

**HUKUKUN SAF KURAMI**  
**OKUMA NOTLARI**

Ertuğrul Uzun\*

---

\* Doç.Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD,  
erugrulu@anadolu.edu.tr.

## TAKDİM

Bu çalışma, bir okuma notu. Başkaları tarafından okunacağını dikkate alarak çıkardığım notları açıklayıcı ifadelerle birbirine bağladım. Bunu yaparken mümkün olduğunca yorum yapmaktan kaçındım. Zira hâlihazırdaki Türkçe hukuk felsefesi literatürü Kelsen'i okumadı. Kelsen'in eserlerinin pek az bir kısmının Türkçesi var ve ilginçtir, Kelsen lehinde veya aleyhinde yazarlar Kelsen'den ziyade ikinci hatta üçüncü okumalara başvuruyorlar. Elbette bir gün Kelsen'in asli eserleri Almanca orijinalinden çevrilecek ve onları da okuma imkânına sahip olacağız. Şu an için benim yapabileceğim, İngilizce çevirilerden okuma notları hazırlamaktır. Elinizdeki çalışma, *Reine Rechtslehre*'nin ilk baskısından (1934) yapılmış İngilizce çeviriye ait notlar (Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Almandan İngilizceye çev.: B.L. Paulson ve Stanley L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 2002.). Eserin aslına veya İngilizce çevirisine başvurmak isteyenler için notları ana başlıkları koruyan bir yapıda kaleme aldım. Elbette notları, kendi tercihlerim ve ilğim çerçevesinde tuttum. Bazı meseleleri daha çok önemseydiğimden, ilgili yerlerde daha uzun notlar kaleme aldım. Bazı yerlerde ise doğrudan çeviri yapmayı tercih ettim.

Kelsen'i daha sağlam temellerde tartışma imkânı vermesi umuduyla...

## HUKUKUN SAF KURAMI – NOTLAR

### I. HUKUK VE DOĞA

Kelsen Hukukun Saf Kuramı'nı, "pozitif hukukun kuramı" olarak niteler, "herhangi belirli bir hukuk sisteminin" kuramı olarak değil. O, "genel hukuk kuramıdır, belirli ulusal yahut uluslararası hukuk normlarının yorumu değildir". (s. 7)

"Bir kuram olarak Hukukun Saf Kuramı, sadece kendi inceleme konusunun, nesnesinin bilisini (*cognition*) hedef alır. Hukukun ne olduğu ve hukukun nasıl yapıldığı sorularına cevap aramakla uğraşır sadece, hukukun nasıl olması gerektiği veya hukukun nasıl yapılması gerektiği soruları ile değil. Hukukun Saf Kuramı hukuk bilimidir [*Rechtswissenschaft*], hukuk politikası değil." (s. 7)

19. ve 20. yüzyıllarda üretilen hukuk felsefesi, hukukbilim geleneğinin saflık koşulundan ne kadar uzaklaştığını gösterir. Hukukçular bir yandan psikoloji ve biyolojiye diğer yandan da etik ve teolojiye bulaşmış durumdadır. Sonuç olarak da hukuk bilimi kaybolmuştur. (s. 8)

Hukuk biliminin doğa bilimleriyle karışmasının nedeni, hukukun, en azından ilk bakışta hukuk dediğimiz şeyin, tözünün bir kısmının doğa alanına ait olmasıdır. Zira hukuk alanına ait olan, söz gelimi meclisin çıkardığı bir yasa, bir yargı kararı, idari bir karar, bir özel hukuk işlemi yahut bir kişinin suç teşkil eden eylemi, iki unsurdan oluşur. Birinci unsur duyularımıza açık, zaman ve mekân içerisinde yer alan, çoğunlukla da bir beşeri davranış olmaktır. Diğer unsur ise fiziksel dünyaya ait bu unsurun anlamıdır. İnsanlar bir yerde bir araya gelir, konuşur, tartışır, çeşitli hareketlerde bulunurlar. Bu olaylar fiziksel dünyaya aittir. Ancak bu topluluğun yaptığı işe yasama, kanun koyma demek, olaylara hukuki bir anlam atfetmektir. Yahut bir kişi yaptığı eylemle bir başkasının ölümüne neden olur. Hukuk diliyle konuştuğumuzda bu eyleme, adam öldürme deriz. (s. 8-9)

Fiziksel dünyaya ait olaylara verdiğimiz bu anlam, olayların kendilerinde olan özelliklerden kaynaklanmaz; renk, ağırlık yahut sertlik gibi doğal nitelikler arasında değildir. Fakat bazen eylemin bizatihi kendisi, anlamı hakkında bir şeyler söylüyor olabilir. Doğa bilimleriyle olan bir başka farklılık da budur. Bir bitki hiçbir zaman botanikçiyle konuşmaz. Bununla birlikte toplumsal bir eylem kendini açıklayabilme özelliğine kısmen de olsa sahip olabilir. Sözelimi, mecliste bir araya gelmiş olan kişiler, yasa yapmakta olduklarını söylüyor olabilir. Bir özel hukuk ilişkisinde, tarafların kendi eylemleri hakkında söyledikleri önem taşır. (s. 9)

Kelsen bu nedenle bir eylemin objektif ve sübjektif olmak üzere iki anlamı olduğunu söyler. Sübjektif anlam, eylem sahibinin eylemine atfettiği anlamdır. Bu anlam zaman zaman objektif anlamla örtüşebilir. Objektif anlam ise, eyleme hukuk sisteminin atfettiği anlamdır. Yasadışı bir örgütün bir kişiyi idama mahkûm ederek infaz etmesi, objektif anlamıyla cinayettir, idam cezası değil. (s. 9-10)

Dolayısıyla doğal olayları hukuki yapan onların doğa yasalarına bağlı nitelikleri değildir. Böyle bir olayı hukuki

eylem yapan, eyleme atfedilmiş objektif anlamdır. Bu anlamın kaynağı bir normdur; olaya gönderme yapan ve ona hukuki anlam yükleyen bir norm. Böylece olay/eylem, norma göre yorumlanabilecektir. "Norm, bir yorum şeması olarak iş görür." (s. 10) Normun bizatihi kendisi de, anlamı başka bir normdan gelen bir hukuki eylem tarafından yaratılmıştır. İşte hukuki bilişin yöneldiği normlar bu normlardır: belli maddi olaylara hukukilik veya hukuk dışılık karakteri kazandıran normlar.

## II. Hukuk ve Ahlak

Hukuk alanını doğanın alanından ayıran Kelsen, esasında bu ayırımın doğal olan ile ideal olan ayırımı olduğunu söyler. Ancak hukukun saflaştırılması için yapılması gerekenler burada bitmez. Zira daha önce de belirtildiği gibi hukukçular bir yandan doğaya ait psikoloji ve biyolojiye bulaştıkları gibi, diğer yandan da etik ve teolojiye bulaşmıştır. Hukuk biliminin doğa bilimlerine değil beşeri bilimlere ait olduğunu söyleyen Kelsen, idealin alanında da hukuka ayrılan yerin belirginleştirilmesi çabasıdır. Burada yapılması gereken, hukukun ahlakla bağının kesilmesidir.

