

ması gerek ifade ettiği ileri sürüldü. Buna mukabil tabii hukukun düsturî olmadığı, bir olması gerek ifade edeceği yerde, bir mutlak oluş (münsen) ifade ettiği ilâve olundu. Her kaide, bir hâdisse ile, onun neticesi arasında bir münasebet tesis eder. Tabiat kanununun, vasfî mümeyyizi, ifade ettiği münasebetin, bir illiyet münasebeti olmasındadır. Halbuki tabiat kanunundan ayrılan, düsturun ifade etmekte olduğu münasebet ise, bir gereklik (devoir) münasebetidir. İlliyet münasebeti tabiat muayyeniyetçiliğin bir neticesi olarak, hâdisse ile netice arasında mutlak bir oluş (Münsen), ifade ettiği halde gereklik münasebeti, evveliyatla netice arasında bir olması gerek ifade eder. Binaenaleyh, mademki tabii hukuk düsturunun tesis ettiği münasebet objektif menşe dolayısıyla bedaheti sayesinde kendini bilmeceburiye kabul ettirmededir; ve madem ki onun tahakkuku için haricî bir cebir lüzumsuzdur, ve nihayet madem ki münasebetin tahakkuku dahili bir lüzumdan mütevellittir; demek oluyor ki, bir illi zaruret (necessite causale)

muvehesinde bulunmaktadır. Burada bir olması gerek değil, fakat tabiat kanununda olduğu, gibi bir (mutlak oluş) mevzuu bahistir. Binaenâeyh tabii hukuk kaidesi bir düstur değildir; tabii hukukta düsturî vasıf yoktur, dendi.

İrat edilen edilen yeknazarda oldukça kuvvetli gibi görünürse de, hakikati halde hiç te öyle değildir. İleri sürülen delâil, tabii hukukun ahkâmındaki bedahat dolayısıyla, tahakkukunu mecburî olması icap edeceği, keyfiyetine istinat et-hatin mevcut olduğu kabul edilse bile, muhakkak surette düsturun tahakkukunu iltizam edeceği iddia olunamaz. Beşerî mektebi: Halbuki önce de izah edilmiş olduğu veçhile bedafaaliyet, ne tabii hukuk, ne de pozitif hukukun, zarurî bir ifadesi değildir. Her iki şıkta da insan, düsturun tesbit ettiği tarz haricinde hareket edebilecek kudrette, şuurlu ve iradeli bir mahlûktur. Şu halde tabii hukuk kaideleri de, insan için bir mutlak oluş değil, fakat bir olması gerek ifade etmekte olduklarından birer düsturdurlar.

## Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi<sup>(\*)</sup>

Doç. Dr. Muvaffak Akbay

Avusturyalı hukukçu Kelsen'in hukuk ve devlet nazariyesi, son zamanların en fazla üzerinde durulmuş ve münakaşa edilmiş nazariyelerindendir. Gerek Almanya'da gerekse merkezî Avrupa'da ve İtalya'da bu görüş tarzı, büyük akisler tevhit etmiştir.

Kelsen'in teorisinin XIX uncu yüzyıl Alman pozitivizm cereyanının bir devamı olduğu söylenebilir. Gerber'in kurduğu pozitivizm mektebi, bilindiği gibi, Laband ve Jellinek taraflarından tekâmül ettirilmiş ve hukuk ilmini tarihî, siyasî ve içtimai unsurlardan ayıklamak amacını gütmüştür. Aynı endişeye Kelsen'de de rastlanır. Ancak, bu sonuncu müellif, hukuk nazariyesini bir takım felsefi esaslara istinat ettirmek suretiyle, bir çok bakımlardan tamamen orijinal fikirler ortaya atmağa muvaffak olmuştur.

A — Kelsen nazariyesi üzerine müessir olan felsefi cereyanlar: Kelsen'in hukuk ve devlet hakkındaki görüş tarzına nüfuz edebilmek için onun mühlhem olduğu felsefi cereyanlar üzerinde durmak zarureti vardır. Filhakika bu müellif Kant'ın ve onun muakkiplerinin, yani bir taraftan Rudolph Stammler'in ve diğer taraftan Marburg mektebi diye anılan neo-kantisme (Cohen, Natrop) cereyanının tesiri altında kalmıştır.<sup>(1)</sup>

Kant'ın deneyüstü felsefesi, ilk defa olarak Stammler tarafından hukuk ilmi-

ne tatbik olunmuştur. Stammler, bu suretle, bütün içtimai hadiseleri iktisadî âmillere izah etmek isteyen ve cemiyetin altyapısını (infra-structure) iktisadî âmillerin teşkil ettiğini, hukukun, ahlâkın, tarihin daimî bir şekilde bu iktisadî âmillere tâbi olarak değişiklikler arzettiğini ileri süren tarihî maddeciliğe bir tepki yaratmak arzu etmiştir. Stammler'e göre, hukukî nizam, iktisadî olayları takip eden bir üst yapı (Super-structure) değil, bilâkis iktisadî hayatın ve cemiyetin mantıkan kabli bir unsurudur. İktisadî ve içtimai vakıaların hukuk ile münasebetleri, materyalistlerin iddia ettikleri gibi, bir milliyet münasebeti değildir. Yani hukuk kaidelerinin esasını, sebebini iktisadî âmiller teşkil etmez. Bilâkis, iktisadın, cemiyetin bahis mevzuu olabilmesi için hukuk şarttır. Binaenaleyh, iktisat ile hukukun münasebetinde hukuk başta gelir. Demek oluyor ki hukuk, gerek iktisattan gerekse sosyolojiden müstakil olarak tesis olunabilir.

Stammler'e göre, hukuk bilgisinin şekli (formel) unsurunu maddî muhtevastından ayırdetmek lâzımdır. Saf hukuk, bizatihi hukuk bir şekiller, kalıplar mecmuasıdır. Maddî muhteva, hukuk değildir. Her hangi bir fikir hukukî bir şekilde ifade edilmek istenildiği takdirde hukukî kalıplara sokulur. O halde, hukuk felsefesi, hukukî bir tarzda dü-

(\*) Bu makale, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 4, sayı 1, 1947, s. 29-47'den ayrıntı alınmıştır.

(1) Simonovitch, Les theories contemporaines de l'Etat, Paris 1939, 5 18.

şünmek için düşüncemizi soktuğumuz kalıplar sistemidir. Hukuk mefhumu, haddizatında hiç bir muhtevası olmayan bir düşünce kalıbından ibarettir.<sup>(2)</sup>

Neo-Kantisme cereyanına gelince: Kelsen bu mektebin bilgi teorisinden mühlhem olmuştur. Bu mektebe göre, bilginin mevzuunu, o bilgiyi elde etmek için kullanılan metod yaratır. Bilgi, eşyanın birbiriyle olan münasebetlerini tesbit etmek olduğuna göre bu münasebeti meydana koyabilmek için, evvelâ, eşyanın hudutlarını tayin etmek lâzımdır. Halbuki, tabiatte, hudutları tayin edilmiş şeyler yoktur. Biz aklımız delaletiyle mevcudattan «şey»ler yaratırız, o halde bir bilgiye sahip olabilmek için sunî bir tecrit yapmak zorundayız. Meselâ, bir at ve üstündeki süvari bir tek «şey» olarak nazarı itibara alınabileceği gibi sadece at veya sadece atın başı veya gözü de nazarı itibara alınabilir.<sup>(3)</sup> İşte bu tecrit bir metoddur. Bi-naenaleyh, bilginin mevzuunu, kabul edilen metod yaratır. Metod değişirse bilgi mevzuu da değişir. İlmî bir bilgi, muayyen bir metodla elde edilen bir malûmat silsilesi demektir. O halde, bilginin ilmiliği metodun safiyetile ölçülür.

İki türlü bilgi vardır. Birincisi realiteyi «olan»ı tetkik eder ve izah eder. Realiteden maksat, illiyet kanununa tabi maddi ve psişik âlemdir. Bütün tabii ilimler ve sosyoloji bu birinci kısma dahildir. Realiteyi arayan ilimlerin hepsinin metodu aynıdır. İkincisi, ise düsturcu (normatif) ilimlerdir. Bunlar realiteyi, «olan»ı değil ideal şekli, «olması lâzımgelen» i ararlar. Hukuk bir normatif ilimdir. İşte bu iki nevi bilginin metod-

larını birbirine karıştırmamak lâzımdır. Aksi takdirde ilmi bir bilgi edinilemez.

B — Kelsen'in hukuk nazariyesi: İşte Kelsen, bir taraftan Alman pozitivistlerinin, diğer taraftan da, Stammeler'in saf hukuk nazariyesinin ve neo-kantizm cereyanının ortaya attığı: ilmî bilginin bir malûmat yığını olmayıp muayyen bir metodla elde edilen sistemli bir bilgi manzumesi olduğu hususundaki iddianın tesiri altında kalarak hukuk nazariyesini inşa etmiştir.

Kelsen'e göre, saf hukuku elde edebilmek, yani hukuku ahlâkî, siyasî, içtimaî muhtevasından ayırarak müta-lâa edebilmek için Kant ve muakkiplerinin bilgi teorisini benimsemek zaruridir. Başka bir ifade ile, saf hukuk teorisinin iki felsefî temel mevzuası (postulat) vardır:

1—Bilgi metodunun saf olması prensibi: Yani muayyen bir bilgi edini-lirken, önümüze çıkacak meseleleri aynı görüş zaviyesinden tetkik etmek ve bu görüş zaviyesini asla değiştirmemek,

2— Bilgi mevzuunun vahdeti prensipi; yani ilmi bilgi ancak muayyen bir metod sayesinde elde edilir. Metod değiştirilecek olursa mevzu da değişir ve iktisap edilen malûmat ilmi olmaktan çıkar. Filhakika, müellife göre, her ilmin diğer ilimlerin mevzuundan ayrı ve kendine has bir mevzuu vardır ve bir bilginin ilmî bir bilgi olabilmesi için kendisine has metodun ve yalnız o metodun kullanılması lâzımdır.

İzahcı ve düsturcu ilimler.— Hukuk ilminin mevzuu, sadece hukuk düsturları (norm) olmalıdır. Çünkü hukukun cevheri, düsturcu (normatif) bir vasfı haiz bulunması başka bir ifade ile «ol-

ması lâzımgelen» (sollen) ile meşgul olmasıdır.<sup>(4)</sup>

Kelsen'in normatif doktrini tabii ve hakikî âlemlerle kıymet hükümleri âlemi, yani «olan» (Sein-etre) ile «olması lâzımgelen» (Sollen -devoir etre) arasında mevcut esaslı zıddiyete istinad eder. Müellife göre, insan bilgisini iki gruba ayırmak mümkündür. Birinciler, şeni-yet (realite) âlemini tetkik ederler ve illiyet prensibine istinat ederek hakikî vakıaların sebeplerini araştırır, müşahede eder ve bu vakıaların birbirini takip etmesini izah eyerler. Bu nevi bilgilere izahcı ilimler (Sciences explicatives) adını vermek mümkündür. Bu sadece «olan» (sein) ile iştigal eden ilimler arasına bütün tabii ilimleri ve sosyolojiyi sokmak mümkündür.

