

KELSEN'İN HUKUK ANLAYIŞI

Doç. Dr. Vecdi ARAL

P L A N: GİRİŞ, I — Kelsen'in hukuk anlayışının gayesi, II — Saf Hukuk Teorisinin metodu, 1) Genel olarak, 2) Kelsen metodunun faydalandığı felsefi görüşler, 3) Kelsen metodunun temel prensipleri, III — Kelsen'in pozitivizmi. BİRİNCİ BÖLÜM, Hukuk İliminin Konusu Olarak Hukuk, A — Hukuk Normu, I — Hukuk ve tabiat, 1) Hukuk ilmi ve tabiat ilmi, 2) Hukuk ilmi ve sosyoloji, II — Hukuk ve ahlâk, 1) Hukuk ve adalet, 2) Saf Hukuk Teorisinin anti-ideolojik karakteri, III — Hukuk normunun yapısı ve mahiyeti, 1) Hukuk normunun önemi, 2) Hukuk normu ve hukukî kaziye, 3) Hukuk normu ve «olması gereken» (Sollen), 4) Hukuk normu ve emir, 5) Hukuk normu ve müeyyide, IV — Hukuk ve gaye, B — Hukuk normu ile diğer bazı hukukî mefhumların birleştirilmesi, I — Hukuk normu ile hukuka aykırılığın birliği, II — Hukuk Normu ile isnat ehliyetinin birliği, III — Hukuk normu ile hukukî mükellefiyetin birliği, IV — Hukuk normu ile sübjektif hukukun birliği, V — Hukuk normu ile hukuk süjesinin birliği, 1) Hakiki şahıs, 2) Hükmi şahıs. İKİNCİ BÖLÜM, Hukuk Nizamı, A — Hukuk Nizamının yapısı. I — Hukuk nizamının birliği, 1) Hukukun yaratma ve yaratılması kaidesi, 2) Hukukun yaratılması ve tatbiki, 3) Amme hukuku ve hususî hukuk, II — Hukuk nizamının kademeli yapısı, 1) Temel norm ve anayasa, 2) Kanunî hukuk ve örf ve adet hukuku, 3) Ferdi ve müşahhas kararlar, III — Hukukun pozitivitesi, B — Hukuk nizamı ile bazı hukukî mefhumların birleştirilmesi, I — Hukuk nizamı ile devletin birliği, II — Hukuk nizamının bağımsızlığının, birliğinin ve tek oluşunun ifadesi olarak hâkimiyet, III — Devlet hukuk nizamı ile devletler hukukunun birliği, 1) Devletler hukukunun hukukîlik karakteri, 2) Devletler hukuku ve hukuk sisteminin birliği,

3) Devletler hukuku ve temel norm. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM, Kelsen'in Hukuk Görüşünün Metodolojik anlamı, I — Bilgi teorisi bakımından, 1) Rasyonel ve transandantal karakteri, 2) İdealist karakteri, 3) Formalist karakteri, 4) Hipotetik karakteri, 5) Kelsen metodu ve fiksiyonlar teorisi, II — Saflık ve birlik prensibi bakımından, 1) Saflık prensibi, 2) Birlik prensibi.

G İ R İ Ş

I — Kelsen'in Hukuk Anlayışının Gayesi :

Kelsen uzun zamandanberi münakaşa ve mücadele edilen, geniş ölçüde tesirleri olmuş bulunan önemli bir fikir akımının mümessili ve kurucusu mevkiindedir. Onun hukuk anlayışının önemini kavrayabilmek için herşeyden önce gayesinin ne olduğu bilinmelidir.

Nitekim, belli bir yer ve zamanda yürürlükte bulunan kaideleri muhtevası itibariyle tesbit, mantıki bir tarzda tasnif ve sistematik bir şekilde açıklayan Hukuk Doğmatığının, hukukun zaman ve mekâna göre değişiklik arzemesi dolayısıyla, ilmî karakterinden şüphe edilmesi onun, yeni bir hukuk ilmi kurmak hususundaki gayretinin sebebini teşkil eder. Bu yolda, «Saf Hukuk Teorisi» olarak isimlendirdiği hukuk anlayışı ile Kelsen, açıkça ve kesin olarak Hukuk Doğmatığının metajüridik hukuk anlayışına karşı hukukî bilginin saflığı iddiasını ve talebini ortaya atmış ve hukuk ilminin temel problemlerini şiddetli bir münakaşaya tabi tutmuştur. Daha açık bir ifade ile, onun Saf Hukuk Teorisi ile takip etmekte bulunduğu gaye, hukuk ilmini gerçek bir ilim, bir manevi ilim (Geistes - Wissenschaft) seviyesine yükseltmek, bütün ilimlerin ideali olan objektiflik ve katiyete kavuşturmadır (1).

II — Saf Hukuk Teorisinin Metodu :

1. Genel olarak :

Bilindiği gibi bütün düşünce bilginin hizmetindedir. Bilginin hedefi ise, konu ile ilgili sahaların külli mantıkî bir şekilde arzedil-

(1) Kelsen RRL, II, Vorwort zur ersten Auflage, s. III.

mesini mümkün kılan, bilgi veya hükümlerden müteşekkil bir bütünün, bir sistemin kazanılmasıdır. Buna da ancak ilmi metodlarla ulaşılabilir (2). İşte bunu, yani ilimlerin oluş ve ilerlemesinde kendilerine uygun gelecek metodların uygulanmasındaki önemi iyi kavrayan Kelsen de aslında, kuracağı yeni hukuk ilminin metodunu saflaştırmak endişesi ile hareket etmiştir; bu yüzden ki onun araştırması saf metodolojik bir araştırmadır (3).

Kelsen'in teorisi, böylece metodolojik bir araştırma olması dolayısıyla, geniş ölçüde bilgi teorisi ile ilgili bulunmaktadır (4). Bu sebeple onun, geleneksel görüşten tamamen ayrı hukuk anlayışına gereği gibi nüfuz edilmek istenirse, bu anlayışın bilgi teorisi ile ilgili bulunmaktadır (4). Bu sebeple onun, geleneksel görüşten tamamen ayrı hukuk anlayışına gereği gibi nüfuz edilmek istenirse, bu anlayışın bilgi teorisi ile ilgili temelleri daima gözönünde tutulmalıdır.

2. Kelsen metodunun faydalandığı felsefi görüşler :

Aşağıda daha etraflı bir şekilde açıklanacak olan, Kelsen'in hukuk anlayışının dayandığı felsefi istikametlerin başlıcası şunlardır:

a) Bu konuda olmak üzere hemen kaydedilebilir ki o, şuurlu bir şekilde Kant'a dayanır; ancak, Kant Felsefesini aynen hukuk ilmine nakletmemiş bulunduğuna da işaret edilmelidir. Gerçekten Kelsen, Kant Felsefesinden sadece bazı temel unsurları almakla iktifa etmiştir.

Bu temel unsurlardan biri olarak Saf Hukuk Teorisinin çıkış noktasını teşkil eden «olan» (Sein) ve «olması gereken» (Sollen) ayrımı gösterilebilir (5). Nitekim Kant'a göre, insan tabiatından ve ampirik âlemden zorunlu hiç bir ahlâk kanunu çıkarılamaz; çünkü her ahlâki tecrübenin ahlâki esaslara göre değerlendirilmesi ve bu sebeple de hayır idesinin her türlü tecrübeden önce gelmesi gerek-

(2) Hessen, s. 163.

(3) Kelsen RRL, II, Vorwort zur ersten Auflage, s. III; Çağıl, s. 212; Pitamic, s. 343.

(4) Nitekim bizzat Kelsen, hukuk ilminin oldukça hücre köşelerini bütün bilginin ve felsefenin verimli merkezi ile sıkı bir münasebete getirmiş olmayı kendisi için bir başarı olarak telakki etmektedir (Kelsen ASL, Vorrede, s. VI.).

(5) Zippelius, s. 21.

mektedir (6). Bu görüşden faydalanan Kelsen için de ilimler, bir taraftan olaylar âlemini kavramak zorunda olanlar ve diğer taraftan mutlak değerlerin ve saf normların bilgisine yönelmiş bulunanlar olmak üzere bir ayrıma tâbi tutulurlar. «Olan» dan bir «olması gereken» çıkarılamıyacağına göre kozal ve normatif metodlar da birbiriyle karıştırılmamalıdır. Böylece bilgi konularının düalizmine, tefekkür tarzlarının düalizmi tekabül eder (7).

Bundan başka, yine Kant'ın tesiri ile Kelsen metodunun rasyonel ve transandantal bir karakter kazandığı sırası gelince daha yakından görülecektir.

b) Diğer taraftan, Kelsen'in Kant'ın bilgi teorisine dayanması, Kant'ın takipçileri olan Yeni Kantçılarla da temasa geçmesini sağlamıştır. Nitekim o, bilginin konusunu, o bilgiyi elde etmek için kullanılan metodun yaratacağı görüşünü benimseyerek idealizme yönelmiş ve bu iki istikamet neticesi olarak da aynı zamanda teorisinde tam bir formalizmi gerçekleştirmeye çalışmıştır.

c) Kelsen metodunun meydana gelmesinde payı bulunan diğer bir felsefi akım, bilhassa Spencer, Avenarius ve Mach tarafından temsil edilen Düşüncede Tasarruf Telakkisidir. Anglo Sakson Pragmatizmi ile derin ilgisi bulunan ve Kant ve Yeni Kantçılıkla güçleştirilabilen bu pozitivist istikameti de nazara almakla Kelsen, hukuk teorisini kurarken kendini kör bir dogmatizme kaptırmamış olduğunu göstermektedir.

d) Metod münakaşalarında Kelsen'in ele aldığı felsefi görüşler bununla da tükenmemekte, keza Pragmatizme dayanan Vaihinger'in Fiksiyonlar Teorisine de oldukça geniş bir yer vermektedir.

3. Kelsen Metodunun temel prensipleri :

Kelsen, metodunu kurarken, biri diğerinin neticesi ve tamamlayıcısı olan iki prensibe bilhassa sadık kalmış, onları büyük bir titizlikle tatbik etmiştir.

a) Bunlardan biri saflık, yani *hukukî bilgi metodunun saf olması prensibidir* (8).

(6) Vonlanthen, s. 60.

(7) Jöckel, s. 3/4.

(8) Akbay, s. 312.

Bu prensip gereğince, bir hukuk teorisi olarak Saf Hukuk Teorisinin normatif metodunun, diğer kıymet sistemlerinin normatif metodlarından tefrik edilmesi gerekir. Nitekim Kelsen'in, ahlâki, politik karakteri dolayısıyla Saf Hukuk Teorisinden çıkarılması gereken tabii hukuka karşı mücadelesi bu yüzdendir.

Bundan sonra, yine aynı prensibin tatbiki olarak hukukun normatif metodu tabii ilimlerin kozal metodundan kesin olarak ayrı tutulmaktadır. Bu gaye ile bilhassa sosyolojinin hukuk sahasına caiz olmayan müdahalesi bertaraf edilmeye çalışılmıştır.

b) Hukukî bilgi metodunun saf olması düşüncesi, yukarda da belirtildiği gibi, ikinci bir prensip olan *hukukî bilgi konusunun birliği prensibi* ile tamamlanır (9).

Gerçekten Kelsen'e göre, hukuk ilminin yegâne konusu olan hukuk, birlik halinde kavranmalı ve arz edilmelidir. Hukuk ve fiilvaki objektif hukuk, bütün münferit mefhumların içine sokulmasının zorunlu bulunduğu üst mefhumdur. Münferit mefhumların yegâne muhtevası hukuk olabilir; böylece de Saf Hukuk Teorisinin mefhumlarının yeniden inşasında bütün münferit mefhumlar arasındaki mahiyet farkları ortadan kaldırılır, bu farklar sadece derece farkları olarak gösterilir.

III — Kelsen'in Pozitivizmi :

Felsefî anlamda pozitivizm, fiilen müta olana, pozitif olana inhisar eden düşünce tarzının prensip haline getirilmesini ifade eder (10). Bu açıdan bakıldıkta Kelsen, kurduğu Saf Hukuk Teorisi ile pozitivizmin bir mümessili olarak görünür. Çünkü diğer pozitivistler gibi o da, teorisinin anti-ideolojik karakterini muhafaza etmek için tabii hukuka karşı cephe alır; hukukun vicdanî bir mecburiyet yükleyip yüklemediği meselesi onu ilgilendirmez. Normların mer'iyet ve sıhhatı, kendilerinden üstün bulunan diğer normlardan çıkarılıp, pozitif hukukun üzerinde bulunan bir nizamın mer'iyeti imkânı tamamen münakaşa dışı bırakılır. Kısaca, Saf Hukuk Teorisi hukukun meşruluğunu daha yüksek bir nizamdan alabilmesi imkân-

(9) Akbay, s. 312; Lacambra, s. 125.