"Burada reddedilen elbette ki hukukun ahlaki ve iyi olması gerektiği buyruğu değildir... Reddedilen, hukukun ahlakın bir parçası olduğu ve dolayısıyla da her yasanın, yasa olarak, bir anlamda ve bir derecede ahlaki olması gerektiği görüşüdür." (s. 15)

Hukuku ahlakın bir parçası olarak tasvir etmek, ya hukukun ahlaka göre yapılması gerektiğini söylemek yahut da ahlakın bir parçası olarak hukukun fiilen ahlaki bir karakter taşıdığı söylemek. Her iki durumda da hukuka ahlakın iddia ettiği mutlak bir değer yüklenmiş olur. (s. 15)

Ahlaki bir kategori olarak hukuk, adalete karşılık gelir. Bu ifade, mutlak surette doğru bir toplumsal düzen için kullanılır; herkesin amacına her bir kişiyi tatmin ederek tam olarak ulaştığı bir düzen. Esasında adalet arayışı mutluluk arayışıdır ve toplumsal mutluluk, adalet olarak isimlendirilir. (s. 16)

Hukuki anlamda da adaletten söz edilir ki, burada adalet, hukuka, daha doğrusu yasaya uygunluktur. (s. 16)

Kelime anlamı itibariyle adalet mutlak bir değere karşılık gelir. Hukukun Saf Kuramının işi değildir kelimenin içeriğini belirlemek; esasında rasyonel bilişle de yapılacak bir iş değildir bu –beşerin entelektüel tarihinin başarısızlığı da bunun kanıtıdır. Pozitif hukuktan farklı ve onun üstünde mutlak geçerlilik sahibi olan adalet düşüncesinin kökenini Kelsen, Platonun ideasına dayandırır. Hukuk ile adalet düalizmi, ontolojik düalizmle aynı metafizik karaktere sahiptir. Aynen ontolojik düalizmde olduğu gibi, iki farklı işleve sahip olma kapasitesi vardır hukuk ile adalet düalizminin. İyimser veya kötümser yahut muhafazakâr veya devrimci nitelikte olabilir. İlkinde varolan devletin veya toplumun mutlak değere uygun olduğu iddiasındadır, ikincisinde mevcut durumun değerle uyumsuz olduğunu söyler. Nasıl ki Platonun ideası veya kendinde şey tecrübeye yönelmiş rasyonel bilişin konusu olamıyorsa, adaletin ne olduğuna da bu şekilde cevap verilemez. Verilmeye çalışılan cevaplar boş formüllerden ibaret olmuştur: iyilik yap, kötülük yapma; herkese hakkını ver; kendine yapılmasını istemediğini başkasına yapma vb. Kategorik emperatif dahi içeriksizdir. Olması gereken alanında söyleyebileceğiniz tek şey, yapmanız gerekeni yapmanız gerektiğidir. (s. 16-17)

Rasyonel bilişin bakış açısından bakıldığında, sadece çıkarlar (menfaatler) ve çıkar çatışmaları vardır. Bu çatışmalar, çıkarlardan birini diğeri aleyhine tatmin eder yahut bir denge oluşturan yahut da çatışan çıkarlar arasında bir uzlaşma sağlayan bir düzen tarafından giderilir. Bu düzenlerden sadece bir tanesinin mutlak bir değere sahip olduğu rasyonel biliş vasıtasıyla gerekçelendirilemez. Eğer böyle bir düzen olsa idi, pozitif hukuk tümünden gereksiz olurdu. Doğadan, akıldan veya ilahi iradeden gelen verili bir mutlak iyi toplum düzeni varsa, yasakoyucu, günışığında fener yakan bir aptal gibi görünürdü. Bilişe verilen tek şey pozitif hukuktur, daha doğrusu pozitif hukuk bilişe bir ödev olarak verilmiştir.

İster muhafazakâr isterse devrimci olsun, doğal hukuk görüşü ideolojiktir. Hukukun Saf Kuramı her ikisine de karşıdır. Kuram, hukuku olduğu gibi tasvir etmek ister, onu ne meşrulaştırır ne de gayrı adil diyerek itibarsızlaştırır; fiili ve mümkün hukukun peşindedir, haklı hukukun değil. Bu anlamda Hukukun Saf Kuramı, Kelsen'e göre, radikal gerçekçi bir hukuk kuramıdır. "Pozitif hukuku

değerlendirmeyi reddeder.” (s. 18) Bilişsel bir bilim olarak Hukukun Saf Kuramının görevi, pozitif hukukun özünü kavramak ve onu yapısını analiz etmek suretiyle anlamaktır. Kuram şu veya bu yöndeki siyasal çıkarlara hizmet etmeyi reddeder. Dolayısıyla da, farkında olunarak veya olunmayarak, şu veya bu ölçüde ideolojik karakterde bulunan geleneksel hukuk biliminin karşısındadır. Mevcut düzeni ister savunsun ister eleştirsin, ideoloji her halükarda gerçekliği gizleyerek yahut çarpıtarak bir peçe yaratır. Hukukun Saf Kuramı, bilişinin nesnesi üzerindeki perdeyi kaldırır. (s. 19)

### III. Hukuk Kavramı ve Yeniden İnşa Edilmiş Norm Doktrini

Kelsen'e göre geleneksel hukuk teorisi muhafazakâr doğal hukuk teorisinin etkisi altındadır. Doğal hukuk teorisinin ortaya çıkışı, dönemi felsefesinin metafizik karakteri ve mutlak monarşinin polis devletinin doğuşuna denk düşer. 19. yüzyılda liberal burjuvazinin zaferi, Kelsen'e göre, metafiziğe doğal hukuk teorisine yönelmiş tepkinin dile getirilişiydi. Empirik bilimlerdeki gelişme ile dini ideolojinin yıkılışı, burjuva hukuk bilimini doğal hukuktan hukuki pozitivizme kaydırıldı. Ne var ki doğal hukukun izleri tümüyle silinmedi. Hukuk olabilmek için pozitif devlet sisteminin adaleti belli bir ölçüde dikkate alması gerektiği, hukukun asgari etikten başka bir şey olmadığı yahut en azından asgari etiğe ulaşmaya çalışması gerektiği, doğru hukuk olmak için adil hukuk olmak gerektiği gibi düşünceler halen hukuk biliminde kendine yer bulmaktadır. Bu yaklaşım, burjuvanın kontrolündeki devletin meşrulaştırılmasına hizmet etmiştir.

Genel itibarıyla pozitivist olmakla birlikte doğal hukuk izini taşıyan hukuk bilimindeki sorun, hukuku normlardan, daha doğrusu “olması gereken” ifadelerinden ibaret görmektir. Bu pozitivist teori merkeze hukuk normları olarak “olması gereken”i almıştır ama ahlaki norm da bir olması gerektir. Bu yaklaşım, ahlakın karakteristiği olan mutlak değerlerin bir kısmının hukuk normuna veya hukuki olması gerekene yüklenmesi sonucunu doğurur. Bu hem de, hukuk biliminde hukuk ile ahlakın aynı şey olmadığı tekrar tekrar söylenmesine rağmen gerçekleşir. Dolayısıyla hukuk normu hiçbir zaman iyi, haklı ve adil gibi nitelemelerden kurtulamaz. Kelsen bu

on dokuzuncu yüzyıl pozitivizminde kavramsal bir değişikliklerle yeni bir bakış açısı geliştirmeye çalışır. (s. 21-22)

