SAF HUKUK KURAMI

HUKUK KURAMININ SORUNLARINA GİRİŞ

Çeviren: Ertuğrul Uzun



Nora

HANS KELSEN

Hans Kelsen (1881-1973), Avusturyalı felsefeci, yazar, hukukçu, siyaset bilimci. 20. yüzyılın en önemli hukuk kuramcılarından biridir. Hukuk eğitimini Viyana Üniversitesi'nde tamamladı; yükselen faşizmle birlikte, Yahudi kökenli olması nedeniyle önce Avusturya'dan sonra da Avrupa'dan ayrılmak zorunda kaldı. Alman hukuk düşüncesi geleneğinin İngilizce konuşulan dünyaya aktarılmasında önemli yeri vardır. Anayasa yargısı ve normlar hiyerarşisi alanındaki görüşleri yanında uluslararası hukuk ve Birleşmiş Milletler hakkındaki çalışmalarıyla da uluslararası etkiye sahip oldu. En meşhurları *Saf Hukuk Kuramı (Reine Rechtslehre), Genel Hukuk ve Devlet Kuramı (General Theory of Law and State), Genel Normlar Kuramı (Allgemeine Theorie der Normen)* olan ve bir kısmı İngilizce yazılmış pek çok eserin sahibidir.



Saf Hukuk Kuramı:
Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş
Hans Kelsen
Özgün Adı | *Reine Rechtslehre*
Çeviren | Ertuğrul Uzun

Nora Kitap |181| Edebiyatdışı
Yayına Hazırlayan | Ahmet Öz
Redaksiyon | Melike Belkıs Aydın
Kapak Tasarımı | Başak Yaman Eroğlu
Dizgi | Hazel Çelik
1. Baskı | Kasım 2016

ISBN | 978-605-83235-6-8

Copyright © Hans Kelsen-Institut, Vienna, Austria
Türkçe Yayın Hakkı © Nora Kitap, 2016
Türkçe Çeviri Hakkı © Ertuğrul Uzun, 2016

Yayıncının yazılı izni olmaksızın hiçbir yolla çoğaltılamaz.

Nora Kitap, Kırmızı Tazı Yayıncılık Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin tescilli markasıdır.

NORA KİTAP
Gümüşsuyu Mah. Osmanlı Sok. Osmanlı İş Merkezi 18/9
Beyoğlu/İstanbul
Tel: 0212 222 10 66 - 243 30 73 Faks: 0212 222 46 16
Sertifika No: 32464 info@norakitap.com

Vizyon Basımevi
Kağıtçılık Matbaacılık Ve Yayıncılık San. Tic. Ltd. Şti. İkitelli Org.San.
Bölg. Deposite İş Merk.
A6 Blok Kat:3 No:309 Başakşehir / İstanbul
Tel: 0212 671 61 51 Fax: 0212 671 61 52

SAF HUKUK KURAMI:
Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş

Stanley L. Paulson'ın Sunuşuyla

Hans Kelsen

Çeviren: Ertuğrul Uzun



Türkçeye Çevirenlerin Önsözü

Hukuk öğrenimi sırasında hukukçular pek çok kuramcının veya felsefecinin ismiyle karşılaşır. Bunların büyük bir kısmına kamu hukuku derslerinde değinilir. Akla ilk gelenler şüphesiz Hobbes, Locke ve Rousseau'dur. Ama bir isim vardır ki, hukuk öğrencisi fakülteye adım attığı ilk ândan itibaren muhtemelen her öğretim üyesinden bir kez bile olsa mutlaka duymuştur. Tahmin edeceğiniz üzere, bu isim Hans Kelsen'dir. Kelsen'in adıyla özdeşleşmiş 'normlar hiyerarşisi' kavramı, hukuk kurallarının hiyerarşik yapısını anlamak için anahtar kavram olarak görülür. Anayasa hukuku dersinde, Anayasa Mahkemesi'nin Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde Kelsen tarafından teklif edildiği dile getirilir. Hukuk Felsefesi dersinde kadim doğal hukuk-hukuki pozitivizm tartışmasında adı sıklıkla anılır. Hukuk Sosyolojisinde Kelsen'in tasarladığı hukuk düzeninin gerçeklikten ne kadar kopuk olduğu anlatılır. Genel Kamu Hukuku dersinde Kelsen'in hukukla devleti özdeşleştiren devlet teorisi incelenir. Uluslararası Hukuk derslerinde Kelsen, ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkiye dair öne sürülen önemli bir iddianın taraftarıdır. Kimi zaman ceza hukukçuları ceza normlarının yapısını incelemek ister; Kelsen'den bahsetmeden incelemeyi tamamlayamaz. İsminin hukukun neredeyse her alanında pek çok defa geçmesi, onu bir efsane haline de getirmiştir. Kendisin-

den bu kadar çok bahsedilen her ismin başına geldiği gibi, söylemediği şeyler atfedilmiş, çeşitli kavgaların tarafı yapılmış, bir anlamda sui-istimal de edilmiştir.

Türkçe literatür açısından garip olan, Kelsen'in ismi etrafında büyük fırtınaların kopması değil, tartışma konusu olan kuramını temsil eden kitabının, *Saf Hukuk Kuramı*'nın, Türkçeye çevrilmemiş olmasıdır. Kitabın küçük bir kısmının çevirisi daha önce *Devlet Kuramı*'nda[1] yayımlanmıştı. Kitapta aynen veya kısmen yer alan bazı makalelerinin çevirilerine de Türkçede ulaşılabiliyordu[2]. Ancak elinizdeki kitapla Türkçe okurlar ilk kez tam bir çeviriyle karşılaşmış olacak. Kelsen'e dair Türkçe literatürden kısaca bahsetmişken, Vecdi Aral'ın değerli çalışması *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri* (İstanbul: İÜHFY, 1978) ile Kemal Gözler'in ciddi bir Kelsen okumasını yansıtan *Hukukun Genel Teorisine Giriş*'ini (Ankara: US-A Yayıncılık, 1998) anmadan geçmemeliyiz.

Kitaba ve kitabın Kelsen'in düşünsel gelişimi içerisindeki yerine dair, ayrıntılarını İngilizceye Çevirenlerin Önsözü'nde bulabileceğiniz birkaç noktaya işaret etmemiz gerekiyor. Elinizdeki kitap, Kelsen'in *Reine Rechtslehre* adlı yapıtının 1934 tarihli ilk baskısının çevirisi. Aynı eserin 1960 yılında oldukça genişletilmiş ikinci bir baskısı daha bulunuyor. Ancak geçen süre içerisinde Kelsen'in görüşlerinde köklü değişiklikler yaşanıyor. Hukuk düşüncesi tarihinde 'Normativist Pozitivizm' olarak bilinen okulu temsil eden baskı, ilk

1 Hans Kelsen, "Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği", çev.: Cemal Bâli Akal, *Devlet Kuramı*, der.: Cemal Bâli Akal, Ankara: Dost, 2000, ss. 425-456.

2 Hans Kelsen, "Norm ve Değer", çev.: Kasım Akbaş, *Hukuk Kuramı*, c. 2, s. 5, Eylül-Ekim 2015, ss. 20-24; Hans Kelsen, "Saf Hukuk Kuramı Nedir?", çev.: Kasım Akbaş, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, s. 15, 2006, ss. 56-63; Hans Kelsen, "Mahz Hukuk Nazariyesi Nedir?", çev. Orhan Münir Çağıl, İÜ Hukuk Fakültesi Mecmuası, XXII/1-4, 1957, ss. 398-417.

baskı. Dolayısıyla 'meşhur' Kelsen'i merak edenler, bu ilk baskıya müracaat etmek durumunda.

Kitabın çevirisinde, Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson tarafından yapılan İngilizce çeviriyi esas aldık. Ancak Almanca orijinalinden dikkatli bir okumayla karşılaştırma yapıldı. Paulson'ların ekledikleri dipnotlara ve kitabın sonundaki ilave notlara dokunulmadı. Ana metnin çevirisinde İngilizce ifade ile Almanca ifadenin birbirlerinden uzaklaştığı durumlarda Almanca metne sadık kalındı. Dipnotların ve ilave notların yanında, İngilizce çevirinin esas alınmasının önemi, Stanley L. Paulson'ın kaleme aldığı Sunuş'un da Türkçeye çevrilmiş olması. Okurun Sunuş'u bir özet olarak görmesinden korkarak, metni kitabın sonuna aldık. Paulson'ın bu incelemesi, Kelsen'e dair araştırma ve incelemelerin yoğunlaşması gereken odak noktasını gösteriyor.

İngilizce çeviri, çevirmenlerin de belirttiği gibi, *Reine Rechtslehre*'nin alt başlığını üst başlık haline getirmişti. Dolayısıyla İngilizce çevirinin Türkçe karşılığı şöyle olmuştu: *Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*. Çevirmenlerin bunun için sundukları gerekçe, iki baskı arasındaki farklılığı muhafaza etmek. Bu gerekçe, kitabın 1960 tarihli ikinci baskısının, birinci baskıdan daha önce İngilizceye çevrildiğini ve bu baskının başlığının '*The Pure Theory of Law*' (*Saf Hukuk Kuramı*) olduğunu düşündüğümüzde oldukça makul duruyor. Ancak Türkçe çeviri için böyle bir ihtiyaç söz konusu değil. Dolayısıyla Türkçe çeviri, orijinaline uygun bir şekilde, *Saf Hukuk Kuramı* başlığını taşıyor.

Paulson'ın Sunuş'u okunduğunda açıkça görüleceği üzere, *Saf Hukuk Kuramı*, Kantçı veya yeni-Kantçı felsefenin etkisinde yazılmıştır. Kitabın başlığında yer alan

ve Kelsen'in kuramıyla özdeşleşen 'saf kuram', Kelsen'in *Saf Aklın Eleştirisi*'ndeki teşebbüsünün hukuk alanındaki karşılığı gibi görülebilir. Dolayısıyla *Reine Rechtslehre*'yi Türkçeleştirirken, Kantçı felsefenin Türkçeleştirilmesinde yaşanan kaygılar gündeme geliyor. 'Saf' yerine 'arı' sözcüğünün tercih edilip edilmemesi tartışmasının yanında, 'saf' nitelemesinin 'hukuk'a mı 'kuram'a mı yoksa 'hukuk kuramı'na mı ait olduğu da değerlendirilmeliydi. 'Saf Hukuk Kuramı' hem gramatik açıdan hem de yazarın referanslarına bakıldığında anlaşılacağı üzre bize doğru bir adlandırma gibi göründü.

Paulson'ların çevirisi, Türkçeye aktarmadığımız üçüncü bir eke daha sahip. Bu ek, İngilizcedeki Kelsen hakkındaki ikincil literatürü aktarıyor. 1992 yılı itibariyle yapılmış bu çalışmanın Türkçe okur açısından pratik faydası olmadığını düşündük.

Son söz, Türkçe metin hakkında... '*Traduttore, traditore*' dermiş İtalyanlar. 'Çevirmen ihanet eder' yani. Çeviri eylemi, kaçınılmaz olarak içinde ihanet barındırır. 'Aynen' çevirmek diye bir şey yoktur. Bu açıdan son dönemlerde rastladığımız 'Türkçe söyleyen' ifadesi oldukça anlamlı. Orijinal metne sadık kaldığımızı da iddia edemeyiz, Türkçe söylediğimizi de. Yabancı dil bilgimizin imkân verdiği ölçüde, okuduğumuz metinleri Türkçede en iyi şekilde yeniden ifade etmeye çalıştık. Farklı dil tercihleri olan iki çevirmen olarak zaman zaman pazarlık yaptık. Okuduğumuz metinlerden anladıklarımızın uçup gitmemesi için uğraştık ama bazen buna engel olamadığımızı da fark ettik. Kelsen'e söylemediği şeyleri söyletmek istemedik ama garanti vermemiz mümkün değil elbette. Kelsen'in üslubunu da aktaramadık. Aktarmayı deneseydik, Türkçede okunması çok zor olan bir metin orta-

ya çıkardı. Nitekim İngilizce çevirmenlerin de belirttiği gibi, Kelsen cümle içinde cümlelerle yazma alışkanlığına sahip. Kullandığı kelime ve kavramları, aynı cümle içinde, Almancanın gramerinin imkânlarını sonuna kadar kullanmak suretiyle açıklamayı seviyor. Bu cümlelerin İngilizce çeviride bölünmesi işimizi kolaylaştırdı. Ancak Almancanın ve İngilizcenin yan cümlelere izin veren yapısını Türkçeye taşımaktansa, mümkün olduğunca kısa cümleler kurmaya çalıştık. Paulson'lar kimi yerde İngilizce çeviride köşeli parantez ([]) kullanarak, gizli özneleri veya zamirleri açık hale getirmiş. Bunları aynen Türkçeye taşıdık. Türkçe metinde yapmamız gereken ilaveleri, Paulson'ların eklemelerinden ayrılabilmek için, çengelli parantez ({}) içine aldık. Almanca orijinal metinde dipnot bulunmuyor. Dipnotların tamamı Paulson'lara ait. Bizim eklediğimiz dipnotlarda 'Türkçeye Çevirenlerin Notu: TÇN' uyarısı bulunuyor.

Saf Hukuk Kuramı'nı Türkçeye kazandırmanın heyecanını taşıyoruz. Bu meşakkatli işe, Türkçedeki hukuk kuramı çalışmalarına katkıda bulunabilmek için girişmiştik. Umarız, amacımıza ulaşırız.

Ertuğrul Uzun & Melike Belkıs Aydın
Eskişehir, Ağustos 2016

{İngilizceye} Çevirenlerin Önsözü

Kelsen bu kısa denemeyi 1934'te[1], üzerindeki yeni-Kantçı etkinin zirvede olduğu bir dönemde yayımladı. 1911 tarihli *Habilitationsschrift*'inde[2] bir önceki 'inşacı{/konstrüktivist}' dönemi açıkça görülür. İzleyen on yılda, düzensiz de olsa, kuramına bir tür yeni-Kantçılığa denk gelen bir temel bulma çalışması sürecinde bu ilk dönemin izleri silinir. 1934 sonrasında Kelsen, deneyimci [*empiricist*] repertuara ait kavramlar kullanmaya başlar. Bazı yazılarında, sözgelimi, Hume'un nedensellik analizini kullanır ve *a priori* bir nedensellik kategorisinin, Hume'dan uzağa, yanlış yöne giden bir adım olacağını iddia eder[3]. Nihayet 1960'tan sonra ikinci ve üçüncü aşamalarından tanıdığımız Saf Hukuk Kuramı'nın büyük bir kısmından vazgeçer ve onun yerine hukukun istenç veya 'irade' kuramının unsurlarını sunar.

Eğer Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı'nın en karakteristik şeklini bu ikinci, yeni-Kantçı aşaması temsil ediyorsa, elinizdeki deneme de onun merkezi metnidir. Ve Kelsen'in Saf Kurama ait pek çok ifadesi arasında bu kitap, kuşkusuz en ulaşılabilir olanıdır.

---

1 *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschftliche Problematik* (Viyana: Franz Deuticke, 1934, yeniden basımı: Aalen: Scientia, 1985).

2 *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1911). {*Habilitationsschrift*, üniversitede ders verebilmek için yapılan başvuruda sunulması gereken tez. Türkçeye Çevirenlerin Notu.—TÇN}

3 Ör. bkz. Kelsen, 'The Emergence of the Causal Law from the Principle of Retribution' (1. baskı, 1939), çev.: Peter Heath, Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ed.: Ota Weinberger (Dordrecht: Reidel, 1973) içinde, ss. 165-225, s. 196-200.

1934 baskısının Japonca, Bulgarca, Portekizce ve İspanyolca çevirileri, orijinal Almanca yayımından hemen sonraki birkaç yıl içinde piyasaya çıkar. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki ilk on yılda kitap Çince, Korece, İtalyanca ve Fransızcaya da çevrilir[4]. Arapça çeviri 1986'da, Macarca çeviri ise 1988'de yayımlanır. Elinizdeki metin, İngilizcedeki ilk tam metin çeviridir[5].

Reine Rechtslehre'nin veya Saf Hukuk Kuramı'nın 'ikinci, tümüyle gözden geçirilmiş ve genişletilmiş baskısı' 1960'ta yayımlandı; (ekler de dahil olmak üzere) neredeyse 500 sayfalık bu baskı[6], elinizdeki ilk baskıdan çok daha uzundur. Bu ikinci baskı esasında pek çok nedenden dolayı yepyeni bir çalışmadır. Kelsen'in üçüncü döneminin sonunda yayımlanmıştır ve düşüncesindeki doktrinel değişimleri yansıtır. Kelsen hakkındaki literatürde genellikle birbirinden ayrı ve farklı çalışmalar olarak ele alınan bu iki baskı arasındaki farklılıklar, 1934 tarihli ilk baskının alt başlığını başlığa çekmeye zorladı bizi: *Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş {Introduction to the Problems of Legal Theory}*[7].

Kelsen, 'parantezli konuşma' diyebileceğimiz bir tarza sahiptir. Bazen bir düşünceyi tek bir cümle içerisinde defalarca farklı şekillerde niteler. Ya anahtar bir kavramı tekrarlar ya da daha sık yaptığı üzere, cümlenin bir

4 *Theorie Pure du Droit*'da (çev. Herni Thevenaz, Editions de la Baconniete: Neuchatel, 1953, ilavelerle yeniden baskı, 1988) Kelsen bazı değişiklikler yapmıştır.

5 Kitaptan bazı seçilmiş parçalar, Charles H. Wilson'ın çevirisiyle yayımlanmıştı: *Law Quarterly Review*, c. 50 (1934), ss. 474-98 ve c. 51 (1935), ss. 517-35.

6 *Reine Rechtslehre* (Viyana: Franz Deuticke, 1960). İkinci baskının İngilizce çevirisi: *The Pure Theory of Law*, çev.: Max Knight (Berkeley, Calif.: University of California Press, 1967). Kelsen'in önsözü, her ikisi de uzun olan iki ek (birisi 'Adaletin Normları', diğeri 'Doğal Hukuk Kuramı'), bibliyografya ve pek çok dipnot çeviriye dahil edilmemiştir.

7 Bkz. dipnot 1. 'Hukuk kuramı' ve 'hukuk bilimi' ifadeleri ve başlığın çevrilmesi hakkındaki daha fazla malumat için bkz. Ek I'deki 1 numaralı not.

orasında bir burasında açıklama yapar. Almanca böyle bir kullanımı, genişlemeye müsait tamlama imkânları ve ara cümle kalıpları vasıtalarıyla teşvik ediyor. Aynı şeyi İngilizcede tekrar etmek hiç akıllıca değil ve esasında imkânsız. Kelsen'in cümle yapılarını elimizden geldiğince muhafaza etmeye çalıştık ama yeri geldikçe onun Almancadaki açıklığı ve üslubu ile İngilizcenin açıklık ve üslup konusundaki taleplerini telif etmeye gayret ettik.

Kelsen bu kitabı dipnot kullanmadan yazmıştı. Terminolojinin bir sorunsal oluşturduğu durumlarda, Kelsen'in atıf yaptığı metin yahut kişi aşikar değilse (Köpenickli Kaptan kimdir ki?) veya metnin içinde başka bir yere atıf yapılmışsa, kısa dipnotlar ekledik. Birkaç meseleye ilişkin kavramları açıklayan ve atıf veren 'İlave Notlar', kitabın en sonunda. Okuyucu bu kitapta aynı zamanda (öne çıkan yayınları da kapsayan) biyografik notlar ve İngilizcedeki ikincil çalışmalara dair izahlı bir bibliyografya bulacak*.

Birkaç söz de Stanley Paulson'ın yazdığı "Sunuş" hakkında... Kelsen'i hukukbilim** geleneğinde konumlandırmaya çalışan ilk kısmı, başlangıç düzeyinde. İkinci kısım, hukukbilimde 'yolun ortası'ndaki Kelsen'in Kantçı veya yeni-Kantçı tartışmasının incelenmesine hasredildi. Şüphesiz Kelsen üzerinde başkalarının da etkisi var; sözgelimi, Alman kamu hukukunun önde gelen isimlerinden biri olan Georg Jellinek, filozof Ernst Mach ve hukuk kuramcısı Adolf Julius Merkl. Pek çok araştırmacı halen Kelsen'in kuramını ortalama bir hukuki pozitivizmden ayıran şeyin bu Kantçı veya yeni-Kantçı boyut olduğunu söyleyerek dikkatimizi bu noktaya çeker.

* İkincil çalışmaları içeren ek Türkçe çeviride yer almıyor. Gerekçesi için bkz. Türkçeye Çevirenlerin Önsözü.

** Hukukbilim'i, İng. *jurisprudence* Alm. *Jurisprudenz* karşılığında kullanıyoruz. Bkz. aşağıda I. Bölüm dipnot 3.

Sunuş'un içeriği ilk kez Paulson'ın *Rechtstheorie*'deki Almanca makalesinde görülmüştü ve buraya yayımcı Duncker&Humblot'un (Berlin) izniyle uyarlandı. Sunuş'ta yer alan Ksenophon'un Perikles ile Alkibiades arasındaki diyaloğu, George C. Calhoun'un *Introduction to Greek Legal Science*'ından alındı ve burada yayımcı Oxford University Press'in izniyle kullanılıyor. İlave Notlar'ın sonundaki malzeme Paulson'ın *American Journal of Comparative Law*'daki Mario G. Losano'nun *Studien zu Jhering und Gerber*'ine dair incelemesinde yer aldı; burada dergi editörünün izniyle kullanılıyor.

Bize sorular soran ve sorularımıza cevap veren, taslak halindeki çalışmalarımızın farklı versiyonlarını okuyan ve bizi çalışmaya yüreklendiren –Amerika, İngiltere, Avusturya, Almanya ve Polonya'daki– dostlarımıza ve meslektaşlarımıza en içten teşekkürlerimizi sunuyoruz. Özellikle iki arkadaşımız oldukça faydalı eleştiri ve tartışmalarıyla bizim için saatlerini harcadı; Thomas D. Eisele ve Alexander Somek'e ismen teşekkür etmemiz gerekiyor. Maria Kelsen Feder'e, biyografik notlardaki değerli atıfları ve Hans Kelsen'in hayatı hakkında burada kullandığımızdan çok daha fazlasını içeren sohbetleri için minnettarız. Ve Marcia Denenholz'a bilgisayar başındaki tükenmeyen sabrı ve dikkati için teşekkür ederiz. Çevirinin büyük bir kısmı Stanley Paulson'ın Humboldt Fellow olarak Münster'de bulunduğu sırada gerçekleştirildi ve kendisi Alexander von Humboldt Vakfı'na (Bonn-Bad Godesberg) desteği için minnettar.

B.L.P. ve S.L.P.
St Louis, Kasım 1990

İçindekiler

Kısaltmalar xvii
Yazarın Önsözü xix
I. Hukuk ve Doğa 1
II. Hukuk ve Ahlak 13
III. Hukuk Kavramı ve Yeniden İnşa Edilmiş
Hukuk Normu Doktrini 21
IV. Hukuk Kavramının Düalizminin Üstesinden Gelmek 43
V. Hukuk Sistemi ve Hiyerarşik Yapısı 67
VI. Yorum 95
VII. Hukukun Yaratılmasının Metodları 113
VIII. Hukuk ve Devlet 121
IX. Devlet ve Uluslararası Hukuk 135
Sunuş: Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson 161
Ek I: İlave Notlar 197
Ek II: Biyografik Notlar 215

Kısaltmalar

CPR Immanuel Kant, *Critique of Pure Reason*, çev.: Norman Kemp Smith (Londra: Macmillan, 1929). {Arı Usun Eleştirisi, çev.: Aziz Yardımlı (İstanbul: İdea, 2015)}

HP Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1911). İkinci baskıda (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1923, yeniden basımı: Scientia, 1960) Kelsen, yeni bir önsöz ekler; metin aynen kalır.

Phil. Fds. Hans Kelsen, *Philosophical Foundations of Natural Law Theory and Legal Positivism* (ilk baskısı 1928), çev.: Wolfgang H. Kraus. Bu metin şu kitabın ekidir: Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge, Mass.: Harvard UP, 1945), ss. 389-445.

Proleg. Immanuel Kant, *Prolegomena to any Future Metaphysics*, çev.: Peter G. Lucas (Manchester: Manchester UP, 1953). {Gelecekte Bilim Olarak Ortaya Çıkabilecek Her Metafiziğe Prolegomena, çev.: İonna Kuçuradi, Yusuf Örnek (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu)}

WS I, II *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, ed.: Hans Klecatsky vd., c. i-ii (Viyana: Europa Verlag, 1968).

ZöR *Zeitschrift für öffentliches Recht* (Kamu Hukuku Dergisi), Viyana. Kelsen dergiyi 1919'da kurdu ve ilk baş editörlüğünü yaptı. Sonrasında ise (1934'teki istifasına kadar) editörler kurulu üyeliği yaptı.

Mevcut İngilizce çevirilerden yapılan alıntılarda yer yer değişiklikler yaptık.

Yazarın Önsözü

Yirmi yılı aşkın bir süre önce, saf bir hukuk kuramı geliştirmeye giriştim. Bu, siyasal ideolojiden ve doğa bilimlerinin bütün unsurlarından tümüyle arınmış, açıkça söylemek gerekirse, araştırma nesnesinin özerkliğinin, dolayısıyla da kendi emsalsiz karakterinin bilincinde olan bir hukuk kuramı olacaktı. Hukukbilim, açık ya da örtük şekilde, neredeyse tümüyle hukuk politikası tartışmalarına indirgenmişti ve en başından beri amacım hukukbilimi hakiki bir bilim, bir beşeri bilim düzeyine yükseltmekti. Hukukbilimdeki, hukukun şekillenişindense sadece ve sadece ona dair bilişe odaklanan eğilimleri geliştirmek ve bu bilişin sonuçlarını bütün bilimlerin en yüksek değerlerine, objektiviteye ve kesinliğe yaklaştırmaktı düşüncem.

Halihazırda, yürüdüğüm yolda yalnız kalmamış olduğumu memnuniyetle gözlemliyorum. Bütün gelişmiş ülkelerde, ilgili alanlardaki meslektaşlarımın yanında hukuk mesleğinin –kuramcılar ve uygulamadaki avukatlar gibi– oldukça farklı mecralarında cesaret verici bir kabullenme görüyorum. Benzer düşünceye sahip insanlar bana ait olduğu söylenen 'okul'da bir araya geldi. Bu okul etiketi, eğer her birimizin kendi programını terk etmeksizin birbirinden bir şeyler öğrenme çabasında olması anlamına geliyorsa, yerinde bir etikettir. Bir de Saf

Hukuk Kuramının temel önermelerini benimseyen ama ona dahil olmuş görünmeyen, bazen ismini dahi anmayan, hatta açıkça ve hiç de dostane olmayan bir şekilde reddedenler var. Bilhassa onlara minnettarım. Çünkü istemeden de olsa, kuramımın işe yararlığı için en sadık takipçilerimden daha iyi tanıklık yapıyorlar.

Kabul ve taklidin yanında, Saf Hukuk Kuramı hukuk bilimi tarihinde nadiren görülen ateşli bir direnişi de körükledi. Bu direnişi ortaya çıkardığı maddi ihtilaflarla açıklamak mümkün değil. Çünkü söz konusu ihtilaflar kısmen yanlış anlamalara dayanıyor ki bunlar da sıklıkla tamamen gayri-iradi olmaktan uzak. Hatta gerçekten var olan hakiki ihtilaflar da muhaliflerimin sertliğini pek haklı çıkaracak türden değil. Üstelik unutulmaması gereken bir husus var: Halihazırda muhasara altına alınmış olan Saf Kuram, kendinden önceki herşeyle çelişen, tümüyle yeni bir şey değildir. Kuramı on dokuzuncu yüzyıldaki pozitivist hukuk biliminde meydana gelen yaklaşımlarda yaşanan bir gelişim olarak anlamak mümkündür. Fakat muhaliflerim de aynı pozitivist hukuk bilimine mensuplar. Günümüz hukukbiliminin yönünü tümüyle değiştirmeyi amaçlıyor değilim; asıl olarak peşinde olduğum, hukukbilimin sahip olduğu pek çok farklı yönden birine tutunmak, belirsiz salınımına bir son vermektir. Literatürdeki gürültü, kuramımın yeniliğinden ziyade sonuçlarından kaynaklanıyor. Ve bu dahi bizatihi Saf Hukuk Kuramına karşı yürütülen savaşta, samimi bilimsel soruşturma saiklerinin, bilhassa politik saiklere nispetle tali durumda olduğunu gösterir, yani duyguların hâkim olduğu saikler söz konusu. Doğa bilimi-beşeri bilim karşıtlığı meselesi duyguları bu kadar kabartmış olamaz, çünkü bu ikisi birbirinden ayrılırken

neredeyse hiçbir dirençle karşılaşılmamıştı. Tek neden, gelişim yönünde ağır aksak ilerlemeye alışmış, entelektüel faaliyetlerin merkezinden oldukça uzağa, taşraya itilmiş hukuk biliminin genel bilim kuramıyla doğrudan temas kurmasının onu daha hızlı hareket etmeye zorlaması. İhtilaf, görünenin aksine, esasında hukukbilimin bilim içindeki konumuna ve bu konumun sonuçlarına dair değil. Mesele daha çok hukuk bilimi ile politika ilişkisi, bu ikisi arasındaki apaçık ayrılık hakkında; tartışma, hukuk bilimi adına politik talepleri dile getirmek şeklindeki köklü geleneği terk etmekle alakalı. Bu öyle bir gelenek ki, tamamen iyi niyetli bir şekilde bir dinin, milletin yahut sınıfın mutlak değerleri gibi göründükleri durumda bile tümüyle sübjektif olmaktan başka yolu olmayan politik talepler dile getirilirken, objektif bir otoriteye başvurulmaktadır.

Saf Hukuk Kuramı karşıtlığının nefretle komşu olmasının, Saf Kurama karşı yürütülen topyekün savaşın nedeni tam da bu esasında. Savaş, toplumun en hayati menfaatleriyle, dolayısıyla da hukukçunun mesleki kaygılarının –her biriyle– alakalı. Hukukçunun, oldukça anlaşılabilir bir şekilde, inanmaktan ve başkalarını ikna etmekten vazgeçmek istemediği bir şey var: Hukukçu, bilimiyle mücehhez olduğunda, toplumsal menfaat çatışmalarının 'doğru' bir şekilde nasıl halledilebileceğini bilir. Bilir, çünkü hukuku anlamıştır. Aynı zamanda kendisinden, hukukun içeriğini şekillendirmek üzere yardım da istenir ki bu onu, yasamayı etkileme teşebbüslerinde, diğer politikacıların aksine, sadece 'toplum teknisyeni' olmaktan daha fazla bir şey kılar.

Hukuk bilimi politikadan ayrılmalıdır ve bu ayrılmanın politik sonuçları vardır, ki bunlar negatif sonuçlar-

dır. Muhaliflerinin hukuk bilimini, pek çoğunun kendini tenzil-i rütbeye maruz bırakma olarak gördüğü kendi kendini sınırlamaya çağıran bir kurama güç bela hakkaniyetle yaklaşıyor olmasını anlayışla karşılamak gerekir. Böyle bir kurama direnebilmek için onun hakiki mahiyetini görmezden gelmek gerekiyor elbette. Öyle olunca da argümanlar Saf Hukuk Kuramının kendisine değil, muhaliflerinin o ânki ihtiyaçlarının yarattığı, her biri diğerini nakzeden hayaletlerine yönelir. Öyle ki, artık kavramın hayaletinin çürütülmesi dahi fuzulidir. Tahkir dolu ifadelerle, Saf Kuramın herhangi bir içeriğinin olmadığını, içi boş kavramlarla anlamsız bir oyun oynadığını söyleyenler var. Kimiyse Saf Kuramın tözünün yıkıcı eğilimleri nedeniyle halihazırdaki mevcut devlete ve hukuka karşı ciddi bir tehdit oluşturduğunu söyleyerek insanları uyanık olmaya çağırıyor. Saf Kuram aleyhine en sık dile getirilen itiraz ise şu: Kuram, politikadan tümüyle arındığında, aynı zamanda hayatın gelgitlerinden de uzaklaşmış olacaktır ki bu da onu bilim açısından değersiz kılar. Buna karşın hiç de azımsanmayacak sıklıkta, Saf Kuramın kendi temel metodolojik gerekliliklerini karşılar durumda olmadığı ve bizzat kendisinin belli bir politik değerin ifadesi olmaktan başka bir anlama gelmediği de söylenir. Ama hangi politik değerdir bu? Faşistler Saf Kuramın demokratik liberalizm saflarına ait olduğunu söylediler, liberal veya sosyal demokratlar ise onu Faşizmin öncü birliği olarak gördü. Komünistler Saf Kuramın kapitalist devletçilik olduğunu iddia edip üzerini çiziverdiler, milliyetçiler ile kapitalistler ise onu kimi zaman Bolşevizm kimi zamansa gizli anarşizm olmakla itham etti. Saf Kuramın entelektüel açıdan Katolik skolastisizmiyle bağlantılı olduğu konusunda gönül

rahatlığıyla güvence verebilecek olanların yanında onun Protestan politika ve hukuk kuramının özniteliklerine sahip olduğuna inananlar var. Hatta Kuramı ateistlikle damgalamak isteyenleri de görmek mümkün. Tek kelimeyle, Saf Hukuk Kuramı, tek tek her bir politik ikna faaliyetinin şüphelisi haline geldi. Hiçbir şey onun saflığını bundan daha iyi gösteremezdi.

Eğer hukuk bilimi diye bir şey olacaksa, saflığa dair metodolojik postülanın ciddi bir şekilde sorgulanması söz konusu olamaz. Olsa olsa postülanın hangi ölçüde karşılanabileceğine dair şüphe izhar edilebilir. Tam da bu noktada, doğa bilimleri ile sosyal bilimlerin birbirinden oldukça farklı olduğunu kesinlikle dikkate almak gerekir. Politik çıkarların üzerinde nüfuz sahibi olması tehlikesinden korunan doğa bilimleri değil; tarih tam aksini kanıtlıyor ve gösteriyor ki yıldızların hareketi hakkındaki hakikat, bir dünya gücünün dahi kendini tehlikede hissetmesine neden olabilir. Eğer doğa bilimleri politikadan bağımsızlığını kazanmada tümüyle başarılı olabilmişse, bunun nedeni, kazanmış olduğu zaferin toplumsal bir menfaate politikadan daha güçlü hizmet etmiş olmasıdır. Bu menfaat, sadece bağımsız bir araştırmayla güvence altına alınabilecek teknolojik ilerlemedir. Fakat toplum kuramından toplumsal ilerlemeye, yani toplum tekniği uyarınca ilerlemenin tartışmasız bir şekilde sağlayacağı avantajlara dosdoğru giden, fizik ve kimyadan mekanik mühendisliğine ve tıbbi tedaviye giden yol ile karşılaştırılabilecek bir yol yoktur. Sosyal bilimler –gelişmemiş olanlar olduğu için hepsinden bahsetmiyoruz– yöneticilerin (ve yönetici olmayı bekleyenlerin) arzularına göre biçimlendirilmiş bir kuramda, yani toplumsal ideolojide, onların ezici menfaatlerine karşı çıkabilecek

sosyal güce sahip değildir. Dünya Savaşının ve sonuçlarının kafaları karıştırdığı, toplumsal yaşamın en derinlerdeki temellerinin tümüyle sarsılmasının devletler arasındaki ve devletlerin kendi içlerindeki devasa gerilimleri artırdığı zamanımızda bundan çok daha fazlası var. Objektif bir hukuk ve politika biliminin mutlak değer olarak genel kabul görmesi ihtimali ancak toplumsal istikrar döneminde söz konusu olabilir. Ve bugün, diğer teorilerin her türlü güce tapmaya can attığı, insanların hukuk bilimi için yüksek sesle ve herkesin duyabileceği şekilde politik deyip sonra da onun 'saf' olduğunu iddia etmekten kaçınmadığı –böylece en şiddetli şahsi zaruretlerin ancak mazur gösterebileceği şeyi bir erdemmiş gibi göklere çıkaran– bir zamanda saflığını korumayı amaçlayan bir hukuk teorisi için bugünden daha kötü bir zamanlama olamaz.

Hukuk problemi hakkındaki eski çalışmalarımın sonuçlarını böyle bir zamanda bir araya getirmeye yine de cüret ettiysem, bunun nedeni, entelektüel değerleri gücün önüne koyanların sayısının göründüğünden çok daha fazla olduğunu umuyor olmamdır. Ve herşeyin ötesinde, günümüzün kaba görüntüsüne ve kulakları tırmalayan çığlıklarına maruz kalmış genç neslin, özgür ve bağımsız bir hukuk bilimine olan inançlarını tümüyle terk etmeyecek olmalarını umuyorum. Uzak bir gelecekte dahi, böyle bir hukuk biliminin meyvelerinin ziyan olmayacağına kesinlikle inanıyorum.

Hans Kelsen
Cenevre, Mayıs 1934

Saf Hukuk Kuramı

I

Hukuk ve Doğa

§ 1. 'Saflık'

Saf Hukuk Kuramı, başlı başına pozitif hukukun kuramıdır, herhangi bir hukuk sisteminin değil. Belirli ulusal yahut uluslararası hukuk normlarının yorumu değildir; genel hukuk kuramıdır.

Kuram olarak Saf Hukuk Kuramı, sadece ve sadece inceleme konusunu, yani nesnesini bilmeyi amaçlar. Hukukun ne olduğu ve nasıl yapıldığı sorularına cevap vermeye çalışır, hukukun ne olması gerektiği veya nasıl yapılması gerektiği sorularına değil. Saf Hukuk Kuramı hukuk bilimidir[1], hukuk politikası değil[2].

Kendisini hukukun 'saf' kuramı olarak karakterize eder, çünkü sadece hukuka odaklanmış bilişi {*cognition*} amaçlar ve bilişinin açıklıkla hukuk olarak belirlediği nesnesine ait olmayan herşeyi bu bilişten ayıklamayı hedefler. Yani Saf Kuram, hukuk bilimini bütün yabancı unsurlardan temizlemeyi amaçlar. Bu onun temel metodolojik ilkesidir. İlke aşikar görünebilir ama on doku-

---

1 'hukuk bilimi' ('*Rechtswissenschaft*'). 'Hukuk bilimi', 'hukuk kuramı' ve ilgili ifadeler arasındaki ayırım için bkz. Ek 1'deki not 1; aynı zamanda bkz. ilerde dipnot 3.

2 'hukuk politikası' ('*Rechtspolitik*'). 'Dış politika', 'para politikası' ve benzerleriyle karşılaştırıldığında 'hukuk politikası' neyin hukuk olarak vaz edilmesi gerektiği sorusu hakkındaki –hem araçlardan hem de amaçlardan müteşekkil– pek çok farklı düşünceye atıf yapar. Bazı ayrıntılar için bkz. Ek 1'deki not 2.

zuncu ve yirminci yüzyıllarda geliştiği şekliyle geleneksel hukuk bilimine kısaca bir göz atmak dahi, geleneğin saflık gerekliliğini karşılamaktan ne kadar uzak olduğunu gösterir. Kesinlikle eleştirel olmayan bir tarzda şunu söyleyebiliriz: Hukukbilim[3] psikoloji ve biyolojiyle, etik ve teolojiyle iç içe geçmiş durumda. Bugün hukuk bilginlerinin kendilerini nüfuz etmekte yetkin görmedikleri bir uzmanlık alanı kalmamıştır. Esasında ilmi itibarını artırabilmek için diğer disiplinlerden ödünç alması gerektiğine inanıyor. Sonuç, elbette ki, böyle bir hukuk biliminin yitip gitmesidir.

§ 2. Doğal Maddi Olay (Eylem) ve Anlam

Saf Hukuk Kuramı, bilişinin yöneldiği nesneyi açıkça sınırlandırmaya çalışır. Bu nesnenin bağımsızlığı, yukarıda işaret edilen hâkim metodolojik senkretizmin yarattığı iki farklı yönden gelen tehdit altındadır ve Saf Kuram bu tehditlerin her ikisini de dikkate alır.[4] Hukuk toplumsal *[gesellschaftliches]* bir fenomendir, yani toplumda gözlemlenebilirdir; ve bir araştırma nesnesi olarak toplum doğadan tümüyle farklıdır, zira tümüyle farklı bir unsurlar ağından müteşekkildir. Eğer hukuk bilimi doğa bilimleriyle birleşmeyecekse, hukuk da doğanın mümkün olduğunca keskin bir şekilde karşısında konumlandırıl-

3 Bu paragrafta Kelsen, tek ve aynı iş hakkında, yani pozitif hukuka yönelmiş akademik araştırmaya atıf yapan, üç farklı ifade kullanıyor —'hukukbilim' (jurisprudence) (*'Jurisprudenz'*), 'hukuk ilmi' (legal scholar) (*'Rechtsgelehrte'*) ve 'hukuk bilimi' ('Rechtswissenschaft'). Bu ve ilgili terminoloji hakkında bkz. Ek 1'deki not 1.

4 Kelsen'in bir yandan psikoloji ve biyoloji ile diğer yandan da etik ve teolojiyle iç içe geçmiş olmaya dair işareti için bkz. § 1. Metodolojik senkretizm hakkında bkz. Sunuş, dipnot 14.

malıdır. Bu bilhassa zordur, çünkü hukukun (yahut ilk bakışta hukuk denilen şeyin) özünün en azından bir kısmı, tamamen doğal bir varlığa sahip olmak anlamında, doğada yer kaplıyormuş gibi görünüyor. Eğer parlamentonun yasama faaliyetini veya sözgelimi idari bir eylemi, bir yargı kararını, bir özel hukuk işlemini, bir suç fiilini –ki bunların hepsine hukuka ait olduklarını belirterek atıfta bulunuruz– çözümleyecek olursanız, birbirinden farklı iki unsur bulursunuz. Bir yanda duyularla algılanabilen, zamanda ve mekânda yer alan harici bir olay, çoğunlukla da beşeri bir davranış bulunur. Diğer yanda ise belirli bir anlam, tabir caizse bu eylem veya olaya içkin veya iliştirilmiş bir mânâ vardır. İnsanlar bir salonda toplanır, konuşmalar yapar, kimi ayağa kalkar, kimi yerinde oturmaya devam eder —bu, harici olaydır. Anlamı ise şudur: bir yasa çıkarılmıştır. Veya cübbe giymiş birisi bir platformun üzerinde karşısında duran kişilere bir şeyler söyler. Bu harici olayın anlamı bir yargı kararıdır. Bir tacir başka bir tacire kendisine yazılmış bir mektuba cevaben mektup yazar. Bu, onların bir sözleşme ilişkisine girmiş olmaları anlamına gelir. Birisi bir eylemiyle bir şekilde bir başkasının ölümüne neden olur ve bunun anlamı, hukuk diliyle konuşacak olursak, adam öldürmedir.

§ 3. Sosyal *[Sozialen]* Verinin Kendi Kendini Yorumlaması (Sübjektif ve Objektif Anlam)

Bu 'anlam', bir nesneyi renk, katılık ve ağırlık gibi doğal nitelik ve işlevlerini algıladığımıza benzer şekilde, harici maddi bir olay olarak eyleme bakarak görebileceğimiz yahut duyabileceğimiz bir şey değildir. Fakat eylemin

kendisi (eğer kendini sözlü olarak ifade ediyorsa) kendi anlamı hakkında bir şeyler söyleyebilir, kendi anlamını ortaya koyabilir. Esasında bu, sosyal veriye ve bilhassa da hukuki bilişe özgü bir niteliktir. Bir bitki kendisi hakkında botanikçiye herhangi bir şey söyleyemez. Kendini doğa bilimleri çerçevesinde açıklamaya teşebbüs edemez. Buna karşın toplumsal bir eylem pekâlâ kendi kendinin yorumunu da, yani ne anlama geldiği hakkındaki ifadeyi de üzerinde taşıyabilir. Zira eylemde bulunan kişinin bizzat kendisi eyleme, eylemin yöneldiği kişilerce anlaşılan ve şu veya bu şekilde ifade edilmiş bir anlam atfetmiştir. Parlamentoda toplanmış insanlar niyetlerinin yasa çıkarmak olduğunu açıkça dile getirmiş olabilirler; iki özel şahıs niyetlerinin aralarında hukuki bir işlem ihdas etmek olduğunu ifade edebilir. Hukuku kapsayan biliş, hukuk biliminin sağlayacağı yorumu önceleyen veriye dair kendini-yorumlamayı bulup çıkarır.

Öyleyse bir eylemin sübjektif ve objektif anlamlarını birbirinden ayırmak zorunludur. Sübjektif anlam, zorunlu olmamakla birlikte, bütün hukuki eylemler sisteminde, yani hukuk sisteminde eyleme atfedilen objektif anlamla örtüşebilir. Meşhur Köpenickli Yüzbaşı'nın eylemi –sübjektif anlamıyla– idari bir emir olmak niyetindeydi[5]. Objektif anlam açısından ise idari bir emir değil, suçtu. Ülkelerini istenmeyen insanlardan temizlemek isteyen gizli bir topluluğun üyeleri, hain olarak gördükleri bir

5 1906'da, bir ayakkabıcı olan Wilhelm Voigt, bir muhafıza ait yüzbaşı üniforması giydi ve kendisinden şüphelenmeyen çok sayıdaki askerle birlikte (Berlin yakınlarındaki) Köpenick belediye binasını işgal etti, belediye başkanını tutukladı ve şehir hazinesine el koydu. Kelsen'in olaya referans vermesi en azından 1913'e kadar gider. Bununla birlikte olay en çok, Carl Zuckmayer'in oldukça başarılı oyunu *Der Hauptmann von Köpenick*'in (1931) çıkış noktası olması hasebiyle bilinir.

kişiyi idama mahkûm ettiklerinde, eylemlerinin sübjektif açıdan idam cezası vermek olduğunu düşünürler. Onlara göre idam cezası vermişlerdir ve görevlendirdikleri kişiye mahkûm edilen kişiyi öldürmesini söylerler. Objektif olarak ise –yani objektif hukuk sisteminde– bu öldürme eylemi, gizli bir mahkemenin, verdiği kararla cinayet işlemesi, adam öldürmesi anlamına gelir ve bir idam cezasının infazı değildir. Bu, eylemin harici koşulları, bir idam cezasının infazının harici koşullarından ayrılamadığı durumda dahi böyledir.

§ 4. Yorum Şeması Olarak Norm

Bu harici şartlar daima doğanın bir parçası olur, zira duyularca algılanabilen, zamanda ve mekânda yer alan olaylardır; ve doğanın parçası olmaları hasebiyle nedensel{/kozal} yasalara tâbidirler. Doğa sisteminin unsurları olarak bu olaylar hukuki bilişe özgü nesneler değildir ve dolayısıyla da nitelik itibariyle hukuki de değildirler. Böyle bir olayı hukuki (yahut gayri-hukuki) yapan, onun olgusallığı, doğal oluşu, yani nedensel yasalara tâbiyeti ve doğa sisteminde oluşu değildir. Böyle bir olayı hukuki bir eylem yapan, onun anlamı, eyleme atfedilen objektif mânâdır. Söz konusu olayın hukuki anlamı, bizatihi ona ait olan hukuki anlam, içeriği olaya atıf yapan ve ona hukuki anlam yükleyen bir norm vasıtasıyla ortaya çıkar; böylece eylem bu norma göre yorumlanabilecektir. Norm, bir yorum şeması olarak iş görür. Normun bizatihi kendisi de, anlamı başka bir normdan gelen hukuki bir eylem vasıtasıyla yaratılmıştır. Maddi bir olayın cinayet değil de idam cezasının infazı olması, duyularca algıla-

namayan, ilk olarak düşünme sürecinin[/*Denkprozess*] bir eylemi ile, yani ceza ve ceza usûl kanunları ile karşılaşmasıyla ortaya çıkan bir niteliktir. Yukarıda zikrettiğimiz mektup teatisi[6] bir sözleşmenin akdedilmesi anlamına gelir ve bu anlama sadece, bazı olaylar medeni kanunun belli hükümlerinin kapsamına girmesi nedeniyle sahiptir. Bir grup insanın parlamentoda olması ve faaliyetlerinin sonucunda ortaya çıkan şeyin bir yasa olması (veya bu olayların söz konusu 'anlam'a sahip olması), basit bir şekilde şunu söyler: Söz konusu maddi olaylar bir bütün olarak, anayasanın belli hükümlerine karşılık gelmektedir. Yani, fiili bir olayın içeriği, verili bir normun içeriğine karşılık gelmektedir.

§ 5. Eylem ve Anlam[7] Olarak Norm

Hukuki biliş bazı maddi olaylara hukukilik (veya gayri-hukukilik) karakteri veren ve kendileri de böyle hukuki eylemlerle yaratılmış olan normlara yönelmiştir. Bu noktada, belirli bir anlam olarak normun, normu zihinsel olarak kastetme veya tasavvur etmeden farklı olduğuna dikkat edilmeli. Normu kastetme veya tasavvur etme, bir şekilde kastedilmiş veya tasavvur edilmiş normdan açık bir şekilde ayrı tutulmalıdır. Bir normun 'yaratılması'ndan bahsetmek daima, sanki onlar öyleymiş gibi, anlam olarak normu taşıyan maddi olaylara atıfta bulunmak durumundadır. Saf Hukuk Kuramı, normları bilmeye, bir şeyi hukuki olarak kavramaya

6 Bkz. § 2.

7 'Anlam' (burada ve yeri geldikçe başka yerlerde '*Sinngehalt*'). Almanca kelimenin lafzı 'anlam-içeriği'ne karşılık gelir. Bkz. ör. §§ 14(c)-15.

çalışırken zihinsel süreçlere yahut şu veya bu türden herhangi bir fiziksel olaya bakmaz. Bir şeyi hukuki olarak kavramanın anlamı sadece onu hukuk olarak kavramak olabilir sadece. Hukuk normlarının hukuki bilişin nesnesi olabileceklerini söyleyen tez bir totolojidir sadece, zira hukuk –hukuki bilişin yegane nesnesi olan– normdur[8] ve norm ise doğa alanında herhangi bir uygulaması olmayan bir kategoridir[9]. Doğada meydana gelen olayları hukuki olarak karakterize etmek, içeriği fiili olaylara belirli bir şekilde karşılık gelen normların geçerliliğini savunmaktır. Yargıç, verili somut maddi olayın (sözgelimi cürmün) sübutuna dair karar verdiğinde, bilişi öncelikle tamamen doğada var olan bir şeylere çevrilmiştir. Sübutuna karar verdiği maddi olay ile uygulayacağı yasayı bir araya getirdiği ânda, bilişi hukuki hale gelir; yani maddi olayı 'hırsızlık' veya 'dolandırıcılık' olarak yorumladığında bilişi hukuki biliş olur. Ve bu yorum sadece ve sadece, maddi olayın içeriği çok özel bir şekilde, yani bir normun içeriğine göre bilinmiş ise mümkün olabilir. (Şunu da gözden kaçırmamak lazım: Yargıcın faaliyeti bilmeyle tükenmez; bilme, kendisi vasıtasıyla yargı kararının tekil normunun[10] vaz edileceği irade eylemi için bir hazırlıktır sadece.)

---

8 'hukuk normdur' (*'das Recht ist Norm'*). Kelsen bu kapalı ifadeyi doğal olan ile ideal olan, nedensel yasa ile norm arasındaki farka işaret etmek üzere kullanır. Hukuk bunlardan her birinde ikincisini takip eder. Bkz. ör. §§ 7, 8, 11(a), 15, 19, 29.

9 'kategori' (*'Kategorie'*). Kelsen, Georg Simmel'i izleyerek, bu terimi indirgenemez türlere –Simmel'in şemasında norm, oluş ve ideaya– atıfta bulunmak üzere kullanır. Bkz. Simmel, *Einleitung in die Moralwissenschaft*, vol. i (Berlin: Wilhelm Hertz, 1892, repr. Aalen: Scientia, 1983), 8-13, ve cp. HP, 7 f. *et passim*.

10 'tekil norm' (*'individuelle Norm'*). Kelsen bu terimi tekilleşmiş norma, genel normun somutlaşmasına atıfta bulunmak üzere kullanır. Bkz. ör. 31(b)-(e).

§ 6. Normun Geçerliliği ve Geçerlilik Alanı

Yukarıda olduğu gibi normun 'geçerliliği'nden bahsetmek[11] herşeyden önce, normun, zamanda ve mekânda mevcut doğal gerçeklikle karşıtlık içerisindeki kendine özgü varoluşunu, ortaya çıktığı yolu vurgulamak demektir. Böyle bir norm zaman ve mekânda yoktur, çünkü doğanın parçası değildir, ancak norm, kendisini vaz eden eylemle karıştırmamalıdır. Buna rağmen normun muhtemel içeriği fiili bir olayın muhtemel içeriğiyle aynıdır, çünkü norm içeriği bu fiili olaya, herşeyin ötesinde insan davranışına atıf yapar. Öyleyse norm aynı zamanda içeriğinde davranışın hem nerede hem de ne zaman gerçekleşeceğini –yahut da norm diliyle, 'gerçekleşmesi gerektiğini'– de belirlemelidir. İnsan davranışını düzenleyen normların geçerliliği genellikle (ve dolayısıyla özellikle de hukuk normlarının geçerliliği) mekâna ve zamana bağlı bir geçerliliktir, zira bu normların zamanda ve mekânda yer alan olaylardan ibaret bir içeriği vardır. Bir normun geçerli olması daima şu veya bu zamanda ve şu veya bu mekânda geçerli olması anlamına gelir —başka bir deyişle belli bir zamanda ve yerde meydana gelebilecek olaylara atıfta bulunur.

Normun zaman ve mekânla bağlantısı, geçerliliğinin zamansal ve mekânsal alanıyla ilgilidir. Geçerlilik alanı sınırlanmış da olabilir sınırlanmamış da. Norm bizzat kendisinin veya başka bir normun belirlemesiyle sadece belli bir zaman diliminde ve belli bir mekânda geçerli olabilir; yani sadece belli bir zaman diliminde ve belli bir mekânda ortaya çıkan olayları düzenleyebilir. Yahut da

11 Bkz. § 5.

norm –anlamı uyarınca– her zaman ve her yerde geçerli olabilir; yani normun atıfta bulunduğu olaylar her yerde ve her zaman ortaya çıkabilir. Herhangi bir zaman ve mekân belirlemesi taşımayan normun anlamıdır bu. Bu durumda normun zaman ve mekândan bağımsız olarak geçerli olduğunu değil, zamanın ve mekânın belirli olmadığını söyleriz; normun zamansal ve mekânsal geçerlilik alanı sınırlanmamıştır.

Bu zamansal ve mekânsal geçerlilik alanına ilaveten, normların; dini, ekonomik, politik davranış vb. gibi normatif düzenlemeye tâbi belirli konularla, farklı insan davranışı formlarıyla ilişkili olarak objektif (veya maddi) geçerlilik alanını da teşhis edebiliriz. Davranışları düzenlenen insanlar hakkında konuşmak gerektiğinde ise, normların kişisel geçerlilik alanını gözlemleriz. Maddi geçerlilik alanı sınırlanmış veya sınırlanmamış olabilir: Belli bir şekilde yaratılmış ve belli bir sisteme ait olan bir norm, içeriğinde herhangi bir nesneye atıfta bulunabileceği gibi sadece belli nesnelere de atıfta bulunabilir —sözgelimi federal bir anayasa maddi geçerlilik alanını federal sistem ile federe devlet sistemleri arasında paylaştırdığında durum budur. Kişi açısından geçerlilik alanı da sınırlanmış veya sınırlanmamış olabilir. Evrensel ahlakın normları bütün insanlara hitap eder; yani bu normlar prensip olarak kişi açısından sınırlanmamış bir geçerlilik alanına sahiptir. Hukuk normları ise belli kategorilerdeki insanlara yükümlülük yükler ve hak verir; yani bu normlar kişi açısından sınırlandırılmış bir geçerlilik alanına sahiptir.

§ 7. Hukuk Normlarının Bilinişi ve Hukuk Sosyolojisi

Hukuku norm olarak karakterize etmekle ve hukuk bilimini (hukukun yapılmasından ve uygulanmasından farklı bir işlev olan) normların bilinişi ile sınırlandırmakla, hukuku doğadan ve norm bilimi olarak hukuk bilimini, doğal olayları nedensel yasalar çerçevesinde açıklamaya çalışan bütün diğer bilimlerden ayırmış oluruz. Hatta böylece hukuk bilimi, hukuk normlarıyla yorumlanan, hukuki eylemler olarak sunulan doğal olayların neden ve sonuçlarını soruşturan bir kognitif bilimden de ayrılır. Böyle bir araştırmayı sosyoloji –bilhassa da hukuk sosyolojisi– olarak nitelemede bir mahzur yok. Vaatlerine ve değerine dair başka bir şey söylememiz gerekmiyor. Sadece şunu dile getirebiliriz: Hukuk sosyolojisindeki biliş özel bir anlama sahip olan hukuk normuyla ilgilenmez; onun yöneldiği olaylar, bu olayların, geçerli olduğu kabul edilmiş veya varsayılmış normlarla bağlantılarından oldukça uzaktır. Hukuk sosyolojisi, incelediği maddi olayları geçerli normlarla ilişkilendirmez; bu maddi olayları nedenler ve sonuçlar şeklindeki maddi olaylarla bağlantılandırır. Mesela, yasakoyucuyu şu değil de bu normları vaz etmeye neyin sevk ettiğini ve yapılan bu düzenlemelerin ne gibi sonuçları olduğunu sorar. Yahut dini muhayyilenin veya ekonomik verilerin mahkemelerin faaliyetlerini nasıl etkilediğini ve neyin insanları hukuk sistemiyle uyumlu veya uyumsuz davranmaya ittiğini sorar. Bu tip soruşturmalarda hukuk gündeme ancak maddi bir veri olarak; hukuk normlarını vaz eden, onlarla uyumlu hareket eden veya onları ihlal eden insanların bilinçlerine dair bir olgu olarak gelir. Dolayısıyla böyle bir bilişin nesnesi fiilen hukukun kendisi

değil, doğadaki paralel bir fenomendir. Fizyoloğun yaptığı iş de buna benzer: Belli duygulara eşlik eden veya bu duyguların gerçekleştiği koşulları ortaya çıkaran kimyasal ve fiziksel süreçleri araştırır, ama bu duyguların bizatihi kendilerini kavramaz, zira bu duygular psikolojik fenomenlerdir ve kimyasal veya fizyolojik olarak kavranamazlar. Saf Hukuk Kuramı, hassaten bir hukuk bilimi olarak dikkatini, bilincin verisi olarak hukuk normlarına ve hukuk normlarının kastedilmesine veya tahayyülüne değil (kastedilmiş ve tahayyül edilmiş) anlam olarak hukuk normlarına yöneltir. Ve Saf Kuram, maddi olayları, bu olaylar sadece hukuk normlarının içeriği oldukları takdirde, yani hukuk normlarınca düzenlendikleri takdirde ele alır. Saf Hukuk Kuramının problemi, anlam alanının hususi özerkliğidir.