İkinciler ise, bilâkis ideal âlemine, vecibeler âlemine tevcih olunmuşlardır. Bunlar hakikatte mevcut olanla iştigal etmezler: Bunların gayesi «olması lâzımgelen» (sollen) hakkında düsturlar, normlar vaz etmektir. Bunlar, vakıaları, realiteyi izah ile meşgul olacak yerde ideal âlemi kurmağa çalışırlar, fiiliyatta uyulmasa bile uyulması gereken düsturlar, normlar vazederler. Bu kabil bilgilere düsturcu ilimler (Sciences normatives) adı verilir ki, bunlar başta hukuk olmak üzere, ahlâk, mantık; gramer gibi ilimlerdir.

Hukuk düsturcu bir ilimdir.— Kelsen'e göre, hukuk, tamamen ve münhasıran normatif bir ilimdir. Ancak, bundan, hukukun; tabii hukuk mektebinin yaptığı gibi keyfî bir takım hattı hareket düsturları koyabileceği anlaşılmalıdır. Hukuk, bu normların özünü, yani vaz eylediği vecibelerin esasını müsbet

hukuktan alır. Hukukun bir «ilim» ad-dolunabilmesi için sırf «olması lâzımgelen» ile iştigal eylemesi ve gayesinin vakıaları değil kaideferi, düsturları metodik bir şekilde tesbit etmekten ibaret bulunması lâzımdır.<sup>(5)</sup> Hukukun sahası, sadece ideal bir mevcudiyeti haiz olan ve «olması lâzımgelen»i bildiren normlara inhisar eder. Hukuk ilminin, ilmî araştırma mevzuu «norm»dur. Tabiat âlemi, realite âlemi, içtimaî vakıalar âlemi illiyet kanununa tabidir. Hukuk âlemi ise normlara tabidir. Orada sebep ve neticeyi birbirine bağlayan illiyet kanunu yoktur.<sup>(6)</sup> Hukuk âlemi, hukuk normunu insanların efaline tatbik eder. Tabiat kanunlarıyla hukuk normları arasındaki kesin fark şu suretle izah edilebilir: Tabiat kanununa göre A var olan ise B olacak olandır. Hukuk normuna göre A var olan ise B olması lâzım gelendir. Felsefî bakımdan, «olan»lar âlemi ile «olması lâzımgelen»ler âlemi arasındaki zıddiyet tabiat ile düşünce arasındaki zıddiyetten başka bir şey değildir.

Pozitivizm ve formalizm.— Kelsen'e göre, hukukçu, müsbet hukuk nizamlarıyla meşgul olur. Hukukun umumî teorisini vücuda getirebilmek için bütün müsbet hukuk nizamlarına müş-terek olan prensipleri meydana çıkarmak lâzımdır. Bu neticeye varmak için de hukukun şeklini müta-lâa etmekten ve şekli bir takım anlamlar tesbit etmekten başka çare yoktur. Zira, ancak her türlü maddî muhtevadan tecerrüt etmek ve sadece şekil ile meşgul olmak sayesinde: ki bütün müsbet hukuk nizamlarına müş-terek olan cihetler elde edilebilir. Bir hukuk nizamından diğ-

(2) Simonovitch, *Op. cit.*, S. 19

(3) Peretiakowicz, *La methode normative en droit public, Archives de philo. de dr et de sociologie jur.*, 1940, 1-4, S. 230.

(4) Simonovitch, *op. cit.*, S. 20.

(5) Peretiakowicz, *op. cit.*, S. 227

(6) Kelsen; *Les rapports de sytème entre le dr. interne et le dr. inter. pub.*, *Recueil des Cours*, 1926, C. 14., S. 234

rine muhteva değişse bile, sabit kalan yalnız şekildir. Hukukun umumî teorisi ancak şekli (formel) bir teori olabilir<sup>(7)</sup>.

Saf hukukta gaî mülâhazaların yeri yoktur.— Saf hukuk (droit pur) ilminde her türlü siyasî, sosyal, ahlâkî unsurların yeri yoktur. Çünkü, müellife göre, bunlar hukuk dışı mefhumlardır. Hukuk ilmi, hukuku hakikatte olduğu gibi ele alır ve izaha çalışır. Hukukun âdil olduğunu isbata ve gayri âdil olduğunu iddiaya kalkışamaz. Hukuk ilmi, âdil hukuku değil hakikî ve mümkün hukuku bilmek ister. Kelsen'in fikrinde, bir kanun için: âdil veya gayri âdil demek hukukçunun değil ahlâkçının işidir. Kanun vaznını tenkit ise siyaset adamının işidir.<sup>(8)</sup> Saf hukuk teorisi realist ve şeklidir. Onda gaî (teleologique) mülâhazaların, ideolojilerin ve tabîî hukukun yeri yoktur. Hukuk âlemi «hukukî hâdiselerin bir geometri»sinden başka bir şey değildir.

Hukuk normunun mümeyyiz vasfı.— Kelsen'e göre, hukuk ilmi bir hukuk normları sistemidir. Müsbet hukukun ihtiva eylediği düsturlar, ideal bir sistem, normatif bir vahdet teşkil ederler. Hukuk normlarının bir takım vasıfları vardır ki, bu normların bir araya gelmelerinden ibaret olan hukuk sistemlerinde de aynı vasıflara rastlanır:

1 — Hukuk normu «olması lâzımgelen»i (Sollen)'i bildirir. Hukuk düsturunun manayı vücudu insanların yapmaları veya yapmamaları lâzımgelen hususları açıklamaktır. Bu bakımdan hukuk normunu, diğer normatif ilimlerin normlarından ayırdetmeğe imkân yoktur. Zira gerek ahlâkî, gerekse dinî düs-

turlar da hukuk düsturu gibi «olması lâzımgelen»i bildirir.

2 — Hukuk normunu, diğer normlardan ayırdeden muhtevası değil, zecrî oluşudur. Hukuk normu her hangi bir muhtevaya sahip olabilir. Bunun ehemmiyeti yoktur. Ancak, ona hukukîlik vasfını veren, zecrî bir düstur olmasıdır. Hukuk kaideleri zecrî kaidelerdir ve zecir her zaman fiilen mevcut olmasa dahi her hukuk normunda zecrî vasıf vardır.<sup>(9)</sup>

Hukuk normu neveleri.— Kelsen, iki türlü hukuk normu vardır, diyor. Bunlardan bir kısmı insanlara bazı hareketleri emir ve bazılarını menederler. Müellife göre bunlar «ikinci derecede» normlardır. Diğer bir kısım ise bu ikinci derecede normlara itaatsizlik halinde devlet organlarına bir müeyyide tabikiğini emreden normlardır ki bunlar «birinci derecede» normlardır.

Hakikatte, ferdleri şu veya bu şekilde harekete icbar eden ikinci derecede normlar değil birinci derecede normlardır. Çünkü, müeyyideye merbut hukuki mükellefiyet ancak birinci derecedeki normlarda vardır. Binaenaleyh, sade birinci derecedeki normlar hukukî normlardır. Zira yalnız onlar bir hukukî mükellefiyet ihtiva ederler.<sup>(10)</sup> Kelsen'e göre, insan tasarrufları şu düsturun tabikiyle hukukî bir mahiyet alırlar:

«Derpiş edilen şartlar tamam olduğu takdirde bu tasarruflar hukuki birer tasarruf addolunur ve hukuk normlarının tesbit eylediği neticeler tatbik edilir.»

Görülüyor ki, hukuk normu, insan tasarruflarını takdire yarayan, yani bu tasarrufların hukukî olup olmadıklarını belirten bir şekil bir kalıptan başka bir

şey değildir. Meselâ bir idam bir katil telâkki olunamaz. Çünkü, kanuna göre, bu müeyyide bir memnu fiilin hukukî neticesidir ve hukukan bu memnu fiil idam cezasının tatbiki için bir şarttır. Yani kanun: «hemcinsini şu şartlar altında öldüren idam edilir» diyor. Kanunun tesbit ettiği şartlar altında bir adam öldürme fiili vaki olmuşsa ortada idam cezasının yerine getirilmesi için bir hukukî şart var demektir. Binaenaleyh idam cezasının tatbiki bu hukukî şartın tevliht eylediği bir hukukî neticedir ve bir katil addolunamaz.

Normlar sistemi.— İnsanların fiillerine hukukîlik vasfını veren nasıl hukuk normu ise normların hukukîlik vasıfları da diğer normlardan ve nihayet temel-norm'dan, temel düsturdan (Ursprungsnorm) istidlal edilmeleri keyfiyettir. Meselâ, muayyen bir şahsın veya meclisin derpiş edilmiş şartlar altında yaptığı fiiller hukuk normları, yani kanun, addolunur. Hukuk normları, birbirinden iştikak eder. Norm, asla vakiyadan çıkmaz. Her norm, kendisine üstün olan bir normdan istidlal olunur ve o normdan da diğer bir takım normlar çıkarılır. Bu suretle, ortada piramide benzeyen bir normlar meratibi vardır ki bunun zirvesinde bütün normların mer'iyetini sağlayan ve normlar mecmuasının vahdetini teşkil eyleyen temel-norm vardır. Bu temel düstur, hukuk nizamının aslı düsturu olduğuna göre, diğer normlardan farklı bir cevhere sahip olmalıdır. Fakat bu temel normun mahiyetinin araştırılması hukuk ilminin sahası dışında kalır.<sup>(11)</sup>

Tekcilik.— «İlmî bilgi, bilgi mevzuunun vahdetini gerektirir» prensibinden hareket eden Kelsen, hukuk saha-

sında mutlak hukukî biricilik'e (monisme) varmaktadır. Müellif, bütün hukukî mefhumları, hukuk ilminin her sahasına tatbik ettiği mutlak normatif monizm'e irca eylemeğe muvaffak olmuştur. Bu sayede, Kelsen sisteminde hukuk, müsbet hukukî normlar sisteminde başka bir şey değildir.

Filhakika, Kelsen dahilî hukuk ile devletlerarası hukuku arasında bir ikilik kabul etmez. Devletlerarası hukuku normları müellife göre iç hukuk normlarına üstündür ve onlara tesir eder. Binaenaleyh bunlar arasında bir ikilik bahis mevzuu olamaz.<sup>(12)</sup>

Amme hukuku ile hususî hukuk arasındaki tefrik de Kelsen nazarında sunî bir tefriktir ve ortadan kaldırılmalıdır.