(10) Bkz. Zippelius, s. 14/15.

nını tanımamakla, araştırmalarını sadece pozitif hukuka inhisar ettirir ve böylece de sosyolojik pozitivizmden farklı olarak hukuki pozitivizmin bir teorisi olduğunu ortaya koyar (11). Zira, sosyolojik pozitivizme göre, hukukun gerçek mahiyeti sosyolojik kategorilerle açıklanabilir. Hukuk, belli bir memlekette, belli bir zamanda fiilen tatbik edilmekte olan kaidelerdir. Bu bakımdan bir kaidenin, bir tasarrufun hukukî bir değer ifade edip etmediği meselesinde olaylara uygunluk esas alınmakta, böylece asıl hukuk ilmi de sosyolojinin bir kısmı olarak kabul edilmektedir (12).

Fakat burada Kelsen'in pozitivizminin bir özelliğine mutlaka temas edilmek gerekir. Gerçi pozitivist olarak Kelsen, doğrudan doğruya pozitif hukukun bilgisine yönelir, ancak bu arada gözönünde bulundurduğu asla belli bir hukuk nizamı değildir. Saf Hukuk Teorisinin araştırma konusu, herhangi bir toplumun hukuk nizamı değil, genellikle pozitif hukuk nizamıdır. Zira, mantıki - formal olanla muhteva ve mûta olanın kesin düalizmi Saf Hukuk Teorisinin kılavuzudur; muhteva ile ilgili bütün şeyler küllî mer'iyeti haiz bir bilgiyi veremezler. Geleneksel teorinin aksine olarak, onun hukukî araştırmalarının odak noktasını, «olan» (Sein) ve keza muhteva değil, saf hukukî «olması gereken» (Sollen), yani her türlü muhtevadan soyulmuş norm düşüncesi teşkil etmektedir. Buna göre hukuk, sadece mantıki-formal bünye ve yapısı bakımından kavranılmak istenmektedir. İşte bunun içindir ki, Kelsen, pozitivist olmaktan çok normativist olarak sıfatlandırılmıştır (13).

BİRİNCİ BÖLÜM

Hukuk İlminin Konusu Olarak Hukuk

A — HUKUK NORMU

I — Hukuk ve Tabiat :

1. Hukuk ilmi ve tabiat ilmi :

Hukuk esas itibariyle norm tabiatında kendini ortaya koyar ve bu haliyle realiteden, yani eşyanın bir nizamından veya kozalite

(11) Kelsen RRL. I, s. 38.

(12) Bkz. Waline, s. 172,174, 176; Zippelius, s. 16/17.

(13) Marck, s. 7; Hippel, s. 328; Çağıl, s. 213, 227.

prensibine göre bağlanmış unsurların bir sisteminden ibaret bulunan tabiattan kesin surette ayrılır. Bunun içindir ki Kelsen'e göre, saf olmak iddiasında bulunan hukuk ilmi, sadece normların bilgisine inhisar edeceği cihetle, tabii olayların sebep - netice kanununa göre açıklanmasını gaye bilen diğer bütün ilimlerden tefrik edilmelidir (14). Tabiat ilimleri araştırma konusu olarak münhasıran «olan» la, hukuk ilmi ise «olması gereken» le meşgul olmak mevkiindedir. «Olan» ve «olması gereken» arasındaki formal - mantıkî ayrılık normatif ilimlerle tabiat ilimleri arasında kesin bir hudut çizilmesini zorunlu kılmaktadır.

Ancak, hukuk da varlığının bir kısmı ile tabiat sahasında bulunur. Nitekim hukuk olarak kabul olunan olaylardan birisi, meselâ bir parlamento kararı, bir idari fiil, kazai bir hüküm, bir hukuki muamele veya bir suç analize tâbi tutulunca, bunda iki unsur ayır-dedilebilir: Birisi zaman ve mekan içersinde cereyan eden, duyumlar yoluyla idraki kabil harici bir olay, yani beşerî bir davranış; diğeri ise bu fiil veya olayın taşıdığı anlamdır. Böylece spesifik, anlamlı bir muhtevaya sahip olarak norm, kendisini istemiş veya tasavvur etmiş olan psişik akt'tan da ayrılır. Burada harici durum veya beşerî fiil, zaman ve mekân içersinde cereyan eden bir olay olduğu için, bütün hallerde tabiatın bir parçası olup kozalite prensibine göre belirlenmiştir; böylece tabiatın bir parçası olmak itibariyle de hukukî bir şey değildir ve asla hukukî bilginin konusu olamaz (15).

2. Hukuk ilmi ve sosyoloji :

Bu arada Kelsen norm ilmi olarak hukuk ilmini sosyoloji ve sosyal psikoloji gibi sosyal ilimlerden ayırmaya özel bir önem verir. Sosyoloji ve özellikle hukuk sosyolojisi olarak isimlendirilmesine itiraz edilmeyecek olan, keza tabii olaylar arasındaki sebep - netice bağlantısını araştırmak vazifesini üzerine almış bulunan bir ilimden hukuk ilmi kesin olarak ayrı tutulmalıdır. Bir bakıma, tabiat ilminden farklı bir karaktere sahip hukuk ilminin konusu olarak toplum, beşerî davranışın normatif bir nizamıdır; fakat beşerî davranışı tabiatın bir unsuru, yani kozalite prensibi ile belirlenmiş bir şey olarak kavramaya engel olacak asla kâfi bir sebep mevcut değildir. Beşerî

(14) Kelsen RRL. I, s. 9; Kelsen RRL. II, s. 78.

(15) Kelsen RRL. I, s. 2 vd.; Kelsen RRL. II, s. 2 vd.

davranışın, hiç değilse bir dereceye kadar, bu şekilde kozalite prensibine göre açıklanmasının mümkün ve gerçekten vaki olduğundan şüphe edilemez. Beşerî davranışı bu tarzda tasvir eden ve açıklayan bir ilim, insanların karşılıklı davranışlarını kendine konu edindiği için sosyal bir ilim olarak sıfatlandırılabilir tabiat ilimlerinden mahiyeten farklı olamaz. İşte bu itibarla ki, hukuk ilmi sosyolojiden açıkça ve kesin olarak tefrik edilmelidir (16).

II — Hukuk ve Ahlâk :

1. Hukuk ve adalet :

Hukuk norm olarak gösterildikten sonra, tabiattan olduğu kadar diğer nevi normlardan da ayırılması gerekmektedir. Çünkü hukuk normlarının yanısıra insanların karşılıklı davranışlarını düzenleyen diğer sosyal normlar da vardır.

Burada özellikle ahlâk normları ele alınmak ve onların, eskiden beri yapıla gelmekte olan hukukla bağlantısı çözülmek gerekir. Diğer bir ifade ile, hukuka ahlakî bir değer bahşetmek için, hukukun ahlâkın bir parçası olduğu, hukukun hukuk olarak bir anlamda ve bir dereceye kadar ahlakî olduğu görüşü reddedilmelidir.

Ahlakî kategori olarak hukuk, adaleti ifade eder. Adalet ahlâkın bir gereği olduğuna göre de, ahlâk ile hukuk arasındaki münasebette, aslında adalet ile hukuk arasındaki münasebet söz konusudur. Adalet ise, doğru, herkesi tatmin eden mükemmel bir sosyal nizamın ifadesidir; bu bakımdan da mutlak bir değer taşır. İşte bu değer muhtevası Saf Hukuk Teorisince belirlenemez. Çünkü bu muhtevanın ne olduğuna, rasyonel bir bilgi vasıtasıyla asla ulaşılamaz; nitekim bunu, bu problemin çözümü için binlerce seneden beri boşuna uğraşmış olan beşerî aklın tarihi ispat etmektedir. Platonik idenin gerçekliğin üstünde, «transandan kendiliğinden şey» (Ding an sich) in tezahürlerin öbür tarafında bulunması gibi, pozitif hukuktan farklı ve yüksek bir nizam olarak tasavvur edilen adalet de bütün tecrübenin öbür tarafında kendi mutlak mer'iyet ve muteberiyetinde bulunur. Şu halde, platonik ide ile gerçeklik veya «kendiliğinden şey» ile tezahürler arasındaki ontolojik düalizm gibi adalet ve hukuk düalizmi de aynı metafizik karakterdedir. Nasıl, idenin ve-

(16) Kelsen RRL, II, s. 79; Maçek, s. 7.

ya kendiliğinden şey» in mahiyetini ilmî, yani rasyonel bilgi vasıtasıyla belirtmek mümkün değilse, adaletin neden ibaret bulunduğu sorusunu da aynı yolla cevaplandırmak mümkün değildir. Mutlak bir değer olarak «olması gereken» in belirlenmesi için ilme başvurulursa ilim, «yapman gereken şeyi yapmalısın» demekten başka hiç bir şey söylemez; yani arkasında mantığın aynılık prensibini saklayan bir totoloji: İyi, iyidir ve kötü değildir; âdil, âdildir ve gayri âdil değildir; a, a dır ve a dan başka bir şey değildir. Bu itibarla adalet irrasyonel bir idealdir, insanın irade ve fiili için vaz geçilmez de olsa bilgiye elverişli değildir; bilgi edinilmek üzere yalnız pozitif hukuk verilmiştir. Aksi bir tutum, tipik bir şekilde, gerçeğin ideolojik bulandırılmasına götürür.

2. Saf Hukuk Teorisinin anti - ideolojik karakteri :

Kuvvet politikasına ait niyet ve tesirleri aşikâr olan bu ideolojik eğilimler bu gün hâlâ hukuk ilmine hâkim bulunmaktadır. Saf Hukuk Teorisi ise bunlara karşıdır. O, hukuku nasılsa öylece, âdil veya gayri âdil olarak sıfatlandırmadan göstermek ister; doğru hukuku değil, gerçek ve mümkün olan hukuku araştırır. Pozitif hukuku değerlendirmeyi reddetmekle o, radikal bir realist hukuk teorisi olarak görünür; özellikle, mevcut toplum nizamını meşrulaştırmak veya gayri meşru göstermek üzere, ideolojiler vermek suretile politik menfaatlara hizmet etmeyi reddeder. Böylece anti-ideolojik karakteriyle Saf Hukuk Teorisi gerçek hukuk ilmini temsil eder; çünkü ilim bilgi olarak, konusunu aydınlatmak zorundadır, halbuki ideoloji menşeyini bilgide değil, irade ve arzuda bulmak, dolayısıyla bazı menfaatlardan çıkmak suretile gerçeği bulandırır (17).

III — Hukuk Normunun Yapısı ve Mahiyeti :

1. Hukuk normunun önemi :

Kelsen'in hukuk teorisinin en esaslı mefhumunu hukuk normu teşkil eder. Çünkü, aşağıda görüleceği üzere (18) hukuk normu hukukî sahada temellendirici bir fonksiyona sahiptir; her hukukî olan şey hukukîlik karakterini ondan alır. Mekan - zaman âleminde ger-

(17) Kelsen RRL, I, s. 12 vd.; ayrıca bkz. Kelsen RRL, II, s. 60 vd.

(18) .Bkz.: aşağıda. (B).

çekleşen bir olaya hukukîliğini bahşeden, onun sırf fiilî oluşu veya «olan» ı değildir, bilâkis dış âlemde meydana gelen olay hukukî anlamını, asıl hukukî mahiyetini ancak hukuk normu vasıtasile elde eder. Hukuk normu bu olayı, sırf fiilî kozal kanuniyetin hüküm sürdüğü âlemden çok farklı hukukî âleme yükseltir. Böylece bilfarz mektuplaşma yoluyla meydana gelen bir akdî anlaşmayı gerçek hukukî anlamda akit haline getiren ancak hukuk normudur; bu hukuk normu olmaksızın söz konusu olay sadece dış âlemin fiilî «olan» ında kaybolur, hukukî bir anlam kazanamazdı (19).

Kısaca ifade edilirse hukuk normu, içinde bütün bir hukuk ilminin görülebileceği, masallardaki sihirli ayna gibidir. İşte bundan böyle bu derece esaslı ve önemli bir mefhumun, hukuk normunun, mahiyeti araştırılmak gerekir.

