

## MAHZ «HUKUK NAZARİYESİ» NEDİR? \*

Ord. Prof. Dr. Hans Kelsen

Hukuk, pek muhtelif şekillerde bilginin mevzuu haline getirilebilir. Meselâ Fransız Hukuku, veyahut devletler hukuku gibi, muayyen bir hukuk nizamı sistematik olarak izah edilebilir; veyahut İsveçin Ceza Hukuku veya İsviçrenin Borçlar Hukuku gibi yine bu kabil muayyen bir hukuk nizamının ihtiva ettiği normların muayyen bir grupu, veya meselâ Avusturya Medenî Kanununa göre temerrüt faizlerine müteallik hükümler gibi münferit bir hukuk normu ele alınıp tetkik edilebilir. Bu meyanda gaye, mevzuu bahis normların veya mevzuu bahs münferit normun aydınlatılması, ihtiva ettiği mânânın — hukukun kanun, nizamname, akit ve saire olarak iktisap etmiş olduğu resmî (salâhiyetli) ifade tarzından doğrudan doğruya sudur eden mânâsından — daha vâzih hâle getirilmesi cihetine müteveccih olabilir. Bu takdirde müspet hukukun izahı, tefsiri keyfiyeti ile birleşmiş olur. Fakat bundan başka muayyen bir hukuk nizamının muhtevasının tarihen nasıl teessüs ettiği, veya bu muhtevayı tayin etmiş olan iktisadî ve siyasî sebep ve âmillerin neler olduğu suali de irad olunabilir. Bazı muayyen hukukî tipler elde etmek maksadıyla bir hukuk nizamının muhtevası diğer bir hukuk nizamının muhtevasıyla mukayese edilebilir. Ve nihayet, «*hukuk*» addolunan fenomenlerin kâffesinin mukayesesi esasına müsteniden, umumiyetle huku-

---

\*) Bu etüt, 1953 senesinde (Zürich) te (Polygraphischer Verlag A. G.) namındaki neşriyatevi tarafından (Demokratie und Rechtsstaat) başlığı ile neşredilen «Prof. Dr. Zaccaria Giacometti'nin 60 ıncı doğum yılına» armağanda (Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti) ve Prof. Dr. Hans Kelsen imzasıyla «Was ist die Reine Rechtslehre?» başlığı altında intişar eden almanca etütten, adı geçen neşriyat evinin müsaadesiyle, türkçeye tercüme edilmiştir.

Tercüme ettiğimiz bu etütte temsil edilen düşüncelerin felsefi ve metodolojik esaslarını «Medenî Hukuk Ordinaryüs Profesörü A. Samim Gönensay'a Armağanda» ve «Hans Kelsen'in Hukuk Felsefesindeki ehemmiyeti» başlıklı etüdümüzde sadece izah etmiş, sayın Profesörün düşüncelerinin tenkidine girişmemiştik. — Bilvesile, burada şunu belirtelim ki, tercüme ettiğimiz etütte müdafaa edilen «*Hukuk nazariyesi*»nin iştirak etmediğimiz cephelerinin tenkidini, nazariyenin tahlili ile birlikte, ayrı bir etüde bırakıyoruz (Orhan Münir Çağır).

kun mahiyeti, hukukun tipik bünyesi, ve filhakika hukukun muhtelif zamanlarda ve muhtelif mekânlarda iktisap etmiş olduğu mütehavvil muhtevadan müstakil olarak, tetkik edilebilir. Bu, umumî yani muayyen hususî bir hukuk nizamına veyahut hususî mahiyette hukuk normlarına münhasır kalmayan bir hukuk nazariyesinin vazifesidir. Böyle umumî bir hukuk nazariyesinin vazifesi, herhangi bir hukukun fikren kavranmasını, tasvir ve izahını mümkün kılacaktır mahsus (spesifik) metodu ve temel mefhumları tayin etmektir. Böylece, umumî hukuk nazariyesi hususî - müşahhas bir hukuku veyahut hususî - müşahhas hukukî müesseseleri istihdaf eden her ilmî araştırmanın nazari temelini temin eder.

İşte mahz «hukuk nazariyesi» böyle umumî bir hukuk nazariyesi olmak gayesindedir.

Mahz «hukuk nazariyesi» hukukî bilginin (hukukun ilmen idrâkinin) mahsus (spesifik) metodunun nazariyesi olarak, mantığın problemleriyle iştigal eder. Mahz «hukuk nazariyesi», hukuk ilmi denilen vakıadan hareket ederek bu ilmin, taallûk ettiği mevzuu tasvir ve izah için müracaat ettiği kaziyeleri mantıkî bir tahlile tâbi tutar; yani hukukî vecibelere, haklara, hukukî mes'uliyete, hak sülâhlerine, hakikî ve hükûmî şahıslara, hukukî organlara, hukukî salâhiyetlere ve emsâline dair beyanları umumiyetle mümkün kılan şartları tespit eder. Mahz hukuk nazariyesi bu yoldan giderek tekmil hukukî bilginin (tekmil hukuk ilminin) temel mefhumuna, bir şeyin ve filhakika muayyen beşerî bir fiil ve hareketin olması, yapılması lâzım geldiği düşüncesinin ifadesini bulduğu norm mefhumuna ulaşır. Mahz «hukuk nazariyesi» bu kabil bir fiil ve hareketin daima ancak muayyen şartlar altında yapılması lâzım geldiğini tespit eder. Mahz hukuk nazariyesi, hukukî kaziyeler diye tevsim edilmesi icap eden ipotetik hükümlerde *şartın neticeye bağlandığı özel mânâyı* araştırır ve bu maksatla hukuk ilminin kendi mevzuunu, yani hukuk normlarını ve bu normlara müsteniden teessüs eden münasebetleri tasvir ve izah için müracaat ettiği bu *hukukî kaziyeleri*, tabiat ilminin kendi özel mevzuunu kavramak için müracaat ettiği ve tabiat kanunları diye tevsim olunan ipotetik hükümlerle mukayese eder.

Bu mukayese mahz hukuk nazariyesini şu neticeye götürür ki «*hukuk ilmindeki hukukî kaziyeler*» tabiat ilmindeki tabiat kanunlarına müşabih bir fonksiyonu haizdir (yani iki hâlin şart ve netice olarak birbirine raptedilmesi!) ve fakat bu rabitanın mânâsı her iki sahada (hukuk ve tabiat sahasında) yekdiğerinden farklıdır. Tabiat kanunları muvacehesinde şart ve netice illiyet prensipine göre birbirine merbuttur. — Meselâ, hararete arzedilen bir maden parçasının hacminin genişlediği tarzında ifade olunan kanunda olduğu gibi —, halbuki hukukî kaziyelerde

şart ve neticenin yekdiğerine raptı, hukuk ilminin bugüne kadar henüz daha umumiyetle kabul edilmiş bir tabir bulamadığı, ve mahz hukuk nazariyesinin *Zurechnung* (= *terettüp etme veya ettirme*) tâbirini teklif etmiş olduğu bir prensipe göre vuku bulur. Hukuk namı verilen içtimaî nizamların yekdiğeriyle mukayesesi esasına müsteniden, mahz hukuk nazariyesi bu nizamların başlıca cebri nizamlar olduğu, *yani muayyen bir beşerî hattı hareketi, aksi hareket hâlinde* — ki böylece haksızlık (hukuka aykırılık) vasfı teessüs etmektedir — hukuka aykırılığın neticesi, yani müeyyide olarak bir «*cebir acte*'ı» nı *hüküm altına almak (âmir bulunmak)* suretiyle, *tahassül ettirmeğe matuf nizamlar* olduğu neticesine varmakta ve bu sebeple *hukukî kaziyenin aslî şemasını* berveçhi âti formüle etmektedir: — bir haksızlık ika edildiği takdirde, bir haksızlık (hukuka aykırılık) neticesinin (müeyyidenin) tahassül etmesi lâzımdır. Haksızlık neticesi (hukuka aykırılığın tevlit ettiği netice), madenin hararet tesiriyle hacminin genişlemesi gibi, doğrudan doğruya hukuka aykırılıktan illî zaruretle tevellüt etmez, bilâkis hukuka aykırılığın neticesi hukuka aykırılığa terettüp eder (ettirilir). Mahz hukuk nazariyesi, bu «*terettüp etme (ettirme)*» prensipinin sadece hukuk ilmiyle ilgili hukukî kaziyelerde değil, bilâkis aynı zamanda etik ilminin, taallûk ettiği mevzuu yani ahlâkı izah etmesine vasıta olan kaziyelerde de, meselâ her kim bir başkasına iyilikte bulunursa, bu sonuncusu birincisine minnettar olmalıdır, veyahut her kim günah işlerse, tövbe ve istiğfar etmelidir, kaziyeleri gibi, tatbik ve istimâl edildiğini; hattâ, tekâmülün başlangıcında yani iptidaî insanın tefekkür tarzında, tabiatın izah ve tefsirine esas teşkil eden prensipin *illiyet prensipi* olmayıp bilâkis *terettüp etme* prensipi olduğunu, iptidaî insanın tabiat fenomenlerini içtimaî bir norma göre, daha doğrusu 'iyi amele mükâfat, fena amele mücazat tertip eden kefarete normuna göre tefsir ettiğini de göstermektedir. Nihayet mahz hukuk nazariyesi, *illiyet prensipinin ağılebi ihtimâl kefarete prensipinden* — beşerî aklın tabiatı tefsir ederken «tabiî hâdiselerin de tıpkı insanların hattı hareketleri gibi tanzim edilmiş olduğu, yani fevkalbeşer bir iradeden, bir Tanrı'dan sudur eden normlarla nizamlanmış olduğu tarzındaki dinî tasavvurdan» kendini kurtarması suretiyle — *doğduğunu* irae etmektedir. Çünkü illiyet prensipi ile normatif karakter taşıyan terettüp prensipi arasındaki esasî fark, illiyette unsurların birbirine bağlanması beşerî veya fevkalbeşer bir iradî «acte» dan müstakil olduğu halde terettüp keyfiyetindeki bağlanmanın beşerin bir iradî «acte» ı ile tesis edilmiş olmasında mündemiçtir. Bu iradî «acte» dahi bir normu tazammun eder.