II

Hukuk ve Ahlak

§ 8. Hukuk ve Adalet

Hukuku doğadan ayırmakla Saf Hukuk Kuramı doğal olan ile ideal{/tinsel} olan arasındaki sınırı bulmaya çalışır[12]. Hukuk bilimi, doğa bilimlerine değil beşeri bilimlere aittir[13]. Doğal olan ile ideal olan arasındaki karşıtlığın doğal gerçeklik ile değer, 'olan' ile 'olması gereken', nedensel yasa ile norm arasındaki karşıtlığa denk düşüp düşmediği, yahut idealin alanının esasında değerin, 'olması gereken'in, normun alanından daha geniş olup olmadığı hakkında tartışmak mümkün. Ancak kimse norm olarak hukukun doğal bir gerçeklik değil de ideal bir gerçeklik olduğuna itiraz edemez. Ve bununla beraber ödevimiz de ortaya çıkıyor: Hukuku doğadan nasıl ayırıyorsak, aynı şekilde ideal bir fenomen olan hukuku diğer ideal fenomenlerden de, bilhassa diğer norm tiplerinden de ayırmalıyız. Buradaki amaç herşeyden önce hukuku zincirlerinden kurtarmak, hukuk ile ahlak arasında sürekli kurulagelen bağı koparmaktır. Reddettiğimiz elbette hukukun ahlaka uygun ve iyi olması gerektiği yönündeki buyruk değil; bu aşikar bir mesele, ama gerçekte ne anla-

12 'İdeal' ('*Geist*'), Kelsen'in ve Wilhelm Windelband'ın genel olarak doğal olan ile ideal olanı karşılaştırırken yaptığı kullanımı yansıtır. Bkz. Ek I'deki not 3.

13 'beşeri bilimler' ('*Geisteswissenschaften*'). İfade, kabaca dile getirecek olursak, *humanities* {beşeri disiplinler} altında toplanabilecek alanları kapsar. Bu terminolojinin bazı ayrıntıları için bkz. Ek I'deki not 3.

ma geldiği de başka bir soru. Asıl reddedilen şey, hukukun ahlakın bir parçası olduğu ve dolayısıyla her yasanın, hukuk olması hasebiyle, bir anlamda ve bir dereceye kadar ahlaki olduğu anlayışıdır. Hukuku ahlakın bir dalı olarak tasvir etmek sadece hukukun ahlaka uygun biçimlenmesi gerektiği şeklindeki aşikar buyruğa karşılık gelebileceği gibi, ahlakın parçası olarak hukukun fiilen ahlaki bir karaktere sahip olduğu anlamına da gelebilir. Her iki durumda da, hukuka, ahlakın savunduğu mutlak bir değerin yüklenmesi söz konusudur.

Ahlaki bir kategori olarak hukuk, adaletle eşanlamlıdır. Adalet; amacına, herkesi tatmin ederek mükemmelen ulaşan mutlak anlamda doğru sosyal düzen için kullanılan ifadedir. Adalet arzusu, psikolojik olarak bakıldığında, insanın yalnız bir varlık olarak erişemeyeceği için toplum içinde peşine düştüğü ebedi mutluluk arayışıdır. Toplumsal mutluluğa verilen isimdir 'adalet'.

'Adalet' sözcüğü şüphesiz ki hukuki bir anlamda da kullanılır, pozitif hukuka uygunluk –özellikle de yasaya uygunluk– anlamında. Bir davada uygulanan genel bir normun benzer bir durumda uygulanmaması 'gayri-adil' görülür; ve bu 'gayri-adil'lik, genel normun bizatihi kendisinin sahip olduğu değere ilişkin her türlü değerlendirmeden farklıdır. Bu kullanıma göre, bir şeyin adil olduğuna hükmetmek sadece bir norma uygunluk şeklindeki nispi değeri dile getirmektir; 'adil', bir başka sözcüğün, 'haklı' sözcüğünün yerine kullanılmıştır.

Yine de 'adalet' hukuki karşılığından farklı olarak, bizzat kelime anlamıyla mutlak bir değeri ifade eder. Beşeri zihnin bu sorunu çözme yönündeki bin yıllık çabalarının başarısızlığının da bize gösterdiği gibi, 'adalet'in içereği Saf Hukuk Kuramınca belirlenemez, hatta bu

içeriğe rasyonel biliş yoluyla da ulaşılamaz. Zira mutlak geçerliliği çerçevesinde, pozitif hukuktan farklı ve üstün bir form olarak tahayyül edilmesi gereken adalet, Platonik ideanın doğal gerçekliğin ötesinde olması ve aşkın kendinde-şeyin görünüşlerin ötesinde olması gibi bütün deneyimin ötesindedir. Hukuk ile adalet düalizmi bu ontolojik düalizmle aynı metafizik karaktere sahiptir. Ve ontolojik düalizmde olduğu gibi, hukuk ile adalet düalizmi de iki katlı kapasiteye sahiptir, yani işlevi, çıkış noktasının iyimser veya kötümser, muhafazakar veya devrimci olmasına dayanır: Bir durumda halihazırda mevcut bulunan şeyi *{Gegebenheit}* –devlet veya toplum sistemini– mutlak değerle[14] uyumlu olması hasebiyle onaylar, diğer durumda ise halihazırda mevcut bulunan şeyi söz konusu değerle çelişmesinden dolayı reddeder. Bu varsayımımıza paralel olarak, nasıl ki Platonik ideanın veya kendinde-şeyin esasını deneyime yönelmiş rasyonel bilişte sabitlemek mümkün değilse, aynı şekilde adaletin ne olduğu sorusuna da bu şekilde cevap vermek mümkün değildir. Şu âna kadar bu çizgide bütün çabalar, 'iyiyi yap, kötüden kaçın', 'herkese sahip olduğu şeyi ver', 'altın ortadan sapma' vb. gibi tamamen boş formüllere ulaşmıştır. Kategorik emperatif dahi herhangi bir içeriğe sahip değildir. Eğer 'olması gereken'in yarattığı mutlak değerin belirlenmesi için bilime müracaat edecek olursanız, öğreneceğiniz tek şey yapmanız gereken şeyi yapmanız gerektiği olacaktır. Bu totolojinin arkasında

14 'Mutlak değer', burada ve yerine göre başka yerlerde Almanca '*Ideal*'in karşılığında kullanıyoruz (bkz. ör. Kelsen'in Önsöz'ü, s. xix). Böylece Almanca '*Geist*'ı 'ideal' ile karşılamamızla karışmamış oluyor (bkz. yuk. dipnot 12 ve Ek I'deki not 3). 'Mutlak değer' ('*absoluter Wert*'), yüksek bir standart veya ideal olarak mutlak olana atıfla Kelsen'in de bizzat kullandığı bir ifade (bkz. ör. bu paragrafın ilk cümlesi).

çok farklı formlarda ve özenle hazırlanmış kılıklarla saklanan, mantığın özdeşlik ilkesi var: İyi iyidir, kötü değil; adil adildir, gayri-adil değil; A A'dır, A-değil değil. İdrakin nesnesi haline getirilen, iradenin ve eylemin mutlak değeri olan adalet, kendisini, özdeşlik ilkesinde (negatif bir şekilde) ifade edilen doğruluk düşüncesine dönüştürüvermelidir. Problemin asli mecrasından bu şekilde uzaklaştırılması, mantığa esas itibariyle yabancı olan bir konuyu mantıksal şemaya uymaya zorlamanın kaçınılmaz sonucudur.

Rasyonel bilişin durduğu yerden bakıldığında sadece menfaatler ve dolayısıyla da menfaat çatışmaları vardır. Bu menfaat çatışmaları, menfaatlerin bir düzene sokulmasıyla çözülür. Bu düzende bir menfaat başka bir menfaatin aleyhine tatmin ediliyor olabilir veya bir denge kurulmuş, çatışan menfaatler arasında uzlaşma sağlanmıştır. Menfaatlerin sadece belli bir yöndeki düzenleniş biçiminin mutlak bir değere sahip olduğu (ki esasında bu 'adil olmak' anlamına gelir), rasyonel biliş vasıtasıyla açıklanamaz. Eğer kişinin başkalarının aleyhine iddia ada bulunurken kullanabileceği bir adalet mevcut olsa idi, pozitif hukuk tamamen gereksiz olur, varlığı kavranamazdı. Doğadan, akıldan veya ilahi iradeden doğan verili mutlak iyi bir sosyal düzen varsa, yasakoyucunun eylemleri, güneşin en parlak olduğu ânda yapay bir ışıklandırma kurmak kadar aptalca olacaktır. Buna karşın genellikle yöneltilen itiraz, esasında bir adaletin varolduğu, ancak onu tanımlayamayacağımız veya, aynı anlama gelecek şekilde, net bir şekilde tanımlayamayacağımız iddiasıdır. Bu itiraz kendi içinde çelişiktir, acı verici bir hakikati, mutlak bir değer olarak adaletin irrasyonel olduğu hakikatini, tipik ideolojik tarzda maskeler. Beşeri

irade ve eylem için ne kadar vazgeçilmez olursa olsun, bilişin ulaşabileceği bir şey değildir. İdrake/bilişe açık olan sadece pozitif hukuktur veya daha doğrusu bilişe/idrake bir görev olarak verilen yegane şey pozitif hukuktur[15]. Pozitif hukuku adaletten ayırmada ne kadar az çaba gösterirseniz, yasakoyucunun halihazırda hukukun adil kabul ettiğini adil görme çabasına o kadar meyilli olur, klasik —muhafazakar doğal hukuk kuramının karakteristiği olan bu ideolojik önyargıya o kadar destek vermiş olursunuz. Buradaki mesele, hâkim hukukun bilişinden ziyade onun meşrulaştırılmasıdır, söz konusu olan bir tezahürdür; böylelikle pozitif hukukun doğal, ilahi ya da akli bir düzenin –mutlak 'doğru' ya da adil bir düzenin– basitçe bir tecellisi olduğu gösterilir. Hukuk bilimi tarihinde mütevazı bir role sahip olan devrimci doğal hukuk kuramının niyeti aksi yöndedir; pozitif hukukun geçerliliğini, onun önceden varsayılmış mutlak düzenle çeliştiğini savunmak suretiyle sorgulamak ister. Öyleyse hukukun gerçekliğini bazen hakikatin yaydığından daha kötü bir ışık altında sunan, işte bu devrimci doğal hukuk kuramıdır.

§ 9. Saf Hukuk Kuramının İdeoloji Karşıtı Eğilimi

Güç siyaseti çerçevesindeki aşikar hedef ve amaçlarla birlikte bu ideolojik eğilimler, doğal hukuk kuramının görünürdeki çöküşüne rağmen hukuk bilimine halen hâkimdir. Saf Hukuk Kuramı bunların karşısında durur. Saf Kuram, hukuku olduğu gibi, adil diyerek onu meşru-

15 "idrake bir görev olarak verilen" (*'dem Erkennen aufgegeben'*). Karş. ör. CPR, A498-500/B526-8.

laştırmadan veya gayri-adil diyerek değerini reddetmeden tasvir etmek ister; Saf Kuram fiili ve mümkün hukuku araştırır, 'doğru' hukuku değil. Bu anlamda, radikal gerçekçi bir hukuk kuramıdır. Pozitif hukuku değerlendirmeyi reddeder. Pozitif hukuku olduğu şekliyle kavramak ve onu, yapısını analiz etmek suretiyle anlamak —işte Saf Kuramın bir bilim olarak kendisi için biçtiği görev budur. Saf Kuram, özellikle de, mevcut toplumsal düzeni meşrulaştırmaya yahut değerini reddetmeye yarayacak ideolojik araçlar sağlamak suretiyle şu veya bu türden siyasal çıkara hizmet etmeyi reddeder. Böylece, bilerek veya bilmeyerek, kimi zaman daha az kimi zaman daha çok ideolojik karaktere sahip olan geleneksel hukuk biliminin en sert muhalifidir. Saf Hukuk Kuramı, ideoloji karşıtı duruşu nedeniyle, hiç şüphesiz, mahiyeti itibariyle bilişinin nesnesini ortaya çıkarmayı isteyen hakiki hukuk bilimi olduğunu ortaya koymuştur. İdeoloji, gerçekliği, onu iyi bir şeymiş gibi olduğundan farklı göstererek gizler. Bunu yaparken onu muhafaza etmeyi veya savunmayı hedefler. İdeoloji bazen de gerçekliği çarpıtarak gizler. Burada ise amacı ona saldırmak, onu tahrip etmek ve başka bir gerçeklikle değiştirmektir. Bütün ideolojilerin kökleri iradedir, biliş değil; ideoloji belli menfaatlerden kaynaklanır veya daha doğru bir şekilde söyleyecek olursak, hakikat[/doğruluk] menfaatinden değil, başka menfaatlerden kaynaklanır. (Burada elbette ki bu diğer menfaatlerin değer veya erdemi hakkında herhangi bir şey söyleyecek değiliz.) İdrak tekrar ber tekrar iradenin ideoloji vasıtasıyla diğer şeyler üzerine örttüğü örtüyü parçalar. Hukuku yaratan ve onu muhafaza etmek isteyen otorite, yaptığı şeyin ideolojiden arınmış bir şekilde bilinmesinin yararlı olup olmadığını sorabilir.

Ve hatta mevcut sistemi yıkmak ve yerine daha iyi olduğunu düşündükleri bir başkasını koymak isteyen güçler de ideolojiden arınmış bir hukuki bilişle ne yapacaklarını bilemeyebilirler. Ne var ki hukukun bilimi ne sistemi korumak isteyen otoriteyle ne de onu yıkmak isteyen güçlerle ilgilenebilir. Ve hukukun böylesi bir bilimi, Saf Hukuk Kuramının olmayı amaçladığı şeydir.

III

Hukuk Kavramı ve Yeniden İnşa Edilmiş Hukuk Normu Doktrini

§ 10. Doğal Hukuk Kuramı ve Hukuki Pozitivizm

Geleneksel hukuk kuramının ideolojik karakteri, ki Saf Hukuk Kuramı tam da bu kurama saldırır, hukuk kavramının bilindik tanımında ortaya çıkar. Geleneksel kuram, yukarıda zikrettiğimiz üzere, aşkın hukuk kavrayışıyla[16], bugün dahi muhafazakar doğal hukuk kuramının etkisi altındadır. Bu kavrayış tümüyle, doğal hukuk kuramının hâkim duruma geldiği dönemdeki felsefenin metafizik karakterine karşılık gelir. Bu dönem siyasal açıdan mutlak monarşinin polis devletinin ortaya çıkışına tesadüf eder. On dokuzuncu yüzyılda liberal burjuvazinin zaferi, metafiziğe ve doğal hukuk kuramına yönelmiş samimi bir tepkinin başlangıcını oluşturuyordu. Ampirik doğa bilimlerindeki gelişimle birlikte ve dini ideolojinin çöküşüyle burjuvanın hukuk bilimi doğal hukuktan hukuki pozitivizme döndü. Söz konusu dönüş ne kadar radikal olursa olsun, şimdi bile tam, yüz seksen derecelik bir dönüşten bahsedemeyiz. Esasında hukuk artık ezeli ve ebedi, mutlak bir kategori olarak görülmüyor; içeriğinin tarihsel de-

16 Kelsen burada ve yukarıda § 8'de, 'aşkın' bir kavrama işaret eder. 'Aşkın' (*transcendent*), mümkün deneyimin koşulları hakkındaki araştırmaya işaret eden Kantçı transandantal kavramının aksine, deneyim sınırlarının ötesine gider. Kantçı kavram için bkz. §§ 11(b)-(c), 29.

ğişime tâbi olduğu ve hukukun bizatihi kendisinin, pozitif hukukun, zamana ve mekâna bağlı koşullarca belirlenen bir fenomen olduğu kabul ediliyor. Mutlak hukuki değer nosyonu, yine de, tümüyle kaybolmuş değil. Pozitivist hukukbilimde dahi benimsenen bir düşüncede, etik bir idea olan adalet düşüncesinde yaşatılıyor. Hukuk ile adalet arasındaki ayırımın açıkça vurgulandığı durumlarda dahi şöyle böyle görünür bağlarla bir arada bulunmaya devam ederler. 'Hukuk' olabilmek için, kurama göre, pozitif devlet sistemi adaletle bir ölçüde bağlantılı olmalı, öyleyse, asgari etiği[17] güvence altına almalı, yetersiz bile olsa 'doğru' yani adil hukuk denemesi olmalıdır. 'Hukuk' olabilmek için pozitif hukuk, mütevazı da olsa bir ölçüde hukuk ideasına[18], adalete karşılık gelmelidir. Hâkim devlet sisteminin hukuki karakterinin aşikar olduğu varsayıldığından, sistemi meşrulaştırmak amacıyla bu hukuki asgari ahlak teorisinden, bu küçük ölçekli doğal hukuk teorisinden başka bir şeye lüzum yoktur. Ve söz konusu asgari güvence, toplumdaki çeşitli hizipler arasında göreli bir dengenin bulunduğu zamanlarda olduğu kadar, şimdiki gibi burjuvanın iyice tahkim edilmiş egemenliğinin sürdüğü nispeten sakin dönemlerde yeterli gelir. Pozitivist ilkenin resmi olarak kabul edilmiş olmasının nihai sonuçları, öyleyse, ortaya çıkmış değildir ve hukuk bilimi de yönelimi itibariyle tümüyle pozitivist değildir. Ne var ki, ağırlıklı olarak pozitivisttir.

---

17 Burada Georg Jellinek'in 'hukuk *asgari etik*ten başka bir şey değildir' anlayışına atıf yapılıyor. Bkz. Jellinek, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* (Viyana: Alfred Hölder, 1878, yeniden basımı: Hildesheim: Georg Olms, 1967), s. 42 (vurgu Jellinek'e ait).

18 'hukuk ideası' (*'Rechtsidee'*). Almanca yazında adalete karşılık gelmek üzere kullanılan bilindik bir terim ve bilhassa da hukuki bir değer olarak anlaşılır. Bazı ayrıntılar ve metin atıfları için bkz. Ek I'deki not 4.

§ 11. Hukukun Kategorisi Olarak 'Olması Gereken'

(a) Aşkın Bir İdea Olarak 'Olması Gereken'

Hukuk biliminin yukarıda betimlenen yönelimi, norm veya 'olması gereken' kavramının pozitif hukuku içine alışında açıkça ifadesini bulur. Hukuki ve ahlaki normların özdeş olmadığı hukukbilimde tekrar ber tekrar vurgulanırken, mutlak ahlaki değer hukuki açıdan tartışma konusu yapılmaz. Söz konusu olan belki de sadece şu: Mutlak ahlaki değer tartışma konusu yapılmadan varlığını devam ettirir, böylece hukukun biricik göreli değeri bu arkaplandaki tartışmadan uzak tutulmuş olur. Ne var ki, hukukbilimin mutlak bir değerin varlığını inkâr etmeyerek kendini bu sorunun üstesinden gelmeye yetkin görmemesinin hukuk kavramı açısından sonuçları olmak durumundadır. Esasında, eğer hukuk aynen ahlak gibi norm olarak görülür ve hukuk normunun anlamı aynen ahlaki normda olduğu gibi bir 'olması gereken'de dile getirilirse, ahlakın karakteristiği olan mutlak değerin bir kısmı hukuk normuna ve hukuki 'olması gereken'e de bulaşacaktır. Bir şeyin hukuken düzenlenmiş olduğu yargısı, yani bazı norm içeriklerinin hukuk nedeniyle zorunlu olması, hiçbir zaman bu durumun iyi, haklı, adil olduğu düşüncesinden tümüyle bağımsız olamayacaktır. Ve bu anlamda, on dokuzuncu yüzyılın pozitivist hukukbiliminin önerdiği üzere, hukukun kavramsal olarak norm ve 'olması gereken' diye karakterize edilmesi, esasında belli bir ideolojik unsuru da barındırmaya devam etmektedir.

(b) Aşkınsal[/Transandantal] Bir Kategori Olarak 'Olması Gereken'

Saf Hukuk Kuramı, hukukun kavramsal karakterizasyonunu bu ideolojik unsurdan kurtarmaya çalışıyor. Bunun için de hukuk normu kavramını kaynağından, yani ahlak normu kavramından tümüyle ayırıyor ve ahlak yasasına karşı dahi hukukun özerkliğini güvence altına alıyor. Saf Kuram bunu, hukuk normunu, ahlak normunda olduğu gibi, bir buyruk gibi anlayarak değil –ki bu geleneksel kuramın olağan yaklaşımıdır–, koşullanan maddi bir olay ile koşullanan sonucun özel bir şekilde birbirine bağlanışını ifade eden koşullu[/hipotetik] bir yargı[19] olarak görerek gerçekleştirir. Hukuk normu böylece pozitif yasaların temel formunu[20] sergileyen, yeniden inşa edilmiş hukuk normu[21] haline gelir. Nasıl ki doğa yasaları bazı maddi olayları neden, diğerlerini de sonuç olarak birbirine bağlar, pozitif yasalar da [temel formlarıyla] hukuki koşulu hukuki sonuca (sözde hukuka aykırı eylemin sonucuna) bağlar. Maddi olayları bağlama tarzı birinci durumda kozalite ise, ikinci durumda isnattır ve isnat, Saf Hukuk Kuramında, hukuka has yasallığı sağlayan şey olarak kabul edilmiştir[22]. Bir sonuçtan geriye giderek

19 'koşullu[hipotetik] yargı' (*'hypothetisches Urteil'*).

20 'pozitif yasaların temel formu' (*'Grundform des Gesetzes'*). Karş. ör. 'yeniden inşa edilmiş norm' (bkz. aşağıda dipnot 21), 'asli formdaki hukuk normu' (bkz. § 14(b), dipnot 25'teki metin) ve 'kanun formu kavramı' (bkz. § 31(b), dipnot 51'deki metin).

21 'yeniden inşa edilmiş hukuk normu' (*'Rechtssatz'*). Çeviride kullandığımız ifade Eugino Bulygin'in, Kelsen'in bu bölümde sunulan koşullu formüle edilmiş hukuk normu için kullandığı terminolojidir. Aynı zamanda bkz. § 29, dipnot 42'deki metin. Bazı ayrıntılar için bkz. Ek I'deki not 5.

22 'isnat' (*'Zurechnung'*). Kelsen (bu bölümde ele alınan) çevresel isnat denilen şeyle (§ 25(a), (d)'de ele alınan) merkezi isnadı birbirinden ayırır. Genel olarak ayırım ve *'Zurechnung'*un İngilizce *imputation* (isnat) olarak karşılanması konusunda bkz. Ek I'deki not 6.

nedene ulaşıldığı gibi, hukuki sonuçtan yola çıkarak hukuki koşula da ulaşılabilir. Ancak hukuki sonuca hukuki koşulun neden olduğu söylenemez. Söz konusu olan, hukuki sonucun (hukuka aykırı eylemin sonucunun) isnat yoluyla hukuki koşula bağlanmasıdır. Kişinin bir suç 'nedeniyle' cezalandırıldığını söylemek bu anlamdadır, yahut ödenmemiş bir borç 'nedeniyle' kişinin mallarının haczedildiğini söylemek de. Cezanın suça, haczin ise medeni hukuk çerçevesindeki hukuka aykırı bir eylem olan maddi olaya bağlanmasının nedensel değil normatif bir anlamı vardır. Bu bağlantıyı 'isnat' adı vererek ifade etmek ve böylece –başka bir şeyi değil, sadece– hukukun kendine has varlığını, geçerliliğini dile getirmek; işte Saf Hukuk Kuramı pozitif hukuku bu 'olması gereken' içerisinde sunar. Yani 'olması gereken', hukuk sistemine ait olan maddi olayların karşılıklı ilişkisinin varsayıldığı özgün anlamı ifade eder. 'Yapılmalı' da aynı şekilde nedensellik yasasını dile getirir.

Her iki durumda da unsurların işlevsel bağlantısının, her bir sistemin –birinde doğa, diğerinde hukukun– kendine özgü bağlantısının basitçe ifade edilmesi söz konusudur. Nedensellik tek başına, insanoğlunun ona iliştirdiği metafiziksel-büyüsel anlamından arındırıldığında, sadece işlevsel bir bağlantıyı temsil eder, ancak yine de hâlâ tamamen animistik ve nedeni kendisinden sonucu doğuran gizemli bir güce sahipmiş gibi düşünülür. Bu şekilde saflaştırılmış olan nedensel ilkeden doğa bilimlerinde vazgeçmek mümkün değildir, zira ilkenin gösterdiği şey sadece doğanın kavranabilirliğine dair bir postüladır. Bu postüla sadece ve sadece bilişimize sunulmuş maddi olayları ilişkilendirmek suretiyle tahayyül edilebilir. Doğa kanunları şöyle der: 'Eğer A meydana gelirse

B de olmalı'. hukuki/pozitif yasalar ise şöyle der: 'Eğer A meydana gelirse B yapılmalı'. Ne doğa kanunları ne de pozitif yasalar A ile B arasındaki bağlantının ahlaki veya siyasi değeri hakkında bir şey söylemiş olur. 'Olması gereken', ampirik hukuki bilginin kavranabilmesi için göreli bir *a priori* kategori[23] oluşturur. Bu açıdan 'olması gereken' vazgeçilmezdir, zira pozitif hukukun maddi olayları birbirlerine nasıl bağladığı anlaşılamayacak yahut da ifade edilemeyecektir. Dolayısıyla bu bağlantının neden ve sonuç bağlantısı olmadığı aşikardır. Bir suç fiili için ceza vaz edilmesi, bir nedenin sonucu gibi değildir; söz konusu olan şudur: Yasakoyucu bu iki maddi olay, yani suç ile ceza arasında nedensellikten tamamen farklı bir bağıntı ihdas eder. Tamamıyla farklıdır, ancak ihlal edilemezlik anlamında aynıdır. Çünkü hukuk sisteminde, mevcut hukuk nedeniyle, her suçu daima ve herhangi bir istisna olmaksızın bir ceza takip eder, hatta doğa sistemi içerisinde ceza şu veya bu şekilde maddileştirilmemiş olsa bile. Ceza maddileştirildiğinde, cezanın neden işlevi gören suç fiilinin sonucu olarak ortaya çıkmış olmasına gerek yoktur; tümüyle farklı nedenleri olabilir, hatta esasında, suç eylemi hiç gerçekleşmemiş bile olabilir. Birisi, hukuka aykırı olduğunu söylediği bir eylemin ortaya çıkması durumunda, hukuka aykırı eylemin sonucunun da ortaya çıkması {olması gereken anlamında} "gerektiğini" söylediğinde, buradaki –hukuk kategorisi yaratan– "gereklilik" {olması gereken} sadece hukuki koşul ile hukuki sonucun ait oldukları yeniden inşa edilmiş

23 'göreli *a priori* kategori' ('*eine relativ apriorische Kategorie*'), '*relativ*'i bir sıfat olarak çevirmiş oluyor. Bkz. ör. Kelsen, *Das Problem der Souveränität* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1920, yeniden basımı: Aalen: Scientia, 1960), s. viii; ve Felix Somlo, *Juristische Grundlehre* (Leipzig: Felix Meiner, 1917, yeniden basımı: Aalen: Scientia, 1973), s. 127.

hukuk normundaki hususi anlamı temsil eder. Hukukun bu kategorisi tamamen formel karakterdedir ve onun bu karakteri kendisini hukukun aşkın ideasından ilkesel olarak farklılaştırır. İlişkilendirildiği maddi olayların içeriği her ne olursa olsun ve hukuk olarak anlaşılan eylemlerin tipi her ne olursa olsun uygulanabilirliğini korumaya devam eder. İçeriğine bakılmak suretiyle hiçbir toplumsal gerçeklik bu hukuki kategoriden dışlanamaz, ki bu hukuki kategori metafizik-aşkın değil, Kantçı felsefe bağlamında bilişsel-teorik-transandantaldir. Kökten ideoloji karşıtı duruşunu korumasını sağlayan tam da bu transandantal karakteridir; ve tam da bu noktada, geleneksel hukuk teorisi en sert direnişini gösterir, zira Sovyetler Birliği'nin sisteminin, Faşist İtalya'nın yahut demokratik kapitalist Fransa'nınkiyle aynı şekilde bir hukuk sistemi olarak görülmesini tahammül edilemez bulmaktadır.

(c) Doğal Hukuka ve Metafiziğe Ricat

Dünya savaşının neden olduğu sosyal çalkantılar geleneksel hukuk teorisinin doğal hukuka toptan rücu etmesi için gerekli ortamı hazırladı, geleneksel felsefe ise Kant-öncesi metafiziğe tam bir dönüşü benimsiyordu. Yirminci yüzyılın yarısına yaklaşırken, on dokuzuncu yüzyılın başlarındaki feodal lordla aynı siyasal konumda bulunan burjuvazi, feodal lordun günün burjuvazisiyle savaşırken savunduğu aynı siyasal ideolojilere yaklaşıyordu. Ve tam da Saf Hukuk Kuramı, esas itibariyle ideoloji karşıtı olan on dokuzuncu yüzyılın pozitivist felsefesine ve hukuk teorisine nihai sonucunu verdiğindendir ki, Kantçı transandantal felsefeden ve hukuki pozitivizmden vazgeçenlere karşı en sert muhalefeti yapmaktadır.

§ 12. Zorlayıcı Norm Olarak Hukuk

'Olması gereken'in ya da normun formel kategorisiyle, hukukun *differentia specifica*'sı değil, onun üst kavramı, genus'u kazanılmış olur. On dokuzuncu yüzyıl hukuk teorisi hukuk normunun zorlayıcı bir norm (cebri mümkün kılan bir norm) olduğu konusunda büyük oranda ittifak etmişti ve hukuk normu diğer normlardan bu şekilde ayrılıyordu. Saf Hukuk Kuramı burada on dokuzuncu yüzyıl pozitivist hukuk teorisi geleneğini sürdürmektedir. Saf Kurama göre, yeniden inşa edilmiş hukuk normunda belli bir koşula iliştirilmiş olan sonuç, devletin –hem cezayı hem de cebrin sivil veya idari kullanımını kapsayan– cebri eylemidir. Sadece bu eylem vasıtasıyla koşullanmış maddi olay hukuka aykırı bir eylem olarak nitelenebilir ve sadece koşullanmış maddi olay hukuka aykırı eylemin sonucu olarak nitelenebilir. Belli bir beşeri davranışı hukuka aykırı –(sözcüğün en geniş anlamıyla) hukuka aykırı fiil– yapan ne eyleme içkin bir özellik ne de hukuk-üstü bir normla, ahlaki bir değerle, pozitif hukuku aşan bir değerle olan şu veya bu türden bağlantıdır. Belli bir davranışı hukuka aykırı fiil yapan şey, basitçe ve sadece yeniden inşa edilmiş hukuk normunda bu davranışın belli bir sonucun koşulu olarak belirlenmiş olmasıdır; onu hukuka aykırı eylem yapan, basitçe ve sadece pozitif hukuk sisteminin bu davranışa cebri bir eylemle karşılık vermesidir.

§ 13. Hukuka Aykırı Eylem Kavramı

Saf Hukuk Kuramının altettiği içkin bakış açısından kaynaklanan hukuka aykırı eylem kavramı esaslı bir yeniden

yorumlamaya tâbidir. Hukuka aykırı eylem açısından belirleyici olan şey, yasakoyucunun niyeti, norm çıkaran otorite açısından maddi olayın arzu edilmiyor olması, yani açıkça dile getirilmemiş olan toplumsal açıdan zararlı oluşu değildir (belki söylenebilecek tek şey, yasakoyucunun bunu öyle gördüğüdür). Bilakis, belirleyici olan basitçe ve sadece söz konusu maddi olayın yeniden inşa edilmiş hukuk normundaki yeri, yani hukukun vereceği özel tepkinin, zorlayıcı eylemin (devletin gerçekleştireceği eylemin) koşulu olmak itibariyle yeridir. Hukuka aykırı bir eylem, yeniden inşa edilmiş hukuk normunda koşul olarak belirlenmiş bir davranıştır; yeniden inşa edilmiş hukuk normunda sonuç olarak vaz edilmiş zorlayıcı eyleme tâbi olan insan davranışıdır. Zorlayıcı eylemin muhatabı olan insanın davranışı olarak hukuka aykırı eylemin maddi olayı, hukuka aykırı eylemin sonucunun bütün diğer koşullarından ayrıdır. Eğer (ilkel hukuk sistemlerinde yahut bir tüzel kişiye [sözgelimi bir şirkete] hukuka aykırı eylemin isnat edilmesinde olduğu gibi) hukuka aykırı eylemin sonucu, hukuka aykırı eylemin maddi olayından sorumlu olan kişiden bir başkasına yöneltilmişse, bu daima, yasakoyucunun bu ikisi arasında, ister gerçek ister varsayımsal olsun, bir tür bağlantı olduğunu kabul etmesi nedeniyledir. Buna dolaylı sorumluluk denir. Dolayısıyla katilin ailesi katilin eyleminden sorumludur; prens, teb'asının işlediği suçlardan dolayı sorumludur; ve vatandaşlar devlet görevlilerinin hukuku ihlal etmeleri nedeniyle sorumludur (kolektif sorumluluk). Hukuka aykırı eylemin gerçek öznesi ile hukuka aykırı eylemin sonucunun nesnesi arasında, daima fiziksel yahut hukuki bir özdeşlik bulunur.

Bu muhakeme çizgisi uyarınca, hukuk politikasının

bakış açısıyla hukukun açıkça yadsınması olan hukuka aykırı eylem, hukukun kendine has bir koşulu haline gelir. Ve sadece bu şekilde hukuka aykırı eylem hukuki bilişin olanaklı bir nesnesi haline gelir, zira hukuki biliş hukuka aykırı eylemi ancak hukuk olarak algılayabilir. Hukuka aykırı eylem kavramı bilgi-öncesi {*vorwissenschaftlich*} naif bir hukukbilimin ona fırsat tanıyabileceği sistem-dışı pozisyonunu terk eder ve sistem-içi bir pozisyon alır. Etik ve teoloji –her ikisi de normatif biliş tarzlarıdır– tam da bu şekilde iş görürler: teodisede (iyinin sistemi olarak dünyanın yorumlanması teşebbüsünde) kötünün asli karakterini soyup çıkartır ve ortada sadece iyinin salt olumsuzlanmasını bırakır ki kötü sadece iyinin gerçekleştirilmesinin koşulu olarak kalabilsin —kötü nihayetinde kefaretle sonuçlanacak ve iyinin zaferi vuku bulacaktır. Saf Hukuk Kuramı, hukuka aykırı eylemin maddi olayıyla ilgili olan kişinin hukuku 'çiğnediği' veya 'ihlal' ettiği anlayışını yıkmıştır. Saf Kuram göstermiştir ki, hukuk, hukuka aykırı eylemle ne çiğnenir ne de kırılır; bilakis, hukuk asli işlevine sadece ve sadece hukuka aykırı eylem vasıtasıyla ulaşabilir. Hukuka aykırı eylem, hukukun varlığındaki bir duraklamayı veya kesilmeyi temsil etmez (geleneksel hukuk bilimi öyle olduğuna inanır), söz konusu olan tam tersidir: hukukun mevcudiyeti kendisini hukuka aykırı eylemin varlığıyla kanıtlar, zira bu varlık hukukun geçerliliğinden, yani hukuka aykırı eylemin sonucu olan zorlayıcı eyleme ait 'olması gereken'den ibarettir.

Saf Hukuk Kuramı bu meselede de zamanımızın hukuk teorisinin karşısında duruyor. Günümüz hukuk teorisi, doğal hukuka doğru kaymasıyla uyumlu olarak, hukukun ampirik ölçütü olarak zorlayıcı unsurdan, hu-

kukun özü itibariyle sahip olduğu değerle, hukuk ideası ile uyumluluğuyla bilinebileceğine inanarak, vazgeçecektir[24]. Zorlayıcılık koşulunun hukuk açısından zorunlu olmaktan çıkabilmesi için, –pozitif hukukun, mutlak, yani ilahi yahut doğal bir düzenden filizlendiğini varsaymak suretiyle– hukukun bağlayıcılık gücünün, hukukun değerinin doğrudan sezilebiliyor olması gerekir. Zira ancak o zaman hukukun geçerliliği, aynen mutlak ahlakın geçerliliğinin olduğu gibi, hukukun bağlayıcı olduğu yönündeki sezgisel kanaate eşlik eden dahili zorlamaya dayanacaktır. Bu, açıkça doğal hukuka kök salmış bir görüştür.

§ 14. Sosyal Teknik Olarak Hukuk

(a) Hukuk Sisteminin Etkililiği

Ne var ki, (salt pozitivist şekilde düşünülen) hukuku basitçe dışsal bir zorlayıcı sistem olarak görmek, onu bir spesifik sosyal teknik olarak düşünmektir. Sosyal olarak arzu edilen şey, insan davranışına, arzu edilenin karşıtı olan bir sonuç –yani bir zorlayıcı eylem (yaşam, özgürlük yahut mülkiyet gibi bir iyinin zorla alınması)– iliştirilmek suretiyle hayata geçirilir yahut geçirilmek istenir. Hukuk sistemi açık bir şekilde şu varsayımdan yola çıkar: davranışlarını yönettiği insanlar, zorlayıcı eylemi kaçınılması gereken bir kötülük olarak görür. Hukuk sisteminin amacı insanların –belli bir şekilde, arzu edilenin aksine davrandıkları takdirde onları tehdit eden bu kötülük nosyonu vasıtasıyla– arzu edilen şekilde davranmalarını

24 'hukuk ideası' hakkında bkz. yuk. § 10, dipnot 18 ve Ek I'deki not 4.

sağlamaktır. Hukuk sisteminin hedeflediği etkililik bu istekte yer alır. Etkili olmak amacıyla, hukuk normlarının içeriği (genel olarak sosyal normların içeriği gibi) insan davranışıyla sınırlanmıştır, zira sadece akıl ve iradeyle donanmış olan insan bir norm nosyonuyla harekete geçirilebilir, bu norma uygun bir şekilde davranmaya yöneltilebilir. Dolayısıyla, hukuki olaylar denen, insanın yapma veya kaçınma eylemlerinde bulunan diğer maddi olgular, hukuk normlarının içeriğinde, normun koşulu yahut sonucu olarak, ancak insan davranışıyla temel bir bağlantı içerisinde oldukları takdirde ortaya çıkarlar. Primitif hukuk sistemleri, insan olmayan muhataplarının da davranışını yönetmek için hukuka aykırı eylemlerin sonuçlarını sadece insanlara karşı değil, aynı zamanda hayvanlara ve cansız şeylere de yöneltirdi, zira primitif animizm hayvanların ve nesnelerin de ruhu olduğuna inanırdı, yani animizm insana ait olmayan davranışı, tamamen insan davranışına analojiyle yorumluyordu.

(b) İkincil Norm

Hukuk sisteminin amacını dikkate alarak, insanların tehdit unsuru olan zorlayıcı eylemden kurtulmak için belli bir şekilde hareket etmeleri gerektiği düşünülecek olursa, hukuk sistemi, hukukun hayata geçirmek istediği davranışı buyuran normların toplamından ibaret hale gelir. Bu cümleden olmak üzere 'hiç kimse hırsızlık yapmamalıdır', 'herkes borcunu ödemelidir' vb. normlar örnek verilebilir. Ne var ki burada unutmamamız gereken şey, normun hukuki karakteri açısından temel teşkil eden zorlayıcı eylemle olan önemli bağlantının ifa-

de edilmemiş olduğudur. Dolayısıyla, yaptırımdan-kaçınan davranışı –hukuk sisteminin hayata geçirmek istediği davranışı– vaz eden norm, sadece ve sadece, hukuk normu tamamen ve düzgün bir şekilde şunu söylüyorsa bir hukuk normudur: normun ihdas ettiği yaptırımdan-kaçınan davranışın aksi olan verili bir davranış varsa, gelecekte, sonuç olarak bir zorlayıcı eylem meydana gelecektir. Bu yeniden inşa edilmiş norm, asli formdaki hukuk normudur[25]. Öyleyse, yaptırımdan-kaçınan davranışı vaz eden norm, sadece ikincil hukuk normu olarak kabul edilebilir. Tam olarak söylemek gerekirse, hukuka aykırı eylem (zorlayıcı eylemin koşulu) olumsuzlama gibi bir şeyi, ikincil hukuk normunun zorunluluk olarak ihdas ettiği, yani yaptırımdan-kaçınan davranışla bağlantılı olarak hukuk sisteminin hayata geçirmek istediği davranış olan maddi olayla bir tür çelişkiyi temsil eder. Fakat hukuka aykırı eylemin maddi olayı, karşıt maddi olayı zorunluluk olarak ihdas eden ikincil normla ilişkide dahi, mantıksal bir çelişki değildir. Böyle bir çelişki olsa olsa iki 'olması gereken' önermesi yahut iki 'olan' önermesi arasında ortaya çıkabilir, kesinlikle biri 'olması gereken'i ifade eden diğeri ise 'olan'ı ifade eden iki norm arasında değil —yani sadece iki norm arasında çelişki olabilir, bir norm ('olması gereken') ile bir maddi olay ('olan') arasında değil. Mantıksal bir çelişki, 'A olmalıdır ve A-olmayan olmalıdır' ifadesiyle temsil edilir, 'A olmalı ve A-olmayandır' ifadesiyle değil. 'Bir norma karşıt olmak'[26], mantıksal çelişkiden tamamen farklı bir

25 'asli formdaki hukuk normu' ('*Rechtsnorm in ihrer primären Gestalt*'). Bkz. § 11(b), dipnot 21'deki metin.

26 'norma karşıt olma' ('*Normwidrigkeit*'). Neyseki '-e karşıt olma' ('*-widrig*') ailesinin diğer üyelerinin İngilizce bilindik muadilleri var, ör. 'illegal' [hukuka aykırı] ('*rechtswidrig*') ve 'unconstitutional' [anayasaya aykırı] ('*verfassun-*

kategoridir. Maddi bir olay ile maddi olayın aksini zorunluluk olarak vaz eden norm mantıksal bir karşıtlık olarak karakterize edilemez, belki de *telos* objektif bir amaç olarak anlaşılıyorsa, teleolojik karşıtlık olarak karakterize edilebilir. Hukuka aykırılık ve hukuka uygunluk şeklindeki geleneksel kavramlar –yani, hukuka uygun olmayan davranış ile hukuka uygun olan davranış kavramları– açıkça, hukuki hedefin ifadesi olan ikincil hukuk normuna uyarlanmıştır. Bu geleneksel kavramlar, birincisi zorlayıcı eylemin koşullayıcısı, ikincisi ise zorlayıcı eylemden kaçınan şeklinde nitelenerek kullanılabilir.

(c) Hukuka İtaat Etmenin Saikleri

İnsan davranışının hukuk sistemine uymasının, esasında, zorlayıcı eylem tehdidinin sonucu olup olmadığına karar vermek zor. Kesin olan şu: Pek çok durumda, hukukun hayata geçirmek istediği ilişkilere tamamen farklı saikler yol açar. Yaptırım yahut uygulanan zorlayıcı eylem korkusu her zaman söz konusu saik değildir; bu şekilde davranmanın dini yahut ahlaki gerekçeleri vardır, geleneklerin etkisi, toplumdan dışlanma kaygısı söz konusudur ve çoğunlukla da hukuka aykırı davranmak için hiçbir neden yoktur —bütün bunlar hukuka uygun davranışı hayata geçirir. Aşağıda da göreceğimiz gibi[27], fiili insan davranışlarıyla hukuki sistem arasındaki örtüşme –hukuki sistemin geçerliliği[28] için hayati olan bu ilişki– hukuk sisteminin etkililiği bakımından faydalı

gswidrig'). Aynı zamanda bkz. § 31(h), dipnot 54 ve 55'teki metin.
27 Bkz. § 30(a).
28 'hukuk sisteminin geçerliliği' ('*Geltung der Rechtsordnung*').

olmak zorunda değildir. Bu ilişkinin izini sürmek için, bilhassa böyle bir örtüşmeyi hayata geçirmek yahut desteklemek işlevine sahip ideolojilere dek gidilebilir.

Hukuka has olan tarz, yani, sosyal açıdan zararlı görülen insan davranışının bu insan tarafından kötü olarak görülen cebri bir eyleme bağlanması, herhangi bir türden sosyal amacın gerçekleştirilmesine katkıda bulunur. Hukuk bir amaç değil spesifik bir araç niteliği taşır. Bu nitelik yukarıda formüle edilen ikincil hukuk normunun neden hukukun asli ifadesi olamayacağını açıkça gösterir —zira hukuki koşulu hukuki sonuca bağlayan yeniden inşa edilmiş hukuk normunu dikkate almamıştır. Hukuk, siyasal yahut etik bir değere sahip olmayan, böyle bir değer içermeyen, zorlayıcı bir araçtır; bu zorlayıcı aracın değeri daha çok araç olarak hukuku aşan amaçlara dayanır. Hukuk olarak kavranacak maddi olgunun bu şekilde yorumlanmış olması da her türden ideolojiden bağışıktır. Söz konusu maddi olgu açıkça tarihsel olarak koşullanmış bir şekilde görülür, ki bu da zorlayıcı bir sosyal teknik sistemi ile bu sistem vasıtasıyla ayakta tutulan toplumsal ilişkiler arasındaki doğal ilişkiyi daha iyi anlamaya hizmet eder. Bu toplumsal ilişkilerin ne olduğu –sözgelimi sosyalistlerin savunduğu üzere sınıf hâkimiyetinin sömürüsü niteliği taşıyıp taşımadığı– Saf Hukuk Kuramının durduğu yer açısından önemsizdir. Saf Hukuk Kuramı, hukuk sisteminin gerçekleştirmek istediği ve gerçekleştirdiği hedeflerin ne olduğuyla değil, sadece hukuk sisteminin kendisiyle ilgilenir. Ve hukuk sistemiyle bu hedeflere herhangi bir atıfta bulunmadan ve dolayısıyla da hukuk sistemini belli bir sonucun olası bir nedeni olarak görmeden (araç-amaç bağlantısını sadece nedensel ilişkinin özel bir durumu şeklinde gö-

rerek) ilgilenmekle Saf Hukuk Kuramı, hukuk sistemini normatif açıdan özerk bir anlam olarak görür.

§ 15. 'Olması Gereken'in Inkârı

Böylesi bir normatif anlam zaman zaman tümüyle inkâr edilmiştir. Hukuk, yani hukukyapan eylemler, sadece bu eylemlerin yöneldiği insanlar açısından belli davranışların ortaya çıkmasının aracı olarak görülür; dolayısıyla hukukyapan eylemler, bazı sonuçların nedeni olarak kabul edilir. Ve bir başkası, insan davranışının belli bir örüntüdeki düzenliliğinde hukuk sisteminin kavranabileceğine inanır. Bu kişi böylece hukukyapan eylemlere eşlik eden normatif anlamı göz ardı eder, zira 'olan'dan farklı olan 'olması gereken'in anlamının kabul edilemeyeceğine inanır. Yasakoyucunun yahut hukuk kuramcısının hırsızlık yapanın cezalandırılması gerektiği iddiası, diğerleri hırsızları cezalandıracağı için hırsızlıktan uzak tutma teşebbüsünden başka bir şey olarak kabul edilmez; bu durumda söz konusu iddia, insanlarda, onları uygun şekilde davranmaya itecek yönlendirici güce sahip bir anlayışı uyandırma çabasından başka bir şey değildir. Hırsızlık yapılmaması 'gerektiği' veya hırsızlık yapanların cezalandırılması 'gerektiği' şeklindeki hukuki iddia, iki olgusal faktöre ayrılmış olur –ismen söyleyecek olursak, bu faktörlerden birinde bazı insanlar diğerlerini hırsızlıktan kaçınan/uzak duran yahut hırsızları cezalandıran insanlar haline getirmeye çalışır, diğerinde ise bu insanlar büyük oranda hırsızlıktan kaçınmakta/uzak durmakta ve hırsızları cezalandırmaktadır. Böyle yapıldığında (hukuku yapan insanlarla onu yürüten insanlar

arasında olduğu şekliyle) hukukta görülen, tuzağın içine yerleştirdiği cezbedici bir yiyecekle avını yakalamaya çalışan avcının yaptığı gibi bir şeydir. Karşılaştırmamız sadece saikler arasındaki müşterek bağlantıdan dolayı değil, aynı zamanda, hukuk (yasakoyucu yahut hukukbilim tarafından) norm olarak sunulduğunda, burada betimlediğimiz görüşü de dikkate aldığımızda, bir hile olması açısından da çok uygun düşüyor. Bu bakış açısından, dikkate alınanlar sadece nedensel olarak birbiriyle bağlantılı doğal olaylardır ve hukuki eylemlerin sadece olgusallığı görülmekte, bu eylemlere eşlik eden özel anlam ortadan kaybolmaktadır. Bu özel anlam –hukukun bizzat kendisini sunduğu ve hukukbilimin hukuku temsil ettiği şekliyle norm yahut 'olması gereken'– katıksız bir 'ideoloji' olarak ortaya çıkar ve bu, Saf Hukuk Kuramının arıttığı ve mutlak ahlaki değerden kurtardığı anlamda bile vakidir. 'Gerçeklik' –ve dolayısıyla bilimsel bilişin nesnesi– olarak neden sonuç kanununa tâbi olan sadece fiziksel-psişik olaydır, yani sadece doğadır.

§ 16. *Hukukun Normatif Anlamı*

Böyle bir bakış açısından yola çıkarsak iki soru cevapsız kalıyor: toplumsal fenomen kavranabilir midir, ya da sosyal olan herşeyin çözülüp belirli bir biliş nesnesi haline gelmeden yok olması gerekli midir. Zira sosyal alanın özü itibariyle ideolojik karaktere sahip olduğu, toplumu doğanın karşısına yerleştiren şeyin sadece gerçekliğin karşısındaki ideoloji olduğu şeklindeki görüş lehine söylenecek çok şey var. Bu bakış açısına göre, her halükârda hukukun özgün anlamı tümüyle kaybolur. Eğer anlam-

dan norm veya 'olması gereken' çıkarılacak olursa, bir şeye hukuken izin verildiği, bir şeyin hukuken yasaklandığı, bunun bana, şunun sana ait olduğu, X'in şunu yapmaya hakkı olduğu, Y'nin bunu yapmak zorunda olduğu vb. ifadelerinin hiçbir anlamı kalmayacaktır. Kısaca, hukukun yaşamında her gün apaçık bir şekilde ortaya çıkan binlerce önerme, sahip oldukları anlamı kaybedecektir. Çünkü A'nın B'ye hukuken 1000 marklık borcunu ödemesi gerektiğini söylemek ile A'nın B'ye 1000 marklık borcunu ödeme ihtimali olduğunu söylemek oldukça farklı şeylerdir. Aynı şekilde, yasa uyarınca belli bir davranışın suç olduğunu ve yasaya göre cezalandırılacağını söylemekle bu tarzda davranan birisinin muhtemelen cezalandırılacağını söylemek birbirinden farklıdır. Yasakoyucunun yasayı uygulayacak otoriteye hitabındaki, bu otoritenin (yargı kararında ve idari eylemde bulunurken) vatandaşa hitabındaki ve vatandaşın (özel hukuk işleminde) başka bir vatandaşa hitabındaki içkin anlam, gelecekteki muhtemel bir davranış hakkındaki ifade ile kavranamaz. Böyle bir ifade, aşkın bir bakış açısından kaynaklanır. Hukuka neyin uygun olduğu şeklindeki hukuka özgü soruya cevap vermez; cevaplandırdığı şu ânda ne olduğuna ve gelecekte ne olabileceğine dair hukuk-üstü bir sorudur. Eğer hukukun normatif anlamı sadece bir 'ideoloji' ise, hukukun –kendisini, hukuku yapan ve uygulayan organlara ve hukuk peşinde koşan kamuya sunduğu şekliyle– içkin anlamını kavramayı amaçlayan hukuk kuramı da, bir ideolojiye has olan her ne ise ona odaklanacaktır.

Saf Hukuk Kuramı, özel olarak, bu hususa karşı eksiksiz bir farkındalık yansıtır. Esasında, pozitif hukukun 'olması gereken'ini metafizik-mutlak bir değer karak-

terinden kurtarmakla ('olması gereken'i, yeniden inşa edilmiş hukuk normunda, koşul ile sonucun birbirine bağlanması olarak bırakmakla), Saf Kuram hukukun ideolojik karakterine derinlikle bakabilecek bakış açısının yolunu temizlemiş oluyor. Saf Hukuk Kuramı belli maddi olguların spesifik normatif anlamının, 'hukuk' olarak nitelendirilen anlamın, zorunlu bir yorumun değil olası bir yorumun sonucu olduğunun farkındadır. Temel bir varsayıma dayanan bu yorumu aşağıda yeniden ele alacağız[29]. Ve Saf Kuram; hukukun varlığının, doğal maddi olguların ve onları yöneten doğa yasalarının varlığının kanıtlandığı gibi kanıtlanamayacağının da farkındadır. Sözgelimi, hukukçuların hukuktan bahsettiği bir yerde herşeyi çıplak güçten başka bir şey olarak görmeyi reddeden kuramsal anarşizm gibi bir düşünceyi etkili argümanlar sunmak suretiyle çürütemezsiniz. Bununla birlikte Saf Hukuk Kuramı 'olması gereken' kategorisini ve dolayısıyla hukukun normatif teorisini –yani doğal eylemlerin sahip olduğu ve onlara ilk olarak hukuki anlamlarını veren entelektüel tözün epistemolojik izahını ve sistematik ele alınışını– tamamen bırakmayı zorunlu görmez. Hukukun normatif teorisinin imkânı ve zorunluluğu bin yıldan fazla süredir hukuk biliminin var olmuş olmasıyla gösterilmiş bulunuyor. Bu hukuk bilimi dogmatik hukukbilim kisvesi altında, kendisini hukukla alakadar görenlerin entelektüel ihtiyaçlarına hizmet etti. Şimdi bu tamamen meşru olan ihtiyaçları karşılanmamış bir şekilde bir kenara atmak ve böyle bir hukuk bilimini terk etmek için hiçbir neden yok. Onun yerine hukuk sosyolojisini koymak imkânsız, zira hukuk sosyolojisinin eğildiği konu tamamen farklı. Nasıl ki din var olduğu

29 Bkz. §§ 27-9.

müddetçe dogmatik teoloji de olmak zorundaysa, onun yerine psikolojiyi veya din sosyolojisini koyamıyorsanız; hukuk var olduğu müddetçe de bir normatif hukuk teorisi var olmaya devam edecektir. Bütün bilimler sistemi içerisindeki yeri başka bir mesele. Burada istenen, hukuk biliminin norm kategorisiyle, 'olması gereken'in yarattığı kategoriyle, birlikte terk edilmesi değil, hukuk biliminin, bilişinin nesnesiyle sınırlanması ve metodlarının eleştirel bir şekilde aydınlığa kavuşturulmasıdır.

§ 17. Hukukun 'Olması/Yapılması Gereken'i ve 'Olan'ı

Hukuk (doğal gerçeklikle karşılaştırıldığında) ideoloji olarak görülmesine rağmen, yine de saf –yani ideolojiden arınmış– bir hukuk kuramının peşinden koşulması, göründüğünün aksine, hiç de çelişik değildir. 'İdeoloji' sözcüğü muğlaktır. Bir anlamına göre doğalın karşıtı olan ideale dair bir iddiadır. Başka bir anlamına göre ise ideoloji gerçekliği çarpıtmak veya tahrip etmek suretiyle onu örter. Buna karşın, bu muğlaklıktan farklı olarak, farklı ideolojilerin zaman zaman örtüştüğü, ideolojik evrende farklı katmanların birbirinden ayrılabildiği ve dolayısıyla ideoloji ile gerçeklik arasındaki karşıtlığın göreli hale geldiği de not edilmeli. Eğer pozitif hukuk, (olaylar her zaman uyumlu olmasa da) kendisiyle uyumlu olma talebinde bulunduğu fiili olayların gerçekliğiyle ilişkisi açısından normatif bir sistem olarak görülecek olursa, 'ideoloji' olarak nitelenebilir. Eğer pozitif hukuk, kendisinden uygunluk talep eden 'daha yüksek' bir sistemle –sözgelimi doğal hukukla veya başka bir mutlak adalet değeriyle– ilişkisi açısından normatif bir sistem olarak

görülecek olursa, bu durumda pozitif hukuk 'gerçek' mevcut hukuku, doğal hukuk veya adalet ise ideolojiyi temsil eder. Saf Hukuk Kuramı ideoloji karşıtı tutumunu, pozitif hukukun temsillerini her türlü doğal hukuk ideolojisinden ve adaletten yalıtmaya çalışmak suretiyle muhafaza etmektedir. Pozitif hukuktan daha yüksek bir sistemin geçerliliğinin mümkün olup olmadığını tartışmaz. Saf Hukuk Kuramı kendisini pozitif hukukla sınırlar, böylece hukuk biliminin, pozitif hukuku yüksek bir sistemmiş gibi göstermesine de, onu yüksek bir sisteme dayanarak meşrulaştırmasına da engel olmuş olur. Ve Saf Hukuk Kuramı, önceden varsayılmış bir adalet değeri ile pozitif hukuk arasındaki uyuşmazlığın sui-istimalini, yani bu uyuşmazlığın pozitif hukukun geçerliliğine karşı bir argüman olarak kullanılmasını engeller. Saf Hukuk Kuramı, hukuki pozitivizmin kuramıdır.

IV

Hukuk Kuramının Düalizminin Üstesinden Gelmek

§ 18. Objektif Hukuk ve Sübjektif Hak Düalizminin Doğal Hukukçu Kaynakları

On dokuzuncu yüzyıl pozitivist hukukbilimince geliştirilmiş olan genel hukuk kuramı hukuk teorisine hâkim olan ve bütün sorunların kaynağını teşkil eden bir düalizme sahiptir[30]. Bu düalizm, genel hukuk kuramının yerine geçtiği doğal hukuk kuramından miras kalmıştır. Yukarıda doğal hukuk kuramının sahip olduğu düalizmi göstermiştik[31]: Devletin pozitif hukuk sisteminin üzerinde üstün, ilahi, akli yahut doğal hukuka dayanan bir hukuk sistemi daha bulunuyordu. Ve –üzerinde çok durulamayacak bir husus olarak– bu daha yüksek sistemin işlevi, en azından on yedinci ve on sekizinci yüzyıl doğal hukuk kuramı temsilcileri açısından, temel olarak bu muhafazakar meşrulaştırmadır. On dokuzuncu yüzyıl pozitivizmi, daha önce de belirtildiği üzere[32], hukukun meşrulaştırılmasında pozitif-üstü bir değere başvurmaktan tamamen

30 Kelsen'in bu meseleye dair daha açık formülasyonu, söz konusu düalizmin hukuk kuramının sorunlarını 'bilişin nesnesini ikileştirmek' suretiyle böldüğü yönündedir; özellikle bkz. § 48(e), dipnot 71'deki metin.

31 Bkz. § 8.

32 Bkz. § 10-11(a).

vazgeçmemiştir; fakat bu yöndeki çabaları da ancak dolaylı olmuştur, tabir caizse, kendi kavramlarının yüzeyinde değil altında işleyen bir meşrulaştırma görülür. Bugün için pozitif hukuktan farklı daha yüksek bir hukukun pozitif hukukun meşrulaştırılmasında kullanılmasına daha az tanık oluyoruz. Bilakis kullanılan, hukuk kavramının bizatihi kendisi. Fakat burada tartıştığımız, bu içkin, karanlıkta kalmış düalizm değil. Sistemiklik ötesi apaçık bir düalizmi konu ediyoruz. Bu düalizm, objektif hukuk ile sübjektif hak arasındaki, özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki ayırımlarda ve diğer pek çok uzlaşmaz çiftte, bilhassa da hukuk ile devlet arasındaki antagonizmde ortaya çıkar. Ve çok farklı şekillerde beliren ve şekilden şekile giren bu düalizmin işlevi sadece pozitif hukuk sistemini meşrulaştırmak değil, fakat aynı zamanda içeriğinin şekillenmesi üzerine de bazı sınırlar koymaktır. Hukuk sisteminin meşrulaştırılması bilhassa hukuk ile devletin karşıtlığı için geçerliyse, hukuk sisteminin içeriğine dair sınırlar koyulması da açıkça objektif hukuk ile sübjektif hak arasındaki ayırım için geçerlidir. Özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki karşıtlık, diğer yandan, sıra dışı bir şekilde muğlaktır ve dolayısıyla da ayırımın ideolojik işlevinin belirlenmesi tek biçimli değildir.