2. Hukuk normu ve hukukî kaziye :

Önceleri Kelsen hukuk normunu doğrudan doğruya hipotetik bir hüküm olarak göstermişken, «Reine Rechtslehre» adlı kitabının ikinci baskısında hukuk normu ile hukukî kaziye arasında bir ayırım yapmak lüzumunu hissetmiştir.

Hukukî kaziyeler, hukukî bilgiye arzolunan hukuk nizamı tarafından belirlenmiş olarak, bazı şartlar altında bazı neticelerin meydana gelmesi gerektiğini beyan eden, hukuk ilminin hipotetik hükümleridir. Halbuki hukuk normları asla bir hüküm, yani bilgiye arzolunmuş obje hakkında bir beyan değildir. Onlar öğüt verici ve öğretici bir karaktere değil, bilâkis emredici bir karaktere sahiptirler. Bu sebeple, kimseyi mükellef kılmayıp sadece hukuku tasvir eden ve hukuk ilmi tarafından formüle edilmiş bulunan hukukî kaziyeler doğru veya yanlış olabilirler; halbuki hukukî otorite tarafından vaz edilmiş bulunan, hukuk süjelerini bağlayıcı hukuk normları doğru veya yanlış olamazlar, ancak muteber veya gayrı muteber olabilirler; nasılkı «olan» âlemindeki olaylar da sadece var veya yok olabilir, doğru veya yanlış hükmü ise bu olaylarla ilgili beyanlar hakkında verilebilir.

Aslında hukukî kaziye ile hukuk normu ayırımında, hukukî bilginin fonksiyonu ile hukukî otoritenin fonksiyonu arasındaki fark dile getirilmektedir. Hukuk ilmi hukuku bilmek ve tasvir etmek

(19) Kelsen RRL. I, s. 5; Kelsen RRL. II, s. 3 vd.; Vonlanthen, s. 8.

mevkiindedir, buna karşılık hukukî otorite, sonradan hukuk ilminin bilip açıklayacağı hukuku meydana getirmek zorundadır.

Fakat böyle olmakla beraber, otoritatif karakterdeki hukuk normları kelime ve cümleler haline getirilince beyanlar şeklinde tezahür ederler ve diğer taraftan hukukî kaziyeler de, her ne kadar otoritatif bir anlam taşımayıp sadece deskriptif bir karaktere sahip olsalar da «olması gereken» (Sollen) i ifade eden kaziyelerdir. Zira hukukî kaziyenin bir şeyi tasvir etmesinden, tasvir edilen şeyin «olan» (Sein) la ilgili bir olay olduğu neticesini çıkarmamalıdır; sadece «olan» la ilgili olaylar değil, «olması gereken» i ifade eden normlar da tasvir edilebilirler (20).

Şu halde hukukî kaziyeye ile hukuk normu arasında yapılmış bu ayırım netice itibariyle sadece, hukuk ilminin kaziyelerinin bağlayıcı olmamasına mukabil hukuk normlarının bağlayıcı bir karaktere sahip bulunduğunu ifade etmektedir (21).

3. Hukuk Normu ve «olması gereken» (Sollen) :

İmdi hukuk normu ile Kelsen herşeyden önce, bir şeyin olması veya meydana gelmesi, özellikle bir insanın belli bir tarzda davranması gerektiğini kastediyor (22). O halde hukuk normu, spesifik bir hukukî «olması gereken» (Sollen) den başka bir şey değildir. Ancak burada hemen ifade edilmelidir ki, hukuk normunda ortaya çıkan bu «olması gereken» tıpkı «olan» gibi asli ve iptidaî bir şeydir ve bu itibarla da her türlü tarifin dışında kalır. Nasıl «olan» bir mefhum içersinde kavranamazsa, böylece «olması gereken» de bir tarif vasıtasile açıklanamaz. Zira her açıklanabilen ve tarif edilen şey ancak daha belli bir şey vasıtasile belirlenmek ve açıklanmak zorundadır. Buna göre «olması gereken», asla «olan» dan gelmemek, ona intikal etmemek ve öylece «olması gereken» olarak kalmak suretile kendisini «olan» dan ayırdığımız tasavvurlarla ilgili, şuuru muza doğrudan doğruya verilmiş bir düşünce formudur (23).

Fakat bir tarifi yapılamamakla beraber bu hukukî «olması gereken» in bir tasviri yapılabilir. Nitekim hukuk normunun formal-lojik bünyesine bakıldığında onun, tabiat kanununda olduğu gibi

(20) Kelsen RRL, II, s. 73 - 76, 83; ayrıca bkz. Lacambra, s. 124/125.

(21) Vonlanthen, s. 25.

(22) Kelsen RRL, II, s. 4.

(23) Kelsen HSRL, s. 7 - 8.

şart ve neticenin birbiriyle olan bağlantısını ortaya koyduğu görülür. Bununla beraber, şart ve netice olarak gösterilen bu iki olayın bir biriyle olan bağlantısının benzerliğe rağmen yine de tabiat kanunundan farklı bir mahiyet arzettiğine işaret edilmelidir. Tabiat kanununda iki olay arasındaki bağlantının ne'ini kozalite münasebeti teşkil ettiği halde, burada şart ve neticenin yekdiğerine bağlanması isnat veya atıf (Zurechnung) diyebileceğimiz bir prensibe göre gerçekleşir. Daha açık bir şekilde: Tabiat kanunu bir (A) olayı meydana gelirse, (B) neticesi zorunlu olarak vuku bulur, der; buna karşılık hukuk kanunu olan norm bir (A) olayı meydana gelirse, (B) neticesi de vuku bulmalıdır, demektedir. Böylece bu anlamda, tabiat kanunundan farklı olarak hukukta şart ve netice arasındaki bağlantının kozal değil, normatif karaktere sahip bulunduğu belirtilmektedir. Nitekim ceza hukuku normu kanunen hırsızlık olarak gösterilmiş bir fiili işleyenin hapisle cezalandırılması, hususi hukuk normu da karzen aldığı alacaklıya geri vermeyen borçlunun mal varlığında cebri icranın yürütülmesi gerektiğini ifade etmektedir (24).

4. Hukuk normu ve emir :

a) Yukardaki açıklamadan hukukî «olması gereken» in sadece, hukuk normu vasıtasile hukukî şart ve neticenin bağlandığı spesifik bir anlamı gösterdiği anlaşılmaktadır. «Olması gereken» taşıdığı bu anlam içersinde, hukukî neticenin gerçekleştirilmesi yolunda bir emri gösterir; ancak bunun, yalnız bir emri değil aynı zamanda bir selâhiyet ve müsaadeyi de ihtiva ettiği belirtilmelidir. Diğer bir ifade ile, Kelsen'in «olması gereken» i nihai çerçevesinde sırf bir emretmeyi değil, mezun olmayı (Dürfen) ve yapabilmeyi (Können) de içine alır (25).

b) Böylece hukuk normları bir takım emir normları olduklarına göre, bunların meydana gelmesinin bir iradi akt'ı gerektireceği aşikârdır. Gerçekten, sırf düşünce akt'ı ile üçüncü şahıslara bir emir yöneltmiş olması anlaşılabilir. Bu sebeple, üçüncü şahısların belli bir tarzda davranmaları ile ilgili akt'lar ancak gerçek irade akt'ları olabilirler. Fakat Kelsen'e göre hukuk normu, anlamını teşkil ettiği

(24) Kelsen RRL. I, s. 22; Kelsen RRL. II, s. 93; Vonlanthen, s. 24.

(25) Kelsen RRL. II, s. 123, 124; Vonlanthen, s. 23.

irade akt'ı ile identik olamaz (26). Çünkü normda saf «olması gereken» bulunduğu halde, irade akti «olan» olarak tezahür eder. Bu suretle normda, belli bir tarzdaki davranışla ilgili «olması gereken», kanun koyucunun iradesinden tamamen çözülmüş olarak kendi özel varlık ve anlamına kavuşur; yani irade, onun gerçek sahibi artık mevcut olmasa bile, bütün real ve fizik vasıflarından tecrit edilmiş olarak normun devamlı mer'iyetini ve spesifik varlığını ifade eder (27).

5. Hukuk normu ve müeyyide :

Yukardaki açıklamadan hukuk normunun bir «olması gereken» i ihtiva ettiği anlaşılmış bulunuyor. Fakat aslında Kelsen anlamında gereken şey'in ne olduğu sorulacak olursa mutad hukukî telâkkiden çok farklı bir cevapla karşılaşmak mukadderdir.

Gerçekten mutad görüşe göre hukuk normunda gereken şey, ilk bakışta müeyyide değildir; bu, önceden mevcut bir «olması gereken» in ancak neticesi olarak kabul edilir. Nitekim Borçlar Kanununa göre bir satım akdinde alıcı, satın alınan şeyin akde uygun olarak kendisine teslimi halinde onu kabul etmeye ve semeni akdin hükümlerine göre ödemeye mecbur olur. Şu halde burada satın alınan şeyin akdi ifaasında «olması gereken», alıcının gerçek hukukî vecibesi olarak görünen semenin ödenmesini ifade eder. Alıcı borçlanılmış ve gerekmiş olan semeni serbest iradesi ile ödemezse, bu takdirde satıcı tediyeceyi cebri icra yoluyla talep edebilir. Buna göre anlaşılıyor ki, söz konusu cebri icra, alıcının daha önceden mevcut hukukî vecibesinin sadece bir neticesi olarak tezahür etmektedir.

Fakat Kelsen'e göre, hukuk normunda ifade edilen «olması gereken» in bu tarzda açıklanışı doğru değildir. Hernekadar müeyyidenin gerekmiş olması, müeyyideyi gerektiren davranışın yasaklanmış ve bunun zıddının emredilmiş olmasını ifade eder görünüyorsa da, aslında hukuk normunda gereken şey yasaklanan davranışın zıddı değil, bu davranışın neticesi, yani müeyyidedir. Şu halde emredilen şeyi asla belli bir davranış teşkil etmez çünkü hukukî «olması gereken» sadece müeyyideyi ihtiva eder. Bu suretle Kelsen, hukuk normunun, kısaca hukukun mahiyetini müeyyide ile, maddî cebirle

(26) Kelsen RRL, II, s. 5.

(27) Kelsen RRL, II, s. 9, 10; Kelsen ASL, s. 97.

açıklamaya girişmiş olmaktadır. Ona göre hukuk, netice itibariyle sırf harici bir cebir nizamından, cebir aygıtı ile teçhiz edilmiş sosyal bir teknikten başka bir şey değildir. Çünkü, tekrar ifade edilsin, onun gerçek mantıkî «olması gereken» i sadece müeyyideyi ihtiva ve ifade eder (28).

Demek oluyor ki, hukukun müeyyidesi olarak hukukun karşısında duran şey bundan böyle hukuk normunun bir unsuru olarak hukuken kavranabilmek imkânını elde etmektedir. Böylece de Saf Hukuk Teorisi, tabii hukuk görüşü ile ilgili olarak hukuku kendi iç değerinde, bir hukuk idesi ile olan uygunluğunda bilebileceğini zanneden ve bu itibarla cebir unsurundan vaz geçmek isteyen teoriden açıkça ayrılmaktadır (29).

IV — Hukuk ve Gaye :

Hukukla gaye arasındaki münasebet bakımından da Kelsen'in görüşleri dikkate değer bir mahiyet taşımaktadır. Onun bu husustaki görüşlerini şöylece özetleyebiliriz:

Gaye mefhumunun psikolojik açıklanışı, bu mefhumun menşei olarak, insanın iradi fiili hakkında sahip olduğu şuuru gösterir. Harekette bulunacağımız zaman önce bizzat bizim veya eşyanın, herhangi bir sebepten arzumuzun yöneldiği ve düşüncede teşekkül etmiş bir durumunu ortaya koyarız. Arzumuzun bu hedefi, tarafımızdan meydana getirilecek müstakbel bir işin bu tasavvuru gayedir ve bedenimizin bu işin, yani gayenin gerçekleşmesi için kozal bakımdan zorunlu olan, doğrudan doğruya iradeye tabi hareketleri, keza bu hareketler vasıtasıyla sebebiyet verilen dış âlemdeki diğer real değişiklikler ise, tasavvur olunan gayeye ulaştırdıkları nisbette vasıta olarak tezahür ederler.