Varlığa (vücade) müteallik bir kanun olan illî tabiat kanunu ile olması lâzım gelene (vücuba) müteallik bir kanun olan hukukî kaziye arasındaki bu fark, dinî - metafizik bir kâinat telâkkisinin çerçevesi içinde kaybolmaktadır. Çünkü bu telâkkiye binaen illet ve netice rabıtası hukuku ihdas eden *beşerî* «acte» a müşabih bir acte ile, ilâhî Hâlikın tabiatı ihdas eden «acte» ı ile teessüs eder. Bu sebeple tabiat kanunları dahi «ilâhî iradeden sudur etmekle tabiate muayyen bir hareketi emreden» normlar olarak tefsir edilmektedir. Ve yine bu sebeple ki, metafizik bir hukuk nazariyesi de *ilâhî iradenin bir tezahürü olarak tabiatte* bir tabiî hukuk bulacağını, yani bir varlık sahasından (olandan) bir vücubu (olması lâzım geleni) istidlâl edebileceğini zannetmektedir. Bu kâzip bir istidlâldir. İşte hukukun rasyonâl bir ilmi olmak haysiyetiyle, mahz hukuk nazariyesinin tabiî hukuku, hukukun netice itibariyle irasyonâl, mantığa (mantığın kanunlarına) tâbi olmayan bir metafiziği olarak, niçin reddettiğinin sebebi budur. Ve bu, yegâne sebep de değildir.

Vücudün ve vücubün (olanın ve olması lâzım gelenin) mantıkî tefriki ve mantıkî kıyasa müstenit istidlâl yolu ile bu sahaların birinden diğerine varmanın imkânsızlığı mahz hukuk nazariyesinin başlıca pozisyonlarından biridir. Mahz hukuk nazariyesi, *müspet - hukukî zaviyeden* olması lâzım gelenin teorisi. Yoksa tabiaten mevcut olanın teorisi değildir; bu teorinin mevzuu normlardır, yoksa tabiî şeniyet değildir. Buna rağmen bu teori (mahz hukuk teorisi), tabiî hukuk gibi hukukun ne olması lâzım geldiğini (nasıl olması lâzım geldiğini) değil de, bilâkis ne olduğunu idrâk etmek gayesini güdmekle yine tabiî hukuktan farklı olduğu iddiasındadır; çünkü o müspet yani şe'nî hukuka müteallik bir nazariyedir, yoksa ideâl hukuka müteallik bir nazariye değildir. Mahz hukuk teorisi ,hukukî şeniyete müteallik bir teoridir. Bu, bir tenakuz intibai bırakmaktadır. Fakat bu tenakuz, vücut ve vücup tezaadının, reel olarak mevcut olanla olması lâzım gelen tezaadının izafî bir tezat olduğu idrâk edilince zail olur. İlim zaviyesinden bakıldıkta mutlak realite (mutlak şeniyet) diye bir şey yoktur. Mahz hukuk nazariyesi, mevzuunun müspet hukuk, şeniyette olduğu gibi (şeniyette nasılsa öyle) tezahür eden hukuk, yani bir hukukî şeniyet olduğunu iddia etmekle müspet hukuku adaletle (yani hukukun nasıl olması lâzım geldiği postulâsına) nispetle varlık (vücut) sahasına dâhil bir şey olarak karakterlendirmektedir. Ve yine mahz hukuk nazariyesi buna rağmen müspet hukuku, norm yani bir vücup olarak vasıflandırıyor, bu vasıflandırma sadece, *müspet - hukukî bir vücubu (olması lâzım geleni) tazammun eden bu norma muvafık ve fakat aynı zamanda muhalif de olabilen*, fiilî beşerî davranışa izafeten vuku bulmaktadır. (Müspet) hukukun vücuba (olması lâzım gelene)

müteallik bir şey olmayıp bilâkis vücuda, şeniyete müteallik bir şey olduğu düşüncesini mahz hukuk nazariyesine karşı ileri sürenlere hitaben bu cihet bilhassa ısrarla belirtilmek icap eder. Hukukun bir şeniyeti tazammun ettiği iddiasıyla mesele halledilmiş sayılmaz; bütün mesele bu şeniyetin hangi neviden olduğunu tayine bağlıdır; çünkü mevzuu bahs şeniyetin her halde tabiî şeniyet olamayacağı aşikârdır. *Spesifik hukukî şeniyet* problemini, hukukun pozitivitesi problemi olarak, ilk önce mahz hukuk nazariyesi vazıhan idrâk edip halle çalışmıştır. Bu nazariye, hukukun pozitivitesini: *hukuk normlarının, tabiî şeniyette cereyan eden ve fakat daha yüksek normlarla tanzim ve tayin edilmiş bulunan, beşerî acte'lara müsteniden vaz'edildiği vakiasında, yani tabiî şeniyette vaz'ü icra olunan bazı muayyen acte'ların mânâ ve gayesini normların teşkil ettiği, ve hukuk normlarından meydana gelen hukuk nizamının, ancak bu normatif nizam bütün heyetiyle takip ve tatbik edildiği yani müessir olduğu takdirde muteber farz veya addedildiği keyfiyetinde görmektedir.* [Mamafih müessiriyetle mer'iyet, tabiî şeniyetle (tabiî varlıkla) hukukî vücup arasında bir ayniyet, tam bir intibak husule gelmeksizin!]. Bir taraftan norm vaz'eden ve norma tevafuk eden acte'ların tabiî mevcudiyeti ve diğer taraftan vaz'edilen ve uyulan hukuk normlarının vâcipliği arasındaki nev'i kendine mahsus münasebet spesifik hukukî şeniyeti, veyahut aynı şey olan, hukukun pozitivitesini tesis eder.

Mahz hukuk nazariyesi illî tabiat kanunu ile normatif bir hukuk kanunu olan hukukî kaziye arasında, illiyet prensipi ile terettüp prensipi arasında bir tefrik yapmakla normatif bir içtimaî ilim vasfını haiz hukuk ilminin metodolojik temelini atmaktadır. Normatif hukuk ilminin umumiyetle illî ilimlerden ve hususiyetle illiyet prensipine göre ayarlanmış sosyal psikoloji ve sosyoloji gibi içtimaî ilimlerden de ayrılmasından esasî postülâlardan biri sudur etmektedir. Hukuk nizamınca tanzim edilen hattı hareketin illet ve neticesini değil de, bil'âkis mevzuu bahs hukuk nizamına müpteni «*terettüp keyfiyeti*» dolayısıyla müesses alâka ve irtibatı araştırmakla mükellef bir ilim olmak haysiyetiyle hukuk nazariyesinin mahziziyetini de işte bu postülâlar tesis eder. Bu, «normatif ilme müteallik bir araştırma ile illî ilme müteallik bir araştırmayı yekdiğeriyle mezcetmekten çekinmek» postülâsıdır. Bu, insanların müspet bir hukuk nizamına göre nasıl hareket etmeleri *lâzım geldiği* keyfiyeti ile illiyet kanunlarının tesiri altında fiilen nasıl hareket ettikleri keyfiyetinin birbiriyle karıştırılmaması mes'elesidir. Bu, hukukun normatif şekilde taallük ettiği beşerî hattı hareketin illî metodla tetkikinin zait veya mânâ ve ehemmiyetten âri olduğu, hukuk normlarının ve bu normların tesis ettiği münasebetlerin bilgisi olarak, hukukun normatif bir ilmi yanında insanın hukuku ihdas