§ 19. Sübjektif Hak Kavramı

Genel hukuk kuramı, araştırma nesnesinin, yani hukukun, sadece objektif anlamda değil, aynı zamanda sübjektif anlamda[33] da verili olduğunu iddia ettiğinde, üzerinde

33 'objektif anlamda ... aynı zamanda sübjektif anlamda ... hukuk' ('*Recht ... in einem objektiven ... auch in einem subjektiven Sinn*'). Bu ayırım, 'objektif hukuk' ('*objektives Recht*') veya hukuk sistemi ile 'sübjektif hak' ('*subjektives Recht*') arasındaki karşıtlığın altını çizmektedir.

yükseldiği temelde ilkesel bir çelişki yaratmış olur: objektif hukuk ile sübjektif hak düalizmi. Zira genel hukuk kuramı bunu yapmakla, –objektif hukuk olarak– hukukun norm, bir normlar kompleksi, bir sistem olduğunu söyler, ama aynı ânda da –sübjektif hak olarak– hukukun bir çıkar yahut irade, objektif hukuktan tamamen farklı bir şey olduğunu ve dolayısıyla her ikisi için de müşterek genel bir kavramın altına yerleştirilemeyeceklerini iddia etmiş olur. Bu çelişkiyi objektif hukuk ile sübjektif hak arasında, ikincinin birinci tarafından korunan bir çıkar, birinci tarafından tanınmış veya güvenceye alınmış bir irade olarak tanımlandığını iddia etmek suretiyle ortadan kaldırmak mümkün değildir. Orijinal işlevine paralel olarak objektif hukuk ve sübjektif hak düalizmi, ikincinin birinciyi hem mantıken hem de zamansal olarak önceleğini de ifade eder. Bu anlayışın tartışmaya açık tarafı yoktur: sübjektif haklar –asıl olarak sübjektif hakkın prototipi olan ilk iktisapla elde edilen mülkiyet hakları–, sübjektif hakları koruyan, tanıyan ve güvence altına alan devlet sistemi olarak daha sonradan zuhur etmiş olan objektif hukuktan önce ve ondan bağımsız bir şekilde ortaya çıkar. Bu görüş, sadece on dokuzuncu yüzyıl pozitivizmini başlatan değil aynı zamanda genel hukuk kuramının kavramsal çerçevesini de belirlemiş olan Tarihçi Okulun[34] temsilcilerinde en açık haliyle görülür. Sözgelimi, Dernburg'da şunu okumak mümkündür:

---

34 Alman Tarihçi Hukuk Okulu, en çok Friedrich Carl von Savigny ile ilişkilendirilir. Savigny, 'her ihdas edilmiş [hukuk] sisteminin köklerine ulaşmayı ve böylece halen yaşamaya devam edenleri yaşamını kaybetmiş ve salt tarihe ait olanlardan ayırabilecek organik bir ilkeyi keşfetmeyi' amaçlayan 'sıkı bir tarihsel metod'u savunuyordu. Savigny *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, çev. Abraham Hayward (Londra: Littlewood, 1831), s. 137.

Tarihsel açıdan konuşacak olursak, haklar sübjektif anlamda bilinçli siyasal düzenin ortaya çıkmasından çok daha uzun zaman önce de vardı. Hak, bireylerin kişiselliğine dayanıyordu, ve bireyler bu kişiselliği temel alarak, öncelikle kendileri için mülk elde ediyor, sonrasında ise bu hakkı zor yoluyla kabul ettiriyordu. Mevcut sübjektif haklar üzerinde düşünmek suretiyle yapılan soyutlama sayesinde hukuk sistemi kavramı ortaya çıkabilmiştir. Dolayısıyla hakları sübjektif anlamdaki değil de objektif anlamdaki hukuktan çıkan bir şey olarak gören görüş, tarihsel olmadığı gibi yanlıştır da.[35]

§ 20. Hukuki Özne (Süje) veya Kişi Kavramı

Sübjektif hak kavramıyla yakından ilgili –esasında temelde aynı temanın bir varyasyonu–, asıl itibariyle mülkiyet sahipliğini örnek almış olan kavram, sübjektif hakkın taşıyıcısı hukuki özne (süje) veya 'kişidir'[36]. Burada da hukuk sisteminden bağımsız bir hukuki varlık nosyonu açıkça görülmektedir. Bireydeki veya bazı birliktelikler-deki mevcut sübjektif hakkı, tabir caizse, bulan, sadece sübjektif hakkı tanımak durumunda olan hukuki sübjektivite nosyonudur –esasında, sübjektif hak "hukukilik" niteliğini kaybetmesin diye onu tanımak zorundadır. Objektif anlamdaki hukuk ile hukuki sübjektivite arasındaki karşıtlık, –ki bu karşıtlık, kuramın her ikisinin de

35 Heinrich Dernburg, *System des Römischen Rechts*, 8. baskı, Böl. i (Berlin: H.W. Müller, 1911), s. 65.

36 ' "kişi" ' (' *"Person"* '). 'Kişi' sözcüğünü (tamlama söz konusu olmadığında) –burada ve yeri geldikçe başka yerlerde de– Kelsen'i izleyerek tırnak içinde yazıyoruz. Bu şekilde yazıldığında, (geleneksel olarak) hukuki özne (süje) için kullanılan bir kısaltma anlamına gelir. Buna rağmen Saf Kuramda 'kişi', bir normlar kompleksinin, bir hukuk sisteminin birliği yerine kullanılan kişileştirici bir ifadedir. Bkz. § 25(a)-(f).

aynı ânda varolduğu iddia etmesi durumunda esasında mantıksal bir çelişkidir– en çarpıcı haliyle şu ifadede ortaya çıkar: heteronom bir norm olarak objektif hukukun anlamı bir bağ, haddi zatında cebirdir; hukuki kişiliğin özü ise her türlü bağın açıkça reddi, kendi kendini belirleme yahut otonomi çerçevesindeki serbestliktir. Puchta şöyle yazar:

> Hukukun temel kavramı özgürlüktür ... [ve] özgürlüğün soyut anlamı ise, kendi kendini belirleme imkânıdır.... İnsan hukukun öznesidir [süjesidir], zira bu kendi kendini belirleme imkânı ona atfedilmiştir, başka bir deyişle, o irade sahibidir.[37]

§ 21. 'Sübjektif Hak' ve 'Hukuki Özne' Kavramlarının İdeolojik Anlamı

Hukuki kişilik kavramının bu karakterizasyonundaki kurgu apaçık ortada. Eğer bireyin hukuk evrenindeki kendi kendini belirlemesinden bahsedilebiliyorsa, bu olsa olsa sözde özel hukuk alanındadır ve hukuk yaratan maddi olay olan sözleşmeye atıfta bulunur; ama burada bile otonomi oldukça sınırlıdır, figüratif anlamdadır. Kişi kendine hak veremez, çünkü bir kişinin hakkı bir başkasının yükümlülüğünü önvarsayar ve böyle bir hukuki bağlantı ancak –objektif hukuk sistemine uygun şekilde– iki birey açısından söz konusu olan birbiriyle uyumlu irade beyanları vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Ve bunun bile bir hukuki bağ oluşturabilmesi için, objektif hukukun sözleşmeyi hukuk yaratan maddi olay olarak ihdas

37 Georg Friedrich Puchta, *Cursus der Institutionen*, 10. baskı, c. i (Leipzig: Breitkopf&Hartem, 1893), s. 4, 5, 6.

etmesi gerekir. Öyleyse 'hukuki' nitelemesi nihayetinde tam da bu objektif hukuktan kaynaklanır, objektif hukukun hukuki öznesinden değil; özel hukukta dahi tam bir otonomi söz konusu değildir.

Sübjektif hak ve hukuki özne kavramlarının karakterizasyonundaki bu açık çelişkide, ideolojik işlevi görmek de çok kolaydır. Varlığı devam ettirilecek nosyon, esasında özel mülkiyet demek olan sübjektif haktır. Hukuk sisteminin içeriğinin şekillenmesi üzerine kaçınılması mümkün olmayan sınırlar koyar. Objektif hukuktan farklı ve bağımsız bir sübjektif hak kavramı, objektif hukuk –yani özel mülkiyet kurumunu hâlâ güvence altına alan hukuk sistemi– değişebilen ve esasında durmadan değiştiği, insan eliyle yaratıldığı ve Tanrı'nın sonsuz iradesine yahut akla veya doğaya dayanmadığı kabul edilecek olursa çok önemli hale gelir. Ve böyle bir sübjektif hak kavramı eğer hukuk sistemi demokratik yollarla yaratılmış ise çok daha önemli olur. Objektif hukuktan farklı ve ondan bağımsız bir hak düşüncesi objektif hukuktan hiç de az değil, hatta belki de ondan daha fazla 'hukuk'tur —bu düşüncenin özel mülkiyet kurumunu hukuk sisteminin baskısından koruması beklenir. Mülkiyet her zaman bireysel özgürlüğün, özerk kişiliğin bir parçası olduğundan, sübjektif hak ideolojisinin bu şekilde anlaşılan özgürlük değerine neden tutunduğunu anlamak hiç de zor değildir. İnsanı bu anlamda özgür bir kişi olarak kabul etmeyen, sübjektif hakları güvence altına almayan bir sistem, hukuk sistemi olarak bile görülmemelidir.

§ 22. Hukuki İlişki Kavramı

Tümüyle bu sübjektif hak ideolojisine tutunulmakla hukuk ile toplum arasındaki, bilhassa da hukuk ile ekonomik düzen arasındaki ilişki, şekil ile içerik arasındaki ilişki olarak görülür ve hukuki ilişkiler, sosyal 'çevre'deki mevcut bağlantılar, sadece hukuk tarafından haricen belirlenmiş 'beşeri ilişkiler' olarak yorumlanır. (Bir de özel olarak kendisini 'sosyolojik' olarak gösteren ama esasında doğal hukuk eğilimlerinin peşinden giden bir geleneksel hukukbilim dalı vardır.) Ve hukuki ilişkilerin, tartışma konusu bağlantının hukuki özne veya hukuki nesne –kişi veya şey– arasında veyahut özneler arasında olup olmadığına dayalı olarak maddi ve kişisel şeklinde ayrılması, bu objektif hukuk veya sübjektif hak düalizminin devam ettirilmesiyle mümkün olur. Maddi hukuki ilişki –tam anlamıyla hukuki bağlantı– mülkiyettir ve maddi ve kişisel hukuki ilişkiler arasındaki ayrım onu örnek alır. Mülkiyet, kişinin eşya üzerindeki münhasır kontrolü olarak tanımlanır ve böylece kişisel hukuki ilişkileri tam olarak ihdas eden talep etme haklarından köklü şekilde farklılaşır. Medeni hukukun sistemleştirilmesinde önemli olan bu ayırım, aynı zamanda açıkça ideolojik karakterdedir. Buna karşı tekrar tekrar ileri sürülen itiraz şudur: Kişinin eşya üzerindeki hukuki kontrolü basitçe öznenin diğer öznelerle –yani başka kişilerin, malikin eşya üzerinde tasarrufta bulunma imkânına müdahale etmeme yükümlülüğünde, başka deyişle taraflardan birinin, diğer bütün tarafları eşya üzerinde tasarrufta bulunmaktan men edebilmesi yönündeki hukuki olasılık çerçevesinde– olan hukuki ilişkisine karşılık gelir. Eğer maddi hukuki ilişki ayırımı bu itiraza rağmen devam

ettirilirse, bunun nedeni açıkça, mülkiyetin kişi ile eşya arasındaki ilişki olarak tanımının mülkiyetin tartışmasız sosyo-ekonomik işlevini, (doğru olsun olmasın) sosyalist teoride 'sömürü' olarak nitelenen işlevi, gizlemesidir. Bu her halükârda malikin, mülkiyetinde olan eşyaya erişimi engellenmiş ve objektif hukuk tarafından malikin mülkü üzerindeki münhasır tasarruf yetkisine saygı duymakla yükümlü kılınmış bütün diğer öznelerle bağlantısında varlığını devam ettiren bir işlevdir. Fakat geleneksel hukuk kuramının, sübjektif hakkın –bir öznenin hukuki hakkının– sadece başka bir öznenin hukuki yükümlülüğüne verilen bir tepki olduğunu inkâr ederken cesaretle reddettiği şey tam da budur. Kuramın temsilcileri tekrar tekrar ve büyük bir güçle hukuki hakkın asli karakterini vurgular. Esasında hukuki hakkı, doğrudan hukukla –sübjektif anlamdaki hukukla– özdeşleştirirler.

§ 23. Hukuki Yükümlülük Kavramı

Sübjektif anlamdaki hukukun diğer formu, hukuki yükümlülük, genel hukuk kuramının apaçık ilgisizliğine maruz kalır. Bazen yükümlülüğün hukuki bir kavram bile olmadığı, hukuki yükümlülüklerin varolmadığı, sadece ahlaki yükümlülüklerden bahsedilebileceği ve dolayısıyla hukukta sadece sübjektif hakların bulunduğu dahi söylenir. Ne var ki bir sistemin, özellikle de hukuk gibi bir cebri sistemin asli işlevi, sadece söz konusu özneleri sisteme normatif bir şekilde bağlamak olabilir; ve bu normatif bağ sadece 'yükümlülük' sözcüğüyle nitelenebilir. Ahlaki yükümlülük bile bireyi ahlaki düzen veya sistemin geçerliliği vasıtasıyla bağlamaktan başka bir

anlam ifade etmez. Bununla birlikte, özel mülkiyetin bir kategorisi olarak sübjektif hak kavramının oynadığı halihazırdaki rol gözönüne alındığında, bu hukuki yükümlülük kavramını genişletmenin esasında pek az önemi vardır. İşin doğrusu, 'sübjektif hak'kın ideolojik kuram çerçevesinde gerçekleştirebileceği herşey, 'sübjektif hak' hukuki yükümlülük kavramında asli değilse bile eşit bir unsurla karşılaştığında doğrudan tartışma konusu olabilecektir.

§ 24. Sübjektif Anlamdaki Hukuku Objektif Hukuka Dönüştürmek

(a) Hukuki Yükümlülük Olarak Hukuk Normu

Tam da bu noktada Saf Hukuk Kuramı genel kabul görmüş olan akademik görüşe karşı eleştirisini, hukuki yükümlülük kavramını öne çıkarmak suretiyle yöneltiyor. Saf Kuram burada da, on dokuzuncu yüzyıl pozitivist kuramın zaten ifade ettiği ancak nispeten mütevazı bir başlangıcın ötesine götüremediği bazı temel düşüncelerden açık ve basit sonuçlar çıkarıyor. Saf Kuram hukuki yükümlülükte sadece bireyselleşmiş, yani belli bir bireyin somut davranışı ile bağlantılı (belli bir davranışın zorunlu olduğunu ihdas eden) bir hukuk normunu görür. Ve Saf Kuram hukuki yükümlülük kavramını ahlaki yükümlülük kavramından tamamen kurtarır. Bunu yaparken hukuki yükümlülük kavramını şöyle yorumlar: bir insan, aksi yöndeki davranışı hukuk normunda hukuka aykırı eylemin sonucu olarak cebri eylemin gerçekleştirilmesinin koşulu şeklinde nitelenmişse, belli bir şekilde

davranma yönünde hukuken yükümlüdür. Eğer cebri eylem davranışı sonucun koşulu olan insandan başkasına yöneltilmişse ve dolayısıyla davranışı (bu anlamda) yükümlülüğün içeriğini oluşturuyor ise, bu durumda sorumlu tutulabilirlikten bahsedilir; böylece yükümlülük ve sorumlu tutulabilirlik kavramlarını birbirinden ayırmak mümkün olur. Bu durumda sorumlu tutulabilirlik yükümlülüğün özel bir türü olarak ortaya çıkar. Hukuki yükümlülük öyleyse objektif hukukun yegane asli işlevi olarak görülür. Her bir yeniden inşa edilmiş norm zorunlu olarak hukuki bir yükümlülük ihdas etmek durumundadır; aynı zamanda bir hukuki hak da ihdas edebilir.

(b) Hukuki Hak Olarak Hukuk Normu

Bir irade beyanı hukuka aykırı bir eylemin sonuçlarının koşulları arasında ise, irade beyanı bu sonuçlara yönelmişse ve hukuka aykırı eylemle çıkarları ihlal edilen tarafın şikâyet veya talebi formunda gündeme getirilebiliyorsa ortada hukuki bir hak vardır. Hukuk normu çıkarları ihlal edilen tarafla bu şekilde bağlantılı olduğu takdirde bir hukuki hak olarak bireyselleşmiştir. Böylece bir özne çıkarlarını talep edebilmek için onu kullanabilir, hukuk normu bu öznenin hakkı, yani sübjektif hak –hukuki yükümlülükten farkı olarak sübjektif anlamda hukuk– olur. Sübjektif anlamıyla hukuk, hukuki hak olarak objektif hukuktan bağımsız değildir; çünkü sübjektif hak gibi bir şey ancak objektif hukuk onu normatif olarak düzenlediği için ve düzenlediği müddetçe var olabilir. Hukuki hak, objektif hukukun içeriğinin şekillendirilmesindeki olası yollardan birisidir sadece. Hiçbir şekilde

zorunlu bir yol değildir. Hukukun kullanabileceği –kullanmak zorunda olduğu değil– belli bir tekniktir —özel mülkiyet kurumuna dayanan ve dolayısıyla da bireysel çıkarlara özel önem atfeden kapitalist hukuk sistemine has bir teknik. Üstelik tam anlamıyla sadece sözde özel hukukta ve idare hukukunun bazı kısımlarında uygulanan bu teknik, kapitalist hukuk sisteminin tamamına hâkim de değildir. Modern ceza hukuku dahi, (hakları ihlal edilen taraf yerine) makamı nedeniyle 'şikâyetçi' gibi davranan savcı hukuka aykırı eylemin sonucunun hayata geçirileceği süreci başlatırken meselenin daha da ötesine gitmiş olur.

Sübjektif anlamda hukuk denilen şeyin özüne dair bu bakışla birlikte Saf Hukuk Kuramı objektif hukuk ve sübjektif hak düalizmini ortadan kaldırır. Sübjektif hak objektif hukuktan farklı değildir; bizatihi kendisi de objektif hukuktur. Zira ancak somut bir öznenin kullanabileceği bir objektif hukuk var olduğu müddetçe (hukuki hak olarak) sübjektif hak vardır. Aynı şekilde, (sübjektif anlamdaki hukukun diğer formu olan) hukuki yükümlülüğün bizatihi kendisi de objektif hukuktur, çünkü ancak objektif hukuk –hukuka aykırı eylem için ihdas ettiği sonuçla birlikte– somut bir özneye yöneldiği müddetçe ortada hukuki bir yükümlülük var olabilir. Eğer sübjektif hak bu şekilde objektif hukuka dönüştürülürse, objektif hukuka dahil edilirse, onun her türlü ideolojik istismarı da engellenmiş olur. Herşeyin ötesinde, hukuk kavramı artık hukuk sistemine şeklini veren tek bir teknikle de sınırlanmış olmayacaktır. Kapitalist sistemde hukukun tarihsel olarak belirlenmiş biçimi de hukuk kavramı altında açıklanabilecektir.

(c) Hukukun Yaratılmasına Dahil Olma Anlamında Hukuki Hak

Özel hukukun karakteristiği olmak üzere hukuki hak olarak sübjektif hakkın özü; ilgili tarafın şikâyet veya talebinin, hukuka aykırı eylemin sonucuna yönelmiş irade beyanının, hukuka aykırı eylemin somut maddi olayına hukuka aykırı eylemin somut sonucu iliştiren yargı kararının tekil normunun yaratıldığı sürecin asli unsuru olmasında görülebilir. Eğer bunun hukuki hak olarak sübjektif hakkın özü olduğu kabul edilirse, sübjektif hakkın varlığından bahsetmek, onun hukukun yaratılmasının parçası olduğu anlamına da gelir.

Bu bakış açısından, 'sübjektif haklar" olarak nitelendirilen ama özel hukuktaki haktan farklı olarak hukuka aykırı bir eylemin sonucunu işaret etmeyen bir irade beyanında bulunmayan diğer maddi olayları anlamak da mümkün. Mesela, bilhassa, 'siyasal' haklar var. Siyasal hakkı, devletin iradesinin şekillenmesine etki eden güç, yani içinde 'devletin iradesi'nin ifade edildiği hukuk sisteminin yaratılmasına doğrudan yahut dolaylı olarak katılma gücü olarak nitelemeye alışmışızdır. Fakat burada (çoğunlukla olduğu gibi, kişileştirilmiş hukuk sistemine 'devletin iradesi' şeklinde atıf yapıldığında) asıl olarak düşünülen şey basitçe hukuk sistemini –yani yazılı hukuk kurallarını– oluşturan hukuk normlarının genel fenomenal biçimidir. Demokratik devlet şeklinin asli karakteri, muhataplarını devlet iradesinin şekillenmesine katılmalarını engelleyen otokratik devlet biçiminden farklı olarak, yazılı hukuk kurallarına tâbi olan halkın yasamaya katılmasıdır. Demokraside ya-

sama iki şekilde gerçekleşir. Birinci şeklinde yasama doğrudan 'halk' tarafından, yani yazılı hukuk kurallarına tâbi olanlar tarafından gerçekleştirilir —(doğrudan demokrasi denen) bu durum, her bir vatandaşın halkın oluşturduğu yasa yapmaya yetkili meclise konuşmak ve karar almak için katılmasını öngören sübjektif hakkına tekabül eder. Yasamanın demokraside gerçekleştirildiği ikinci şekilde halkla yasama arasında dolaylı bir ilişki vardır; yani yasama halkın seçtiği bir parlamento tarafından yapılır. Bu durumda devlet iradesinin şekillenişi (genel hukuk yaratımı) iki aşamaya ayrılır: Parlamentonun seçimi ve arkasından parlamentonun seçilmiş üyeleri tarafından yazılı hukuk kurallarının çıkarılması. Bu alternatife karşılık gelmek üzere, seçme hakkı denilen, küçük yahut büyük seçmen çevrelerinin sübjektif hakkından bahsedilebilir. Bunun yanında bir de nispeten daha az olanların seçilme hakkı, parlamentoda üye olma hakkı, konuşmalara katılma ve oy kullanma hakkı vardır. Bütün bunlar siyasal haklardır. Eğer bunlarla hak sahibinin devlet iradesinin şekillenmesinde bir role sahip olmasından bahsedilebiliyorsa, özel hukukun sübjektif hakkı da bir siyasal haktır; zira burada hak sahibi, devletin iradesinin şekillenmesine katkıda bulunur. Devlet iradesi yargı kararının bireysel{/tekil} normunda, yazılı hukuk kuralarının genel normundakinden daha az ifade ediliyor değildir. Ve hem özel hukukun sübjektif hakkı hem de siyasal hak, tek ve aynı hukuki hak kavramının altına koyulabilir, zira aynı hukuki işlev –hukuk yaratma işlevi– her ikisinde de ifade edilmiştir; başka bir deyişle her iki durumda da hukuka tâbi olanlar hukuku yaratmaktadır. Sözcüğün dar an-

lamıyla sözde 'siyasal' hak genel normun yaratılmasını güvence altına alır ve özel hukuk hakkı da bireysel(/tekil) normun yaratılmasına katılmayı güvence altına alır.

Eğer (hukuki hak olarak) sübjektif hak, hukuk yaratma işlevinin belli bir türde şekillendirilmesi olarak görülürse, objektif hukuk ve sübjektif hak karşıtlığı tümüyle ortadan kalkar. Ve sonra da hukuki yükümlülüğün asli karakteri, özellikle de hukuki hakkın ikincil karakteri karşısında açıkça ortaya çıkar. Yükümlülük bilaistisna her hukuk normuna mündemiç bir işlev olarak görünürken hak ya (özel hukuk hakkı olarak) kapitalist hukuk sisteminin bir kurumu yahut da ('siyasal' hak olarak) demokratik hukuk sisteminin değişmez unsuru olarak belirir.

§ 25. Kişi Kavramının Analizi

Böylece hukuki özne veya kişi kavramının, ele alınan verinin aydınlatılması için düşünceye yapay bir yardımcı, –kişileştiren, antropomorfik hukuk dilinin baskısı altındaki– hukuki bilişin yarattığı sezgisel *[heuristic]* bir kavram olarak tanınmasının yolu temizlenmiş oluyor. 'Kişi', hukuki yükümlülüklerin ve hukuki haklar yığınının birliğini, yani bir normlar kompleksinin birliğini sağlayan kişileştirici {/*hipostazlaştırıcı*} bir ifadedir. Ve bu anlayış, bilişin nesnesi olarak hukukun ikiye çıkarılmasına neden olan [hukuki ve biyolojik-psikolojik kişi kavramlarını birbirinden ayıramamaktan kaynaklı] hatalı varsayıma karşı da koruma oluşturur.

(a) 'Fiziksel' Kişi[38]

Şimdi artık son olarak pozitivist hukuk kuramının eski ve büyük bir iddiasını –tam olarak söylemek gerekirse, 'fiziksel' ve hukuki kişiyi temelde aynı görme iddiasını– ele alabiliriz. 'Fiziksel kişi', geleneksel teorinin söylediğinin aksine, insan değildir. İnsan, biyolojik-psikolojik bir kavramdır, hukuki değil. Hukuka veya hukuki bilişe uygun bir varlığı{/*entiteyi*} ifade etmez, zira hukuk insanı bütünlüğü içerisinde, bütün zihinsel ve fiziksel işlevleriyle kavramaz. Bilakis, hukuk sadece belli insan eylemlerini yükümlülükler veya haklar olarak ihdas eder. Başka bir deyişle, insan hukuk sisteminin inşa ettiği topluluğa bütün varlığıyla değil sadece bazı yapma ve yapmama eylemleriyle, yani topluluğun hukuk sisteminin normlarıyla düzenlenen eylemleriyle ait olur. Tek bir insanın pek çok farklı hukuk topluluğuna aynı ânda ait olabilmesi ve davranışının farklı hukuk sistemlerince düzenlenebilmesi ancak böyle mümkün olur. Doğa bilimlerinde kullanılan insan kavramının hukuki kişi kavramından ayırılması gerektiğini söylemek, 'kişi'nin belli bir tür insan olduğu anlamına gelmez; bilakis bu ikisinin tümüyle farklı varlıkları{/*entiteleri*} temsil ettiğini söylemiş oluruz. Hukuki kişi kavramı veya hukuki özne, yükümlülükler ve haklar çokluğunun birliğini ifade etmekten başka bir şey değildir. Bu birlik fiilen söz konusu yükümlülükleri ve hakları ihdas eden normlar çokluğunun birliğidir. Tekil insana karşılık ge-

38 ' "Fiziksel" kişi' (' "physische" Person'). Kelsen'in aşağıda açıkladığı gibi, 'fiziksel kişi' Saf Kuramda insana karşılık gelmez. Kelsen –burada ve yeri geldikçe başka yerlerde– kişiye gönderme yapan kullanıma işaret etmek üzere sözcüğü tırnak içerisinde yazar. Biz de bu altbölümlerde söz konusu pratiği genişlettik.

len 'fiziksel' kişi, tek bir insanın davranışını düzenleyen normların birliğinin kişileştirilmesidir —kişileştirilmiş ifadesidir; 'fiziksel' kişi bütün bu yükümlülüklerin ve hakların 'taşıyıcısı'dır. Bunun anlamı şu: –bizi (bilişin nesnesini ikiye çıkardığı için) yanlış tarafa yönlendiren biyolojik-fiziksel karakterden arındırılmış– 'fiziksel' kişi, normatif olarak yükümlülükler ve haklar şeklinde düzenlenen insan davranışına ait maddi olayların isnat edilmesinin ortak noktasını oluşturur. 'Fiziksel' kişi, yükümlülükleri ve hakları ihdas eden normların ait olduğu ve bireyselleşmesi tek ve aynı insanın davranışıyla bağlantılandırma vasıtasıyla ortaya çıkan alt sistemin, tabir caizse, odak noktasıdır. Tekil{/bireysel} insan doğal gerçeklik iken, 'fiziksel' kişi hukuki bilişe ait sezgisel *[heuristic]* bir nosyondur –hukukun tümüyle gözler önüne serilmesine yardım eden bu nosyon hiç de zorunlu değildir, ondan pekala vazgeçilebilir. Bu göz önüne serme ameliyesi daima yükümlülükler ve haklar olarak insan davranışını yöneten normlara dek götürülmelidir. İnsanın hukuk kişisi olması yahut hukuki kişiliğe sahip olması, bazı yapma ve yapmama eylemlerinin şu veya bu şekilde hukuk normlarının içeriğini oluşturmasından başka bir anlama gelmez. İnsan ile kişi arasındaki –kesinlikle vazgeçilmemesi gereken– ayırımı dikkate aldığımızda, hukukun kişilere yükümlülük yüklediğini ve hak verdiğini söylemek yanlış olacaktır. Aksine, hukuk insanlara yükümlülük yükler ve hak verir. Hukuk normunun ve dolayısıyla da yükümlülüklerin ve hakların konusu olan insan davranışıdır ve insan davranışı ancak tekil insanın davranışı olabilir.

(b) 'Hukuki/Tüzel' Kişi {Hukuk Kişisi}*

Hukuki{/tüzel} kişi sadece, 'fiziksel' kişi gibi, bir normlar kompleksinin birliğine, yani insanlar çokluğunun davranışını düzenleyen hukuk sistemine dair bir ifadedir. Hukuki kişi ya bir alt topluluk oluşturan bir alt sistemin kişileştirilmesidir –diyelim derneğin hukuki kişisini oluşturan tüzüğünün kişileştirilmesi– yahut da bütün alt toplulukları kapsamı altına alan hukuki bir topluluk kuran ve geleneksel olarak devletin kişiliğinde temsil edilen kapsayıcı bir hukuk sisteminin kişileştirilmesidir. Hukuki kişi, yine 'fiziksel' kişi gibi, doğal, gerçek bir varlığa sahip değildir. Bu doğal anlamıyla 'gerçek' olan, normlarla yönetilen insan davranışıdır ki bu da kendisinin farklı bakış açılarınca farklı bir şekilde sınıflandırılmasına izin verir. Hukuki kişinin tekil insanlardan farklı –ama duyulara pek de açık olmayan– bir gerçeklik veya insanlardan oluşmuş birey-üstü toplumsal bir organizma olduğu varsayımı, düşüncenin, hukuk nosyonunun naif bir kuruntusudur. Aynen 'fiziksel' kişinin neredeyse hiçbir şekilde insana karşılık gelmemesi gibi, hukuki kişi de neredeyse hiçbir şekilde insan-üstü bir varlığa karşılık gelmez. Hukuki kişinin yükümlülükleri ve hakları, insanların yükümlülükleri ve hakları, yani bazı beşeri eylemleri yükümlülükler ve haklar olarak ihdas eden, insan davranışını yöneten normlar olarak çözülüp ay-

* Bir dönem Türkiye'de hukuk dilindeki öztürkçeleştirme çabaları sırasında hukuk sözcüğünün karşılığı olarak 'tüze' sözcüğü kullanılır olmuştu (hâlâ ısrarla kullananlar var). Ancak bu kullanımın 'tutmadığını' söyleyebiliriz. Bununla birlikte 'tüzel kişi' tamlaması yaygın kabul gördü. Bu kısmi kabulün Türk hukuk düşüncesi açısından talihsizlik olduğunu söyleyebiliriz, zira 'tüzel' derken sözcüğün kökünü, yani tüzeyi veya hukuku düşünemiyoruz bir türlü. Kelsen'in vurgusunu gözden kaçırmamak için tüzel yerine hukuki sözcüğünü kullanmak durumundayız.—TÇN

rıştırılmalıdır. Devletin hukuk sisteminin hukuki kişiye yükümlülük yüklemesi ve hak vermesi, sistemin, insan davranışını, yükümlülüğün veya hakkın tekil öznesini belirlemeksizin yükümlülüğe veya hakka dönüştürmesi anlamına gelir. Böyle bir belirleme –devletin hukuk sisteminin verdiği yetki sayesinde– birliği hukuki kişiyle ifade edilen hukuki alt sisteme bırakılmıştır. Böylece, tekil insanlara yükümlülüklerin yüklenmesi ve hakların bahşedilmesi, hukuki alt sistemin aracılığıyla, dolaylı şekilde gerçekleştirilir.

(c) Tekil İnsanlara Yükümlülüklerin Yüklenmesinin ve Hakların Verilmesinin Dolaylı ve Doğrudan Gerçekleştirilmesi

Kapsayıcı hukuk sistemi ile onun alt sistemleri arasındaki işlev farklılığı, hukuk normunun, dolayısıyla da yükümlülüğün ve hakkın içeriği olan insan davranışında tespit edebileceğimiz iki unsur nedeniyle mümkün olmaktadır. İnsan davranışında, hem kişisel (sübjektif) bir unsur hem de maddi (objektif) bir unsur vardır, yani yapma veya yapmama eyleminin öznesi ile yapma veya yapmama eyleminin kendisi —yapan veya yapmayan kişi ile yapılan veya yapılmayan eylem. Tam bir norm her iki unsuru da belirler. Fakat bir norm –ve dolayısıyla eşlik eden yükümlülük veya hak– bu iki unsurdan sadece birini içeriyor da olabilir. Bu durumda o tamamlanmamıştır ve kayıp unsuru belirleyen bir başka normla tekemmül ettirilme ihtiyacı duyar. Bir hukuk kişisine belli bir şekilde davranması için yükümlülük yükleyen ve hak veren normlar –çoğunca söylendiği gibi– doğrudan yalnızca objektif unsuru, yani yapma veya yapmama eylemini be-

lirleyen normlardır. Sübjektif unsuru, düzenlemeye tâbi olan davranıştan sorumlu olan hukuk kişisini belirleme görevini bir başka norma verirler. Bir hukuk kişisinin yükümlülüklerinin ve haklarının olduğunu söylemek, insanların bu yükümlülük ve haklara sahip olduğunu inkâr etmek değildir; bunun anlamı, insanlara bu yükümlülüklerin yüklenmesinin ve hakların bahşedilmesinin dolaylı bir şekilde gerçekleştiğini söylemektir.

(d) Merkezi İsnat

Bir hukuki kişinin yükümlülükleri ve hakları, insan davranışına göndermede bulunduklarından, daima tekil insanların yükümlülükleri ve haklarıdır. Bu insanlar bu yükümlülüklere ve haklara alışık olduğumuz anlamıyla –yani bireysel olarak, tek tek– değil, kolektif şekilde, ortaklaşa 'sahip'tirler. Hukuki[/tüzel] kişinin [sözgelimi bir şirketin] mülkü veya malvarlığı denen şey, bu hukuki kişiyi oluşturan insanların malvarlığıdır. Ne var ki söz konusu malvarlığı üzerinde, bireysel malvarlıkları üzerinde olduğu gibi ancak hukuki kişinin içerisinde temsil edildiği hukuki alt sistemin hükümlerine uygun bir şekilde kontrol sahibidirler. Eğer hukuki kişinin bir alacak hakkı varsa, bu, üyelerin kolektif alacak hakkına karşılık gelir. Hakkın kolektif karakteri ifadesini, mesela, bu hakkın her bir tekil üyenin değil alt sistemin yarattığı organ vasıtasıyla kullanılmasında bulur. Bu insan, eylemi, hukuk topluluğunu oluşturan hukuk sisteminde ihdas edilmiş olması hasebiyle, söz konusu sistemin birliğiyle ilişkilendirilebildiği takdirde ve ilişkilendirilebildiği müddetçe hukuk topluluğunun bir organıdır.

Maddi olayın sistemin birliğiyle ilişkilendirilebilmesi aynı zamanda 'isnat' olarak nitelendirilir ve 'kişi', buna uygun olarak bir isnat meselesidir. Hukuki kişinin bütün eylemleri, hukuki alt sistemin veya kapsayıcı hukuk sisteminin varolabilmesi için tahayyül edilen kurgusal bir özneye isnat edilen beşeri eylemlerdir. Bu merkezi isnat, ne var ki, daha önce zikrettiğimiz çevresel isnattan[39] tamamen farklı bir işlemdir; çevresel isnatta maddi olay sistemin birliğine değil sistemdeki başka bir maddi olaya bağlanıyordu, yani iki maddi olay yeniden inşa edilmiş hukuk normunda bir araya getiriliyordu.

(e) Sorumluluğun Sınırlanması

Eğer hukuki kişi alacak hakkını kullanırsa –yani hukuki kişinin organı olarak hareket eden insan, hukuki kişi olarak kişileşmiş topluluğu oluşturan insanların kolektif alacak hakkını kullanmışsa–, hakkın kullanılmasıyla edinilen malvarlığı bu alt topluluğu oluşturan insanların kolektif malvarlığı haline gelir. Aynı mantıkla, eğer hukuki kişi belli bir şekilde davranma yükümlülüğü altında ise, bu eylemde bulunulmadığı takdirde hukuki süreç üyelerin bireysel malvarlıklarına karşı değil, onların kolektif malvarlıklarına –ama elbette hâlâ onlara ait olan malvarlığına– karşı yürütülür. İcra yolunun hukuki kişi olarak işleyen topluluğu oluşturan bireylerin kolektif malvarlığı ile sınırlanmış olması –ki sınırlı sorumluluk olarak isimlendirilir– bilhassa özel hukuktaki hukuki kişilerin karakteridir. Böyle bir düşünce kamu hukukundaki hu-

39 Bkz. § 11(b). Merkezi ve çevresel isnat ayırımı hakkında genel olarak bkz. Ek I, not 6.

kuki kişiler, özellikle de devlet hukuki kişisi söz konusu olduğunda –her halükârda ve evvela– gündeme gelen bir şey değildir. Kapsayıcı hukuk sisteminin kişileşmesi olarak devletin hukuki kişisi bütün hukuki alt sistemleri kapsar ve böylece bütün 'fiziksel' ve hukuki kişiler bu alt sistemlerde bir araya getirilir; devletin hukuki kişisi, dolayısıyla, merkezi isnadın son noktasıdır.

(f) Birey ile Topluluk Arasındaki Çatışmanın İdeolojik Anlamı

'Kişi', bir norm kompleksinin kişileşmesi ve dolayısıyla da, ihdas ettiği, bütün 'kişi'lere ait bütün yükümlülükleri ve hakları kapsayan ve bunların arasında –birinin hakkı daima bir başkasının yükümlülüğü olduğu ve hak ile yükümlülük birbirinden ayrı tutulamadığı için– organik, sistematik bir birlik sağlayan objektif hukuk sisteminin (az çok keyfi bir şekilde bireyselleşmiş) bir parçası olarak anlaşılır. Eğer 'kişi' bu şekilde anlaşılırsa, birey ile topluluk arasındaki sahte çatışma dahi ortadan kalkacaktır. Bireyi aynı zamanda hem bir bütün hem de topluluğun bir parçası olarak gören geleneksel sosyal felsefe bu görünüşte çatışma altında çalışır. Objektif sistemin veya onun inşa ettiği topluluğun bakış açısından baktığımızda, bağımsız bir bireyden bahsedilemez; yani sosyal sisteme odaklanmış bir bilişin kavrayabileceği bağımsız bir birey yoktur. Sadece bireyin belli eylemleri, yani sistemin içeriğini şekillendiren, sistem tarafından düzenlemeye tâbi tutulmuş eylemleri dikkate alınabilir. Bunu şöyle ifade etmek de mümkün: Bu şekilde anlaşıldığı takdirde birey sadece topluluğun bağımlı bir bileşeni olarak mevcuttur. Bağımsız bir bütün olarak birey, geleneksel düşüncede

bilhassa kişiye dair hukuki kategorinin temsil ettiği aynı serbestlik[/özgürlük] ideolojisini temsil eder.[40] Her ikisinin de işlevi, sosyal sistemin topluluğu inşa etmesine dair belli çıkarlarla telif edilemeyecek abartılı iddialarına karşı müstahkem surlar dikmektir. Toplulukla çözümü olmayan bir çatışma içerisinde bulunan birey düşüncesi, çıkarlar adına yapılan bir mücadelede kolektif sistemin yayılmacılığına karşı direnme amacı taşıyan bir ideolojiden başka bir şey değildir.

§ 26. Saf Hukuk Kuramının Evrensel Karakteri

Sübjektif hak kavramı, hukuki özne kavramı gibi her türlü ideolojik işlevden arındırılırsa, fiili hukuki bağlantıların üzerindeki kişileştirme örtüsü kaldırılırsa, ortaya çıkacak şey, basitçe, insanlar arasındaki, daha açık söyleyecek olursak, hukuk normunun –içeriği– vasıtasıyla bir araya getirilmiş insan davranışına ait maddi olaylar arasındaki hukuki bağlantılardır. Hukuki ilişki, biri hukuki yükümlülük olarak ihdas edilmiş insan davranışında diğeri ise hukuki hak olarak ihdas edilmiş insan davranışında bulunan iki maddi olay arasındaki bağlantıdır. Saf Hukuk Kuramı, –hukuki hak, hukuki yükümlülük, hukuki özne gibi bütün dile getirilişleriyle– sübjektif anlamda hukuk denilen şeyin objektif hukuktan farklı bir türde olduğunu söyleyen düşünceyi çürütür. Sözde sübjektif anlamdaki hukuku objektif hukukun bir tür şekillenişi veya kişileşmesi olarak anlamakla Saf Hukuk Kuramı hukuka yönelik sübjektivist tutumu etkisiz hale

40 Geleneksel düşüncede sübjektif hak ve hukuki özne veya kişi kavramlarının ideolojik işlevleri için bkz. ör. § 21'in ikinci paragrafı.

getirir. Bu tutuma hizmet eden şey, sübjektif anlamda hukuk kavramıdır. Söz konusu tutum, hukuku tam da hukuk birey açısından ne anlama geliyorsa o çerçevede gören, bireyin çıkarının bakış açısından ele alan, bireyin çıkarlarına hizmet etmek için kullanabileceği veya onu istemediği bir şeyle tehdit etmesi nedeniyle zararlı olduğu ölçüde ele alan avukatın tutumudur. Hukuka yönelik bu sübjektivist tutum Roma hukukbiliminin karakteristik duruşudur. Bu duruş ağırlıklı olarak çıkarları risk altında olan bireyleri temsil eden hukukçuların pratiklerinden kaynaklanmıştır ve Roma hukukunun genel olarak kabulünün bir parçasıdır. Saf Hukuk Kuramının duruşu ise baştan sona objektivist ve evrenseldir. Prensip olarak hukukun tamamına bakar ve her bir olguyu diğer olgularla olan sistematik ilişkisi içinde kavramaya çalışır. Her bir hukuki bileşende hukuki bütünün işlevini görmeye çalışır. Saf Hukuk Kuramı bu anlamda hukukun tam anlamıyla organik kavranışıdır. Hukuku organik bir şey olarak algılarken onu biyolojik veya psikolojik türden bir varlığın birey-üstü, ampirik-üstü –veya metafizik– algılanışı olarak ele almaz. Nitekim bu tür bir algılama etik-politik postülaların büyük bir kısmını örtmeye yarar. Saf Kuramın asıl yaptığı, hukuku bir sistem olarak görmekten ve dolayısıyla da bütün hukuki sorunları sistemik sorunlar olarak karşılamak ve çözmekten ibarettir. Hukuk kuramı böylece pozitif hukukun mümkün olan en iyi anlamda yapı analizi haline gelir, etik-politik değer yargılarından tümüyle arınmış bir analiz.

V

Hukuk Sistemi ve Hiyerarşik Yapısı

§ 27. Normlar Sistemi Olarak Sistem

Sistem olarak hukuk –hukuk sistemi–, hukuk normları sistemidir. Saf Hukuk Kuramının cevaplanmak üzere ortaya atacağı başlangıç soruları şöyle: Hukuk normlarının çokluğunun birliği nasıl açıklanır ve belli bir hukuk normu belli bir hukuk sistemine neden ait olur?

Normlar çokluğu, normların geçerliliği, geçerliliğin nihai temeli olan tek bir norma dek izlenebiliyorsa; bir birlik, bir sistem, bir düzen oluşturur. Müşterek kaynak olarak bu temel norm, sistemi oluşturan normlar çokluğunun birliğini inşa eder. Bir normun belli bir sisteme ait olması, normun geçerliliğinin izinin bu sistemi inşa eden temel norma dek sürülebilmesini gerektirir. Norm sistemleri, temel normun tipine göre, yani sistemdeki en üst geçerlilik ilkesinin mahiyetine göre, iki farklı tipe ayrılır. Birinci tipteki normlar, içerikleri nedeniyle 'geçerli'dirler; bu normların belirlediği insan davranışının yapılması gereken olduğu düşünülür, zira normların içeriği onlara geçerlilik kazandıran doğrudan kanıt niteliği taşır. Ve bu normların içeriği bu şekilde nitelenir, çünkü geçerlilikleri, sistemi oluşturan normların içeriğini özellik-genellik ilişkisi çerçevesinde kapsayan temel bir nor-

ma dek götürülebilir. Bu tip normlar ahlak normlarıdır. Sözgelimi 'çalmayacaksın', 'aldatmayacaksın', 'sözünü tutacaksın' vb. temel bir norm olan doğruluktan türetilmiştir. 'Komşunu sev' temel normundan 'başkalarına zarar vermeyeceksin', 'ihtiyacı olanlara yardım edeceksin' vb. normlar türetilebilir. Verili bir ahlaki düzenin temel normuna burada daha fazla değinmemize gerek yok. Önemli olan, ahlaki düzenin farklı normlarının, özel olanın genel olanda zaten içerildiği gibi, temel normda zaten içerildiğini bilmek. Dolayısıyla özel ahlak normları genel temel normdan zihinsel bir işlemle, yani genelden özeli çıkaran dedüksiyon vasıtasıyla çıkarılabilir. Ahlakın temel normu; maddi, statik karakterdedir.

§ 28. Yaratma Zinciri Olarak Hukuk Sistemi

Hukuk normları, birinci tipteki normlardan farklıdır. İçerikleri sayesinde geçerli olmazlar. Hukukun içeriği herhangi bir şey olabilir; anlamı itibariyle hukuk normunun içeriği olmaktan hariç tutulacak herhangi bir insan davranışı yoktur. Bir hukuk normunun geçerliliği, varsayılmış tözel bir değere, sözgelimi ahlaki bir değere karşılık gelmediğine dayanılarak tartışma konusu yapılamaz. Hukuk normu olarak norm, sadece belli bir şekilde ortaya çıktığı –belli bir kurala uygun olarak yaratıldığı, özel bir metod uyarınca çıkarıldığı veya koyulduğu– için geçerlidir. Hukuk, sadece pozitif hukuk olarak, yani çıkarılmış veya koyulmuş hukuk olarak geçerlidir. Hukukun pozitifliği, çıkarılmış veya koyulmuş olma şeklindeki zorunlu şartta ve öngördüğü şeyde, yani hukukun geçerliliğinin ahlaktan ve benzer başka norm sistemlerinden bağımsız

olmasında tezahür eder. Pozitif hukuk ile sözde doğal hukuk arasındaki asli farklılığı da burada buluruz. Zira ahlak normları gibi doğal hukuk normları da temel bir normdan; ilahi iradenin, doğanın yahut salt aklın sonucu olan içeriğinin apaçık olduğuna inanılması vesilesiyle çıkarsanabilmektedir. Pozitif hukuk sisteminin temel normu, ne var ki, hukuk sisteminin normlarının kendisine göre yaratıldığı temel kuraldan ibarettir; sadece hukukun yaratılmasına dair temel maddi olgunun yerli yerine konulmasından başka bir şey değildir. Bu temel norm, bir sürecin çıkış noktası, tamamen şekli ve dinamik karaktere sahiptir. Hukuk sisteminin normlarını tek tek bu temel normdan mantıksal çıkarım yoluyla çıkarsayamazsınız. Normların onların çıkarılmasına veya koyulmasına özgü özel bir eylem yoluyla yaratılmaları gerekir ve bu eylem zihne değil iradeye ait bir eylemdir. Hukuk normlarının çıkarılmasının yahut koyulmasının farklı şekilleri vardır: genel normlar söz konusu olduğunda örf yahut yasama, tekil normlar söz konusu olduğunda ise yargısal eylemler ve özel hukuk işlemleri. Örf yoluyla hukuk yaratılması diğer bütün hukuk yaratımı şekillerinden farklıdır. Zira bu diğer şekillerde örften farklı olarak yazılı hukuk [*jus scriptum*] olma özelliğine sahiptir; dolayısıyla örf sadece hukuk yapımının özel bir durumu [*jus non scriptum*] olarak karşımıza çıkar.

Hukuk sisteminin farklı normlarının izini temel bir norma kadar sürmek, belli bir normun temel norma uygun şekilde yaratıldığını göstermektir. Sözgelimi, belli bir cebri eylemin –diyelim ki, bir insanın bir başka insanın özgürlüğünü elinden aldığı hapsetme cebri eyleminin– neden bir hukuki eylem olduğu ve dolayısıyla da belli bir hukuk sistemine ait olduğu sorulabilir. Buna

verilecek cevap şudur: Bu eylem tekil bir norm, bir yargı kararı tarafından öngörülmüştür. Varsayalım bu tekil normun neden geçerli olduğu, başka bir deyişle, belli bir hukuk sisteminin bileşeni olarak neden geçerli olduğu da sorulmuş olsun. Bu sefer de verilecek cevap şöyledir: Bu tekil norm (yargı kararı) ceza kanununa uygun bir şekilde yaratılmıştır. Eğer bu sefer de ceza kanununun geçerliğinin hangi temele dayandığı sorulacak olursa, artık ceza kanunundaki hükümlerin yetkili otoriteler tarafından anayasal olarak öngörülmüş usûl uyarınca kendisine uygun şekilde çıkarıldığı devlet anayasasına ulaşmış oluruz.

Eğer hâlâ soru sormaya devam ediliyor ve bütün yazılı kuralların ve bu yazılı kurallardan kaynaklanan bütün hukuki eylemlerin kendisine dayandığı anayasanın hangi geçerlilik temeline dayandığı merak ediliyorsa, geldiğimiz noktada, bir önceki anayasayla ve devam edersek de nihayetinde, tarihsel açıdan ifade edecek olursak, tek bir işgalcinin yahut nasıl kurulmuş olursa olsun bir konseyin ihdas ettiği ilk anayasayla karşılaşırız. Neyin geçerli bir norm olduğu, ilk anayasayı oluşturanların ifade ettikleri iradedir –bu, söz konusu anayasaya dayanan hukuk sistemine dair bütün bilişin temel varsayımıdır. Cebrin belli koşullarda ve belli bir şekilde, yani ilk anayasayı yapanların veya yetki verdikleri otoritelerin belirlediği tarzda uygulanacak olması, bir hukuk sisteminin (burada sadece kendisiyle ilgilendiğimiz tek devletli hukuk sisteminin) temel normunun şematik formülasyonudur.[41]

41 § 30(c)'ye ve daha fazla ayrıntı için § 49(a)'ya bkz. Kelsen burada temel normu uluslararası hukuka atıfla ele alır.

§ 29. Temel Normun Anlamı

Saf Hukuk Kuramı bu temel normla varsayımsal bir temel olarak çalışır. Temel normun geçerli olduğu varsayımıyla, ona dayanan hukuk sistemi de geçerli hale gelir. Temel norm ilk yasakoyucunun eylemine –ve dolayısıyla da bu ilk eyleme dayanan hukuk sisteminin bütün diğer eylemlerine– 'olması gereken' anlamını yükler. Pozitif hukukun bütün verilerinin içerisinde temsil edilmesinin mümkün olduğu paradigmatik form olan yeniden inşa edilmiş hukuk normunda hukuki koşul ile hukuki sonuç bu anlam çerçevesinde birbirine bağlanır[42]. Nihai olarak temel normdan kaynaklanan şey, hukuk sistemini inşa eden bütün maddi olayların normatif olarak içeriye alınmasıdır. Bu verilerin –hukuki eylemler olarak yorumlanan eylemlerin– mahiyeti, belirli bir hukuk sisteminin temel normunun hususi içeriğini açıklar. Temel norm, hukuki verilerin her türden pozitivist anlaşılışının zorunlu önvarsayımı olmaktan ibarettir. Temel norm –hukuki süreç içerisinde yaratılmadığı, çıkarılmadığı, koyulmadığı için– pozitif bir hukuk normu olarak değil, hukuk yapımına dair herşeyin, esasında, pozitif hukuka ait her sürecin varsayılmış koşulu olarak geçerlidir. Temel normu formüle etmekle Saf Hukuk Kuramı hukukbilim için yeni bir metod ihdas etmeyi amaçlamıyor. Saf Kuramın yaptığı tek şey bütün hukukçuların, soruşturma nesnelerini kavramlaştırırken (çoğunca farkına varmadan) sahip oldukları bilinç düzeyini yükseltmektir. Hukukçular soruşturma nesnelerini kavramlaştırırken doğal hukukun pozitif hukukun geçerliliğinin temeli olduğunu reddederler, fakat yine de pozitif hukuku sadece harekete geç-

42 Böl. § 11(b), dipnot 20'deki metin.

menin muhtemel olgusu olarak değil geçerli bir sistem olarak, norm olarak anlarlar. Temel norm doktriniyle Saf Kuram pozitif hukukun bilinişine dair hep varolagelmiş metodunun fiili sürecini, bu metodun transandantal mantıksal koşullarını ortaya çıkarmaya çalışmak suretiyle analiz eder.

§ 30. Devlet Hukuk Sisteminin Temel Normu

(a) Temel Normun İçeriği

Hukukun ve hukukun kurduğu topluluğun özü en açık olarak, bunların varlığı tartışma konusu olduğu zaman gösterilebilir. Aynı şekilde, temel normun anlamı da bir hukuk sistemi, hukuki araçlarla değil devrimci araçlarla değiştirildiğinde ortaya çıkar. Devrimci bir grup, monarşinin yerine cumhuriyetçi bir hükümet biçimi getirmek amacıyla, şiddete dayalı bir hükümet darbesi sahneye koyar. Başarılı olurlarsa eski sistem etkililiğini yitirir ve artık yeni sistem etkili hale gelir, çünkü sistemin geçerlilik iddiasında bulunduğu fiili insan davranışı artık eski sisteme değil, yeni sisteme tekabül etmektedir. Ve dolayısıyla da yeni sistem artık hukuk sistemi olarak görülür, yani yeni sistemi uygulayan eylemler hukuki eylemler olarak ve onu ihlal eden maddi olaylar da hukuka aykırı eylemler olarak kabul edilir. Yeni temel norm artık monarka hukuk yapma otoritesi veren temel norm değil, devrimle oluşturulmuş hükümete hukuk yapma otoritesi veren temel normdur. Eğer devrimciler kurdukları sistemin etkisiz olarak kalması nedeniyle –normun muhataplarının fiili davranışı yeni sisteme tekabül etmedi-

ği için– başarısız olmuşsa devrimcilerin başlangıçtaki eylemi anayasa ihdas eden bir eylem olarak değil, vatan hainliği olarak, hukuk yapma olarak değil, hukuku ihlal etme olarak yorumlanacaktır. Ve bu yorum da geçerliliği monarka hukuk yaratma otoritesi veren temel normu önvarsayan eski sisteme dayanacaktır.

Ortaya çıkan soru şu: belli bir hukuk sisteminin temel normunun içeriği nasıl açıklanacaktır? Hukuki yargıların nihai önvarsayımını analiz ettiğimizde temel normun bazı maddi olaylara, açıkça söylemek gerekirse, (sistemin hitap ettiği insanların) fiili davranışın(ın) belli bir ölçüye kadar tekabül ettiği sistemi yaratan maddi olaylara dayandığını görürüz. Tekrarlayalım: fiili davranış belli bir ölçüye kadar sisteme tekabül eder. Fiili davranışın herhangi bir istisna olmaksızın sisteme tamamen tekabül etmesi şart değildir. İşin doğrusu, normatif sistem ile normatif sisteme göre düzenlenen fiili durum arasında bir çelişki ihtimali olmak durumundadır, zira böyle bir ihtimal yoksa normatif sistem anlamsız hale gelir; bir şeyin doğal bir zorunlulukla gerçekleşeceğini düşünüyorsak herhangi bir düzen kurmamıza da gerek yoktur. Eğer insanların fiili davranışlarının her zaman ve her koşulda tekabül edeceği bir sosyal sistem kurulacak olsaydı, temel normu da –daha en baştan gerçekleşmesi muhtemel bütün olayları meşrulaştıran bir içeriğe sahip olmak üzere– 'gerçekleşmesi gereken, fiilen gerçekleşen şeydir' veya 'her ne isterseniz yapmak zorundasınız' gibi bir şey olurdu. Böyle bir sistem, sistemin atıf yaptığı olayların sisteme hiçbir şekilde tekabül etmediği, tamamen ondan farklı olduğu bir sistem kadar anlamsız olurdu. Bu nedenle gerçekliğin artık belli bir ölçüye kadar tekabül etmediği normatif sistem zorunlu olarak geçerliliğini yi-

tirir. Öyleyse, belli insanların davranışını düzenleyen bir hukuk sisteminin geçerliliği, bir şekilde, bu insanların fiili davranışlarının hukuk sistemine tekabül etmesine –çoğunlukla söylendiği şekliyle hukuk sisteminin etkililiğine– dayanır. Figüratif olarak 'olması gereken' ile 'olan' arasındaki gerilim diyebileceğimiz bu birbirine dayanma ilişkisi ancak alt ve üst sınırlar çerçevesinde tanımlanabilir. Karşılıklı uyum belli bir azami sınırı aşamayacağı gibi belli bir asgari sınırın altına da düşemez.

(b) Hukuk Sisteminin Geçerliliği ve Etkililiği (Hukuk ve Güç)

Bu karşılıklı bağımlılık ilişkisini görmüş olmak bizi, yanıltıcı bir şekilde, kolaylıkla hukuk sisteminin geçerliliğini etkililiği ile, yani hukuk sisteminin atıfta bulunduğu insan davranışının sisteme belli bir ölçüye kadar tekabül etmesi olgusu ile özdeşleştirmeye götürebilir. Sürekli tekrarlanan, geçerliliği etkililikle özdeşleştirme teşebbüsü, kendini bize dayatıyor çünkü meseleyi teorik açıdan çok kolaylaştırıyor. Fakat bu teşebbüs her defasında başarısızlıkla sonuçlanmaya mahkûmdur. Eğer geçerliliğin –hukukun kendine özgü varoluşunun– şu veya bu şekildeki bir doğal gerçeklikte bulunduğu ileri sürülürse, hukukun tamamen kendine özgü anlamıyla gerçekliğe nasıl yöneldiği ve dolayısıyla da ona nasıl tekabül ettiği anlaşılamaz; zira ancak gerçeklik hukukun geçerliliği ile özdeş olmadığı takdirde gerçekliğin hukuka uyması veya uymaması söz konusu olabilir. Geçerliliğin tanımlanmasında gerçeklik tümden nasıl göz ardı edilemiyorsa, geçerliliği gerçeklikle özdeşleştirmek de mümkün değildir. Eğer (hukuk sisteminin etkililiği anlamındaki) gerçeklik kavramını güç kavramı ile değiştirmek isterseniz, hukuk

sisteminin geçerliliği ile etkililiği arasındaki ilişki sorunu, çok daha bilindik bir sorun, hukuk ile güç arasındaki ilişki sorunu haline gelmiş olur. Bu durumda çözüm, eski bir hakikatin yeniden aynı şekilde dile getirilmesi olacaktır: hukuk güçle özdeş değildir, fakat onsuz da var olamaz. Burada geliştirdiğimiz kuram çerçevesinde hukuk, belli bir güç sistemidir (yahut organizasyonudur).