İşte olayla istek arasındaki bu münasebeti vasıta ve gaye münasebeti şeklinde kavramak suretile, «olan» ın sebep ve neticeye göre kavranılmasını ifade eden kozal müşahedenin karşısına teleolojik müşahede konulmuştur. Böylece her iki müşahede ve düşünce tarzında temel bakımından farklı, birbirini bertaraf eden iki bilgi metodu görülmek suretile de bütün ilimler bu görüş açısından kozal

(28) Kelsen RRL, II, s. 26; Vonlanthen, s. 27, 28.

(29) Kelsen RRL, I, s. 28.

tabii ilimler ve teleolojik ilimler olmak üzere bir ayrıma tâbi tutulmuşlardır. Özellikle sosyal ilimler ve bu arada hukuk ilmi de bu ikincilere ithal edilmiştir (30).

Halbuki teleoloji ve kozalite birbirine aykırı iki mefhumu değil, aynı bir mefhumu ifade ederler. Vasıta ve gayeye göre olan teleolojik müşahede ile sebep ve neticeye göre olan kozal müşahede, bilgi tarafından kavranılacak olan unsurlar arasında asla farklı iki bağlantı meydana getirmezler. Bilâkis ortada daima, farklı açıdan bakılmış olarak, aynı bağlantı vardır; duruma göre vasıta ve gaye münasebeti olarak kabul edilebilecek olan sadece sebep - netice münasebeti mevcuttur. Diğer bir ifade ile vasıta ve gaye münasebeti daima, başka bir açıdan bakılmış olarak, sebep - netice bağlantısını gösterir. Bir tasavvurda neticeyi öne alırsanız o, gaye ve buna karşılık neticeyi meydana getiren sebep ise, bu gaye için bir vasıta olarak görünür. Hiç bir tezahür sahası yoktur ki ona, kozal prensibin yanı sıra gaye prensibi tatbik edilmesin. Fakat hiç bir zaman bu iki prensip birbirini bertaraf etmez; özellikle gaye prensibinin tatbiki ancak kozal prensibin aynı zamanda muteberiyeti faraziyesi altında mümkündür. Zira müstakbel fiil ve olayın benim tarafımdan meydana getirilecek bir fiil olarak tasavvurunda dahi kozal bağlantı ortadan kaldırılamaz. Bir fiil ve olay meydana getirmek, bir netice meydana getirmekten başka bir anlam taşımaz ve kozal bakımdan sebepsiz hiç bir netice meydana gelemez. Tarafımdan meydana getirilecek olan müstakbel bir fiil ve olayı ancak, kendimi bu fiilin en kesin anlamda kozal sebebi olarak tasavvur ettiğim takdirde düşünebilirim.

Bu suretle sabit oluyor ki, kozalite ve telos, kozal ve teleolojik müşahede arasında hiç bir ayrılık yoktur; bilakis bir iç bağlantı vardır. Şu halde her iki görüş nev'i eksplikatif metoda aittir ve «olan» aleminin bilgisine yönelmiştir. Halbuki norm olarak hukuk, «olan» dan tamamen farklı bir bünyeye sahiptir ve bu sebeple saf formal hukukî «olması gereken» in bilgisine yönelmiş olarak normatif müşahede, kozal müşahededen farklı olmayan teleolojik müşahededenden de ayrı olmak gerekir (31).

(30) Kelsen HSRL, s. 57, 58.

(31) Kelsen HSRL, s. 59, 63, 64; Vonlanthen, s. 39 vd.

rumluluğunu, sadece onun hür bir iradeye sahip olması keyfiyetinin mümkün kıldığını kabul etmek toplum hayatının olayları ile açık bir çelişme içersinde bulunur. Çünkü insanların davranışlarını tanzim eden normatif bir nizamın kuruluşu — ki sırf bu sebeple isnat gerçekleşebilir — bu insanların iradesinin kozal olarak belirlenebilir olmasını, yani hür olmamasını peşinen şart koşar. Normatif nizam ancak insanların tasavvurlarının muhtevası olarak kozal vetireye, sebep ve neticelerin akışına sebebiyet vermek suretile sosyal fonksiyonunu ifa edebilir (34). Aslında tabiatta hüküm süren zorunluluk ile, toplum içinde mevcut ve insanların normatif münasebetleri için esaslı olan hürriyet arasındaki ayrılık, isnat ile kozalite arasındaki temel farka, isnadın nihai bir noktasının bulunması, fakat kozalitenin böyle bir noktasının bulunmaması keyfiyetine dayanır. Gerçekten belli bir olay bir sebebin neticesi ise, bu sebep dahi daima başka bir sebebin neticesidir. Bu itibarla tabiat âleminde bir olay sadece doğrudan doğruya olan sebebine değil, bilâkis bütün, dolayısıyla olan sebeplerine nisbet edilir, sonsuz bir sıra teşkil eden bütün sebeplerin neticesi olarak mânâlandırılır. Halbuki ahlâkî ve hukukî sahada, tabiat nizamının kozalitesine göre sebep - netice olarak tezahür eden nihayetsiz sıranın sadece bir halkası sorumluluğu gösteren isnadın nihai noktasını teşkil eder. Bu nihaî nokta, normda hukukî neticenin isnat edildiği ve bu hukukî neticenin spesifik şartı olan insanın hukuka aykırı davranışdır.

(34) Denilebilir ki, bir tabiat kanunu gereğince daima ve her yerde vuku bulması zorunlu olduğu önceden bilinen bir şeyin gerçekleşmesini emredecek olan bir norm anlamsızdır. Bununla da kozalite ve normativitenin birbirlerini bertaraf ettikleri teslim edilmiş olur. Fakat bu, doğru bir düşünce olmaz. Aslında «doğru söylemek gerekir» şeklindeki norm anlamsız değildir; zira insanları daima ve her yerde doğru söylemeye mecbur kılan bir tabiat kanununun varlığını kabul etmek için herhangi bir sebebe sahip değiliz ve biliyoruz ki, insanlar bazan doğru konuşurlar ve bazan da yalan söylerler. Ancak, bir insanın her iki haldeki davranışı da kozaldır (Kelsen RRL, II, s. 98). İrade hürriyeti doğmasının lehine başka bir delil de, modern hukuk nizamlarının bazı halleri, bu hallerde serbest bir iradi karar kabul edilemeyeceği için, sorumluluktan istisna etmesi olayıdır. Buna göre çocuklar ve akıl hastaları kendi davranışlarından sorumlu kılınmazlar. Halbuki bu gibi kimselerin sorumlu kılınmamasının sebebi, suçlarının yapılışı dolayısıyla, normların tasavvurunun onları belli bir davranışa sevk etmeye muktedir olamaması veya kaideten diğer saiklerin bu tasavvurlara nazaran daha kuvvetli olmasıdır (Kelsen RRL, II, s. 101).

Şu halde insan, hür olduğu için ona isnatta bulunulmuyor, bilâkis isnatta bulunulduğu için hür oluyor (35).

III — Hukuk Normu ile Hukukî Mükellefiyetin Birliği :

Kelsen'e göre, hukuk normları zorunlu olarak hukukî mükellefiyetler yükler. Bunun için genel hukuk teorisi tarafından garip bir tarzda üvey evlât muamelesi yapılmış olan hukukî mükellefiyet mefhumu ön plâna alınmak gerekir. Böylece hukukî mükellefiyet objektif hukukun en esaslı bir fonksiyonu olarak ortaya çıkar (36).

Her akıllı insanda doğuştan mevcut norm şuuru veya norm hissi olarak tarif edilen ahlâkî mükellefiyetten farklı olarak hukukî mükellefiyetin hususiyeti şuradadır ki, bir insan belli bir davranışa ancak, bu davranışın aksi hukuk normunda hukuka aykırılığın neticesi olarak gösterilen bir cebir fiilinin şartını teşkil ettiği takdirde, hukuken mükellef bulunur (37). Hukukî mükellefiyeti, şuurun ve hissin psikolojik bir durumu olarak kabul etmek suretile ahlâkî mükellefiyetle birleştiren görüş aslında tabii hukukla ilgili bulunmakta ve bu sebeple de reddedilmesi gerekmektedir (38). Çünkü belirtildiği gibi hukukî mükellefiyet psikolojik real bir bağ değil, bilâkis hukukî bir bağdır. Hukukî bilgi bakımından herhangi bir kimsenin hukuken belli bir davranışta bulunmaya mükellef olduğu hükmünün, davranışı hukukî mükellefiyetin muhtevasını teşkil eden insanın kendini bağlı hissetmesi ile, hatta böyle bir mükellefiyetten haberi olması ile ilgisi yoktur. Hukukî mükellefiyet kesin olarak objektif bir karaktere sahiptir, yani objektif hukuktan, normdan ibarettir (39).

IV — Hukuk Normu ile Sübjektif Hukukun Birliği :

Aynı şeyi sübjektif hukukun analizinde de görmek mümkündür;

(35) Kelsen RRL, II, s. 95 vd.

(36) Kelsen RRL, I, s. 46.

(37) Kelsen RRL, I, s. 47.

(38) Kelsen HSRL, s. 321.

(39) Kelsen ASL, s. 61.

sübjektif hukuk da objektif hukukun sadece özel bir şeklinden, daha açık bir ifade ile bizzat normdan ibaret bulunmaktadır. Şu halde sübjektif hukuk, ne bir «hukuken sağlanmış irade muhtariyeti», ne de «hukuken himaye edilen menfaat» olarak kavranabilir. İrade ve menfaat teorisi olmak üzere her iki teorinin hatası, doğrudan doğruya hukuk nizamının muhtevasına baş vuracakları yerde, hak sahibinin psişik durumundan hareket etmiş olmalarındadır.

Hukuk normlarına bakıldıkta onların, hukukî mükellefiyetin yanı sıra bazan bir hukukî selâhiyeti de tanzim ettikleri görülür (40). Nitekim, eğer hukukî şartın unsurları arasında, hukukun ihlâli dolayısıyla zarar görenin, hukukî neticeye yönelen, dava veya şikâyet tarzında gerçekleşecek bir irade beyanı kabul edilmişse, bundan böyle ortaya bir hukukî selâhiyet çıkar. Hukuk normu, ancak zarar gören bakımından hukukî selâhiyet olarak ferdileşir ve sübjektif hukuk, yani bir süjenin hakkı olur. Şu halde hukukî selâhiyet olarak sübjektif hukuk, objektif hukukun karşısında, ondan farklı bir şey olamaz; zira bir sübjektif hukuk ancak objektif hukuk onu tanzim ettiği için ve sırf bu takdirde mevcuttur. Hukukî selâhiyet objektif hukukun sadece mümkün ve fakat asla zorunlu bulunmayan bir muhtevası, hukukun kullandığı ve fakat asla kullanmak zorunda olmadığı özel bir tekniktir. Gerçekten, ferdi mülkiyet müessesesi üzerine kurulduğu ve bu sebeple de ferdi menfaati bilhassa gözönünde bulundurduğuna göre, kapitalist hukuk nizamına has bir tekniktir (41).

V — Hukuk Normu ile Hukuk Süjesinin Birliği :

1. Hakiki Şahıs :

Kelsen'e göre, hâkim görüş tarafından hukuk süjesinin, tabii ilimler metodu ile kavranması zorunlu bulunan tabii, real bir varlık olarak kabul edilmesi, onun, biyoloji ve psikolojinin konusu olan in-

(40) Kelsen RRL, I, s. 47/48.

(41) Kelsen RRL, I, s. 48/49. Ayrıca bkz. Kelsen ASL, s. 57, 58; Yörük, s. 249.

sanla bir tutulması neticesini doğurmuştur. Halbuki hukuk süjesi mefhumu tabii ilimler sahasından normatif bilgi sahasına intikal ettirilmek ve bunun için de, aslında hukukî bir birliği ifade eden hukuk süjesi mefhumu hakkındaki bu düşünce tarzı terkedilmek gerekir.