Hukuk süjesi ile bizatihi hukuk, objektif hukuk ile sübjektif hukuk arasındaki ikilik de mevcut değildir. Hukuk süjesinin hukukî nizamdan ayrı, farklı bir mevcudiyeti yoktur. Hukuk süjesi hukukî nizamın top-yekûn veya kısmî bir şekilde şahıslandırılmış halidir. Sübjektif hukuktan farklı değildir. Sübjektif hukuk, hususî bir şahsın zaviyesinden objektif hukukun görünüşüdür. Sübjektif hukuktan hukuk normunun şu veya bu şahsa tatbikini anlamak lâzımdır. Hukuk âleminde yalnız normlar ve normlar sistemi vardır. Hukukî şahıslar veya hukuk süjesi adı verilen şeyler, hakikatte hukukî «emir»lerden başka bir şey değildir. Umumiyetle sübjektif haklar müsbet hukuk kaidelerine müstenit bir takım salâhiyetlerdir ki bu sayede bir kimse diğer bir kimse tarafından ika olunan bir fiil neticesi maruz kaldığı zarar ve ziyanın tazminini talep edebilir. Sübjektif hak, objektif hukuk-

(7) Simonovitch, op. cit. S. 21

(8) Coste-Floret, Les problèmes fondamentaux du droit, Paris 1946, S. 37

(9) Simonovitch, op. cit., S. 25

(10) Simonovitch, op. cit. S. 26 ve Kelsen, Les rapports, S. 244.

(11) Simonovitch, op. cit., S. 27 - 28

(12) Kelsen, op. cit., S. 263 ve devamı, Theorie generale du droit international public, Recueil des cours, 1932, C. 42, S. 121.

rine muhteva değişse bile, sabit kalan yalnız şekildir. Hukukun umumî teorisi ancak şekli (formel) bir teori olabilir<sup>(7)</sup>.

Saf hukukta gaî mülâhazaların yeri yoktur.— Saf hukuk (droit pur) ilminde her türlü siyasî, sosyal, ahlâkî unsurların yeri yoktur. Çünkü, müellife göre, bunlar hukuk dışı mefhumlardır. Hukuk ilmi, hukuku hakikatte olduğu gibi ele alır ve izaha çalışır. Hukukun âdil olduğunu isbata ve gayri âdil olduğunu iddiaya kalkışamaz. Hukuk ilmi, âdil hukuku değil hakikî ve mümkün hukuku bilmek ister. Kelsen'in fikrinde, bir kanun için: âdil veya gayri âdil demek hukukçunun değil ahlâkçının işidir. Kanun vaznını tenkit ise siyaset adamının işidir.<sup>(8)</sup> Saf hukuk teorisi realist ve şeklidir. Onda gaî (teleologique) mülâhazaların, ideolojilerin ve tabîî hukukun yeri yoktur. Hukuk âlemi «hukukî hâdiselerin bir geometri»sinden başka bir şey değildir.

Hukuk normunun mümeyyiz vasfı.— Kelsen'e göre, hukuk ilmi bir hukuk normları sistemidir. Müsbet hukukun ihtiva eylediği düsturlar, ideal bir sistem, normatif bir vahdet teşkil ederler. Hukuk normlarının bir takım vasıfları vardır ki, bu normların bir araya gelmelerinden ibaret olan hukuk sistemlerinde de aynı vasıflara rastlanır:

1 — Hukuk normu «olması lâzımgelen»i (Sollen)i bildirir. Hukuk düsturunun manayı vücudu insanların yapmaları veya yapmamaları lâzımgelen hususları açıklamaktır. Bu bakımdan hukuk normunu, diğer normatif ilimlerin normlarından ayırdetmeğe imkân yoktur. Zira gerek ahlâkî, gerekse dinî dü-

turlar da hukuk düsturu gibi «olması lâzımgelen»i bildirir.

2 — Hukuk normunu, diğer normlardan ayırdeden muhtevası değil, zecrî oluşudur. Hukuk normu her hangi bir muhtevaya sahip olabilir. Bunun ehemmiyeti yoktur. Ancak, ona hukukîlik vasfını veren, zecrî bir düstur olmasıdır. Hukuk kaideleri zecrî kaidelerdir ve zecir her zaman fiilen mevcut olmasa dahi her hukuk normunda zecrî vasfı vardır.<sup>(9)</sup>

Hukuk normu neveleri.— Kelsen, iki türlü hukuk normu vardır, diyor. Bunlardan bir kısmı insanlara bazı hareketleri emir ve bazılarını menederler. Müellife göre bunlar «ikinci derecede» normlardır. Diğer bir kısım ise bu ikinci derecede normlara itaatsizlik halinde devlet organlarına bir müeyyide tatbikini emreden normlardır ki bunlar «birinci derecede» normlardır.

Hakikatte, ferdleri şu veya bu şekilde harekete icbar eden ikinci derecede normlar değil birinci derecede normlardır. Çünkü, müeyyideye merbut hukuki mükellefiyet ancak birinci derecedeki normlarda vardır. Binaenaleyh, sade birinci derecedeki normlar hukukî normlardır. Zira yalnız onlar bir hukukî mükellefiyet ihtiva ederler.<sup>(10)</sup> Kelsen'e göre, insan tasarrufları şu düsturun tatbikiyle hukukî bir mahiyet alırlar:

«Derpiş edilen şartlar tamam olduğu takdirde bu tasarruflar hukuki birer tasarruf addolunur ve hukuk normlarının tesbit eylediği neticeler tatbik edilir.»

Görüliyor ki, hukuk normu, insan tasarruflarını takdire yarayan, yani bu tasarrufların hukukî olup olmadıklarını belirten bir şekil bir kalıptan başka bir

şey değildir. Meselâ bir idam bir katil telâkî olunamaz. Çünkü, kanuna göre, bu müeyyide bir memnu fiilin hukukî neticesidir ve hukukan bu memnu fiil idam cezasının tatbiki için bir şarttır. Yani kanun: «hemcinsini şu şartlar altında öldüren idam edilir» diyor. Kanunun tesbit ettiği şartlar altında bir adam öldürme fiili vaki olmuşsa ortada idam cezasının yerine getirilmesi için bir hukukî şart var demektir. Binaenaleyh idam cezasının tatbiki bu hukukî şartın tevliht eylediği bir hukukî neticedir ve bir katil addolunamaz.

Normlar sistemi.— İnsanların fiillerine hukukîlik vasfını veren nasıl hukuk normu ise normların hukukîlik vasıfları da diğer normlardan ve nihayet temel-norm'dan, temel düsturdan (Ursprungsnorm) istidlal edilmeleri keyfiyettir. Meselâ, muayyen bir şahsın veya meclisin derpiş edilmiş şartlar altında yaptığı fiiller hukuk normları, yani kanun, addolunur. Hukuk normları, birbirinden iştikak eder. Norm, asla vakiyadan çıkmaz. Her norm, kendisine üstün olan bir normdan istidlal olunur ve o normdan da diğer bir takım normlar çıkarılır. Bu suretle, ortada piramide benzeyen bir normlar meratibi vardır ki bunun zirvesinde bütün normların mer'iyetini sağlayan ve normlar mecmuasının vahdetini teşkil eyleyen temel-norm vardır. Bu temel düstur, hukuk nizamının asfî düsturu olduğuna göre, diğer normlardan farklı bir cevhere sahip olmalıdır. Fakat bu temel normun mahiyetinin araştırılması hukuk ilminin sahası dışında kalır.<sup>(11)</sup>

Tekcilik.— «İlmî bilgi, bilgi mevzuunun vahdetini gerektirir» prensibinden hareket eden Kelsen, hukuk saha-

sında mutlak hukukî birçilik'e (monisme) varmaktadır. Müellif, bütün hukukî mefhumları, hukuk ilminin her sahasına tatbik ettiği mutlak normatif monizm'e irca eylemeğe muvaffak olmuştur. Bu sayede, Kelsen sisteminde hukuk, müsbet hukukî normlar sisteminde başka bir şey değildir.

Filhakika, Kelsen dahilî hukuk ile devletlerarası hukuku arasında bir ikilik kabul etmez. Devletlerarası hukuku normları müellife göre iç hukuk normlarına üstündür ve onlara tesir eder. Binaenaleyh bunlar arasında bir ikilik bahis mevzuu olamaz.<sup>(12)</sup>

Amme hukuku ile hususî hukuk arasındaki tefrik de Kelsen nazarında sunî bir tefriktir ve ortadan kaldırılmalıdır.

Hukuk süjesi ile bizatihi hukuk, objektif hukuk ile sübjektif hukuk arasındaki ikilik de mevcut değildir. Hukuk süjesinin hukukî nizandan ayrı, farklı bir mevcudiyeti yoktur. Hukuk süjesi hukukî nizamın top-yekûn veya kısmî bir şekilde şahıslandırılmış halidir. Sübjektif hukuktan farklı değildir. Sübjektif hukuk, hususî bir şahsın zaviyesinden objektif hukukun görünüşüdür. Sübjektif hukuktan hukuk normunun şu veya bu şahsa tatbikini anlamak lâzımdır. Hukuk âleminde yalnız normlar ve normlar sistemi vardır. Hukukî şahıslar veya hukuk süjesi adı verilen şeyler, hakikatte hukukî «emir»lerden başka bir şey değildir. Umumiyetle sübjektif haklar müsbet hukuk kaidelerine müstenit bir takım salâhiyetlerdir ki bu sayede bir kimse diğer bir kimse tarafından ika olunan bir fiil neticesi maruz kaldığı zarar ve ziyanın tazminini talep edebilir. Sübjektif hak, objektif hukuk-

(7) Simonovitch, op. cit. S. 21

(8) Coste-Floret, Les problemes fondamentaux du droit, Paris 1946, S.37

(9) Simonovitch, op. cit., S. 25

(10) Simonovitch, op. cit. S. 26 ve Kelsen, Les rapports, S. 244.

(11) Simonovitch, op. cit., S. 27 - 28

(12) Kelsen, op. cit., S. 263 ve devamı, Theorie generale du droit international public, Recueil des cours, 1932, C. 42, S. 121.

tan müstakil değildir. Bilâkis ona istinat eder<sup>(13)</sup>

Nihayet, müellife göre, devlet ile hukuk arasında da ikilik yoktur. Devlet, hukukî nizamdan, hukukî nizamın müşahhas şeklinden başka bir şey değildir.