ve tatbik eden faaliyetinin ve hukuka tâbi olan insanların hukuka uygun veya aykırı hareketlerinin haiz olduğu sebeplerle neticeleri araştıran bir hukuk sosyolojisinin de mevcut olamayacağı mânasına bittabi gelmez. Ve hattâ bu, hukuk ilmince bir illî rabıtanın sureti kat'iyede tecahül edilmesi icap ettiği mânasına bile dahi gelmez. Çünkü bizzat hukuk, yine kendisince (yani hukuk nizamınca) şart veya netice olarak tayin ve tespit edilmiş olan kanunî vakıalarda (madde kanuniyenin unsurlarında) bu kabil bir illî rabıtaya taallük edebilir. — Meselâ, bir kimsenin ölümünü illî şekilde intaç eden hareket tarzının katil olarak tarif edilmesi gibi. Bu takdirde normatif hukuk ilmi dahi bu illî rabıtayı, bittabi ancak tâli derecede, nazarı itibare almakla mükelleftir. Yani ancak bu illî rabıta, muayyen bir neticenin, cezanın terettüp etmek lâzım geldiği ve şart olarak tezahür eden bir vakıanın unsuru olduğu nispette nazarı itibare alınır. Bunun gibi meselâ sosyoloğ da normları, bittabi yine fiil ve harekette bulunan insanın şuurunda, bu normların tasavvuru mezkûr insanın hareket tarzının illeti veya neticesi şeklinde bir rol oynadığı nispette, nazarı itibare almak zaruretindedir ve bu yüzden sosyoloğ hukukçu veyahut hukukçu sosyoloğ vasfını ihraz etmeksizin, bu tefekkür tarzı mümkündür. Mahziyet (hukuk nazariyesinin mahziyeti) postülâsı ilimle (hukuk ilmiyle) iştigal eden hukukçuya ilminin spesifik metodunun, illî sosyal ilmin metodundan başka olduğunu ve bu sebeple hukukî problemlerin «*sosyolojik*» hal ve izahı gibi sık sık yapılmış tecrübelerin ya binefsihi yanılmadan mütevellit olduğunu veyahut başkalarını mûta hukuk hakkında yanlış bir kanaate sevketmeği istihdaf eylediğini sadece hatırlatmak vazife ve gayesindedir.

Kendi mantıkî tetkikatı çerçevesinde olmak üzere mahz hukuk nazariyesi, tabiat ilminin vücude müteallik kaziyelerine olduğu gibi aynen hukuk ilminin vücuba müteallik (vücubî) kaziyelerine de tenakuzdan âzâdelik (ademi tenakuz) denilen mantık prensipinin tatbik edildiğini tespit etmektedir. — Ve bu keyfiyeti ilk defa tespit eden de bu nazariyedir. Mahz hukuk nazariyesinin mantıkî problemlerine: bilhassa hukuk normlarının kesretinde vahdeti, yani hukuk sistemi veya nizamı diye tevsim olunan vahdeti neyin tesis ettiği suali de dâhildir. Bu sualin cevaplandırılmasında mahz hukuk nazariyesi, teknil hukukî bilginin ipotetik şartı olarak *temel norm* (= *Grundnorm*) idesine müncer ve mün-tehi olmaktadır. *Temel norm*, aynı bir hukuk nizamına dahil bütün normların mer'iyet esasını tazammun eder. Temel normdan ancak hukukî normların mer'iyeti istidlâl edilebilir, yoksa — bazan, yanlış olarak, farz ve zan edildiği gibi — hukuk normlarının muhtevası istidlâl edilemez. Ancak temel norm şart koşulduğu takdirde (ancak temel norma müsteniden),

muayyen beşerî (acte) lar hukukî acte'lar,, yani hukuk normu ihdas eden acte'lar olarak tefsir edilebilir, hukuk normlarının bu acte'ların mânâsını tazammun ettiği iddia olunabilir. Mahz hukuk nazariyesi, mûta hukuk nizamlarının mantıkî bünyesini — ki bu keyfiyet daha evvelce taharri ve tetkik edilmemiştir — tetkik etmekte ve böylece hukuk nizamının müratabeli yapısını (hukuk normlarındaki müratabeyi) idrâke vâsıl olmaktadır. Bu öyle bir hakikatin idrâkidir ki, hukukun mahiyeti hakkındaki bilgi için esasî ehemmiyeti haiz bulunmaktadır. Nihayet bu nazariye, iki veya müteaddit hukuk nizamları arasında — meselâ münferit devletlerin hukuk nizamları arasında ve bu hukuk nizamlarıyla devletler hukuku nizamı arasında — mantıkan mümkün olan münasebeti tetkik etmektedir. Mahz hukuk nazariyesi, bu yoldan giderek hukukî dünya imajında (hukukî zaviyeden dünyaya bakışta) vahdet denilen metodolojik postülâyâ vâsıl olmaktadır. Bu vahdet, mantıkî - sistematik bir vahdetttir. Menfi kıstası ise: ademi tenakuzdur, tenakuzsuzluktur. Bu vahdet hukukî şeniyette doğrudan doğruya mûta değildir, bilakis bu vahdet hukukî bilgiye, bir vazife ve gaye olarak, tahmil edilmiştir. Meselâ müspet hukuk, bir kanun veyahut devletler umumî hukukunu ilgilendiren bir akit yekdiğerini nakzeden normları ihtiva ederler; bir kanun Anayasa veya devletler umumî hukukuna mütezat olabilir. Fakat hukukî bilgi bu tezatları tefsir yolu ile bertaraf etmekle mükelleftir, esasen bunu da daima şu veya bu şekilde yapmaktadır. Tıpkı tabiat gibi hukuk da evveleminde ancak ilmen kavranıp idrâk edilmekle mânalı, yani daha doğrusu tenakuzsuz bir bütün haline gelir. Ve nasıl ki fizik ilminin dünya (tabiat) tasavvuru safiyane düşünen insanın bilâvasıta hassî idrâk halinde mûta dünya (tabiat) tasavvurundan farklı ise, öylece hukuk ilminin hukuk tasavvuru da hukukî bilgisi olmayan «avamdan bir kimse» nin kendisine «bilâvasıta mûta müspet hukuka» dair tasavvurundan farklıdır.

Buraya kadar zikredilen problemler *hukuk mantığı* problemleri tarzında tevsim edilegelmektedir. Fakat mahz hukuk nazariyesince bu mevzuda elde edilen bilgiler sadece hukuk normlarına değil, bil'âkis aynı zamanda, meselâ ahlâk normları gibi diğer neviden normlara da taallûk etmektedir. Hukuk ilminde tatbik edilen mantık, spesifik «jüridik» bir mantık değildir. Böyle bir mantık esasen yoktur ve (kablî kanaatlerden gıdalanan) hususî bir temayülle bir «jüridik mantık» tan bahsedilen sahada, yani müspet hukuk normlarının tefsiri sahasında ise, en az mevcut olan bir şeydir. Burada jüridik mantık diye tevsim edilen şey, çoğu defa sadece kâzip istidlâllerin ve mantık hilelerinin (meselâ «*argumentum*

*a contrario*» gibi) mantığa aykırılığı («mantık» sızlığı), veyahut kabli bir mefhumdan normlar istidlâli, mefhumlar hukukiyatının sözde (= pseudo) mantığı, veyahut «*meselenin mahiyeti*» nden normlar istidlâli, tabii hukuk nazariyesinin kendi kendini aldatması, bir hayal peşinden koşması gibi şeylerdir. Mahz hukuk nazariyesinin, denilebilir ki, ilk keşfettiği mantık umumî bir norm mantığıdır. Yani: — Bir vücup mantığıdır veyahut bir vücube kaziyeler mantığıdır, tabii realiteyi değil de, normları istihdaf eden bir bilginin mantığıdır. Eğer jüridik mantıktan veyahut jüridik tefekkürden mutlaka bahsedilecekse, böyle mantık veya tefekkürden ancak «bununla umumî bir norm mantığının hukukî bilgi sahasında dahi tatbik edilen prensipleri kastedildiği mânasında» bahsolunabilir.

Bu suretle mahz hukuk nazariyesinin mantık ve filhakika hukuk mantığı olduğu suitefehhümüne gelmiş oluyoruz. Mantık tefekkür nazariyesidir. Mahz hukuk nazariyesi hukuk hakkında bir nazariyedir, yani bir hukuk nazariyesidir, ve bir tefekkür nazariyesi değildir veyahut münhasıran ve aynı zamanda ilk plânda da bir tefekkür nazariyesi değildir. Bu nazariye hukuk hakkındaki bilgi, hukuk mefhumunun tayini ve tekmil hukukî bilginin temel mefhumlarının tarifi için zarurî olduğu nispet ve hallerde mantık problemleriyle iştigal eder. Bir dairenin veya bir murabba'ın (karenin) tarifleri gibi, bu tarifler de mantığın fonksiyonları değildir. Nasıl ki, daire ve karenin tarifleri hendesenin fonksiyonları ise ve hendese de mantık değilse, öylece hukukî mefhumların tarifleri de umumî bir hukuk nazariyesinin fonksiyonları olup umumî hukuk nazariyesi de mantık değildir. Bundan başka ,zikredildiği veçhile, mahz hukuk nazariyesince tafsil ve izah olunan mantık ise hiç de spesifik bir hukuk mantığı değildir, bil'âkis korrekt bir hukuk nazariyesinin şartı olarak bir norm mantığıdır. Meselâ nazari fiziğe mantıkî mülâhazaların tekaddüm etmesi zarurîdir. Ve bu yüzden de fizik mantık değildir.

