü hal ilanıyla birlikte tüm düzeni alt üst etme kudretine sahip birileri vardır.

ALPHA
GRADE