C — Kelsen'in devlet nazariyesi.— Kelsen, devlet ile hukuku birbirinden ayrı iki vakta gibi mütalâa eden klâsik nazariyeyi «bilgi mevzuunun vahdeti» postulatına riayet etmediği için tenkit ediyor. Devletin hukukî mefhumuna varabilmek, ancak; normatif metoda baş vurmakla mümkündür. Müellife göre, devleti, klâsik nazariye taraftarlarının yaptıkları gibi sosyal bir realite olarak ele almamak lâzımdır. Devleti bir realite olarak kabul eden nazariyeler onun cevherini kavrayamamışlardır. Zira devlet, umumiyetle ileri sürüldüğü gibi «teşkilâtlanmış bir kudrete tabi insan topluluğu» değildir. Devlet, otoritesine ferdlerin tabi oldukları bir «nizamdır. Başka bir söyleyiş şekliyle devlet «insan faaliyetlerinin tanziminden» ibarettir.<sup>(14)</sup>

Devletin sosyolojik ve hukukî teorilerini birbirinden ayırdetmek lâzımdır.— Eğer diyor Kelsen, devletin realite plânında ve hukukun da idealite plânında olduğunu kabul edersek bu takdirde iki türlü bilgi mevzuu önümüze çıkar. Zira, biri «olanı» diğeri «olması lâzımgeleni» tetkik eden bu iki farklı metod ortaya birbirinden ayrı iki bilgi mevzuu kor.<sup>(15)</sup> Bunlardan birincisi, illiyet kanununa tâbi sosyal realiteyi ince-

ler. Diğeri ise, yegâne hukukî metod olan normatif metodla, devletin hukukî mahiyetini araştırır. Yani birincisi, insanların cemiyet dahilindeki hakikî faaliyetleri üzerinde durur ve insan faaliyetlerine müessir olan sebepleri ve kanunları tesbit eder. İkincisi ise bilâkis, insanların nasıl hareket etmeleri lâzımgeldiğini ve bu bakımdan hareketlerini hangi . kanunlara tâbi tutmaları icabetliğini tetkik eder.<sup>(16)</sup> Bu suretle hususî normlardan başlayarak gittikçe daha umumî normlara varan bir normlar (düsturlar) sistemine varılır ki bu normların bir tabiat kanunu olan illiyet kanunıyla hiç bir alâkaları yoktur. İşte bu iki ayrı metodun birincisiyle devletin sosyolojik nazariyesi, ikincisi ile devletin hukukî nazariyesi elde edilir. Böylelikle, devlet hakkında birbirinden farklı iki mefhum ortaya çıkar:

1 — Tümevarım metodu ile ve illiyet kanununa istinaden elde edilen sosyolojik mefhum.

2 — Devletin normatif mefhumu.

Ancak, birbirine zıd olan bu iki mefhum aynı zamanda kullanıldı mı, Kelsen'e göre «bilgi mevzuunun vahdeti» ortadan kaybolur. Mademki, hukuk ilminin mevzuu, yalnız normatif metodla elde edilebilir; o halde hukuk bakımından devlet bizzat hukuktan yani hukuk normları sisteminden başka bir şey olamaz.<sup>(17)</sup>

Devlet bir normlar sistemidir.— Görülüyor ki, «metodun safiyeti» ve «bilgi mevzuunun vahdeti» gibi felsefî

mevzulardan hareket eden müellif, mantıkan devlet ile hukukun ayniyeti neticesine varmaktadır. Kelsen'e göre bir hukukçu nazarında devlet bir hukukî normlar mecmuasından başka bir şey olamaz. O, hukuk ilmi için devlet sosyolojisinin lüzumuna kani değildir. Hattâ, devletin izahını realitede «olan-Sean» âleminde araştırmak saçmadır. Çünkü, devlet sosyolojisi ile devletin hukukî teorisi arasında müşterek hiç bir nokta yoktur ve bunların sahaları başka başkadır. Filhakika, birincisi realite ile «olan» lar, vakıalar âlemi ile meşgul olur. Halbuki ikincisi «olması lâzımgelen» sollen âlemi ile, normlarla iştilal eder. Kelsen, «devletin umumî nazariyesi hususunda bir görüş» adlı makalesinde, devletin hukukî teorisinin devletin sosyolojik teorisi ile tamamlanmak istenilmesinin hususî hukukun insanın psikolojisi ve biyolojisi ile tamamlanması teşebbüsü kadar gayri mantıkî olduğunu söylemektedir. Unutmamalıdır ki diyor müellif, hukukî normların muhtevasını biyolojinin, psikolojinin meşgul olduğu «insan»ın fonksiyonlara teşkil eylemez.<sup>(18)</sup>

Hülâsa, Kelsen'e göre devlet, tabiat kanunlarına tâbi sosyal veya psikolojik bir realite değildir. Bilâkis devlet ideal bir şekil, saf bir normlar mecmuasıdır. Devlet normatif hukukî nizamın bizzat kendisi veya başka bir ifade ile insan faaliyetlerinin tanzim edilmesidir.

Devleti diğeri normatif nizamlardan, ayırdeden mümeyyiz vasıf.—Devletin normatif vasfı, onu diğeri sosyal topluluklardan ayırdetmeğe kâfi değildir. Çünkü, bunlar da birer normlar sistemidir. Her sosyal bağ normatif bir bağıdır.

Cemiyetin nesci «mükellefiyet» lerden dokunmuştur. Yani, her hangi bir insan topluluğunu hukukçu gözüyle tetkik ederse, o topluluğun bir normatif nizam olduğunu ve bu nizamın o topluluğa dahil olan fertleri muayyen bir hareket hattı takip etmeğe sevk eden bir sürü mükellefiyetler doğurduğunu görürüz.<sup>(19)</sup>

Devlet nizamını diğeri normatif nizamlardan ayırdeden mümeyyiz vasıf zecri tesis etmesi, devlet normlarını, muayyen şartlar altında (devlet organı olarak) bir ferden diğeri bir ferd hakkında zecrî tedbir alacağını ifade etmeleridir. Yani, eğer bir ferd muayyen bir şekilde hareket edecek olursa ve meselâ muayyen bir şeyi yapar veya yapmaktan imtina ederse, devletin organı olan diğeri bir ferd ona karşı zecrî tedbir alır. Kelsen, bu tedbiri ikiye ayırmaktadır: Ceza ve cezanın tatbiki. Bu zecir tehdidinin gayesi, insanları zecrin tahakkukuna, tatbikine meydan vermiyecek şekilde harekete sevk etmektir.<sup>(20)</sup>

Demek oluyor ki, müellife göre, devlet bir ferde, diğeri bir ferd tarafından muayyen bir zecrin hangi şartlar altında tatbik olunabileceğini tanzim eden normlar sistemidir. Ancak, bu zecrin fiilen tatbik edilip edilmediği ve yine bu zecrin derecesi hukuku alâkadar etmez. Kelsen zecri hukukun muhtevası olarak ele almakta ve onun fiilen tatbik edilip edilmediğini hukuk dışı addetmektedir.

Müellif, zecri hukuk normunun bir vasfı olarak kabul etmek suretiyle klâsik hukuk nazariyesiyle birleşmekte, fakat klâsik müellifler gibi zecri hukukun fizik bir unsuru olarak ele alma-

(13) Kelsen, *Les Rapports.*, S. 244 - 245

(14) Kelsen, *Les Rapports.*, S. 234 ve 249.

(15) Simonovitch, *op. cit.*, S. 36.

(16) Kelsen, *Les Rapports.*, S. 242.

(17) Simonovitch, *op. cit.*, S. 37 Kelsen devlet ile hukukun aynı şey olduğu fikrinin ilim tarihinde başka bir misali bulunduğunu söylüyor. Filhakika, Allah ile dünya (veya tabiat) arasındaki münasebet meselesi tıpkı devlet ile hukuk arasındaki münasebet gibi ilk önceleri iki ayrı bütün arasında mevcut bir bağ olarak ele alınmıştır. Neden sonradır ki Allah fikrinin haddi zatında, bir kanunlar sistemi olarak kabul edilen tabiatın şahıslandırılmış şeklinden başka bir şey olmadığı anlaşılabilmiştir. Tıpkı onun gibi devlet de hukukî normlar sisteminin müşahhas şeklinden ibarettir. Kelsen, *op. cit.*, S. 247.

(18) Simonovitch, *op. cit.*, s. 38

(19) Kelsen, *Les Rapports.*, s. 241

(20) Kelsen, *Les Rapports.*, s. 242.

tan müstakil değildir. Bilâkis ona istinat eder.<sup>(13)</sup>

Nihayet, müellife göre, devlet ile hukuk arasında da ikilik yoktur. Devlet, hukukî nizamdan, hukukî nizamın müşahhas şeklinden başka bir şey değildir.

C — Kelsen'in devlet nazariyesi.— Kelsen, devlet ile hukuku birbirinden ayrı iki vakia gibi mütalâa eden klâsik nazariyeyi «bilgi mevzuunun vahdeti» postulatına riayet etmediği için tenkit ediyor. Devletin hukukî mefhumuna varabilmek, ancak; normatif metoda baş vurmakla mümkündür. Müellife göre, devleti, klâsik nazariye taraftarlarının yaptıkları gibi sosyal bir realite olarak ele almamak lâzımdır. Devleti bir realite olarak kabul eden nazariyeler onun cevherini kavrayamamışlardır. Zira devlet, umumiyetle ileri sürüldüğü gibi «teşkilatlanmış bir kudrete tabi insan topluluğu» değildir. Devlet, otoritesine ferdlerin tabi oldukları bir «nizam»dır. Başka bir söyleyiş şekliyle devlet «insan faaliyetlerinin tanziminden» ibarettir.<sup>(14)</sup>

Devletin sosyolojik ve hukukî teorilerini birbirinden ayırılmak lâzımdır.— Eğer diyor Kelsen, devletin realite plânında ve hukukun da idealite plânında olduğunu kabul edersek bu takdirde iki türlü bilgi mevzuu önümüze çıkar. Zira, biri «olan»ı diğeri «olması lâzımgelen»i tetkik eden bu iki farklı metod ortaya birbirinden ayrı iki bilgi mevzuu kor.<sup>(15)</sup> Bunlardan birincisi, illiyet kanununa tâbi sosyal realiteyi ince-

ler. Diğeri ise, yegâne hukukî metod olan normatif metodla, devletin hukukî mahiyetini araştırır. Yani birincisi, insanların cemiyet dahilindeki hakikî faaliyetleri üzerinde durur ve insan faaliyetlerine müessir olan sebepleri ve kanunları tesbit eder. İkincisi ise bilâkis, insanların nasıl hareket etmeleri lâzımgeldiğini ve bu bakımdan hareketlerini hangi . kanunlara tâbi tutmaları icabettiğini tetkik eder.<sup>(16)</sup> Bu suretle hususî normlardan başlayarak gittikçe daha umumî normlara varan bir normlar (düsturlar) sistemine varılır ki bu normların bir tabiat kanunu olan illiyet kanunuyla hiç bir alâkalı yoktur. İşte bu iki ayrı metodun birincisiyle devletin sosyolojik nazariyesi, ikincisi ile devletin hukukî nazariyesi elde edilir. Böylelikle, devlet hakkında birbirinden farklı iki mefhum ortaya çıkar:

1 — Tümevarım metodu ile ve illiyet kanununa istinaden elde edilen sosyolojik mefhum.

2 — Devletin normatif mefhumu.