Kelsen'in yaptığı değişiklik, hukuk normunu, ahlak normu gibi bir buyruk, emir gibi görmemek, hipotetik/koşullu hüküm olarak teşhis etmektir. Geleneksel hukuk teorisi ise hukuk normunu, aynen ahlak kuralları gibi bir buyruk olarak görür. Koşullu hüküm, Kelsen'in gördüğü şekliyle hukuk normu, koşul oluşturan maddi bir olayın koşula bağlanmış bir sonuçla özel bir şekilde birbirine bağlanmasıdır. Bu anlamıyla hukuk normunu Kelsen *Rechtssatz* olarak isimlendirir. *Reine Rechtslehre*'nin İngilizce çevirmeni bu kelimeyi, Eugenio Bulygin'in terminolojisine sadık kalarak 'yeniden inşa edilmiş hukuk normu' olarak ifade eder. (s. 23)

Koşulluluk açısından hukuk normları ve doğa yasaları birbirine benzer. Doğa yasası iki maddi olayı birisi neden diğeri etki olarak birbirine bağlar. Pozitif yasalar da hukuki koşulu hukuki sonuca bağlar. Doğa yasalarında nedensellik, pozitif yasalarda ise isnadiyet söz konusudur. Doğa yasasında etkinin izi sürülürse nedene ulaşılır, hukukta ise hukuki sonucun izi sürülürse hukuki koşula ulaşılır. Elbette bunun anlamı hukuki sonucun nedeninin hukuki koşul (bir olay) olduğunu söylemek değildir. Konuşma dilinde kişinin cürmü nedeniyle cezalandırıldığını söylemek, isnadiyet anlamına gelir. Bu isnadiyet bağlantısı ve böylece hukukun geçerliliğinin ifade edilmiş olması, ama sadece bu, Hukukun Saf Kuramının tasvir ettiği pozitif hukuktaki 'olması gereken'dir. (s. 23-24)

Doğa yasası, “A ise B” der, pozitif yasa ise “A ise B olmalı”. Doğa yasaları da pozitif yasalar da, sözgelimi, A ve B bağlantısının ahlaki veya siyasi değeri hakkında hiçbir şey söylemez. Hukuktaki 'olması gereken', a priori bir kategoridir ve tümüyle formel karakterdedir. Bu şekilde düşünüldüğünde, hukuki akıl yürütmenin ne maddi olayların içeriğiyle ne de yasaların içeriğiyle herhangi bir ilişkisi yoktur. Kuram, ideoloji karşıtı tutumunu devam ettirir ve tam da bu noktada geleneksel hukuk teorisi, söz gelimi, Sovyetler Birliğinin demokratik kapitalist Fransa ölçüsünde bir hukuk sistemi olabileceğini kabul edilemez bulur. (s. 24-25)

Biz bugün her ne kadar doğal hukukun yeniden canlanışını II. Dünya Savaşı'nın hemen öncesindeki Avrupa merkezli

olaylara, özellikle de Nazi uygulamalarına dayandırırıyorsa da, Kelsen dönüm noktasını I. Dünya Savaşı olarak belirler. Savaşın neden olduğu toplumsal çalkantılar, hukuk teorisinde doğal hukuka, geleneksel felsefede de tam bir Kant öncesi metafiziğine dönüştürme neden olur. Yirminci yüzyılın ortasına yaklaşırken burjuvazi, on dokuzuncu yüzyılın başındaki feodal lordun içinde bulunduğu siyasal durumdaydı. Artık burjuvazi, feodal lordların burjuvaziye karşı savunduğu aynı siyasal ideolojilere yaslanıyordu. Kelsen, kendi kuramının, aslen ideoloji karşıtı olan on dokuzuncu yüzyılın pozitivist felsefesine ve hukuk teorisine bağlılığını açıkça dile getirir ve Kantçı transandantalist felsefeyi ve hukuki pozitivizmi reddedenlerin tam karşısında durduğunu söyler. (s. 25-26)

Kelsen on dokuzuncu yüzyıl hukuk teorisinin büyük oranda hukuk normunu cebri bir norm yani cebir ortaya çıkaran bir norm olarak gördüğünü, Hukukun Saf Kuramının da aynı geleneği devam ettirdiğini söyler. Saf Kurama göre yeniden inşa edilmiş normda belli bir koşula/duruma iliştilirilmiş sonuç, devletin cebri eylemidir. Bu eylem cezai yahut cebrin bireysel veya idari kullanımı olabilir. Bir insan davranışını hukuka aykırı yapan içkin bir nitelik veya hukukötesi, ahlaki, değerlerle ilgili bir normla bağlantı değildir. Belli bir davranışı hukuka aykırı yapan sadece ve sadece yeniden inşa edilmiş hukuk normunda belli bir sonucun koşulu olarak belirlenmiş olmasıdır.

Hukuka aykırı eylemin hukuka aykırılığı, ahlaki veya dini açıdan kötülüğünden, sosyolojik açıdan topluma zarar vermesinden vs kaynaklanmaz. Hukuka aykırı eylem, hukukun ihlali veya çiğnenmesi değildir. Hukuk hukuka aykırı eylemle ne çığnenebilir ne de ihlal edilebilir. Hukuk asli fonksiyonunu ancak hukuka aykırı eylem vasıtasıyla icra edebilir. Hukuka aykırı eylemin gerçekleşmiş olması hukuku kesintiye uğratmaz, durum tam tersidir: hukukun varlığının kendini kanıtlaması, ancak hukuka aykırı eylemin varlığıyla ortaya çıkar. Zira hukukun geçerliliğini gösterecek olan 'olması gereken', sadece hukuka aykırı eylem koşulu ortaya çıktığı zaman gerçekleşecektir. (s. 26-27)

Kelsen'e göre hukuku sadece dışsal cebri bir sistem olarak görmek, esasında onu bir sosyal teknik olarak görmektir. Toplumsal olarak arzu edilen şey, insan davranışına arzu

edilenin aksi bir sonuç iliştilirmek suretiyle ortaya çıkarılır veya çıkarılmak istenir. Hukuk sisteminin çıkış noktası, davranışlarını düzenlediği insanların cebri eylemi kötü ve kaçınılması gereken bir şey olarak gördükleri varsayımdır. Hukuk sisteminin amacı, insanların arzu edilen şekilde davranmalarını sağlamaktır. (s. 28-29)

Hukuk sisteminin amacı açısından düşünülürken, insanların cebri eylemden kaçınmak için belli bir şekilde davranmaları gerektiğini söylemek, hukuk sistemini belli türden davranış emirleri/buyrukları olarak görmeye yol açabilir. Sözelimi, "Çalmamalısın!" "Öldürmemelisin!". Ne var ki Kelsen hukuk sistemini bu şekilde görmeyi, normu hukuki karakterini veren cebri eylemle bağlantıyı ortadan kaldırdığını söyler. Dolayısıyla bireylere yönelmiş bu türden buyruk mahiyetindeki normlar, olsa olsa ikincil/tali normlar olabilirler. Asıl olan, yeniden inşa edilmiş hukuk normudur, yani koşul ve cebri eylemden ibaret sonuç bağlantısını kuran norm.