Çünkü insan hukukî değil, biyolojik ve psikolojik bir mefhumdur. Bu haliyle o, hukukî bilgi için bir birlik ifade etmez; hukuk insanı bütün olarak, yani bütün bedenî ve ruhî fonksiyonları ile birlikte ele almaz. O, sadece — mükellefiyet veya hukukî selâhiyet olarak — belli beşerî fiilleri tanzim eder. Diğer bir ifade ile insan, bir hukuk nizamı vasıtasile kurulmuş topluma bütün itibariyle değil, sadece icrai veya ihmali olabilen davranışlarının bazıları ile tabidir ve bunlar sosyal nizamın normları ile tanzim edilir. Aynı bir insanın birbirinden farklı hukukî topluluklara tâbi olabilmesi ancak bu takdirde mümkündür. Şu halde hukukî anlamda şahıs mefhumu, sadece bir çok mükellefiyet ve hakların birliğini, yani bu mükellefiyet ve hakları tanzim eden normların birliğini gösterir. Bu, bir insanın davranışını tanzim eden normların müşahhas bir birlik ifadesidir; normları, bu mükellefiyet ve hakları tanzim eden, ferdileşmesi aynı bir insanın davranışına nisbet edilmekle meydana gelen kısmi nizamın adeta merkezi, odak noktasıdır (42).

2. Hükmi şahıs :

Hâkim görüş hükmi şahsı da real bir varlık, münferit insanlardan farklı, duyumla idraki kabil olmayan bir realite veya münferit insanlardan müteşekkil fert üstü sosyal bir organizma olarak anlamıştır.

Kelsen'e göre ise, aslında nasıl hakiki şahıs insan değilse, hükmi şahıs da insar üstü bir realite değildir. Bu tabii anlamda real olan yalnız, normlar tarafından nizamlanan beşerî davranıştır. Tıpkı hakiki şahıs gibi hükmi şahıs da sadece bir normlar kompleksinin, yani bir kısım insanların davranışını tanzim eden bir hukuk nizamının birlik ifadesidir. Bu, ya derneğin hükmi şahsını kuran bir der-

(42) Kelsen RRL, I, s. 52, 53; Kelsen RRL, II, s. 178; Kelsen ASL, s. 63, 64. Ayrıca bkz. Hippel, s. 344.

nek statüsü gibi kısmî bir nizamın veya devlet şahsında ifadesini bulan total bir hukukî nizamın müşahhaslaşmasıdır (43).

Böylece burada, hakikî şahıs ile hükmî şahıs ayrımının aynı sistem içersinde sadece derece ve şümül farkına irca edildiğine dikkat edilmelidir (44).

İKİNCİ BÖLÜM

Hukuk Nizamı

A — HUKUK NİZAMININ YAPISI

I — Hukuk Nizamının Birliği :

1. Hukukun yaratma ve yaratılması kaidesi :

Hâkim görüşüne göre, hukuk sadece genel ve mücerret normların bir sistemidir. Buna karşılık, ferdi ve müşahhas muhtevaları dolayısıyla asla mücerret normlardan çıkarılamayan müşahhas hukukî fiiller bu, hukuk nizamı denilen kapalı birliğin dışında bağımsız bir mevki alırlar (45).

Halbuki Kelsen'e göre, bu müşahhas hukukî fiillerin de hukuk olarak kavranması ve müşahade tarzının ikiliğinin bertaraf edilmesi gerekir. Şu halde devletin icrai fiilleriyle birlikte bütün hukukî fiiller hukuk normları ve onların, genel normların muhtevasını aşan muhtevaları, eğer hukuken kavranılması gerekiyorsa, hukuk normlarının muhtevası olarak kavranılmak zorundadır. Fakat bu şekilde postula olarak vazedilen genel ve ferdi normlar arasındaki sistematik birlik, ferdi normun genel norm içersinde kararlaştırılmış olduğu düşüncesi ile sağlanamaz; zira ferdi norm kendi muhtevası bakımından genel normun muhtevasını aşar. O halde burada dinamik bir müşahadenin işe karışması zorunludur. Aranılan birliği ancak, yaratma ve yaratılma kaidesinin birliği sağlayabilir (46).

(43) Kelsen RRL, I, s. 54. Devletler birliği, devletler hukuku topluluğu, devlete üstün kabul edildiği takdirde münferit devletlerin hukuk nizamları da kısmi bir nizam haline gelir (Kelsen ASL, s. 66).

(44) Bkz. Kelsen ASL, s. 66/67.

(45) Onar, s. 163.

(46) Kelsen HSRL, Vorrede zur zweiten Auflage, s. XII - XIV.

İşte bu gaye ile Kelsen tarafından, bizzat hukukun yaratılması üst kademedeki normun hukuken esaslı bir muhtevası haline getirilmektedir. Bunun neticesi olarak da daha aşağıdaki normların, ferdi ve özel muhtevalarıyla birlikte bütün hukukî fiillerin, üst kademedeki normun muhtevasını teşkil eden sadece yaratılma kaidesine uygun bulunmaları halinde, sırf bu şekli uygunluk dolayısıyla üst kademedeki normun muhtevasında yer almak ve ondan çıkmakla (47) hukuk olarak kavranılması mümkün olmakta, böylece hukukun aynı bir yaratma ve yaratılması münasebeti gereğince en üst kademedeki normdan ferdi ve müşahhas hukukî fiillere kadar inen yol üzerinde hukuk nizamının birliği sağlanmaktadır (48).

2. Hukukun yaratılması ve tatbiki :

Kanun vaz'ı ile hukukun yaratılması mefhumlarını aynı kabul eden görüşün aksine olarak Kelsen'e göre, bir tarafta hukukun yaratılması ve diğer tarafta da hukukun tatbiki arasındaki ayrılık mutlak bir karaktere sahip değildir. Hukukî fiiller, hem hukukun tatbiki ve hem de aynı zamanda hukukun yaratılması fiilleridir. Bu hukukî fiillerle daha yüksek kademedeki norm icra edilir ve daha aşağı kademedeki bir norm meydana getirilir.

Ancak, en üst kademedeki norm saf bir norm vaz'ı ve buna karşılık idarî emir ve kazaî hükümlerin icrası olan zecir fiili saf bir icra karakterine sahiptir. Şu halde sadece bu iki had arasında kalanlar bir taraftan hukukun yaratılması, diğer taraftan hukukun tatbik ve icrası olarak tezahür ederler. Böyle olunca da hukukun yaratılması ile tatbikinin birliği fikri ortaya çıkar (49).

3. Amme hukuku ve hususî hukuk :

Hukuk nizamının birliği konusunda amme hukuku ile hususî hukuk arasındaki mahiyet farkının da ortadan kaldırılması gerekir. Bunu da, hukukun yaratılması olayının sağladığına Kelsen özellikle işaret eder (50).

Bu güne kadar tamamen tatmin edici bir tarifi yapılamamış ol-

(47) Ancak, bu çıkış iradi fiille gerçekleştirilir (Kelsen RRL. I, s. 64).

(48) Kelsen RRL. I, s. 73, 74.

(49) Kelsen RRL. II, s. 239, 240.

(50) Kelsen RRL. I, s. 111; Kelsen RRL. II, s. 285.

makla beraber bu ayırım da genellikle, hukukî münasebetlerin aşağıdaki şekilde bir bölünmesi söz konusudur: Hususî hukuk eşit, hukuken aynı değerde olan süljeler arasındaki bir münasebeti, buna karşılık amme hukuku ise bir üst ve bir ast sülje, yani birisi diğeri-ne nazaran hukuken daha çok değerli olan iki sülje arasındaki münasebeti gösterir. Bunun için amme hukuku münasebetleri kudret veya hâkimiyet münasebetleri olarak, buna karşılık hususî hukuk münasebetleri de doğrudan doğruya hukukî münasebetler, kelimenin gerçek ve dar anlamında hukukî münasebetler olarak isimlendirilir. Halbuki bazı süljelere tanınan üstün değerlerin neden ibaret bulunduğuna daha yakından bakılınca, burada hukuk yaratan olayların bir ayırımının söz konusu olduğu ve bunun, devlet şekillerinin bölünmesinin esasını teşkil eden ayrılığa dayandığı görülür. Gerçekten hukuk normunun insanı belli bir davranışa mükellef kılması, onun esaslı fonksiyonu olarak bilinince, devlet şeklinin (veya hukuk şeklinin) belirlenmesinde hukuk normu vasıtasıyla mükellef kılınan insanın, yani norma tâbi olanın, kendisini mükellef kılan bu normun yaratılmasına iştirak etmiş olup olmadığı kesin bir rol oynar. Buna göre demokrasi ve otokrasi veya cumhuriyet ve monarşi olmak üzere devlet şekilleri ortaya çıkar.

Nitekim vatandaşlara nisbetle devlete, onun organlarına, tanınan üstün değer, hukuk nizamı tarafından devlet organları olarak sıfatlandırılan insanlara vatandaş tek taraflı irade beyanı ile mükellef kılmak hususunda bir selâhiyet bahşedilmesini ifade eder. Amme hukuku münasebeti için tipik bir örnek idarî emir, yani idare organının vaz ettiği ferdi normdur. Bunun karşısında yine ferdi norm karakterinde tipik hususî hukuk münasebeti olarak hukukî muamele, özellikle akit bulunur. Bu iki örnek ele alınacak olursa görülür ki, hukukî muamelede, özellikle akitte mükellef kılınan süljelerin mükellef kılan normun yaratılmasına katılmalarına karşılık, amme hukuku ile ilgili idarî emirde böyle bir katılma söz konusu olmaz.

Şu halde amme hukuku ile hususî hukuk arasında hiç bir mahiyet farkı görülemez. Her ikisi arasındaki ayrılık sadece hukukun yaratılmasındaki metod farkını ifade eder. İdarî emirde olduğu kadar, hususî hukuk sahasındaki hukukî muamelede de söz konusu olan sadece umumî bir normun ferdileşmesidir (51).

(51) Kelsen RRL, I, s. 107 vd.; Kelsen RRL, II, s. 283 vd. Amme ve hususi hukuk düalizminin teorik değil, ancak ideolojik bir anlam ve önemi vardır (bkz. Kelsen RRL, I, s. 113; Kelsen RRL, II, s. 286).

II — Hukuk Nizamının Kademeli Yapısı :

1. Temel norm ve anayasa :

a) Hukukun yaratılması vetiresi hukuk nizamının kademeli yapısının da esasını teşkil eder. Buna göre kademeli yapının en üstünde temel norm bulunur. Fakat, hukuk nizamının birliğini sağlamak için kabul edilmiş bulunan bu norm pozitif bir hukuk kaidesi değil, ona tâbi normların hukuk ötesi nihai, mantıki bir mer'iyet sebebi olduğu için sadece bir hipotezden ibarettir ve aynı zamanda formal bir şey olarak, irade beyanları hukuken bağlayıcı, yani mer'i olması zorunlu bulunan bir otoriteyi, bir hukuk kaynağını belirtmekle hukukun yaratılmasını sağlayan bir kaide olmak özelliğine sahiptir. Bu itibarla ki, bazan Kelsen tarafından, kendisine dayanılarak devletin en eski anayasasının vaz'ının hukuk yaratan bir olay olarak kabul edildiği hukuk mantığı anlamında bir anayasa diye isimlendirilir (52).

b) Bu temel normdan sonra, sadece devletle ilgili bir hukuk nizamı gözönüne alınınca, pozitif hukuk bakımından en yüksek kademeyi teşkil eden anayasa gelir. Meşruiyetini temel normdan alan anayasa genel karakterdeki hukuk normlarını, kanunları vaz edecek olan organları gösterir (53).

2. Kanuni hukuk ve örf ve âdet hukuku :

a) Anayasaya en yakın kademeyi kanun vaz'ı yoluyla meydana getirilen genel mahiyetteki hukuk normları teşkil eder. Anayasanın tanzim ettiği şekilde genel karakterdeki hukuk normlarının meydana getirilmesi ile ilgili bu kademe çok defa münferit devletlerin pozitif hukuk nizamlarında tekrar iki veya daha çok kademelere ayrılmıştır. Bu konuda olmak üzere, anayasanın esas itibariyle genel mahiyetteki hukuk normlarının meydana getirilmesini halk

(52) Kelsen RRL, II, s. 228, 339; Kelsen ASL, s. 249. Ayrıca bkz. Pita-mic, s. 341. Şu var ki, bu temel norm devletler hukuku ile devlet hukuku arasındaki münasebetin açıklanmasında, devletler hukukunun üstünlüğü hipotezi kabul edildiği takdirde pozitif bir kaide karakterini kazanmaktadır (bkz. aşağıda Nr. III, 3.). (Ayrıca bkz. Meray, s. 74).