Hukukî bilginin metoduna — ki bu metod umumî hukuk nazariyesinin bir problemidir — müspet hukuk normlarının *tefsiri de* dâhildir. Bu sebeple mahz hukuk nazariyesi, bize bir *tefsir nazariyesi de* vermektedir. İşte bu bakımdan bu nazariye, hukukî camianın hukuku tatbik eden uzvu vasıtasıyla yapılan ve bil'ümum hukukî tatbikat ile mürtabit tefsir ile, yani *hukukî otorite* vasıtasıyla yapılan tefsir ile *hukuk ilmi* vasıtasıyla yapılan tefsir arasında mevcut farkı belirtmektedir. Bunlardan birincisi daima resmî mahiyettedir (otantik); yani hukukan bağlayıcıdır, sonuncusu ise otantik olmayıp hukukan bağlayıcı değildir. İlmî tefsir, resmî tefsirden farklı olarak, hukukî bir hüküm ifade etmez. O sadece mahz bilgidir. Bu sebeple ve tamamiyle «*mânâ*» lı olarak ilmî tefsirden,



doğru (hakikate uygun) veya yanlış olduğu tarzında bahsolunabilir. Hukukî otorite vasıtasıyla yapılan tefsirden ise «doğru veya yanlıştır» tarzında bahsetmek jüridik bakımdan hiç bir mâna ifade etmez; çünkü mahz bilgi zaviyesinden dahi yanlış olsa bile bu kabil bir tefsir buna rağmen yine hukuktur, yani normdur ve norm olmak haysiyetiyle de ne doğru, ne de yanlıştır, bilâkis ya muteberdir veya gayri muteberdir (ya hüküm ifade eder veya etmez), yani bu sonuncu halde o (mevzuu bahs tefsir) sureti kat'iyede norm bile değildir, bilâkis ortada sadece zahirî bir norm vardır. Hukukî otorite tarafından yapılan tefsir, hukukî otoritece — daha dûn bir norm ihdası suretiyle — tatbiki gereken daha yüksek bir normun tefsiridir. Hukukî otorite tarafından yapılan tefsirin otantik yeni vâcibürriaye olduğu keyfiyeti, hukukî otoritenin daha yüksek bir normun tatbiki zımında vaz'ettiği normun vâcibürriaye olduğu mânasını tazammun eder. Ve bu norm, bir hukukî prosedür yolu ile ilga edilmediği veyahut yerine başka bir norm kaim olmadığı müddetçe muteberdir. Hukukan hüküm ifade eden veyahut hattâ kaziyei muhkeme haline gelmiş kazaî bir karardan, bu «yanlıştır» tarzında bahsetmek, tıpkı bir suçtan dolayı mahkûm edilip hakkındaki karar kesinleşmiş bulunan bir mahkûmdan «(suçsuz olduğu halde) haksız yere mahkûm edilmiştir» tarzında bahsetmek gibi, jüridik bakımdan mânâsızdır (hiç bir mâna ifade etmez). Şayet hukuku tatbik eden uzvun muteber bir (acte)'ı, tatbiki gereken hukuk normunun hukuk ilmi noktai nazarından mümkün tefsirlerinden (yani hukuk ilminin bu hukuk normuna verdiği mümkün mânalardan) hiç birini tazammun etmiyorsa, bu takdirde ilimle iştigal eden hukukçu ancak mezkûr (acte) ile yeni hukuk — ve belki münhasıran müşahhas hâl için de olsa — ihdas edilmiş olduğunu tespit edebilir. Bundan da hukukî otorite tarafından yapılan «*tefsir*» ile kastedilen şeyin, hukuk normunun muhtevasının ilimle iştigal eden hukukçu tarafından yapılan ilmî tefsirinden veyahut İncildeki bir yerin theolog tarafından aynı nevideki tefsirinden başka bir şey olduğu anlaşılmaktadır. Hukukî otoritenin yaptığı tefsirle hukuk ihdas edilir. Lâkin theologun yaptığı tefsirle nasıl İncilde yeni bir mısra ihdas edilmiş olmazsa, öylece ilimle iştigal eden hukukçunun da yaptığı tefsirle hukuk ihdas edilmiş olmaz. Diğer tâbirle: — hukukî otorite, yaptığı tefsirle hukuku değiştirebilir, fakat theologik tefsirin İncili değiştiremeyeceği misillû hukuk ilminin yaptığı tefsir de hukuku değiştiremez.

Mahkemelerin çoğu defa mevcut hukuku tefsir etmek, yani bilgi yolu ile onun mânasını aydınlatmak vesilesiyle yeni hukuk ihdas ettikleri keyfiyeti ilk defa mahz hukuk nazariyesince iddia edilmemiştir. Bu nazariye, sadece, daha yüksek normun tatbiki keyfiyetini ihtiva ve ihata eden ve

«*hukukî otoritece yapılan tefsir*» diye anılan şeyin aynı zamanda daima «ihdası hukuk» olduğunu, bu sebeple bunun bir «mahz bilgi fonksiyonundan» farklı bulunduğunu tespit etmektedir.

Müşahhas hukuk normlarının hukuk ilmince tefsirine taallûk etmek üzere, mahz hukuk nazariyesi tefsiri matlûp malzemenin, hemen hemen daima mevcut, az veya çok şümüllü derecede «çeşitli mânâlılığı» nı (çeşitli mânâları ihtiva ettiğini) tebarüz ettirmektedir. Bundan başka bu nazariye, bir müşahhas hukuk normunun *mümkün mânalarını* bulup göstermeği, fakat hukuk ilmi bakımından aynı derecede mümkün mânâlar arasında ancak siyasî mülâhazalara müsteniden kaabili tayin bir tercihi, hukuku tatbik eden otoriteye bırakmağı ilmî tefsirin yegâne vazifesi olarak tanımaktadır. Bu mânalardan ancak birinin «*doğru*» olduğu, hukuk ilmi noktai nazarından iddia olunamaz. Böyle bir iddia, hakikatte mûta olmayan (mevcut olmayan), bir «hukukî emniyet hayali» nin sadece muhafaza ve idamesine yarar. Bittabi bu, *tefsir eden hukukçunun* muayyen bir tefsiri (mânalandırmayı), hukukî otoriteye — herhangi bir kıymet noktai nazarından — en iyi tefsir olarak tavsiye etmekten mahrum olduğunu tazammun etmez. Fakat mezkûr hukukçu, bu tavsiyeyi — bittabi sık sık vuku bulduğu gibi — ilim namına, ilmin otoritesine, yani daha doğrusu hakikatin otoritesine dayanarak yapmamalıdır. Çünkü, tefsir eden hukukçu, tavsiyesiyle, hukukun şekil ve hüviyet kespemesi hâdisesine müessir olmağa çalışmakta, bu suretle de hukuk ilminin değil, hukuk siyasetinin bir fonksiyonunu ifa etmektedir.

Müspet hukuka dair bir bilgi olan — ve sadece hakikat kıymetine göre bir istikamet takip eden (hakikat kıymetine göre ayarlanmış bulunan) — *hukuk ilminin* içtimaî nizamın iradî karar ve hareketlere müstenit bir şekillenme ve hüviyetlenmesini tazammun eden — ve diğer kıymetlerin, bilhassa adaletin gerçekleşmesi hedefini güden — *hukuk politikasından* ayrılması bir hukuk nazariyesinin *mahziyetini* sağlayan ikinci postülâdır. Şimdi burada bütün mesele evvelemerde mahz hukuk nazariyesinin tenkisinde hem büyük, hem de müessif bir rol oynayan bir sûi tefehhümü bertaraf etmektir. Mahz hukuk nazariyesinin talep ettiği «*siyasî unsurlardan temizleme*», hukuka mütedair ilme taallûk etmektedir. Yoksa bu ilmin mevzuu ile, hukukla bir gûna ilgili değildir. Hukuk politikadan ayrılamaz. Çünkü politikanın esaslı bir aletidir. Hukukun gerek ihtası, gerek tatbiki siyasî, yani kıymet hükümleriyle taayyün etmiş fonksiyonlardır. Fakat hukuka müteallik ilim, o da her şeyden evvel mutlaka «ilim olarak muteber olmak iddiası» ile ortaya çıkabilecekse, siyasetten ayrılabilmelidir ve ayrılmalıdır. Bu o demektir ki, müspet hukukun bilgisi (ilmen idrâki), izahı, bünyesinin tahlili, müspet hukuku kavrayan mef-