Ancak, birbirine zıd olan bu iki mefhum aynı zamanda kullanıldı mı, Kelsen'e göre «bilgi mevzuunun vahdeti» ortadan kaybolur. Mademki, hukuk ilminin mevzuu, yalnız normatif metodla elde edilebilir; o halde hukuk bakımından devlet bizzat hukuktan yani hukuk normları sisteminden başka bir şey olmaz.<sup>(17)</sup>

Devlet bir normlar sistemidir.— Görülüyor ki, «metodun safiyeti» ve «bilgi mevzuunun vahdeti» gibi felsefî

mevzulardan hareket eden müellif, mantıkan devlet ile hukukun ayniyeti neticesine varmaktadır. Kelsen'e göre bir hukukçu nazarında devlet bir hukukî normlar mecmuasından başka bir şey olamaz. O, hukuk ilmi için devlet sosyolojisinin lüzumuna kani değildir. Hattâ, devletin izahını realitede «olan-Sein» âleminde araştırmak saçmadır. Çünkü, devlet sosyolojisi ile devletin hukukî teorisi arasında müşterek hiç bir nokta yoktur ve bunların sahaları başka başkadır. Filhakika, birincisi realite ile «olan» lar, vakialar âlemi ile meşgul olur. Halbuki ikincisi «olması lâzımgelen» sollen âlemi ile, normlarla iştilal eder. Kelsen, «devletin umumî nazariyesi hususunda bir görüş» adlı makalesinde, devletin hukukî teorisinin devletin sosyolojik teorisi ile tamamlanmak istenilmesinin hususî hukukun insanın psikolojisi ve biyolojisi ile tamamlanması teşebbüsü kadar gayri mantıkî olduğunu söylemektedir. Unutmamalıdır ki diyor müellif, hukukî normların muhtevasını biyolojinin, psikolojinin meşgul olduğu «insan»ın fonksiyonlara teşkil eylemez.<sup>(18)</sup>

Hülâsa, Kelsen'e göre devlet, tabiat kanunlarına tâbi sosyal veya psikolojik bir realite değildir. Bilâkis devlet ideal bir şekil, saf bir normlar mecmuasıdır. Devlet normatif hukukî nizamın bizzat kendisi veya başka bir ifade ile insan faaliyetlerinin tanzim edilmesidir.

Devleti diğeri normatif nizamlardan, ayırılmak mümeyyiz vasıf.—Devletin normatif vasfı, onu diğeri sosyal topluluklardan ayırılmak kâfi değildir. Çünkü, bunlar da birer normlar sistemidir. Her sosyal bağ normatif bir bağdır.

Cemiyetin nesci «mükellefiyet» lerdan dokunmuştur. Yani, her hangi bir insan topluluğunu hukukçu gözüyle tetkik edersek, o topluluğun bir normatif nizam olduğunu ve bu nizamın o topluluğa dahil olan fertleri muayyen bir hareket hattı takip etmeğe sevk eden bir sürü mükellefiyetler doğurduğunu görürüz.<sup>(19)</sup>

Devlet nizamını diğeri normatif nizamlardan ayırılmak mümeyyiz vasıf zecri tesis etmesi, devlet normlarını, muayyen şartlar altında (devlet organı olarak) bir ferdin diğeri bir ferd hakkında zecrî tedbir alacağını ifade etmeleridir. Yani, eğer bir ferd muayyen bir şekilde hareket edecek olursa ve mesele muayyen bir şeyi yapar veya yapmaktan imtina ederse, devletin organı olan diğeri bir ferd ona karşı zecri tedbir alır. Kelsen, bu tedbiri ikiye ayırmaktadır: Ceza ve cezanın tatbiki. Bu zecir tehdidinin gayesi, insanları zecrin tahakkukuna, tatbikine meydan vermiyecek şekilde harekete sevk etmektir.<sup>(20)</sup>

Demek oluyor ki. müellife göre, devlet bir ferde, diğeri bir ferd tarafından muayyen bir zecrin hangi şartlar altında tatbik olunabileceğini tanzim eden normlar sistemidir. Ancak, bu zecrin fiilen tatbik edilip edilmediği ve yine bu zecrin derecesi hukuku alâkadar etmez. Kelsen zecri hukukun muhtevası olarak ele almakta ve onun fiilen tatbik edilip edilmediğini hukuk dışı addetmektedir.

Müellif, zecri hukuk normunun bir vasfı olarak kabul etmek suretiyle klâsik hukuk nazariyesiyle birleşmekte, fakat klâsik müellifler gibi zecri hukukun fizik bir unsuru olarak ele alma-

(13) Kelsen, *Les Rapports.*, S. 244 - 245

(14) Kelsen, *Les Rapports.*, S. 234 ve 249.

(15) Simonovitch, *op. cit.*, S. 36.

(16) Kelsen, *Les Rapports.*, S. 242.

(17) Simonovitch, *op. cit.*, S. 37 Kelsen devlet ile hukukun aynı şey olduğu fikrinin ilim tarihinde başka bir misali bulunduğunu söylüyor. Filhakika, Allah ile dünya (veya tabiat) arasındaki münasebet meselesi tıpkı devlet ile hukuk arasındaki münasebet gibi ilk önceleri iki ayrı bütün arasında mevcut bir bağ olarak ele alınmıştır. Neden sonradır ki Allah fikrinin haddi zatında, bir kanunlar sistemi olarak kabul edilen tabiatın şahıslandırılmış şeklinden başka bir şey olmadığı anlaşılabilmiştir. Tıpkı onun gibi devlet de hukukî normlar sisteminin müşahhas şeklinden ibarettir. Kelsen, *op. cit.*, S. 247.

(18) Simonovitch, *op. cit.*, s. 38

(19) Kelsen, *Les Rapports.*, s. 241

(20) Kelsen, *Les Rapports.*, s. 242,



maktadır. Yani Kelsen, hukuk normunun esas olarak doğrudan doğruya zecrî tedbiri değil de zecrî tedbir alınması prensibini kabul ediyor.

Devlet muayyen bir teşkilâta sahip olmalıdır.— Devlet bir hukukî nizamdır, fakat her hukukî nizam devlet değildir. Bir hukukî nizamın devlet olabilmesi için, hukuk normlarını ortaya koymak ve tatbik edebilmek fonksiyonlarını haiz hususî organlara sahip bulunması lâzımdır.

Devletten önceki cemiyetlerde, hukuk normları, örf hukukundan istidlat olunur ve bu normlar muayyen bir teşkilâta tabi olmayan ferdler tarafından tatbik edilirdi. Zamanla merkezî bir kudret belirmiş ve teşkilâtlanmıştır. Evvelâ merkezi idare, daha sonra mahkemeler ve nihayet teşriî iktidar vücut bulmuştur. İşte, hakikî devlet bu organlarla birlikte meydana çıkmıştır.<sup>(21)</sup>

Devlet nizamının vasıfları mer'iyet (validite) ve müessiriyet (efficacite).— Kelsen'e göre devlet nizamı mer'i, hukukan muteber bir nizam olmalıdır. Devlet nizamına mer'iyetini sağlayan nedir? Bazı müellifler, devleti tebaayı teşkil eden insan topluluğuna üstün bir kuvvet olarak ele almışlar ve devlet nizamının mer'iyetini bu kuvvete istinat ettirmişlerdir. Diğer bazı müellifler ise devletin bir «irade» olduğunu veya devletin bir «iradesi» bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Onlara göre, bu irade fertlerin iradesinden ayrıdır. Hiç şüphesiz devletin bu iradesi veya bir irade olan devlet vasıta olarak ferdleri ve onların iradesini kullanır. Fakat devletin iradesi ona tabi ferdlerin iradeleriyle karıştırılmaz, hattâ bu idarelerin mecmuu da değildir. Devletin iradesi ferd

iradelerinin yekûnundan fazla ve ona üstündür. İşte devlet nizamının mer'iyeti bu üstün iradeye istinat ettiği içindir.

Kelsen, bu iki görüşü de reddediyor. Ne kuvvet ne de irade hukuk yaratamaz. Çünkü her ikisi de birer «vakıa»dır. Bir vakıadan asla hukukî bir mükellefiyet doğmaz. Vakıalar âlemi yani «olan»lar âlemi ile «olması lâzım gelen»ler âlemi birbirinden tamamen ayrıdır. Birinden öbürüne geçmeğe imkân yoktur.

O halde bir hukuk normunun mer'iyeti, yeni bir hukuk normunun bir mükellefiyet yaratması keyfiyeti ancak daha üstün bir norma istinat etmesinden tevellüt eder. O norm da mer'iyetini kendinden daha üstün diğer bir normdan alır. Bu suretle normdan norma anayasaya kadar çıkılabilir. Ancak anayasa mer'iyetini nereden alacaktır? Kelsen buna: anayasaya üstün olan bir normdan: «temel - normdan» cevabını veriyor. Bu temel - norm müsbet hukukta yoktur. Bu bir «mantıkî faraziye»dir. Anayasanın üstünde bizim hukukçu gözüyle göremeyeceğimiz bir temel - normun, aslı bir normun mevcudiyetini farazi olarak kabul etmekteyiz lâzımdır. İşte bu temel - norm bütün hukuk sisteminin mer'iyetini sağlar, hukukun esasını temelinin teşkil eden bu farazi normdur. Aksi takdirde, yani temel - norm faraziyesi kabul edilmediği takdirde, devlet nizamının mer'iyetini makul bir esasa istinat ettirmeğe imkân yoktur.

Hülâsa, müellife göre, müsbet anayasanın fevkinde farazî bir esas teşkilât, bir kesin buyruk (imperatif categorie) vardır ki, neticede hukukun te-

melini, devlet nizamının esasını ve mer'iyetini teşkil eden ve sağlayan odur.<sup>(22)</sup>

Devlet nizamının mer'iyeti demek bu nizamın ortaya koyduğu emir ve nehlere uyulmanın bir mükellefiyet olarak telâkki edilmesi demektir. Bu mükellefiyet tamamen mantıkî, aklı bir mükellefiyettir. Yani, ferdlerin hareketlerini muayyen normlara uydurmaları lâzımı, fiiliyatta fertler o normlara her zaman riayet etmeseler dahi, ortadan kalkmaz. Hattâ, bir hukuk normunun mer'iyeti her zaman ve behemahal fiiliyatta o norma riayet olunmasını tazammun etmez. İnsanların e'aliyle, kaidelerin icabatının mutlak bir mutabakatı gerekli değildir. Hattâ, böyle bir mutabakatın normun mahiyetini değiştireceği bile ileri sürülebilir. Zira, sosyal vakıalarla hukuk normu arasında bir mutabakat olduğu takdirde bu bir hukuk normu olmaktan çıkar, tabii bir kanun, illiyet kanununun tevliit ettiği bir müna-sebet olur. Demek oluyor ki, norma bazı defa aykırı hareket edilmesi onun mer'iyetini haleldar etmek şöyle dursun hukuk normunun normatif vasfını takviye eder.

Buna mukabil, eğer bir hukukî norma veya nizama hiç riayet edilmiyorsa, başka bir ifade ile bu normlar nizamının süjeleri o nizamın icaplarına hiç riayet etmiyorlarsa, bu nizamın mer'iyetini iddia etmek saçma olur.