Hukuk normunu cebri eylemle ilişkilendiren Kelsen, bu iddianın, hukukun geçerliliği yahut etkililiği için cebrin yahut cebir tehdidinin yegâne koşul olduğu anlamına gelmediğini söyler. Başka bir deyişle, insanların hukuka itaat etme nedenleri çok farklıdır, hatta bunlar çoğunca ahlaki, dini, ideolojik, sosyolojik yahut psikolojik olgulardır. Hukuku cebri bir aparat olarak görmek, hukuk kuramını her türlü ideolojiden arındırır. Hukuka itaat meselesi hem bireylerin bağlantısı açısından hem de hukuk sisteminin güttüğü amaç açısından ideolojiktir. Fakat Saf Kuram hukuk sisteminin peşine düştüğü ve gerçekleştirdiği hedef ve amaçları değil, sadece hukuk sisteminin kendisini dikkate alır. (s. 32)

Hukukun normatif anlamını, yani bir koşul ile bir sonucun bağlanmış olmasını göz ardı etmek, hukuku salt ideoloji olarak görmektir. Esasında bu bakışın, baştan beri dile getirildiği üzere, bir yandan psikoloji ve sosyolojiden, diğer yandan da teoloji ve ahlaktan farkı yoktur. Hukukun normatif anlamı göz ardı edildiğinde, 'Benim A hakkım var' tümcesinin hiçbir anlamı kalmaz. Daha doğrusu hukuku taşıdığı anlam ortadan kaybolur. (s. 33-4)

Hukuku ideoloji görsek dahi, her halükarda onun normatif anlamına, daha doğrusu saf kuramına ihtiyacımız devam eder. Hukuku normatif bir sistem olarak gördüğümüz

takdirde, onun ideolojik, sosyolojik, ahlaki boyutunu da kabul etmeye, görmeye, tanımaya devam edebiliriz. Ancak Saf Kuram, hukuku sadece normatif bir sistem olarak görür ve her türlü ideolojiden kendisini arındırır. "Saf Kuram pozitif hukuktan üstün bir sistemin geçerliliğinin olanaklılığını tartışmaz." (s. 36)

#### IV. Hukuk Teorisindeki Düalizmin Giderilmesi

Kelsen'e göre Objektif Hukuk ve Sübjektif Hak düalizminin doğal hukukçu kökleri de vardır. On dokuzuncu yüzyıl pozitivizminin ürettiği genel hukuk kuramı, hukuk kuramını domine eden bir düalizmi temsil eder. Bu düalizm doğal hukuk görüşünün kalıntısıdır. Her ne kadar hukuki pozitivizm, doğal hukukun, hukuk sisteminin üzerinde var olan üstün bir hukuku varsaymak şeklindeki düalizmini tevarüs etmemişse de, sübjektif hak ile objektif hukuk, özel hukuk ile kamu hukuku, nihayetinde hukuk ile devlet arasındaki karşıtlıklarda kendini bulan sistem içi bir düalizmi devam ettirir. (s. 37)

Kelsen, özellikle Tarihçi Hukuk Okulu tarafından savunulan sübjektif hak anlayışını eleştirir. Genel hukuk teorisi, hukukun objektif hukuk ve sübjektif hak olarak iki boyutu olduğunu kabul eder. Objektif hukuk olarak hukuk normdur, normlar kompleksidir, bir sistemdir; sübjektif hak olarak hukuk ise, menfaattir veya iradedir. Sübjektif hak objektif hukuku önceler. Bir anlamda objektif hukuk, sübjektif hakların sistemleştirilmiş halidir. Bu sistemin işlevi, zaten varolan sübjektif hakları korumak, tanımak veya güvence altına almaktır. (s. 38-39)

Sübjektif hak kavramıyla yakından ilişkili başka bir kavram, hukuki süje yahut 'kişi'dir. Hukuki süje sübjektif hakkın taşıyıcısıdır ve kavram esasında mülk sahipliğiyle modellenmiştir.

Sübjektif hak ve bu kavrama paralel oluşturulmuş hukuki süje kavramları, insanın iradesini ve kendi kendini belirleyebilme potansiyelini, başka bir deyişle özgürlüğünü temel alır. Böylece hukuku yaratan, her bir bireye atıf yapmak suretiyle beşeri bireyselliktir.

İlk bakışta hukuku yaratma konusunda bireyin özel hukuk alanında sanki bir rolü varmış gibi görünür. Zira özel hukukta sözleşme, kişiler arası ilişkiyi yaratır. Ne var ki Kelsen, özel hukuk alanında dahi sınırlı bir özerkliğin

bulduğunu söyleyerek bu anlayışa karşı çıkar. Kişi, kendi kendine hak veremez. Zira hak, bir başkasının yükümlülüğünü varsaymayı gerektirir ve böyle bir hukuki ilişki ancak ve ancak objektif bir hukuk sistemine uygunluk kaydıyla ve iki kişi arasında yapılabilir. Dolayısıyla özel hukuk alanında da sözleşmeyi hukuki kılan taraflar veya sözleşmenin kendisi değil, hukuk sisteminin varlığıdır.

Sözleşmeye hukuk yaratıcı nitelik vermek ve bunu insanın özerkliğine dayandırmak, esasen ideolojik bir tutumdur ve hukukun özüyle alakalı, dolayısıyla da Hukukun Saf Kuramının alanına giren bir şey değildir. Sübjektif hak, esasında özel mülkiyet demektir. Objektif hukuka aşkındır. Objektif hukuk üzerine içeriğini belirleyecek sınırlar koyar. Hukuku ilahi, doğal yahut akla dayanan değil, beşeri takdire dayalı gördüğümüzde, sübjektif hakkın ideolojik işlevi çok daha büyük önem kazanır. Hele de sistem demokrasi ise. Artık sübjektif hak hukuk sistemi açısından bir meşruiyet yahut varlık kriteri olur ve sübjektif hakkı, esasında özel mülkiyeti, güvence altına almayan bir sistem, hukuk sistemi olmayacaktır.

Kelsen, dönemdeki hukuki yükümlülükle ilgili tartışmalara, hukuki yükümlülüğün pozitivist tanımını vererek katılır. Yapılan tartışmalarda, sübjektif hak anlayışından da hareketle, hukuki yükümlülük diye bir şeyin olmadığı, sadece ahlaki yükümlülüklerin bulunduğu, hukukta da sadece sübjektif haklardan bahsedilebileceği söylenmiştir. Ne var ki Kelsen'e göre hukuk gibi cebri bir sistem, bireyleri sisteme normatif olarak bağlamak için varolabilir ve bu normatif bağ yükümlülük kelimesi ile karakterize edilir. Hukukun Saf Kuramına göre, kişinin, aksi şekilde hareket hukuk tarafından belli bir hukuki sonuca bağlandığı takdirde, belli bir şekilde davranma yükümlülüğü vardır. Her yeniden inşa edilmiş hukuk normu zorunlu olarak bir hukuki yükümlülük ihdas eder, bunun yanında bir hak ihdas etmesi de pekala mümkündür. (s. 42-43)

Ne zaman hukuki bir hakkın varlığından bahsedilebilir? Hukuka aykırı bir eylemin koşulları arasında bir irade beyanı bulunmalı, bu irade beyanı hukuka aykırı eylemin sonuçlarına işaret etmeli ve hukuka aykırı eylemin menfaatlerini ihlal eden tarafın şikayet veya talebiyle gündeme getirilebilmelidir. Böylece hukuk normu hukuki

yükümlülükten farklı bir subjektif hak haline gelir. Hukuki hak olarak subjektif anlamda hukuk, objektif hukuktan bağımsız değildir. Subjektif hakkı var eden objektif hukukun normatif olarak onu düzenlemiş olmasıdır. (s. 44-45)