humların tarifi ve yine müspet hukukun ilmî tefsiri — her ilmin mahiyetine uygun olduğu gibi — kayıtsız şartsız objektif olmalıdır ve bu itibarla hukuku ilmen idrâk eden süjenin kıymet hükümlerinin tesirine maruz kalmamalıdır; ve bu kıymet hükmü de aynı zamanda daima emotional - sübjektif bir karakteri haizdir. Hukuk ilminin mahziyeti, bu ilmin ilgili bulunduğu normatif bilginin tabiat ilminin ilgili bulunduğu illî bilgiden tefriki keyfiyetinden ziyade hukuk ilminin siyasetten tefriki keyfiyetinde mündemiçtir. Lâkin mahz hukuk nazariyesi hukukun bir *mahz nazariyesidir* (bir mahz «hukuk nazariyesi» dir,) yoksa münekkitlerinin bazan yanlış olarak farz ve kabul ettikleri gibi bir «mahz hukuk» nazariyesi değildir. Bir «mahz» hukuk, eğer bu mutlaka bir mânâ ifade edecekse, ancak ve ancak bir doğru hukuku yani âdil hukuku tazammun edebilirdi. Fakat mahz hukuk teorisi bir doğru hukuk veya âdil hukuk teorisi olmağı istihdaf etmediği gibi böyle bir teori de esasen olamaz. Çünkü mahz hukuk teorisi, neyin âdil olduğu سوالini cevaplandırmak meselesine, kendi salâhiyet hudutları dahilinde olmamakla, tesahüp etmemektedir. *Müspet hukuka müteallik bir ilim* olmak haysiyetiyle mahz hukuk nazariyesi — evvelce belirtilmiş olduğu veçhile — bir şe'nî hukuk nazariyesidir, yani teamül, yasama, kazâ yolu ile reel olarak nasıl tahaddüs etmişse ve yine içtimaî realitede nasıl müessir ve mer'î ise, o şekilde tezahür eden hukukun nazariyesidir. Bu meyanda bu müspet hukukun her hangi bir kıymet noktai nazarından, yani siyasî bir noktai nazardan iyi veya fena, âdil veya gayri âdil olarak takdir edilip edilmediği nazara alınmaz; ve her müspet hukuk hakkında herhangi bir siyasî noktai nazardan «âdildir» hükmü verilebildiği gibi, yine aynı zamanda bir başka, yani keza yine siyasî bir noktai nazardan «gayri âdildir» hükmü de verilebilir; fakat bu hüküm, hakikî ilim gibi mevzuu hakkında kıymet hükmü vermeyen, bil'âkis mevzuunu tasvir ve izah eden, nihayet mevzuu emotionâl şekilde jüstifiye veya mahkûm etmeyen, bil'âkis rational şekilde izah eden hukuk ilmi tarafından verilemez.

Adalet mahiyeti itibariyle *mutlak bir kıymettir*, ve gerek «umumiyetle mutlak olan şey», gerek «özel olarak mutlak kıymetler» rational ilmî bilginin ötesindedirler. Mahz hukuk nazariyesi hukukî pozitivizmdir; o adeta hukukî pozitivizmin teorisidir; ve hukukî pozitivizm relâtivizm ile el ele yürür. Yani bir müspet hukukun kıymetine umumiyetle adaletine (âdil olup olmadığına) dair bir سوال irad edildikte, bunun cevabı ancak, bu müspet hukukun izafî (relâtif) âdil, yani ancak muayyen bir en yüksek kıymet noktai nazarından âdil olduğu, ve bu sebeple de aynı müspet hukuka diğer bir en yüksek kıymet noktai nozarından da gayri âdil nazarıyla bakılmasının adimül'imkân bulunmadığı merkezinde olabilir. Fakat

bir «*en yüksek kıymetin*» kabulü, daima emotional — sübjektif bir kıymet hükmüne müstenittir. Bir beşerî hattı hareket nizamı olmak haysiyetiyle her müspet hukuka relâtif âdil nazarıyla bakılabilir. Fakat bunun da mânası şudur: — Bir hukuk nizamının relâtif âdil olduğu hükmü, «bu hukuk nizamının hukuk olduğu totolijisine» müntehi ve müncer olur.

Müspet hukukun ilmi olmak haysiyetiyle mahz hukuk nazariyesi hukukun mahiyetini müteâl bir adalette arayan tabiî hukuka, bu bakımdan da, muarızdır. Mahz hukuk nazariyesi müspet hukuku, tabiî hukukun onu, menşei veya idesi itibariyle, mukaddes bir şey addederek büründürdüğü metafizik sisten kurtarmakla mezkûr hukuku tamamen realist bir yoldan giderek, spesifik sosyal bir teknik olarak kavramağı istihdaf etmektedir. Bu nazariye tabiî hukuk nazariyesinin adalet nedir سوالini cevaplandırmış bulunduğu iddiasını, muhtelif tabiî hukuk nazariyelerinin bu سوالin cevaplandırılmasında en mütenakız neticelere vardıkları, ve adalet meselesinin bugün her zamankinden çok daha fazla münazaünfi olduğu hâdisesine işaret etmek suretiyle reddeylemektedir. Lâkin tabiî hukukun hakikî başarısı tetkik edilirse, görülür ki — ve bilhassa bunu mahz hukuk nazariyesi göstermiştir — o (tabiî hukuk) esas itibariyle ilmî değil, bilâkis mantıkî - siyasî bir fonksiyonu tazammun etmektedir. Tabiî hukuk mer'î hukukun ilmî idrâkinden ziyade meşruiyyetini (jüstifikasyonunu), ilmî izahından ziyade tebcili gayesini gütmekte ve bu gayeye de zamanın müspet hukukunun tabiî, ilâhî veya makul (aklî), yani mutlak doğru, âdil bir nizamlarla hemahenk olduğunu göstermekle erişmektedir. Halbuki buna mukabil hukuk ilmi tarihinde nispeten daha az rol oynayan ihtilâlcî veya ıslahatçı tabiî hukuk nazariyesi ise, tam aksine olarak, müspet hukukun herhangi bir şekilde esas ittihaz edilmiş mutlak bir nizamlarla tezat halinde bulunduğunu iddia etmek suretiyle mezkûr hukukun mer'iyeti hakkında şüphe ve tereddüt husule getirmek gibi aksi bir gaye takip etmekte, ve bu sebeple de şe'nî hukuku, hakikatte olduğundan, daha nâ müsait bir ışık altında göstermektedir.

Kuvvet siyaseti ile ilgili niyetleri veya neticeleri aşikâr olan bu ideolojik tandanslar daha hâlâ — ve bugün her zamankinden daha fazla — an'anevî hukuk ilmine hâkim bulunmaktadır. İşte mahz hukuk nazariyesi bu tandanslara muhasım ve muarızdır. Bu nazariye, bu an'anevî hukuk ilmini immanent bir tenkide tâbi tutarak, adı geçen «methodda sinkretizm» in dahi ne büyük tehlikeleri ihtiva ettiğini göstermektedir. Bu tehlikeler pozitif hukukun ilmî idrâkinin, bu mevzuun (müspet hukukun) değerlendirilerek (kıymet hükümlerine tâbi tutularak) muayyen şekilde hüviyetlendirilmesi maksat ve gayesiyle birleştirilmesinde mündemiç bulunuyor. Çünkü bu kabil bir «*şekil ve hüviyet verme*» daima ve ancak

sübjektif bir menfaate tetabuk edebilir. Ve bu, küçük veya büyük bir grupun menfaati de olsa, vaziyet yine değişmez. Sureti kat'iyede hiç bir menfaat yoktur ki, onunla — meselâ muayyen bir kimsenin veya grupun menfaati olarak — diğerlerinin aykırı menfaatleri tearuz etmesin! Her kesin müşterek menfaati denilen şey, yekdiğerine aykırı menfaatler arasında vücut bulan kompromisten başka ve farklı bir şey anlaşıldığı nispet ve hallerde, exact şekilde kabili tespit bir fiksiyondur. Fakat hukuka müteallik bir ilim (bir hukuk ilmi) büyük bir titizlikle, mevzuunu şe'niyeti itibariyle idrâk etmeğe, yani onu mefhumî bakımından kavramağa, bünyesini tahlil etmeğe, bu bünyede mevcut alâkaları göstermeğe inhisar etmez de, bil'akis haddini aşp ilmen idrâk etmekle mükellef bulunduğu mevzuu şu veya bu herhangi bir kıymet zaviyesinden — yine ilim ve ilmî olarak — şekillendirmeğe de kalkışırsa, o vakit ilim otoritesi kisvesi altında, yani objektif bilgiye hâs otorite ile mücehhez olarak, sadece sübjektif menfaatin ifadesi olan bir şey ortaya çıkar. Binnetice ilim, mücerret bir ideoloji ve bu suretle de siyasetin bir âleti haline gelir.