(c) Uluslararası Hukuk ve Devlet-Hukuk Sisteminin Temel Normu

Bir hukuk sisteminin geçerliliğinin belli bir etkililiğe, daha açık söylersek, belli bir mütekabiliyet ilişkisine dayanması ilkesi, bir pozitif hukuk normunun, devletin hukuk sistemine ait bir normun değil, uluslararası hukuka ait bir normun içeriğini ifade eder. Aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde gösterileceği üzere[43], uluslararası hukuk, fiilen kendisini ihdas eden gücü meşrulaştırmak suretiyle, bu güç tarafından kurulmuş cebir sistemini yetkilendirir, daha doğrusu, fiilen etkili hale geldiği müddetçe yetkilendirir. Bir uluslararası hukuk ilkesi olan etkililik ilkesi farklı devlet hukuk sistemlerinin temel normu olarak iş görür; tarihsel açıdan konuşacak olursak, ilk yasakoyucunun kabul ettiği anayasa ancak ve ancak etkili olduğu, yani gerçekliğin genel itibariyle anayasal hükümler uyarınca ortaya çıkan sisteme tekabül ettiği önvarsayımıyla geçerlidir. Devrimle yahut bir hükümet darbesiyle iktidara gelen bir hükümet dahi, uluslararası hukuk açısından, çıkardığı normlara sürekli itaati güvence altına alma kabiliyetine sahip olduğu takdirde meşru hükümet olarak tanınır. Bunun anlamı esasında şu: Doğrudan

43 Özellikle bkz. § 50(g).

uluslararası hukukun altında yer alan bir cebir sistemi, uluslararası hukuk çerçevesinde, sadece sistemin sürekli etkili hale geldiği yani gerçekliğin sisteme genel itibariyle tekabül ettiği alanda meşru, bağlayıcı bir hukuk sistemi olarak kabul edilecektir —başka bir deyişle böyle bir sistem tarafından kurulan topluluk söz konusu alanda devlet olarak tanınacaktır.

Devlet hukuk sistemlerinin temelini oluşturan norm, bir pozitif hukuk normu olarak anlaşılabilir ve bunun için de uluslararası hukukun, devlet-hukuk sistemlerinin üzerinde, onlara yetki veren bir sistem olarak görülmesi gerekir. Öyleyse bir temel norm, burada geliştirilen özel anlamı çerçevesinde –yani çıkarılan yahut koyulan değil sadece varsayılan bir norm olarak temel norm– artık devlet hukuk sistemlerinin temeli değil, sadece uluslararası hukukun zemini olarak anlaşılabilir. Ve etkililik ilkesi, uluslararası hukukun bu ilkesi, sadece devlet hukuk sistemlerinin temel normlarına nispetle anlaşılabilir. Eğer çıkış noktamız uluslararası hukukun üstünlüğü olursa, temel norm sorununun odak noktası devlet hukuk sistemlerinden ayrılır ve bütün devlet hukuk sistemlerini kuşatan kapsayıcı bir hukuk sisteminin nihai temeli sorunu haline gelir. Bu sorunu daha sonra ele alacağız.[44]

(d) Belirli Bir Hukuk Normunun Geçerliliği ve Etkililiği

Kapalı bir hukuk normları sistemi olarak hukuk sisteminin geçerliliği, sistemin etkililiğine dayanır. Bir başka deyişle, bir hukuk sisteminin geçerliliği, sistem ile bir bütün

44 Kişinin 'hukuka dair dünya görüşü'nün uluslararası hukuk düzenine mi yoksa tekil devlete mi atıfta bulunduğu genel sorusu ('monizm' – 'plüralizm' karşıtlığı) hakkında bkz. § 50(c)-(g).

olarak alındığında hukuk sisteminin içeriğinde atıf verilen gerçeklik arasındaki genel mütekabiliyet durumuna dayanır. Ne var ki bundan, tek başına ele alındığında belirli bir hukuk normunun geçerliliğinin, etkililiğine dayandığı sonucu çıkmaz. Hukuk sistemindeki belirli bir hukuk normunun etkili olmaması da bir bütün olarak hukuk sisteminin geçerliliğini etkilemez. Etkili olmayan hukuk normu, geçerli bir hukuk sistemine ait norm yaratma zincirinin halkalarından biri olduğu için ve böyle olmaya devam ettiği müddetçe geçerliliğini korur. Herhangi bir normun geçerli olup olmadığı sorusuna bütün normların geçerliliğini ihdas eden ilk anayasaya müracaatla cevap verilir. Eğer bu anayasa geçerliyse, ona uygun bir şekilde çıkarılmış olan normlar da geçerlidir. Öyleyse uluslararası hukukta etkililik ilkesi sadece devlet hukuk sisteminin ilk anayasasına, böylece de sistemdeki her bir hukuk normuna değil bir bütün olarak alınan sisteme atıfta bulunur. Belirli bir hukuk normunun geçerliliğinin etkililiğinden bağımsız olması ihtimali, geçerlilik ve etkililik kavramlarını birbirinden ayırma gerekliliğini vurgular.

Uluslararası hukukta olduğu gibi, devlet hukuk sistemi de etkililik ilkesini, kendi sınırları içerisinde bir ölçüye kadar pozitif hukuk ilkesi haline getirebilir ve böylece belirli normların geçerliliğini etkililiklerine bağlayabilir. Sözgelimi (maddi anlamıyla) anayasa[45] bir örf ve âdet kuralını yasalaştırmanın yanında bir hukuk kaynağı olarak ihdas ettiği (yahut yetkilendirdiği), sonra da uzun süre

45 Tözel yahut maddi anlamda anayasa, yaşayan hukuktur. Anayasa hukukunda (yazılı olup olmadıklarından bağımsız olarak) fiilen işleyen normlardır. Bu anlamdaki anayasa, usûli yahut şekli anlamdaki anayasadan, (fiilen işleyip işlemediklerinden bağımsız olarak) yazılı anayasal belgelerden ve onların hükümlerinden ayrıdır. Bkz. § 31(b), dipnot 50'deki metin.

uygulanmama nedeniyle örf ve âdet kuralının ortadan kalkmasıyla yasalaşmış hukuk normunun düştüğü durumda söz konusu olan budur. Norm düşünceye kadar geçerli olmuştur, bununla birlikte yeni çıkarılan yasa etkili olabileceği ândan önce bile 'geçerli'dir. Ve yazılı hukuk kuralı *desuetudo*[46] durumuna düşmedikçe, kuralın uygulanmaması hukuka aykırı eylemin maddi olayını oluşturacaktır. Demek ki bu tip durumlarda da geçerlilik ve etkililik birbirleriyle özdeşleştirilemez.

§ 31. Hukuk Sisteminin Hiyerarşik Yapısı

(a) Anayasa

Bilinç düzeyine yükseltilmiş pozitif hukuku analiz ettiğimizde, ki bu temel normun işlevini ortaya çıkaran analizin aynısıdır[47], hukuka özgü bir niteliği günışığına çıkarmış oluruz: Hukuk kendi kendisinin yaratılmasını da düzene bağlar. Bilhassa hukuk normu başka bir hukuk normunun yaratılması sürecini ve –farklı bir ölçüde de– yaratılacak normun içeriğini düzenler. Hukukun dinamik karakteri uyarınca, bir norm belli bir şekilde, yani başka bir normun belirlediği biçimde yaratıldığı için ve böyle yaratıldığı müddetçe geçerlidir; ve bu diğer norm, ilk normun geçerliliğinin temelini temsil eder. Başka bir normun yaratılmasını belirleyen norm ile bu belirlemeye uygun olarak yaratılmış olan norm arasındaki ilişki üst düzey ve alt düzey norm düzenlerini resmetmek sure-

46 *Desuetudo* –esasında 'negatif örf ve âdet hukuku'– doktrini, bir hukuk normunun belli bir süre boyunca etkisiz olması durumunda, tam da bu nedenle geçerliliğini yitirdiğini söyler.
47 Bkz. § 29.

tiyle görselleştirilebilir. Norm yaratmayı belirleyen norm üst düzey, bu belirlemeye uygun biçimde yaratılan norm ise alt-düzey normdur. Öyleyse hukuk düzeni aynı düzeydeki, yan yana duran hukuk normlarının oluşturduğu bir sistem değildir; bilakis farklı katmanlardaki hukuk normlarının hiyerarşik düzenlendiği bir sistemdir. Sistemin birliğini sağlayan, normların yaratılmasının, dolayısıyla da geçerliliklerinin, kendi yaratılmaları da başka normlar tarafından belirlenen normlara doğru izinin sürüldüğü zincirdir[48]. Bu geriye doğru gidiş en sonunda temel norma –varsayımsal temel kurala– ve dolayısıyla da bu yaratma zincirinin birliğini ihdas eden, geçerliliğin nihai temeline ulaşır.

Hukuk sisteminin (şu an için tek bir devlet hukuk sisteminin) hiyerarşik yapısı şematik olarak şu şekilde gösterilebilir: Temel normun yukarıda açıkladığımız gibi[49] önvarsayılmış olduğunu kabul ettiğimizde, maddi anlamdaki 'anayasa'nın pozitif hukukun en üst düzeyini temsil ettiğini söyleyebiliriz; ve anayasanın asli işlevi, genel hukuk yaratan organlarını ve sürecini, yani yasama faaliyetini düzenlemesidir. Buna ek olarak anayasa müstakbel yazılı hukuk kurallarının içeriğini de belirleyebilir. Belli bir içeriği şart koşmak yahut önceden dışarda bırakmak şeklindeki bu görev yazılı anayasalarca çoğunlukla üstlenilegelmiştir. Pek çok durumda belli

48 'zincir' (*'Zusammenhang'*). Bu terminoloji Joseph Raz'dan (*The Concept of a Legal System*, 2. baskı, Oxford, Clarendon Press, 1980, s. 97-100) ve *Stufenbau* veya hukuk sisteminin hiyerarşik düzeni, Kelsen'in görüşü haline gelen Adolf Julius Merkl'den alındı. Merkl'e göre 'deneyim dünyasının bir olgusu' olan zincir (*Kette*), hiyerarşik düzenlenme düşüncesinin kavramlaştırılmasına yardım eder. Bkz. Merkl, 'Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues', *Gesellschaft, Staat und Recht*, ed. Alfred Verdross (ilerde bu kitabın Sunuş'undaki dipnot 31), s. 252-94, 283, yeniden basımı WS II, s. 1311-61, 1349.

49 Bkz. §§ 28-30(a).

bir içeriğin şart koşulması, bazı yazılı hukuk kurallarının çıkarılacağı vaadi anlamına gelir, zira hukuk tekniğinden kaynaklanan nedenlerle, şart koşulmuş içeriğe sahip olmayan yazılı hukuk kurallarının çıkarılmamış olmasını müeyyideye tâbi tutmak hiç de kolay değildir. Yasaların belli bir içeriğe sahip olmasını engellemek, anayasa tarafından daha başarılı bir şekilde gerçekleştirilir. Modern anayasaların tipik bileşeni olarak medeni hak ve özgürlükler kataloğu esasen bu türden bir negatif belirlemedir. Hukuk önünde eşitlik, kişinin özgürlüğü, vicdan özgürlüğü ve benzeri anayasal güvenceler, bazı açılardan vatandaşlara eşit muamelede bulunmayan veya bazı özgürlüklerine müdahale eden yasaların çıkarılmasını yasaklamaktan başka bir şey değildir. Bu tip yasaklar hukuk tekniği çerçevesinde ya anayasaya aykırı yasanın çıkarılmasına katılanları (devlet başkanı, bakan) kişisel olarak sorumlu tutmak yahut bu tip yasaların reddedilmesini ve geçersiz kılınmasını mümkün kılmak suretiyle etkili hale getirilebilir. Bütün bunlar sıradan bir yasanın, kendisinin yaratılmasını ve içeriğini belirleyen anayasal hükmü hükümsüz kılma gücünden yoksun olduğu varsayımına dayanır; bu varsayım uyarınca anayasa hükmü ancak ve ancak çok daha sıkı koşullar altında değiştirilebilir veya kaldırılabilir –mesela nitelikli çoğunlukla. Şunu söylemiş oluyoruz: Anayasa, kendisinin değiştirilmesi yahut kaldırılması için olağan yasama usûllerinden farklı ve daha ağır koşullar öngörmelidir; yasalara uygulanan usûle ilave olarak anayasa değişikliklerine uygulanacak, bu duruma özgü bir usûl bulunmalıdır.

(b) Yasama; Hukukun Kaynağı Kavramı

Hiyerarşik yapının bir sonraki, anayasadan bir adım aşağıdaki düzeyi, yasama süreci içinde genel normların yaratılmasıdır. Bu normların işlevi sadece, genellikle mahkemeler ve idari makamlar tarafından çıkarılan tekil normların yaratılmasına ilişkin organların ve sürecin belirlenmesi değil, aynı zamanda ve esasında herşeyden önce, tekil normların içeriğinin belirlenmesidir. Anayasanın asıl vurgusu yasaların çıkarıldığı sürecin düzenlenmesinedir, içeriklerinin belirlenmesine ya hiç ya da pek az önem verilir; ancak yasama söz konusu olduğunda, yargısal ve idari eylemlerin içeriğinin ve yaratılmasının belirlenmesine eşit ölçüde önem atfedilir. Yasa biçiminde ortaya çıkan hukuk, hem maddi (tözel) hem de şekli (usûli) hukuktur. Ceza kanununun ve medeni kanunun yanında bir de ceza usûlü ve medeni usûl sistemleri bulunur; idari düzenlemelerin yanında bir de idari usûlü düzenleyen yasalar vardır. Öyleyse anayasa ile yasama ilişkisi, esası itibariyle yasa ile hüküm verme veya idari kararlar arasındaki ilişkinin aynısıdır; tek fark üst düzey normların alt düzey normları usûli açıdan belirlemeleriyle maddi açıdan belirlemeleri arasındaki oransal farklılıktır. İlk durumda yasamayı düzenleyen anayasa söz konusu olduğunda, usûli unsur maddi unsura ağır basar, ikinci durumda yargı veya idari kararları düzenleyen yasa söz konusu olduğunda ise bu unsurlar denge durumundadır.

Doğrudan anayasa tarafından düzenlenen genel hukuk yaratma düzeyinin hiyerarşisi de devlet sistemlerinin pozitif hukuk yapısı içinde iki veya daha fazla düzeye bölünür. Burada sadece, bazı durumlarda özel öneme

sahip olan bir bölünmeye, yasa ile idarenin düzenleyici işlemleri ayırımına değineceğiz. Bazı durumlardan kastım şu: bazen anayasa genel hukuk normu yaratma işini ilke olarak halkın çoğunluğunun seçtiği parlamentoya verir, fakat yasaların ayrıntılarının belirlenmesini, bazı idari organların çıkaracağı genel normlara bırakır; yahut da anayasa bazen bazı istisnai durumlarda (parlamento yerine) yürütme organını bütün gerekli normları veya bir kısmını çıkarmakla yetkilendirebilir. Yasamadan değil de idareden kaynaklanan bütün normlar, idarenin düzenleyici işlemleri olarak nitelenir ve, ya yasaları hayata geçirirler yahut da yasaların yerini alırlar. Bu tip düzenleyici işlemlere kanun araçları da denir. Öyleyse özel bir anayasal form bulunduğu gibi özel bir kanun formu da vardır. Şekli anlamdaki yasalara karşıt olmak üzere bir de maddi anlamdaki yasalardan bahsedilir.[50] İkincisi her tür genel normu niteler; birincisi ise ya yasa formundaki genel hukuk normunu –yani parlamentonun çıkardığı ve çoğu anayasada varolan tipik hükümler uyarınca belli bir şekilde ilan edilen genel hukuk normunu– yahut da bu formda ortaya çıkmış herhangi bir içeriği niteler [sözgelimi yukarıda değinilen kanun araçlarını]. 'Şekli anlamda yasa' nitelemesi, dolayısıyla, çok anlamlıdır. Sadece genel normların değil diğer içeriğin de görülebildiği kanun formu kavramı ise müphem değildir[51].

Burada, meseleyi basitleştirmek uğruna, anayasanın genel normlarının ve anayasaya uygun bir şekilde diğer normların yaratılmasının, örf ve âdet yoluyla değil, sadece yasa çıkarma yoluyla gerçekleştirilmesini ele alacağız.

50 § 30(d)'de dipnot 45'te biraz karanlıkta kalan 'maddi' ile 'şekli' arasındaki ayırım burada yapılan ayırımla karşılaştırılabilir.

51 'kanun formu kavramı' (*'der Begriff der Gesetzesform'*). Bkz. § 11(b), dipnot 21'deki metin.

Yasa çıkarma ile örf ve âdet genellikle, metaforik, dolayısıyla da çok anlamlı olan 'hukukun kaynağı' kavramı altında bir araya getirilirler. 'Hukukun kaynağı', genel normların yaratılması için iki farklı metoda işaret edebilir: merkezi organlar tarafından amaçlı bir yaratma eylemi olan yasa çıkarma ile hukuki tarafların bizzat kendilerinin gayri-iradi, merkezi olmayan yaratma eylemi olan örf ve âdet. Yahut 'hukukun kaynağı', burada temel norm kavramı ile ifade ettiğimiz, hukuk sisteminin geçerliliğinin nihai temeli anlamına da gelebilir. Buna karşın en genel anlamıyla, 'hukukun kaynağı', sadece genel normlar değil, tekil normlar da dahil olmak üzere her bir normu işaret eder, yeter ki objektif hukuk olarak tekil normlar sübjektif anlamda hukuka sahip olsunlar, yani hukuki bir yükümlülük yahut bir hukuki hak taşıyor olsunlar. Dolayısıyla bir yargı kararı bir tarafın özel bir yükümlülüğünün ve diğer tarafın da yükümlülüğe karşılık gelen hakkının kaynağıdır. Bu verili çok anlamlılık çerçevesinde, 'hukukun kaynağı' ifadesi hiç de kullanışlı gibi durmaz. Bu metaforu mevcut kontekstte çözülecek soruna dair açık ve dolaysız bir ifadeyle değiştirmek gerekiyor. Tartışma konusu olan şey, tekil normun 'kaynağı' olarak genel normdur.

(c) Hüküm Verme

Soyut bir şekilde belirlenmiş maddi olaya aynı soyut şekilde belirlenmiş bir sonuç bağlayan genel bir norm, normatif bir anlama sahip olmak için bireyselleştirmeye ihtiyaç duyar. Genel norm tarafından *in abstracto* [soyutlanarak] belirlenen maddi olay, fiilen *in concreto* [somut

olarak] varolan şeklinde ihdas edilmelidir; ve bu somut durum için, genel kural tarafından aynı şekilde *in abstracto* [soyutlanarak] öngörülen cebri eylem somutlaştırılmalıdır, yani önce emredilmeli sonra da hayata geçirilmelidir. Yargı kararının yerine getirmesi gereken bu çoklu görev, hüküm vermenin yahut yargı erkinin işlevidir. Bu işlev, her ne kadar hüküm verme terminolojisi aksini söylese de[52], sadece beyani değildir; mahkemenin eylemi basitçe yasada, genel normda zaten varolan hukuku dile getirmekten yahut keşfetmekten ibaret değildir. Bilakis hüküm vermenin işlevi tamamen inşaidir; sözcüğün tam anlamıyla hukuk yaratmaktır. Belli bir hukuki sonuçla ilişkilendirilecek bir somut maddi olayın bulunduğunu belirleme ve maddi olayı gerçekten de somut hukuki sonuçla ilişkilendirme işi tamamen yargı kararıyla yapılır. Yasa nasıl genel düzeyde iki maddi olayı birbirine bağlıyorsa, bu olaylar herşeyden önce yargı kararı tarafından tekil düzeyde de birbirine bağlanmalıdır. Öyleyse yargı kararının bizatihi kendisi tekil bir hukuk normudur, genel yahut soyut hukuk normunun tekilleşmesi yahut somutlaşmasıdır; genel olandan tekil olan hukukun yaratılması sürecinin devam etmesidir. Hukuk yaratma sürecinin sürmesi anlamındaki yargı kararı anlayışını örtebilecek tek şey, hukukun genel normda tümüyle içerildiğine dair önceden geliştirilmiş olan hukukun yasa ile yanlış bir şekilde özdeşleştirildiği düşüncedir.

---

52 'hüküm verme terminolojisi' ('*Terminologie "Recht-Sprechung", "Rechts-Findung"*' [sözcük anlamı itibariyle 'hukuku söyleme, dile getirme' ve 'hukuku bulma veya keşfetme']).

(d) Yargı ve İdari Faaliyetler

Hüküm verme gibi idari faaliyetler de kendisini yazılı hukuk kurallarının bireyselleştirilmesi ve somutlaştırılması, yani idari düzenlemeler olarak ifade eder. Genel itibariyle devletin idari faaliyetleri diye nitelenen şey, işlevsel olarak konuşacak olursak, idare, mahkemelerin devletin amaçlarını gerçekleştirmek için kullandığı tekniğin aynısını kullandığı müddetçe, esasında yargıdan çok da farklı değildir. Devletin amaçlarından kastımız, toplumsal olarak arzu edilen (yahut yasakoyucunun toplumsal olarak arzu edilen olarak kabul ettiği) durumun, aksi durumda devletin cebri eyleminin tepki olarak ortaya çıkması suretiyle hayata geçirilmesidir. Başka bir deyişle vatandaşlar böyle bir durumun ortaya çıkması için, toplumsal olarak arzu edilen şekilde davranma yönünde hukuki yükümlülük altındadırlar. Mahkemenin, kişilik hakları ihlal edilen kişinin onurunu, ihlalciyi tazminata mahkûm ederek korumasıyla idarenin memurlarının trafikte hız ihlali yapanları cezalandırmak suretiyle kişinin emniyetini sağlaması arasında esaslı bir fark yoktur. Birinci duruma yargı faaliyeti ikinci duruma idarenin eylemi desek de, tek fark, yargıda bulunanların örgütsel konumudur; yargıçlar bağımsızdır (ki bu da sadece tarihsel olarak izah edilebilir), idarenin organları ise her zaman değilse de genellikle bu bağımsızlıktan yoksundur. Bu ikisinin asıl olarak benzeştiği yön, her ikisinin de –şerefi korumanın ve trafikte emniyeti sağlamanın da- devletin amacını dolaylı bir şekilde gerçekleştirmesidir. Yargı ile idare arasındaki yegane işlev farklılığı, devlet amacının doğrudan devlet organlarıyla, sözgelimi bir devlet organının hukuki bir yükümlülüğünü toplumsal olarak arzu

edilen şeyi doğrudan hayata geçirmek için yerine getirdiğinde ortaya çıkar. Böyle bir durumda devletin bizzat kendisi (yani bir organı) okul ve tren yolu inşa eder ve işletir, hastanelerde sağlık hizmeti verir vb. Bu doğrudan idari faaliyette bulunma, yargıdan önemli ölçüde farklıdır. Yargı, mahiyeti itibariyle devlet amaçlarını dolaylı bir şekilde gerçekleştirir ve bu yönüyle de dolaylı idari faaliyetle ilişkilidir. Demek ki yargı ve idare arasında işlev farklılığı varsa, bu olsa olsa yargıyla karşıtlık oluşturan dolaysız idari faaliyette bulunma olabilir. Hukuki işlevlerin kavramsal olarak doğru bir şekilde sistemleştirilmesi için hukuk aygıtlarının günümüzün bilindik, tarihsel olarak koşullanmış örgütlenmesinde görülenden tamamen farklı biçimde ölümlenmesine ihtiyacımız var. Halihazırdaki görünüme göre (yasama organının dışında) hukuk aygıtları nispeten birbirlerinden uzaklaşmış ama çoğunca benzer işlevleri yerine getiren iki resmi görevli grubuna bölünmüş durumda. Bu işlevlerin mahiyetine dair, yargı ile idare arasındaki farklılığı doğrudan ve dolaylı devlet idaresi ayırımıyla değiştiren doğru bir anlayış, zorunlu olarak hukuk aygıtlarının örgütlenmesine ulaşan bir şubeleşmeyi ortaya çıkaracaktır.

(e) Hukuki İşlem; Cebri Eylemin Hayata Geçirilmesi

Hukukun bazı alanlarında –sözgelimi medeni hukukta- genel normların tekilleştirilmesi ve somutlaştırılması devletin resmi organlarının eylemi eliyle, sözgelimi yargı kararları gibi eylemlerle doğrudan gerçekleşmez. Hukuki işlem, mahkemelerce uygulanacak medeni hukuk normlarıyla birlikte, koşullayan maddi olay açısından

tekilleştirme işlevini yerine getirerek yasa ile yargı kararı arasına yerleşir. Yasanın kendilerine verdiği yetkiyi kullanarak taraflar kendi davranışlarına yönelik somut normlar koyarlar. Bu normlar karşılıklı olarak davranışları kayıtlar ve bu davranışların ihlali, yargı kararının tespit edeceği maddi olayı teşkil eder. Öyleyse yargı kararı hukuka aykırı eylemin sonucunu söz konusu maddi olaya bağlar, yani icra edilecek sonucu bu maddi eyleme yönlendirmiş olur.

Bir anayasa ihdasıyla başlayan hukukun yaratılması sürecinin bu son aşaması, hukuka aykırı eylemin sonucu olan cebri eylemin hayata geçirilmesidir.

(f) Hukukun Yaratılması ile Uygulanması Arasındaki Karşıtlığın Göreliliği

Hukuk sisteminin hiyerarşik yapısına baktığımızda hukuk yapma veya yaratma ile hukukun uygulanması arasındaki karşıtlığın, geleneksel hukuk kuramınca kendisine atfedilen, bu karşıtlığa çok önemli rol biçen mutlak niteliğe hiç de sahip olmadığını görürüz. Hukuki eylemlerin büyük bir kısmı hem bir hukuk yaratma eylemidir hem de bir hukuk uygulamasıdır. Her hukuk eylemiyle bir üst düzey norm uygulanır ve bir alt düzey norm yaratılır. Böylece ilk anayasanın ihdas edilmesi (en üst düzeydeki hukuk yaratma eylemi) temel normun uygulanmasını temsil eder; yasama (genel normların yaratılması) anayasanın uygulanmasını temsil eder; (tekil normlar koyan) yargı kararları ve idari eylemler yasaların uygulanmasını temsil eder; ve cebri eylemlerin gerçekleştirilmesi yargı kararlarının ve idari direktiflerin

uygulanmasını temsil eder. Temel norm varsayımı salt norm yaratımı niteliğine, cebri eylem ise salt uygulama niteliğine sahiptir. Bu sınırlayıcı durumlar arasındaki herşey hem hukuk yaratımıdır hem de hukuk uygulamasıdır. Özellikle şuna dikkat etmek lazım: Özel hukuk işlemi dahi hem yaratma hem de uygulamadır. Bir hukuk uygulaması olarak, hukuk yaratma eylemi olan yasamanın karşısına koyulmamalıdır. Bu konumlandırma geleneksel kuramın yaptığı bir hatadır. Zira yasama, aynen özel hukuk işlemi gibi, hem hukuk yaratımı hem de uygulamasıdır.

(g) Hiyerarşik Yapı İçerisinde Uluslararası Hukukun Yeri

Ortada sadece tek bir devlet hukuk sistemi olmadığını, geçerli pek çok devlet hukuk sistemi bulunduğunu, bunların eşgüdüm içerisinde olduğunu ve böylece de her birinin kendi geçerlilik alanları açısından birbirinden hukuken ayrılmış olduğunu varsayalım. Eğer (aşağıda göstereceğimiz gibi[53]) devlet hukuk sistemleri arasındaki eşdüzeylemeyi ve geçerlilik alanlarının karşılıklı olarak birbirinden ayrılmış olmasını sağlayanın pozitif uluslararası hukuk olduğu kabul edilecek olursa, uluslararası hukuk, külli hukuk topluluğunu bir araya getiren devlet-hukuk sistemlerinin üzerindeki bir hukuk sistemi olarak görülmek durumundadır. Ve böylece hukukun bir bütün olarak birliği, biliş açısından konuşacak olursak, hukukun hiyerarşik şekilde düzenlenmiş, zincirleme bağlanmış katmanlarından oluşan tek bir sistem olarak kurulması sağlanmış olur.

---

53 Bkz. § 50(b), (f)-(g).

(h) Farklı Düzeylerdeki Normlar Arasındaki Çatışma

Alt düzey normun (yaratılması açısından yahut içeriği açısından) onu düzenleyen üst düzey norma uymaması durumunda, başka deyişle, alt düzey norm, normların hiyerarşik düzenlenişini oluşturan belirlemeyle çeliştiğinde, hiyerarşik olarak inşa edilmiş hukuk sisteminin birliği tartışmalı hale gelir. Burada ortaya koyduğumuz sorun, 'norma aykırı norm'[54]; yani anayasaya aykırı yasa, yasaya aykırı yönetmelik, yasaya yahut yönetmeliğe aykırı yargı kararı yahut idari eylem sorunudur. Sistemin farklı düzeylerindeki normlar arasında, her iki norm da –anayasa ve ona aykırı olan yasa, yasa ve ona aykırı olan yargı kararı– geçerli iken, mantıksal bir çelişkinin bulunduğu durumda, mantıksal açıdan kapalı bir normlar sistemi olarak hukuk sisteminin birliğinin nasıl varlığını devam ettirebildiğini sormamız gerekiyor. Bununla birlikte hiç şüphesiz pozitif hukuk açısından olası bir durumdur bu. Pozitif hukuk 'hukuka aykırı hukuk'un (illegal hukukun[55]) olanaklılığını dikkate alır ve onu önlemek yahut bir dereceye kadar sınırlandırmak için pek çok önlem almak suretiyle varlığını tescil etmiş olur. Fakat pozitif hukuk, hukuk olarak arzu edilmeyen bir normun geçerliliğini şu veya bu nedenle devam ettirirken, onun hukuka aykırılık niteliğini de ortadan kaldırmış olur. Ve esasında, 'norma aykırı norm' olarak nitelenen olgu –anayasaya aykırı yasa, hukuka aykırı yargı kararı vb.– gerçekte, üst düzey norm ile alt düzey norm arasındaki, hukuk sisteminin birliğini sona erdirebilecek mantıksal çelişkiye karşılık gelir. Fakat ortada böyle bir çelişki yoktur.

---

54 '"norma aykırı norm"' (*'normwidrige Norm'*). Aynı zamanda bkz. § 14(b), dipnot 26'daki metin ve aşağıda dipnot 55.

55 '"hukuka aykırı hukuk"' (illegal hukuk) (*'rechtswidriges Recht'*). *'normwidrige Norm'* ile karşılaştırılabilir (bkz. yukarıda dipnot 54).

Mesela, bir yasanın anayasaya aykırı olması mümkünse, yani geçerli bir yasa, yaratılma usûlü açısından yahut içeriği açısından anayasa hükümlerine uymuyorsa, bu durum ancak şöyle yorumlanabilir: Anayasa sadece anayasaya uygun yasanın geçerliliğini değil, aynı zamanda (bir anlamda) 'anayasaya aykırı' yasanın geçerliliğini de amaçlamıştır. Aksi takdirde bu ikincisinin 'geçerliliğinden' bahsetmek asla mümkün olmazdı. Anayasanın sözde anayasaya aykırı yasanın geçerliliğini de amaçladığını şu olguda görebiliriz: Anayasa yasaların belli bir usûl çerçevesinde ve belli bir içeriğe sahip olmak (veya olmamak) üzere yaratılacağını belirlemekle kalmaz, aynı zamanda bir yasanın belirlenmiş usûlden yahut içerikten farklı bir şekilde yaratılması durumunda geçersiz yahut yok hükmünde kabul edilmeyerek yine anayasanın belirlediği usûl çerçevesinde ve anayasa ile yaratılmış bir otorite –mesela anayasa mahkemesi– tarafından geçerliliği ortadan kaldırılıncaya dek geçerli olmasını da öngörür. Anayasa bazen asgari bir koşulu –sözgelimi Resmi Gazete'de yazılı olarak ilan edilmeyi– açıkça şart koşabilir. Eğer bu koşul yerine getirilirse, yasa olmadığı halde yazılı olarak ilan edilmiş olan norm kaldırılıncaya kadar mahkemeler tarafından bile uygulanmak zorundadır. Ne var ki bu mesele tali bir meseledir. Asıl önemli olan, çoğu anayasanın anayasaya aykırı yasaları yürürlükten kaldırmaya dair herhangi bir usûl öngörmemesi ve –bu tip yasaların geçerliliğini dokunulamaz bir şekilde bırakmak suretiyle– anayasaya aykırı yasa çıkarılmasından bazı otoritelerin (sözgelimi devlet başkanının veya bakanın) kişisel olarak sorumlu tutulması olasılığıyla yetinmesidir. Böylece, bir yasanın 'anayasaya aykırılığı' denen şey artık hiçbir şekilde yasanın içeriği ile anayasanın içeriği arasındaki bir mantıksal çelişki de-

ğildir. Bilakis, bu 'anayasaya aykırılık', anayasa tarafından –yürürlükten kaldırılıncaya kadar geçerli ve dolayısıyla da anayasaya uygun olan– bir yasanın yürürlükten kaldırılması sonucuna veya bazı otoritelerin cezalandırılmasına varabilecek bir süreci başlatmak üzere ihdas edilen bir koşuldur. Yasaların yaratılması usûlüne ve içeriğine yönelmiş anayasa hükümleri ancak bunların 'ihlal'ine, yani öngörülmüş usûlden farklı bir şekilde çıkarılmış yasalara veya içeriği öngörülen içerikten farklı olan yasalara yönelmiş hükümlerle bağlantısı çerçevesinde anlaşılabilir. Bu açıdan bakıldığında, her iki hüküm türü de bir birlik oluşturur. Yasamaya yönelmiş anayasa hükümleri, alternatif hükümleri içerme karakterine sahiptir, ne var ki bu alternatif hükümler eşit değerde değildir. Aralarındaki ayırım, ikincinin birinci lehine olmak üzere diskalifiye edilmesiyle ortaya çıkar. Ve bu durumu birinci değil ikinci alternatife karşılık gelen bir yasanın, tam da bu şekilde karşılık gelmesi nedeniyle anayasa tarafından yürürlükten kaldırılabilir[56] olarak ilan edilmesinde yahut bir otoritenin yasa nedeniyle ceza sorumluluğuna sahip olduğunun hükme bağlanmasında görmek mümkündür: 'Norma aykırı norm'un yürürlükten kaldırılabilmesi yahut bir otoritenin böyle bir yasa yüzünden cezalandırılabilmesinde de —işte burada esasında 'norm karşıtlığı' ('anayasaya aykırılık', 'hukuka aykırılık') filan yoktur, yapılacak en iyi niteleme normun 'sakatlığı' veya 'hukuki hata'dır.

Anayasaya sözde aykırılık meselesinin aynısı sözde hukuka aykırı yönetmelik veya yasaya yahut yönetmeli-

56 'yürürlükten kaldırılabilirlik' (*'vernichtbar'*). Daha tanıdık 'hükümsüz kılınabilirlik' ve 'yok hükmünde olma', normun çıktığı âna kadar gidilerek en baştan itibaren yok, hükümsüz, etkisiz olduğunu söyleme anlamına gelebileceğinden yanıltıcıdır. Kelsen bu anlamıyla hükümsüz kılınabilirliği reddeder; bu bölümde aşağıya bkz.

ğe aykırı yargı kararı veya idari eylem söz konusu olduğunda da geçerlidir. Böyle bir eylemle, yasanın belirlediği usûl uyarınca hukuka aykırılığının iddia edilmesine dayanılarak yürürlükten kaldırılmadığı müddetçe geçerli –dolayısıyla da yasa çerçevesinde hukuka uygun– kabul edilecek bir tekil norm yaratılır. Bunun bir istisnası, mutlak yokluktur; böyle bir durumda ortada sadece bir hukuk normu görüntüsü vardır, yani hukuken konuşacak olursak esasında bir norm yoktur. Yasa sadece yargı kararının ve idari eylemin belli bir şekilde yaratılması ve belli bir içeriğe sahip olması gerektiğini söylemez; aynı zamanda, alternatif olarak, başka bir şekilde yahut başka bir içerikte yaratılmış tekil bir normun yasanın ilk hükmüyle çatışması nedeniyle belli bir usûl uyarınca yürürlükten kaldırılıncaya kadar geçerli olacağını da söyler. Eğer süreç tüketilmiş yahut buna ilişkin herhangi bir usûl hiç yaratılmamış ise, artık nihailik doktrini uygulanır ve alt düzey norm, üst düzey norma karşıt olarak hukuk gücüne sahip olmuş olur. Bunun anlamı şu: Alt düzey norm, içeriği üst düzey normun içeriğine karşıt bile olsa, geçerlidir —esasında norm geçerliğini üst düzey normun ihdas ettiği kesin hüküm ilkesine borçludur. Alt düzey normun yaratılmasını ve içeriğini sağlayan üst düzey normun anlamı, bu normun, ilk hükmün ihlal edilmesi durumu için yarattığı diğer norm dikkate alınmaksızın kavranamaz. Üst düzey normun alt düzey normu belirlemiş olması, yasanın genel normu ile yargısal veya idari eylemin tekil normu arasındaki ilişkide de alternatif hüküm karakterine sahiptir. Eğer tekil norm alternatiflerden ilkine karşılık geliyorsa tastamamdır, yetkindir, yerindedir; eğer alternatiflerden ikincisine karşılık geliyorsa sakattır, yersizdir, yani bu kusuruna dayanılarak iptal edilebilir. Üçüncü bir ihtimal yoktur,

zira yürürlükten kaldırılabilir olmayan bir norm ya kesin olarak geçerlidir ya da yoklukla maluldür; ve yoklukla malul olan bir norm esasında norm değildir, sadece norm görünümüne sahiptir. Alt düzey normu düzenleyen üst düzey normun alternatif karakteri sayesinde, alt düzey normun üst düzey normla hakiki bir mantıksal çelişkiye düşmesi engellenmiş olur; zira bileşik bir yapısı olan üst düzey normun sahip olduğu alternatif hükümlerden ilkiyle çelişiyor olmak, bileşik normla bir bütün olarak çelişmek anlamına gelmez. Üstelik üst düzey normun hükümlerinden ilkiyle çelişiyor olmanın, alt düzey normu öngörülen usûl uyarınca denetleyen yetkili otoritelerin tespitine kadar herhangi bir rolü yoktur. Bir çelişki iddiasına dair şu veya bu fikrin hukuki açıdan anlamı yoktur. Hukuk evreninde 'çelişki'nin, çelişen normun yürürlükten kaldırılması ânına kadar herhangi bir rolü yoktur. Norma hiçbir etkisi olmayan, otoritelerin kişisel sorumluluğu meselesini bir kenara bırakacak olursak, şu veya bu nedenle geçerli olduğu varsayılması gereken bir normun sözde 'norma aykırı oluşu', normun belli nedenlere dayanılarak yürürlükten kaldırılması olasılığından, başka bir hukuki eylemle geçersiz kılınması ihtimalinden başka bir anlama gelmez. Ya da bu sözde 'norma aykırılık'; normun yoklukla malul olması, yani hukuki biliş yoluyla geçerli bir norm olduğunun yadsınması, geçerli bir hukuk normu olma görüntüsünün –ki başka bir şeye de sahip değildir– ortadan kalkmasıdır. Öyleyse 'norma aykırı norm' ya sadece yürürlükten kaldırılabilirdir, yani yürürlükten kaldırılıncaya kadar geçerli ve dolayısıyla da bir norm gereğince normdur yahut da yoklukla malul ve hükümsüzdür, yani esasında norm filan değildir. Normatif biliş, aynı sistem içerisindeki iki norm arasında çelişki olmasına tahammül edemez; bununla birlikte

farklı düzeylerdeki geçerli normlar arasında meydana çıkabilecek olası bir çelişme bizzat hukukun kendisi tarafından çözülür. Böylece hukuk sisteminin hiyerarşik yapısının birliği mantıksal çelişki tehdidine maruz kalmaz.

VI

Yorum

§ 32. Yorumun Ortaya Çıktığı Durumlar ve Nesnesi

Hukuk sisteminin hiyerarşik yapısının soruşturulması yorum sorunu açısından önemli sonuçlara sahiptir. Yorum, hiyerarşik düzenin daha üst bir düzeyinden bu düzeye tâbi daha alt bir düzeye doğru giden hukuk yaratma sürecine eşlik eden entelektüel bir faaliyettir. Olağan durumda, yasaların yorumlanmasında cevaplanması gereken soru, yasanın genel bir normunu somut maddi olaya uygularken, olaya tekabül eden tekil norma (yargı kararına veya idari eyleme) nasıl ulaşılacağıdır. Buna ek olarak bir de anayasanın uygulanması gerektiği ölçüde, mesela, yasama sürecinde veya olağanüstü hal kararnamesi çıkarılmasında yahut doğrudan anayasadan kaynaklanan başka düzenlemeler yapıldığında, anayasanın yorumlanması söz konusu. Ve elbette bir de tekil normların, yargı kararlarının, idari talimatların, özel hukuk işlemlerinin vb. yorumlanması meselesi var. Kısaca, uygulanacaklarında, yani hukukun yaratılması ve uygulanması hiyerarşideki düzeylerden bir diğerine hareket ettikçe, bütün normların yorumlanması söz konusudur.

§ 33. Hukuki Hiyerarşinin Alt Düzeyinin Göreli Belirsizliği

Hukuk sisteminin, üst ve alt düzeyleri –mesela anayasa ile yasa, veya yasa ile yargı kararı– arasındaki ilişki, belirleyici veya bağlayıcı bir ilişkidir. Daha önce de gösterildiği gibi[57], üst düzeydeki norm, alt düzey norm yaratan eylemi yönetir (veya üst düzey normun salt uygulanmasını gerektiriyorsa, sadece cebri eylemin icrasını yönetir). Alt düzey normun yaratılmasını yönetirken, üst düzey norm sadece alt düzey normu yaratan usûlü değil muhtemelen yaratılacak normun içeriğini de belirler.

Bununla birlikte söz konusu belirleme hiçbir zaman tamamlanmış olmaz. Zira bir norm onu uygulamaya koyan eylemin her bir ayrıntısı açısından bağlayıcı olamaz. Kimi zaman geniş kimi zaman dar bir takdir alanı daima mevcuttur; çünkü onu uygulayan eylem (alt düzey normu yaratan eylem ve salt uygulama eylemi) açısından üst düzey norm sadece söz konusu eylemle doldurulacak bir çerçeve karakterine sahiptir. Çok ayrıntılı bir emir dahi, belirlenecek pek çok şeyi onu uygulayacak olana bırakmak durumundadır. Üst A, üst B'ye tâbi olan C'yi tutuklamasını emretse, üst B, tâbi olan C'nin tutuklanma emrinin ne zaman, nerede ve nasıl hayata geçirileceğine karar vermek için kendi takdirini kullanmak durumundadır; ve bu kararlar A'nın öngörmediği ve büyük bir kısmını da öngöremeyeceği harici koşullara bağlı olacaktır.

§ 34. Alt Düzeyin Kastedilmiş Belirsizliği

Buraya kadar anlatılanlardan çıkan sonuç şu: İster hukuk yaratma ister salt uygulama eylemi olsun, bir normu

57 Bkz. § 31(a)-(f).

uygulayan her hukuki eylem ancak kısmen bu norm tarafından belirlenir ve diğer kısım belirsiz kalır. Bu belirsizlik koşullayan maddi olaya ilişkin olabileceği gibi koşullanan sonuca da ilişkin olabilir –yani önkayıtlanmış eylemin 'nedeni'ne de ilişkin olabilir, 'hangisi'ne de. Belirsizlik doğrudan kastedilmiş olabilir, yani norm çıkaran otoritenin kastının bir parçası olabilir. Binaenaleyh, genel bir normun vaz edilmesi, daima, (özünü korumak suretiyle) genel normun uygulanmasında vaz edilen tekil normun belirlenme sürecini, hukuk normlarının hiyerarşik düzeninin altında yatan süreci devam ettireceği varsayımıyla işler. Aynı şey yetki devrinde de söz konusudur. İhlal durumu için öngörülen bir yaptırımla birlikte sağlığa ilişkin bir yasa, salgın hastalık durumunda, salgından etkilenen şehrin sakinleri hakkında hastalığın yayılmasını engelleyecek belli önlemleri alınmasını belirler; idari makamlar ise, farklı hastalıklar çerçevesinde farklı şekillerde bu önlemleri belirleme yetkisiyle donatılmışlardır. Yahut, ceza kanunu belli bir cürüm için para veya hapis cezası verilmesini söyler; somut olay geldiğinde, hem para cezası mı yoksa hapis cezası mı verileceğini hem de yasa hükmünün bizzat ihdas etmiş olabileceği üst ve alt limitlere uyarlanması için cezanın şiddetini belirlemek yargıca kalmıştır.

§ 35. Alt Düzeyin Kastedilmemiş Belirsizliği

Hukuki eylemin belirsizliği, söz konusu eylemle uygulanacak normun özelliklerinin kastedilmemiş sonucu olarak da ortaya çıkabilir. Herşeyden önce, normu

ifade eden sözcük veya kalıpta çokanlamlılık olabilir: Normun linguistik anlamı apaçık olmayabilir ve normu uygulayacak olan pek çok farklı okuma ile karşı karşıya kalabilir. Aynı durum normu uygulayan resmi görevlinin normun linguistik ifadesi ile norm koyan otoritenin iradesi arasında farklılık olduğuna inandığında da mevcuttur; elbette otoritenin iradesinin nasıl bulunacağına ilişkin sorun da bir kenarda durmaya devam eder. Her halükârda normun linguistik ifadesinin normu koyan iradeye tekabül etmediğinin düşünülebileceği bir durumda linguistik ifadenin bizatihi kendisinden başka kaynaklara da başvurmak suretiyle söz konusu iradeyi araştırma imkânı bulunuyor olmalıdır. Yasakoyucunun sözde iradesinin veya hukuki muamelenin taraflarının niyetlerinin yasada veya muamelede kullanılan sözcüklere tekabül etmeyebileceği geleneksel hukukbilim tarafından tanınan bir olasılıktır. İrade ile ifade tamamen farklı olabileceği gibi kısmi farklılık da söz konusu olabilir; mesela yasakoyucunun iradesi veya tarafların niyeti, normun linguistik ifadesinin pek çok mümkün okumasından en az birine tekabül ettiğinde. Nihayet, önkayıtlanmış hukuki eylemin belirsizliği –diyelim aynı kanundaki– her ikisi de kasti bir şekilde konulmuş geçerli ama birbiriyle tamamen veya kısmen çelişen iki normun varlığından kaynaklanabilir. (Alt düzey norm ile onu düzenleyen üst düzey norm arasında bir çelişki olması durumunda –yani 'norma aykırı norm' sorunu söz konusu olduğunda– hukuk sisteminin birliğinin nasıl sürdürüleceğini daha önce ele almıştık.[58])

58 Bkz. § 31(h).

§ 36. Çeşitli Uygulama Olanaklarını Kapsayan Bir Çerçeve Olarak Norm

Alt düzeyin kastedilmiş veya kastedilmemiş belirsizliğinin bulunduğu bütün bu durumlarda, üst düzey normun uygulanmasının pek çok ihtimali vardır. Hukuk normunu uygulayan hukuki eylem, normun muhtemel farklı okumalarından birine veya ötekine tekabül edebilir. Yahut normu koyanın şu veya bu şekilde keşfedilmiş iradesine veya seçtiği ifadeye tekabül edebilir. Veyahut da aynı ânda var olan iki çelişik normun varlığı durumunda, hukuki eylem bunlardan birine karşılık gelebileceği gibi eylem, normlardan biri diğerini yürürlükten kaldırmış gibi icra edilebilir. Bütün bu durumlarda, uygulanacak norm, verili pek çok uygulama olanağının içinde yer aldığı bir çerçevedir ve bu çerçevede bulunan, verilmesi muhtemel olan bir anlamla onu dolduran her eylem, normla uyumludur.

Eğer 'yorum', uygulanacak normun anlamının keşfedilmesi olarak anlaşılırsa, yorumun sonucu da sadece uygulanacak normun temsil ettiği çerçevenin keşfi ve bu çerçevede normun farklı uygulanma olanaklarının bilinmesi olacaktır. Öyleyse bir yasayı yorumlamanın bizi yegane doğru karar anlamında tek bir karara götürmesi zorunlu değildir; ulaşacağımız muhtemelen pek çok karar vardır; bunların hepsi (uygulanacak norma nispetle) eşit değerdedir; hatta bunlardan sadece bir tanesi yargı kararı eylemiyle pozitif hukuk haline gelmiş bile olsa böyledir. Yargı kararının bir yasaya dayanıyor olması demek esasında sadece, kararın, yasanın temsil ettiği çerçevede yer aldığı anlamına gelir; yani kararın, genel normun çerçevesindeki mümkün olan yegane tekil norm olduğu

değil, mümkün tekil normlardan ancak bir tanesi olduğu anlamına gelir.

Geleneksel hukukbilim ne yazık ki yorumdan, önkayıtlanmış hukuki eylemin çerçevesinin keşfinden çok daha fazla şey bekliyor. Yerine getirilmesi gereken ilave bir görev, ki geleneksel hukukbilim bu görevin yorumun asli görevi olduğunu düşünmeye eğilimlidir, çerçeveyi doğru bir şekilde doldurmak için bir metod geliştirilmesidir. Bilindik yorum teorisi, yasanın, somut olaya uygulandığında, tek bir doğru kararı sağlayabileceğine ve bu kararın 'doğruluğunun' –pozitif hukuk çerçevesindeki doğruluğunun– yasanın bizatihi kendisine dayandığına inandıracaktır. Geleneksel teori yoruma ulaşma sürecini, sanki bu, açıklığa kavuşturma ve anlama şeklindeki entelektüel bir eylemmiş gibi, sanki yorumcu iradesini değil sadece zihnini işletiyormuş gibi, sanki sadece zihinsel faaliyeti ile mevcut ihtimallerin arasından pozitif hukuka tekabül eden bir tanesini seçebilecekmiş gibi ve böylece pozitif hukuk çerçevesinde doğru tercihi yapacakmış gibi sunar.

§ 37. Sözde Yorum Metodları

Ne var ki pozitif hukuk açısından baktığımızda uygulanacak normun çerçevesinde verili olanaklardan hangisinin diğer olanaklardan üstün tutulabileceğine dair herhangi bir ölçüt yoktur. Pozitif hukuk çerçevesinde bir normun pek çok farklı okumasından hangisinin 'doğru' olarak tefrik edilebileceğine dair herhangi bir metod yoktur —elbette burada yasanın ve hukuk sisteminin diğer bütün normları kontekstinde normun anlamının

farklı okumalarının mümkün olduğunu varsayıyoruz. Bütün çabalara rağmen geleneksel hukukbilim irade ile iradenin ifadesi arasındaki çatışmayı dindirmenin objektif kabul edilebilir bir yolunu bulabilmiş değildir. Dolayısıyla geliştirilmiş olan her bir yorum metodu bizi hep mümkün bir sonuca götürür, yoksa tek bir doğru sonuca değil. Pozitif hukuk zaviyesinden, yasakoyucunun varsayılan iradesinden ayrılmamak uğruna metnin ihmal mi edildiği yoksa çoğunlukla sorunlu olan yasakoyucunun iradesini dert edinmekten kaçınmak için metne sıkı sıkıya mı uyulduğu önemsizdir. Aynı ânda geçerli iki normun çelişik olduğu verili bir durumda, daha önce zikredilen[59] üç mantıksal uygulama olanağının her biri pozitif hukuk açısından aynı değerdedir. Bunlardan birini 'hukuki' olarak ortaya koymaya ve diğer ikisini dışarıda tutmaya çalışmak nafile bir uğraştır. Benzer yorum araçları olan *argumentum a contrario*[60] ve analoji de değersizdir; zira sadece karşıt sonuçlara ulaştırırlar ve hangisini ne zaman kullanacağımıza dair ölçüt yoktur. Menfaatlerin dengelenmesi olarak isimlendirilen ilke dahi buradaki sorunun sadece formülasyonudur, bir çözüm değildir. Çatışan menfaatlerin hallinde kullanılacak bir araç olmak üzere yarışan menfaatleri birbirleriyle karşılaştırmaya dair nesnel bir standart sunmaz. Menfaatlerin dengelenmesi denen bu doktrinin sandığı gibi, söz konusu standart zaten yorumlanacak normdan veya normu içeren yasadan yahut da bir bütün olarak hukuk sisteminden çıkarsanmayacaktır. Çünkü 'yorum'un gerekliliği özellikle uygulanacak normun veya norm sisteminin

59 Bkz. § 36. Dördüncü cümle.

60 Analojiye karşı kullanılan *argumentum a contrario* esasında şunu söyler: yasa (sadece) A'yı kendi kapsamında saydığına göre; A ile benzerliklerine bakılmaksızın B, C, D vd. bu kapsama girmez.

pek çok ihtimal ortaya çıkarmasından, yani ne normun ne de normlar sisteminin ortadaki menfaatlerden hangisinin daha büyük bir değere sahip olduğunu belirleme açısından şu veya bu kararı tam olarak söylememesinden dolayı ortaya çıkar. Bu karar, bu menfaatler sıralaması, gelecekteki norm yaratma eylemine –mesela yargı kararına– bırakılır.

§ 38. Biliş Eylemi Olarak veya İrade Eylemi Olarak Yorum

Geleneksel yorum teorisi şu anlayışa dayanır: Önkayıtlanmış hukuki eylem belirsiz olduğu ölçüde, uygulanabilir durumdaki üst düzey normun bize sağlamadığı belirlemeye mevcut hukukun bir tür bilinişiyle ulaşılabilir. Bu kendi kendisiyle çelişen anlayış, yorumun mümkün olduğu varsayımıyla taban tabana zıttır. Eğer norm yorumlanabiliyorsa, o takdirde normun çerçevesindeki olanaklar arasından hangisinin 'doğru' tercih olacağının, pozitif hukuka yönelmiş bir bilişin sorusu olduğunu söylemek oldukça zordur; soru, hukuk teorisinden ziyade hukuk politikasına[61] aittir. Yasadan doğru hükmü veya doğru idari eylemi elde etme görevi esasen anayasa çerçevesinde doğru yasayı yaratma göreviyle aynıdır. Nasıl ki doğru yasalar anayasadan yorum vasıtasıyla elde edilemiyorsa, doğru hüküm de yasadan yorum vasıtasıyla elde edilemez. Elbette iki durum arasında fark var, ama nitelik değil nicelik farkı bu, yani yasakoyucu maddi olarak yargıçtan çok daha az bağlı —başka deyişle, yasakoyucu hukuk yaratmada çok daha fazla özgürlüğe sahip. Fakat nispeten

61 'hukuk politikası' ('*Rechtspolitik*'). Bkz. § 1, yukarıda dipnot 2 ve Ek 1'deki not 2.

daha az serbest olsa da, yargıç da hukuk yaratır. Ve tam da bu nedenle genel normun çerçevesini doldurduğunda, yasanın uygulanma sürecindeki tekil norma ulaşmak, iradenin işlevidir. Yasanın uygulanmasında yardımcı olması düşünülen 'bilimsel' şerhler, esasında yasakoyucuya dikkate alması için önerilerde bulunmak, mahkemelerin ve idari makamların yaratıcı işlevlerini etkilemeye teşebbüs etmek açısından tamamen politiktir. Bir yasanın uygulanmasında, eylemin uygulanmasının sınırlanacağı çerçeveyi keşfetmenin ötesinde, bilişsel faaliyete de yer vardır elbette, ne var ki bu, pozitif hukukun değil, başka normların –yani hukuk yaratma sürecine dahil olabilecek ahlaki, adalete dair, çoğunlukla 'halkın refahı', 'kamu menfaati', 'gelişme' vb. klişelerle karakterize edilen sosyal değer yargılarına dair normların- bilinmesidir. Pozitif hukuk zaviyesinden, geçerlilikleri veya teşhis edilip edilemeyecekleri hakkında hiçbir şey söylenemez. Herşeyi açıkça görebileceğimiz bu noktadan baktığımızda, söz konusu bütün belirlemeler sadece olumsuz yönleriyle belirlenebilir; yani bu belirlemeler pozitif hukukun kendisinden kaynaklanmaz. Pozitif hukukla ilişkisi açısından hukuki eylem bu tip sınırlardan azadedir, yani eylemde bulunacak otorite, pozitif hukukun bizzat kendisi ahlak veya adalet gibi bir meta-normu yetkilendirmedikçe, kendi takdiri uyarınca eylemekte serbesttir. Ne var ki bu norm artık o meta-norm vasıtasıyla pozitif hukuk normuna dönüştürülmüş olur.

§ 39. Hukuki Kesinlik Yanılsaması

Yorumun, pozitif hukuka dair bir biliş olduğu ve böylece mevcut normlardan yeni normlar çıkarıldığı görüşü kav-

ramcı hukukbilim[62] isimli okulun temelidir ki Saf Hukuk Kuramı onu da reddetmektedir. Saf Kuram, normların biliş yoluyla yaratılabileceği görüşünü, nihayetinde hukuku, bütün mahkemelerin üzerinde, beşeri davranışın her yönünü düzenleyen ve özellikle de, hukuku uygulayan organların faaliyetlerini düzenleyen sabit bir sistem olarak düşünme ihtiyacından kaynaklanan görüşü yıkmıştır. Onların işlevi –ve dolayısıyla yorum da– mevcut normların keşfidir sadece; o zaman normlar da sadece belli bir şekilde keşfedilmektedir. Geleneksel hukuk teorisinin hukuki kesinlik yanılsaması, bilerek veya bilmeyerek, hayatta kalmaya çalışmaktadır.