(53) Kelsen RRL, II, s. 228/229.

tarafından seçilmiş bir parlamentoya naklettiği ve fakat, bazı idare organları tarafından neşredilen genel normlar vasıtasıyla kanunların tafsil edilmesini kabul ettiği veya belli haller için bazı genel normların neşrine parlamentonun yerine hükümeti selâhiyetli kıldığı yerde bilhassa önemli olan, kanun ve nizamname ayrımı zikredilmelidir (54).

b) Kelsen'e göre, kanun vaz'ı tâbiri ile ifade edilen hukukun yaratılması mefhumu, hukukun yaratılması — genel normların vaz'ı anlamında da — sadece özel organların şuurlu hukuk yaratmaları olarak değil, aynı zamanda örf ve âdet yoluyla da mümkün olduğu için, dar bir anlam taşımaktadır (55).

Gerçekten anayasa, şuurlu bir şekilde vaki kanun vaz'ı olayını hukuk yaratan bir olay olarak sıfatlandırdığı gibi aynı zamanda belli bir özellikteki örf ve âdet olayını da hukuk yaratan olay olarak kabul edebilir: Böylece kanunî hukukla örf ve âdet hukuku olmak üzere her iki hukukî tezahür de anayasadan çıkmakla, aynı kademede yer alırlar (56).

3. Ferdi ve müşahhas kararlar :

Hukuk nizamının kademeli yapısında kanunî hukukla örf ve âdet hukukunun yer aldığı kademeyi takiben, son kademeyi teşkil etmek üzere gittikçe daha ferdi ve müşahhas bir hale gelen icrai ve kazai kararlarla birlikte hukukî muameleler gelir. Artık bu kademeden sonra tam anlamı ile bir fiil ve olaydan ibaret olan icra ve infaz fiilleri söz konusu olmaktadır (57).

III — Hukukun Pozitivitesi :

Kelsen'e göre bir hukuk normunun mer'iyeti kendisinin, daha üstün bir norma şeklen uygun olarak meydana getirilmiş olmasından çıkmaktadır. Yani bir norm, bir hukuk nizamının unsuru olarak ispat edilebildiği zaman pozitif hukuk karakterini kazanır. Bu ispat

(54) Kelsen RRL. I, s. 76, 77; Kelsen RRL. II, s. 230, 235.

(55) Kelsen ASL, s. 232.

(56) Kelsen RRL. II, s. 231, 232.

(57) Bkz. Kelsen RRL. I, s. 79 vd.; Kelsen RRL. II, s. 242 vd.

keyfiyeti ise kademeli bir şekilde nihai kaynağa, temel norma çıkılmakla vaki olur. İlme ait bir faraziye de olsa bu nihai kaynak pozitif hukukun üstünde bir «olması gereken» olup, asla bir olay değildir. Fakat hukuk nizamının kademeli yapısının en alt basamağında ferdeleşmiş normun icrasından ibaret olan hukukî bir fiil bulunmaktadır ki, bu artık sadece bir olaydır. Şu hale göre hukukun pozitivitesi meselesi hiç bir zaman real, gerçek bir bakiye kalmaksızın halledilememekte, «olması gereken» in «olan» la münasebeti tamamen bertaraf edilememektedir (58).

Bu durum karşısında hukukun pozitivitesi problemini bir hukukî muhteva problemi olarak Saf Hukuk Teorisinden kati bir şekilde çıkarmaktan başka çare kalmamaktadır. Bir nizamın müessiriyetinin, yani ona bilfiil riayet edilmesinin, bu nizamın mer'iyeti ile ne gibi bir münasebeti olduğu probleminin, muhtevaya müteallik bir problem olması itibarile, Saf Hukuk Teorisi ile ilgisi yoktur. Bir hukukî formlar teorisi olarak Saf Hukuk Teorisi sadece normlara ve onların bağıntılarına taallük edip, asla hukukî pozitive problemi ile meşgul olmaz (59).

Buna göre, Kelsen teorisinde pozitive meselesinin tamamen başka bir anlamda kabul edildiği, pozitif hukuk tabirinin sadece tabii hukuka cephe almak için kullanıldığı anlaşılmaktadır. Saf Hukuk Teorisinin konusu ideolojiden ibaret bulunan tabii hukuktan farklı olarak, olan bir hukuktur. Fakat bu «olan» ın, tabii gerçeklikten de farklı bulunduğu için, normatif bir «olan» olduğu bilhassa belirtilmelidir (60).

B — HUKUK NIZAMI İLE BAZI HUKUKİ MEFHUMLARIN

BİRLEŞTİRİLMESİ

I — Hukuk Nizamı ile Devletin Birliği :

Kelsen doğru bir devlet teorisini kurmak yolunda, onun sosyolojik ve hukukî olmak üzere ikiye bölünmesine karşıdır. Devlet hukukî

(58) Kelsen ASL, s. 249, 250.

(59) Kelsen ASL, s. 18; ayrıca bkz. Pitamic, s. 341.

(60) Kelsen RRL, I, s. 37, 38; Kelsen RRL, II, s. 107 vd.

bir mefhum olmak itibariyle ancak normatif sahaya ait olabilir. Bunun içindir ki, devletin real bir varlık olduğu görüşü ve böylece de bir devlet sosyolojisinin imkânı reddedilmelidir. Çünkü insanları devlet dediğimiz birlik içinde toplayan şey, sebep - netice bağlantısı değil, ancak hukuk nizamıdır.

Bilgisi yalnız saf hukukî bir yolla mümkün olabilen devlet, pozitif hukuk nizamının bir birlik ifadesi, diğer bir söyleyişle hukukun müşahhas bir hale getirilmesidir. Hukukla bir ve aynı olan devlet artık, bütün kısmî hukuk nizamlarını ihata eden total hukuk nizamının birliğini ifade etmektedir (61).

II — Hukuk Nizamının Bağımsızlığının, birliğinin ve tek oluşunun ifadesi olarak hâkimiyet :

Kelsen hâkimiyetin devlet kudretinin bir özelliği olarak bilinip gösterilmesini de doğru bulmamaktadır. Devlet kudreti tabii bir olay, fizik ve psikolojik bir kuvvet olarak kabul edilemez. Çünkü hâkimiyet mefhumu devletin en yüksek kudret olduğunu, kendisinden daha üstün bir kudretin mevcut bulunmadığını ifade ettiğine göre, tabiat âleminde en yüksek, en üstün bir kuvvet bulunmak gerekirdi. Bu ise, imkânsız bir tasavvurdur.

Şu halde, devletle hukukun eşitliği dolayısıyla, devletin veya hukukun bir özelliği olan hâkimiyet normatif bir mefhum olabilir ve ancak saf hukukî metodla kavranabilir. Böylece hâkimiyet, müşahhas hallerde devletin hükümran olup olmadığı sorusunun cevaplandırılmasına elverişli değildir. Bu mefhum dolayısı ile söz konusu olan tabii veya sosyal bir olayın tesbiti değil, bilakis bir prensip, hukuk teorisi ile ilgili bir hipotezdir. İşte bu açıdan bakıldıkta hâkimiyet mefhumu üç farklı anlama gelir :

Bir anlamda hâkimiyet, hukuk normları sisteminin dış bağımsızlığını ifade eder. Bir devletin hükümran olduğu, bu sistemin dışında duran, yani akılda, tabiatta veya Tanrıda mevcut bir norma uygunluk anlamında, bir mer'iyet sebebi probleminin ortaya konulamıyacağını gösterir.

Diğer bir anlamda hâkimiyet, hukuk normları sisteminin iç birliğinin sembolü olur. Devlet veya hukuk dediğimiz sistemin birliği,

(61) Kelsen ASL, s. 6 vd.

bununla ilgili ilim için sarsılmaz bir prensip olmak gerekir; bu birliğin ifadesi devletin hâkimiyetidir.

Hâkimiyetin üçüncü bir anlamı ise, tek bir hukuk nizamının mevcut olabileceğini, hukuk teorisinin tek bir konusu olabileceğini ifade eder (62).

III — Devlet hukuk nizamı (iç hukuk) ile devletler hukukunun birliği :

1. Devletler hukukunun hukukîlik karakteri :

a) Hukuk mefhumu gereğince devletler hukuku, münferit devlet hukuku gibi aynı karaktere sahiptir; çünkü o da bir cebir nizamıdır. Tıpkı münferit devlet hukuk nizamlarının normları gibi devletler hukukunun normları da şart olarak topluma zararlı bir olayın, netice olarak bir cebir fiili ile bağlantısını ifade eder (63).

b) Yine hukuk mefhumunun tarifine uygun olarak devletler hukukunun da haklı veya mükellef kıldığı münferit insanlardır. Hukukun kendine has karakteri beşerî davranışın nizamlanması olduğu için bir hukukî mükellefiyetin ve selâhiyetin konusu münferit insanların davranışından başka bir şey olamaz. Bu bakımdan devletler hukukunun münferit insanları değil de, devletleri haklı veya mükellef kıldığı yolundaki görüş hatalıdır. Fakat şu var ki, bu hukuk nizamı insanları, devlet hukuk nizamı gibi doğrudan doğruya değil de, iç hukukta devletle diğer hükmî şahıslar arasındaki münasabette olduğu gibi, münferit devlet hukuk nizamı vasıtasile bağlar. Bu sebeple devletleri bağlayan devletler hukukunun normları tamamlanmaya muhtaç normlardır. Bu normlar beşerî davranışın sadece maddî unsurunu, yani yapılması veya yapılmaması gereken şeyi belirtirler, fakat şahsî unsurunu ihtiva etmezler. Bu şahsın be-

(63) Devletler hukukunun kendine has müeyyideleri ise mukabeleibil-misil ve harptir. Fakat devletler hukuku henüz iptidai bir hukuk nizamı olup, münferit devlet hukuk nizamının çoktan aşmış bulunduğu bir teka-mülün ancak başlangıcındadır. Umumi devletler hukuku sahasında ve böylece bütün devletler hukuku topluluğu için henüz bir merkezîyet görü-lemeyiz. Burada halen, hukuk normlarının meydana getirilmesi ve icrası için iş bölümüne uygun olarak vazife gören organlar mevcut değildir (Kelsen RRL, I, s. 131; Kelsen RRL, II, s. 321 vd.).

lirtilmesini devletler hukuku, vekâlet (Delegation) yoluyla münferit devlet hukuk nizamına bırakır.

2. Devletler hukuku ve hukuk sisteminin birliği :

Böylece devletler hukuku da münferit devlet hukuku gibi aynı mahiyette bir hukuk olarak gösterildiğine göre, bu hukuk ve diğer devlet hukuk sistemlerinin fiili çokluğu hâkimiyet mefhumunun anlamının gerektirdiği devlet hukuk sisteminin yegâne oluşu düşüncesine uygun düşmemektedir. Şu halde burada ortaya çıkan mesele, bütün bu hukuk nizamlarının sistematik bir birlik içersinde kavranmasının nasıl mümkün olacağıdır. İşte Kelsen'e göre, hukukî bilginin istenilen bu birliğini ancak hukukî hipotezlerin yardımı ile sağlamak mümkündür.

Bu hipotezlerden biri tanıma teorisinde ifadesini bulur. Bu görüşde yabancı nizamların kavranması için müşahidin kendi devletinin hâkimiyetinden hareket edilir. Devletler hukuku müşahidin kendi devleti için bağlayıcı olmak, keza diğer devletler de hukukî toplumlar olarak gözönünde bulundurulmak gerekirse, bu devlet tarafından tanınmış olmak zorundadır. Bu suretle devletler hukuku ve diğer devlet hukuk nizamları mer'iyetlerinin sebebini müşahidin kendi devlet hukuk nizamında bulurlar. Yani müşahidin devlet hukuk nizamı devletler hukukunun ve diğer devlet hukuk nizamlarının üstünde kabul edilir.

İkinci bir hipoteze göre ise, devletlerin kendi mer'iyet sahalarında birbirlerine karşı sınırlandırılmış olarak kabul edilebilmesi ancak, bu nizamların üstünde, onları koordine eden bir hukuk nizamı düşünüldüğü zaman mümkündür. Bu nizam yalnız devletler hukuku nizamı olabilir ve gerçekten de odur. Bundan böyle artık münferit devletler eşit olarak kavranılır ve bir bütünün parçaları, devletler hukuku nizamının organları olarak kabul olunurlar. Şu halde diğer hükmî şahıslar gibi devletleri de kısmî bir nizam olarak düşünen bu, devletler hukukunun üstünlüğü denilen teoriye göre devletler hukuku tamamen pozitif bir anlamda hukuk sisteminin birliğini sağlamaktadır. Fakat yanlış anlaşılmasına engel olmak için hemen bildirilmelidir ki, bu birlik sadece bilgi bakımından bir birlik olup, teşkilâtlanmış bir birlik değildir.