An'anevî hukuk ilminde ileri sürülen ve mahz hukuk nazariyesinin siyasî ideolojiler olduğunu meydana çıkarıp gösterdiği bir çok doktrinlerden burada yalnız taammüm etmiş olanını zikredelim: — Bu doktrine göre hukuk ve devlet iki ayrı varlıktır. Mahiyeti itibariyle devlet, ihdas veya garanti ettiği hukukun fevkindedir. Bu hukuk, o da devletin hukuka, kendi ihdas ettiği hukuka tâbi kılınabileceği nispet ve hallerde, âmme hukuku veya devletler hukuku olarak, kelimenin dar, mücbir mânasında, meselâ hususî hukuk gibi, haddi zatında hukuk değildir; bilâkis ancak hukukan vâcibürriaye bir nevi moraldir. Fakat buna mukabil mahz hukuk nazariyesi ise, beşerî hattı hareketi tanzim eden bir nizam olmak haysiyetiyle devletin bir «cebrî nizam» ve bu sebeple de ancak bir hukukî nizam olabileceğini, yine devletin nispî şekilde merkezîleştirilmiş (nispî bir merkezîyet esasına müstenit) bir hukuk nizamı olduğunu, bu itibarla her devletin, bu *en geniş* mânâda olmak üzere, *hukuk devleti* (*hukukî devlet*) olduğunu, ve bundan başka lisandaki an'anevî istimal tarzı itibariyle de «hukuk devleti» tâbirinin nispî merkezîyet esasına dayanan ve hukukun tatbikına matuf muamelelerin hukuka uygunluğu ve hukuka tâbi olan sùjelerin ferdî hürriyetleri için bazı muayyen tipik garantiler derpiş eden bir cebrî nizamı tazammun ettiğini, hukuk devleti tâbirinin daha adr bir mânada kullanıldığını göstermektedir. Bundan maada mahz hukuk nazariyesi, «devletin hukuku ihdas veya garanti ettiği» tarzındaki beyanla: «sadece mecazî olarak, muayyen yani hukuk nizamınca tensip edilmiş kimselerin yine mezkûr nizamca tayin ve tanzim edilmiş bir usul dairesinde, ve bu sebeple hukuk nizamına müsteniden müesses camianın

organları olmak sıfatiyle — ki bu sıfat da hukuk nizamınca bahşedilmiştir — hukuk normları ihdas, tatbik ve bunları cebir kuvvetiyle infaz ettikleri, hukukî şahıs (= Rechtsperson) sıfatiyle devletçe icra olunan muamelelerin sadece insanlar tarafından icra edilen muameleler olabileceği, bu muamelelerin de bir hükûmî şahıs yani hukuk nizamının bir personifikasyonu olarak devlete atfolunduğu, ve bunun da ancak yine hukuk nizamına müsteniden atfolunabileceği; binaenaleyh devlet ve hukuk düalizminin hiç bir ilmî bilgi ve esasa dayanamayacağı, bu düalizmin asıl (hakikî) fonksiyonunun (gayesinin) sosyal şeniyetin, ve betahsis hukukî şeniyetin ilmî idrâki olmadığı, bilâkis siyasî olduğu vakıasının tasvir edildiğini» irae eylemektedir. Yani bu düalizmin asıl fonksiyonu şudur: haksız ve isabetsiz olarak devletle aynı şey addolunan hükûmeti — ki sadece devletin organlarından yani daha doğrusu hukuk nizamınca müesses olup hukuku ihdas eden organlarla hukuku tatbik eden organlardan biridir — siyasî ihtiyaçlara göre hukuk nizamının bağlarından ve tahditlerinden kurtarmak, hukuk ilmince artık mevcut materyel hukukun tatbiki olarak idrâk edilemeyecek olan hükûmet icraatını, bu tasarruf ve muamelelerle meşrû olarak yeni hukuk ihdas edilmiş olduğu tespit edileceği yerde, «siyasî» icraat olmaları hasebiyle hukukî takdirden sureti kat'iyede müstesna oldukları, çünkü bu sıfatla hukuk nizamının dışında buldukları doktriniyle muhik göstermek! Fakat bunun da mânası şudur: — Muteber olarak farz ve kabul olunan hukuk devleti prensipiyle gayri kabili telif vakıayı, yani hükûmetin, spesifik faaliyetini icra ederken bâtil olarak idrâk edilmeyen, bilâkis muteber muamelelerle yeni hukuk ve bunu da hukuka uygun olarak yani mer'î ana yasaya müsteniden — ana yasa bu muamelelerin materyel «hukuka aykırılıkları» dolayısıyla kabili iptâl olduklarını derpiş etmediği nispette — ihdas edebileceği hâdisesini setretmek! Burada mühim ve mevzuu bahs olan nokta, «hükûmet tasarruflarının (acte'larının) materyel bakımdan hukuka uygunluğunu» tazammun eden hukuk devleti prensipi ile kabili telif olmayan «*hükûmetin yeni hukuk ihdası salâhiyeti*» ni, mer'î hukuk nizamının («hukuk devleti tâbirinin yukarda tasrih edilmiş bulunan dar mânâsında olmak üzere) *hukukî devlet karakteri* intibai zâhirisini siyasî sebeplerle muhafaza ve idame gayesiyle, hukuk devleti prensipine mütezat değilmiş gibi göstermek keyfiyetidir. Bu sebeple, bu görüşe göre «devletin» fiil ve hareketlerinin (icra ettiği muamelelerin) mesnedini teşkil etmesi lâzım gelen ve caiz olan, ve yine devletin — yani hükûmet olarak tezahür eden insanların — icra ettikleri muamelelerde hakikaten uyduğu nizam hukuk nizamı olmak icap etmez veyahut bu nizamın bizzarur hukuk nizamı olmak mecburiyeti yoktur. Bu da yan yana mevcut ve birbirinden müstakil iki nizamın

farz ve kabulünü intaç eder ki nazari bakımdan akim bir görüştür. Esasen bu, aynı zamanda «*hukuk ve nizam*» tâbirinde de — sanki hukuk nizam değilmiş ve burada kastedilen nizam da hukuk değilmiş gibi — tezahür eden bir dualizmdir.

Hukukçuların, kendi kanaatlerince, hükümetlerinin iyi addettikleri siyasetini «*hukuk devleti prensipine aykırılık*» itabına karşı müdafaa gayesiyle bu kabil ideolojik methodlar kullanmaları beşerî noktai nazardan anlaşılabilir mahiyettedir. Fakat bu zarurettten bir fazilet çıkarmak gibi ancak şüphe ve tereddütle karşılanmağa değer bir cesaret gösteren, bütün ilimlerin tâbi olduğu meslekî ahlâkı inkâr ederek objektif, her türlü siyasî maksat ve temayülden âzâde bir ilim idealini feda eden ve hukuk ilmiyle siyasetin ayrılamaz şekilde yekdiğerine bağlı olduklarını ilân etmek suretiyle methodda sinkretizme dayanan bir hukuku müdafaa eyleyen bilginlerin bulunması kaabili af değildir.

Mamafih bu dalâlet zamanımıza hâs bir alâmettir. Cihan harbi ve cihan ihtilâli ile sarsılmış olan cemiyette hâli mücadelede bulunan zümreler ve sınıflar için bugün her zamankinden daha fazla olmak üzere her şey, işe yarar ideolojiler ihtasına bağlı bulunmaktadır. Öyle ideolojiler ki gerek halen iktidarda bulunanların, gerek iktidarı istihdaf edenlerin menfaat görüşlerini müessir şekilde müdafaa etmelerini mümkün kılmaktadır. Yani onların sübjektif menfaatlerine uygun olan şeylerin aynı zamanda objektif bakımdan da doğru şeyler olduğu gösterilmek istenmektedir. Tabii bu gayeye de devlet ve hukuk «ilmi» namını taşıyan sözde bir ilmin âlet olması lâzımdır. Yani aslında bu ilim, kendiliğinden hiç bir siyaseti tevlide muktedir olamıyan bir «objektivite» tesis eder. Ve bu objektiviteyi de, uğradığı bu tasallûta rağmen sanki yine hâlâ kendi karakterini inkâr edemiyormuş gibi, hakikaten felâketengiz «bir objektivite» ile tesis etmektedir. Ve böylece bir taraftan burjuva nazariyecisi — bittabi (!) kat'iyen «ilmî» olarak — insanın tabiatından veyahut cemiyet mefhumundan hususî mülkiyetin mutlak zaruretini ve demokrasinin mutlak adaletini istidlâl ederken diğer taraftan siyasî hasmı da — keza «ilmî» bir sosyalizm zemini üzerinde — müşterek mülkiyetin zaruretini ve proletarya diktatörlüğünün adaletini ispat etmektedir. Fakat burada şayanı hayret olan cihet ancak şudur ki, politikadan başka bir şey olmayan bu maskelenmiş sözde ilmin tamamiyle kıymetten mahrum olduğunun anlaşılmamasıdır. Bu sözde ilim bir de aynı methodla hasmın aksi noktai nazarı ispat etmesini de tecviz etmektedir. Bu maskerada iştirak etmek istemeyen; esasen sırf ilim olmak istediği ve fakat siyaset olmak istemediği için, hukuk ve devletin münhasıran imkân dâhilinde bulunan ve hususiyet arzeden ve muayyen menfaatlerden sudur eden bir