§ 40. Boşluk Meselesi

Hukuktaki boşlukların doldurulmasında yoruma özel bir rol verilir. Ne var ki hakiki bir boşluk filan yoktur. Hakiki boşluk şudur: Bir hukuki uyuşmazlık mevcut normlara göre karara bağlanamamaktadır; zira yasa olaya ilişkin bir hüküm içermemekte ve dolayısıyla da uygulanamamaktadır. Her hukuki uyuşmazlık bir tarafın diğer taraf aleyhine sunduğu bir talebi içerir ve talebi kabul eden veya reddeden karar, yasanın –yani somut olaya uygulanacak geçerli normun– iddia edilen hukuki yükümlülüğü içerdiğine veya içermediğine dayanır. Üçüncü bir

---

62 'kavramcı hukukbilim' (*'Begriffsjurisprudenz'*). 19. yüzyılın başlarındaki, Puchta ve genç Rudolf von Jhering ile ilişkilendirilen düşünce. Buna göre hukuk bilimi 'hukuk normlarını sistematik olarak birbirleriyle ilişkili bir şekilde teşhis etmek suretiyle' onları 'bilimsel tümdengelimin (*einer wissenschaftlichen Deduktion*) ürünü olarak' ortaya koyar. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 10. baskı, c. i (yuk. § 20, dipnot 37). Jhering'in *Begriffsjurisprudenz*'i hakkında daha fazla ayrıntı için bkz. Ek I'deki not 7.

ihtimal olmadığından, esasında her durumda karar verilebilir ve karar her zaman yasaya dayanılarak, yani yasa uygulanarak verilir. Talebi reddeden karar dahi mevcut hukuk sistemine başvurmuştur. Bireylere belli şekillerde davranma yükümlülüğü getirmek suretiyle hukuk sistemi, bu yükümlülüklerin dışındaki özgürlüğü güvence altına alır. Mevcut hukuk sisteminin zorunlu kılmadığı şekilde davranılmasını isteyen bir kişiye karşı, kendisinden bu şekilde davranması beklenen kişinin, davranıştan kaçınma 'hakkı' (hukuken güvence altına alınmış bir özgürlüğü) vardır. Hukuk sistemi sadece bir kişinin belli bir şekilde yükümlü tutulmasına (yani aksi biçimde davranmanın, hukuka aykırı eylemin belirlenmiş sonucunun koşulu olarak düzenlenmesine) dair ilkeyi değil, bir kişinin belli bir şekilde davranma veya davranmamaya yükümlü tutulması durumunda serbest olduğuna dair ilkeyi de içerir. Yükümlülük ihdas edilmemiş bir davranışa ilişkin yapılan talebi reddeden kararda uygulanan, işte bu olumsuz normdur.

Eğer bazı durumlarda yine de bir 'boşluk'tan bahsediliyorsa, bu, ifadenin yanlış biçimde belirttiği üzere, norm olmadığı için kararın mantıken imkânsız olduğu anlamına gelmez. Daha çok sadece şu anlama gelir: Bir talebi kabul veya reddeden karar, mantıken mümkün olmasına rağmen, kararı alacak yani yasayı uygulayacak resmi görevli, yasaya göre verilebilecek olan kararı sonuçları açısından oldukça kabul edilemez veya adalete oldukça aykırı görmektedir. Esasında kararın sonuçları açısından oldukça kabul edilemez veya adalete oldukça aykırı görülmesi şu anlama gelir: Resmi görevli yasakoyucunun somut olayı hiç öngörmediği ve eğer öngörseydi mevcut yasaya dayanılarak verilecek karardan daha

farklı bir kararı gerektirecek düzenlemeyi yapacağını düşünmektedir. Resmi görevlinin varsayımının doğru olup olmadığı muhtemelen gösterilemez; bununla birlikte anayasal bir yükümlülük olan yasayı uygulama yükümlülüğü karşısında resmi görevlinin varsayımının bir anlamı yoktur. Uygulayıcı durumundaki resmi görevlinin gözünde kötü olan yasa dahi uygulanmak durumundadır —bu mesele, kiminin kötü gördüğünü kiminin iyi gördüğü hakikatinden tamamen farklıdır. Öyleyse 'boşluk' denen şey, pozitif hukuk ile daha iyi, daha adil, hakka daha yakın olduğuna inanılan bir sistem arasındaki farklılıktan başka bir şey değildir. Ancak ve ancak bu 'daha iyi' sistemi pozitif hukukun yanına koymak ve böylece pozitif hukukun kusurlarını tespit etmek suretiyle 'boşluk' gibi bir şeyin varlığını iddia edebiliriz. Eğer bu boşluk denen şeyin hakiki mahiyetini görürseniz, onun yorumla doldurulamayacağı gerçeği apaçık ortaya çıkar. Yorum burada yorumlanan normun uygulanmasına hizmet etmez; aksine, yorumun buradaki işlevi yorumlanmış normu ortadan kaldırmak ve daha iyi, daha adil, hakka daha yakın –kısaca, normu uygulayan resmi görevlinin arzu ettiği– bir normu onun yerine koymaktır. Asıl norm, bazı kusurlarının giderilmesi bahanesiyle uygulama sırasında alaşağı edilir ve yerine yeni bir norm koyulur. Bu kurgu bilhassa genel normların hukuki denetiminin şu veya bu sebeple zor yahut imkânsız olması durumunda, sözgelimi, örf-âdet hukuku söz konusu olduğunda (rasyonel bir prosedür çerçevesinde değiştirilemeyen) veya mevcut yasalar ilahi kökleri nedeniyle dokunulamaz kabul edildiğinde yahut da şu veya bu sebeple yasama mekanizmasının işletilmesi çok zor veya imkânsız olduğunda kullanışlıdır.

§ 41. Sözde Teknik Boşluklar

Bu gerçek boşlukların yanında bir de teknik boşluklardan bahsedilir. Teknik boşlukları mümkün görenler arasında pozitivist zaviyeden hakiki boşlukların varlığını inkâr edenler de bulunur ve teknik boşlukların yorumla doldurulabileceği kabul edilir. Teknik boşluklar, yasakoyucunun yasanın uygulanmasını teknik olarak mümkün kılmak için düzenlemek zorunda olduğu hususları düzenlemediği zaman ortaya çıkar. Ne var ki teknik boşluk olarak nitelenen şey ya sözcüğün tam anlamıyla bir boşluktur –bu da şu anlama gelir, arzu edilen hukuk ile pozitif hukuk arasında bir fark bulunur– yahut da normun çerçevesinin niteliğinden kaynaklanan belirsizliğin ta kendisidir. İlk alternatifin bir örneği şudur: Yasa, satımın bağlayıcı yönünü ihdas eder, fakat satılan malın teslimden önce tarafların kusuru olmaksızın hasar görmesi riskinin kime ait olduğuna dair hiçbir belirlemede bulunmaz. Ancak burada söz konusu olan yasakoyucunun sorun hakkında 'hiçbir şey' söylememiş olması değildir. Burada olan şey şudur: Yasakoyucu satıcının malı teslim etme veya muadilini sağlama yükümlülüğünden kurtulduğunu belirlememiştir —açıktır ki böyle bir belirlemeyi arzu eden burada 'boşluk' olduğunu iddia eden kişidir. Esasında yasa satıcının malı teslim etme yükümlülüğüne dair hiçbir istisna getirmediğine –ve zikredilen olayda da herhangi bir istisna olmadığına– göre risk satıcıdadır. Teknik boşluk denen şeyle ilgili ikinci alternatife ise şöyle bir örnek verilebilir: Yasa bir organın seçimle ihdas edileceğini söylemekte ama seçim usûlünü belirlememektedir. Bunun anlamı şudur: İster nispi oya ister çoğunluk oyuna dayansın, ister aleni ister gizli yapılsın, her tür-

lü seçim hukuka uygun olduğundan seçimi yürütmekle yetkilendirilmiş görevli seçim usûlünü belirlemek üzere takdirini kullanabilir. Başka deyişle, seçim usûlünün belirlenmesi daha alt düzey bir norma bırakılmıştır. Başka bir örnek: Yasa, bir kurulun karar alabilmek için mutlaka başkanın başkanlığında toplanması gerektiğini söylemektedir; fakat yasa, başkanı da kurulun seçeceğini söylemekte ancak bir başkan bulunmadığı zaman kurulun nasıl toplanacağına ilişkin hiçbir şey söylememektedir. Norm iki anlama da gelebilir: Ya başkanın yokluğunda her nasıl toplanırsa toplansın bu toplanma hukuka uygundur yahut da basit bir şekilde bu durumda da başkanla toplanmak zorundadır ve artık hukuka uygun bir biçimde iş görmesi mümkün değildir. Ne var ki burada bile 'boşluk' yoktur. Zira yasa kurulun başkanıyla toplanacağını öngörmektedir —kurulun başkanı bulunmadığı durumda bile yasa hükmü varlığını devam ettirmektedir. Eğer yasa kurulun nasıl toplanacağını önkayıtlamamış olsaydı, her türlü toplanma hukuka uygun olacaktı. Şurası kesin: Yasa mantıksız bir belirlemede bulunmuştur, fakat bu pekâlâ olabilecek bir şeydir; zira yasalar herşeyden önce insan yapımıdır. Bir normun hiçbir anlamı bile olmayabilir ve hiçbir yorum da ondan zorla anlam bulup çıkaramaz. Çünkü yorum, normdan normun sahip olmadığı bir şeyi elde edemez.

§ 42. Yasakoyucunun Boşluk Teorisi

Öyleyse teorik olarak hukukta boşluk yoktur. Yasakoyucu ise yanıltıcı bir teorinin etkisiyle yine de 'boşluklar'ın var olabileceğini önvarsayabilir —hatta bazen bunlar ya-

sakoyucunun boşluk olarak kabul etmeyebileceği şeyler de olabilir. Yasakoyucu bazen –esasında sıklıkla– yasadan herhangi bir kararın çıkarsanamayacağı durumlarla ilgili hükümler ihdas eder —Avusturya Medeni Kanunu'nun 7. maddesi[63] ve İsviçre Medeni Kanunu'nun 1. maddesi[64] gibi. Eğer ikincisinde olduğu gibi yasa yargıca 'boşluk' durumunda yasakoyucu gibi karar verme yolunu gösteriyorsa, bunun anlamı yargıca, yasanın uygulanmasının kabul edilemez olduğunu düşündüğü durumlarda yasaya değil kendi takdirine dayanarak karar verme yetkisi

63 Avusturya Genel Medeni Kanunu, md. 7: 'Eğer olay kanunun lafzıyla veya doğal anlamıyla karara bağlanamazsa kanunlara dayanılarak kesinlikle karar verilmiş benzer olaylara ve söz konusu kanunla bağlantılı diğer kanunlara bakılmalıdır. Eğer olay hâlâ şüpheli ise, doğal hukukun ilkelerine uyumlu şekilde, olaya ilişkin dikkatle derlenmiş ve iyi şekilde incelenmiş koşullara atıfla karar verilmelidir.' (Kelsen metninde esasında 6. maddeye referans veriyor ancak bu açıkça yazım hatası, zira 6. madde 'açık anlam'a ve yasakoyucunun niyetine ilişkin ve kanuna dayanılarak bir kararın verilebildiği durumlarla ilgili —ki bu da mevcut kontekstte tam da Kelsen'in söylediğinin karşıtı bir durum, çünkü Kelsen'in bahsettiği mânâda 'kanuna dayanılarak karara varılamadığı' kanun hükmü söz konusu.)

64 İsviçre Medeni Kanunu, md. 1: 'Kanun, ister sözüyle ister yorumuyla olsun hakkında bir hüküm içerdiği bütün hukuki sorunlara tatbik edilir. Eğer kanundan herhangi bir hüküm çıkarılamıyorsa, bu durumda yargıç örf ve âdet hukukuna uygun karar vermeli, eğer bunda da başarılı olamıyorsa, kendisi yasakoyucu olarak koyacağı kurallara göre karar vermelidir. Bu durumda yerleşik doktrin ve gelenek kendisine rehberlik etmelidir.' (743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin ilgili maddesini de hatırlamakta fayda var: 'Kanun, lafziyle veya ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde mer'idir. Hakkında kanuni bir hüküm bulunmıyan meselede hâkim örf ve âdete göre, örfü âdet dahi yok ise kendisi vazıı kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre hükmeder. Hâkim hükümlerinde, ilmi içtihatlardan ve kazai kararlardan istifade eder.' 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda ise aynı hüküm şu şekilde yer almıştır: 'Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.'—TÇN)

vermektir. İyi yasakoyucu neyin yaptığı yasanın gerekli bir düzeltimi olduğuyla uğraşmak durumunda değildir; zira maddi olayları öngörmediğini ve öngöremeyeceğini daha baştan düşünmüş olmalıdır; yapabileceği tek şey, yaptığı genel normları olayların olağan akışına yöneltmektir. Tam da bu yüzden yasanın resmi uygulanışının kendi yokluğunu telafi etmesini istediği olayların hangileri olduğuna da işaret edemez; eğer bunu yapabiliyorsa yokluğunun telafi edilmesine gerek yoktur. Yasakoyucunun, kararı yasayı uygulayan görevliye bırakmaktan ve 'yetkilendirilmiş yasakoyucunun', yasakoyucunun bizatihi kendisinin yasayı uygulayacağı durumlarda da karar verebileceği şeklindeki kaçınılmaz riski üstlenmekten başka bir seçeneği yoktur. Burada elbette şöyle bir risk var: Açıkça, mahkemelerin ve idari organların uygulaması için çıkarılan genel normların uygulanmasının hukuka uygun olması ilkesi hakkında ve dolayısıyla bu normların geçerliliği hakkında soru işaretleri ortaya çıkacaktır. Hukuk yaratımının bu en kâmil anlamı, genel düzeyden tekil düzeye, yani yasakoyucudan yasayı uygulayan resmi görevliye geçmeyi tehdit eder. Riski mümkün olduğunca asgaride tutmak için yasayı dolanma yetkisi öyle bir şekilde formüle edilmiştir ki, yasayı uygulayan görevli kendisine esasında verilmiş olan istisnai gücün farkında değildir. Yasayı sadece uygulanamayacağı durumlarda uygulamaktan kaçınabileceğini düşünür, çünkü imkânsızlığın nedeni tam da yasanın kendisidir. Uygulayıcı, sadece yasakoyucu gibi iş görme durumunda serbest olduğuna, ona yasakoyucu yerine iş görme durumunda serbest olmadığına inanır. Onun esasında ikinci durumda da serbest olduğu gerçeğinin üzerini 'boşluk' kurgusu örter. Yasakoyucunun niyeti bu formülün, yan-

lış olduğunu bilerek veya bilmeyerek, yasayı uygulayan görevliyi, somut olayda yasayı uygulamama özgürlüğünü en idareli şekilde kullanmaya yönlendirmesidir. Zira böylece yasayı uygulayan görevliye göre, yasa ile kendi hukuk anlayışı arasındaki yalnızca en büyük farlılık, yani yasakoyucunun düzenlemek istemediği ve dolayısıyla yasanın da düzenlemediği durum hakiki bir 'boşluk' olacak, o zaman da mantıksal öncüller bulunmayacaktır, zira her hukuk uygulaması eyleminde genelden tikele giden bir sonuç çıkarma mevcuttur. 'Hukuktaki boşluklar' formülasyonu tipik bir şekilde ideolojiktir; –yasayı uygulayan görevlinin takdiriyle değerlendirildiğinde– sadece basit biçimde hukuk politikası açısından sonuçları itibariyle kabul edilemez olan yasanın uygulanmasını, hukuk çerçevesinde mantıken imkânsız olarak nitelemektedir.

VII

Hukukun Yaratılmasının Metodları

§ 43. Hukukun Formu ve Devletin Formu

Hiyerarşik yapıya sahip hukuk sistemi doktrini hukuku hareket halinde, sürekli kendini yenileyen yaratma süreci içerisinde görür. Bu, dinamik bir hukuk kuramıdır. Karşısında hukuku (hukukun geçerliliğini, geçerlilik evrenini vs.) yaratma sürecinden ayrı ve sadece zaten yaratılmış bir sistem olarak gören statik kuram vardır. Hukukun dinamik oluşuyla ilgili sorunlar farklı hukuk yaratma metodları sorununun, hukukun formları sorununun etrafında kümelenir. Hukuk normunun asli işlevinin insanları belli bir şekilde davranmaya (aksi yöndeki davranışı, hukuka aykırı eylemin sonucu olan cebri eylemle ilişkilendirmek suretiyle) zorlamak olduğunu kabul ettiğimizde, hukuk normunun yaratılmasının değerlendirilmesindeki son nokta, normun yükümlülük altına soktuğu insanın –süjesininonun yaratılmasına katılıp katılmadığıdır. Başka deyişle sorun, yükümlülüklerin süjenin rızasıyla mı yoksa rızası dışında, hatta iradesi hilafına mı getirildiğidir. Buradaki farklılık genellikle otonomi ve heteronomi karşıtlığı olarak nitelenir. Hukuk kuramı bu farklılığı kamu hukuku alanında başka şekillerde de kullanır: devlet formunun tanıdık sınıflandırmasını sunan, demokrasi ile otokrasi ara-

sındaki veya cumhuriyet ile monarşi arasındaki farklılıkta. Devletin formu denildiğinde anlaşılan, ne var ki sadece hukukun genel itibariyle sahip olduğu formdur, başka bir deyişle, hukuk sisteminin en üst hiyerarşik düzeyinde, anayasa düzeyinde gerçekleştirilen hukuk yaratma metodudur. Devletin formuna ilişkin anlayışın gördüğü şey, anayasanın düzenlediği, genel normların yaratılması metodudur. Ne var ki eğer devlet formundan anlaşılan şey sadece yasama, genel hukuk normları yaratma formu olarak anayasa olursa ve dolayısıyla da devlet formu kavramında devlet, genel hukuk normları yaratma formu olarak anayasa ile bir tutulursa, bu takdirde hukuku genel normlar sistemi olarak gören çok tanıdık bir anlayışla örtüşmüş oluruz. Bu durumda hukuk sisteminin sınırları içerisinde olması gereken, genel hukuk normlarının tekilleşmeleri, soyuttan somut hukuk normuna gidiş gözden kaçırılmış olur. Devletin formunu anayasayla özdeşleştirmek, hukukun yasada içerildiği varsayımına hapsolmak anlamına gelir. Fakat hukukun yaratılması metodu olarak devlet formu sorunu sadece anayasal düzeyde ortaya çıkmaz dolayısıyla da sadece yasamaya atıfta bulunmaz. Sorun her düzeyde ortaya çıkar ve bilhassa da tekil norm çıkarılmasının pek çok farklı örneğine –idari eyleme, yargı kararına, özel hukuk muamelesine– atıf yapar.

§ 44. Özel Hukuk ve Kamu Hukuku

Tekil normların çıkarılmasına atıfla sorunun karakteristik bir örneği olarak kamu hukuku ile özel hukuk arasındaki modern hukuk biliminin sistemleştirilmesinin temelini oluşturan ayırıma işaret edilir. Malumdur ki

özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki farklılığa dair henüz tatmin edici bir açıklama sunulabilmiş değil. En yaygın görüş hukuki ilişkileri sınıflandırır: özel hukuk, eşit düzeyde bulunan süjeler arasındaki eşit hukuki ilişkiyi temsil eder; kamu hukuku ise tâbi ve metbu süjeler –yani biri diğerinden hukuken daha üstte olan iki süje– arasındaki ilişkiyi. Tipik kamu hukuku ilişkisi, devlet ile vatandaş arasındaki ilişkidir. Özel hukuk ilişkileri de, 'güç' ya da egemenlik/iktidar ilişkileri olarak kamu hukuku ilişkilerinin karşısına konularak, özel hukuk ilişkisinin mahiyeti itibariyle sözcüğün lafzi, dar anlamında 'hukuki' ilişkiler olarak nitelenir. Böylece özel hukuk ve kamu hukuku ayırımı, hukuk ile güç (hukuki olmayan yahut yarı hukuki güç) arasındaki, bilhassa da hukuk ile devlet arasındaki karşıtlığı ithal etmiş olur. Eğer bazı süjelere atfedilen üstünlüğe, bu süjelerin başka süjelerle nispetle daha yukarıda olmasına bakacak olursak, hiyerarşinin esasen hukuk-yaratan maddi olaylar arasındaki ayırımdan kaynaklandığını görürüz. Devlete –yani vatandaşlarla ilişkileri çerçevesinde devletin organlarına– atfedilen hukuken üst düzeyde oluş, hukuk sisteminin devletin organı olarak nitelenen insanlara (otorite adı verilen bir kısmına), tek taraflı irade beyanı (bir direktif yahut emir) aracılığıyla vatandaşlara yükümlülük yükleme yetkisi vermesinden kaynaklanır. Kamu hukukunun tipik ilişkisi, idari bir organ tarafından çıkarılan ve normun muhatabının direktifle uyumlu şekilde davranmaya yönelik hukuki bir yükümlülük altında sokulduğu idari direktiftir. Özel hukuka ait tipik ilişki ise, hukuki işlem, bilhassa da sözleşmedir. Sözleşme ile taraflar hukuken karşılıklı biçimde belli bir tarzda davranma yükümlülüğü yüklenirler. Burada yükümlülüğe tâbi olan

taraflar yükümlülük yükleyen normların yaratılmasına katılmaktadırlar ve hukukun sözleşmeyle yaratılmasının esasını oluşturan da budur. Kamu hukukundaki idari direktif söz konusu olduğunda ise, yükümlülüğe tâbi olan taraf yükümlülük yükleyen normların yaratılmasına hiçbir surette katılmaz. Bu ikinci hal otokratik norm yaratımının tipik örneğidir, özel hukuk sözleşmesi ise kesinlikle demokratik bir hukuk yaratma metodudur. Öyleyse ilk teorisyenlerin hukuki muamele evrenini özel özerklik evreni olarak nitelemeleri de bu anlattıklarımıza harfiyen uyar.

§ 45. Özel Hukuk ve Kamu Hukuku Düalizminin İdeolojik Anlamı

Özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki farklılığın, hukukun yaratılmasının iki metodu arasındaki farklılık olarak anlaşıldığını ve hem özel hukuk işlemlerinde hem de devletin kamusal eylemlerinde birebir aynı eylemlerin görülebildiğini varsayalım. Ve yine düşünelim ki, herşeyin ötesinde, her iki durumda da hukuk yaratan maddi olayı oluşturan irade beyanının devletin iradesini şekillendiren sürecin devamı olduğu kabul edilmiş olsun, zira hem özel hukuk işleminde hem de otorite sahibi direktifte yerine getirilen şey genel bir normun –bir durumda medeni hukuk alanına ait bir yasanın diğer durumda ise idari düzenlemenin– tekilleştirilmesinden ibarettir. Böyle olduğu takdirde daima devletin iradesi olarak hukuk sisteminin tamamına yönelmiş olan Saf Hukuk Kuramı açısından hem özel hukuk işleminin hem de otorite sahibi direktifin, devletin eylemleri, yani

hukuk sisteminin birliğine dayandırılabilen hukukun yaratılmasının maddi olayları olarak algılanması hiç de paradoksal olmayacaktır. Saf Hukuk Kuramı bu suretle, özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki karşıtlığı, onu geleneksel hukuk kuramının mutlak, sistem dışı karşıtlığından, yani hukuk ile hukuk olmayan, hukuk ile devlet karşıtlığından, sistem içi bir karşıtlığa dönüştürerek göreli bir karşıtlık haline getirir. Ve Saf Kuram, özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki karşıtlığı mutlaklaştırmakla ilişkili olan ideolojiyi yıkmak suretiyle kendisini bilimsel bir kuram olarak ortaya koyar. Zira mezkur karşıtlığı hukuk ile güç arasındaki (en azından hukuk ile devlet gücü arasındaki) mutlak bir karşıtlık olarak sunmak, kamu hukuku alanında –bilhassa da siyasal önemi haiz anayasa ve idare hukuku alanlarında– hukuk ilkesinin[65] özel hukuk alanıyla, yani hukukun hakiki kapsamı olarak görülen alanla aynı düzeyde yoğunluğa sahip olamayacağı yanılsaması yaratmaktır. Buna göre, özel hukuktan farklı olarak, kamu hukukunu sınırlandıran sıkı hukuk kuralları olmayacak, bu alana, duruma göre hayata geçirilecek olan devlet menfaati, kamu refahı anlayışları hâkim olacaktır. Dolayısıyla, genel norm ile onu uygulayan organ arasındaki ilişki özel hukuk ile kamu hukuku alanlarında farklılık gösterecektir; özel hukukta, somut olaylara yasaların uygulanması yasa ile sınırlandırılırken, kamu hukukunda, devletin amacının gerçekleştirilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmayacak, tek sınır, yasanın çerçevesi olacaktır. İstisna söz konusu olduğunda, yani ulusal olağanüstü hal ilan edildiğinde, devlet amacının gerçekleştirilmesi yasanın ötesine de geçebilecektir. Ne var ki eleştirel bir sorgulama bu ayırımın herhangi

65 'hukuk ilkesi' (*'Rechtsprinzip'*).

bir temelinin olmadığını ortaya çıkarır —eğer söylenen, yasama, yürütme ve icra organlarının kural olarak mahkemelerin faaliyetlerinden daha az yasal sınırlamaya tâbi olduğunu basitçe ifade etmekten öteye gitmiyorsa, zira pozitif hukuk mahkemelere çoğunlukla daha dar bir takdir alanı bırakır. Üstelik kamu 'hukuku' alanının, devletin varoluş alanının hukuktan bağımsız olduğunu iddia etmekle, özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki asli ayırıma dair doktrin, bu iddiasıyla çelişik olan bir başka iddiayı, hukuktan bağımsız olmanın bir hukuk ilkesi olduğu, kamu hukukunun kendine has bir özelliği olduğu iddiasını da sahiplenerek karmakarışık bir hal alır. Bu doktrin en iyi ihtimalle hukukun teknik yönden farklı şekilde yapılandırılmış iki alanı olduğunu söyleyebilecektir, ancak hukuk ile devlet arasındaki temel karşıtlık üzerine soyut düzeyde tek bir kelam edemez. Bu mantıksal olarak savunulamaz düalizm sadece ideolojik bir anlama sahiptir, kuramsal bir anlamı yoktur. Anayasa doktrininden geliştirilmiş bu düalizmin yürütme erkinin ve ona bağlı idari organların, tabir caizse, eşyanın doğasından bağımsızlaşmasını güvence altına alması öngörülmüştür; bu bağımsızlık hukuktan bağımsızlık değildir –ki zaten bu mümkün de değildir– ama yazılı hukuk kurallarından, halkın temsilcilerinin yaptığı veya onların katılımıyla yapılan genel normlardan bağımsızlıktır. Söz konusu yazılı hukuk kuralından bağımsızlığın dayandığı bir temel şudur: icrai ve idari organlar üzerine yazılı hukuk kurallarıyla konulan kapsamlı sınırlar bu organların sahip olduğu işlevlerin mahiyetiyle çelişiktir. Diğer bir temel ise şöyle: yazılı hukuk kurallarıyla getirilen sınırlamalar, her ne kadar mevcut olsalar da, ihtiyaç

duyulduğunda pekâlâ ihmal edilebilmektedir. Ve bu eğilim –yürütme erki ile parlamento arasındaki süregelen karşıtlık da hesaba katıldığında– hem demokrasilerde hem de anayasal monarşilerde mevcuttur.

Özel hukuk ile kamu hukuku arasında mutlak bir karşıtlık sunmak, kamu hukuku alanının –hepsinden de önce anayasa ve idare hukuku alanlarının– siyasal gücün yegane alanı olduğu, siyasal gücün özel hukuk alanının tamamen dışına çıkarıldığı yanılsamasını yaratır. Daha önce gösterdiğimiz üzere[66], 'özel' ile 'siyasal' olan arasındaki karşıtlık sübjektif haklara atıf yapmaksızın varolamaz; özel hukuktaki haklar ise, aynen siyasal hakların karakterize edildiği anlamda siyasaldır, çünkü ikisi de –farklı şekillerde de olsa– esasen siyasal güce katılım anlamına gelen devletin iradesinin biçimlenmesine katılmayı güvence altına alırlar. Hukukun siyasal olmayan özel bir alanı ile kamusal siyasal olan alanını ilke olarak birbirinden ayırmak sözleşmeyle yaratılan 'özel' hukukun, yasamayla ve idareyle yaratılan kamu hukukunun içinde olduğu siyasal gücün alanında olduğunun görülmesini engeller. Özel hukuk dediğimiz şey, bir bütün olarak hukuk yapısında –hukuk sisteminin parçası olarak– gördüğü işlev açısından bakacak olursak, hukukun, üretim ve dağıtıma dair kapitalist ekonomik sisteme karşılık gelen bir formundan başka bir şey değildir; dolayısıyla da işlevi, güç kullanımına dair istisnai siyasal işlevdir. Hukukun başka bir formu da, mevcut özel hukukun temsil ettiği özerk, demokratik forma değil –muhtemelen– mevcut idare hukukumuza daha yakın hetoronom, otokratik bir forma bürünecektir. Bunun daha tatmin

66 Bkz. § 24(c).

edici yahut daha adil bir düzenleme tarzı olup olmadığı, halihazırdaki kontekstte açık bir soru olarak kalır. Saf Hukuk Kuramı bu soruyu cevaplamayı hedeflemediği gibi cevaplayamaz da.

VIII

Hukuk ve Devlet

§ 46. Hukuk ile Devletin Geleneksel Düalizmi

Hukuk kuramının özel hukuk ile kamu hukuku arasında varsaydığı karşıtlıkta en çok göze çarpan şey, modern hukuk bilimine ve dolayısıyla da genel olarak toplumsal meselelere dair düşünme tarzımıza hâkim olan güçlü bir düalizmdir —açıkça söyleyecek olursak, hukuk ile devlet düalizmi. Geleneksel hukuk ve siyaset teorisinde, esasen hukukun başka bir formu olan devlet bir yandan hukukun karşısına koyulur, diğer yandan da temel olarak hukuki niteliğe sahip olduğu söylenir; bu düalizm geleneksel teorinin hem devlete hukuk sisteminden bağımsız bir varlık atfetmeye hem de onu hukuki yükümlülüklerin ve hakların öznesi, yani [hukuki] kişi olarak kabul etmeye çalışmasından kaynaklanır.

Nasıl özel hukuk teorisi daha ilk baştan bireyin hukuk kişiliğinin objektif hukuktan (hukuk sisteminden) mantıksal ve zamansal olarak önce geldiğini kabul ediyorsa, kamu hukuku teorisi de, aslen iradenin ve eylemin kollektif bir birliği olan devletin hukuktan bağımsız ve önce varolduğunu varsayar. Fakat devlet, ve elbette sahip olduğu teori de, kendi kendisini bu sisteme tâbi kılmak

için, kendi hukukunu kendisine yükümlülük yüklemek ve hak vermek için kullanmak üzere, hukuk yaratmak suretiyle, 'hukukunu', objektif hukuk sistemini, yaratarak tarihsel misyonunu gerçekleştirmeye devam eder. Demek ki devlet –esasen niteliği itibariyle hukuk üstü, güçlü bir makro-insan veya sosyal organizma olan devlet–, hem hukukun önvarsayımıdır hem de aynı zamanda hukuku önvarsaymaktadır çünkü hukuka borçludur, çünkü yükümlülüklerini ve haklarını hukuktan alır. Bu kötü şöhretli, 'çift-yönlü' ve devletin kendi kendini yükümlülük altına soktuğunu söyleyen teori[67], apaçık çelişkilerine rağmen, bütün itirazlar karşısında eşi benzeri görülmemiş bir direnç sergilemektedir.

§ 47. Hukuk ile Devlet Düalizminin İdeolojik İşlevi

Geleneksel hukuk ve siyaset teorisi bu devlet teorisinden, bu teoride görünen hukuk ile devlet düalizminden vazgeçemez. Zira bu düalizm çok büyük öneme sahip, hafife alınması mümkün olmayan ideolojik bir işlev görmektedir. Devlet hukuktan farklı bir şahıs olarak tasavvur edilmelidir ki hukuk da, kendi kendini yaratan ve hukuka tâbi kılan devleti meşrulaştırabilsin. Ve hukuk, devleti, yalnızca devletten farklı, devletin asli mahiyetine yani

67 " 'çift-yönlü' ve devletin kendi kendini yükümlülük altına soktuğunu söyleyen teori" (*Zwei-Seiten- und Selbstverpflichtungs-Theorie des Staates*). Georg Jellinek'in 'çift-yönlü' devlet teorisine ve teorinin devletin 'kendi kendini sınırlaması'na atıfta bulunuluyor. İlk mesele için bkz. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. baskı, (Berlin: Haring, 1914, pek çok yeniden basımı var), s. 10-12, 136-9, 174-83; ikinci mesele için bkz. *ibid.*, s. 367-75. 'Çift-yönlülük' teorisinin az rastlanan sertlikteki eleştirisi için bkz. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1922, yeniden basımı: Aalen: Scientia, 1962), s. 114-20; 'kendi kendini sınırlama' teorisinin eleştirisi için bkz. *ibid.*, s. 132-6.

güce karşıt ve böylece de bir anlamda 'haklı' yahut adil bir sistem olarak önvarsayıldığı takdirde meşrulaştırabilir. Çıplak bir güç olgusundan çıkan devlet, kendisini hukuk yaparak meşrulaştıran *Rechtsstaat*[68] haline gelir. Devletin metafiziksel-dinsel meşrulaştırılmasının etkisini yitirdiği ölçüde, bu *Rechtsstaat* teorisi kaçınılmaz olarak devletin yegane mümkün meşrulaştırma aracı olur. Bu 'kuram' devletin hukuki bir şahıs olduğunu söylemekle devleti hukuki bilişin nesnesi, kamu hukuku kuramının araştırma konusu yapar. Fakat aynı zamanda devletin tamamen hukuki bakışla kavranmayacağını zira güç olarak devletin esas itibariyle hukuktan farklı olduğunu vurgular. Bu çelişki 'kuram'a zarar vermez; çelişkiler ideolojik teorilere içkindir ve önemli bir sorun oluşturmaz. İdeolojilerin hedefi bilişi genişletmek değil iradeyi belirlemek olduğundan, burada da hedefin devletin özünü kavramaktan ziyade otoritesini kuvvetlendirmekle ilişkisi vardır.

§ 48. Hukuk ile Devletin Özdeşliği

(a) Hukuk Düzeni Olarak Devlet

İdeolojiden ve dolayısıyla da metafizikten ve mistisizmden bağışık olan biliş devletin özünü, bu sosyal yapıyı bir insan davranışı sistemi olarak gördüğü takdirde kavrayabilir. Daha yakından baktığımızda onun cebri bir sosyal sistem olduğunu görürüz. Zira devletin de hukuk sisteminin de alametifarikası aynı cebri eylemlerdir. Bu

68 '*Rechtsstaat*' 'hukukun üstünlüğüne dayanan devlet veya hükûmet' şeklinde tercüme edilebilir. Hukuk ilkesiyle çelişik olarak (bkz. § 45, dipnot 65'teki metin), Kelsen *Rechtsstaat* nosyonunu ideolojik açıdan yüklü bir kavram olarak görür. Aynı zamanda bkz. § 48(c).

iki sistem birbiriyle özdeş olmak durumundadır, çünkü aynı sosyal topluluğun iki farklı sistem tarafından inşa edilmiş olması mümkün değildir. Öyleyse devlet, bir hukuk düzenidir. Ne var ki her hukuk düzeni devlet olarak nitelenemez; bu niteleme sadece hukuk düzeni –işlevleri bir işbölümünü yansıtan– belli organları yarattığında kullanılır. Hukuk sistemi belli bir merkezilik ölçüsüne ulaştığında, devlet olarak nitelendirilir.

Primitif, devlet öncesi hukuk topluluğunda genel hukuk normları örf ve âdet yoluyla, hukukun her bir tarafının pratikleriyle yaratılır. Ve bu primitif devlette, ne tekil normları çıkaran merkezi mahkemeler vardır ne de bu normların cebri eylemlerle hayata geçirilmesi söz konusudur. Hukuka aykırı eylemin maddi olgularının sübutuna ilişkin araştırmanın yapılması ve bu eylemin sonuçlarının hayata geçirilmesi çıkarları ihlal edilen taraflara bırakılmıştır; demek ki hukuk düzeni çıkarlarını bu şekilde korumaktadır. Oğul, babasının katilinden ve katilin ailesinden intikamını bizzat kendisi alacaktır; alacaklı, borcunu ödemeyen bir borçlu söz konusu olduğunda sorunu kendisi ele alacak ve hesapları, mesela bizzat borçlunun malına el koyarak denkleştirecektir. Bunlar primitif cezalandırma ve ihkak-ı hak formlarıdır. Maddi olgular, hukuk sisteminden aldıkları yetkiyle hukuk sisteminin ve sistem tarafından kurulmuş topluluğun organları olarak eylemde bulunan topluluk üyelerince toplanır. Bu yetkilendirme sayesinde söz konusu cebri eylemlerle topluluğu, eylemleri topluluğa isnat ederek bağlantılandırmak mümkün olur. Böylece hukuka aykırı eylemlere, isnat etme yoluyla toplulukla bağlantılandırıldıkları için kendileri hukuka aykırı eylem olmayan cebri eylemlerle karşılık veren artık topluluğun

kendisidir. Ancak uzun erimli bir evrim sonrasında toplumsal işbölümü sürecinden doğan merkezi organlar ortaya çıkar; nitelikleri itibariyle yargısal ve icrai organlar, yasama organlarından çok daha önce görülür. Her ne kadar hukuk tekniği bakış açısından bu adım muazzam bir adım gibi görülse de, merkezileşmiş hukuk sistemleri ile merkezileşmemiş hukuk sistemleri, primitif hukuk toplulukları ile devlet hukuk toplulukları arasındaki fark nitel bir farklılık değildir, sadece nicel bir farklılık söz konusudur.

Devletin hukuk sisteminden daha üstün bir hukuk sistemini artık bulamadığımızda, devletin kendisi en üstün, egemen hukuk sistemi veya hukuk topluluğu olur. Bu hukuk sisteminin geçerliliğinin teritoryal ve maddi uygulama alanı esasında sınırlıdır, çünkü devletin cebri sistemi kendi geçerliliğini belli bir toprakla ve belli konularla sınırlamıştır —yani her yerde, en azından ciddi biçimde geçerlilik iddiasında bulunmadığı gibi bütün beşeri ilişkileri de kapsamaz. Bununla birlikte, devletin egemen hukuk sistemi olduğunu söylemek, geçerliliğini, daha üstün bir hukuk sistemi tarafından sınırlanmaksızın, hem teritoryal olarak hem de maddi olarak genişletme kapasitesine sahip olduğunu söylemek demektir. Bu genellikle mutlak egemenlik olarak nitelendirilir. Fakat ne zaman ki uluslararası hukuk sistemi tekil devletlerin hukuk sistemlerinin üzerinde varlık bulur, artık devlet egemen hukuk sistemi olarak anlaşılamaz; ancak göreli en üstün hukuk sistemi olarak görülebilir, zira bu durumda en üst hukuk sistemi uluslararası hukuktur ve tekil devletin hukuk sistemi doğrudan uluslararası hukukun altında yer alır. Bir devletin nitelenebilmesinin öncesinde, uluslararası hukuk sistemiyle ilişkisi dikkate

alınmak durumundadır. Devlet öncesi hukuk topluluğu gibi, uluslararası hukuk sistemince inşa edilmiş devlet üstü topluluk da bir devlet olarak düşünülmesine yetecek merkeziliğe sahip değildir.

(b) Hukuki İsnat Sorunu Olarak Devlet

Devletin bir hukuk sistemi –belli nitelikleri haiz ve diğer hukuk sistemi türlerinden sadece nicelik olarak değil, nitelik olarak da farklılaşmış bir sistem– olduğu, devletin kendi varlığına dair her ifadesinin, her eyleminin ancak hukuki bir eylem –hukuk kurallarını yaratan yahut uygulayan bir eylem– olarak ortaya çıkmasında da görülebilir. Bir insanın eylemi, bir hukuk normu sırf onu öyle nitelediği için devletin eylemidir. Devleti dinamik bir olgu kılan devletin tekil eylemleri açısından baktığımızda, devlet sorunu, isnadiyet sorunudur. Devletin her eylemi basit bir şekilde bir insanın eylemidir. İsnadiyet sorunu şu soruda dile getirilir: Belli bir insanın eylemi neden eyleyen insanın kendisine değil de, insanın ötesindeki muhayyel bir özneye isnat edilir? Bu isnadın tek mümkün ölçütü olarak sadece hukuk normunu gösterebiliriz. Bir beşeri eylem, bir hukuk normunda belli bir tarzda yer aldığı için ve yer aldığı müddetçe nitelendirici normu içeren hukuk sisteminin oluşturduğu birlik ile ilişkilendirilebilir. Devletin eylemlerinin öznesi olarak devlet, ki esasında şahıs olarak devlet demektir bu, bir hukuk düzeni olması hasebiyle cebri olan düzenin kişileştirilmesinden başka bir şey değildir; ve devleti ancak sadece böyle bir cebri düzen olarak kavrayabiliriz. Kişi olarak devlete isnat etmek, isnat edilen maddi olayı dev-

let eylemine dönüştürür ve bu maddi olayı ortaya çıkaran insana devlet organı niteliği kazandırır. Böylece devletin hukuki kişiliği bütün diğer hukuk kişilikleriyle aynı karaktere sahip olur. Diğerleri gibi –hukuk sisteminin birliğinin ifadesi olarak[69]– devletin hukuk kişiliği de bir isnat meselesidir. İdrakini konuya yöneltmiş olan kuramcı, tasavvur ettiği şeyi kavramaya çalışırken, hukuk sisteminin ardında tasavvur ettiği şeyin, yani devletin ondan esas itibariyle farklı olduğunu varsaymaya, onun gerçek, somut bir şey olduğunu kabul etmeye eğilimlidir.

(c) Resmi Organların Aygıtı Olarak Devlet

Hukuk sistemi tam bir merkezileşmemişlik halindeki primitif aşamayı geçtiğinde, işbölümünün yansıttığı çizgide işleyen organlar hukuk normu yaratır ve uygular olduğunda –bilhassa da cebri eylemler gerçekleştirdiğinde–, vatandaşlar arasından, yani normların süjelerinden, belli bir şekilde organlar olarak nitelenen farklı bir grup birey ortaya çıkar. (İlk başta bu tam bir merkezileşme değildir, çünkü hukukun yaratılmasına ve uygulanmasına dair bazı işlevler merkezi olmamaya devam etmektedir.) İşbölümünü yansıtan organ işlevinin hukuki bir yükümlülük olarak ihdas edilmiş olması, yani yerine getirilmemesinin hukuka aykırı bir eylemin özel bir sonucuna, disipline edici eylemin yaptırımına tâbi olması önemlidir; ve bu işlev için önemli olan bir başka husus, işlevin icrasının tedricen profesyonel ve ücretli statü-

69 'hukuk sisteminin birliğinin ifadesi olarak' (*'als Ausdruck der Einheit eine Rechtsordnung'*), 'hukuk sistemi'ni (*'einer Rechtsordnung'*, genitif hal), 'hukuk sisteminin' (nominatif hal) yapıyor. Bkz. ör. § 25(b),(d).

ye kavuşmasıdır. İşbölümünü yansıtan çizgiye uyumlu biçimde işleyen devlet organı –merkezileşmiş hukuki işlevin taşıyıcısı olarak– bir devlet görevlisi, hukuken belli bir tarzda nitelenmiş bir organ, haline gelir. Doğal durumdan para ekonomisine geçişle bağlantılı olan bu gelişme, edinilmesi ve harcanması, artması ve azalması usûlü hukuken özellikle düzenlenen ve resmi makamların finanse edildiği ve diğer faaliyetlerin giderlerinin karşılandığı bir devlet hazinesini, merkezi malvarlığını önvarsayar. Bu resmi görevliler aracılığıyla temsil edilen devlet bilhassa yukarıda dolaysız devlet idaresi, devletin amaçlarının doğrudan peşine düşülmesi olarak nitelenen[70] eylemleri gerçekleştirir. Bir okulu açanın yahut bir demiryolunu işletenin özel bir şahıs değil de devlet olduğunu söylemek, bu işlevi gören insanın belli bir şekilde nitelendiğini söylemek demektir. Devletin resmi organlarını içeren aygıt –bürokrasi– yargısal devletten idari devlete evrimin anahtarıdır. Elbette ki idari devletin de cebri bir sistem olduğunu göz ardı edemeyiz. İdari devlet, resmi görevlilerinin toplumsal olarak arzu edilen şeyi doğrudan ortaya çıkararak devletin amaçlarını doğrudan gerçekleştirmenin peşinde olan devlettir. Kendilerini, (resmi görevlilerin değil de) vatandaşların toplumsal olarak arzu edilen biçimde davranmak için uymak zorunda olduğu, uymayan vatandaşlara resmi görevlilerin cebri eylemle karşılık vereceği normların yaratılması ve uygulanması ile sınırlamazlar. Bilakis, doğrudan devlet idaresi, hukuk diliyle konuşacak olursak, vatandaşların toplumsal olarak arzu edilen davranışını aynı şekilde, yani devlet görevlilerinin hukuki yükümlülüğü olarak ortaya çıkarır. Şu anlama geliyor bu: Hukuk

70 Bkz. § 31(d).

sistemi devlet organlarına, yükümlülüklerine aykırı hareket eden devlet organlarına karşı cebir kullanma emri verir. Cebir aygıtı olarak devlet, idari aygıt olarak devleti kapsar.

İşbölümünü yansıtan çizgiye uyumlu biçimde işleyen organlar sisteminin gelişimiyle –resmi, hukuken belli şekilde nitelenmiş bir organ olarak– dar anlamdaki devlet organı kavramı özel taraf olarak vatandaş kavramıyla karşı karşıya gelir. Gündelik dil genellikle 'devlet organı' nitelemesini resmi olan ile sınırlar. Resmi görevli olmayan bir vatandaş hukuki bir işlemle hukuk sisteminin verdiği yetki çerçevesinde hukuken bağlayıcı normlar yaratabilir ancak bu onu, sahip olduğu işlev yönetmelik çıkaran idarenin ajanının işleviyle aynı olmasına rağmen, 'devlet organı' yapmaz. Ne var ki gündelik dil tutarlı olmaktan çok uzak. Parlamento seçmeni işlevine sahip özel taraf, seçilmiş taraf ve seçilmişlerden müteşekkil parlamento —tam anlamıyla ele alındığında 'devlet organları' olmalarına rağmen, bunların hiçbirisi hassaten resmi görevli olarak nitelenmiş değildir. İşte burada organın asli kavranışı ortaya çıkar.

Resmi işleve sahip olma şeklindeki dar anlamda organ kavramına tekabül eden şey, daha müşahhas ve dar bir anlamdaki resmi organların timsali olarak devlet kavramıdır. Sıklıkla kullanılan bu kavram aynı zamanda devletin, bütün vatandaşları kapsayan daha geniş anlamdaki devlette daha dar, daha sıkı bir örgüt olduğu şeklindeki bir ölçüde naif anlayışta da dile getirilir. Organ –şahıs olarak organ– sıfatıyla devlet, esasında bir grafiktir, çünkü kişileştirmektedir; ancak bu onu doğru yapmaz ve tam bir yapısal analiz açısından işlevle tanımlanan organ olarak devlet kavramıyla değiştirilmelidir.

İşlevle tanımlanan organa dair maddi olguyu oluşturan unsurlardan birisi, hiç şüphesiz, işlevi yerine getiren insanın, devlet organı kavramında kişileştirilmiş olan sözde-organın veya işlev-taşıyıcısının özel olarak nitelenmiş olmasıdır. Fakat eğer devlet organını devlet işlevi ile değiştirecek olursak, bu durumda devlet –kendisinden resmi devlet organları kümesi, bürokrasi şeklinde konuşulan devlet– kendisini hukuken belirli işlevler sistemi olarak gösterecektir. Bunlar da hukuk sisteminin devlet görevlileri olarak belli bir şekilde nitelediği bireyler tarafından yerine getirilen işlevlerdir; bunlara ilaveten özel olarak resmi görevliler şeklinde nitelenmemiş organlar tarafından yerine getirilen yasama gibi başka işlevler de vardır. Bu devlet, hukuken belli bir şekilde nitelenmiş maddi olgular kümesidir ve dolayısıyla da nihayetinde bu maddi olayları niteleyen hukuk normlarını içeren bir sistemdir. Bir altsistem olarak hukuk sistemi, bir bütün olarak devlet hukuk sisteminden az çok keyfi bir şekilde ayrıştırılmış bir sistemdir.

(d) Hukuk Kuramı Olarak Siyaset Kuramı

Devletin bir hukuk sistemi olduğu iddiasını şu olguyla destekleyebiliriz: Geleneksel olarak genel siyaset teorisinin bakış açısından resmedilen sorunlar, hukuk teorisindeki sorunlardır, yani hukuk sisteminin geçerliliği ve yaratılması ile ilgili sorunlardır. Devletin 'unsurları' denen şeyler –devlet gücü, devletin ülkesi ve vatandaş– hem devlet sisteminin bizzat kendisinin geçerliliği hem de sistemin teritoryal ve kişisel geçerliliğidir. Devlet sistemini oluşturan normların teritoryal geçerliliğiyle ilgi-

li genel sorunun içinde yer alan özel bir durum, devletin toprağının alt kısımlara bölündüğü durumda ortaya çıkan hukuki yapıların mahiyetine ilişkin sorundur. Bunlar merkezileşme ve ademimerkezileşme sorunlarıdır ve idari ademimerkeziliği, özyönetime sahip bütünleri, federal sistemin üye devletlerini, devlet parçalarını vd. –fakat aynı zamanda da bilhassa her türlü devlet koalisyonlarını– kavramak bu bakış açısıyla mümkün olur. Üçlü erk veya üçlü devlet işlevi doktrini, hukuk sistemindeki farklı hiyerarşik hukuk yaratma düzeylerine odaklanmak gerektiğini gösterir; devletin organları ancak hukuk yaratma ve uygulamaya dair maddi olgular olarak anlaşılabilir ve devlet biçimleri, figüratif bir ifadeyle 'devlet iradesi' denilen, hukuk sistemini yaratma metodlarından başka bir şey değildir.

(e) Hukuk Sisteminin Etkililiği Olarak Devletin Gücü

Nasıl ki cebri hukuk sisteminde sistem olarak devleti ve sistemin birliğinin kişileşmesinde kişi olarak devleti görebiliyorsak, hukuk sisteminin etkililiğinde de 'güç' olarak devleti –geleneksel olarak 'devlet iktidarı' olarak nitelenen herşeyi– görebiliriz. Bu güç kendisini sadece, hukuk sisteminin, yani devlet sisteminin normlarında yer alan nosyonların harekete geçirici gücünde ifade edebilir. Devlet gücünün geleneksel olarak algılandığı tüm harici yansımalar –hapishaneler ve kışlalar, darağaçları ve makinalı tüfekler– kendi başlarına cansız nesnelerdir. Bir güç aracı olabilmeleri için insanların onları belli bir sistem içerisinde kullanmaları, bu insanların söz konusu düzen nosyonu, yani bu düzene uygun hareket etme zorunluluğu inancı tarafından yönetiliyor olması gerekir.

Bütün bunları dikkate aldığımızda, hukuk ile devlet düalizminin dağılıverdiğini görürüz; aynen bilişin nesnesinin birliği sağlandıktan ve bu kişi kavramında ifade edildikten sonra, kişiyi bir gerçeklik olarak ortaya koyabilmek için, bu birliğin somut olduğunu varsaydığında olduğu gibi.[71] Öyleyse, epistemolojik açıdan baktığımızda, kişi olarak devlet ile hukuk sistemi olarak hukuk düalizmi Tanrı ile dünya düalizminin çelişikliğine benzer. Kamu hukukundaki siyasi ideoloji, ki esas itibariyle teolojik-dini ideolojiyle uyum içindedir, bu ikincisinin bir dalından ve onun halefinden başka bir şey değilmiş gibi görünür. Buna karşın, eğer hukuk ile devletin özdeşliği kabul edilecek olursa, artık devleti hukuk marifetiyle meşrulaştırmak mümkün olmayacaktır. Zira hukukun –ama pozitif hukukun, adaletle özdeşleştirilmiş hukukun değil–, bilişimiz insanlar arasındaki gerçek ilişkilere dair antropomorfik suretleri dağıttığında ve kişileştirme peçesini kaldırdığında devletin kendisini gösterdiğiyle aynı cebri sistem olduğu anlaşılacak olursa, nasıl ki hukuk hukuk eliyle meşrulaştırılamaz, işte hiç kimse de devleti hukuk eliyle meşrulaştıramayacaktır —yeter ki 'hukuk' pozitif hukuk anlamında kullanılsın, 'haklı' hukuk, adalet anlamında değil. Devleti *Rechtsstaat* olarak meşrulaştırma teşebbüsü tümüyle anlamsız bir içeriğe sahiptir zira her devlet –eğer '*Rechtsstaat*'ı bir hukuk sistemine 'sahip' olan devlet olarak anlayacaksak– zaten bir *Rechtsstaat*'tır. Bir hukuk sistemine sahip olmayan yahut henüz sahip olamamış bir devlet olamaz, çünkü devlet hukuk sisteminden ibarettir (bu herhangi bir siyasal değer yargısı değildir). Elbette *Rechtsstaat*'ın bu anlamıyla belli bir içeriğe sahip hukuk sistemi kavramını, yani bi-

71 Bkz. özellikle §§ 25, 48(b) (son cümle).

reysel özgürlükler, organların işleyişiyle ilgili hukukilik güvencesi ve hukukun demokratik yollarla yaratılması gibi belli kurumları içeren bir hukuk sistemi kavramını birbiriyle karıştırmamak gerekir. 'Hakiki' bir hukuk sistemini sadece bu çerçevede şekillenmiş bir normlar sisteminde görmek, doğal hukuka ait bir önyargıdır. Mantıksal açıdan tutarlı bir hukuki pozitivizmin bakış açısından, hukuk, aynen devlet gibi, insan davranışına dair cebri bir sistemden başka bir şey olarak kavranamaz —ki bu bakış açısından sistemin ahlaki veya adalete ilişkin değeri hakkında söylenen bir şey yoktur. Devlet, öyleyse, hukuki çerçevede anlaşılmalıdır, hukukun bizatihi kendisinden ne eksik ne fazla; ideal bir inceleme konusu[72] olarak hukuk bir sistemdir, dolayısıyla da normatif hukuki bilişin konusudur; –hem harekete geçirilen hem de harekete geçiren, hem psikolojik hem de fiziksel– eylem olarak hukuk ise iktidar, hukuki iktidardır ve böyle bir araştırmanın nesnesi sosyal psikolojiye yahut sosyolojiye aittir.

(f) Meşruiyet İdeolojisinin Çözülmesi

Bu metodolojik eleştiri vasıtasıyla hukuk ile devlet düalizminin çözülmesi, geleneksel hukuk ve siyaset teorisini Saf Kuramın ortaya koyduğu hukuk ile devletin özdeşliği tezine tutkuyla direnmesi için kışkırtan en etkili meşruiyet teorilerinden birinin de dağılması anlamına gelir.

Saf Hukuk Kuramı devletin hukuk eliyle meşrulaştırılmasını reddettiğinde, bunu devletin her türden meşru-

72 'ideal inceleme konusu' (*'geistiger Sachgehalt'*). 'Geist' hakkında bkz. § 8, dipnot 12, yuk. ve Ek I'deki not 3.

laştırılmasının imkânsız olduğunu söyleyerek yapmaz. Saf Kuram sadece hukuk biliminin devleti hukuk eliyle meşrulaştırma veya aynı anlama gelecek şekilde hukuku devlet eliyle meşrulaştırma kapasitesi olduğunu reddeder. Saf Kuram bilhassa hukuk biliminin herhangi bir meşrulaştırıcı ödevi olduğunu reddeder. Meşrulaştırma değerlendirme demektir ki bu da objektif bilişin değil sübjektif bilişin, dolayısıyla etik ve siyasetin konusudur. Hukuk bilimi, eğer siyaset değil bilim olmayı hedefliyor ise, sadece objektif bilişle iş görmelidir.

IX

Devlet ve Uluslararası Hukuk

§ 49. Uluslararası Hukukun Doğası

(a) Uluslararası Hukukun Hiyerarşik Düzeyleri ve Temel Normu

Uluslararası hukuk devletlerarası ilişkileri düzenlemek üzere yaratılmış normlardan oluşur. Bu normlar ilk olarak devletlerin eylemleri, yani tekil devletlerin hukuk sistemlerinin yetki verdiği organların eylemleri ile yaratılmıştır. Bu tip normlar asıl itibariyle teamül yoluyla yaratılmıştır. Bu normlar genel uluslararası hukuka aittir, zira bütün devletlere yükümlülük yükler ve hak verirler. Bunlar arasında *pacta sunt servanda* olarak bilinen norm özel öneme sahiptir. Bu norm uluslararası hukuk topluluğunun süjelerine [yani tekil devletlere] davranışlarını –yani organlarının ve vatandaşlarının davranışlarını– andlaşmalar yoluyla düzenleme yetkisi verir. Süreç dahilinde iki veya daha fazla devletin yetkilendirilmiş organlarının ilan ettiği anlaşmayla normlar yaratılır. Söz konusu normlar andlaşmaya dahil olan devletlere yükümlülükler yükler ve haklar verir. Halihazırda yürürlükte olan andlaşma hukuku, uluslararası hukukun tikel karakterine sahiptir. Normları bütün devletler için değil,

sadece (andlaşmaya dahil olmuş) iki devlet veya kimi zaman çok kimi zaman az sayıdaki devletler grubu açısından geçerlidir. Bu devlet çiftleri veya devlet grupları uluslararası hukuk topluluğunun alttopluluğunu oluşturur. Bu tikel uluslararası andlaşma hukuku ile genel uluslararası örf ve âdet hukukunun eşgüdümlü norm grupları olarak görülmediğine işaret etmemiz gerekiyor. Tikel andlaşma hukukunun temeli genel uluslararası örf ve âdet hukukunun normlar grubuna ait olduğundan, bu ikisi arasındaki ilişki hiyerarşik alt-üst ilişkisidir. Ve eğer uluslararası mahkemeler ve benzer organlar tarafından yaratılan hukuk normlarını dikkate alacak olursak uluslararası hukukun yapısı içerisinde üçüncü bir düzeyin göründüğünü fark ederiz, zira uluslararası hukuku yaratan bu organların işlevi bir andlaşmaya ve dolayısıyla da uluslararası hukukun hiyerarşik olarak ikinci düzeyindeki bir norma dayanır. Bu ikinci düzey ise –uluslararası andlaşmalarla yaratılan uluslararası hukuk– genel uluslararası örf ve âdet hukukunun bir ilkesine, hiyerarşik düzenin ilk yahut en üst ilkesine dayanır. Öyleyse uluslararası hukukun temel normu ve dolayısıyla erklerini uluslararası hukuktan alan devlet hukuk sistemlerinin de temel normu, teamülü –devletlerin karşılıklı davranışlarını– hukuk yaratan maddi olay olarak ihdas eden bir norm olmalıdır. Her ne kadar genel uluslararası örf ve âdet hukuku devlet hukuk sistemlerinden ortaya çıkış bakımından daha yakın tarihli ise de, bu onların geçerliliğinin temeli olarak iş görmesine engel değildir. Sözgelimi aile de pek çok aileyi kapsayan merkezileşmiş devletten daha eski bir hukuk topluluğudur ancak halihazırda devlet hukuk sistemi aile hukukunun geçerliliğinin temeli olarak iş görür. Benzer bir durum federasyon

için de geçerlidir: Üye devletin sisteminin geçerliliği, bu sistem bir zamanlar bağımsız tekil devletlerin oluşturduğu federasyondan daha eski olsa bile, federasyonun anayasasından çıkarsanır. Tarihsel olan ile normlar arasındaki mantıksal ilişki birbirine karıştırılmamalıdır.