Bu suretle Kelsen, hukukî nizamın mer'iyetine iki hudut tayin etmektedir. Bir asgarî had ki bunun altında hukukî nizamın mer'i addolunmasına imkân yoktur ve bir azamî had ki bunun üstünde mevzu bahis nizam normatif bir nizam olmaktan çıkar ve tabii bir nizam olur.

Devlet nizamının mer'iyeti ile vakıalar arasındaki münasebeti, müellife göre, şu şekilde tespit etmek lâzımdır: bir devlet nizamını muteber ve mer'i addebilmek için o nizama tabi olanların bir dereceye kadar o nizamın icaplarına uymaları lâzımdır. Aksini iddia etmek doğru olmaz. Hiç şüphesiz bugün dahi, meselâ Çarlık nizamının hâlâ Rusya'da mer'i olduğunu iddia eden bazı inatçılarına rastlanır. Bunlar, ihtilâldenberi cereyan eden hadiseleri (hukukî nizam gayri meşru yollardan tadil edildiğine göre) hukuka aykırı addederler. Bu, mânâsız bir düşünce tarzıdır. Zira, halen, mevcut hiç bir şeyi meşru telâkki etmeyen bir nizamın, mer'iyetini iddia ne ifade eder? Fakat buna mukabil, normatif nizama tabi olanların e'fal ve hareketinin onun icaplarına mutlak bir mutabakatını da talep etmemek lâzımdır. Çünkü, bu normlara aykırı hareket etmenin de «mümkün olabilmesi» gerektir. Aksi takdirde bu bir normatif nizam olmaz.

Hülâsa, realite normatif nizamın tam bir makesi olamaz. Bununla beraber, gerçek hayatta bu ideal şekil ile asgari bir müşabehet arzemesi zaruridir.<sup>(23)</sup>

Devlet nizamı, sadece mer'i değil, aynı zamanda müessir (efficace) bir nizam olmalıdır. Yani, bu nizama yalnız hukukan riayet edilmesinin lâzımgelmesi kâfi değildir. Ona fiilen de az veya çok riayet olunmalıdır. Ancak burada bir yanlış anlayışa meydan vermemek lâzımdır. Hakikatte müessiriyet, hukuk mefhumuna girmez. İnsanlar hukuk normlarına itaat ettiren, bizzat bu normlar değildir. Fertler, hukuk normlarını benimserler, bu normlar insanların şuurunda yer eder. İnsanlar bu normları «düşünürler». İşte müessiriyete

(21) Kelsen, *Les rapports*, 245-246 burada Kelsen'in devlet mefhumuna, organ ve teşkilâtlanma gibi normatif olmayan unsurları soktuğunu görüyoruz. Bk Simonovitch, *op cit.*, S. 43

(22) Coste - Floret, *op. cit.*, S. 39 - 40

(23) Kelsen, *Les rapports*, S. 237

maktadır. Yani Kelsen, hukuk normunun esas olarak doğrudan doğruya zecrî tedbirini değil de zecrî tedbir alınması prensibini kabul ediyor.

Devlet muayyen bir teşkilâta sahip olmalıdır.— Devlet bir hukukî nizamdır, fakat her hukukî nizam devlet değildir. Bir hukukî nizamın devlet olabilmesi için, hukuk normlarını ortaya koymak ve tatbik edebilmek fonksiyonlarını haiz hususî organlara sahip bulunması lâzımdır.

Devletten önceki cemiyetlerde, hukuk normları, örf hukukundan istidlal olunur ve bu normlar muayyen bir teşkilâta tabi olmayan ferdler tarafından tatbik edilirdi. Zamanla merkezî bir kudret belirmiş ve teşkilâtlanmıştır. Evvelâ merkezi idare, daha sonra mahkemeler ve nihayet teşriî iktidar vücüt bulmuştur. İşte, hakikî devlet bu organlarla birlikte meydana çıkmıştır.<sup>(21)</sup>

Devlet nizamının vasıfları mer'iyet (validite) ve müessiriyet (efficacite).— Kelsen'e göre devlet nizamı mer'i, hukukan muteber bir nizam olmalıdır. Devlet nizamına mer'iyetini sağlayan nedir? Bazı müellifler, devleti tebaayı teşkil eden insan topluluğuna üstün bir kuvvet olarak ele almışlar ve devlet nizamının mer'iyetini bu kuvvete istinat ettirmişlerdir. Diğer bazı müellifler ise devletin bir «irade» olduğunu veya devletin bir «iradesi» bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Onlara göre, bu irade fertlerin iradesinden ayrıdır. Hiç şüphesiz devletin bu iradesi veya bir irade olan devlet vasıta olarak ferdleri ve onların iradesini kullanır. Fakat devletin iradesi ona tabi ferdlerin iradeleriyle karıştırılamaz, hattâ bu idarelerin mecmuu da değildir. Devletin iradesi ferd

iradelerinin yekûnundan fazla ve ona üstündür. İşte devlet nizamının mer'iyeti bu üstün iradeye istinat ettiği içindir.

Kelsen, bu iki görüşü de reddediyor. Ne kuvvet ne de irade hukuk yaratamaz. Çünkü her ikisi de birer «vaktî»dir. Bir vaktîden asla hukukî bir mükellefiyet doğmaz. Vaktîler âlemi yani «olan»lar âlemi ile «olması lâzım gelen»ler âlemi birbirinden tamamen ayrıdır. Birinden öbürüne geçmeğe imkân yoktur.

O halde bir hukuk normunun mer'iyeti, yeni bir hukuk normunun bir mükellefiyet yaratması keyfiyeti ancak daha üstün bir norma istinat etmesinden tevellüt eder. O norm da mer'iyetini kendinden daha üstün diğer bir normdan alır. Bu suretle normdan norma anayasaya kadar çıkılabilir. Ancak anayasa mer'iyetini nereden alacaktır? Kelsen buna: anayasaya üstün olan bir normdan: «temel - normdan» cevabını veriyor. Bu temel - norm müsbet hukukta yoktur. Bu bir «mantıkî faraziye»dir. Anayasanın üstünde bizim hukukçu gözüyle göremeyeceğimiz bir temel - normun, aslî bir normun mevcudiyetini farazi olarak kabul etmeliğimiz lâzımdır. İşte bu temel - norm bütün hukuk sisteminin mer'iyetini sağlar, hukukun esasını temelinin teşkil eden bu farazi normdur. Aksi takdirde, yani temel - norm faraziyesi kabul edilmediği takdirde, devlet nizamının mer'iyetini makul bir esasa istinat ettirmeğe imkân yoktur.

Hülâsa, müellife göre, müsbet anayasanın fevkinde farazî bir esas teşkilât, bir kesin buyruk (imperatif categorie) vardır ki, neticede hukukun te-

melini, devlet nizamının esasını ve mer'iyetini teşkil eden ve sağlayan odur.<sup>(22)</sup>

Devlet nizamının mer'iyeti demek bu nizamın ortaya koyduğu emir ve nehi-lere uyulmanın bir mükellefiyet olarak telâkki edilmesi demektir. Bu mükellefiyet tamamen mantıkî, aklî bir mükellefiyettir. Yani, ferdlerin hareketlerini muayyen normlara uydurmaları lüzumu, fiiliyatta fertler o normlara her zaman riayet etmeseler dahi, ortadan kalkmaz. Hattâ, bir hukuk normunun mer'iyeti her zaman ve behemahâl fiiliyatta o norma riayet olunmasını tazammun etmez. İnsanların e'aliyle, kaidelerin icabatının mutlak bir mutabakatı gerekli değildir. Hattâ, böyle bir mutabakatın normun mahiyetini değiştireceği bile ileri sürülebilir. Zira, sosyal vaktîlerle hukuk normu arasında bir mutabakat olduğu takdirde bu bir hukuk normu olmaktan çıkar, tabîî bir kanun, illiyet kanununun tevliit ettiği bir müna-sebet olur. Demek oluyor ki, norma bazı defa aykırı hareket edilmesi onun mer'iyetini haleldar etmek şöyle dursun hukuk normunun normatif vasfını takviye eder.

Buna mukabil, eğer bir hukukî norma veya nizama hiç riayet edilmiyorsa, başka bir ifade ile bu normlar nizamının süjeleri o nizamın icaplarına hiç riayet etmiyorlarsa, bu nizamın mer'iyetini iddia etmek saçma olur.

Bu suretle Kelsen, hukukî nizamın mer'iyetine iki hudut tayin etmektedir. Bir asgarî had ki bunun altında hukukî nizamın mer'i addolunmasına imkân yoktur ve bir azamî had ki bunun üstünde mevzu bahis nizam normatif bir nizam olmaktan çıkar ve tabîî bir nizam olur.

Devlet nizamının mer'iyeti ile vakıalar arasındaki münasebeti, müellife göre, şu şekilde tespit etmek lâzımdır: bir devlet nizamını muteber ve mer'i addebilmek için o nizama tabi olanların bir dereceye kadar o nizamın icaplarına uymaları lâzımdır. Aksini iddia etmek doğru olmaz. Hiç şüphesiz bugün dahi, meselâ Çarlık nizamının hâlâ Rusya'da mer'i olduğunu iddia eden bazı inatçılara rastlanır. Bunlar, ihtilâldenberi cereyan eden hadiseleri (hukukî nizam gayri meşru yollardan tadil edildiğine göre) hukuka aykırı addederler. Bu, mânâsız bir düşünce tarzıdır. Zira, halen, mevcut hiç bir şeyi meşru telâkki etmeyen bir nizamın, mer'iyetini iddia ne ifade eder? Fakat buna mukabil, normatif nizama tabi olanların e'fal ve hareketinin onun icaplarına mutlak bir mutabakatını da talep etmemek lâzımdır. Çünkü, bu normlara aykırı hareket etmenin de «mümkün olabilmesi» gerektir. Aksi takdirde bu bir normatif nizam olmaz.

Hülâsa, realite normatif nizamın tam bir makesi olamaz. Bununla beraber, gerçek hayatta bu ideal şekil ile asgari bir müşabehet arzemesi zaruridir.<sup>(23)</sup>

Devlet nizamı, sadece mer'i değil, aynı zamanda müessir (efficace) bir nizam olmalıdır. Yani, bu nizama yalnız hukukan riayet edilmesinin lâzımgelmesi kâfi değildir. Ona fiilen de az veya çok riayet olunmalıdır. Ancak burada bir yanlış anlayışa meydan vermemek lâzımdır. Hakikatte müessiriyet, hukuk mefhumuna girmez. İnsanları hukuk normlarına itaat ettiren, bizzat bu normlar değildir. Fertler, hukuk normlarını benimserler, bu normlar insanların şuurunda yer eder. İnsanlar bu normları «düşünürler». İşte müessiriyete

(21) Kelsen, *Les rapports*, 245-246 burada Kelsen'in devlet mefhumuna, organ ve teşkilâtlanma gibi normatif olmayan unsurlar soktuğunu görüyoruz. Bk. *Simonovitch*, *op cit.*, S. 43

(22) Coste - Floret, *op cit.*, S. 39 - 40

(23) Kelsen, *Les rapports*, S. 237



ti sağlayan bu düşüncedir. Zira, bu düşünce, ferdleri; faaliyetlerini hukuk normlarına uygun bir hale sokmağa sevkeder. Meselâ bir kimsenin hırsızlık etmek arzusuna kapıldığını tasavvur edelim. O kimsenin hatırına devletin «hırsızlık etmiyeceksin» şeklindeki emri gelir ve bu düşünce onu hırsızlıktan vazgeçirir.