şekil ve tezahürünü tazammun eden şeyi, ilmî bilginin bir neticesi ve bu sebeple sosyal varlıkların (devlet ve hukukun) zarurî ve umumî bir karakteri imiş gibi göstermekten sureti kat'iyede imtina eden bir nazariyenin gerek sağ, gerek sol cenahça iltifat olunan bu kabil bir devlet ve hukuk «ilmîni» rahatsız etmesi şüphesiz mucibi hayret değildir. Fakat mahz hukuk nazariyesinden «hakikî» devletin ve «doğru» hukukun ne olduğunun öğrenilememesinden; mahz hukuk nazariyesinde, temsil ettiğimiz, siyasî ideal, yani sosyal nizamın muayyen menfaatlara dayanan bir şekil ve hüviyeti için hiç bir jüstifikasyona tesadüf edilememesinden mütevellit ademi memnuniyet acaba nasıl izhar edilir; ve yine mahz hukuk nazariyesinin, ne sağ ve ne de sol için sadece işe yarar hiç bir ideoloji temin etmemekle kalmayıp, bilâkis hattâ bu kabil bir ideolojiyi kendi arzusu ile hazır olurcasına emre âmâde bulunduran sözde ilimle de mücadele etmesinin (karşı tarafta) husule getirdiği inkisarı hayâl acaba nasıl ifade edilir? Gayet basit: — Mahz hukuk nazariyesi formalisttir.

Hukuk ilmi sahasında türlü türlü silâhlarla icra edilen müsademei efkârda *formalizm itabı* gibi sık sık, ve maksat ve arzuya uygun bir muvaffakiyetle, istimâl edilen bir argüman hemen hemen yok gibidir. Zaten mahz hukuk nazariyesine karşı başlıca, muhtelif şekillerde izhar ve ifade edilmekle beraber haddi zatında yegâne itiraz da budur. Mahz hukuk nazariyesine karşı immanent bir tenkit yapılamıyorsa veyahut böyle bir tenkide hiç teşebbüs edilmemişse «fikirlerin kuruluş ve teselsülünde mantikî tamamiyetten» mahrum olduğu iddia edilemiyorsa, hareket noktalarıyla temel düşüncelerinde (bu nazariyeyi üstün körü şekilde, kabaca yanlış anlamaksızın veyahut onun mahiyetine yabancı şeyleri gizlice sürmeksizin) hiç bir hatâ bulunamıyorsa, o vakit bu hususta herhangi bir fikre sahip olmayanların, dalgınların huzurunda onu saf dışı etmek için, formalist damgasını vurmak kâfidir. Hukukçular arasındaki fikir ve kanaat ihtilâflarına hâkim bir çok basma kalıp kelimelerden hiç birinin mânası işte bilhassa bu sözünkü kadar da müphem ve gayri muayyen değildir. Bu kelime aşikâr olarak şekil ve muhteva tezaadından hareket etmektedir. Bu tezat da haddi zatında esasen problematiktir. Yine bu kelime, muhtevayı şeklin fevkına vaz ve ikame etmenin caiz olduğu, yoksa şeklin muhtevasının fevkına vaz ve ikamesinin caiz olmadığı keyfiyetini şüphe ve tereddütten âzâde bir mütearife olarak şart koşmaktadır. Fakat bu tezaadın da izafiliğini idrâk etmiş olanlar, aynı objenin bir defasında şekil, bir diğer defasında muhteva olarak tefsir edilebileceğini öğrenmiş olanlar, «formalizm» kelimesini, ve hassaten hukuk gibi bir mevzu muvacehesinde, istimâl ederlerken ihtiyatkâr hareket ederler. Hukuk mevzuunda bizzat şekil ve muhteva, hukukî şekil ve hukukî muhteva,



tefrik ve temyiz edilebilir ve buna rağmen bazan bir hukuk bütünü itibariyle — meselâ iktisada nispeti bakımından —, o da hukuk ve iktisat «âdetâ birbirinin aynı» addedilmemek iktiza ettiği hâllerde, sadece şekil olarak kavranmak icap eder. Burada hukukî formalizm meselesinde mevzuu bahs olan nokta sadece şeklin mahiyetini, muhteva ile arasındaki fark bakımından tayin etmek ve bunu müteakip da hukuk ilminin formal bir disiplin olup olmadığına karar vermek değildir; mevzuu bahs olan nokta bilâkis, hattâ belki de bu cihetlerin tespitinden ziyade, o menfi kıymet hükmünün, yani umumiyetle hukuk ilmine veyahut bu ilmin muayyen bir istikametine büyük bir istek ve memnuniyetle tevcih edilegelmekte olan formalizm itabının haddi zatında neyi tazammun ettiği cihetidir. Ve işte bu noktada evveleminde formalizm iddiasında mündemiç olan alçaltıcı (menfi) kıymet hükmünün hukuk ilmine mi, yani bir hukuk teorisine mi raci olduğu, yoksa hukukun ihdas ve tatbikına, teşekkül ve tekâmülüne müteveccih bir faaliyeti mi, yani bir hukukî tatbikatı mı hedef ittihaz etmek istediği açıkça tespit edilmelidir.

Şurası aşikârdır ki, menfi bir kıymet hükmü olarak formalizm hükmü her şeyden evvel hukukî tatbikatın muayyen bir tarzına taallük etmektedir. İlk plânda «*formalist*» diye tavsif edilen şeyler mahkeme kararları, idarî makamların kararlarıdır. Ve bu da o kararlarda muayyen bir nevi maduniyet (aşağı değerlilik) tebarüz ettirilmek gayesi güdüldüğü zaman verilen bir hükümdür. Bu maduniyet de mahkeme kararının veyahut idarî kararın, her ne kadar tatbiki icap eden umumî norm ile hem ahenk ise de, herhangi bir noktai nazardan nazarı itibare alınmağa değer görünen ve tatbiki gereken normun «doğru» tefsiri hâlinde nazarı itibare alınabilecek olan bazı muayyen menfaatleri yine nazara almadığı keyfiyetinde mündemiçtir. Böylece mevzuu bahs itap, tatbiki gereken normun mümkün tefsirleri arasında, politik rü'yet noktalarına göre, yapılacak terciha müteveccihdir; binaenaleyh esas itibariyle de politik karakteri haizdir. Formalizm itabı, yasama ve kanunî tatbikat yolu ile şekil ve hüviyet iktisap etmek suretiyle mûtâ hâle gelen hukuku, bizzat bu hukuk hakkında kıymet hükmü vermeksizin, kavramaktan başka gaye takip etmeyen bir hukuk teorisine asla şâmil olamaz. Mahz hukuk ilminin ihtiva ettiği teori misillü, bir hukuk normunun mümkün tefsirlerinin sadece vazıhan tespit ve izahını ilmî tefsirin vazifesi olarak telâkki eden ve bu sebeple — bir az evvel zikredilen mânada olmak üzere — «hukukun formalist olmayan» tatbikatını hiç bir vakit imkânsız kılmayan bir tefsir teorisine ise evleviyetle şâmil değildir. Lâkin mahz hukuk nazariyesi, umumî hukuk nazariyesi olarak, müspet hukuk fenomenlerinde şekil ve muhtevayı yekdiğerinden tefrik etmekte, her hukuk nizamında umumi-