#### V. Hukuk Sistemi ve Hiyerarşik Yapısı

Hukuk sistemi, hukuk normlarından oluşan bir sistemdir. Eğer normların geçerliliği, geçerliliğin nihai temeli olan temel bir norma kadar geri götürülebiliyorsa, normlar çokluğu bir vahdet, sistem, düzen oluşturur. Bütün normların kaynağı olarak temel norm, bir sistem oluşturan normların birliğini, vahdetini sağlar. Norm sistemleri, temel normun diğer normlara sağladığı geçerliliğe göre ikiye ayrılır. Temel norm türlerinden birisi, tözel, maddi yahut içerik açısından geçerlilik sağlar. Bir norm geçerlidir, zira normun içeriği, anlamı, temel norma uygundur. Bu sistem, ahlak normları sistemidir. Ahlak normlarının temel normda anlam itibarıyla zaten bulunması gerekir. Dolayısıyla ahlak normları dedüktif muhakeme yoluyla temel normdan türetilir. Bu açıdan ahlak normları tözel ve statik karakterdedir. (s. 55-56)

İkinci tür temel norm, geçerliliği içeriği, anlamı açısından sağlamaz. Hukuk normları, bu türden normlardır ve içerikleri ne olursa olsun geçerli olabilirler. Bir hukuk normunun geçerliliği, bir değere, ahlak normuna aykırılığı nedeniyle sorgulanamaz. Hukuk normu geçerlidir, zira belli bir kural uyarınca, o kuralın gösterdiği şekilde çıkarılmıştır, yaratılmıştır. Yasa veya hukuk, sadece pozitif yasa veya pozitif hukuk olarak, yani konulmuş, vaz edilmiş yasa veya hukuk olarak geçerlidir. Hukuk sisteminin temel normu bu itibarla tamamen formel ve dinamik karakterdedir. Hukuk sistemindeki herhangi bir normu dedüktif muhakeme yoluyla temel normdan türetmek mümkün değildir. Özel bir vaz' eylemi yoluyla yaratılmalıdırlar. Bu eylem bir akıl değil irade eylemidir. Hukuk normlarını vaz' etmenin, örf, yasama, idari eylemler ve özel hukuk işlemleri gibi pek çok formu vardır. Bunlardan örf, diğer bütün formlardan farklıdır. (s. 56-57)

Hukuk sistemindeki normları temel norma kadar geri götürmenin anlamı, belli bir normun temel normla uyumlu bir şekilde yaratıldığını göstermektir. Bir insan (polis, gardiyan vs.) diğerinin (suçlu, mahkum) özgürlüğünü

neden elinden almıştır? Çünkü yargı kararı öyle söylemiştir. Yargı kararı neden geçerlidir? Çünkü öyle olduğunu söyleyen yasalar vardır. Yasalar neden geçerlidir? Çünkü anayasa öyle söylemektedir. Yahut, anayasa, bazı yetkili kurumların (mahkemeler) bazı yetkili kişilere (kolluk), bazı yasalar uyarınca (ceza yasaları) hapis cezasını gerçekleştirmesini söyleyebileceğini söylemektedir.

Peki temel norm geçerliliğini nereden almaktadır? Geri gittikçe daha önceki bir anayasaya, sonra da ilk anayasaya gitmek mümkündür. İlk anayasa, bir fatih, muktedir yahut konsey tarafından yapılmıştır. (s. 57)

Hukukun Saf Kuramı, der Kelsen, temel normu hipotetik bir temel olarak ele alır. Hukuka, daha önce açıklanan yeniden inşa edilmiş norm anlamındaki 'olması gereken' niteliğini veren, hukuka normativitesini veren bu varsayımsal temel normdur. Bütün hukuk söz konusu temel norma dayanır. Temel norm, hukuki veriyi anlamaya yönelmiş her türlü hukuki pozitivist yaklaşımın zorunlu varsayımdır. Kelsen, temel norm düşüncesiyle Hukukun Saf Kuramının hukukbilim için yeni bir yöntem önermiş olmadığını söyler. Yapılan sadece, hukukçular işlerini yaparken, inceleme nesnelere yaklaşırken zaten yaptıkları şey hakkındaki bilinç seviyelerini yükseltmektir. Hukukçu, inceleme nesnesini kavrayarak doğal hukuku reddeder ve sadece pozitif hukuku geçerli hukuk sistemi olarak görür. Temel norm varsayımı, bunun farkına varmayı sağlayacaktır. (s. 58)

Temel normun içeriğinin, anlamının belirlenmesi için, Kelsen, iktidarın, daha doğrusu hukuk sisteminin hukuka uygun bir şekilde değil de bir devrim veya darbe yoluyla değişmesini tasavvur eder. Devrimciler başarıya ulaşırlarsa, eski sistem etkililiğini kaybedecektir. Zira insanlar artık eski sisteme değil, büyük oranda yeni sisteme göre davranıyorlardır. Devrimciler başarısız olurlarsa, ki bunun sebebi insanların devrimcilerin sistemine uygun olmayan şekilde davranıyor olmalarıdır, artık eylemleri bir anayasa oluşturan eylem değil, hukuk ihlali anlamına gelir.

Bu tasavvurun gösterdiği şey şudur: Temel normun içeriği, belli bir maddi olguya dayanır. Bu maddi olgu, sistemin muhatabı olan insanların fiili davranışının sisteme belli bir ölçüde uyum göstermesidir. İnsanların tamamının tam bir

uyum göstermesi gerekli değildir. Esasında böyle bir uyum hiçbir zaman gerekli değildir, zira hukuk sistemi daima belli bir oranda uyumsuzluğu içermek zorundadır, aksi takdirde hukuk sisteminin kurulması anlamsızdır. (s. 59-60)

Kelsen, temel normun içeriğinin belli bir orandaki fiili uymayla açıklanmasının, geçerliliğin de gerçeklikle, olguyla açıklanabileceği gibi bir yanılısamaya neden olabileceğini söyler. Gerçi böyle bir temellendirme işleri oldukça basitleştirecektir, ancak bu imkansızdır. Eğer geçerliliğin bir tür doğal gerçeklikte yer aldığını iddia edecek olursak, hukukun gerçeklikle karşı karşıya geldiği kendine özgü anlamı anlayamaz. Zira gerçekliğin hukuka uyması veya uymaması için gerçeklik ve hukuk birbirinden farklı olmalıdır. Geçerlilik gerçeklik dikkate alınmadan tanımlanamaz, ama geçerlilik gerçeklikle teşhis de edilmemelidir. Bu sorunun çözümü için Kelsen, gerçeklik kavramı yerine güç kavramını koyar; böylece geçerlilik ile hukuk sisteminin etkililiği arasındaki ilişki, çok daha iyi bildiğimiz bir başka ilişkiye, hukuk ve güç ilişkisine dönüşür. Böylece eski bir hakikati yeniden dile getirmek gerekir: hukuk güç olmaksızın var olamaz, ama hukuk gücün bizatihi kendisi de değildir. "Hukuk ... belli bir güç sistemidir (veya örgütlenmiş güçtür)." (s. 60-61)