Haddizatında hukuk normu psikoloji dışı bir şeydir. «Olması lâzım-gelen»i ifade eder. Bir normun mer'iyeti ile tabiatın determinizmine tabi her hangi bir şeyin realitesi arasında hiç bir münasebet yoktur. Fakat «norm fikri» tamamen psikolojiktir, bir vakıadır. Binaenaleyh, sebep veya netice olabilir. Müessir olan, yani ferdlerin faaliyetlerini norma uydurmalarını sağlayan bu «norm fikri»dir. Binaenaleyh «mer'i» olan, yani uyulması gereken norm ile o normun ferdlerin faaliyetlerine tatbikini sağlayan, yani o normu müessir kılan, şuurumuzdaki intibamı sarîh bir şekilde birbirinden ayırdetmek lâzımdır.<sup>(24)</sup> Görülüyor ki, devlet nizamı sadece mer'i olan değil, fakat aynı zamanda fiilen tatbik edilen, müessir olan bir nizamdır. Ancak bundan, devlet nizamının tabîî nizama mümasil olduğu neticesini çıkarmamak lâzımdır.

İnsanların, devlet nizamına niçin riayet ettiklerini tesbit etmek güçtür. Bununla beraber, denilebilir ki, ekseriya veya daima münhasıran devletin emrini düşündükleri için değildir. Ferdlere suç işlemekten alıkoyan ekseriya dinî veya ahlâki mülâhazalardır. Yani ferdler, sadece devletin koyduğu kaideye bağlı olan mücyyide korkusu ile değil, fakat, Allaha inandıkları için, hemcinslerinin iyiliğini veya etraflarının kendilerine

karşı göstermekte olduğu itibarı sarsmamağı düşündükleri için devletin emirlerine riayet ederler.

Devlet kudreti.— Kelsen'e göre devlet kudreti devlet nizamı hakkında beslenen kanaatlerin muharrik kuvvetinden başka bir şey değildir.<sup>(25)</sup> Devlet nizamı ise, muayyen bir ülke üzerinde muayyen bir zaman için (yani devletin devamı müddetince) mer'i olan hukukî normlar mecmuasıdır.

Devlet kudretinin cevheri ferdleri devlete tabi kılmaktır. Devlet, bu kudret sayesinde ferölere hükmeder, yani devlet kudreti ferdleri devletin tebaası yapar. Fert için devlet, itaat edilmesi mecburi bir nizam, normatif bir nizamdır.<sup>(26)</sup>

Devlet kudreti sadece bir vakta değildir. Eğer böyle olsaydı illiyet kanununa tabi olurdu. Vakıa, bir ferdin — irade beyaniyle veya şiddet istimaliyle— diğer bir ferdin ef'alini tanzim etmesi esasında herhangi fizik bir sebepten ayırdedilemez. Eğer devlet kudreti sadece bu tarzda bir müessiriyete sahip olsaydı devlet ile tebaa arasındaki münasebetleri diğer tabîî hadiselerden ayırdetmeğe imkân olmaz ve bu münasebetler illiyet kanununa tabi münasebetlerden farksız olurdu. Bu tarzda bir anlayış, nihayet, doğrudan doğruya hakkı kuvvetin yarattığını kabule götürür.

Halbuki, devletin «kudreti» veya «buyurma kudreti» dediğimiz zaman, devletin veya onu temsil eden şahsın veya şahısların sadece fiilen emretmek kuvveti, diğer ferdlerin faaliyetlerine müteallik bir irade beyan etmek kuvveti olduğunu değil, fakat aynı zamanda, bunu yapmak selâhiyetine de sahip bu-

lunduğunu ve buna mukabil yalnız ferdlerin fiilen devlete itaat ettiklerini değil fakat itaat etmeleri lâzımgeldiğini, buna mecbur olduklarını anlarız.

Bütün bunlar, aynı zamanda hem normu vaz'edenin hem de o norma tabi olanın hareketlerini tesbit eden bir nizam sayesinde.<sup>(27)</sup> Amme kudretinin neticesi, ferdleri diğer ferdlere tabi kılmak değil, fakat ferdleri onlara bir mükellefiyet yükleyen normlara tabi kılmaktır. Eğer «devlet = normatif nizam» anlamı terkedilecek olursa, devletin mevcudiyetini inkâr ve sadece maddî kuvvet münasebetlerini kabul eden anarşistlerin görüş tarzlarıyla birleşmiş olur. Halbuki devlet ile ferdlerin münasebetleri hukukî münasebetlerdir.

Ç— Kelsen'in hukuk ve devlet nazariyelerinin tenkidi.— Kelsen'in açmış olduğu normativizm çığır, muhtelif cephelerden çok ağır tenkitlere maruz kalmıştır. Bilhassa Duguit ve Hauriou gibi Fransız müellifler Kelsen doktrinine şiddetle itiraz etmişlerdir. Bundan başka normativizmin menşei memleketi Avusturya olmakla beraber bu nazariye Avusturya'da büyük bir mukavemete maruz kalmıştır. Başta Sander olmak üzere, Othmar Spann, Hold-Ferneck, Erich Voegelin gibi birçok Avusturyalı hukukçular Kelsen'in hukuk ve devlet nazariyesini tenkit etmişlerdir.<sup>(28)</sup>

İ— Her şeyden önce, Kelsen'in takip ettiği metodu ve kabul ettiği bilgi nazariyesini bir çok müellifle lüzumundan fazla cezrî bulmaktadırlar. Ezcümle (metod bilginin mevzuunu yaratır) postulat'ı aşırı bir telâkkinin mahsulüdür. Hiç şüphesiz, bilgi edinen kimsenin mantığı ile bilgi mevzuu arasında bir

münasebet vardır. Ancak tutulan metod, bilgi mevzuunu yaratmaz. Belki o mevzuu, tetkik edilebilecek diğer mevzulardan ayırdeder. Yani, insan akli obje yaratmaz, diğer mevcuttan ayırdedilmiş, obje mevhumları meydana kor.

Aynı objenin iki ayrı zaviyeden tetkik olunamayacağı da münakaşa götürür. Bir kimse, bir arsa satın alacak olursa bu arsanın evvelâ hukukî durumunu, yani meselâ, ipotekli olup olmadığını; daha sonra yine aynı arsanın ziraate elverişli bulunup bulunmadığını ve yine o arsanın bulunduğu mahallin estetik hususiyetlerini pekâlâ inceleyebilir. Şüphesiz, bu kimsenin dikkati, tetkik zaviyesine göre, başka başka unsurlar üzerinde duracaktır. Bunun neticesi olarak, her defa, önüne yeni bir obje çıktığı belki nazarı olarak kabul edilebilir. Fakat, hakikatte, bütün bu unsurları aynı objeni ihtiva etmekte olduğunu unutmamak lâzımdır.<sup>(29)</sup> Bilhassa sosyal ilimlerin mevzuları birbirine o derece giriftirdirler ki, metod uğruna realiteyi parçalamaya kalkışmak, bizi nâtamam ve yanlış fikirlere sevkeder.

Kaldı ki, hakikat halde «olan» ve «olması lâzımgelen» âlemler arasında Kelsen'in tevehhüm ettiği aşılmaz uçurum yoktur. Norm ile realite birbirinden ayrı değildir. Realite normu ihtiva eder. Realite ve normun birbirleriyle münasebetleri vardır. Mevcut olan şeylere, mevcut olması lâzımgelen şeylerin, tahakkuk etmiş kısmı nazariye bakılabılır. Zira; realiteye istinat ederek norma varılır ve normun çekirdeği realitedir.<sup>(30)</sup>

Gerek hukuk ve gerek devlet mevhumlarının hem olan hem de olması lâzımgelen âlemleriyle münasebeti var-

(24) Kelsen, *Les rapports*, S. 236

(25) Simonovitch, *op. cit.*, S. 48

(26) Kelsen, *Les rapports*., S. 252

(27) Kelsen, *Les rapports*, S. 253

(28) Simonovitch, *op. cit.*, S. 109

(29) Peretiatkovicz, *op. cit.*, S.230

(30) Simonovitch, *op. cit.*, S.119

dir.<sup>(31)</sup> Görülüyor ki sosyolojik metodu hukukî metodun zıddı olarak kabul etmek hatadır. Sosyolojik metod hukuk sahasında bir yardımcı metoddur. Sosyal realite, sosyal hadiseler ve bunların tabii olduğu kanunlar bilinmeden hukuka, normlara varılamaz.

2— Kelsen'in aşırı pozitivism ve formalizm'ine en fazla itiraz eden Houriou olmuştur. Fransız üstadına göre, böyle bir noktadan kabul edildiği takdirde hukukçunun vazifesi sadece mevcut ve müsbet hukuk ile meşgul olmaktır. Hakim için, hukukçu için yeni hukuk kaidesi yaratmak yolu kapanmıştır. Bu takdirde, tabii hukuk, tabii mükellefiyet; adalet prensipleri hukukçu için artık bahis mevzuu olmayacak ve hukukçu sadece müsbet hukuka müracaatla iktifa zorunda kalacaktır. Bu boşluk o derece tehlikelidir ki, Kelsen bile bunu farazi bir anayasa (veya temel-norm) ile doldurmak istemiştir. Bu temel norm henüz müsbet hukuka girmemiş prensipleri ihtiva etmektedir. Ancak burada iki şık vardır: hakim bu temel normu ya nazarı itibara almaya- cak veya alacaktır. Almadığı takdirde, temel normun hiçbir rolü yoktur ve binaenaleyh tehlikeli boşluk mevcut kalmaktadır. Aldığı takdirde ise Kelsen sisteminin mantıkî insicamı ortadan kalkmaktadır. Çünkü bu temel norm şekli hukuktan madut değildir. Halbuki Kelsen, sistemini sadece müsbet ve şekli hukuk normlarına istinat ettirdiği iddiasındadır. Bundan başka hukukun formal anlamı, pratike de tesir edecek ve hukukçuları ve bilhassa hakimleri tipki «Figaro'nun düğü»nünde Beaumarchais'nin yarattığı cahil ve şekilperest hâkim tipi olan Brid'oison'a benzete-

cektir. Bu hal bilhassa usul hukuklarında kendini gösterecek ve meselâ beyyaneler de sırf şekli olacak ve beyyine serbestisi sistemi ortadan kalkacaktır.<sup>(32)</sup>

3—Hukukta gaf (teleologique) mülahazaların yeri olmadığı fikri de şiddetle tenkit edilmiştir.— Kelsen'in müfrit şekilciliği onu böyle bir neticeye vadmaktadır. Filhakika, müellife göre, hukuk ilmi bir hadisenin sadece şekli ile meşgul olur. O hadisenin muhtevası, sosyolojinin, tarihin veya siyaset ilimlerinin mevzuuna teşkil eder. Hukuk mefhumları, hiç bir zaman sarih bir şekilde tesbit edilemeyecek olan muhtevalarına değil şekli vasıflara istinat ettirilmelidir.