Şimdi bu iki teoriden hangisinin üstün olduğu sorulacak olursa

Kelsen'e göre her ikisi de doğru ve haklıdır. Bir seçme, hukukî değil ancak politik düşünce ile yapılabilir.

3. Devletler hukuku ve temel norm :

Burada ikinci teorinin önemli bir neticesine işaret etmek yerinde olur. Gerçekten, devletler hukukunun üstünlüğünden hareket edilince devletler hukukunun mer'iyet sebebi devletin iradesinde değil, bizzat bu nizamda bulunmak gerekir. Devlet hukuk nizamında olduğu gibi devletler hukuku nizamında da nihai mer'iyet sebebinin bir temel norm teşkil eder. Fakat bu norm artık hipotetik değil, münferit devlet hukuk nizamlarının en yüksek hukukî otoritelerini belirten pozitif bir hukuk kaidesi karakterindedir. Bu, devletler hukukunu ve onunla birlikte bütün hukuk sisteminin birliğini kuran devletler hukukunun temel normudur (64).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Kelsen'in Hukuk Görüşünün Metodolojik Anlamı

I — Bilgi teorisi bakımından :

1. Rasyonel ve transandantal karakteri :

a) Kelsen'in hukuk anlayışının bilgi teorisi ile ilgili temellerinin araştırılmasında önce onun Kant anlamında rasyonel bir karakter taşıdığı belirtilmelidir.

Gerçekten Kelsen hukuk ilminin, bir yandan tabiat âleminde mevcut realite ile meşgul olmaması ve diğer yandan belli bir hukuk nizamının ihtiva ettiği normların anlamlarının aydınlatılmasını araştırma sahasından çıkarması gerektiğini söylerken teorisine tamamen rasyonel bir karakter kazandırmaktadır. Çünkü amprik

(64) Kelsen RRL, I, s. 129 vd.; Kelsen RRL, II, s. 321 vd. Ayrıca bkz. Çelik, s. 53/54. Bu temel normun pozitif bir hukuk kaidesi olduğu şuradan çıkmaktadır ki, adı geçen temel norm, örf ve adet yoluyla meydana getirilen ve bütün devletleri bağlayan umumi devletler hukukunun normları arasında yer almaktadır (Kelsen RRL, I, s. 129; Kelsen RRL, II, s. 324).

tecrübeden gelen madde ve muhteva ile ilgili unsurların değerinin küçümsenmesini, buna karşılık bütün önemin düşüncenin bizzat kendi faaliyetine verilmesini gaye bilen bir bilgi istikameti, amprizme aykırı olarak rasyonalizm diye isimlendirilmek gerekir (65). Bu itibarla ki, Kelsen için söz konusu olan gerçeklik değil, hukukun ve devletin imkânı ve bunların mantıki ön şartlarıdır (66).

Yalnız, Saf Hukuk Teorisinin böylece bütün tecrübi unsurları ihmal ederek sadece mümkün olan hukuku araştırma sahasına alması bir tabii hukuk düşüncesine iltifat ettiği şeklinde anlaşılmalıdır. Mümkün olan hukuktan Kelsen tamamen, «tecrübenin formal şartları ile uygun olan şey, mümkündür» diyen Kant anlamında bahseder (67). Yoksa aksine yukarda da belirtildiği gibi onun teorisi sadece pozitif hukukun bir teorisidir (68).

b) Şu halde burada söz konusu olan rasyonalizm kainat, ruh ve Tanrı'nın mahiyeti hakkında saf akıl yoluyla doğru bir bilgi edinebileceğini zanneden aşırı bir rasyonalizm değildir. Bu rasyonalizm bilginin imkân ve şartlarını inceleyen bilgi teorisi ile ilgili olmak bakımından Kant anlamında tipik bir transandantal karaktere sahiptir. Gerçekten Kelsen'in teorisi tecrübeden bağımsız, mantıken ondan önce gelen, akılda mevcut saf şekillerin bulunmasına yönelen transandantal metodun, fakat kozal metoda karşılık normatif bir metod olarak, hukuk ilmine de tatbikini ifade etmektedir. İşte bu sebeple, bütün hukuk normlarının hukukîlik karakterini kuran, fiili bir hukuk nizamının mefhumlarının içine sokulmasının zorunlu bulunduğu norm veya «olması gereken» (Sollen) düşüncesi Kant anlamında transandantal bir kategori olarak karşımıza çıkmaktadır (69).

(65) Marck, s. 7; Jöckel, s. 42, 152.

(66) Kelsen MHN, s. 399.

(67) Was mit den formalen Bedingungen der Erfahrung übereinkommt, ist möglich. (Kant, s. 202).

(68) «Saf Hukuk Teorisi» tâbirinin de bir doğru hukuku ifade etmediği hakkında bkz. Kelsen MHN, s. 408.

(69) Kelsen ASL, Vorrede s. V; Kelsen HSRL, Vorrede zur Zweiten Auflage s. VI; Kelsen RRL, I, s. 20, 21; Kelsen RRL, II, s. 93; ayrıca bkz. Kelsen RUR, s. 27 vd.; Kant, s. 80; Marck, s. 3.

2. İdealist karakteri :

Kelsen'e göre, bilginin objesi bizzat bilgi ameliyesi vasıtasıyla yaratılmaktadır. Hukuk ilminin vazifesi de önceden verilmiş, belirlenmiş ve tarif edilmiş bir konuyu tasvir etmek değildir. Hukuk ilminin konusu olan hukuk, daha çok ilmî araştırmanın bir mahsulüdür. Hukukî araştırmanın başında olan şey, henüz tamamen belirsiz bir şey, bir kaostur. Burada hukuk ilminin vazifesi olarak söz konusu olan, hukukî araştırmaya malzeme teşkil eden şeylerin en yüksek mefhum olan «hukuk» mefhumu, yani saf «olması gereken» altında toplanması keyfiyetidir; hukukî normatif metodla hukuk ilminin konusu olan hukukun yaratılması (70).

Böyle bir düşüncenin bilgi teorisi açısından ifadesi idealizmdir. Çünkü, Cohen tarafından temsil edilen ve Kant'ın görüşlerinden hareket etmekle beraber «kendiliğinden şey» (Ding an sich) in varlığını atıp bütün gerçek real şeyleri düşünölmüş şeylere irca etmek suretile onu aşan bilginin idealist istikametine göre, eşya ve olaylar hazır olarak verilmiş şeyler değil, bilakis vazife olarak verilmiş şeylerdir. Onlar bilgi vetiresinin başlangıcında değil, erişilemiyen bir hedefte bulunmaktadır. Eşya ve olaylar bizim için, bilgi faaliyetinden önce soru işaretlerinden ibarettir. Şu halde bilgi vetiresi nihayetsiz bir yaratma vetiresi olarak kabul edilmelidir. Bilginin konusu, devamlı bir vazife ve ebedî bir problem olarak ancak ilim tarafından yaratılır (71).

3. Formalist karakteri :

Kelsen'in hukuk anlayışının aynı zamanda formalist bir karakter taşıdığı esasen, transandantal karakterinden kolaylıkla anlaşılabilir. Nitekim teorisinin başında hukukun üst mefhumu olarak bulunan saf «olması gereken» mefhumunun hiç bir maddî muhtevayı haiz olmayan saf formal bir kategori olduğu bir kere daha ifade edilmelidir. Keza temel norm da saf formal bir şeydir. Bu nor-

(70) Bilginin kendi konusunu yarattığı hususundaki bilgi teorisine müteallik görüş ile, hukuk ilminin bir hukuk kaynağı olamayacağı yolundaki görüşün birbiriyle hiç bir ilgisi yoktur (Kelsen SJS, s. 206/207). Ayrıca bkz. Jöckel, s. 60/61.

(71) Überwegs, s. 378. Ayrıca bkz. Cohen, s. 15, 28 vd.; Vonlanthen, s. 44/45.

mun tipik muhtevası, irade beyanları hukuken bağlayıcı olarak mer'i olması zorunlu bulunan bir otoritenin, bir hukuk kaynağının belirtildiğini gösterir. Bu otoritenin hangi neviden olduğu önemli değildir; bir monark bir halk meclisi veya bir parlamento da olabilir. Çünkü temel norm zorunlu değil, bilakis sadece mümkün bir muhtevaya sahiptir. Bunun gibi, en yüksek otorite tarafından vaz edilen hukuk normlarının muhtevası da kayıtsızca karşılanmaktadır (72).

Böylece, Kant ve Yeni Kantçı Felsefenin tabii bir neticesi olan bilgi teorisindeki, bilginin anlam ve öneminin onun formal karakterinde sona erip daha ileriye gitmeyeceğini söyleyen formalizmi Kelsen, kendi hukuk teorisine tatbik ederek hukuk ilminin vazifesini bütün tecrübi unsurlardan temizlenmiş saf şekillerden başka bir şey olmayan transandantal hukuk mefhumlarının bulunmasında görüyor. Bu anlamda formalizm, ona göre, ayıplanacak bir formalizm değildir; çünkü bu formalizmde objektivite vardır ve esasen ancak formal olan objektiftir (73).

4. Hipotetik karakteri :

Kelsen'in hukuk anlayışının metodolojik yönden, bir taraftan da hipotetik bir karakter taşıdığı herşeyden önce, kendisinden mer'i normlar sistemi olarak bütün pozitif hukuk nizamının çıkarıldığı bir çıkış noktasının, bir hukuk faraziyesinin aranmasında görülür. Bu faraziye, yani temel norm, tamamen temellendirici bir hipotezin fonksiyonuna sahiptir ve bunun seçimi ilk plânda keyfi olarak bilinmelidir (74). Demek oluyor ki, Kelsen'e göre hukuk nizamının mer'iyet sebebinin meydana çıkarılması, ne fiili politik kuvvet münasebetleriyle, ne de pozitif hukukun normları ile önceden belirlenmiştir; daha çok muhtelif prensipler arasında bir seçme yapılır ve bu seçme dış şartlarla determine edilmiş bir seçme değil, bilakis bundan bağımsız, az çok keyfî bir seçmedir (75).

Fakat yine de burada her bakımdan tam bir keyfilik yoktur. Bu hipotezin bulunmasında keyfilik, hakikat mefhumu ile hiç bir müşterek tarafı olmayan bir prensip vasıtasile tahdit edilmiştir. Bu

(72) Kelsen ASL, s. 99, 321; Kelsen RRL, II, s. 199.

(73) Kaufmann, s. 6, 20/21; Kelsen ASL, s. 18; Kelsen JFR, s. 1723.

(74) Kelsen SUV, s. 96/97.

(75) Jöckel, s. 69/70.

yüksek, genel prensip düşüncede tasarruf telâkkisinin bir mahsulüdür. Anglo Sakson pragmatizmi ile derin ilgisi olan bu görüşe göre, mefhumların ve hükümlerin, özellikle hakikat mefhumunun teşkili biyolojik açıdan düşünülmemekte ve böylece bunların teşkili canlı bir varlığın çevresine intibakının bir kısmı olarak görülmektedir. İlmin vazifesi objektif hakikatı bulmak değil, olaylar âleminin gayeye en uygun bir açıklamasını yapmaktır. İlim, yaşamanın sağlanması yolunda düşünce ve fiil için vasıtalar toplamaktan başka bir şeyi ifade etmez. Şu halde her hüküm hakikat açısından değil, gayeye uygunluk en fazla kuvvet ve düşünce tasarrufu açısından düşünülmemelidir; onların muteberiyetlerinin belirleyici özelliği kuvvet ve düşünce tasarrufudur (76).

İşte tabii ilimler sahası için vaz edilmiş, fiilen var olan şeylerin pek çoğunu mümkün olduğu kadar basit bir formülle açıklamaya yarayan bu prensip, Kelsen tarafından nakledildiği normatif bilgi sahasında ifadesini, «olan» ve «olması gereken» sahaslarını mümkün olduğu kadar birbirine uygun hale getirmek düşüncesinde bulur. Yani hipotez o şekilde seçilmelidir ki, seçilen bu hipotezden çıkan hukuk nizamının normlarına mümkün olduğu kadar çok fiili olay uygun bulunsun.

Bundan, hukukî metod için çıkan netice şu oluyor ki, Kelsen bir hukuk teorisinin vazifesini hakikatı bulmakta değil, bilakis mümkün olan hipotezlerin sistematik bir şekilde meydana çıkarılmasında ve onların bütün mantıki neticelerine kadar takip edilmesinde görüyor (77).