yetle mücerrep olan «hukukî şekle müteallik mefhumlar» ı, tarihin seyrinde gelişen hukuk nizamlarının tetkik ve tefekkürü yoluyla elde edilen ve hukukî muhtevaların bir (nevi) tipleştirilmesini tazammun eden «hukukî muhtevaya müteallik mefhumlar» dan ayırmaktadır. Fırsat düştükçe ikide bir ileri sürülen «mahz hukuk nazariyesinin hukuk normlarının muhtevalarına ehemmiyetsiz nazarıyla baktığı» iddiası öyle idraksızca bir iddiadır ki, onunla tartışmağa bile değmez. Fakat mahz hukuk nazariyesince tayin ve tespit edilegemekte olanlar misillü mefhumların vücade getirdiği bir sistemin izafî formâl bir karakteri haiz olması lâzım ve zarurî bulunduğu keyfiyeti, mantığın ve metodolojinin prensplerinden tamamiyle bibehre olmayan kimseler için gayet tabii ve bedihîdir. Zira gaye, umumî bir hukuk nazariyesinin ihtiva ettiği mefhumların yardımı ile müspet hukukun malzemesinin devâsâ vüs'at ve muhtevasının «ilmen» kavranılıp hâkimiyet altına alınmasıdır. Her ilmî idrâk gibi hukukun ilmî idrâki de teallûk ettiği mevzuu formalize etmeğe mecburdur. Bu formalizmi, hukuk ilmine karşı hiç kimse bir itap haline getiremez. Çünkü, işte bilhassa *bu formalizmde*, redaet, kötü şey damgasıyla mahkûm ve memnu kılınan «formalizm» e bir fazilet olarak izafe edilen şey mündemiçtir: yani bu formalizmde hukuk ilminin objektivitesi mündemiçtir. «Kant» Felsefesine dayanan Marburg Mektebinin kurucusu «Hermann Cohen», «Logik der reinen Erkenntnis» = («Mahz bilgi» mantığı) namındaki eserinde (Sh. 587): «Ancak formâl olan objektiftir. Bir metodik ne kadar formâl olursa, o nispette de objektif olabilir. Ve bir problem, meselenin bütün derinliğince, ne kadar objektif formüle edilirse, o kadar da formâl «temellenmiş» olmalıdır.», diyor. Bunu kavramıyan kimse, ilmî idrâkte mevzuu bahs olan şeyin ne olduğunu bilmez. Mahz hukuk nazariyesinin kendisine havale edilen malzemeyi, «mümkün olduğu kadar kat'î ve bedihî» mefhumlardan vücade gelmiş bir sistem içine mümkün olduğu kadar tüketircesine (tam ve eksiksiz) almak hususundaki cehti her ilmî idrâkin, taallûk ettiği mevzua karşı gösterdiği cehttir. Bu sebepten dolayı mahz hukuk nazariyesini, mefhumlar hukukiyatı damgasını vurarak, kıymetten düşürmek istemek — ki bu nadiren vuku bulmamaktadır — hakikaten acınacak bir suitefehhümdür. Fizikal bir teorie ile mefhumlar fiziği diye mücadele etmek istemeği acaba kim düşünebilir, Hukukun ilmî idrâki «mefhumlara dayanan» (mefhumlardan gıdalanan) hukuk ilminden başka hiç bir şey olamaz. Mefhumlar olmaksızın (mefhumsuz) fehm-ü idrâk nasıl mümkün olabilir? Hukukun ihtası ve tatbiki bittabi başka ve farklı bir şeydir. Bu keyfiyet, mefhumları istihtaf etmez; vazifesi, bilâkis, hukuk normları teşkil etmektir, o iradî fonksiyondur, fakat ilmî idrâk değildir; hukukun ihtas ve tatbikına müteveccih faaliyetçe her şeyden evvel yapılacak

şey, hukuka müteallik ilmin kavramağa cehtettiği malzemeyi temin etmektir. Sırf an'anevî hukuk ilminde, hukukun ilmî idrâki ile hukukun ihdas ve tatbiki, hukuk teorisi ile hukukî tatbikat yekdiğerinden tefrik edilmediği için, haklı olarak *mefhumlar hukukiyatı* diye red ve mahkûm edilen, mezkûr suiistimâl de, o azamî derecede muzır ve tahripkâr usul de mümkündür. Bu usul ise bu maksatla daha evvelden kabli olarak örnek ittihaz edilmiş, lâkin sureti kat'iyede ampirik hukukî malzemedan istihsal edilmemiş bulunan, lâalettayin mefhumlardan hukuk normları istidlâli keyfiyetidir. Meselâ bir hukuk mefhumundan veya bir devlet mefhumundan, bir mülkiyet mefhumundan veya bir hâkimiyet mefhumundan lâalettayin bir hukukî muhtevayı — ki bu ancak teamülî, teşriî, aktî, kazaî ve mümasil bir hukukî prosedür yolu ile ihdas edilebilir — «ilmî şekilde» gizlice elde etmek gibi! Bilhassa mahz hukuk nazariyesinden başka hiç bir teori, mefhumlar hukukiyatına karşı bu derece enerjik bir davranış göstermemiştir. Çünkü bu teori, hukuk ilminin hukuk kaynağı olamayacağını, hukuk mefhumlarından hukuk normları istidlâlinin sırf tabiî hukuktan başka bir şey olmadığını, kendi hudutları dahilinde kalan bir «müspet hukuk ilminden» bir i - noktası kadar yeni hukuk istihsâl edilemeyeceğini mütemadiyen büyük bir ısrarla belirtmektedir. Hukuk teorisiyle hukuk tatbikatını, hukuk ilmi ile hukuk siyasetini saf şekilde yekdiğerinden ayırmaya karşı an'anevî hukuk ilmi sahasında nevmidane mukavemeti mucip olan azamî derecede gayri ilmî motifleri ilk önce mahz hukuk nazariyesi meydana koymuştur. İşte esasen bu yüzden de o kötü mefhumlar hukukiyatı mümkün hâle getirilmektedir.

Bu teorinin mahziyeti de işte başlıca onun siyaset olmak istemeyip münhasıran ilim olmak gayesini güttüğü keyfiyetinde mündemiçtir; ve mahz hukuk teorisi bir kere şu bakımdan siyaset ((yani adalet ismi altında tedavül eden ve cemiyetle ilgili kıymetlerin tahakkuku) olamaz: çünkü bu teori adalet meselesinin cevaplandırılmasına rational ilmin muktedir olmadığı kanaatindedir.

İlmin özel vasıtalarıyla (metodlarıyla) halledilemeyen problemleri halletmek gayesiyle hareket etmeği, aşılması kaabil olmayan hudutlarını müdrik bulunarak, reddeden bir ilim, eğer böyle bir ilim formalist ise, o vakit formalist olmak demek, âdetâ dürüst ve samimî olmak, kendini ve başkalarını aldatmak istememek demektir. Ve bu böyle olunca, ilim olmak haysiyetiyle mahz hukuk nazariyesi formalistlik itabını memnuniyetle üzerine alır.

Şüphesiz, an'anevî hukuk ilmi, taşıdığı ilim başlığına dayanarak doğru hukukun ne olduğu سوالini halletmek keyfiyeti ile iştigale ötedenberi ceht-ü gayret eylemektedir. Böyle bir davranışa zorlayan âmiller,

her halde ilk plânda hukukçuların meslekî sınıf menfaatleridir. Bu isteğin, sathî ve bu sebeple kolay başarıdan emin bir ifade tarzı ile dermeyan ve muhafaza edilmesi âdet olmuştur: bu da hukuk ilminin «hayata» hizmet etmekle mükellef olduğu sözüdür. Bu, şüphesiz, gayrı kaabili münakaşa ve red bir kaziyedir. Fakat insan hayata, her türlü tesirden âzâde (sarsılmaz) bir objektivite ile eşyanın mahiyetini ve bunun gibi devlet ve hukukun mahiyetini de ilmen idrâk etmeğe çalışmakla, yani *ilim* yolu ile *veyahut* isteyerek ve amel ederek (irade ve amel yolu ile) kıymetler gerçekleştirmekle, bilhassa hukuk ihdas edip tahakkuk ettirmekle, yani *politika* yolu ile hizmet edebilir. İlmî objektif bilgiye hadim olmasını kâfi bulmayanlar, «hayata hizmet etmeğe» davet etmekle ilimden hakikatte şunu istemektedirler: kendilerine sahte olarak «objektif kıymetler» süsü verseler de, — ilmî idrâkin ispat ettiği gibi — yine sübjektif endividüâl menfaatler veyahut sübjektif grup menfaatlerinden başka bir şey olmayan menfaatlere hizmet etmek! Mahz hukuk nazariyesine karşı formalizm itabı ile hücumu geçen şey, ilim değildir. Bu, bilâkis politikadır. Ve mahz hukuk nazariyesi ilim tarafından, ilmî bir istikamet tarafından bu argümanla red ve cerh edilemez, ancak politika tarafından bu basma kalıp sözle gürültülü haykırmalara boğulabilir. Fakat mahz hukuk nazariyesinin bundan korkusu yoktur; çünkü beşerî fikir tarihi (beşeriyetin fikir tarihi) ilmin ve bunun gibi hukuk ilminin de, politikanın onları mütemadiyen tâbi kılmağa gayret ettiği esaretten kendilerini yine mütemadiyen kurtardıklarını göstermektedir. Çünkü ilim, derunî mahiyetine göre, her ne kadar iktidar uğrunda cereyan eden mücadelede belki *artık* bir vasıta olmak mecburiyetinde değilse de, yine her halde bir vasıttan *başka* bir şey olmak zaruretindedir. Eğer mahz hukuk nazariyesi herhangi bir iktidara, iktidar uğrunda mücadelede bir âlet olarak, hizmet etmeği, karşılaştığı bütün mukavemetlere rağmen, reddediyorsa bu, şu inançtan ileri gelmektedir: — «Geçici kuvvetin fikre karşı ebedî mücadelesinde fikir muvakkaten mağlûbiyetlere uğrayabilir. Bu mağlûbiyetlerde ilim de geçici galibin esiri olur; fakat — tarihin bize öğrettiği gibi — kuvvetin fikre karşı ihraz ettiği zafer, asla kat'î ve nihai bir zafer değildir. Fikir, ne kadar tasalluta uğrarsa, yine münhasıran derunî mahiyetine uygun olan şeye, yani hürriyete — cehtederek — tekrar kavuşuncaya kadar, o nispette daha azametli ve şiddetli mukavemet gösterir.»

Çeviren:

**Orhan Münir Çağıl**

**Hans Kelsen**