Kelsen, geçerliliğin bir ölçüde etkililiğe bağlanmasıyla uluslararası hukukun üstünlüğü arasında bir ilişki kurar. Bir uluslararası hukuk kuralı olarak devrim yahut darbe yoluyla hükümeti ele geçiren grup sürekli ve etkili bir hakimiyet kurduğunda, artık meşru hükümet olarak görülür. Eğer uluslararası hukuk milli hukukların üzerinde bir sistem olarak görülürse, temel norm sadece milli hukuklar için değil uluslararası hukuk için de geçerli bir temel normdur. Hatta bu temel norm, milli hukuklara yetki veren niteliktedir. (s. 62)

Kapalı bir hukuk normları sistemi olarak hukuk sisteminin geçerliliği, sistemin etkililiğine dayanır. Ancak bu, tek tek normların geçerliliklerinin etkililiklerine dayandığı anlamına gelmez. Aynı zamanda herhangi bir normun etkisiz olması, sistemin bütününe geçerliliğini etkilemez. Etkili olmayan bir norm halen geçerli olmaya devam eder, zira geçerli bir hukuk sisteminin norm yaratma zincirinin parçasıdır. Tek tek normların geçerlilikleri, geçerli bir temel

norma dayanan anayasa çerçevesinde, hukuk sistemi içerisinde halledilecek bir meseledir. (s. 63-63)

Hukuka has bir durum olarak, hukuk, kendi kendisinin yaratılmasını düzenler. Bir hukuk normunun yaratılmasını düzenleyen bir başka hukuk normu bulunur. Bu düzenleme, aynı zamanda, bir ölçüye kadar içeriği de belirler. Hukukun dinamik karakteri nedeniyle, bir hukuk normunun geçerliliği, bir başka normun belirlediği şekilde yapılmış olmasıdır. Kelsen bir normun yaratılmasını düzenleyen normla bu norma göre yaratılan norm arasındaki ilişkiyi, üst-norm ast-norm ilişkisi olarak gösterir. Bu ilişki, hukuk sistemindeki normları hiyerarşik bir yapıda görmeyi gerektirir. Her bir norm, bir açıdan üst, diğer bir açıdan ast normdur. Normun, üste doğru giderek izini sürdüğümüz takdirde ulaşacağımız yer temel normdur. Varsayımsal temel bir kural olan temel norm, norm yaratma zincirinin birliğini, bütünlüğü, vahdetini sağlar.

Yaratma zincirinin en üstünde –varsayımsal temel normun haricinde- anayasa bulunur. Şekli değil maddi anlamda anayasa, asıl olarak genel hukuk yaratma organ ve süreçlerini, yani yasamayı belirler. Bunun yanında anayasa içerik olarak da müstakbel muhtemel kuralların içeriğini, bazı hususları gerektirerek, bazı hususları ise yasaklayarak, engelleyerek belirleyebilir. Hukuk tekniği açısından, bazı hususların gerektirilmesi suretiyle müstakbel yasaların içeriğinin belirlenmesi güçtür ve nadiren rastlanır. Anayasa esas olarak müstakbel muhtemel yasaların bazı içeriklere sahip olamayacağını söyler. Temel hak ve özgürlükler bunun tipik örneğidir. (s. 64-65)

Hiyerarşik yapının ikinci düzeyinde, yasama sürecinde yaratılan genel normlar bulunur. Bu normların işlevi sadece tekil normların, yani genellikle mahkemelerin ve idari organların verdiği karar ve yaptığı işlemlerin hangi organlar tarafından ve nasıl gerçekleştirileceğini belirlemek değil aynı zamanda tekil normların içeriğini de belirlemektir. (s. 65)

Soyut olarak belirlenmiş bir duruma soyut olarak belirlenmiş bir sonucu iliştiiren genel normun normatif bir anlama sahip olabilmesi için bireyselleştirilmesi gerekir. Bunu yapacak olan yargıdır. Yargının soyut olan normdan yola çıkarak somut bir ifadeye bulunması, hukukun



keşfedilerek ne olduğunun beyan edilmesi değildir. Yargının faaliyeti inşai bir faaliyettir, kelimenin lafzi anlamıyla tam anlamıyla bir hukuk yahut norm yaratmadır. Buradan harekete Kelsen, yargı kararının bizatihi kendisinin de bir norm olduğunu söyler ve onu bireysel/tekel hukuk normu olarak isimlendirir. Süreç, genelden tekile giden hukuk yaratımı sürecidir. (s. 67-68)

İdarenin eylemleri ile yargının eylemleri, Kelsen'e göre, özü itibarıyla aynıdır. İdare de yargı gibi tekel/bireysel normlar yaratmaktadır. Farklılıkları sadece tarihsel olarak açıklanabilecek örgütlenme farklılığıdır. Yargı, örgütsel olarak bağımsız nitelikte iken idari organların böyle bir niteliği yoktur. (s. 68-69)

Kelsen, hukukun bazı alanlarında genel normların somutlaşmasının doğrudan resmi organlar tarafından gerçekleştirilmediğini, yasa ile yargı kararı arasında hukuki işlemlerin de norm olarak iş gördüğünü belirtir. (s. 69-70)

Hukuk sisteminin kapalı bir normlar sistemi oluşu, farklı düzeylerdeki normlar arasındaki uyumsuzluğun sistemi tehdit eden mantıksal bir çelişki olarak görülebilme ihtimalini yaratır. Bununla birlikte Kelsen'e göre böyle bir çelişki yoktur. Söz gelimi, anayasaya aykırı bir yasanın varlığı durumunda, bir çelişkiden değil, anayasaya aykırılıktan bahsedilir. Ancak bu aykırılık ya anayasa mahkemesi veya olağan mahkemeler gibi yetkilendirilmiş organlar tarafından giderilecektir yahut da devlet başkanı gibi bir kişinin kişisel sorumluluğu söz konusu olacaktır. Yahut da anayasa aynı anda hem anayasal hükümlerin varlığını hem de bu hükümlere aykırı yasaların varlığını kabul etmiş olabilir. Yetkilendirilmiş organlar tarafından anayasaya aykırılık (yahut üst norma aykırılık) karara bağlanmadıkça, norm geçerliliğini koruyacaktır.

Yasalara aykırı yahut yasalarla uyumlu olmayan idari eylemler ve yargı kararları söz konusu olduğunda da aynı mantık geçerlidir. Bu eylem veya kararlar yetkili organlarca hukuka aykırı olarak nitelendirilmedikçe geçerlidirler. Böyle bir durumda, yani hukuka aykırı olduğu iddia edilen herhangi bir düzeydeki norm yetkili organlarca hukuka uygun olarak kabul edildiğinde, söylenebilecek tek şey, alt düzey normun hukuk sistemi tarafından üst düzey normun bir istisnası olarak yeni bir üst düzey norm şeklinde kabul edildiğidir. (s. 71-75)

## VI. Yorum

Kelsen yorumu, hukukun yaratılmasının ve uygulanmasının her aşamasında zorunlu olarak başvurulan entelektüel bir faaliyet olarak görür. Yorumun standart örneği, genel bir normun somut bir olaya uygulanarak bir hükme varılmasıdır. Hatırlanacağı üzere Kelsen mahkemelerin vermiş olduğu kararları, tekilleşmiş normlar olarak görür. Dolayısıyla, buna benzer şekilde, hukukun yaratılması süreci de yorumla gerçekleşir. (s. 77)

Hukuk sisteminde ast ve üst düzey normlar arasındaki hiyerarşik ilişki, belirleyicilik yahut bağlayıcılık ilişkisidir. Üst düzey norm, ast düzey normu yaratan eylemi bağlar. Üst düzey norm bu esnada sadece alt düzey normun yaratılması sürecini değil aynı zamanda ast düzey normun içeriğini de belirlemektedir.