5. Kelsen metodu ve fiksiyonlar teorisi :

Kelsen'in metodunun teşkilinde Vaihinger'in felsefesinin tesirlerini de görmek mümkündür. Nitekim ona göre, devlet de dahil olmak üzere ister hükmî şahıs, isterse fizik şahıs olsun bütün şahıs tasavvurları gerçek anlamında, hukukî bilgi teorisi ile ilgili fiksiyonların tipik bir örneğini teşkil eder. Realitede mevcut bir varlık olduğu neticesini çıkarmak için hukuk süjesi mutaden, hakların ve mükellefiyetlerin taşıyıcısı olarak gösterilir ki bu, aslında beşerî davranışı tanzim eden bir normlar kompleksinin, basitleştirmek ve

(76) Bkz. Überwegs, s. 345; Mach, s. 108 vd.

(77) Kelsen SUV, s. 98 vd.

anlaşılmasını kolaylaştırmak gayesi ile, müşahhas bir hale getirilmesinden başka bir şey değildir. Bunun gibi sübjektif hukuk mefhumunda da, normdan ayrı bir şeymiş gibi düşünmekle, objektif hukukun aynı tarzda şahıslaştırılması söz konusudur. İşte böylece, aslında bir norm veya normlar kompleksinden ibaret olan hukukî bilginin tek konusu, fiksiyon mefhumuna has hatalı bir yolla ve bizzat kendi içinde çelişik çifte bir konu haline getirilmektedir (78).

Gerçekten, fiksiyonlar dış dünyayı hâkimiyet altına almak için, realitede asla karşılığı olmayan ve kendi içinde çelişik yardımcı bir vasıtadan ibarettir; bilgi bu fiksiyonlar vasıtasile eşyayı oldukları gibi değil, sanki onlar belli bir tarzda yaratılmışlar gibi düşünür. Öyle ki, Vaihinger'e göre bütün beşerî bilgi, her ilim fiksiyonlarından müteşekkildir (79).

Fakat, hakikat mefhumunu keza biyolojik açıdan açıklamak gayesini güderek pragmatizme dayandığı için Mach'ın düşüncede tasarruf telâkkisi ile sıkı bir yakınlık arzeden Vaihinger'in bu görüşünden teferrüatta ayrılan Kelsen, tehlikeli oluşları dolayısıyla bu fiksiyonların hukuk ilminden kesin olarak atılmasını da ısrarla istemektedir (80).

II — Saflık ve birlik prensipleri bakımından :

1. Saflık prensibi :

Kelsen'in hukuk ilminin konusu olarak hukuku, bir taraftan tabiattan ve diğer taraftan da ahlâktan ayırması hukuk ilminin kendine has normatif metodunun neticesidir.

(78) Kelsen TJF, s. 634, 635.

(79) Überwegs, s. 359/360. Şu halde şuurlu, gayeye elverişli ve fakat yanlış telâkkiye fiksiyon denilir. Buna göre fiksiyon mefhumunun esaslı vasıfları a) mefhumda bir iç çelişme haline getirilen yanlışlık, b) gayeye elverişliliktir. Bununla fiksiyon mefhumu bir taraftan hata mefhumundan, diğer taraftan da hipotez mefhumundan farklı olarak karakterize edilmiştir. Zira hata yalnız yanlışlığı ile değil, aynı zamanda gayesizliği ve zararlı oluşu ile belirlenir ve buna karşılık hipotez ise yalnız gayeye elverişli değil, aynı zamanda doğru olmak iddiasında da bulunur (Jørgensen - Kopenhagen, s. 601/602).

(80) Kelsen HSRL, Vorrede zur zweiten Auflage, s. XIX.

Bu normatif metod, eğer saf olmak istiyorsa, her şeyden önce kesin surette, konusu kozalite prensibine göre bağlanmış unsurların bir sisteminden müteşekkil tabiat olan tabii ilimlerin kozal metodundan ayrı olmak gerekir. Bunun içindir ki, transandantal bir kategori olarak kabul edilen hukuk normu sırf formal-mantıki bünyesi itibariyle araştırılmakta, diğer hukukî mefhumlar temel prensip olan bu norm düşüncesine ve onun bağıntılarına irca edilmekte ve böylece hukukî mefhumlardan tecrübi unsurlar atılmaktadır.

Fakat, arzedildiği gibi, hukukî normatif metodun saflığını sağlamak için, onu sadece tabii ilimlerin kozal metodundan ayırmakla iktifa edilemez; bundan başka bu saf normatif metodun, transandantal karakteri dolayısıyla, diğer kıymet sistemlerinin normatif metodlarından da ayrı tutulması gerekmektedir. İşte hukukun tabiat-tan sonra ahlâktan da tefriki, bu metodolojik düşünceye dayanmakta, onun mahsulü bulunmaktadır.

2. Birlik prensibi :

Kelsen, saflık prensibini birlik prensibi ile tamamlarken bunu, önce bilgi noktai nazarının birliği bakımından gerçekleştirmeye çalışmıştır.

Gerçekten bilginin hedefi birlik olup, bunun menfi ölçüsü çelişmeden azade olmak şeklinde ifade edilebilir. Nasıl ki, «olan» a yönelmiş bulunan müşahede tabii olayların birliğini, bir birlik prensibi olan kozalite kanunu ile sağlamaktaysa, hukuk teorisinde de bunu sağlayacak olan normatif müşahede noktai nazarının birliğidir. Bu, hukuka yönelmiş bilginin ilmîliği için bir ölçü vazifesi görmektedir.

İşte bu yüzden ki, Kelsen normlar mertebesinin en üstünde, diğer bütün normların nihai mer'iyet sebebi olan temel norm faraziyesini kabul etmektedir. Bilindiği gibi temel norma, ait olduğu bilgi sahasına uygun olarak normatif bir karakter bahşedilmekle, normatif bilgi noktai nazarı muhafaza edilmiş olmaktadır; yani bununla normlar sistemini bir olaya, «olan» a, irca etmekten kaçınılmıştır (81).

Böylece diğer taraftan, hukuk sisteminin birliği de sağlanmak-

(81) Jöckel, s. 14.

tadır. Konusu hukuk olan bir bilgi ancak, bu hukuk olarak isimlendirilen normlar sisteminin birliğini sarsılmaz bir prensip haline getirdiği nisbette bir ilim karakterini kazanabilir. Nitekim tabii ilimlerde, bunların konusu olarak tek bir tabiat mevcut olduğu gibi, hukuk ilmi için de tek bir hukuk nizamı mevcut olabilir. Diğer bir ifade ile, normatif müşahede bakımından postula olarak vaz edilen zorunlu birlik, normatif sistemin zorunlu birliğini meydana getirir (82).

Bundan böyle Kelsen teorisinde muhtelif hukukî mefhumların hukuk normu ve hukuk nizamı ile birleştirilmesi keyfiyetinde, bu metodolojik prensibin tatbiki görülmelidir (83).

Doç. Dr. Vecdi ARAL

BİBLİYOGRAFYA

- AKBAY, *Muvaffak* — Umumî Âimme Hukuku Dersleri, Birinci Cilt, üçüncü baskı, Ankara 1958.
- COHEN, *Herman* — Logik der reinen Erkenntnis, zweite verbesserte Auflage mit einer Gravüre, Berlin 1914.
- ÇAĞIL, *O. Münir* — «Hans Kelsen» in Hukuk Felsefesindeki Ehemmiyeti, İst. Huk. Fak. Mec. A. Samim Gönensay'a Armağan, 1955 s. 213 - 227.
- ÇELİK, *Edip. F.* — Milletlerarası Hukuk, İst. 1962.
- HESSEN, *Johannes* — Lehrbuch der Philosophie, Erster Band Wissenschaftslehre, 2. Auflage, München - Basel 1950.
- HIPPEL, *Ernst v.* — Zur Kritik einiger Grundbegriffe in der «reinen Rechtslehre» Kelsens, Archiv des öffentlichen Rechts, Neue Folge, 5. Bd., Tübingen 1923, s. 327 - 346.
- JÖCKEL, *Wilhelm* — Hans Kelsens rechtstheoretische Methode, Tübingen 1930.

(82) Kelsen ASL, s. 105, 121, 130; ayrıca bkz. Kaufman, s. 26.

(83) Kelsen'in hukuk anlayışının değerlendirilmesi ayrı bir makalenin konusu yapılacaktır.

- JÖRGENSEN* — KOPENHAGEN, Jörgen — Die «Philosophie des Als Ob» vom Standpunkte der Marburger Schule, Annalen der Philosophie, Erster Band, Leipzig 1919, s. 596 - 629.
- KANT*, Immanuel — Kritik der reinen Vernunft, herausgegeben von Dr. Karl Kehrbach, Leipzig (Reclam).
- KAUFMANN*, Erich — Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft, Tübingen 1921.
- KELSEN*, Hans — Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925 (Metinde «Kelsen ASL» olarak gösterilmiştir).
- KELSEN*, Hans — Reine Rechtslehre, zweite vollstaending neubearbeitete und erweiterte Auflage, Wien 1960 (Metinde «Kelsen RRL. II» olarak gösterilmiştir).
- KELSEN*, Hans — Reine Rechtslehre, Leipzig und Wien 1934 (Metinde «Kelsen RRL. I» olarak gösterilmiştir).
- KELSEN*, Hans — Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, zweite Auflage, Tübingen 1923 (Metinde «Kelsen HSRL» olarak gösterilmiştir).
- KELSEN*, Hans — Mahz «Hukuk Nazariyesi» Nedir? İst. Huk. Fak. Mec. C. XXII, Sy. 1 - 4, s. 398 - 417, İst. 1957 (Çeviren: O. Münir Çağıl) (Metinde «Kelsen MHN» olarak gösterilmiştir).
- KELSEN*, Hans — Rechtswissenschaft und Recht, Wien und Leipzig 1922, Sonderabdruck aus der «Zeitschrift für öffentliches Recht» Bd. III, 1. und 2. Heft (Metinde «Kelsen RUR» olarak gösterilmiştir).
- KELSEN*, Hans — Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, zweite Auflage, Tübingen 1928 (Metinde «Kelsen SJS» olarak gösterilmiştir).
- KELSEN*, Hans — Juristische Formalismus und reine Rechtslehre, Juristische Wochenschrift, C. II. 1929, s. 1723 - 1726 (Metinde «Kelsen JFR» olarak gösterilmiştir).
- KELSEN*, Hans — Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, zweite Auflage, Tübingen 1928 (Metinde «Kelsen SUV» olarak gösterilmiştir).
- KELSEN*, Hans — Zur Theorie der juristischen Fiktionen, mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob, Annalen der Philosophie, Erster Band, Leipzig 1919, s. 630 - 658. (Metinde «Kelsen TJF» olarak gösterilmiştir).

- LACAMBRA, *Luis Legazy* — Rechtsphilosophie, Neuwied am Rhein und Berlin - Spandau 1965.
- MACH, *Ernst* — Erkenntnis und Irrtum, Skizzen zur Psychologie der Forschung, dritte durchgesehene Auflage, Leipzig 1917.
- MARCK, *Siegfried* — Substanz - und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie, Tübingen 1925.
- MERAY, *Seha L.* — Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt (Gözden geçirilmiş ikinci bası), Ankara 1960.
- ONAR, *Sıddık Sami* — İdare Hukukunun Umumî Esasları, İst. 1952.
- PITAMIC, *Leonidas* — Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Dritter Jahrgang, Wien 1918, s. 339 - 367.
- ÜBERWEGS, *Friedrich* — Grundriss der Geschichte der Philosophie, vierter Teil, Das neunzehnte Jahrhundert und die Gegenwart, elfte Auflage (neubearbeitet und herausgegeben von Dr. Konstantin Österreich, Berlin 1916.
- VONLANTHEN, *Albert* — Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 6, Berlin 1965.
- WALİNE, *Marcel* — Felsefî, Hukukî ve İçtimaî Pozitivizm, (Çev. Münci Kapani) Ank. Huk. Fak. Mec. C. VIII, 1951, Sy. 3 - 4, s. 170 - 182.
- YÖRÜK, *A. Kemal* — Hukuk Felsefesi Dersleri, Birinci Kısım, 2. tabı, İst. 1958.
- ZIPPELIUS, *Reinhold* — Das Wesen des Rechts, München 1965.