(b) Primitif Bir Hukuk Sistemi Olarak Uluslararası Hukuk

Uluslararası hukuk tekil devletlerin hukukuyla aynı karakteri sergiler. Aynen devlet hukuk sistemlerinde olduğu gibi o da cebri bir sistemdir. Ve uluslararası hukukun yeniden inşa edilmiş hukuk normunda, devlet hukuk sisteminin yeniden inşa edilmiş hukuk normunda olduğu gibi, (topluluğa zararlı kabul edilen) maddi olay, sonucun koşulu olarak, cebri bir eylemle ilişkilendirilmiştir. Uluslararası hukukta hukuka aykırı eylemin özel sonuçları misilleme ve savaştır. Ne var ki uluslararası hukuk halen primitif bir hukuk sistemidir; devlet hukuk sisteminin çoktan tamamlamış olduğu gelişiminin başındadır. Hâlâ geniş çaplı bir ademimerkezilik söz konusudur —en azından genel uluslararası hukuk alanında bu böyledir ve söz konusu durum da bütün bir uluslararası hukuk topluluğunu etkilemektedir. İşlevleri bir iş bölümünü yansıtan, normları yaratacak ve uygulayacak organlar yoktur. Genel normların teşekkülü teamül yahut andlaşma yoluyla, yani özel bir yasama organı eliyle değil, hukuk topluluğunun üyelerinin bizzat kendi eliyle gerçekleşir. Genel normların somut olaylara uygulanması da aynı şekilde gerçekleşir. Çıkarlarının ihlal edildiğini düşünen devlet, başka bir devletin sorumlu olduğu hukuka aykırı eyleme ait maddi olayın gerçekleşip gerçekleşme-

diğine bizzat kendisi karar verir. Ve uyuşmazlığı hukuken düzenlenmiş bir usûl çerçevesinde çözecek nesnel bir otoritenin yokluğu durumunda, eğer diğer devlet iddia olunan hukuka aykırı eylemi inkâr ederse, hukuku ihlal edilmiş devlet genel uluslararası hukukun cebri eylemiyle, yani misilleme yahut savaşla ihlalci devlete karşılık vermeye yetkilidir. Devlet hukuk sisteminin gelişiminde de çıkış noktası olarak hizmet etmiş olan bu ihkak-ı hak tekniği kolektif ve mutlak sorumluluk ilkelerinin bireysel sorumluluk ve kusur sorumluluğu ilkelerine üstün olmasını vurgular. Hukuka aykırı bir eylemin sonuçları, tekil devletin organı olarak iş gören, kasıtlı olarak yahut ihmaliyle hukuka aykırı eylemin maddi olayının meydana gelmesine neden olan gerçek kişinin doğrudan kendisine yönelmemiştir. Bilakis, sonuç başkalarına, hukuka aykırı eyleme katılmamış ve onu engelleme imkânı olmayan kişilere yönelmiştir. Misilleme ve savaş, eylemleri yahut ihmalleri devlete isnat edilerek uluslararası hukukun ihlali sayılan devlet organlarını vurmaz; misilleme ve savaş 'halk'ı oluşturan insan kitlelerini vurur veya belli bir organı,–modern savaşlarda halk ile orduyu ayırmak mümkün olduğu müddetçe– orduyu vurur.

(c) Uluslararası Hukuk Vasıtasıyla Yükümlülüklerin ve Hakların Dolaylı Yüklenmesi ve Verilmesi

Uluslararası hukuk devletlere yükümlülükler yükler ve haklar verir. Bu, uluslararası hukuk bireylere yükümlülük yüklemez ve hak vermez şeklinde anlaşılmamalıdır —ne ki genellikle böyle anlaşılır. Her türlü hukuk esasen insan davranışını yönetir, hukuki bir yükümlülüğün

de hukuki bir hakkın da içeriği ancak ve ancak bir insan davranışı olabilir (diğer maddi olaylar sadece insan davranışıyla ilişkilendirilebildikleri müddetçe içeriğe dahil olabilir); ve insan davranışı da sadece tekil insanların davranışı olabilir. Uluslararası hukukun devletlere yükümlülükler yüklediği ve haklar verdiğini söylemek basitçe şu anlama gelir: Uluslararası hukuk doğrudan düzenlediği devlet hukuk sistemi aracılığıyla tekil bireylere dolaylı bir şekilde yükümlülükler yükler ve haklar verir (zira 'devlet', herşeyin ötesinde, basit bir kişileştirme ifadesidir). Bir devlete uluslararası hukuk vasıtasıyla yükümlülük yüklemek ve hak vermekle devlet hukuk sistemi vasıtasıyla hukuki bir kişiye yükümlülük yüklemek ve hak vermek aynı niteliğe sahiptir. Devlet bir hukuk kişisidir ve hukuki kişiler olan devletlere yükümlülük yükleyen ve hak veren uluslararası hukukun normları tamamlanmaya ihtiyaç duyan eksik normlardır. Bu normlar, zorunlu olarak içeriklerini oluşturan insan davranışının sübjektif unsurunu değil objektif unsurunu belirlerler. Belirledikleri sadece ne yapılması veya yapılmaması gerektiğidir, kimin –hangi tekil insanın– yapacağı veya yapmayacağı değil. Uluslararası hukuk bu bireyin belirlenmesini devlet hukuk sistemine bırakır. Devletin bu şekildeki yetkilendirilmesi, 'uluslararası hukuk sadece devletlere yükümlülük yükler ve hak verir' veya 'uluslararası hukukun süjeleri sadece devletlerdir' şeklindeki uluslararası hukuk anlayışının yükümlülük yüklemedeki ve hak vermedeki özelliğinin hukuki anlamını tam anlamıyla yansıtmaktadır. Dolayısıyla ifade edilen şey basitçe şudur: Uluslararası hukuk devlet hukuk sistemi aracılığıyla bireylere dolaylı bir şekilde yükümlülük yükler ve hak verir.

Uluslararası hukuk, kural olarak, insan davranışlarını sadece dolaylı bir şekilde kapsarken hem uluslararası genel örf-âdet hukukunda ve uluslararası andlaşmalar hukukunda bu konuda bazı önemli istisnalar bulunuyor. Bazı durumlar var ki, bunlarda uluslararası hukuk doğrudan bireylere yükümlülükler yüklemiş ve haklar vermiştir; yani bir uluslararası hukuk normu sadece ne yapılması veya yapılmaması gerektiğini değil aynı zamanda –doğrudan– hangi bireyin yapması veya yapmaması gerektiğini de belirlemiştir. Öyleyse bu durumlarda bireyler uluslararası hukukun doğrudan süjesi olmuştur. Daha önceden sadece devlet hukuk sistemi tarafından düzenlenen meseleleri de düzenler duruma geldikçe, uluslararası hukuk bireylere doğrudan yükümlülük yükleme ve hak verme eğilimi yönünde gelişim göstermelidir. Aynı zamanda ve aynı ölçüde, bireysel sorumluluk ve kusur sorumluluğu, kolektif sorumluluk ile mutlak sorumluluğun yerini almalıdır. Bu durum, şu an için sadece belirli uluslararası hukuk topluluklarında görülebilen, yani hukuk normlarını yaratacak ve uygulayacak merkezi organların teşekkülüyle yakından ilgili bir gelişme. Tam da devlet hukuk sisteminin evriminde olduğu gibi, böyle bir merkezileşme hüküm verme ile başlar; hedefi uluslararası yargı yetkisinin gelişimidir.

§ 50. Uluslararası Hukuk ile Devlet Hukukunun Birliği

(a) İnceleme Konusunun Birliği: Epistemolojik Postüla

Burada ele alındığı anlamıyla hukuk tekniği çerçevesindeki evrim uluslararası hukuk ile devlet hukuk sistemi arasındaki ayırımı bulanıklaştırma eğilimindedir. Sonuç

itibariyle gittikçe artan merkezileşmeye yönelmiş olarak hukukun fiili gelişimi evrensel bir hukuk topluluğunun örgütsel birliği –yani bir dünya devletinin gelişimi– şeklinde nihai bir amaca sahip gibi görünüyor. Ne var ki halihazırda bir dünya devletinden bahsetmek mümkün değil. Elimizde sadece her türlü hukukun bilişsel birliği mevcut; yani uluslararası hukuku, diğer devlet hukuk sistemleriyle birlikte, nasıl devlet hukuk sistemini bir birlik olarak kabul etmeye alışmışsak, aynı şekilde birlik haline gelmiş normlar sistemi olarak görmek mümkün.

Hukukun tümüyle bilişsel bir birlik olduğu anlayışı, uluslararası hukuk ile devlet hukukunu iki farklı temel norma sahip olmaları nedeniyle birbirlerinden bağımsız ve yalıtık iki farklı norm sistemi olarak görme eğiliminde olan gelenekle ihtilaf halindedir. Fakat bu düalist nitelikteki inşa –ki esasında devlet hukuk sistemlerinin çokluğunu dikkate aldığımızda 'plüralistik' olarak nitelemek daha uygun–, eğer uluslararası hukukun ve devlet hukuk sistemlerinin normları ayrı ayrı aynı ânda geçerli normlar olarak görüleceklerse ve eğer her ikisine ait normlar da hukuk normları olarak kabul edilecekse, salt mantıksal temelde bile savunulabilir değildir. Düalist doktrinin taraftarlarınca bile paylaşılan bu görüş, hukukun tümüyle tek bir sistem içerisinde görülmesinin, kendi içinde bölünmez bir bütün olarak tek bir bakış açısından bakılmasının epistemolojik bir gereklilik olduğunu yansıtır. Hukuki biliş hem uluslararası hukuk olarak nitelenen materyali hem de kendisini devlet hukuku olarak sunan materyali –geçerli hukuk normu kategorisinin içerisinde kavrayabilmek için– hukuk olarak kavradığından, hukuki biliş doğa bilimlerinin kendileri için biçtiği ödevi kendisine verir: nesnesini bir birlik olarak

sunmak. Bu birliğin olumsuz ölçütü, çelişik olmamaktır, yani normlar alanının bilinmesine de uygulanan bir mantık ilkesidir. Bir yandan A içeriğine sahip normun geçerli olduğunu diğer yandan da A-olmayan içeriğine sahip normun da geçerli olduğunu iddia edemeyiz. Karşılıklı olarak birbirlerinin içeriğini dışlayan normların çıkarıldığını ve normun muhatapları açısından tasavvur edildiğini ve bunlara uyulduğunu veya uyulmadığını iddia etmek mümkündür —ve hatta olgulara bakılarak şüphesiz ki böyle iddia etmek gerekir. Doğal olaylara atıf yapan bu ifadede, karşıt iki gücün her ikisinin de etkili olduğunu gözlemlediğimizde vaki olandan daha fazla mantıksal çelişki yoktur. Fakat mantıksal açıdan konuşuyorsak, birbirlerini karşılıklı olarak dışlayan içeriğe sahip iki normun aynı ânda geçerli olduğunu iddia edemeyiz. Yani nasıl ki A ile A-olmayanı aynı ânda iddia edemiyorsak, A olması gerekeni ile A-olmayan olması gerekeninin de aynı ânda geçerli olduğunu iddia edemeyiz. Eğer hukuki biliş içerikleri açısından çelişen hukuk normlarıyla karşılaşacak olursa, bunların anlamlarını yorumlamak suretiyle çelişkiyi bir sözde-çelişki olarak çözümlemek zorundadır. Eğer bunda başarısız olursa, hukuki biliş yorumlanacak olan bu materyalden kurtulmak durumundadır; bu materyal bırakılacaktır zira anlamsızdır ve dolayısıyla da bir anlam alanı olan hukuk evreninde mevcut değildir. Böylece ihdas edilen şey sadece zaten hukuki bilişe içkin olan bir temayüldür, [birliği tesis etmenin lehindeki bir temayül]. Daha önce, yorum sorunu kontekstinde bu süreci resmetmiştik[73].

73 Bkz. §§ 31(h), 35·7.

(b) İki Norm Sistemi Arasındaki Karşılıklı İlişki

Hukukçu, uluslararası hukuku, devlet hukuk sistemi gibi, geçerli veya bağlayıcı normlar kompleksi olarak kabul ettiği ve doğal olayların üst üste yığılması olarak görmediği –veya sadece böyle görmediği– için, bu norm komplekslerini tek bir çelişik olmayan sistem şeklinde düşünmek zorundadır. Birlik oluşturan bir sistem için, ilke olarak, iki ihtimal var. Birinci ihtimalde, görünüşte farkı olan iki norm kompleksi, eğer komplekslerden (veya sistemlerden) biri, geçerliliğinin temelini –ve dolayısıyla da (göreli) temel normunu, yaratılışının temel belirleyicisini– diğer sistemde, yani diğer sistemin bir normunda buluyor ise birleşik bir sistem oluşturur. İkinci ihtimalde ise bu iki sistem, birbirlerinin eşsıralısı, eşdüzeylisi olarak ortaya çıkıyor olabilir —ki esasında bunun anlamı geçerlilik alanları açısından birbirlerinden ayrılmış olmalarıdır. Eşsıralı sistemler üçüncü bir sistemi, daha üst düzeyde bir sistemi gerektirir. Bu üst düzey sistem, geçerlilik alanlarını birbirinden ayırmak ve böylece de herşeyden önce onları birbiriyle eşsıralı kılmak suretiyle her iki sistemin de yaratılmasını düzenler. Daha önceki kontekstlerde söylediklerimizin açıkça ortaya koyduğu gibi[74] geçerlilik alanının belirlenmesi, alt düzey normun geçerlilik alanının üst düzey norm tarafından belirlenmesidir. Norm yaratımı süreci doğrudan yahut dolaylı bir şekilde belirlenebilir. Belirlemenin doğrudan mı dolaylı mı olduğu, üst düzey normun alt düzey normun yaratılma sürecini bizzat belirleyip belirlemediğine veya üst düzey normun kendisini alt düzey normu kendi takdiriyle yaratma gücü verilmiş bir otoriteyi ihdas

74 Bkz. §§ 6, 31(a)-(b).

etmekle sınırlayıp sınırlamadığına dayanır. Bu noktada yetkilendirmeden bahsederiz; birbirine bağlı üst düzey ve alt düzey sistemleri oluşturan birlik, yetkilendirme zinciri niteliğine sahiptir. Bunun sonucu olarak alt düzey sistemlere yetki aktaran üst düzey sistem, bu sistemlerle, kapsayıcı sistemin alt sistemleriyle olan ilişkisiyle aynı nitelikte ilişkiye sahip olmalıdır; yani alt düzey sistemin (göreli) temel normu üst düzey sistemin bir bileşeni olduğundan, alt düzey sistemin kapsayıcı bir sistem olarak üst düzey sistemde içerildiği düşünülebilir. Üst düzey sistemin, kolektif sistemin en üst hiyerarşik düzeyindeki temel normu alt düzey sistemlerin normları da dahil olmak üzere bütün normların geçerliliğinin nihai temelini temsil eder.

Eğer uluslararası hukuk ve devlet hukuku birleşik bir sistem oluşturuyorsa, karşılıklı ilişkileri de bu yoldan birisinde şekillenmek durumundadır.

(c) Monist(/Tekçi) yahut Düalistik(/İkici) İnşa

Saf Hukuk Kuramı açısından sadece epistemolojik bir sonuç olan monistik inşanın karşısına çıkan bir itiraz, her ikisinin de birbirinden bağımsız olmasının sonucu olarak uluslararası hukukun içeriği ile devlet hukuk sisteminin içeriği arasında çözümü mümkün olmayan çelişkilerin ortaya çıkması ihtimalidir. Eğer bu iddia doğruysa, devlet hukuk sistemi ile uluslararası hukukun aynı ânda geçerli iki norm sistemi olduğu, hatta iki devlet hukuk sisteminin aynı ânda geçerli olduğu söylenemeyecektir. Zira birbirinden bağımsız, muhtemelen çelişik iki hukuk sisteminin aynı ânda geçerli olduğunu, ahlak ile ondan

tümüyle bağımsız olan pozitif hukukun aynı ânda geçerli olduğunu iddia etmekten daha fazla savunmak mümkün değildir. Eğer ahlak pozitif hukukla çelişirse, bu durumda pozitif hukukun hükümlerini geçerli normlar olarak işleten hukukçu ahlakı dikkate almayacaktır. Dolayısıyla düalistik inşa yegane geçerli hukuk normları sistemi olarak kendisini tekil bir devletin –ve elbette kişinin kendi devletinin, birliğinin apaçık olduğu varsayılan– hukuk sistemiyle sınırlandırmak durumundadır. Bu durumda diğer devlet hukuk sistemleri ve özellikle de uluslararası hukuk –daha doğrusu bu şekilde nitelenen materyal– geçerli norm kategorisine girmeyecek, dolayısıyla (kişinin kendi devletinin hukuk sistemini herşeyden önce hukuk olarak belirleyen) normativite açısından gerçekten hukuk sayılmayacak, sadece birer olgu olarak görüleceklerdir. Bu, elinden gelenin en iyisini yapmaya çalışarak bir hukuk topluluğunu sadece kendi hukuk topluluğu ve bir hukuk düzenini de sadece kendi topluluğunu kuran sistem olarak gören primitif insanın görüşüdür. Buna paralel olarak bu primitif insan kendi topluluğuna mensup olmayanları hukuksuz 'barbarlar' olarak görür ve eğer onların sistemini bir hukuk sistemi olarak görecek olursa bu sistem kendisininkiyle tür ve değer açısından karşılaştırıldığında kesinlikle hakiki bir 'hukuk' değildir. Bu görüşe göre hakiki bir uluslararası hukuk da olamaz.

Söz konusu görüş günümüzde de tümüyle terkedilmiş değil. Sadece kişinin kendi devletinin düzeninin, sözcüğün gerçek anlamıyla 'hukuk' olduğu düşüncesinde bir ölçüde varlığını devam ettirir. Ve düalistik kuramın da çıkış noktası, kendisi büyük ölçüde farkında olmasa da, budur.

(d) Devlet Hukuk Sisteminin Önceliği

Pratikte sadece uluslararası hukukun değil, kişinin kendi devletinden başka bir devlet hukuk sisteminin de normatif karakterini bir hamlede inkâr etmek neredeyse imkânsızdır. Bu yüzden de düalistik inşa kişinin kendi devletinin hukuk sisteminin dışında kalan komplekslerin hukuki mahiyetini açıklamak için bir kurguya başvurmak zorunda kalır. Bu doktrine göre eğer uluslararası hukuk kişinin kendi devleti açısından bağlayıcı olacak ve kendi devletinin dışındaki devletler kendi devletinin karşısında hukuki bir topluluk olarak kabul edilecekse, kişinin kendi devleti tarafından 'tanınması' gerekir. Bu şekilde hem uluslararası hukukun hem de kişinin kendi devleti dışındaki devletlerin hukuk sistemlerinin geçerliliğinin temeli kişinin kendi devletinin hukuk sistemine, toplumsal evrendeki en üst hukuki varlık olarak kişinin kendi devletinin 'iradesi'ne gömülmüş olur. Bu durumda sadece bir devlet kendi açısından onun bağlayıcılığını kabul ettiği için geçerli olan uluslararası hukuk ne devlet-üstü bir hukuk sistemi ne de kişinin kendi devletinin sisteminden bağımsız, ayrık bir sistem olarak ortaya çıkar. Hatta olan şudur: Uluslararası hukuk bir hukuk olarak ortaya çıkacaksa, bu, kişinin kendi devletinin hukuk sistemine keyfi olarak eklenmiş 'harici devlet hukuku' şeklindeki unsuru olarak mümkün olacaktır. Bu 'harici devlet hukuku', devlet hukuk sisteminin diğer devletlere karşı olan davranışları düzenleyen ve 'tanıma' yoluyla edinilmiş normlarının toplamından ibarettir. Uluslararası hukuka böyle baktığımızda, görünen sanki şudur: Kişinin uluslararası hukuku kabul etmiş olan kendi devletinin hukuk sistemi diğer devletlere, yani diğer topraklardaki hukuk

yaratma otoritelerine yetki vermektedir. Diğer devletlerin toprakları açısından da bağlayıcı olan kişinin kendi devletinin bakış açısından bakıldığında, diğer devletlerin devlet, yani geçerli hukuk sistemleri olarak nitelenebilmesi için kişinin kendi devleti tarafından tanınması gerektiği yönündeki doktrinin teorik anlamı budur. Tanıma doktrini –inşa için çıkış noktası hizmeti veren– bir devlet hukuk sistemini diğer bütün devlet hukuk sistemlerine bağlayan bir yetkilendirme zinciri ihdas eder. Fakat bununla birlikte hukuki bilişe içkin bir temayül de –hatta temayül sahibinin iradesine karşıt bir şekilde– ortaya çıkar ve hukuk dünyasının birliği görüşü yeniden ihdas edilir. Ama bu uluslararası hukuk sisteminin önceliğine değil, devlet hukuk sisteminin önceliğine dayanır.

Sadece kişinin kendi devlet hukuk sisteminin değil, aynı zamanda diğer devlet hukuk sistemlerinin ve özellikle uluslararası hukukun da geçerli hukuk normları olarak kavranması gerekliliği düalistik inşayı, ayrılmaz parçası olan tanıma doktrinine yaslanmak suretiyle kendi kendini yıkmaya zorlar. Ve düalistik inşanın taraftarlarınca bütünüyle ortaya çıkartılmamış olan sonuçları, düalistik görüşün altında yatan siyasal tasarımı açıkça ortaya koyar: Devletin egemenliği nosyonunu, soyut olarak ifade edecek olursak, devletin en üstün hukuki topluluk olduğu nosyonunu muhafaza etmek. Bu egemenlik elbette sadece, düalistik inşanın tamamı açısından bir çıkış noktası olma hizmeti gören, kişinin kendi devletinin egemenliği olabilir. Zira devletin egemenliği –asli, mutlak anlamıyla 'egemenliği'– diğer bir devletin egemenliği ile uzlaşmaz.

Kişinin kendi devletinin hukuk sisteminin önceliği ile sonuçlanan devlet egemenliği dogması, nihayetinde so-

lipsizme dönüşen tümüyle sübjektivist bir görüşe karşılık gelir. Bu görüş tekil bireyi, 'ben'i, dünyanın merkezi olarak görür ve dolayısıyla dünya da, 'ben' tarafından irade ve tasavvur edilen bir şeyden ibaret hale gelir. Bu, radikal devlet sübjektivizmidir. Karşısında, uluslararası hukuk sisteminin önceliğinde ifadesini bulan dünyaya ve hukuka ilişkin özellikle objektivist görüş vardır.

(e) Uluslararası Hukukun İnkarı

Sübjektivizm, kendi 'ben'ini dünyayı kavrarken çıkış noktası yapar. Fakat onu evrene teşmil etmesine rağmen, objektif dünyaya ulaşmak için kendi egemen 'ben'ini aşamaz. Başka bir özneyi, 'ben-olmayan'ı, aynı egemenlik iddiasıyla 'ben' olmayı isteyen 'sen'i, kendi 'ben'i ile karşılaştırılabilir benzer bir varlık olarak kavrama kabiliyetinden yoksundur. Aynı şekilde, kişinin kendi devlet hukuk sisteminin önceliği üzerine bina edilen monistik inşa da eşdüzeyli, eşit düzeyde ve geçerlilik alanları açısından birbirinden hukuken ayrılmış devletler nosyonuyla tamamen uyuşmaz haldedir. (Ve egemenlik dogmasını muhafaza etme eğilimiyle birlikte kendisini tanıma doktrini vasıtasıyla monistik inşaya dönüştüren işte tam da bu düalizmdir.) Devlet hukuk sisteminin önceliği nihayetinde (egemenlik dogması çerçevesinde) sadece diğer devletlerin egemenliğini ve dolayısıyla da onların devletler olarak hukuki varoluşlarını değil, uluslararası hukuku da inkâr etmiş olur.

Bunun anlamı, uluslararası hukukun mahiyetinin, kişinin kendi devletinin hukuk düzenine dahil olduğu anlayışı içerisinde bozunuma uğramasıdır. Zira devlet

hukuk sisteminin sınırları içinde uluslararası hukuk, devletleri eşdüzeyleme, eşit düzeye getirme şeklindeki asli işlevini daha fazla icra edemeyecektir. Kişinin kendi devletinin diğer devletlere karşı hareketlerini düzenleyen normların geçerliliğinin temeli –yani uluslararası hukukun harici devlet hukuku olarak geçerliliği– devletin uluslararası hukuku kabul eden anayasasında bulunur. Bu durumda uluslararası hukukun geçerliliği, en uç durumu düşünecek olursak, bu anayasanın hükümleri uyarınca bir anayasa değişikliği ile ortadan kaldırılabilir demektir. Bununla birlikte böyle bir değişiklikle diğer devletlerin –harici devlet hukuku olarak uluslararası hukuk hükümlerine dayanılarak– tanınmış olması ve dolayısıyla bu devletlerin sadece bu tanımaya dayalı olan hukuki doğaları da kaldırılmış olacaktır. Kişinin kendi devletinin hukuk düzeninin önceliği kuramı nihayetinde başladığı noktaya döner, yani kişinin kendi devletinin hukuk düzenini yegane hukuk olarak gördüğü duruma.

Hukukun verili ideolojik mahiyeti çerçevesinde bazı maddi olayların anlamını hukuk olarak nitelemek (daha önce gösterildiği üzere)[75] zorunlu bir yorumun değil, sadece, temel normun önvarsayımına ihtiyaç duyan olası bir yorumun sonucudur. Öyleyse kavranabilen herşeyin kendisinden çıkarsandığı da dahil olmak üzere sadece kişinin kendi devlet sisteminin hukuk olarak yorumlandığı şeklindeki görüşün teorik olarak mümkün olduğunu kimse inkâr edemez. Ne var ki, kişinin kendi devletinin hukuk sisteminin önceliğinden kaynaklanan sonuçlardan kaçınılması gerektiğine inanan kişi için uluslararası hukuk sisteminin önceliği vazgeçilmez olacaktır.

---

75 Bkz. § 16.

(f) Uluslararası Hukuk ile Devlet Hukuku Arasındaki 'Çelişki'nin Çözülmesi

Düalistik inşada kendisine zorunlu olarak başvurulan kurgu şudur: Uluslararası hukukun tekil bir devlet açısından geçerli olması için uluslararası hukuk bu devlet tarafından tanınmış olmalıdır. Uluslararası hukuk ile devlet hukuku arasındaki bağlantıya dair monistik inşaya karşı getirilen en önemli itirazın cevabı tam da bu kurguda bulunur. İtiraz şöyleydi: Bu ikisi arasında çözülmesi mümkün olmayan olası çelişkiler vardır. Zira nasıl olur da hem uluslararası hukuku tanıyan ve kendisini devlet hukuk sistemi olarak sunan 'irade' aynı olur ama çözülmesi mümkün olmayan çelişkiler var olabilir? Ve bu tip çelişkinin bulunma olasılığı devletin sözde 'irade'sinin normların 'olması gereken'ine ilişkin basit bir antropomorfik ifade olduğu dikkate alınacak olursa çok da şüpheli hale gelir. Üstelik, uluslararası hukuk ile devlet hukuku arasındaki 'çelişki'nin mantıksal çelişkiyle alakası yoktur; bu çelişki, üst düzey norm ile alt düzey norm arasında daha önce belirttiğimiz çatışmanın özel bir halinden başka bir şey değildir[76]. Uluslararası hukuk ile devlet hukuku arasında iddia edilen 'çelişki' –yani devlete ait bir yasanın devletin bir başka devletle yapmış olduğu andlaşmaya aykırı olması– ne devletin normunun ne de uluslararası hukukun normunun geçerliliğini etkileyecektir, aynen devlet hukuk sisteminin içinde bu duruma her yönden benzeyen örneklerin söz konusu sistemin birliğini tartışmaya açmayacağı gibi. Anayasaya aykırı bir yasa dahi, bu yasa nedeniyle anayasanın kaldırıldığını veya değiştirildiğini kabul etmemiz gerekmek-

76 Bkz. § 31(h).

sizin geçerli bir yasadır ve öyle kalmaya da devam eder. Yasaya aykırı bir yargı kararı da geçerli bir normdur ve başka bir yargı kararıyla ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli olmaya devam eder. Yukarıda başka bir kontekstte gösterildiği üzere[77], bir normun başka bir 'norma aykırılığı' üst düzey norm ile alt düzey norm arasındaki mantıksal bir çelişkiye işaret etmez; söz konusu olan, ya alt düzey normun geçerliliğinin kaldırılamaması yahut da bu durumdan sorumlu otoritenin cezai sorumluluğudur. Bu vesileyle 'norma aykırı' bir normun çıkarılmasının bizzat kendisinin hukuk sisteminin kendisine sonuç olarak cebri bir eylem nispet ettiği hukuka aykırı bir eylemin maddi olayı olabileceğini de zikretmemiz gerekiyor. Daha önce söylediklerimizden de açıkça görülebileceği üzere[78] böyle bir hukuka aykırı eylemin maddi olayı dahi onu hukuka aykırı bir eylem olarak ihdas eden normla mantıksal olarak çelişik değildir. Öyleyse hukuka aykırı nitelemesine sahip bir eylem vasıtasıyla geçerli hukuk normları yaratılmasında mantıksal bir problem yoktur. Hukuka aykırı eylemin sonuçları normun çıkarılmasına nispet edilebilir ama bu şekilde çıkarılmış norm yine de geçerli olacaktır. Usûlüne uygun şekilde başka bir hukuki eylemle yürürlükten kaldırıncaya kadar geçerliliğini korumanın yanında, böyle bir usûl takip edilmeksizin sırf bu kusuruna dayanılarak geçersiz kılınması da mümkün olmayacaktır.

Bu, uluslararası hukuk ile devlet hukuku arasında söz konusu olur. Uluslararası hukukun bir devleti belli şekilde eylemde bulunmaya, ve bilhassa da belli bir içerikte norm çıkarmaya zorlaması, basitçe şu anlama

77 Bkz. § 31(h).
78 Bkz. § 14(b).

gelir: Aykırı hareket veya aykırı içerikteki devlet normunun çıkarılması, uluslararası hukukun belli bir yaptırımı –misilleme veya savaşı– hukuka aykırı bir eylemin sonucu olarak nispet ettiği koşuldur. Uluslararası hukuku 'ihlal' etmek suretiyle yaratılan devlet hukuk sisteminin normları uluslararası hukuk açısından dahi geçerli kalmaya devam eder zira uluslararası hukuk devlet hukuk sisteminin 'uluslararası hukuka aykırı' normlarının geçersiz kılınabileceği usûle dair herhangi bir hüküm içermez. Böyle bir olasılık sadece uluslararası hukukun belli alanlarında vardır. Uluslararası hukukun, 'uluslararası hukuka aykırı' olduğu söylenen devlet hukuk sisteminin normlarıyla bağlantısı, öyleyse, –diyelim ki medeni haklar kataloğundaki– müstakbel yasaların içeriğini belirleyen devlet anayasasının medeni hakları ihlal eden ve dolayısıyla anayasaya aykırı yasalarla olan ilişkisiyle aynıdır. Yani, mevcut bir anayasanın –çoğunca olduğu gibi– anayasaya aykırılıkları nedeniyle yasaların yürürlükten kaldırılmasına dair herhangi bir usûl ihdas etmediği, kendisini sadece otoritelerin anayasaya aykırı denilen yasaları çıkarmaktan kişisel olarak sorumlu tutulma olasılıklarıyla sınırladığı durumda söz konusu olan bağlantıyla aynıdır. Devlet hukuk sisteminin içeriği uluslararası hukuk tarafından, anayasa denetiminden yoksun bir anayasanın müstakbel yasaların içeriğini belirlemesiyle, yani içeriğin alternatifler çerçevesinde belirlenmesiyle aynı şekilde belirlenir. Önkayıtlanmış içerikten farklı bir içeriğin ortaya çıkması tümden ihtimal haricinde düşünülmemiştir ve tam da bu diğer içerik ihtimal dışı bırakılmadığından, sadece ikincil bir alternatif olarak bile olsa, ona hukukilik niteliği verilmiştir. Böyle bir normun kaldırılması, bu tip normların –geçerlilikleri konu-

sunda herhangi bir önyargı olmaksızın– hukuka aykırı bir eylemin maddi olayı olarak nitelenmiş olmalarından kaynaklanır. 'Uluslararası hukuka aykırı' olarak nitelenen hukuka aykırı eylem de bu şekilde yaratılan norm da mantıksal olarak uluslararası hukukla çelişmez. Baktığımız bu noktadan, artık, uluslararası hukuk ile devlet hukukunun birliğini varsaymanın önünde herhangi bir mesele kalmamıştır.

(g) Uluslararası Hukuk Düzeninin Önceliği

Bu şekilde anlaşıldığında birlik (uluslararası hukuk ile devlet hukuku birliği) hem negatif hem de pozitif anlamıyla muhafaza edilmiş olur. Negatif anlamda, iki norm kompleksi arasında mantıksal bir çelişki yokluğu çerçevesinde; pozitif anlamda, –özellikle düalistik inşa taraftarlarınca yapılan– devletin veya kişileştirme olmadan ifade edersek devlet hukuk sistemlerinin karşılıklı olarak eşdüzeyli olduğu ve geçerlilik alanları, özellikle de toprakları açısından birbirlerinden hukuken ayrıldıkları varsayımı içerisindedir. Bu varsayım ancak devlet hukuk sistemlerinin üzerinde onları eşdüzeyleyen ve geçerlilik alanları açısından birbirinden ayıran bir hukuk sistemi varsayılırsa mümkün olur. Böyle bir hukuk sistemi ancak uluslararası hukuk sistemi olabilir —ki zaten öyledir. Zira bunlar, pozitif uluslararası hukukun normlarının icra ettiği işlevlerdir.

Daha önce zikredildiği gibi[79], hem teoride hem de pratikte genel uluslararası hukukun bir ilkesi şudur: Gündelik dille ifade edecek olursak, devrimle yahut bir

79 Bkz. § 30(c).

darbe ile iktidara gelen hükümet uluslararası hukuk çerçevesinde meşru kabul edileceğinde dahi bu, çıkardığı normlara sürekli itaati sağlayabilme kapasitesine sahip olmasına bağlıdır. Bunun anlamı gerçekte şudur: Doğrudan uluslararası hukuk altında bulunan cebri bir sistem uluslararası hukuk çerçevesinde, gerçeklik sisteme genel itibariyle uygun ise meşru, bağlayıcı bir hukuk sistemi olarak kabul edilir —ya da başka bir ifadeyle söylersek, ancak bu durumda böyle bir sistemin oluşturduğu topluluk devlet olarak kabul edilir. Bu etkililik ilkesinin, pozitif uluslararası hukukun bu temel ilkesinin, devlet hukuk sistemlerine uygulandığında anlamı, uluslararası hukukun bu sistemleri yetkilendirmiş olduğudur. Belli bir coğrafi alan için sürekli olarak etkili bir sistemi olan norm-çıkaran gücün ihdas edilmesi, pozitif hukuk çerçevesinde, hukuk-yapan bir otoritenin ortaya çıkmasını temsil ediyorsa, bu, uluslararası hukukun bu coğrafi alandaki otoritesini kullanmasındandır. Yani uluslararası hukuk o otoriteye hukuk yapma yetkisi vermiştir. Fakat bununla, uluslararası hukuk aynı zamanda bu şekilde teşekkül etmiş devlet hukuk düzeninin geçerliliğinin zamansal ve mekânsal alanını da belirlemiş olur. Tekil devletin toprağı, ki devlet hukuk sisteminin geçerliliğinin mekânsal alanıdır, –uluslararası hukuk nedeniyle– hukuk sistemi etkili olduğu müddetçe ülkeselliğini devam ettirir. Ve uluslararası hukuk bu geçerliliğin mekânsal alanını, koruma altındaki alanı müdahaleyi hukuka aykırı bir eylem olarak görmekle ve ona özel bir sonuç atfetmekle (misilleme veya savaş) güvence altına alır. Her bir hukuk sistemini diğerinden ayırmak, temel itibariyle –başka münhasır durumların yanında– her bir devlete, ilke olarak sadece kendi toprağında, yani ulus-

lararası hukukun güvence altına aldığı toprakta bir cebir aygıtı olarak görünmeyi içerir. Yahut da, figüratif bir dil kullanmazsak, böyle bir ayırımı şu olguda buluruz: Devlet hukuk sistemi kendine has cebri eylemlerini sadece uluslararası hukukun kendisine verdiği mekânsal geçerlilik alanında ihdas edebilecek ve sadece bu mekânda bu cebri eylemler uluslararası hukuku ihlal etmeden hayata geçirilebilecektir. Bu şekilde çok sayıda devletin yan yana durması, başka bir deyişle çok sayıdaki cebri sistemin yan yana durması hukuken mümkün hale gelir. Fakat uluslararası hukuk sadece mekânsal yan yana oluşu değil zamansal artardalığı da, yani devlet hukuk sistemlerinin zamansal geçerlilik alanını da belirler. Devlet sisteminin hukuki geçerliliğinin başlangıcı ve bitişi, hukuki bir ilke olan etkililiğe dayanır. Bu noktadan bakıldığında devletin doğuşu ve çöküşü –devlet-içi hukuk çerçevesinde hukuk kişisinin başlangıcı ve sona erişi gibi– kendisini hukuki bir fenomen olarak sunar. Ve devlet hukuk sistemlerinin maddi geçerlilik alanı açısından dahi uluslararası hukuk önemlidir. Uluslararası hukukun normları, bilhassa da andlaşma ile yaratılmış olanlar, mümkün nesnelerin tümünü ve hatta devlet hukuk sistemlerinin daha önce düzenleme altına aldıklarını da kapsayabildiğinden uluslararası hukuk bu sistemlerin maddi geçerlilik alanlarını sınırlayabilir. Açıkça söylersek, tekil devletler –uluslararası hukuk altında– ilke olarak herşeyi düzenleme yetkisine sahip olmaya devam ederler, ancak bu durum uluslararası hukuk bir konuyu düzenlemeyi kendisi açısından uygun görmediği müddetçe, yani devlet hukuk sisteminin sınırlanmamış düzenlemesinden çekip çıkarmadıkça devam eder. Öyleyse, eğer uluslararası hukuk devlet üstü bir hukuk sistemi

olarak düşünülecek olursa, devlet hukuk sistemi artık mutlak egemenliğe sahip olmayacaktır. Bununla birlikte sadece uluslararası hukukun sınırlamalarına tâbi bir bütünlük iddiası vardır; yani, devlet hukuk sistemi bidayetinde bazı konuların düzenlenmesi açısından uluslararası hukuk tarafından sınırlanmış değildir, ne ki doğrudan uluslararası hukukun altında olan hukuk sistemleri ve topluluklar, açıkça söyleyecek olursak andlaşmayla yaratılmış hukuk düzenleri ve hukuk toplulukları için aksi geçerlidir.

(h) Uluslararası Hukuk Topluluğu Organı Olarak Devlet

Artık devlet kavramını uluslararası hukuku çıkış noktası yaparak nitelememiz mümkün. Bu durumda devlet, doğrudan uluslararası hukukun altındaki bir alt sistem olarak görece merkezileşmiş bir hukuk düzenidir. Mekânsal ve zamansal geçerlilik alanı uluslararası hukuk tarafından sınırlanmış ve maddi geçerlilik alanı açısından sadece uluslararası hukukun sınırlamalarına tâbi bir bütünlük iddiası vardır.

Tanıdık bir kişileştirmeyle ifade edersek, bu altsistem olarak hukuk sistemi –tekil devlet– uluslararası hukuk topluluğunun bir organı olarak nitelendirilebilir. Tekil devletin uluslararası hukukun yaratılmasına katılımı ancak bu şekilde olur. Bu anlayışın uluslararası hukukun andlaşma yoluyla yaratılması açısından ciddi bir önemi vardır ki, uluslararası hukukun adlaşma yoluyla yaratılması pek çok yazar için halihazırdaki uluslararası hukukun değiştirilmesinin ve geliştirilmesinin yegane yoludur. Söz konusu yazarlar bu görüşlerine uygun bir şekilde hukukun

örf ve âdet yoluyla yaratılmasına dair zımni bir andlaşma kurgularlar. Bu örf ve âdet yoluyla yaratılan hukuk, genel uluslararası hukuku ortaya çıkarır. Bunu ise sırf egemenlik dogmasını devam ettirebilmek için yaparlar ki, böylece uluslararası hukukun geçerliliğinin izini tekil devletin serbest iradesine dek sürebilsinler. Fakat bu inşa kendini kandırmaktan ibarettir. Eğer andlaşma, hukuk-yaratan maddi olay olarak kabul edilirse, andlaşmayla yaratılan norm taraflardan sadece birisi için değil, andlaşmaya katılan ve böylece karşılıklı olarak eşdüzeyde bulunan her iki devlet için de yükümlülükler ve haklar getirir. Esasında bunun anlamı normun, dolaylı da olsa, her iki devletin de organları ve vatandaşları için yükümlülükler ve haklar getirmesidir. Eğer mesele bundan ibaretse, devletin andlaşmasını hukuk-yaratan maddi olay olarak ihdas eden bir normun önceden varsayılmış olması gerekiyor. Bu önceden varsayılmış norm, devlet hukuk sisteminin normu olamaz; olsa olsa devlet hukuk sistemlerinin üzerinde ve herşeyden önemlisi onları eşdüzeyleyen daha üst düzeydeki bir hukuk sisteminin bileşeni olabilir. Zira bir devlet hukuk sistemi normu –veya figüratif dille söylersek tekil devletin iradesi– başka bir devlete, yani başka bir devletin organlarına ve vatandaşlarına yükümlülük yükleyemez ve hak veremez. Eğer devletler birbirleriyle eş düzeydeyseler, sıralamada aynı sıradaysalar, o zaman her bir devlet sadece kendi vatandaşlarına yükümlülük yükleyebilir ve hak verebilir. Devletin yetkisi devlet hukuk sisteminin geçerlilik alanının ötesine ulaşmaz. Ve bir devletin yetkisiyle başka bir devletin yetkisi matematiksel nicelikler gibi üst üste toplanamadığından –daha üst bir sistem yetki vermedikçe– iki devletin bir araya gelip her iki devletin de ülkesinde geçerli olacak, devlet andlaşması ile yaratılan normlar

gibi normlar yaratabilmesi mümkün değildir. Uluslararası hukukun normlarının yaratılması teorik olarak sadece genel uluslararası hukuk bakış açısıyla kavranabilir. Bu bakış açısı söz konusu hukuk yaratımını, devlet andlaşmasını özel biçimde hukuk yaratma metodu olarak nitelemek suretiyle, yani devletleri andlaşmaya uygun bir şekilde davranma yükümlülüğü altına sokarak düzenler. Bu noktadan bakıldığında kendi devletleri için fiilen andlaşma yapan devlet temsilcileri birleşik fakat bütünlük oluşturan bir organ oluşturmuş olurlar, genel uluslararası hukuk tarafından oluşturulmuş devletler topluluğunun bir organını; ve bu organ her iki devletin ortak organı filan da değildir. Uluslararası hukuk, devlet hukuk sistemine hangi bireyin devlet adına andlaşmayla ilgili iradesini dile getireceğini belirleme yetkisi verir ve dolayısıyla da andlaşmayı fiilen yapan devlet temsilcileri, andlaşma normunu yaratan kolektif organın alt organları olarak uluslararası hukuk topluluğunun asli organlarıdır. Bu alt organların her biri sadece ikincil düzeyde kendi devletinin organıdır. Böylece, egemenlik dogmasından etkilenmiş yazarların genellikle vurguladığı gibi uluslararası hukuku andlaşma yoluyla yaratanlar esasında tekil devletler değildir; aksine, –aynen devlet organları eliyle devlet hukukunu yaratanın devlet olması gibi– devletler topluluğu, daha doğrusu, uluslararası hukuk topluluğu da uluslararası hukuku yaratır.

Uluslararası hukukun organı olarak tekil devlet hukuk düzeni sadece bir metafordur. Uluslararası hukuk sistemine ve yapısı yukarıda anlatılan yetkilendirme zincirini oluşturan uluslararası hukuk aracılığıyla bütün diğer devlet hukuk sistemlerine bağlı olan devlet hukuk sistemi yerine kullanılır[80].

80 Bkz. § 50(b), (d).

Bu yetkilendirme zinciri, tümüyle pozitif hukuk anlamında bir evrensel hukuk sisteminin birliğini ihdas eder. Yanlış anlamaya mahal vermemek adına, bu birliğin örgütsel değil sadece bilişsel olduğunu güçlü bir şekilde ve tekrar tekrar vurgulamalıyız. Bu çerçeve içerisinde hukuki varlık olarak tekil devlet, egemenlik dogmasının kısır mutlakçılığından kurtarılmıştır. Saf Hukuk Kuramı devleti görelileştirir. Ve devleti hukukun ara düzeyinde görerek, Saf Kuram, hukuki yapıların kademeli şekilde bir başkasına dönüşen, bütün devletleri kapsayarak, uluslararası hukukun evrensel hukuk topluluğunu devlete katılmış hukuk topluluklarıyla birleştiren devamlı ardışıklığını ortaya koyar.

(i) Saf Hukuk Kuramı ve Dünya Hukukunun Gelişimi

Uluslararası hukuka yönelik emperyalist ideolojinin en büyük aracı olan egemenlik dogmasının teorik olarak çözülüp dağılması, Saf Hukuk Kuramının en önemli başarılarından biridir. Her ne kadar politik bir tasarıyla elde edilmemiş olsa da, bu başarının yine de politik sonuçları var. Zira uluslararası hukukun her teknik gelişiminin, uluslararası hukuk sisteminin gelecekteki merkezileşmesine yönelik her çabanın önünde duran neredeyse aşılamaz gibi görünen bir engeli ortadan kaldırmıştır. Saf Hukuk Kuramı, böyle bir gelişimin uluslararası hukukun mahiyetiyle veya devletin özüyle uyumsuz olduğu şeklindeki tartışma çizgisinin karşısındadır. Bu iddia esasında egemenlik kavramının söylediği varsayılan şeylerle uyumsuzluğu ifade eder. Saf Hukuk Kuramı egemenlik kavramının mahiyeti itibariyle çürütülemez

nitelikteki mantıksal bir argüman görünümündeki –karşılaştırılabilir bir karşı argüman söz konusu olduğunda daima zayıf olan– tamamen siyasal bir argümanı desteklemek üzere kullanılma çabasını tartışmasız gözler önüne serer. Ve tam da siyasal argümanı teşhir etmekle, Saf Hukuk Kuramı hatalı anlayışlarla ket vurulmuş gelişimi, hukuk politikası çerçevesindeki gelişimi kolaylaştırmış olur; onu haklılaştırmadığı gibi talep de etmez. Zira bu, bir kuram olarak Saf Hukuk Kuramının tamamen dışındaki bir meseledir.

Siyasal bir getirisinin olma ihtimali, Saf Kuramın saflığına halel getirmez. Tek başlarına teknik gelişimi mümkün kılan doğa bilimleri dahi bunu kastetmeksizin yapmışlardır —esasında bunu tam da amaçları salt bilişten başka bir şey olmadığı için yaparlar. Bunu aklımızda tutarsak Saf Hukuk Kuramının, devlet kavramını görelileştirmek suretiyle bütün hukukun bilişsel birliğini güvence altına aldığından merkezileşmiş dünya hukuk sisteminin örgütsel birliği için önemsiz olmayan bir varsayım yaratmış olur.

Sunuş

Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson

KELSEN'İN HUKUKBİLİMDEKİ YERİ ÜZERİNE

Amerikalı hukuk kuramcısı Roscoe Pound 1934'te Hans Kelsen'in 'zamanın tartışmasız en önde gelen hukukçusu' olduğunu söylemişti[1]. Çeyrek yüzyıl sonra, İngiliz hukuk felsefecisi H.L.A. Hart, Kelsen'i, 'günümüzün analitik hukukbilim üzerine yazan en tahrik edici yazar'ı olarak tasvir eder[2]. Ve bir çeyrek yüzyıl daha sonra, bu sefer Fin felsefeci ve mantıkçı Georg Henrik von Wright, Kelsen'i Max Weber'le karşılaştırır; bu iki düşünür der, bu yüzyıldaki 'sosyal bilimi... en derinden etkileyen iki kişidir'[3]. Bunun yanında Kelsen'in yapıtını kınayıcı tarzda değerlendiren yazarlar da var. Amerika'da ve İngiltere'de pek çok kişi Saf Hukuk Kuramını 'hayata değil mantığa dair bir çalışma'ya karşılık gelen 'tamamen kı-

1 Roscoe Pound, 'Law and the Science of Law in Recent Theories', *Yale Law Journal*, c. 43 (1933), ss. 525-36, s. 532.

2 H.L.A. Hart, 'Kelsen Visited', *UCLA Law Review*, c. 10 (1962-3), ss. 709-28, s. 728, yeniden yayımı: Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), ss. 283-308, s. 308. (Yazıda Hart, 1961'de Berkeley'de, California Üniversitesi'nde Kelsen'le yaptığı tartışmadaki temaları geliştirir.)

3 Georg Henrik von Wright, 'Is and Ought', *Man, Law and Modern Forms of Life*, ed. Eugenio Bulygin vd. içerisinde (Dordrecht: Reidel, 1985), ss. 263-81, s. 263.

sır' ve 'çorak' bir teşebbüs bularak bir kenara koydu[4]. Almanya'da Weimar döneminde, yani Almanca konuşulan dünyada siyaset ve hukuk hakkındaki tartışmalarda Kelsen'in rolünün en üst düzeyde olduğu bir zamanda, siyasal spektrumun farklı yerlerinden yazarlar Saf Kuramın bir başarısızlık olduğunu söyledi[5].

Bütün bu yazarların üzerinde ittifak ettiği nokta, Kelsen'in esasında hesaplaşılması gereken önemli bir isim olduğudur. Kelsen'in önemini takdir etmek için, eserini, muhatap aldığı gelenek kontekstinde ele almak lazım. Kabul gören görüşe göre, Saf Hukuk Kuramı geleneksel

4 Sırasıyla bkz. C. K. Allen, *Law in the Making*, 7inci baskı (Oxford: Clarendon Press, 1964), s. 57 (Kelsen hakkındaki ifadeler ilk olarak 3. baskıda (1939) yer aldı); Harold J. Laski, *A Grammar of Politics*, 4. baskı (Londra: Allen & Unwin, 1938), s. vi; Karl N. Llewellyn, *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice* (Chicago: University of Chicago Press, 1962), s. 356. Laski anılan ifadelerine rağmen bir bütün olarak bakıldığında kişisel olarak Kelsen'e karşı olumlu bir izlenime sahiptir; 1932 baharında Paris'teki Uluslararası Kamu Hukuku Enstitüsü'ne yaptığı ziyaret hakkında Holmes'e şunları yazar: 'Orada karşılaştıklarım arasında, günümüzün kesinlikle en önde gelen Alman hukukçusu olan Kölnlü Kelsen en ilgi çekici olanıydı. Derin bir felsefî zihin, atik, çevik ve birikimli.' *Holmes-Laski Letters*, ed.: Mack DeWolf Howe, c. ii (Cambridge, Mass.: Harvard UP, 1953), s. 1376.

5 Sağ cenahta Schmitt, Kelsen'in kuramında 'olması gereken' ve normativite nosyonlarının 'ham olgusallık totolojisi tarafından ele geçirildiği'ni söyler; 'bu', der Schmitt, öfkeyle, 'pozitivizmdir'. Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (Münih ve Leipzig: Duncker & Humbolt, 1928), s. 8-9. Sol cenahta ise Hermann Heller şöyle söyler: 'Kelsen'e göre devlet tümüyle hukuka indirgendiğinden ve hukuki süje olarak devlet "süje olarak hukuk"tan başka bir şey olmadığından, Kelsen'in hukuk normları kendi kendilerini yaratmalı ve ayakta tutmalıdır, ki bu da onların pozitiviteden (*Positivität*) yoksun oldukları anlamına gelir. Kelsen'in gizemli "hukukun kendi kendini işletmesi" anlayışı nihayetinde "temel norma, kendi kendini işleten hukuk sisteminin birliğinin temeline" ulaşır. Temel norm, devletin normatif olmayan iradesinin kılık değiştirmiş hali olarak bilindiğinden, Kelsenci hukuk sadece pozitivitesini değil normativitesini de kaybeder.' Henmann Heller, *Staatslehre*, ed.: Gerhart Niemeyer (Leiden: Sijthoff, 1934), s. 198, yeniden yayımı: Heller, *Gesammelte Schriften*, ed.: Martin Drath vd., c. ii (Leiden: Sijthoff, 1971) içinde, ss. 79-395, s. 305. Heller'in ikinci cümledeki Kelsen alıntısının referansı: Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: Springer, 1925, yeniden yayımı: Bad Homburg v. d. Höhe: Max Gehlen, 1966), s. 249.

doğal hukuk kuramıyla keskin bir karşıtlık içerisindedir. Bu elbette doğru; ne var ki, aşağıda önereceğim gibi, bu iki kuram arasında göze çarpandan çok daha fazla bağlantı var[6]. Ve Kelsen'in geleneksel hukuki pozitivizm ile olan ilişkisi hâlâ daha zor bir mesele. Kelsen her fırsatta geleneksel hukuki pozitivizmin bir başka taraftarı olarak etiketlenir[7], ne ki bu yafta bir haksızlıktır, özellikle de kuramının normativist boyutuna. Esasında Saf Kuramı hukuki pozitivistler grubundaki seleflerinin yaptığı çalışmaların büyük bir kısmındaki indirgeyici ve 'doğacı' eğilimden farklı bir yerde konumlandıran tam da bu normativist boyuttur[8]. Bu farklılığın, Kelsen'e gösterilen sıradışı ilgiyi herşeyden çok daha iyi açıkladığı söylenebilir. Bir yandan Saf Kuramın normativist boyutunu ümit verici veya en azından üzerinde düşünülmeyi hak eden bulanlar daha sempatik bir okuma sunarken, diğer yandan onu, onlardan farklıymış gibi yaptığı halde, yobaz hukuki pozitivistlerden daha kötü görenlerden olumsuz hatta düşmanlık dolu tepkiler alır[9].

Saf Kuramın normativist boyutunun anahtarı, bilhassa da 1920lerdeki ve 1930ların başlarındaki çalışmalarında, Kantçı bir argümandır. Argümanı düzgün bir şekilde

---

6 Bkz. aşağıda dipnot 20'ye karşılık gelen metin.

7 R.K. Gooch, 'Bay Kelsen'in esas itibariyle Yeni-Austinci olduğunu söylemek uygun görünüyor' derken yaygın bir görüşü seslendiriyordu. Gooch, Kitap İncelemesi: Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, *Virginia Law Review*, c. 32 (1945-6), ss. 212-15, s. 214.

8 Kelsen; kendisinden, Rudolf Stammler'den ve diğerlerinden bahsederken, 'Kant'ın transandantal felsefesinden' beslenmek suretiyle, 'naif ampirist natüralizmle' savaştıklarını söyler. Kelsen, 'Rechtswissenschaft und Recht', *ZöR*, c. 3 (1922), ss. 103-235, s. 104, yeniden basımı: Fritz Sander ve Hans Kelsen, *Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre*, ed.: Stanley L. Paulson (Aalen: Scientia, 1988) içinde, ss. 279-411, s. 280.

9 Bu ikinci tutum Kelsen'e yönelik Weimar dönemi eleştirilerde yansıtılır (bkz. yuk. dipnot 5).

sunabilmek için, bu sunuşun Birinci Kısmında, hukukbilimsel çatışkı diyeceğim şeyi nasıl inşa ettiğinin ve sonra da çözdüğünün izini süreceğim. Bu çatışkı, hiç şüphesiz, Kelsen'in açıkça geliştirdiği bir tartışmanın yeniden inşasını değil, benim onun stratejisine dair yorumumu temsil ediyor. Sözünü ettiğim çatışkıyı Kelsen'in Saf Kuramının, onu geleneksel doğal hukuk kuramından ve geleneksel hukuki pozitivizmden farklılaştıran tezlerini öne çıkarmanın ve zahiren farklı olan, geleneksel kuramların arasında orta yolda duran kuramını savunmak adına "Kelsen ne söyleyebilirdi"yi bulup çıkarmanın aracı olarak kullanıyorum.

Sunuşun İkincisi Kısmında, Kelsen'in yaptığı açıklamayı, Kantçı argümanını ele alıyorum. Daha açık söyleyecek olursam, Kelsen'in argümanı yeni-Kantçı veya Kant'ın transandantal argümanının 'geriye doğru giden' versiyonudur. Ve yeni-Kantçıların transandantal argümana dair kendi formülasyonlarındaki bilindik sorunların Kelsen'in formülasyonunda da ortaya çıktığını göstereceğim.

KISIM I: HUKUKBİLİMSEL ÇATIŞKI

Kelsen, Saf Hukuk Kuramını hukuki bilişe, hukuk bilgisine dair bir kuram olarak düşünmüştü. Saf Kuramın yegane amacının; konusunun, sadece kendisi olarak hukukun, idrak edilmesi yahut bilinmesi olduğunu tekrar tekrar dile getirir. Münhasıran hukuki bilişe dair bir kuram inşa ederken Kelsen'in özel görevi, hukuk kuramını geçmişte sık sık rayından çıkardığına inandığı 'yabancı unsurları' defetmekti. Hukukçular ve hukukçu bilimin-

sanları, 'yabancı' disiplinlerin –etiğin ve teolojinin, psikolojinin ve biyolojinin– ortasında, karmakarışık bir ağın içinde şaşkına dönmüştü[10]. Ve bu hukuki olmayan alanların içinde hukuki soruların cevaplarını arama macerasına atılarak, esasında bir hayal-i muhalin peşine düşmüş oluyorlardı.

Peki, Kelsen neden hukuk kuramının hukuki sorular için etik, psikoloji ve benzerlerinin yardımına başvurma eğilimini reddeder? 'Yabancı' alanlar olarak isimlendirdiklerine dair söylediklerine biraz daha yakından bakmak açıklayıcı olabilir. 'Hukukun kendine has bilimi' olarak bilinen disiplin, 'bir yandan adalet felsefesinden, diğer yandan da sosyolojiden yahut sosyal gerçekliğin bilinişinden ayrı tutulmalıdır'[11]. Kelsen'in buradaki iması, Batı hukukbilim ve hukuk felsefesi geleneğindeki temel rakip görüşlere yönelik hafif kılık değiştirmiş atıflara karşılık gelir ve hukukun 'saf' kuramının keskin bir biçimde ayırılması gerektiği şeklindeki görüşler, bu geleneksel görüşlerdir. Kelsen aynı düşünceyi biraz daha uzun olarak daha erken bir çalışmasında şöyle dile getirir:

> kuramın saflığı... iki yönden güvence altına alınmalı. Öncelikle hukuku doğanın bir parçası olarak ele almak için nedensel bilimlerin yöntemlerini kullanan 'sosyolojik' bakış açısının iddialarına karşı korunmalıdır. İkincileyin, kuramın saflığı... hukuk kuramını pozitif hukuk normları alanından çıkarıp etik-politik postülaların alanına dahil eden doğal hukuk kuramının iddialarına karşı korunmalıdır[12].

10 Bu kitapta bkz. § 1.

11 Kelsen, 'The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence', *Harvard Law Review*, c. 55 (1941-2), ss. 44-70, s. 44, yeniden basımı: Kelsen, *What is Justice?* (Berkeley: Calif.: University of California Press, 1957), ss. 266-87, 390 (notlar), s. 266.

12 *HP*, 2. baskı (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1923), 'İkinci Baskıya Önsöz', s. v.

Yukarıda alıntılanan metinlerin genelinden çıkarılabilecek üç nokta, Kelsen'in genellikle izlediği stratejiyi gösterir. İlk nokta, tarihseldir. Kelsen, pek çok kişi gibi, Batı hukukbilim ve hukuk felsefesi geleneğini iki temel kuram tipi çerçevesinde anlar: doğal hukuk kuramı ile ampirik, sosyolojik veya 'pozitivist' hukuk kuramı. Doğal hukuk kuramında hukukun zorunlu ahlaki sınırları olduğu düşünülür; ampirik-pozitivist kuramda ise hukuk, olguların yahut doğanın bir parçası olarak görülür.