Ancak bu belirleme hiçbir zaman nihayete eremez. Normların içeriğinin/anlamının üst düzey normlar tarafından tamamen belirlenmesi mümkün değildir. Ast düzey normların yaratılmasında (yani normların uygulanmasında) bir takdir alanı daima varlığını korur. Bu açıdan üst düzey norm bir tür çerçevedir. (s. 77-78)

Öyleyse bir norma dayanılarak yaratılacak bir normun, verilecek bir yargı kararının yahut yapılacak idari bir işlemin içeriğinin bir kısmı daima belirsizdir. Bu belirsizlik bazen kasıtlıdır. Yasa bulaşıcı bir hastalık zamanında idarenin belli önlemleri almasını gerekli kılar, ancak bu önlemler, yasayı uygulamakla yetkili ve görevli makamlar tarafından şartlara göre belirlenecektir.

Belirsizlik bazen kasıtlı değildir. Zaman zaman normda kullanılan kelime veya kalıp muğlak yahut müphem olabilir; normun lafzı farklı okumalara kapı açabilir. Benzer bir durum, normu kullanacak kişi veya organın, normun lafzı ile normu yaratanın iradesi arasında bir uyumsuzluk olduğuna inanması durumunda da ortaya çıkar. Bir başka durumda ise, aynı anda geçerli olan normlar, söz konusu somut olayla ilgili farklı şeyler söylüyor olabilirler. (s. 78-79)

Geleneksel hukukbilim, yorumun yegane doğru anlamı bulmasını ister. Halbuki yorum, çerçevenin belirlenmesidir sadece. Dolayısıyla bu çerçeve içerisinde muhtemel ve mümkün okumalar/anamlar vardır. Geleneksel

hukukbilim aynı zamanda hukukçudan yegane doğru metodu bulmasını ve kullanmasını da bekler. Ne var ki böyle bir metot bulunamamıştır. Pozitif hukuk açısından bakacak olursak, böyle bir metot yoktur. Metot önerileri, tartışmalı sonuçlar verir. (s. 80-82)

Doğru yoruma ilişkin öneriler, hukuk politikası önermeleridir. Muhtemel ve mümkün okuma önerilerinden hangisinin doğru olacağı, biliş değil irade meselesidir. Anayasadan yorum vasıtasıyla doğru yasalar nasıl çıkarılamazsa, yasalardan da yorum vasıtasıyla doğru hükümler çıkarılamaz. Her ne kadar bu ikisi aynı değilse de, Kelsen'e göre farklılık niteliksel değil nicelikselidir. (s. 82-83)

“Yasanın uygulanmasında yardımcı olması düşünülen ‘teorik’ yorumlar/şerhler, esasında yasakoyucuya dikkate alması için önerilerde bulunmak, mahkemelerin ve idari makamların yaratıcı işlevlerini etkilemeye teşebbüs etmek açısından tamamen politiktirler. Bir yasanın uygulanmasında, eylemin uygulanmasının sınırlanacağı çerçeveyi keşfetmenin ötesinde, bilişsel faaliyete de yer vardır elbette- ne var ki bu, pozitif hukukun değil, başka normların bilinmesidir –yani hukuk yaratma sürecine dahil olabilecek ahlaki, adalete dair, çoğunlukla ‘halkın refahı’, ‘kamu menfaati’, ‘gelişme’ vb klişelerle karakterize edilen toplumsal değer yargılarına dair normların bilinmesi. Pozitif hukuk zaviyesinden, geçerlilikleri hakkında veya teşhis edilip edilemeyecekleri hakkında hiçbir şey söylenemez. Her şeyi 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 hukuk ahlak veya adalet gibi bir meta-normu yetkilendirmedikçe, bizzat kendi takdiri uyarınca eylemekte serbesttir. Ne var ki bu norm artık o meta-norm vasıtasıyla pozitif hukuk normuna dönüştürülmüş olur.” (s. 83)

Kelsen, yorumun boşluk doldurmada kullanıldığının da söylendiğini, ancak teorik olarak hukukta herhangi bir boşluğun bulunmadığını söyler.

“Yasakoyucu ise yanıltıcı bir teorinin etkisiyle yine de ‘boşluklar’ın var olabileceğini öngörebilir –

hatta bazen bunlar yasakoyucunun boşluk olarak kabul etmeyebileceği şeyler de olabilir. Yasakoyucu bazen –esasinda sıklıkla- yasadan herhangi bir kararın çıkarsanamayacağı durumlara ilgili hükümler ihdas eder –Avusturya Medeni Kanunu[nun 7. maddesi] ve İsviçre Medenini Kanununun 1. maddesi 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 vermektir. İyi yasakoyucu neyin yaptığı yasanın gerekli bir düzeltimi olduğuyula 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’ fiksiyonu örter. Yasakoyucunun niyeti bu formülün, yanlış 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 farklılık, 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' formülü tipik bir şekilde ideolojiktir; -yasayı uygulayan görevlinin takdirıyla değerlendirildiğinde- sadece basit bir şekilde hukuk politikası açısından sonuçları itibarıyla kabul edilemez olan yasanın uygulanmasını, hukuk çerçevesinde mantıken imkânsız olarak nitelendirmektedir." (s. 88-89)

## VII. Hukuk Yaratma Metotları

Hukuk sistemini hiyerarşik bir yapı olarak ele alan doktrin, hareket halindeki bir hukuku kapsar. Hareket halindeki hukuktan kasıt, hukukun, sürekli kendi kendini yaratan bir süreci hayata geçiriyor oluşudur. Bu anlamıyla dinamik bir teoridir. Böyle bir dinamik teorinin karşıtı olan statik teori, hukuk yaratma sürecini göz ardı eder ve onu zaten yaratılmış bir şey olarak görür. Hukuk eğer hipotetik normlar olarak değil de, bireylere nasıl davranmaları gerektiğini dayatan normlar olarak görülürse, hukukun yaratılması meselesi de yanıtıcı bir şekilde ele alınır. Bu durumda dikkatler, hukukun, muhatapların rızası dahilinde yaratılıp yaratılmadığı meselesine kayar ve otonomi ile heteronomi karşıtlığından yola çıkılarak, otoriterlik veya demokratiklik tartışmaları yapılmaya başlanır. Bu yaklaşım hukukun yaratılmasını salt anayasal bir mesele olarak görür. Halbuki hiyerarşik yapı düşüncesi, hukukun yaratılmasını sadece anayasal hatta yasal bir mesele olarak görmez. Bu sürece idari eylemleri, yargı kararlarını ve özel hukuk işlemlerini de dahil eder.

Hukuk yaratmaya bakışına yöneltilebilecek itirazları baştan yanıtlamış olmak ve halihazırdaki hukuk düşüncesinin kusurlarını göstermek için olsa gerek, Kelsen, özel hukuk ile kamu hukuku ayrımı üzerinde durur. Her ne kadar bu ayrıma ilişkin geliştirilmiş bazı ölçütler varsa da, bunların hiçbirisinin tam anlamıyla başarılı olmadığını söyler. Ayrım temel itibarıyla hukuki ilişkilerin taraflarından yola çıkar. Özel hukuk söz konusu olduğunda taraflar eşit düzeydedir, kamu hukuku söz konusu olduğunda ise taraflardan biri diğerinden üstündür. Daha açık söylemek

gerekirse, kamu hukuku ilişkilerinde taraflardan biri devlettir. Bu yaklaşım, özel hukukta hukuki ilişkileri, kamu hukukunda ise güç ilişkilerini görür. Tam adını koymak gerekirse, kamu hukuku ile özel hukuk ayrımı, esasında hukuk ve devlet karşıtlığına dayanır. Hukuk yaratma açısından ise, bir tarafta devletin yarattığı ve muhataplarından uyulmasını beklediği normlar, diğer yanda ise tarafların özgürce yarattığı normlar vardır. (s. 92-93)

Hukukun Saf Kuramı, hukuka bir bütün olarak bakar. Hukuku devletin iradesi olarak görür, dolayısıyla da hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler devletin eylemi olarak görülür. Hukukun Saf Kuramı bu bakışla, ayırımın örttüğü ideolojiyi ortadan kaldırmayı amaçlar. Ayırımın mutlaklaştırılması, bir yanılısına yaratır. Bu yanılısamaya göre, gücün hakim olduğu kamu hukuku alanı, hukukun hakim olduğu özel hukuka nispetle, hukukla daha az bağlıdır. Kamu hukukunda kamu menfaati, kamu refahı vs gibi faktörler daha önemlidir. Olağanüstü hal durumlarında bu gevşek daha da çözülür ve devletin yasaya aykırı eylemlerine olanak tanır. (s. 93-94)

Anayasal doktrinden geliştirilen bu düalizmin, devletin yürütme erkine ve ona tabi idari organlara bağımsızlık kazandırması beklenmiştir. Hukuktan bağımsızlık değil elbette, zira bu mümkün değildir. İstenen, yasadan, yani halkın temsilcilerinin yaptığı yasalardan bağımsızlıktır. (s. 95)

Özel hukuk denen şey, belli bir biçimiyle, bir bütün olarak hukukun içindeki işlevi açısından bakıldığında, kapitalist ekonomik üretim ve dağıtım sistemine karşılık gelir, dolayısıyla da gücün kullanılmasının bir işlevinden başka bir şey değildir. Başka tür bir hukuk biçimi de sosyalist ekonomik sisteme karşılık gelebilir. Hangisinin iyi olduğu, Hukukun Saf Kuramının işi değildir. (s. 95-96)

## VIII. Hukuk ve Devlet

Hukuk ve devlet ayrımı, modern hukuk bilimine ve genel olarak da sosyal meseleler hakkındaki düşünüşe egemendir. Düalizm, geleneksel teorinin devlete hukuk sistemin ayrı bir varlık atfetmesinin sonucudur. Teori devleti aynı zamanda hukukun süjesi olarak kabul eder,

yani hukuki yükümlülüklerin ve hakların sahibi hukuki bir kişi olarak.

Nasıl ki özel hukuk hukuki kişiliği mantıksal ve zamansal olarak objektif hukukun önüne yerleştirmiştir, kamu hukuku da aynı şeyi devlete yapmıştır. Devlet hukuktan bağımsızdır, hatta ondan önce varolmuştur. (s. 97)

Kelsen geleneksel hukuk teorisinin bu devlet teorisinden vazgeçemeyeceğini, zira bu düalizmin çok önemli bir ideolojik işleve sahip olduğunu söyler. Hukuktan farklı bir şekilde tasavvur edildiği takdirde devlet, hukuk tarafından meşrulaştırılabilecektir. Hukukun devlete adil yahut haklı sıfatını atfedebilmesi için, bu ikisin doğaları itibarıyla farklı oldukları kabul edilmelidir. Artık çıplak bir güç olgusu, *Rechtsstaat* haline gelebilecektir. *Rechtsstaat* kendisini hukuk yaratmak suretiyle meşrulaştırmaktadır. Devletin metafiziksel ve dinsel meşrulaştırılışı sona erdiğinden, elde kalan tek araç, *Rechtsstaat*'tır. (s. 98)

Kelsen, devleti hukuki bir sistem olarak görür:

“İdeolojiden, dolayısıyla da her türlü metafizik ve gizemden arınmış bir biliş, devletin özünü sadece bu toplumsal yapıyı bir beşeri davranış sistemi olarak gördüğü takdirde kavrayabilir. Daha yakından bakıldığında devlet zecri bir toplumsal sistemdir. Bu sistem, hukuk sistemi ile özdeş olmak durumundadır zira her iki sistemi de belirgin hale getiren aynı zecri eylemlerdir ve aynı toplumsal grup iki farklı sistem ile inşa edilmiş olamaz. Öyleyse devlet, hukuki bir sistemdir. Ne var ki her hukuk sistemi devlet olarak nitelenemez; söz konusu nitelene yalnızca hukuk sistemi, sistemi şekillendiren normları yaratan ve uygulayan, -her birinin işlevi belli bir iş bölümünü yansıtan- belli organları ihdas ettiğinde kullanılır. Hukuk sistemi belli bir derecede merkezileştiğinde, devlet olarak nitelendirilir.” (s. 99)

Söz konusu özdeşlik temelinde her devlet esasında bir *Rechtsstaat*'tır. Elbette *Rechtsstaat* kelimesi ile belli türden bir hukuk veya devlet yapısını kastedenler bulunabilir. Sözelimi, temel ve hak özgürlüklerin güvence altına alınması, devlet organlarının işleyişinin hukuki denetime tabi olması hukukun demokratik yollarla yaratılması gibi nitelikler, *Rechtsstaat* için bir koşul olarak sunulabilir. Hukuk ile devletin özdeşliği açısından bu koşullar, sadece doğal hukukçuların ön yargısını yansıtır. Bu koşullar olmaksızın

da her devlet, bir hukuk devletidir, yahut devleti hukuksuz düşünmek zaten mümkün değildir. (s. 105-6)

Kelsen hukuk ile devleti özdeş görmenin, devleti hukukla meşrulaştırmaya çalışan ideolojileri yenilgiye uğrattığını düşünür. Devlet hukukla meşrulaştırılmaz. Meşrulaştırma, zaten değerlendirmeyi gerektirir ve değerlendirme sübjektiftir. Etiğin ve siyasetin alanına girer. Hukuk bilimi ise, ne etik ne de siyaset. (s. 106)

## IX. Devlet ve Uluslararası Hukuk

Kelsen, devleti yahut milli hukuku, tek başına varlık sahibi bir bütünlük olarak görmez. Devlet ancak diğer devletler, daha doğrusu devletlerin kurduğu düzen içerisinde var olabilmektedir. Hukuki biliş, nesnesine yönelirken bir bütünlük arayışındadır ve uluslararası hukuk ile milli hukuk birbirinden ayrı görülemez. Devletler, uluslararası hukukun, metaforik kullanımla, organı hükmündedir. Uluslararası hukuk henüz ilkel bir hukuktur ve gelişmeler merkezileşmiş bir yapının kurulacağını göstermektedir. Uluslararası hukuk ile milli hukukları birbirinden farklı gören yaklaşımlar sömürgeci ve salt ideolojiyi yansıtır. Kelsen yaptığı mantıksal analizle bu ideolojik yönü ortaya çıkararak, uluslararası hukukun siyasal argümanların aracı olarak kullanılmasını ve bazı devletlerin kendilerini uluslararası hukukla bağlı görmeme eğilimlerini ortadan kaldırdığını iddia eder. (s. 107-125)