İlk noktanın üzerine bina edilen ve yukarıda alıntılanan metinlerde dile getirilenin de ötesine giden ikinci nokta, felsefi bir anlam içerir. Gelenekteki pek çok isim doğal hukuk kuramı ile ampirik-pozitivist kuramın hem birbirlerini karşılıklı olarak dışladıklarını hem de olasılıkları ortaklaşa tükettiğini düşünmüştür. Böyle anlaşıldığında, iki kuram tipi üçüncü bir olasılığı imkânsız kılar (*tertium non datur*). Sahte kuramlar –yani bu iki geleneksel kuramdan farklıymış gibi görünmeye çalışanlar– birinden yahut diğerinden sapmış kuramlardır.

Üçüncü nokta, ilki gibi, doğrudan yukarıda alıntılanan metinlerden çıkar: Kelsen, her iki geleneksel kuramı da reddeder. Ne doğal hukuk kuramı ne de ampirik-pozitivist kuram savunulabilirdir. Birincisinin taraftarları hukuku ahlakla, ikincisinin taraftarları ise olguyla karıştırır ve hukukun 'kendine has bir anlamı'[13] olduğunu göremezler.

Eğer ikinci ve üçüncü noktaları birlikte ele alırsak, işler oldukça ilginç bir hal alır. Zira iki geleneksel kuram tipi üçüncü bir kuramı imkânsız kılarak alanı tüketiyor

13 Bkz. bu metinde § 16. Muhtemelen bu anlaşılması zor düşünce hakkındaki en işe yarar yorum Alf Ross'a ait: *Towards a Realistic Jurisprudence*, çev.: Annie I. Fausboll (Kopenhag: Einar Munksgaard, 1946, yeniden basımı: Aalen: Scientia, 1989), s. 39-48.

ise ve biz de her iki kuramın savunulabilir olmadığına inanıyor isek, bir çatışkıyla –benim verdiğim isimle, *hukukbilimsel çatışkı* ile– karşı karşıya kalırız.

Şüphesiz, bir şeyler yapmak gerekiyor. Çatışkı her hamleyi engelliyor ve ileri gidebilmek için mutlaka halledilmesi gerekiyor. Kelsen (aşağıda göreceğimiz gibi) bu çatışkıyı geleneksel kuramların alanı tüketmediklerini göstermek suretiyle çözer. Böylece bu geleneksel kuramlara getirdiği alternatifi –Saf Hukuk Kuramını– takdim edebilecektir. Kuramı, her iki geleneksel kuram tipindeki 'yabancı unsurlar'dan azade olmak anlamında 'saf'tır[14]; ne ahlaki ne de olgusal meselelere dayanır.

14 Kant'ın söylediği şekliyle: 'Yabancı bir şey ile karışmamış her bilgiye arı denir.' *CPR* A11-12 (cümle B'de çıkarılmıştır) {Türkçe çeviri: *Arı Usun Eleştirisi*, s. 51.} 'Saflık' meselesiyle karşı karşıya kalındığında, yani Alman kamu hukukundaki pozitivist gelenek söz konusu olduğunda, Kelsen üzerindeki belki de en doğrudan etki olan Kantçı anlayış apaçık ortadadır. Orada {Alman kamu hukukundaki pozitivist gelenekte} 'saflık', *metodolojik senkretizm*den azade olmak anlamına gelir (Yun. '*synkretismos*', 'birleşim') ve 'metodolojik senkretizm' ifadesi farklı metodların gayri-meşru birleşimine veya kaynaşmasına referans için kullanılır. Georg Jellinek'in belirttiği üzere: 'Eğer doğal süreçlere ve olaylara dair hukukçunun kavram evreni ile objektif evren arasındaki genel farklılığı kavrayabilirseniz, ikinci hakkındaki bilişsel metodun birinciye aktarılmasına izin vermenin mümkün olmadığını da kabul edersiniz. Günümüzün bilimsel teşebbüslerinin kötü alışkanlıkları arasında, metodolojik senkretizm ahlaksızlığı da bulunuyor.' Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. baskı (Tübingen: J. C. B. Mohr, 1905, yeniden yayımı: Aalen: Scientia, 1979), s. 17.

Her ne kadar metodolojik senkretizme bulaşmamış olmak Kelsen'in Alman kamu hukukundaki seleflerinin hepsinin –Carl Friedrich von Gerber, Paul Laban ve Jellinek'in– büyük önem verdiği bir mesele ise de, meşhur olan, Laband'ın 'saf' hukuki metod hakkındaki ifadesidir. Laband hukuk biliminin bir görevinin 'hukuki kurumların inşası' olduğunu söyler. Bunun anlamı, 'bir yandan belli hukuk normlarının (*Rechtssätze*) daha genel kavramlara doğru götürülmesi ve diğer yandan da bu kavramların sonuçlarının çıkarsanmasıdır. Devamla şöyle söyler: 'bu amaca ulaşmak için mantıktan başka hiçbir araç yoktur, mantığın yerine geçebilecek başka bir araç yoktur; bütün tarihsel, siyasal ve felsefi düşünceler –bunlar kendi içlerinde çok değerli olsalar da– [bu soruşturma açısından] önemsizdir ve 'inşacı' çalışmayı bulanıklaştırmaktan başka bir işe yaramaz.' Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, c. i, 2. baskı (Freiburg: J. C. B. Mohr, 1888), s. xi (Laband'ınki gibi inşacı bir çalışmanın kökleri hakkında kısa bir değerlendirme için bkz. Ek I'deki not 7.)

Çatışkının Üretilmesi: Ahlakilik Tezi ve Ayrılabilirlik Tezi

Kelsen'in hukukbilimsel çatışkıya getirdiği çözümün ayrıntılarına geçmeden, çatışkının bizzat kendisine daha yakından bakmamız gerekiyor. Perikles ile Alkibiades arasındaki Ksenophon'un bildirdiği şu diyalog[15], çatışkıyı üreten rakip görüşleri resmediyor:

> Nitekim, anlatılanlara göre, Alkibiades daha yirmi yaşına gelmeden, koruyucusu ve devlet başkanı Perikles ile aralarında yasalar üzerine şöyle bir konuşma geçmiş.
>
> 'Baksana, Perikles, bana yasaların ne olduğunu öğretebilir misin?'
>
> 'Elbette', demiş Perikles.
>
> 'Tanrı aşkına, öğret öyleyse', demiş Alkibiades; 'birtakım kişilerin yasalara uyan insanlardır diye övündüklerini duyduğum için, yasanın ne olduğunu bilmeyen insanın böyle bir övgüyü hakedeceğini sanmıyorum'.
>
> 'Yasanın ne olduğunu bilmek istemen, cevaplanması hiç de zor olmayan bir soru, Alkibiades', demiş Perikles; 'halkın bir araya gelip neyin yapılması, neyin yapılmaması gerektiğini düşünüp belirterek yazdığı şeylerin tümü yasadır'.
>
> 'İyiyi mi, yoksa kötüyü mü yapmak gerektiğini düşünürler?'
>
> 'İyiyi, Zeus hakkı için, delikanlı, kötüyü değil elbette', demiş.
>
> 'Halk değil de, oligarşilerde olduğu gibi, birkaç kişi bir araya gelip ne yapmak gerektiğini yazarsa, bu nedir?'

---

15 Ksenophon'un diyaloğu bir biyografi izlenimi vermiyor; özellikle de diyalogdaki Alkibiades, tarihsel Alkibiades ile karıştırılmamalı. Ör. bkz. Erik Wolf, *Rechtsphilosophie der Sokratik und Rechtsdichtung der alten Komödie, Griechisches Rechtsdenken*'de (Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1954) c. iii, böl. 1, s. 129.

'Devlette egemen olan grubun ne yapmak gerektiğini düşünerek yazdığı şeylerin hepsi yasa diye adlandırılır'.

'Devlete egemen tiran yurttaşlara ne yapmak gerektiğini yazarsa, bu da mı yasadır?'

'Yönetici tiranın yazdığı da yasa diye adlandırılır.'

'Zorbalık ve yasa tanımama nedir, Perikles? Güçlünün zayıfa kendi uygun bulduğu şeyi ikna yoluyla değil, zorla yaptırması değil mi?'

'Doğru', demiş Perikles; 'tiranın ikna etmeden yazdığı şeylerin yasa olduğu sözümü geri alıyorum'.

'Azınlığın çoğunluğu ikna etmeden egemen olarak yazdığı şeylere de zorbalık diyecek miyiz, demeyecek miyiz?'

'Bence, insanın yazarak olsun, yazmadan olsun, karşısındakini ikna etmeden zorlaması yasadan çok zorbalıktır' demiş Perikles.

'O halde, çoğunluğun servet sahibi olanlara egemen olup ikna etmeden yazıya geçirdiği şeyler de yasadan çok zorbalık olmalı, değil mi?'

'Çok doğru Alkibiades', demiş Perikles, 'biz de senin yaşında bu konularda ustaydık: nitekim, bunlarla senin ilgilendiğin gibi ilgilendik ve kafa yorduk'.

Alkibiades de şöyle demiş:

'Ah Perikles, keşke en usta olduğun zamanlarda senin yanında olsaydım!'[16]

16 Xenophon, *Memorabilia*, I. ii., s. 40-46, çev. George C. Calhoun, Calhoun, *Introduction to Greek Legal Science* (Oxford: Clarendon Press, 1944, yeniden basımı: Scientia: Aalen, 1977) içinde, s. 78-80 (bazı değişikliklerle). En yeni çeviri şu: Xenophon, *Conversations of Socrates*, çev. Hugh Tredennick ve Robin Waterfield (Londra: Penguin, 1990), s. 80-1. Diyaloğun çevirisinde dostum Timothy O'Hagan'a tavsiyeleri için teşekkür ederim. [Türkçe çeviri şu kaynaktan aynen alınmıştır: Ksenophon, *Sokrates'ten Anılar*, çev.: Candan Şentuna, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1994, s. 21-22.]

Perikles, diyaloğun başında yasanın[/hukukun] 'halkın bir araya gelip neyin yapılması, neyin yapılmaması gerektiğini düşünüp belirterek *yazdığı şeyler*' *olduğunu söyler*ken oldukça kendinden emin konuşmaktadır. Ne var ki Alkibiades'in keskin sorularından sonra, *bilhassa yasaları* insanlar bir araya gelerek yapmayıp da azınlık veya bir tiran yaptığında, 'yazma'nın veya çıkarmanın yeterli olmadığını söylemek durumunda kalacaktır. Perikles yasanın sadece mevcut güç ilişkilerinin kurumlaşmış ifadesinden ibaret olduğunu söyler gibi görünür; buna karşın Alkibiades Perikles'in çok ileri gittiğini söyler. Perikles de gerçekten ileri gittiğini anlar ve hızlı bir dönüş yapar.

Peki Alkibiades tiranın yaptığı yasının yasa olmadığını neye dayanarak söyler? Cevap nihayetinde ahlak çerçevesinde verilmeli. Yasa, eğer yönetici onu yapma *veya* çıkarma hakkına sahipse meşrudur ve sadece vatandaşların ikna edilmeleriyle bu yönde bir rızaları varsa yönetici yasa yapma hakkına sahiptir. Çağdaş söyleyişle: Yöneticinin, vatandaşların rızası olmadan işlem yapması onların özerkliğini yok saymak anlamına gelir ve özerkliğin önemi ancak ahlaki çerçevede izah edilebilir.

Diyalog, hukukbilimsel çatışkıyı üreten görüşlerin –tezin ve antitezin– resmedilmesine hizmet ediyor. Alkibiades'in görüşü tez'i teşkil ediyor, ben buna *ahlakilik tezi* diyeceğim. Hukukun mahiyetinin, nihayetinde ahlaki çerçevede izah edilebileceği şeklindeki düşünceyi ifade ediyor. Antitezle karşıtlığı dile getirmek adına, ahlakilik tezini, hukuk ile ahlakın ayrılamazlığını savunur.

Hukuk ile ahlakın ayrılabilirliğini iddia eden antitez, *ayrılabilirlik tezi* olarak adlandırılabilir[17]. Perikles'in

17 'Ayrılabilirlik tezi', herşeyin ötesinde, H.L.A. Hart'ın eserini yansıtan standart terminolojidir: Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals',

başlangıçta hukukun güç ifadesinden ibaret olduğunu savunma teşebbüsünün ayrılabilirlik tezinin farklı versiyonlarını yansıttığını söyleyebiliriz. Hukuk ile ahlak arasında derin bağlar olduğunu reddeden kimse yoktur, ama ayrılabilirlik tezi bu bağların kavramsal veya *a priori* karakterde olduğunu kabul etmez. Sözgelimi bir yasa hükmünün hukuki geçerliliği bazı üstün ahlaki kabullere dayanmaz; yasanın hukuki geçerliliği yasa yapımı sürecindeki koşulların yerine getirilmesine dayanır. Dolayısıyla hukukun mahiyetinin ahlaki çerçevede izah edilmesi gerektiği yönündeki iddianın herhangi bir temeli yoktur —veya ayrılabilirlik tezi böyle bir temelin olmadığını söyler.

Ne var ki, hukukbilimsel çatışkı sırf ahlakilik ve ayrılabilirlik tezleri karşı karşıya geldi diye ortaya çıkmaz. Çatışkının kaynağı iki ayaklı bir varsayımdır: Birincisinde, ahlakilik tezi doğal hukuk kuramının ve ayrılabilirlik tezi de ampirik-pozitivist kuramın yerine geçer; ikincisinde ise, bu tezlerin karşı karşıya gelmesi, geleneksel kuramların onlara uygun bir şekilde karşı karşıya gelmesini ifade eder. Eğer varsayım doğru ise, geleneksel kuramlar sadece karşılıklı olarak birbirlerini dışlamakla kalmaz, aynı zamanda bir araya gelerek diğer ihtimalleri de tüketirler. Nihayet, argümandaki en önemli çatışkı doğuran hamleyi unutmamak adına, ne doğal hukuk kuramının ne de ampirik-pozitivist kuramın savunulabilir olduğunu söyleyelim. Kelsen her ikisini de reddeder ve böylece hukukbilimsel çatışkıyla doğrudan karşı karşıya gelir.

Harvard Law Review, c. 71 (1957-8), ss. 593-629, yeniden basımı: Hart, *Essays* (yuk. dipnot 2), ss. 49-87. Ayrılabilirlik teziyle ilgili sorunlar için bkz. David Lyons, 'Moral Aspects of Legal Theory', *Midwest Studies in Philosophy*, c. 7 (1982), s. 223-54; ve Robert Alexy, 'On Necessary Relations between Law and Morality', *Ratio Juris*, c. 2 (1989), ss. 168-84.

Çatışkının Çözülmesi: İndirgemeci Tez ve Normativite Tezi

Kelsen'in hukukbilimsel çatışkıya getirdiği çözüm, burada temel teşkil eden bir gözlemden kaynaklanır. Buna göre geleneksel kuramlar ahlakilik ve ayrılabilirlik tezleri çerçevesinde dile getirildiği halde, esasında hesaba katılması gereken iki değil dört tez vardır. Sadece ahlak ile hukuk arasındaki ilişki çerçevesinde dile getirilen geleneksel okuma, ikinci bir meseleyi, hukuk ile olgu arasındaki ilişki meselesini dikkate almamış olur. Bu ikinci meseleyi bir kez kabul edersek, onun –diğer tezlerle çeşitli şekillerde bir araya gelen– tezleri de doğal hukuk kuramı ve ampirik-pozitivist kuramın bir araya gelerek alanı tükettiği, karşı karşıya gelmelerinin bir çatışkı ortaya çıkarabileceği anlayışının doğru olmadığını gösterecektir.

Hukuk ile olgu arasındaki ilişki meselesinin neye karşılık geldiğini görmek için, onunla ilişkili iki tezi görmemiz gerekiyor. İndirgeyici tez, hukukun nihai olarak olgu temelinde izah edilmesi gerektiğini savunur; kısaca ifade edecek olursak, iddiası, hukuk ile olgunun ayrılamazlığıdır[18]. Bu tezin antitezi, normativite tezidir. Hukuk ile olgunun ayrılabilirliğini savunur[19]. İndirgeyici tez, tanımı itibariyle, ampirik-pozitivist kuramın bir yönünü teşkil eder ve normativite tezi de, açık bir argümandan ziyade imaen, doğal hukuk kuramının bir kısmını yansıtır[20].

18 Kelsen seleflerinin ve çağdaşlarının kahir ekseriyetini indirgeyici olarak yorumlar; bir kısmı gerçekten de açıkça indirgeyici kuramcılardır (ör. Felix Somlo, 'Kıta Avrupası Austin'i' ve bkz. Kelsen, *Das Problem der Souveränität* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1920), s. 31-6), diğerleri ise Kelsen'in eleştirisine göre mahiyeti itibariyle indirgeyici bir kuramı devam ettirmişlerdi (ör. Rudolf Stammler, ve bkz. *HP*, s. 57-63).

19 Kelsen'in genel olarak normativite anlayışı için bu metinde bkz. §§ 8, 16.

20 Bkz. *HP*, s. 7. Kelsen burada zımnen normativite tezi ile geleneksel doğal hu-

Aşağıdaki şema, hukuk ile olgu arasındaki ilişkiye dair tezler hukuk ile ahlak arasındaki ilişkiye dair geleneksel tezlerle birleştiğinde ortaya çıkan olasılıkları, Kelsen'in amaçları çerçevesinde resmediyor.

hukuk ile olgu / hukuk ile ahlak	*normativite tezi* (hukuk ile olgunun ayrılabilirliği)	*indirgeyici tez* (hukuk ile olgunun ayrılamazlığı)
ahlakilik tezi (hukuk ile ahlakın ayrılamazlığı)	doğal hukuk kuramı	
ayrılabilirlik tezi (hukuki ile ahlakın ayrılabilirliği)	Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı	ampirik-pozitivist hukuk kuramı

Dikey sıralanan tezler hukuk ile ahlak arasındaki ilişkileri belirler; yatay sıralananlar ise hukuk ile olgu arasındaki ilişkileri. Geleneksel kuramları ele aldığımızda her birisi iki tez tarafından karakterize edilir. Doğal hukuk kuramı ahlakilik teziyle normativite tezini bir araya getirir. Ampirik-pozitivist kuram ise ayrılabilirlik teziyle indirgeyici tezi bir araya getirir. Peki ya diğer konumlar ne olacak? İşte Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı, ayrılabilirlik tezi ile normativite tezini bir araya getirme çabasıdır. Şemada boş kalan tek bir yer var ve beklenebileceği üzere orayı sahiplenen kimse yok. Zira eğer ahlak, gelenekte olduğu gibi, eleştirel, 'doğacı-olmayan' bir çer-

kuk kuramı arasında bir bağ olduğunu teslim eder; aynı zamanda bkz. Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979). Raz, Kelsen'in doğal hukuk kuramlarını reddetmesine rağmen 'sürekli doğal hukukçu normativite tezini, yani haklılaştırılmış normativite kavramı'nı kullandığını söyler.

çevede yorumlanacak olursa, indirgeyici veya 'doğacı' tezle karşı karşıya gelmesi, kavramsal çelişki anlamına gelecektir.

Şema, Kelsen'in hukukbilimsel çatışkıyı çözmesini resmediyor. İlave tezleri yerli yerine koyduğumuzda, geleneksel kuramların –ahlakilik ve ayrılabilirlik tezlerinin– karşıtlığının hakiki bir çelişki olmadığı açıkça görülüyor. Dört tezin ortaya çıkardığı muhtelif kombinasyonlar var ve karşıt olan, tez çiftlerinin karşıtlığı. İlave tezlerin getirilmesi çatışkıya dair tercihin –yani her ikisi de savunulamaz olan iki tez arasında tercih yapmak zorunda olduğumuz düşüncesinin– doğru olmadığını gösteriyor.

Şemaya Dair Hatalı Yorumlar

Şemayı, Kelsen sanki geleneksel doğal hukuk kuramından ve geleneksel ampirik-pozitivist kuramdan eşit uzaklıktaymış gibi bire bir aynen kabul etmek elbette bizi yanlış yönlendirir. Esasen Kelsen kendisini hukuki pozitivizmin öncüsü olarak görür, ayrılabilirlik tezini büyük bir kararlılıkla savunur ve hukuki pozitivist geleneğe borçlu olduğunu açıkça ifade eder[21]. Ne var ki onun hukuki pozitivizmi farklı bir pozitivizmdir: eski indirgeyici tez yerine, Kelsen bir normativite tezini savunur —ve bunu doğal hukukun ahlakilik tezine başvurmadan yapar. Kısaca, Kelsen'in 'farklı pozitivizmi' geleneğin

21 Bkz. bu kitapta Kelsen'in Önsöz'ü ve § 12. 1925'te de benzer şeyler yazar: 'Kendi çalışmalarımın büyük bir kısmının seleflerim... Karl Freidrich von Gerber, Paul Laband ve Georg Jellinek'e ne kadar büyük oranda dayandığını şu ân, eskisinden çok daha açık bir şekilde görebiliyorum'. Bu isimler, on dokuzuncu yüzyıl Alman kamu hukukundaki pozitivist geleneği teşkil ediyordu. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (yuk. dipnot 5), Önsöz, s. vii.

pozitivistlerince savunulandan farklı tezlerin kombinasyonunun savunulmasına dayanır.

Şema farklı bir şekilde de yanlış yönlendirebilir. Sözgelimi, geleneğin olanaklı hukuk kuramı seçeneklerinin tam bir listesini vermekte yetersiz oluşuna işaret ediyormuş gibi görülebilir. Söz konusu değişkenlere ('A', 'B', 'C' ve 'D') yakın dört tezi önümüze koyar, her bir tezin olası yorumunun peşine düşmekle yetinmez ve bu farklı yorumların mümkün bütün kombinasyonlarını da takip edersek, böyle tastamam bir listenin bulunduğuna dair *prima facie* bir iddiada bulunabiliriz belki[22]. Fakat burada kastedilen böyle bir şey değil.

Benim burada şemadaki dört tezi gündeme getirmekle yaptığım şey, bu tezlerin tarihsel olarak yorumlanışlarına dair Kelsen'in bakışının izini sürmek. Ahlakilik tezine gönderme yapan bir örnek zaten verilmişti: geleneksel doğal hukuk kuramı ahlakiliği 'doğacı olmayan', eleştirel ahlak kuramı çerçevesinde yorumlar. Bu tarihsel yorum, benim buradaki amaçlarım açısından doğrudur, fakat tezin mümkün yorumlarını pek de tüketmiş olmaz.

Her bir tezin şöyle böyle bilindik yorumları altında tezler arasındaki mantıksal bağlar görünür haldedir. Soru şeklinde ifade edilen aşağıdaki bağlantılar özel ilgiyi hak ediyor. Bu sorular, Kelsen'in kendi konumunu geleneksel görüşlerden nasıl ayırt ettiğine dair başka bir bakış imkânı sunuyor.

---

22 'On Necessary Relations between Law and Morality'de (yuk. dipnot 17) Alexy, ayrılabilirlik tezine içkin muğlaklıklar (töz ile usûl arasındaki, gözlemci ile katılımcı arasındaki vb. muğlaklıklar) üzerinde durur ve sayfa 64'te bu muhtemel okumaya ulaşır. Bunların büyük bir kısmının uygulaması olmasa bile, ki Alexy de teslim eder bunu, yaptığı şey tastamamlığa dair *prima facie* iddia hakkında bize bir şeyler söylemiş olur.

(i) Normativite tezi ahlakilik tezinden çıkarsanabilir mi?
Gelenek: Evet
Kelsen: Evet

(ii) Soruyu tersine çevirirsek, ahlakilik tezi normativite tezinden çıkarsanabilir mi?
Gelenek: Evet
Kelsen: Hayır

(iii) Ayrılabilirlik tezi indirgeyici tezden çıkarsanabilir mi?
Gelenek: Evet
Kelsen: Evet

(iv) Soruyu tersine çevirirsek, indirgeyici tez ayrılabilirlik tezinden çıkarsanabilir mi?
Gelenek: Evet
Kelsen: Hayır

Kelsen geleneksel doğal hukuk kuramının ve eski ampirik-pozitivist kuramın karşısındadır. Geleneğe özellikle ikinci ve dördüncü sorularda itiraz eder. Ahlakilik tezinin normativite tezinden çıkarsanabileceğini ve indirgeyici tezin ayrılabilirlik tezinden çıkrasanabileceğini reddetmelidir ki, hukuk ile olgu arasındaki ilişkiye dair tezler, hukuk ile ahlakilik arasındaki ilişkiye dair geleneksel tezlerin üzerine yığılıp kalmasın. Böyle bir üst üste binmenin yıkıcı bir etkisi vardır, zira geleneksel kuramları ahlakilik ve ayrılabilirlik tezleri olarak yeniden karşı karşıya koymuş ve böylece de Kelsen'in, kavramsal olarak geleneğin bu kuramlardan farklı olan yeni bir kuram sunma iddiasının altını oymuş olur.

Başka bir ifadeyle, Kelsen'in (ii) ve (iv)'teki sorulara verdiği cevap başlangıçtaki hipotezini işaret eder, yani

ahlakilik tezi *olmaksızın* normativite tezi ve indirgeyici tezin *olmadığı* ayrılabilirlik tezi. Peki, iddiasını kanıtlayabilir mi? Kendi alternatifini savunurken ahlakilik tezine başvurmayı da indirgeyici teze başvurmayı da reddederek çok zor bir görevi yerine getirmek durumundadır.

KISIM II: KELSEN'İN YENİ-KANTÇI VEYA 'GERİLEYİŞ' ARGÜMANI

Kelsen'in sunduğu alternatif Kantçı veya yeni-Kantçı bir 'orta yol'dur. Kant'ın, Kelsen'in klasik doğal hukuk kuramının bütün kılıklarına sahip olduğunu düşündüğü ahlak veya hukuk felsefesini değil[23], bilgi kuramının kırıntılarını yansıtır[24]. Ve Kelsen'in bir okunuşunda,

23 'Kant gibi, Hıristiyanlığın kılcal damarlarına işlediği bir şahsiyetin metafizikten tümüyle azade olması şüphe yok ki imkânsız bir şey. Onun pratik felsefesinde açıkça görebiliriz bunu; zira Hıristiyan öğretisinin ağırlığının hissedildiği tam da burada bu öğretinin metafiziksel düalizmi Kant'ın bütün bir sistemini işgal eder; hem de kuramsal felsefesinde aynı düalizmle canla başla savaştığı halde. Kant bu noktada, yeterince işaret edildiği üzere, eleştirel idealizm açısından bir çelişki teşkil eden transandantal metodu terk eder. *Transandantal felsefesi aynı zamanda pozitivist bir hukuk ve siyaset felsefesi sağlamaya yönelmiş* Kant, doğal hukuk kuramından çıkamamış bir hukuk filozofu olarak kalmıştır. Esasında *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, on yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda Protestan Kilisesinden çıkarılıp geliştirildiği şekliyle klasik doğal hukuk kuramının neredeyse en mükemmel örneği olarak kabul edilebilir.' *Phil. Fds.*, s. 444-5 (italikler Kelsen'e ait).

24 Ör. bkz. William Ebenstein, *The Pure Theory of Law*, çev.: Charles H. Wilson (Madison, Wis.: University of Wisconsin Press, 1945, yeniden basımı: New York: Rothman, 1969). Ebenstein'in eseri, ikincil literatür içerisinde belki de Kelsen'in Saf Kuramının mevcut en titiz Kantçı yorumunu sunar. Viyana Okulunda, kısa ömürlü de olsa en iddialı Kantçı hukuk bilgisi kuramı Kelsen'den değil Viyana Okulunun haylaz çocuğu Fritz Sander'den çıkmıştır. Sander'in şu çalışması özellikle dikkate değer: Sander, 'Die transzendentale Methode der Rechtphilosophie und der Begriff der Rechtserfahrung', *ZöR*, c. 1 (1919-1920), ss. 468-507, yeniden yayımı: Sander ve Kelsen, *Die Rolle des Neukantianismus* (yuk. dipnot 8), ss. 75-114.

kendisininki ile Kant'ın kuramı arasındaki paralellik dikkat çekicidir. Kant dogmatik rasyonalizm ile şüpheci amprisizmin karşı karşıya getirilmesiyle ortaya çıkan matematiksel çatışkıların ilkini, –soyut bir şekilde varolan– 'kendi başına varolan bir duyular dünyası'[25] anlayışının kendi kendisiyle çelişmek anlamına geldiğini ve dünyanın 'kendi başına' varolmadığını, sadece zihinle ilişkili olarak varolduğunu iddia ederek çözer[26]. Kant bu ikinci görüşü, kendi orta yolunu, *Saf Aklın Eleştirisi*'nde Transandantal Analitik'te geliştirir. Hukuk felsefesindeki orta yolun olanaklılığını göstermek suretiyle Kelsen de, doğal hukuk kuramı ile ampirik-pozitivist kuramın karşı karşıya koyulmasıyla üretilen hukukbilimsel çatışkıyı çözmüş olur. Bir sonraki adımı böyle bir orta yol geliştirmektir ve bunu da Kantçı argümanla yapar.

Eğer Kelsen'in Kantçı argümanı ikna edici ise, normativite tezi ile ayrılabilirlik tezini bir araya getiren orta yolu da geleneksel kuramlara getirilmiş hakiki bir alternatifi temsil eder. Dolayısıyla orta yol adına sunulan Kantçı argüman Kelsen'in teşebbüsünün tamamı için de anahtar hükmündedir.

Transandantal Soru

Kantçı argümanı incelemek için en işe yarar başlangıç noktası, transandantal sorudur. Ortaçağ felsefesinde transandantaller (*unum, bonum, verum*) cins ve tür sınıflandırmasını aşan şeylerin genel özellikleri olarak biliniyordu. Bu gelenekten kökten ayrılan Kant yine

25 *Proleg.* § 52(c), s. 107 [Türkçe çeviride s. 9].
26 Matematiksel çatışkının ilki için genel olarak bkz. *CPR*, A426-38/B454-66, A490-567/B518-95.

'transandantal'i[27] kullanarak terminolojiyi devam ettirir. Kant sözcüğü, 'nesneler ile olmaktan çok *a priori* olanaklı olduğu ölçüde nesnelere ilişkin bilgi türümüz' ile ilgili biliş veya bilgiden bahsederken kullanır[28]. Bilişin imkânının koşullarına işaret eden,–Hegel'in 'barbar bir terminoloji' dediği ve Vaihinger'in ifadesiyle, 'korkunç yanlış yorumlamalara' kapı açan[29]– işte bu Kant'a has 'transandantal' yorumudur. Kant'ın transandantal sorusu, böyle bir bilginin veya bilişin nasıl mümkün olduğudur.

Kelsen bu noktada Kant'ı bilinçli bir şekilde takip ederek kendi transandantal sorusunu ortaya koyar: 'Bilişin nesnesi olarak, bilişsel hukuk biliminin nesnesi olarak, pozitif hukuk nasıl mümkün olabilir?'[30] Kelsen bilişsel hukuk biliminin inşai işlevine destek olacak bir argümanın peşindedir. Hukuk biliminin belli türdeki veriye (irade eylemlerine) yoğunlaşarak ve bunları 'objektif' yorum vasıtasıyla bilerek, ham yasa malzemesinden yeni bir veri inşa ettiğini savunur[31]. Bu şekilde bilinen, 'objektif'

27 Kant'ın 'transandantal' kavramını kabullenişinin yolunu açan tarihsel gelişmelerin seyri için bkz. Norbert Hinske, 'Die historischen Vorlagen der Kantischen Transzendentalphilosophie', *Archiv für Begriffsgeschichte*, c. 12 (1968), ss. 86-113, özellikle s. 89-95.

28 *CPR* B25. [Tırnak içindeki ifadenin çevirisi Türkçe çeviriden aynen alınmıştır: Kant, *Arı Usun Eleştirisi*, s. 53.]

29 G.W.F. Hegel, *Lectures on the History of Philosophy*, çev.: E.S. Haldane ve Frances H. Simson, c. iii (Londra: Kegan Paul, Trench, Trübner, 1896), s. 431; Hans Vaihinger, *Commentar zu Kants Kritik der reinen Vernunft*, c. i (Stuttgart: W. Spemann, 1881, yeniden yayımı: New York: Garland, 1976), s. 467.

30 *Phil. Fds.*, s. 437.

31 Kelsen'in Kantçı alternatifinin, yani bilişsel hukuk biliminin inşai işlevi, hakkında Kelsen'in çağdaşları arasında bir tür konsensüs bulunur. Ör. bkz. Franz Weyr, 'Reine Rechtslehre und Verwaltungsrecht, *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, ed.: Alfred Verdross (Viyana: Springer, 1931, yeniden yayımı: Frankfurt: Sauer & Auvermann, 1967) içinde, ss. 366-89, s. 370-2, 375. Aynı konsensüs günümüz yorumcuları arasında da

olarak yorumlanmış veri koşullu formüle edilmiş veya yeniden inşa edilmiş hukuk normları[32] formunu alır ki, hukuk bilimindeki bilişin hakiki konusu bunlardır.

Transandantal sorusunu gündeme getirirken Kelsen hukuki malzemeyi bilip bilemeyeceğimizi, bazı hukuki önermelerin doğru olup olmadığını sormaz. Böyle bir bilgiye sahip olduğumuzu varsayar ama bu bilgiye nasıl sahip olduğumuzu sorar. Kelsen'in sorusuna has bir aşkınsallığı kullanacak olursak şöyle sorabiliriz: bir şeyin doğru olduğunu bildiğimizde hangi varsayım işlemektedir? Daha özel bir şekilde soracak olursak, ne zaman doğru olamayacağını bilmediğimiz bir önermenin doğru olacağını bildiğimizde işleyen varsayım nedir?

Temel Norm ve Transandantal Argüman

Kelsen'in transandantal soruyu cevaplama çabası, temel norma başvurmaya dayanır[33]. Temel normun arkasındaki düşünce açıkça ortadadır. Bütün çalışmaların-

---

vardır. Ör. bkz. Wolfgang Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtstaat* (Köln: Kiepenheuer & Witsch, 1968, yeniden yayımı: Baden-Baden: Nomos, 1983), s. 27-32. Sorunlar ve konsensüs eksikliği, hukuk biliminin *neden* inşai bir işleve sahipmiş gibi görülmesi gerektiği sorulduğunda ortaya çıkar; bu noktaya aşağıda değineceğim.

32 Bkz. bu kitapta § 11(b).

33 Bkz. *Phil. Fds.*, s. 437. Genel olarak temel norm hakkında bkz. bu kitapta §§ 27-31(a). Temel normun, (aşağıda tartışılacak) Kantçı transandantal yaklaşımdan Alfred Schutz'un ideal tip yorumcu şemalarının inşası için bir ilke olarak temel norm anlayışına, ve ondan Robert Walter'in 'mış gibi' varsayımı yaklaşımına kadar literatürde önerilen yorumları Vaihinger'inkinden farklı değildir. Bkz. Alfred Schutz, *The Phenomenology of the Social World* (1. baskı 1932), çev.: George Wals ve Frederick Lehnert (Evanson, III: Northwestern UP, 1967), s. 246-8; ve Robert Walter, 'Der gegenwartige Stand der Reinen Rechtslehre', *Rechtstheorie*, c. 1 (1970), ss. 69-95, s. 73, 80-3. Temel norm hakkında zengin ve geniş bir değerlendirme için bkz. Horst Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hank Kelsen* (Baden-Baden: Nomos, 1986), s. 42-90.

da Kelsen, 'olan' ile 'olması gereken' arasında sert ve tavizsiz bir ayırımı savunmuştur. Söz konusu ayırıma Heidelberg yeni-Kantçılığının[34] metodolojik düalizminden aşinayız ve Kelsen normativite tezi adı altında Saf Kuramda bu ayırımı savunmuştur. 'Olan' ile 'olması gereken' arasındaki ayırım, sırasıyla, ampirik iddiaların ve hukuk normlarının geçerliliğinin doğruluğu hakkında farklı yöntemler ihdas edilebilmesine işaret eder[35]. Kelsen'in özel ilgisi beklenebileceği üzere ikincisine yönelmiştir. Ona göre, bir hukuk normunun geçerliliği üst düzey norma başvurulmak suretiyle ihdas edilir, ki bu üst düzey normun geçerliliği de yine daha üst düzey bir norma başvuruyla ihdas edilecektir ve bu, hukuk sisteminin en üst düzey normuna, anayasa düzeyine ulaşılıncaya kadar devam eder[36]. Anayasal düzeyin öte-

34 Ör. bkz. Gustav Radbruch, *Legal Philosophy* (1. baskı, 1932), çev. Kurt Wilk, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, Sunuş: Edwin W. Patterson (Cambridge, Mass.: Harvard UP, 1950) içinde, ss. 43-224, s. 53-9.

35 'Olan' ile 'olması gereken' arasındaki ayırımı normativite tezine –metodolojik düalizm tarzında– bağlamak, ayrılabilirlik tezindeki bilindik 'olan' ile 'olması gereken' ayrımını iddia etmek anlamına gelmez. Buna karşın Kelsen her iki tezi de savunur ve 'olan' ile 'olması gereken' arasındaki ayırım, sistematik olarak muğlak bir şekilde, ya hukuk ile olgu arasındaki bağlantı ya da hukuk ile ahlak arasındaki bağlantı hakkındaki konumunu yansıtır. (Bkz. s. 173'teki şema.) Ayrım normativite tezi lehine gündeme getirildiğinde, 'olması gereken', *hukuk normlarına* işaret eder ve 'olan' da olguya karşılık gelir; ayırım ayrılabilirlik tezi adına gündeme getirildiğinde ise 'olması gereken' *ahlak normlarını* işaret eder ve 'olan' da geçerli, yani mevcut hukuk normları anlamına gelir.

36 Bkz. bu kitapta §§ 27-8, 31(a). Hukuki geçerliliği ihdas etmek için normatif bir hiyerarşi içerisinde geriye doğru gitmek, aşina olduğumuz genel bir düşüncedir: ör. bkz. James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence* (Londra: Oxford UP, 1901), s. 505-6 ve H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), s. 103-4. Kelsen *Stufenbau*, yani Viyana Okulundan arkadaşı Adolf Julius Merkl tarafından geliştirildiği şekliyle hukuk sisteminin hiyerarşik yapısı boyunca geriye doğru gider. Merkl'in *Stufenbau* öğretisini geliştirmesi ve bu anlayış hakkındaki çağdaş perspektifler için bkz. *Jurisprudence in Germany and Austria. Selected Modern Themes*, ed.: Stanley L. Paulson (Oxford: Clarendon Press, hazırlanıyor [kitabın yayımlandığına dair herhangi bir kayda ulaşamadık.—TÇN]).

sine, pozitif hukuk normlarının daha da üstündeki düzeye başvuru, *ex hypothesi* {varsayımsal olarak} ihtimal dışı bırakılmıştır. Olgusal meselelere başvuru, normativite tezi tarafından engellenir. Üçüncü bir başvuru yolu, yani ahlakiliğe başvurulması ise ayrılabilirlik teziyle kapanmıştır.

Peki, anayasal düzeydeki normların geçerliliği nasıl ihdas edilecek? Daha ileri bir başvuru ihtiyacı olduğunda, geçerlilikleri sadece *varsayılmak* durumunda. Temel normun –veya, daha açık söylersek, temel normun ortaya çıkmasına neden olan düşüncenin– bu okunuşu Kelsen'in 'en üst düzey norm' veya daha sonradan verdiği isimle 'nihai norm' hakkındaki erken dönem ifadelerinde görülür[37].

Ne var ki mesele, pozitif hukukun en üst düzeyindeki normların neden geçerli olduğu ise, onların geçerli olduğunu varsaymak sadece soruyu yeniden üretir. Kelsen'in ikinci üçüncü dönemlerinde[38], Kantçı ve yeni-Kantçı unsurlar temel norm hakkındaki anlayışını beslerken, yine bu nosyonun tam bir ifadesini sunmuş değildir. Temel norm nosyonu, açıklığa kavuşturulması gereken bir düşüncedir.

Temel normu –ve Kelsen'in genel olarak kuramının yeni-Kantçı ayaklarını– anlama çabasındaki yaklaşımım, temel norma içkin transandantal argümana yoğunlaşmak olacak. Kelsen'in temel normu transandantal soruya karşılık olarak sunduğu yer tam da burası. Bu yaklaşım Kelsen'in (i) temel kategori olarak normatif isnat nosyonunu kullanmasını ve (ii) bu temel kategorinin, mevcut verinin

37 Bkz. Kelsen, 'Reichsgesetz und Landengesetz nach österreichischer Verfasung', *Archiv des öffentlichen Rechts*, c. 32 (1912), ss. 202-45, 390-438, s. 215-20.

38 Kelsen'in çalışmasına dair tastamam bir dönemleştirme mevcut değil. Burada aklımda olan şeye dair, yukarıda, {İngilizceye} Çevirenlerin Önsözü'nün başında söylenenlere bakınız.

varsayılması olarak gösterilmesi için transandantal veya yeni-Kantçı argümanı ilave etmesini içeriyor. Temel norm bu durumda kullanılmakta olan argümanın türüne işaret etmekten başka bir anlama gelmeyen, yardımcı bir pozisyona düşer. Kelsen'in transandantal argümanını ana hatlarıyla çizebilmek için bu iki noktayı kabaca ele alacak, sonrasında transandantal argümanın bazı ayrıntılarına değinecek ve son olarak da bu şekilde yorumlandığında Kelsen'in başarılı olup olmadığını değerlendireceğim.

Kelsen normatif isnat kategorisini, nedensellik kategorisine kıyasen sunar:

> Nasıl ki doğa yasaları bazı maddi olayları neden, diğerlerini de sonuç olarak birbirine bağlar, pozitif yasalar da [temel formlarıyla] hukuki koşulu hukuki sonuca (sözde hukuka aykırı eylemin sonucuna) bağlar. Maddi olayları bağlama tarzı birinci durumda kozalite ise, ikinci durumda isnattır...[39]

Transandantal argümana dair yapacağımız ilk tahmini, ikinci, 'transandantal' öncülüne normatif isnat kategorisini eklediğimiz takdirde şu şekilde dile getirebiliriz:

Argüman I

1. Kişi hukuk normlarını bilmektedir (*verili*).
2. Hukuk normları ancak ve ancak normatif isnat varsayıldığı takdirde bilinebilir (*transandantal öncül*).
3. Öyleyse, normatif isnat kategorisi varsayılmıştır (*transandantal sonuç*).

39 Kelsen, bu kitapta § 11(b).

Kant'a ait transandantal argümanın merkezinde, şüphecinin oynadığı rol bulunur. Buradaki soruşturmamız açısından transandantal argümanın ileriye doğru giden ve geriye doğru giden versiyonları eşit öneme sahiptir. Bu nosyonları kullanabilmemiz için, Kelsen'in kuramına doğru, ilk tahminimizden daha önceye gitmemiz ve argümanın, Kant'ın çabasını yansıtır tarzdaki daha soyut şekilde yapılmış nitelenişine bakmamız gerekiyor.

Transandantal Argümanın Yapısı:[40]
Şüphecinin Rolü, İlerleyici ve Gerileyici Versiyonlar

Transandantal argümanın soyut nitelenişi doğru olarak görülecek *'P'* önermesi ile başlamalıdır. *'P'* ise, bir sonraki ifade olan *'Q'* da doğru olduğu takdirde doğru olabilir. Yani:

Argüman II[41]

1. *P.*
2. *'P'* ancak *Q* ise mümkündür.
3. Öyleyse *Q.*

40 Transandantal argümanla ilgili olarak, büyük bir kısmı Peter Strawson'un çalışmalarına dayanan kayda değer literatüre dayanıyorum. Bkz. Strawson, *Individuals* (Londra: Methuen, 1959), s. 34-6; Strawson, *The Bounds of Sense* (Londra: Methuen, 1966), s. 15-32, 72-4, 85-9, *et passim*. Kısa ve kolay anlaşılır bir değerlendirme için bkz. Ralph C. S. Walker, *Kant* (Londra: Routledge & Kegan Paul, 1978), s. 9-27. Aynı zamanda bkz. *Transcendental Arguments and Science*, ed.: Peter Bieri vd. (Dordrecht: Reidel, 1979); ve *Reading Kant*, ed.: Eva Schaper ve Wilhelm Vossenkuhl (Oxford: Basil Blackwell, 1989). Nihayet, kapsamlı bir deneme için bkz. Reinhold Aschenberg, *Sprachanalyse und Transzendentalphilosophie* (Stuttgart: Klett-Corta, 1982).

41 I ve II nolu argümanlar arasındaki ilişki aşağıda açıklanacak; dipnot 49'daki metne bakınız.

Kant'ın bilgi kuramında '*P*' bilinçte bulunan izlenimlerin, '*Q*' ise –pek çok ara adımdan sonra– uygulanabilir Kantçı kategorinin (çoğunlukla, kozalite kategorisinin) yerine geçer. '*Q*' (argümanın üçüncü satırında) bir kere çıkarsandı mı[42], artık –daha fazla ara adımdan sonra– (Kantçı terminolojiyle ifade edersek, sentetik *a priori* önermeler olarak doğa yasalarını gösteren) diğer çıkarsamalar da yapılabilir. Bu diğer çıkarsamalar argümanda 'R' ile gösterilir. Yani,

4. Öyleyse, '*R*'.

Kant'ın *Saf Aklın Eleştirisi*'ndeki argümanı şüpheciye, özellikle de filozof David Hume'a yanıt olarak kullanılmak üzere gündeme getirilmişti. Normativist hukuk kuramı açısından ise argüman, Kelsen'in bizzat kendisinin dile getirdiği[43], şüpheci olarak anarşistin iddiasına karşı kullanıldı. Eğer sağlam bir argüman ise, Kant'ın argümanın gücü, şüpheciye, kendi görüşünü savunurken esasında bindiği dalı kestiğini göstermesindedir.

---

42 Mantıksal geçerlilik açısından argüman problematik değildir; tek bir ilave satırın –'Eğer *P*, öyleyse '*P*' mümkündür.'– eklenmesiyle argüman, *modus ponens* çıkarım kuralı vasıtasıyla, 3'teki sonuca doğru mükemmelen devam eder. Asıl zorluk öncüllerin mantıksal statüsü, özellikle de Kant'ın kendi versiyonundaki 2 nolu öncül söz konusu olduğunda ortaya çıkar. Bazı yazarlar öncülün analitik olması gerektiğinde ısrar ederken bazısı da sentetik *a priori* olarak anlaşılması gerektiğini söyler. Ör. bkz. Walker, *Kant* (yuk. dipnot 40), s. 18-22. Walker, Wilkerson'un ikinci görüşü savunmasına karşılık birinci görüşün taraftarıdır. Bkz. T. E. Wilkerson, 'Transcendental Arguments', *Philosophical Quarterly*, c. 20 (1970), ss. 200-12 ve Wilkerson, *Kant's Critique of Pure Reason* (Oxford: Clarendon Press, 1976), s. 202-6. Neyse ki bu zor meseleyi burada ihmal edebiliriz, zira Kant'ın kendi transandantal argümanı sağlam olsa bile, karakteristik olarak yeni-Kantçı versiyonun sağlam olmadığını savunuyorum.

43 Bkz. yuk. dipnot 47'de alıntılanan metin. Kelsen anarşisti normativist hukuk kuramının karşısındaki şüpheci olarak açıkça kabul ederken Saf Kuramın şüpheciye verilmiş bir yanıt olarak yorumlanması önerisini de (göreceğimiz gibi) aynı açıklıkla reddeder. Bu husus bir kez dile getirildikten sonra transandantal argümandan geriye kalan bir şey olup olmadığı meselesini aşağıda ele alacağım.

Kant'ın stratejisi argümanın adımlarını şüpheciyi tuzağa düşürecek tarzda hazırlamaktır. Yani ilk öncülde Kant, şüphecinin kendi görüşü için zorunlu kabul edeceği veriyi sunar, fakat şüpheci ilk öncülü kabul eder etmez, uygulanabilir Kantçı kategoriye geçiş kaçınılmaz hale gelir ve şüpheci artık tuzağa yakalanmıştır. İlk öncülü rahatlıkla kabul etmişse de, argümanın geri kalan kısmını kabul etmeyi hiç düşünmemiştir, zira onun şüpheciliğini ortaya çıkaran şey tam da Kantçı kategorinin kendisi, bilhassa da ondan çıkarsanan diğer sonuçlardır. Ross Harrison'ın, şüphecinin düştüğü çıkmaza işaretle belirttiği gibi: 'Eğer şüpheci şüphe ettiği veya inkâr ettiği şeyin doğruluğunu varsaymadan anlamlı herhangi bir şey söyleyemiyorsa susmak ile mağlup olmak arasında bir tercih yapmak durumundadır.' [44]

Transandantal argümanın yapısı açısından anahtar hükmünde olan şeylerden birisi eğer şüphecinin oynadığı rol ise, diğer anahtar da Kant'ın *Prolegomena*'sından aşina olduğumuz, argümanın *geriye doğru giden* ve *ileriye doğru giden* versiyonları arasındaki ayırımdır[45]. Yukarı-

44 Ross Harrison, 'Wie man dem transzendentalen Ich einen Sinn verleiht', çev.: Wolfgang R. Köhler, *Kants transzendentale Dekuktion und die Möglichkeit von Transzendentalphilosophie*, Forum für Philosophie Bad Homburg edisyonu (Frankfurt: Suhrkamp, 1988), ss. 32-50, s. 24-5.

45 Kant şöyle söyler: '[A]nalitik metod... aranılan şeyden –sanki o verilmiş gibi– yola çıkıldığı ve onu olanaklı kılan koşullara kadar inildiği anlamını taşır... [B]elki de [analitik metodu] sintetik ya da *ileriye doğru giden* metoddan ayırmak için *geriye doğru giden* metod diye adlandırmak daha doğru olabilir.' *Proleg.* § 5, s. 31 (dipnot) [Türkçe çeviride s. 25] (İtalikler Kant'a ait). Kant'ın *geriye doğru giden* yöntem hakkındaki ifadesinde 'sanki o verilmiş gibi' kalıbını, bu yöntemin ileriye doğru giden yöntem vasıtasıyla tanıtlanmayı bekleyen bir sorunun dile getirilmesinden ibaret olduğunu söylermişçesine kullanması manidardır. Diğer yandan yeni-Kantçılar, 'bilimin *Faktum*'unu' gerçekten de verili bir şey olarak alırlar (bkz. aşa. dipnot 51'de alıntılanan metin); Kant'ın aksine, geriye doğru giden yöntemi, ileriye doğru giden yöntemden bağımsız bir şekilde kullanırlar.

daki Argüman I, transandantal argümanın geriye doğru giden versiyonunu yansıtır; bu noktaya yeniden döneceğiz. Yukarıdaki Argüman II ise (oldukça sıkıştırılmış bir biçimde de olsa) Kantın veya Kantçı filozofun *Saf Aklın Eleştirisi*'ndeki 'kategorilerin transandantal dedüksiyonu' adına geliştirebileceği argüman türü olan ileriye doğru giden versiyonu yansıtır[46]. İleriye doğru giden versiyon şüphecinin ilk hamledeki rızasını kazanmak için zayıf bir vurguyla başlar, sonrasında ise deneyimin imkânının koşulu olarak kategorilerin uygulanmasını göstermek üzere devam eder. Argümanın ileriye doğru giden versiyonunda hep olduğu gibi, anahtar rolünü oynayan şüphecidir.

46 Kantçı argümana yönelik temkinli bir yaklaşım, tarihsel Kant'ın değil 'Kantçı filozof'un ağzından konuşur. Zira ne Kant'ın 'kategorilerin transandantal dedüksiyonu'na dair bir konsensüs vardır ne de, bu kontekstte, Kant'ın on sekizinci yüzyıldaki *hukuki* bir ifade olan 'dedüksiyon'unun ne anlama geldiği hakkıyla anlaşılabilir; bkz. Dieter Heinrich, 'Kant's Notion of a Deduction and the Methodological Background of the First Critique', *Kant's Transcendental Deductions*, ed.: Eckart Förster (Stanford, Calif.: Stanford UP, 1989) içinde, s. 29-46. Ne var ki Kant'ın argümanını kullanmam sadece onun yeni-Kantçı yorumunu temsil eder (bkz. yuk. dipnot 42); ve bu yorum –yani argümanın nitelik itibariyle geriye doğru gidiyor olduğu– üzerinde bir ölçüde konsensüs bulunmaktadır (bkz. aşa. dipnot 50).

Kelsen ve Transandantal Argümanın İleriye Doğru Giden Versiyonu

Kelsen, benim burada transandantal argümanın ileriye doğru giden versiyonu olarak betimlediğim şeyi izlemediğini açıkça dile getirir:

> Ve Saf Kuram; hukukun varlığının, doğal maddi olguların ve onları yöneten doğa yasalarının varlığının kanıtlandığı gibi kanıtlanamayacağının da farkındadır. Sözgelimi, hukukçuların hukuktan bahsettiği bir yerde herşeyi çıplak güçten başka bir şey olarak görmeyi reddeden kuramsal anarşizm gibi bir düşünceyi etkili argümanlar sunmak suretiyle çürütemezsiniz.[47]

Çeyrek yüzyıl sonra Kelsen aynı meseleye değinir ve aynı şeyleri söyler:

> Hukuka uygun ve uygun olmayan buyruk eylemleri arasında bir ayırım yapabilmek ve kişilerarası ilişkileri, objektif bir şekilde, hukuki ilişkiler, bilhassa da, hukuki ödevler, haklar ve yetkiler olarak yorumlayabilmek için *mutlaka* temel normu varsaymanız gerekir. Bu yine de sadece mümkün bir yorumdur. Temel normun varsayılmasıyla mümkün kılınmıştır ve ona dayanır; zorunlu bir yorum değildir. Kişilerarası ilişkiler güç ilişkilerinden ibaret olarak da, yani nedensellik yasasını izleyerek, nedenler ve sonuçlar olarak da yorumlanabilir.[48]

---

47 Kelsen, bu kitapta § 16; aynı zamanda bkz. § 50(e).

48 Kelsen, 'On the Basis of Legal Validity' (1. baskı, 1960), çev.: Stanley L. Paulson, *American Journal of Jurisprudence*, c. 26 (1981), ss. 178-89, s. 185-6 (italikler Kelsen'e ait). Kelsen'e aynı konudaki diğer atıflar için bkz. Raz, *The Authority of Law* (yuk. dipnot 20), s. 135-8.

Kısaca, Kelsen açıkça şüphecinin normativist hukuk kuramı hakkındaki görüşünü kendi görüşünün alternatifi olarak sunar. Bu sunulan alternatif başka bir normativist kurama karşılık gelmez ve söz konusu veriyi tutarlı kılmak için başka bir araç önerir. Ne var ki, sağlam olduğu takdirde, transandantal argümanın ileriye doğru giden versiyonunun ortadan kaldıracağı şey tam da böyle bir alternatiftir.

Transandantal argümanın geriye doğru giden versiyonu, demek ki, Kelsen'in amaçlarına daha iyi uymaktadır. Ve esasında, eğer Kelsen'in kuramını geriye doğru giden versiyondan destek sağlar şekilde okuyacak olursak, yeni-Kantçı gelenekten yardım alıyoruz demektir (aşağıda bu konuya yeniden değineceğim).

Kelsen ve Transandantal Argümanın Geriye Doğru Giden Versiyonu

Transandantal argümanın geriye doğru giden versiyonu yukarıda, Argüman I'de resmedildi. Onu en iyi, Kantçı filozofun geriye doğru giden versiyonu tersyüz ettiği ileriye doğru giden versiyonla karşılaştırdığımız takdirde anlayabiliriz. Demem o ki, argümanın ileriye doğru giden versiyonunda ikincil sonuç olarak çıkarsanan şey –Argüman II'de '*R*' ile temsil edilir– geriye doğru giden versiyonun başlangıç noktasını oluşturur.

İleriye Doğru Giden Versiyon	*Geriye Doğru Giden Versiyon*
Argüman II (yukarıdakinin yeniden ifadesi):[49]	Argüman III (yukarıdaki Argüman I'den uyarlama):
1. P (mevcut olduğu şekliyle bilinç verisi)	
2. $\Diamond P \supset Q$ (koşul olarak kategori)	
3. Q (sonuç olarak kategori)	
4. R (sonuç olarak çıkarsanan biliş ifadesi) ⟶	1. R (mevcut olduğu şekliyle bilinç verisi)
	2. $\Diamond R \supset Q$ (koşul olarak kategori)
	3. Q (sonuç olarak kategori)

Bilinç verisini verili kabul eden, ileriye doğru giden versiyonun zayıf başlangıç noktasına karşın, zaten bilinen bir şeyi –biliş ifadesi olarak '*R*' ifadesini– verili kabul eden geriye doğru giden versiyonun başlangıç noktası kuvvetlidir. Şüpheci, hiç şüphe yok, buna kesinlikle razı olmayacaktır, zira onun şüpheciliğinin hedefinde tam da böyle bir bilgi vardır. Fakat bu, şüpheciye herhangi bir cevap vermeye çalışmadığını açıkça dile getiren Kelsen'in umurunda değildir.

Transandantal argümanın, Kant'ın *Prolegomena*'sında ileriye doğru giden versiyonun özetlenmiş ifadesi olarak

49 İki argümanda da ikinci satırda '◊' sembolü mümkün olma modal işlemcisi yerine geçer; 'mümkündür ki' ifadesinin yerine kullanılır. Aynı şekilde her bir argümandaki ikinci satırda yer alan '⊃' sembolü 'eğer sadece' ifadesinin yerini alır.

ele alınan geriye doğru giden versiyonu, en önemlisi Marburg Okulu'nun önde gelen ismi olan Hermann Cohen olan yeni-Kantçılar arasında karakteristik bir argüman tarzı olarak ortaya çıktı[50]. Kantçı transandantal metod hakkındaki genel değerlendirmesinde Cohen şunları yazar:

> Eğer... bilişi bilincin formu ve tarzı olarak değil, bilimde kendini ihdas etmiş ve kendini *verili temeller üzerine* ihdas etmeye devam eden bir *Faktum* olarak alırsam, soruşturma artık sübjektif bir olguya yönelmiş olmayacaktır; bundan böyle yöneldiği bir olgudur, kendini *hangi ölçüde* yeniden üretiyor olursa olsun, *yine de* nesnel olarak verili, ilkelerde temellenen bir olgu. Başka bir deyişle, soruşturma biliş sürecine ve aygıtına yönelmemiştir, sonucuna, bilimin kendisine yönelmiştir. Bu durumda apaçık bir soruyla karşılaşırız: bilimin bu olgusu kesinliğini hangi *varsayımdan* alır?[51]

50 Cohen'in Kant yorumunda transandantal argümanın geriye doğru giden versiyonunu ele alışına ilişkin kabul görmüş düşüncesini izliyorum. Cohen'in geriye doğru giden versiyonu kullanımına dair bkz. ör. Rüdiger Bittner, *Transcendental Arguments and Science* (yuk. dipnot 40), s. 32 – Manfred Baum, *ibid.*, s. 1-7'ye cevaben; Wolfgang Carl, 'Kant's First Drafts of the Deduction of the Categories', *Kant's Transcendental Deductions* (yuk. dipnot 46), ss. 3-20, s. 9 10; ve Hans-Georg Gadamer, 'Philosophy or Theory of Science?', Gadamer, *Reason in the Age of Science*, çev.: Frederick G. Lawrence (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1981) içinde, ss. 151-69, s. 151-2. Doğrudan Cohen'in geri doğru giden versiyonu kullanımına odaklanmış tartışma için bkz. Manfred Brelage, *Studien zur Transzendentalphilosophie* (Berlin: de Gruyter, 1965), s. 6-, 87-8; Manfred Baum, 'Transzendentale Methode', *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, c. v (Basle: Schwabe, 1980) içinde, s. 1375-8, yeniden yayımı: Baum, *Deduktion und Beweis in Kants Transzendentalphilosophie* (Königstein: Athenäum, 1986), s. 213-18; Aschenberg, *Transzendentalphilosophie* (yuk. dipnot 40), s. 367-9; ve Geert Edel, *Von der Vernunftkritik zur Erkenntnislogik* (Freiburg: Karl Alber, 1988), s. 86-8, 100-45. Son olarak, Cohen'in bu konudaki Kant yorumunun yeni-Kantçılar tarafından genel itibariyle takip edildiğini de belirtmeliyim. Ör. bkz. Bruno Bach, *Wahrheit, Wert und Wirklichkeit* (Leipzig: Felix Meiner, 1923), s. 360; ve Ernst Cassirer, *The Problem of Knowledge*, çev.: William H. Woglom ve Charles W. Hendel (New Heaven, Conn.: Yale UP, 1950), s. 14.

51 Hermann Cohen, *Das Prinzip der Infinitesimal Methode und seine Ges-*

Cohen, Kant'ın transandantal yöntemi hakkındaki bu ve diğer değerlendirmelerinde[52], argümanın –zaten bilinen deneyimden, bilimin *Faktum*'undan varsayılmış ilke kategorisine doğru– geriye doğru giden tarzda yahut 'geçmişe doğru' işlemesi gerektiğini açıklıkla belirtir. Kelsen de Kant'ın transandantal yöntemini aynı şekilde yorumlar.[53]

Eğer Kelsen'in Argüman I'de gösterildiği şekliyle gerileyici argümanını izleyecek olursak, ikinci problematik öncülden kaynaklanan sorularla karşılaşırız. Kelsen burada hukuk normlarının bilinişi imkânının normatif isnat kategorisinin uygulanmasını varsaydığını iddia eder. Fakat böyle bir iddia, *prima facie* savunulabilirlik imkânına bile sahip midir acaba? Normativite tezi ile ayrılabilirlik tezini bir araya getiren bir hukuk felsefesinde karar kılmanın başka bir yolu yok mudur?

Kelsen'in iddiasını sınamak için ya parçalı bir yaklaşımı tercih edebiliriz yahut da tanıtlayıcı bir argümana başvurabiliriz. Parçalı yaklaşım, yarışan mümkün tüm kuramları önceden tahmin edip tek tek her birinin savunulamaz olduğunu göstermeye çalışma, açıktır ki hiçbir tüketme garantisi vermez. Yaratıcı bir eleştirmen pekala başka bir rakip kuramla karşımıza çıkabilir —veya aynı anlama gelecek şekilde, bu olasılığı göz ardı edemeyiz. Olasılıkları tüketmek, daha ziyade, tanıtlayıcı bir argümanı gerektirir. Gerçi Kantçılar, Kelsen'in normatif isnat

chichte (Berlin: Ferd. Dümmler, 1883, yeniden basımı: Hildesheim: Georg Olms, 1984), s. 5 (italikler Cohen'e ait).

52 Ör. bkz. Cohen, *Kants Begründung der Ethik* (Berlin: Ferd. Dümmler, 1877), s. 24-5; ve Cohen, *Kants Theorie der Erfahrung*, 2. baskı (Berlin: Ferd. Dümmler, 1885), s. 304.

53 Bkz. Kelsen, 'Rechtswissenschaft und Recht', *ZöR*, c. 3 (1922), s. 128, *et passim*, yeniden basımı: Sander ve Kelsen, *Die Rolle des Neukantianismus* (yuk. dipnot 8), s. 304.

kategorisinin, tüm alternatiflerini bir hamlede saf dışı bırakan tanıtlayıcı bir argümanın, transandantal argümanın *ileriye doğru giden* versiyonuna karşılık geleceğini söyleyeceklerdir. Ve –gördüğümüz gibi– Kelsen'in aklında argümanın ileriye doğru giden versiyonu yoktur.

Üstelik eğer Kelsen ileriye doğru giden versiyona doğru zorlanıyorsa, ki şu ânda öyle görünüyor, çok da başarılı olamayacaktır. Transandantal argümanın ileriye doğru giden versiyonunun ilk öncülü, şüpheci kolaylıkla rıza göstersin diye zayıf olmak durumundadır. Biraz daha ayrıntıya girersek, şüpheci, deneyimin sunulmuş herhangi bir yorumundan kolaylıkla vazgeçebileceğinden (çünkü aklında hep alternatif bir yorum vardır), onun rızasını kazanabilmek için, onu tuzağa düşürmeye çalışarak, birinci öncül, yorumlanmış deneyim eşiğinin altındaki veriyi yansıtmalıdır. Fakat bu veriler tam da eşiğin altında olduklarından pek çok farklı yoruma imkân verirler. Ve –hukuki kontekste döndüğümüzde– şüpheciyi normativist yorumu, hele de Kelsen'in önerdiği çizgideki bir normativist yorumu benimsemeye zorlayan hiçbir şey yoktur.

Kısaca, normativist hukuk kuramı hakkında şüphe duyan şüpheci, transandantal argümanın ilk öncülünü, daha fazlasıyla bağlanma taahhüdü vermeksizin, kolaylıkla kabul edebilir. Ve sonrasında ise ilk başta birinci öncülü kabul eden şüphecinin tümüyle 'teslim alınması' için tasarlanmış olan transandantal argüman başarısızlığa uğramak durumundadır.

Kelsen böylece transandantal argümanın her iki versiyonuyla da sorun yaşar. Görmüş olduğumuz gibi, ileriye doğru giden versiyonun çıkış noktası, şüphecinin eleştirisini karşılamada hiçbir yararı dokunmayacak öl-

çüde zayıftır. Transandantal argümanın bu versiyonu, dolayısıyla, hukuk felsefecisi açısından kullanışsızdır. Geriye doğru giden versiyon hukuk felsefecisi için daha uygundur fakat ikinci öncülündeki iddiası çok büyüktür, zira normativist hukuk kuramını desteklemenin tek yolu olarak isnat kategorisini gösterir. Daha açık dile getirecek olursak, ikinci öncül ileriye doğru giden versiyona başvurmadıkça desteklenemeyecek ölçüde büyük bir iddiada bulunmaktadır, ama bu da onu işletemediğimiz ileriye doğru giden versiyona göndermekle bir kısırdöngüye sokar. Kaçınılmaz bir sonuç olarak, transandantal argümanın iki versiyonu da hukuk felsefecisi açısından işe yaramaz.

Kelsen'in ileriye doğru giden versiyonu kullanma niyetinin olmaması, burada daha genel bir sorunun, muhakemeyi geriye doğru giden versiyon sanki ileriye doğru giden versiyondan bağımsız bir şekilde kullanılabilirmiş gibi devam ettirmekten kaynaklanan sorunun, altını çizmekten başka bir anlam taşımaz. Yeni-Kantçıların karakteristiği bir hamle olan bu geriye doğru giden versiyonun bağımsız kullanımı, argümanın transandantal gücünü elinden alır. Zira geriye doğru giden versiyon vaadi, nihayetinde, şüpheciye verilecek bağlayıcı bir yanıttır; fakat bunu ancak, ileriye doğru giden versiyondaki güçlü bir transandantal argümanın yerine geçtiği düşünüldüğü takdirde yapabilmektedir. Bu iki versiyon, yeni-Kantçıların argümanı pek çok alana teşmil etme çabasında olduğu gibi[54], keskin bir şekilde ayrıldı-

54 Bunun bir örneği Georg Simmel'dir. Simmel transandantal soru ile toplumu karşı karşıya koyar ve soruşturmasını (ciddi bir farklılık göstermeksizin) Kant'ın epistemolojisine bağlar; bkz. Simmel, 'How is Society Possible?' (1. baskı 1908), çev.: Kurt H. Wolff, Simmel, *On Indiviuality and Social Forms. Selected Writings*, ed.: Donald N. Levine (Chicago, Ill: University of Chicago Perss, 1971) içinde, ss. 6-22.

ğında, kendine has transandantal unsurunu kaybeder ve geriye doğru giden versiyon olsa olsa bir analiz şeması olarak görülebilir.

KAPANIŞ MÜLAHAZALARI

İki kısa gözlemle bitiriyorum; her ikisi de Kelsen'in Kantçı argümanının incelenmesinden kaynaklanıyor. Birincileyin, transandantal argümanın ileriye doğru giden versiyonundan keskin bir şekilde ayrılmış geriye doğru giden versiyonunun sadece bir analiz şeması haline dönmesi, Kelsen'in Saf Hukuk Kuramının da onunla birlikte çökeceği anlamına gelmez. Bilakis Saf Kuramın yapması gereken şey, diğer normativist hukuk kuramları ile aynı hizada konumlanmak ve kendisini onların tâbi olduğu değerlendirmeye tâbi kılmaktır. Eğer Saf Kuram bu şekilde değerlendirilecek olursa değişecek olan şey, doğal hukuktan arınmış tek mümkün normativist hukuk kuramı olduğu iddiasıdır. Bu iddia –ki işletilmesi mümkün olmayan bir transandantal argümana dayanırmış gibi görünmektedir– terkedilmelidir.

İkincileyin, eğer Saf Kuram diğer normativist hukuk kuramları arasında konumlanır ama Kant'ın ve yeni-Kantçıların esin verdiği transandantal argümanı kullanmazsa, belki en iyi şekliyle *hukuki bir bakış açısı* sunar tarzda görülecektir. Joseph Raz'ın ayrıntılarıyla işlediği bu yaklaşımın[55] H.L.A. Hart'ın kuramıyla dirsek teması bulunduğu gibi, Kelsen'in entelektüel açıdan en çok

55 Bkz. Raz, *The Authority of Law* (yuk. dipnot 20), s. 134-45; ve Raz, 'The Purity of the Pure Theory', *Essays on Kelsen*, ed.: Richard Tur ve William Twining (Oxford: Clarendon Press, 1986) içinde, ss. 78-97.

uyumlu olduğu çevrelerde, Heidelberg veya Güneybatı Yeni-Kantçı Okulu[56] ile Alman kamu hukukundaki pozitivist gelenekte, önemli temsilcileri vardır.

56 Kelsen, sözgelimi, Wilhelm Windelband'ın 'normatif' ve 'nedensel' biliş tarzları arasındaki ayırımı gibi pek çok Heidelberg yeni-Kantçı öğretiyi tevarüs ederek benimsemişti. Bkz. *HP*, s. 4 *et passim*. Ancak Kelsen yeni-Kantçı argümanın Heidelberg versiyonuna kapılmamıştır. Bu husus Heinrich Rickert'e verdiği sert yanıtta açıkça görülür. Bkz. Kelsen, 'Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft', *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, c. 40 (1916), ss. 1181-239, s. 1181-207, yeniden yayımı: *WS I*, ss. 37-93, s. 37-62.

Ek I

İlave Notlar

Bu ilave notlar asıl metne eklediğimiz bazı kısa dipnotların genişletilmiş halidir.

1. 'Hukuk bilimi' ('*Rechtswissenschaft*'), § 1, dipnot 1. Kelsen'in, Saf Hukuk Kuramının *hukukun bilimi* olduğu yönündeki ifadesi, eserlerindeki 'hukuk bilimi' kavramının muğlaklığını ortaya koyar. Kavramı çoğunca pozitif hukuk hakkındaki akademik soruşturma anlamına gelmek üzere kullanır, ancak burada 'hukuk bilimi'nin aynı zamanda Saf Hukuk Kuramını da kapsamına dahil ettiğini söylemekle kavramı hukukun temelini oluşturan genel kuramsal varsayımlara yönelik araştırmayı da içerir şekilde genişletmiş olur. Dar anlamıyla hukuk kuramını kapsamayan hukuk bilimi, geniş anlamıyla onu da kapsar.

Kelsen'in eserlerinde 'hukuk bilimi'nin farklı okunuşlarına dair yardımcı bir tartışma için bkz. J.W. Harris, 'Kelsen and Normative Consistency', *Essays on Kelsen*, ed. Richard Tur ve William Twining (Oxford: Clarendon Press, 1986), ss. 201-28, s. 203-5. Çağdaş hukuk kuramcılarının eserlerinde hukuk bilimi hakkındaki dile dair genel bir tartışma için bkz. Richard E. Suskind, *Expert*

Systems in Law. A Jurisprudential Inquiry (Oxford: Clarendon Press, 1987), s. 75-80. Pek çok yazar hukuk bilimine dair farklı bakış açıları sunar. Ör. bkz. Anders Wedberg, 'Some Problems in the Logical Analysis of Legal Science', *Theoria*, c. 17 (1951), ss. 246-75, (küçük değişikliklerle) yeniden yayımı: *Contemporary Philosophy in Scandinavia*, ed.: Raymond E. Wilson ve Anthony M. Paul (Baltimore: Johns Hopkins Press, 1972), ss. 237-56; R.H.S. Tur, 'The Notion of a Legal Right: A Test Case for Legal Science', *Juridical Review*, c. 21 (1976), ss. 177-88; J.W. Harris, *Law and Legal Science* (Oxford: Clarendon Press, 1979); N.E. Simmonds, *The Decline of Juridical Reason* (Manchester: Manchester UP, 1984), ss. 1-36, s. 82-98; Vittorio Villa, 'Legal Science between Natural and Human Sciences', *Legal Studies*, c. 4 (1984), ss. 243-70; ve Peter Goodrich, *Legal Discourse* (New York: St Martin's Press, 1987), ss. 32-44. Seçkin bir hukuk kuramcısı ve hukuk tarihçisi olan Hermann Kantorowicz'in bakış açısı için bkz. 'Legal Science-A Survey of its Methodology', *Columbia Law Review*, c. 28 (1928), ss. 679-707 (Edwin W. Patterson'ın notlarıyla), ve Kantorowicz, *The Definition of Law*, ed.: A.H. Campbell, A.L. Goodhart'ın sunuşuyla (Cambridge: Cambridge UP, 1958).

'Hukuk bilimi' için kullanılan daha eski bir ifade, Alman hukuk öğretiminin Latince yapıldığı dönemlerden kalma *'Jurisprudenz'* idi (Lat. 'iurisprudentia'). Bazen teknik hukuki mahareti ve yapma-bilgisini vurgulamak üzere zaman zaman kullanılır (Kelsen'in kendi kullanımı için bkz. § 1, dipnot 3'teki metin). Bu maharet ve bilgi, sert 'bilimsel' çağrışımlarıyla birlikte hiç de uygun olmayan bir tarzda *'Rechtswissenschaft'* ile ifade edilir.

Kelsen'in 'hukuk dogmatiği' ile 'genel hukuk kuramı' arasında yaptığı ayırım, kısmen 'hukuk bilimi'nin bu dar ve geniş anlamıyla karşılaştırılabilir. Elinizdeki metinden birkaç yıl önce yayımlanan bir makalesinde şöyle der Kelsen:

> Belli bir hukuk sistemini, mesela Fransız hukukunu veya uluslararası hukuku, sistematik olarak sunuyor olabilirsiniz; belli bir hukuk sistemine ait bir grup normu, sözgelimi İsviçre ceza hukukunu veya Alman borçlar hukukunu, vurguluyor olabilirsiniz; veya tekil bir hukuk kuralını, sözgelimi İsviçre Medeni Kanunu'ndaki temerrüt faizini ele alıyor olabilirsiniz. Bütün bu durumlarda ilgilendiğiniz şey hukuki yorumla ilişki[lendirilebilecek] olan hukuk dogmatiğidir (*Rechtsdogmatik*)...

Kelsen, hukuki bilişe yönelik iki diğer yaklaşımı, hukuk tarihini ve karşılaştırmalı hukuku kısaca betimledikten sonra şöyle der:

> Nihayet... tam da hukukun mahiyetine, farklı zamanlardaki ve farklı yerlerdeki değişen içeriğinden ziyade tipik yapısına yönelik bir soruşturma yapmak da mümkündür. Bu, hukukun genel kuramının (*allgemeine Rechtslehre*), yani belli bir hukuk sistemiyle veya belli hukuk normlarıyla kendini sınırlamayan hukuk kuramının görevidir. Genel hukuk kuramı... hukuk biliminin bütün diğer dalları için kuramsal temel sunar.

Ve ekler:

Saf Hukuk Kuramı ne hukuk dogmatiğidir ne de belli bir hukuk sisteminin yorumudur; ne hukuk tarihidir ne de karşılaştırmalı hukuk. O daha ziyade hukukun genel kuramıdır.

Kelsen, 'The Function of the Pure Theory of Law', *Law. A Century of Progress 1835-1935* içinde, c. ii (New York: New York UP, 1937), ss. 231-71, s. 231-2. (Alıntıladığımız kısım orijinal Almanca metinden kendi çevirimizdir: 'Die Ziele der Reinen Rechtslehre', 1936'da Bratislava'da yayımlandı.)

Yeri gelmişken kitabın başlığındaki '*rechtswissenschaftliche*' sözcüğünü çevirmemizle ilgili birkaç şey söylemeliyiz. Kelsen'in eserindeki tümüyle kuramsal odak, kendi Saf Hukuk Kuramı adına 'bilim' ('*Wissenschaft*') sözcüğünü değil de 'kuram/öğreti' ('*Lehre*') sözcüğünü tercih etmesi ve 'dogmatik'in, 'hukuk bilimi'nin dar anlamından kaynaklanan çağrışımlarıyla ikiye katlanmaktadır ve buraya uymaz —ki bütün bunlar da Kelsen'in '*Einletiung in die rechtswissenschaftliche Problematik*' şeklindeki altbaşlığını, bu kitabın başlığı olarak aldığımız 'Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş' olarak çevirmemizi haklı çıkarır. Birebir lafzi bir çeviri 'hukuk kuramı' yerine 'hukuk bilimi' demeyi gerektiriyordu. (Aynı zamanda bkz. yuk. {İngilizceye} Çevirenlerin Önsözü.)

2. 'Hukuk politikası' ('*Rechtspolitik*'), § 1, dipnot 2. Elinizdeki kitapta Kelsen'in hukuk politikasına bakışı oldukça olumsuzdur. 'Olan' ile 'olması gereken'in, vaz edilmiş ile *de lege ferenda*'nın (veya vaz edilmesi gereken hukukun) birbirine karıştırılmasından yakınır. Bunların ikincisi hukuk politikası başlığı altına girer ki hukuk bilimiyle keskin bir karşıtlık içerisindedir.

Avusturya iktisadında, aynı türden bir karışıklık hakkındaki kaygıya dair aynı ifadenin eşlik ettiği aynı karşıtlığı Carl Menger'in 1883 tarihli kitabında bulmak mümkün. Tarihçi İktisat Okulunu (Karl Knies, Gustav Schmoller) iktisadın tarihsel anlaşılışını kuramsal iktisattan ayıramadığı için eleştiren (ki bu eleştiri on dokuzuncu yüzyılın sonundaki büyük *Methodenstreit*'ın ortaya çıkmasına neden olacaktır) Menger şöyle der:

> Kuramsal iktisadın (*theoretische Nationalökonomie*) mahiyeti ile onun sosyal bilimler içerisindeki konumu hakkında yapılan hatanın aynısı, onu *iktisat politikası* (*Volkswirtschaftspolitik*) ile karıştıranlar tarafından, iktisadi fenomenlerin genel mahiyeti ve birbirleri arasındaki ilişkileri ile ekonominin yönlendirilmesi ve büyütülmesi için işe yarar maksimler bulma bilimi ile karıştıranlar tarafından yapılmaktadır.

Carl Menger, *Investigations into the Method of Social Sciences with Special Reference to Economics*, çev.: Francis J. Nock (New York: New York UP, 1985), s. 46 (italikler Menger'e ait). (Alıntılanan metnin çevirisi bize aittir.)

Menger'in 'işe yarar maksimler' göndermesi, 'hukuk politikası'nı anlamamıza yardımcı olabilir: yani bir amaca yönelik münasip yahut etkili araçları dikkate almak. Kelsen'in hukuk politikasındaki bazı sorunlara ilişkin sürekli varlığını devam ettiren ilgisi bu hususu açıklığa kavuşturur. Verili bir amaç için, diyelim, yasama yetkisinin kullanımının sınırlanması için, en münasip ve etkili araç nedir? 'Anayasanın Koruyucusu Kim Olmalı?' sorusuna ilişkin Carl Schmitt'e verdiği önemli ve provo-

katif cevabında Kelsen merkezi bir anayasa mahkemesine işaret eder. Kelsen'e göre mesele hukuk bilimi sorunu değil hukuk politikası sorunudur. Bkz. Kelsen, 'Wer soll der Hüter der Verfassung sein?', *Die Justiz*, c. 6 (1931), ss. 5-56, yeniden yayımı: *WS II*, 1873-922.

3. 'Beşeri bilimler' ('*Geisteswissenschaften*'), § 8, dipnot 13. '*Geisteswissenschaften*'ı çevirmenin zorluğu, İngilizcede ne '*Wissenschaft*'ın ne de '*Geist*'ın yakın bir karşılığının bulunmasından kaynaklanıyor. '*Wissenschaft*' ile 'bilim' arasındaki kayda değer farklılık, Heidelberg yeni-Kantçılarından Wilhelm Windelband'ın Yunanca '*philosophia*' sözcüğü hakkındaki tespitiyle vurgulanır: 'bugün Almancada "*Wissenschaft*" ile kastettiğimizi tam olarak karşılar, neyse ki "*Wissenschaft*" İngilizce veya Fransızca "*bilim*" sözcüğünden çok daha iyi bir içeriğe sahip'. Windelband, Präludien, 2. baskı (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1903), s. 13. 'Geist' ise, ihtimalleri zikredeceksek eğer, 'tin', 'zihin', 'entelekt', 'ideal' ve hatta 'hayalet' olarak çevrilebilir ve çeviride yarattığı zorluklar herkesin malumu. Kelsen'den yapacağımız aşağıdaki alıntının çevirisi meseleyi aydınlatıyor (bu parça Otto Neurath'ın bir makalesinde Kelsen'den alıntı olarak çevrilmişti):

> [D]evlet, psikolojiden ayrılması gereken özel bir düşünme tarzının nesnesi olarak devlet, ayrık bir gerçekliktir. Doğanın –fiziki-psişik ilişkilerin– alanında değil tinin (*Geist*) alanında ikamet eder.

Neurath, 'Sociology and Physicalism', çev.: Morton Magnus ve Ralph Raico, *Logical Positivism*, ed.: A.J. Ayer

(Glenoce, Ill.: Free Press, 1959), ss. 282-317, s. 307, Kelsen'in *Allgemeine Staatslehre*'sinden alıntı (Berlin: Springer, 1925, yeniden yayımı: Bad Homburg v.d. Höhe: Max Gehlen, 1966), s. 14. Kelsen'in burada kurduğu karşıtlık, *ideal [geist]* olanın alanı ile *doğal* olanın, yani doğanın alanı arasındadır. (Aynı zamanda bkz. § 8, dipnot 12'deki metin)

Windelband'ın Heidelberg'deki halefi Heinrich Rickert, '*Geisteswissenschaft*' kavramının ruhi çağrışımlarla yüklü olduğunu ve bunun karışıklığa yol açtığını söyleyerek onun yerine 'kültür bilimi' ('*Kulturwissenschaft*') kavramını kullanmayı önermiştir. Bkz. Rickert, *Science and History* (1. baskı 1899), çev.: George Reisman (Princeton, NJ: D. Van Nostrand, 1962), s. xiv-xv, 11, 22-3, 80-103, *et passim*. Kelsen'e göre Rickert'in verdiği ilaç hastalığın kendisinden de beterdir; Rickert'in kültür bilimi anlayışı, der Kelsen, fiziksel yahut açıklayıcı bilimler alanının içerisindeki başka bir ayırıma işaret eder ve böylece fizik bilimleri ile beşeri bilimler veya *Geisteswisseschaften* arasındaki ayırıma dair soruyu yanıtsız bırakır. Kelsen'in sözleriyle:

> Rickert'in yeni bir bilimler sisteminin temeli için kullanmak üzere doğa ile kültür arasındaki karşıtlığı sonuçlandırmak için büyük bir inatla çalıştığı malum. Doğa bilimi ve kültür bilimi şeklindeki bölümleme, ne var ki, sadece fiziksel veya açıklayıcı bilimlere uygulanabilir. Doğa bilimi ve kültür bilimi, kendilerini ayıran farklı biliş nesnelerinin ve farklı metodlarının varlığına rağmen, aynı zemin üzerinde durur: gerçekliğin nedensel açıklanışı.

Kelsen, 'Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft', *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkwirtschaft im Deutschen Reiche*, c. 40 (1916), ss. 1181-239, s. 1184, yeniden yayımı: *WS I*, ss. 37-93, s. 40.

Bununla birlikte Kelsen de *Geisteswissenschaft* anlayışından hiçbir zaman tatmin olmamıştır ve kavrama nadiren başvurur. (*'Geisteswissenschaft'*ı bu kitapta § 8'de kullanışı da bu nadir ânlardan biridir.) Onun tercihi *normatif bilimler* ile *doğa bilimleri* ayırımından yanadır:

> 'Olan' ile 'olması gereken' karşıtlığı ilke olarak bütün bilimlerdeki ayırım açısından belirleyicidir... *Açıklayıcı* ve *normatif* disiplinler, nedensellik bilimleri ve norm bilimleri, şeklindeki bölümleme 'olan' ile 'olması gereken' karşıtlığına dayanır. Bu disiplinlerden birisi fiilen verili olana, 'olan' dünyasına, *gerçekliğe* yönelmişken diğeri dikkatini 'olması gereken'in dünyasına, *ideal olana* yöneltir.

Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1911), s. 10-11, yeniden yayımı: *WS I*, ss. 3-36, s. 8-9 (italikler Kelsen'e ait). Sırasıyla *gerçek* ve *ideal* alanlara yönelmiş olan doğa bilimleri ile normatif bilimleri ilke olarak birbirinden ayırmada belirleyici bir özelliğe sahip olan 'olan' ile 'olması gereken' ayırımını içeren bu ifade, Kelsen'in erken dönem çalışmalarının karakteristiğini yansıtır. 'Gerçek'-'ideal' dikotomisinin bir kaynağı, Windelband'dır: Windelband, *Präludien*, op. cit. 257; karş. Kelsen *HP 4* (Windelband'ı iktibas ederek).

4. 'Hukuk ideası' (*'Rechtsidee'*), § 10 dipnot 18. Aynı zamanda bkz. § 13. Almanca literatürde 'hukuk ideası' çoğunlukla 'adalet'le eşanlamlı kullanılır. Dolayısıyla Julius Binder de hukuk ideasını, Kant'ın *Introduction to Rechtlehre*'sinin B kesiminin sonunda yer alan adalet hakkındaki sözlerini alıntılayarak açıklar. Bkz. Binder, *Philosophie des Rechts*, 1. baskı (Berlin: Georg Stilke, 1925, yeniden yayımı: Aalen: Scientia, 1967), s. 257.

İkinci ve ilişkili bir yaklaşım, 'hukuk ideası'nı doğal hukuk kuramının bir başka etiketi olarak ele almaktır. Karl Bergbohm, sözgelimi, 'hukuk ideası' ifadesini kullanmanın 'doğal hukukun çekingen bir versiyonunu maskeleme' teşebbüsü olduğunu söyleyerek ifadeyi reddeder. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (Leipzig: Duncker & Humbolt, 1892, yeniden yayımı: Glashütten im Taunu: Detlev Auvermann 1973), s. 295.

Etkili bir modern gelişme, Gustav Radbruch'un argümanıdır. Radbruch'a göre, hukuk ideasını adalet çerçevesinde izah etmek, bir dereceye kadar iyi de olsa, eksiktir. Bilindik bir muhakemesi vardır. 'Hiç şüphe yok, adalet aynı durumda olanlara aynı şekilde ve farklı olanlara farklılıklarını dikkate alarak muamele etmeyi gerektirir, fakat kimin benzer, kimin farklı olduğu ve onlara nasıl muamele etmek gerektiği sorularını yanıtsız bırakır.' Radbruch, *Legal Philosophy* (1. baskı 1932), çev.: Kurt Wilk, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, Edwin W. Patterson'ın takdimiyle (Cambridge, Mass.: Harvard UP, 1950), s. 90-1. Hukuk ideası ikinci bir unsur, amaç unsuru, olmadığı takdirde nakıstır. Radbruch'un zihninde hukuki yorum sürecinde ortaya çıkacak amaç ifadeleri yoktur. 'Ampirik-üstü amaç ideası', 'toplum

hayatının nihai hedefi' dediği şeyin peşindedir —yani 'bireyci' hukuk görüşü içerisindeki özgürlüğün, 'bireycilik-üstü' görüşteki ulusun ve 'kişi-ötesi' görüşteki kültürün. Ampirik-üstü amaç hayata yahut *Lebenschauung*'a bakışı yansıtır ve formel adalet şeması içindeki değişkenler için değer sağlar. Nihayet, hukuk ideasının üçüncü unsuru, hukuki belirlilik, çoğunlukla adalet ile kavgalıdır. Sonuç, hukuk ideasındaki dahili gerilimdir —Radbruch çatışkılardan bahseder (bkz. *ibid.*, s. 108-12).

5. 'Yeniden inşa edilmiş hukuk normu' ('*Rechtssatz*'), § 11(b), dipnot 20. 'Yeniden inşa edilmiş hukuk normu', 'pozitif yasaların temel formu' (bkz. § 11(b), dipnot 21'deki metin) ve 'asli formundaki hukuk normu' (bkz. 14(b), dipnot 25'teki metin); bütün bunlar Kelsen'in hukuk normunun 'ideal formu'na dair sorun hakkında bu kitapta verdiği cevabı yansıtan ifadelerdir:

> Hukuk normunun bir emperatif yargı olarak mı yoksa hipotetik bir yargı [belli bir davranışa iliştirilmiş bir yaptırım] olarak mı görüleceği meselesi hukuk normunun *ideal* linguistik formu meselesi veya daha ziyade objektif hukukun mahiyetine dair bir sorundur. Somut hukuk sistemlerindeki uygulamada kullanılan anlam ise sorunun halli açısından alakasızdır. Hukuk normu (ideal formundaki hukuk normu) yazılı hukuk kurallarının içeriğiyle inşa edilmek durumundadır ve bu inşa için ihtiyaç duyulan bileşenler tek bir ve aynı yazılı hukuk kuralında bulunmayacak, farklı yazılı hukuk kuralından toplanıp bir araya getirilecektir.

HP s. 237 (italikler Kelsen'e ait).

Kelsen hukuk normunun 'ideal formu'nu, hukuk normları ile ahlak normlarını birbirinden ayırma çabasının parçası olarak soruşturur. Daha önceki kuramcılar hukuk normlarının da ahlak normlarıyla aynı emperatif forma sahip olduğunu iddia etmişlerdi. Kelsen bu görüşün yanlış olduğunu ve hukuk ile ahlak hakkında genel kafa karışıklığının kaynağını teşkil ettiğini söyler.

Eski çalışmalarında Kelsen'in savunduğu 'ideal form' kuramında, hukuki süjeye yöneltilen 'X'i yap!' emperatifi[/buyruğu], resmi görevliye yöneltilen 'Eğer X yapılmazsa şu yaptırım uygulanmalıdır' şeklindeki hipotetik yargıyla zorunlu olarak bağlantılıdır. (Bkz. *HP*, s. 235-6). Elinizdeki kitapta ise emperatif 'ikincil norm' haline gelir; hipotetik yargıya, 'asli formundaki hukuk normu'na nispetle ikincildir. (Bkz. § 14(b).) Ve Kelsen'in '*Rechtssatz*' ifadesiyle atıf yaptığı işte bu yeniden inşa edilmiş hukuk normudur.

Eugenio Bulygin '*Rechtssatz*'ı genellikle, elinizdeki kitabın Almancasına atıfla, 'yeniden inşa edilmiş norm' tipi olarak çevirir. Bu çeviriyi biz de burada devam ettirdik. Bkz. Bulygin, 'Zur Problem der Anwendbarkeit der Logik auf das Recht', *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, ed.: Günter Kohlmann, c. i (Köln: Peter Deubner, 1983), ss. 19-31, s. 20; İspanyolcada: 'Sobre el problema de la aplicabilidad de la logica al derecho', çev.: Jerónimo Betegón, Hans Kelsen and Ulrich Klug, *Normas Juridicas y análisis lógico* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988), ss. 9-26, s. 11.

Elinizdeki kitapta Kelsen'in '*Rechtssatz*'ı kısmen teknik anlamıyla kullanmasından ayrı olarak ifade, hukuk kuramındaki pek çok metinde ve maddi hukukun farklı

alanlarında, sadece '*Rechtsnorm*'un ('hukuk normu'nun) eşanlamlısı olarak defalarca kullanılmıştır. Mesela Georg Puchta: 'bir halkın hukukunu şekillendiren tekil hukuk normları (*Rechtssätze*) organik olarak birbirleriyle bağlantılıdır...' Puchta, *Cursus der Institutionen*, 10. baskı, c. i (Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1893), s. 21. (Aynı zamanda Paul Laband'dan yapılan, bu kitaptaki Sunuş'ta yer alan dipnot 14'teki alıntıya bkz.) İkinci bir örnek ise Rudolf von Jhering'den. Jhering erken kavramcı döneminde hukukun teşekkülü sorunuyla ilgileniyordu:

> İnsan bir şeyler olduğunu görür, sonra o şey bir daha bir daha tekrarlanır, insan onun yeniden meydana gelmesi gerektiğini düşünür ve bu 'gerekme'ye sözlü bir ifade atfeder. İşte hukuk normu (*Rechtssätze*) böyle ortaya çıkar.

Jhering, *Geist des römischen Rechts*, c. i, 2. baskı (Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1866), s. 28.

Daha sonraki çalışmalarında Kelsen '*Rechtssatz*'ı bir hukuk normunun önerme karşılığı olarak takdim eder. Mesela, *Reine Rechtslehre* veya Saf Hukuk Kuramında (bkz. bu kitaptaki [İngilizceye] Çevirenlerin Önsözü, dipnot 6), hukuk biliminin asıl görevinin hukuk normlarını ve hukuk normlarının kurduğu ilişkileri betimlemek olduğunu söyler:

> Hukuk bilimin bu ilişkileri betimlemek için kullandığı önermeler, hukuki önermeler (*Rechtssätze*) olarak, hukuki organlar tarafından yaratılan ve onlar tarafından uygulanacak ve hukuki süjeler tarafından da uyulacak hukuk *norm-*

> *ları*ndan (*Rechtsnormen*) ayırılmalıdır. Hukuki önermeler... hukuk sistemi çerçevesinde, sistem tarafından belirlenmiş belli koşulların yine sistem tarafından belirlenmiş belli sonuçlara yol açacağını ifade eden hipotetik yargılardır. Hukuk *normları* ise yargı değildir, yani bilişe verilmiş bir nesne hakkında değildirler.

Ibid., § 16 (italikler Kelsen'e ait). Kelsen'in hukuk normu ile hukuki önerme arasında yaptığı bu daha sonraki ayırım, her ne kadar hukuk ile hukuk bilimi arasında yaptığı ayırım apaçıksa da, elinizdeki metinde göze çarpmaz —ama kitabın temel düşüncesini oluşturur.

6. 'İsnat' ('*Zurechnung*'), § 11(b), dipnot 22. Çevresel isnat için bkz. § 11(b); merkezi isnat için bkz. §§ 25(a)-(b), (d)-(e), 48(a)-(b). İlk dönem çalışmalarını istisna tutarsak, Kelsen'in çalışmalarında daha çok öne çıkan anlayış, maddi bir olayın (sözgelimi bir suç fiilinin) hukuki süje olarak bir hukuk kişisine atfedilmesi anlamında, çevresel isnattır. Çevresel isnat Kant'tan ve felsefi 'gelenekteki daha başkalarından aşina olduğumuz ahlaki isnat kavramının hukuka kabaca nispet edilmesi gibi görülebilir. Bkz. Kant'n *Rechtslehre*'si, *The Metaphysical Elements of Justice* başlığı altında çev.: John Ladd (Indianapolis, Ind.: Library of Liberal Arts, 1965), s. 29; ve Leonard Nelson, *System of Ethics* (1. baskı 1932), s. 55. İlk dönem çalışmalarında Kelsen de ahlaki isnattan bahseder; bkz. ör. Kelsen, *What is Justice?* (Berkeley, Calif.: University of California Press, 1957), s. 333-4. Genel olarak isnat kavramı hakkında bkz. Joachim Hruschka, 'Imputation', *Brigham Young University Law Review* (1986), ss. 669-710, zengin ve verimli bir çalışma.

Yeni-Kantçı döneminin temsilcisi olan elinizdeki kitapta Kelsen, çevresel isnadı koşul olan maddi bir olayla (suç fiili) sonuç olan başka bir maddi olay (ceza[landırma pratiği]) arasındaki, kendine has, nedensel olmayan veya normatif bir bağlantı sağlayan bir şey olarak görür ve –yeni-Kantçı argüman görünümünde– bu bağlantının ve hukuki süjenin sonuç olarak ortaya çıkan sorumluluğunun nasıl açıklanabileceğine eğilir. Kelsen'in yeni-Kantçı argümanı (yuk. Sunuş'ta tartışıldığı gibi) yetersiz bile bulunsa, 'normativite ilkesi' olarak çevresel isnadın Kelsen açısından taşıdığı önem abartılmış olmaz. Elinizdeki kitapta § 11(b)'ye ilaveten bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge, Mass.: Harvard UP, 1945), s. 46.

Merkezi isnat Kelsen'in en erken dönemdeki çalışmalarının anahtar kavramıdır (bkz. *HP*, s. 121-46, 183-7, *et passim*). Burada Kelsen'in aklında norm kompleksi (yani devlet) olarak hukuk kişisine –Kelsen'in tabiriyle 'bir isnat noktası'na– bir eylemin atfedilmesi vardır; eylemin hukuki karakteri bu şekilde ihdas edilir. On dokuzuncu yüzyıl hukuki 'irade' kuramcıları, bir eylemin hukuki karakterinin, başka şeylerle birlikte, eylemin, devletin bir irade beyanı olarak ortaya serilmesiyle görünür kılınacağını öne sürmüştür; bununla birlikte Kelsen'in merkezi isnat anlayışı, 'psişik' bir irade nosyonuna başvurmayı gereksiz kılmasıyla, söz konusu kuramcılara verilmiş bir yanıttır.

'*Zurechnung*', Kelsen çevirmenlerince sadece 'isnat' olarak değil aynı zamanda 'atfetme' ve 'anlamına gelme' şeklinde de çevrilir. Genel olarak tercih ettiğimiz anlam olarak 'isnat' lehindeki bir kanıt, Kelsen'in '*imputieren*' ile '*zurechnen*'i birbirinin yerine kullanabilmesidir (bkz.

ör. *HP*, s. 138, 194, 209, 503).

'*Zurechnung*'un tercih edilen anlamı olarak 'isnat' lehindeki ikinci bir kanıt, Avusturya İktisat Okulunun metinlerinin çevirmenlerinin yaptığı yorumlardan kaynaklanır. Friedrich von Wieser, hukuki *Zurechnung* anlayışını devralırken onu iktisat alanına, bireylerin sübjektif değer biçmelerinin mallara değer atfetmeye veya *isnat* etmeye yaraması olgusuna işaret etme aracı olarak takdim etmiştir. Wieser, *Der natürliche Werth* (Viyana: Hölder, 1889), s. 70-6, *Natural Value* başlığıyla çev.: Christian A. Malloch (Londra: Macmillan, 1893, yeniden yayımı: New York: Kelly & Millman, 1956), s. 72-8. Wieser, Carl Menger, Hans Meyer ve daha yakın zamanda Friedrich A. Hayek'in metinlerinin İngilizcedeki çevirilerinde '*Zurechnung*' 'isnat' ile karşılanır; bkz. ör. 'Some Remarks on the Problem of Imputation', *Hayek, Money, Capital, and Fluctuations. Early Essays*, ed.: Roy McCloughry (Londra: Routledge & Kegan Paul, 1984) içinde, s. 33-54, ilk yayımı: 'Bemerkungen zum Zurechnungsproblem', *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, c. 69 (1926), ss. 1-18.

7. 'Kavramcı hukukbilim' ('*Begriffsjurisprudenz*' veya '*Konstruktionsjurisprudenz*'), § 39, dipnot 62. Her ne kadar Freidrich Carl von Savigny, ilk dönemlerindeki Marburg 'Hukuk Metodu Dersleri'nde (1802-3) hem sistematik hem de tarihsel yaklaşımlara yer verdiyse de, sonrasında Romanistler Roma hukukunun inşacılığından oldukça etkilenmiş ve daha dar, daha sistematik bir yaklaşıma meyletmişlerdi. Çoğunca *Begriffsjurisprudenz* –ki Roma hukuku kaynağına işaret etmesi açısından daha kullanışlıdır– yahut *Konstruktionsjurisprudenz* olarak isimlendirilen bu görüş, herşeyden önce Romanist Georg Puchta ve

erken döneminde Rudolf von Jhering ile ilişkilendirilir

Begriffsjurisprudenz için en iyi rehber Jhering'dir. Kariyerine bu görüşün sadık bir taraftarı olarak başladı, fakat zaman geçtikçe hayal kırıklığı yaşadı ve kurama ilişkin sert eleştirilerde bulundu, nihayetinde de tümden reddetti.

Geist des römischen Rechts'in (bkz. yuk. not 5) veya *The Spirit of the Roman Law*'ın ilk cildi, Jhering'in erken, inşacı dönemini yansıtır. 'Hukuku objektif bir organizma olarak gören hâkim görüşe' yaklaşan Jhering, 'anatomik' ve 'fizyolojik' bakış açılarını birbirinden ayırır. 'Anatomik' bakış açısı, beşeri ilişkilerin genel dokusundan soyutlanmış hukuk normlarını teşhis etmeyi hedefleyen bir yapı analizi sağlar. 'Fizyolojik' bakış açısı ise, belli hukuk normlarını ortak bir işlev veya hedef açısından ayırmayı ve 'işlevsel' kümeleri temsil eden hukuk kurumlarında bir araya getirmeyi hedefleyen işlev analizi imkânı sunar. Jhering, *ibid.*, s. 25-8. Söz konusu hukuki malzeme, der Jhering, sadece teşhis edilerek düzenlenmekle kalmayacak, aynı zamanda 'sistemin mantıksal unsurlarına indirgenecektir'. Ve hukuk kuramının görevi olan mantıksal indirgeme, 'yeni kavramların ve yeni hukuk normlarının teşekkülünü' amaçlar. *Ibid.*, s. 40.

1861 sonrasındaki yazılarında Jhering kendi inşacı sistemini yıkmaya ve eski müttefikleri olan inşacılarla dalga geçmeye başlar. Hukukçular için çıkan bir gazetede isimsiz yayımlanan mektuplarından bir tanesi şu satırlarla başlar:

Hizmetkarının içeridekilerin sırlarını görebilmesi için ça-

tıları kaldıran muzır cinninin hikâyesini bilirsiniz. Bırakın ben de onun rolünü üstleneyim ve hukuk kuramcılarının çalışma odalarını göstereyim size. Gecenin sessizliğinde, bir masa lambasının önünde, elinin altında medeni hukuk bilgeliğinin madeni *corpus juris*, omuzlarında hukukçuluğun yüküyle çalışmakta olanları görürsünüz. Neyin derdindedirler? Elli yıl önce, 'masum ve huzurlu bir şekilde yaşayan, topunu sadece Pandektist mevziler için ateşleyen' bu şeyden kimsenin haberi yoktu. Herşey nasıl da değişiyor! Şimdi, 'medeni hukukun inşası' hakkında bir şey bilmeyenler nasıl geçineceklerini düşünsünler; tıpkı bir kadının bugünlerde içliğiyle görünmeye cesaret edememesi gibi, günümüz medeni hukukçusu da kendi inşası olmadan insan içine çıkamaz. Medeni hukuktaki bu yeni modanın sorumlusu kim bilmiyorum. Bütün bildiğim birisinin inşanın kendisini yeniden inşa ettiği ve onunla ilgili emirler verdiği —esasında, bu projeye devam etmek için hukukbilime bir kat daha çıkmak gerekti, adı da, buna uygun olarak, 'yüksek hukukbilim' oldu.

'Die civilistische Konstruktion', ilk yayımı: *Preußische Gerichts-Zeitung*, c. 3/41 (26 Haziran 1861), yeniden yayımı: Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1891, yeniden yayımı: Darmstadt: Wiss. Buchgesellschaft, 1980), ss. 3-17, s. 6-7.

Ek II

Biyografik Notlar[57*]

Hans Kelsen 11 Ekim 1881'de Prag'da doğdu. Babası: Adolf Kelsen (1850-1907). Annesi: Auguste Kelsen (eski soyadı Löwy, 1860-1950).

Viyana: 1883-1930

1883	Aile Prag'dan Viyana'ya taşınır.
1887-91	Hans Protestan ilkokuluna başlar.
1891-2	Devlet ilkokuluna devam eder.
1892-1900	Klasik *Gymnasium*'a başlar.
1900-1	Aktif askerlik yükümlülüğünü yerine getirir.
1901	Viyana Üniversitesi'nde hukuk öğrenimine başlar.
1905	*Dante'nin Siyasal Felsefesi*'ni[58**] yayımlar (Leipzig ve Viyana, iv+152.).
1905-10	Kamu hukuku kuramı alanındaki sorunlarla ilgili araştırma yürütür (aşağıdaki *Temel Meseleler*, 1911, çalışmasıyla sonuçlanır)
1906	Doktora derecesi alır.
1908-9	Heidelberg'de üç dönem araştırma yapar.

57* Pek çok not girdisi için Rudolf Aladár Métall'in *Hans Kelsen. Leben und Werk* (Viyana: Franz Deuticke, 1969) adlı çalışmasına dayandık.

58** Biyografiyi hazırlayanlar, Kelsen'in orijinali Almanca olan eserlerinin İngilizce çevirileri olmasa bile sadece İngilizceye çevirdikleri başlıklarını veriyor. Biz de Türkçe çeviride bu başlıkları Türkçeye çevirerek sunuyoruz.—TÇN

1909-1910 Viyana'da, *Exportakademie*'de ders verir.

1911 *Kamu Hukuku Kuramında Temel Meseleler*'i yayımlar (Tübingen, xxxvii+709 s).

1911 *Habilitation* (üniversitede ders verme ruhsatı) için yaptığı başvuru başarıyla sonuçlanır, *Temel Meseleler*'i tez olarak sunar ve Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne *Privatdozent* (özel öğretim görevlisi) olarak kabul edilir.

1912 Margarete Bondi ile evlenir (iki kızı olacaktır: 1914 doğumlu Anna ve 1915 doğumlu Maria).

1913 *Devletin Hukuka Aykırı Eylemleri*'ni yayımlar (Viyana, 113 s).

1914-18 *Avusturya Kamu Hukuku Dergisi*'ni kurar ve editörlüğünü yapar (Viyana, 3 cilt); Ağustos 1914: (Birinci Dünya Savaşı): askere çağrılır, Ekim 1918'e kadar Viyana'da Savaş Bakanlığı'nda çalışır.

1918 Ekim: işine döner, Şansölye Karl Renner'in emriyle yeni Avusturya anayasasının hazırlanmasında görev alır.

1917-19 Doçent, Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

1919-30 Kamu ve İdare Hukuku alanında profesör, Viyana Üniversitesi'nde.

1919 Viyana'da *Kamu Hukuku Dergi*'sini kurar ve editörlüğünü yapar (dergi 1944'e kadar 23 cilt yayımlanır, Kelsen 1934'ten sonra dergide aktif rol almaz).

1920 *Egemenlik Sorunu*'nu yayımlar (Tübingen, x+320 s); *Sosyalizm ve Devlet*'i yayımlar (Leipzig, iv+129 s); *Demokrasinin Mahiyeti ve Değeri*'ni yayımlar (Tübingen, 38 s); 1 Ekim: Kelsen'in tasarlanmasında ve hazırlanmasında büyük rol oynadığı Avusturya Federal Anayasası kabul edilir.

1921 Kelsen, Anayasa Mahkemesi'ne 'hayat boyu görev' kaydıyla atanır.

1922 'Anayasa Hukuku ve Siyasette Viyana Çalışmaları' başlıklı inceleme serisinin editörlüğünü yapar (Kelsen 1929'a kadar aktiftir); *Sosyolojik ve Hukuki Devlet Kavramları*'nı yayımlar (Tübingen, iv+253 s); *Hukuk Bilimi ve Hukuk*'u yayımlar (Leipzig ve Viyana, 135 s).

1923 *Avusturya Anayasa Hukuku*'nu yayımlar (Tübingen, viii+256 s).

1925 *Genel Siyaset Kuramı*'nı yayımlar (Berlin, xiv+433).

1926 29-30 Mart: Alman Kamu Hukuku Öğreticileri Derneği'nin toplantısında Erich Kaufmann'a cevap verir; Franz Weyr ve Léon Duguit ile birlikte iki dilde yayın yapan (Fransızca ve Almanca), Brno-Çekoslavakya merkezli *Uluslararası Hukuk Kuramı Dergisi*'ni kurar (1939'a kadar 13 cilt yayın yapar); Uluslararası Hukuk Akademisi'nde Lahey Koferansları çerçevesinde konuşma yapar (Kelsen'in ilk Lahey Konferansları serisidir).

1926-8 Muafiyet davaları Anayasa Mahkemesi'ne gelir. (Genel mahkemeler, idari otoritelerin Roman Katolik Avusturya'daki yeniden evlenmeye izin veren muafiyet kararlarının geçersiz olduğuna hükmetmişti. Bu yargı kararları Kelsen'in başı çekmesiyle bozuldu. Hıristiyan Sosyal Parti 'anayasal reform' yapılması ve bu vesileyle Kelsen'in 1930'da Mahkeme'den azline yönelik adımlar atılması için baskı yapmaya başladı.)

1927 24-5 Mart: Kelsen, Alman Kamu Hukuku Öğreticileri Derneği'nin Münih'teki toplantısında Max Wenzel ve Hermann Heller'e cevap verir.

1928 23-4 Nisan: Alman Kamu Hukuku Öğreticileri Derneği'nin Viyana'daki toplantısında 'Yargısal Denetimin Mahiyeti ve Gelişimi' başlıklı tebliği sunar.

1929 25-6 Nisan: Alman Kamu Hukuku Öğreticileri Derneği'nin Frankfurt'taki toplantısına katılır; 7 Aralık: Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılandırılmasını da kapsayan 'anayasa reformu' Parlamentodan geçer.

1930 15 Şubat: Aralarında Kelsen'in de bulunduğu Anayasa Mahkemesi yargıçları 'reform'la birlikte görevlerinden ayrılır; Kelsen, Köln Üniversitesi'nin profesörlük teklifini kabul eder.

Köln: 1930-1933

1930-3 Kasım-Nisan: Uluslararası Kamu Hukuku alanında profesör, Köln Üniversitesi.

1931 Carl Schmitt'e cevaben *Anayasanın Koruyucusu Kim Olacak?*'ı yayımlar (Berlin, 56 s).

1932 Uluslararası Hukuk Akademisi'nde, Lahey Konferansları'nda konferans verir (Kelsen'in ikinci Lahey Konferansları serisidir).

1932-3 Dekan, Köln Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

1933 30 Haziran: Naziler Almanya'da iktidara gelir; 7 Nisan: Kelsen, Yahudi soyundan gelenleri kamu hizmetinden men eden meşhur 'Mesleki Kamu Hizmetinin Restorasyonu Kanunu' uyarınca üniversitedeki görevinden ayrılır; bahar: Kelsen ailesi Almanya'yı terkeder; 10 Mayıs: Kelsen, American Academy of Arts and Sciences'a [Amerikan Sanatlar ve Bilimler Akademisi] 'Yabancı Şeref Üyesi' olarak kabul edilir; yaz: Cenevre Uluslararası Hukuk Çalışmaları Enstitüsü'nün teklifini kabul eder.

Cenevre: 1933-1940

1933 Güz: Cenevre'de öğretime ve araştırmaya başlar.

1934 *Saf Hukuk Kuramı*'nı yayımlar. 1. baskı (Viyana, xxi+168 s ve kaynakça). Burada çevirdiğimiz metnin ilk yayımıdır.

1936 20 Nisan: Utrecht Üniversitesi tarafından fahri doktora unvanı verilir; Cenevre'deki göreviyle birlikte Prag Charles Üniversitesi'nin öğretim üyeliği teklifini de kabul eder; 18 Eylül: Harvard Üniversitesi'nden fahri doktora unvanı alır.

1936-7 Kış dönemi: Prag Charles Üniversitesi'nde ders verme teşebbüsü, anti-Semitik saldırganlık ve Kelsen'e yönelik ölüm tehditleri de dahil olmak üzere siyasal baskılar nedeniyle mümkün olmaz.

1939 Avrupa'dan ayrılmaya karar verir.

1940 Cenevre'den ayrılır.

Amerika: 1940-1973

1940 21 Haziran: Hans ve Margarete Kelsen New York'a ulaşır.

1940-2 Harvard Law School'da Rockefeller Vakfı'nın maddi desteğiyle 'araştırma doçenti' olarak çalışır.

1940-1 Harvard Law School'da, Oliver Wendell Holmes Konferansları çerçevesinde bir dizi konferans verir. Konferanslar 1942'de *Law and Peace in International Relations* {Uluslararası İlişkilerde Hukuk ve Barış} başlığıyla yayımlanır (Cambrideg, Mass., xi+181 s).

1941 Eylül: Şikago Üniversitesi'nden fahri doktora unvanı alır.

1942 Bahar dönemi: Wellesey College'da, Mary Whiton Calkins Enstitüsü'nde profesör.

1942-5 Güz-bahar: Siyaset Bilimi Bölümü'nde ziyaretçi öğretim üyesi, Kaliforniya Üniversitesi, Berkeley.

1944 *Peace through Law*'u {Hukuk Aracılığıyla Barış} yayımlar (Chapel Hill, NC, xii+155 s).

1945 *General Theory of Law and State*'i (Hukuk ve Devlet Genel Kuramı) yayımlar (Cambridge, Mass., xxxiii+388 s ve ek); bahar-yaz: Washington DC'de, Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu hukuk danışmanı.

1945-52 Profesör, Siyaset Bilimi Bölümü, Kaliforniya Üniversitesi, Berkeley.

1946 *Society and Nature*'ı (Toplum ve Doğa) yayımlar (Londra, viii+391 s).

1947 24 Haziran: Viyana Üniversitesi'nden fahri doktora unvanı alır.

1949 25 Haziran: Rio de Janeiro Üniversitesi'nden fahri doktora unvanı alır; *Political Theory of Bolshevism. A Critical Study*'yi (Bolşevizmin Siyasal Kuramı. Eleştirel Bir Çalışma) yayımlar (Berkeley, iv+60).

1950 *Law of the United Nations*'ı (Birleşmiş Milletler Hukuku) yayımlar (Londra, xvii+903 s).

1951 21 Temmuz: Meksika Milli Üniversitesi'nden fahri doktora unvanı alır.

1952 28 Haziran: Berkeley Kaliforniya Üniversitesi'nden fahri doktora unvanı alır; *Principles of International Law*'u (Uluslararası Hukukun İlkeleri) yayımlar (New York, xvii+461 s); Berkeley Kaliforniya Üniversitesi'nde 'What is Justice?' başlıklı veda konferansını verir.

1952-3 Ziyaretçi öğretim üyesi, Uluslararası Hukuk Çalışmaları Lisansüstü Enstitüsü, Cenevre.

1953 Uluslararası Hukuk Akademisi'nde Lahey Konferansları'nı verir (Kelsen'in üçüncü Lahey Konferansları serisidir).

1953-4 Uluslararası Hukuk alanında ziyaretçi öğretim üyesi, Birleşik Devletler Deniz Savaşı Koleji, Newport, Rhode Island.

1954 Salamanka Üniversitesi'nden (İspanya) fahri doktora unvanı alır.

1955 *Communist Theory of Law*'u {Komünist Hukuk Kuramı} yayımlar (Londra, viii+203); Şikago Üniversitesi'ndeki Walgreen Konferansları'ndan doğan *Foundations of Democracy*'yi {Demokrasinin Temelleri} yayımlar (Şikago, 101 s).

1957 *Collective Security under International Law*'u {Uluslararası Hukukta Kolektif Güvenlik} yayımlar (Washington, DC, vi+275 s), çeşitli yazılardan oluşan 'What is Justice?'ı yayımlar (Berkeley, 397 s).

1959-71 (yaklaşık) Norm kuramı üzerine çalışır. Kelsen'in bu 'geç' dönemine, şüphecilik ve hukukun 'irade' kuramının zımni savunusu damgasını vurur.

1960 5 Nisan: Meksika Milli Üniversitesi tarafından fahri profesörlük verilir; 9 Haziran: İtalyan Lincei Akademisi, oldukça prestijli bir ödül olan 'Premio Feltrinelli' ödülünü Kelsen'e verir; *Saf Hukuk Kuramı*'nın ikinci baskısını yayımlar (Viyana, xii+498 s).

1961 20 Haziran: Berlin Özgür Üniversite'den fahri doktora unvanı alır; 18 Eylül: Viyana Üniversitesi'nden fahri doktora unvanı alır; 27 Eylül: New York Yeni Sosyal Araştırma Okulu'ndan fahri doktora unvanı alır.

1963 7 Kasım: Paris Üniversitesi'nden fahri doktora unvanı alır.

1967 1 Haziran: Salzburg Üniversitesi fahri doktora unvanı alır.

1973 19 Nisan: Kaliforniya Berkeley'de hayata veda eder.

1979 *Genel Norm Kuramı* Viyana'da yayımlanır (xii+362 s).

1985 *Adalet Yanılsaması. Platon'un Toplum Felsefesinin Eleştirel İncelemesi* Viyana'da yayımlanır (x+485).

HANS KELSEN

SAF HUKUK KURAMI

HUKUK KURAMININ SORUNLARINA GİRİŞ

Bu eser, 20. yüzyıl hukuk kuramı alanında tartışmasız kilit metinlerden biridir.

Kelsen'in benim en önde gelen yazarım haline gelmesinin tek bir basit nedeni vardı: Bir hukuk fakültesi içerisinde hukuk hakkındaki teorik düşünüşümün 'genel hukuk teorisi' ile örtüşmüş olması gerektiğini fark etmiştim, bir seferinde bunu 'filozofların' değil 'hukukçular'ın hukuk felsefesi olarak ifade etmiştim. Ve Kelsen'in abidevi eseri bana tam da ihtiyacım olan modeli verdi: Alman hukukçularına nadiren nasip olan sistematik ve kusursuz bir açıklığa sahip tastamam bir 'genel hukuk teorisi'.

Norberto Bobbio

Kelsen, ününü, çok katmanlı, geniş kapsamlı külliyatının tartışmasız çekirdeğini oluşturan ve odağında yer alan, çığır açan eseri "Saf Hukuk Kuramı"na borçludur.

Prof. Dr. Horst Dreier



instagram.com/norakitap
facebook.com/nora.kitap
twitter.com/nora_kitap

Nora

ISBN 978-605-83235-6-8
9 786058 323568