Hukuk mefhumlarının şekli vasıflara istinat ettirilmeleri fikri doğru olabilir. Ancak, bu şekli vasıfların tesbitinde bir hukuk müessesesinin hizmet edeceği sosyal gaye ihmal edilemez. Sosyal gayelerinden tecerrüt ederek hukukî mefhumlardan faydalanmak imkânsızdır. Ezcümle, hukukun sosyal rolünden tecerrüt ederek hukukî mükellefiyette bahsedilemez. Jellinek bile, «insanlar arasındaki münasebetlerin cevherine varmadan» ilmi kıymeti olan hukukî neticeler istihsal etmenin kabil olmadığını söylemektedir.<sup>(33)</sup> Kanunların tefsiriyle meşgul olmuş her hukukçu, bir kanun hükmünün ekseriya bir çok başka tefsirlere meydan verebilecek şekilde olduğunu ve bu takdirde, kanunun ne maksada yapıldığı, umumiyetle hukukun gayesi, müşterek iyilik; adalet; emniyet gibi gaye mülahazasının mühim rol oynadığını pek güzel bilir. Ancak Kelsen, tefsirin müsbet hukukun bir tahlili olduğunu ve tefsir sayesinde mevcut kaidelere istinat ederek yeni ka-

ideler elde edileceğini hattâ kanunlarda boşlukların (lacune) mevcut bulunacağını kabul etmiyor. Müellife göre, kanunda boşluk yoktur. Boşluk denilen şey hukukçunun, kanunun yerine kendi ideolojisini tatbik etmek için kullandığı bir formüldür. Bu düşünüş tarzı, medenî hukukun tefsiriyle pek az meşgul olmuş «hukukçu - filozof» a mahsus bir düşünce tarzıdır. Pratikte ekseriya, tatbik olunması lâzımgelen kanun derin bir tefsiri tahlil neticesinde bulunabilir. Kelsen: «Kanun saçma bir muhtevaya sahip olabilir, bu takdirde hiç bir tefsir ona bir mâna veremez» dediği zaman da hukukçudan ziyade filozofa hitap etmektedir. Zira bilindiği gibi, hukukçunun rolü, her hal ve kârda, mükemmel olmasa bile kabul edilebilecek: yani umumiyetle hukukun gayesine en uygun bir hal çaresi bulmaktır. Eğer, kanunların tefsiri ve hukuk normlarının mantıkî istidlaller sayesinde teşmili umumiyetle kabul edilmemiş olsa idi, bütün Roma hukuku sistemi hiç bir zaman meydana gelemezdi. Çünkü, modern Avrupa kültürü üzerinde bu derece kuvvetli bir tesir icra eden bu sistem, doğrudan doğruya on iki levha kanununun gayet geniş bir şekilde gaf (teleologique) tefsirinden vücade gelmiştir. Binaenaleyh, Kelsen tarafından teklif edilen gaye mefhumunun hukuk sahası dışında bırakılması kabul edilemez ve bu hukuk nazariyesinin başlıca çürük noktalarından birini teşkil eder. Hukukî araştırmalar için teleologique metod, yani gaye mülahazası esastır.<sup>(34)</sup>

4 — Kelsen'in hukuk normunun mümeyyiz vasfı hususunda ileri sürdüğü fikirler de itirazları mucip olmuştur. Filhakika, hukuk normunun mümeyyiz

vasfı, müellifin iddia ettiği gibi, o norma itaat etmemenin «mümkün olabilmesinde» değildir. Zira, bir norma itaat edilmesi onun norm olmak vasfını ortadan kaldırmaz. O norm mevcut iken ona uygun olarak yapılan tasarruflar, eğer o norm mevcut olmasaydı belki de aynı şekilde yapılmazdı. Bir hukuk normu vazedilirken ideal olan herhalde ve bilaistisna o norma riayet edilmesidir ve bir norma ne kadar fazla riayet olunursa, o norm, hakikî mahiyetini o derece iktisap eder ve tabii kanuna yaklaşır. Esasen bu bakımdan da hukuk normu ile tabiat kanunu birbirlerine tamamen zıt olarak göstermek hatalıdır. Hülâsa, hukuk normuna itaat etmemenin «mümkün olabilmesi» keyfiyeti hakikatte varid olsa dahi, bir hukuk normunun mümeyyiz vasfı olarak ele alınması doğru değildir. Zira bu cihet, hukuk normunun hakikî mahiyetini bize göstermez.<sup>(35)</sup>

Bundan başka Kelsen, hukuk normlarının rolünü de değiştirmiştir. Zira, birinci derecedeki normlar, müellifin iddia ettiği gibi; müeyyide koyan ve bu müeyyidenin tatbikini emreden normlar değil, bilâkis, Kelsen'in ikinci derecede normlar dediği, ferdlere bazı emir ve nehilere bulunan normlardır. Müellif, normların sırasını değiştirmek suretiyle hukuka sadece menfi bir mahiyet vermiştir. Ona göre hukuk, yalnız «hukukî hayatın marazlarıyla» pathologie'siyle uğraşır. Halbuki, normların esasî ceza tatbikinde değil, verdikleri emir ve nehilere dindir. Kaldı ki, her hukuk normu bir bütün olarak hukukun haiz bulunduğu vasıfları haiz olamaz. Kelsen'in bu telâkkisi, karşılığında müeyyide olmamakla beraber hukukî vazii-

(31) Duguit ters taraftan mübalağaya düşerek hukuku sadece olan alemine ithal ediyor. *Traite*, c. I, S. 64

(32) Houriou, *Precis de droit; constitutionnel*, Paris 1929, Preface, S. 9-10

(33) Peretiakowicz, *op. cit.*, S. 233.

(34) Peretiakowicz, *op. cit.*, S. 234

(35) Simonovitch, *Hold-Ferneck. den nakten*, *op. cit.*, S. 122

yetler yaratan bir çok hukuk kaidesini hukuk sisteminin dışında bırakmaktadır.<sup>(36)</sup>

5 — Kelsen'in iddia ettiği gibi hukukun sadece bir normlar sistemi olduğu da kabule şayan değildir. Hakikatte, hukuk denilen şey; hem bir normlar sistemi, hem de, bu normlara uyularak yapılan tasarruflardır. Hukuk normlarını; taallük ettikleri vakıalardan ayırmak imkânsızdır. Bu o kadar doğrudur ki, bizzat Kelsen dahi vakıalar âleminde cereyan eden şeyleri nazarıtibara almak mecburiyetinde kalmıştır. Meselâ «müessiriyet» vakıalar âlemine dahildir. Hukuk bir normlar sistemi değil, normlarla organların birbirlerini takip ettikleri bir sistemdir. Hukukî meratibin en sonunda- hukuk normları gereğince ifa edilmiş vakıalar vardır. Bu vakıalar zarurî olarak hukukî vakıalardır, çünkü hukukî vaziyetler tevhit ederler. Meselâ adli veya idarî kararlar mucibince veya mukaveleler mucibince yapılan tasarruflar bu kabildendir. Görülüyor ki hukuk sadece «olması lâzımgelelen» ile meşgul olmuyor «olanı» da ihtiva ediyor.<sup>(37)</sup>

6 — Kelsen'in sübjektif hakları inkâr etmesi keyfiyetinin neticeleri çok tehlikeli olabilir. Filhakika sübjektif hakların inkârı yalnız siyasî değil fakat medenî hürriyeti bile ortadan kaldırılabılır. Hukukun ferdiyetçi esasını terketmek, ister istemez; cemiyetin ferdiyetçi esasını inkâra sevkeder. Şahıs hürriyeti, bir takım haklarla ifade edilemediği takdirde; mevcut değil addolunabilir.<sup>(38)</sup> Bu suretle hürriyetin üstünlüğünün yerine

otoritenin üstünlüğü kaim oluyor demektir.

7 — Devlet ile hukukun aynı şey olduğu iddiası da aynı neticeyi doğurur. Filhakika, Duguit'nin de ifade ettiği veçhile; bu takdirde devleti hukuk ile takyit imkânı kalmaz.<sup>(39)</sup> Zira, artık devletin dışında hukuk yoktur. Hukuk, müsbet hukuka; yani devletin kanunlarına inhisar etmektedir. Halbuki devletin hukukan takyit edilebilmesi için hukukun devlete üstün ve ondan hariç olması lâzımgelir. Kaldı ki, devlet; sadece hukukî normlar vazetmekle iktifa eylemez. Devletin faaliyeti yanında bu hukukî normların derpiş etmedikleri bir çok tasarruflar da vardır. Meselâ, harp halinde, devletin faaliyetini düşünmek, yukarıdaki iddiayı ispata kâfidir. Vakıa, Kelsen ile birlikte, hukuk normları sisteminin devlet mefhumunun unsurlarından birini teşkil eylediğini kabul edebiliriz. Ancak, devletin sadece bir hukukî normlar sistemi olduğunu kabul ile imkân yoktur. Çünkü, devletin asli unsurları meyamna, muayyen bir ülke üzerinde ve kendisine tabi olan ferdlerin iradelerinden müstakil olarak tatbik edilen üstün bir kudret de girer. Normlar nizamı, fiilî ve siyasî bir kudrete istinat etmelidir -ki müsbet hukuk bahis mevzuu olabilsin. Müsbet hukuk tabiri ancak müşahhas vakalara, fiilî ve üstün bir kudrete veya bu kudretin organlarına istinat eden bir hukuka izafe olunabilir.<sup>(40)</sup>

8 — Nihayet, Kelsen'in devlet ile hukukun tekçi görüşünün bir neticesi olarak ileri sürdüğü, devletin şe'ni bir varlık olmayıp sadece ideal, akfî bir mev-

cudiyete sahip bulunduğu hususundaki düşünce de yanlıştır. Devlet, mantıkî bir sistem değil, bir sosyal varlıktır ve bizim dışımızdadır. Müellif, insanlardaki devlet fikrini realitede mevcut devlet müessesesi ile birbirine karıştırmaktadır. Devlet bir vakadır, sosyal yetarî bir mut'adır ve bu bakımdan bizim sübjektif âlemimiz dışında bir varlıktır.<sup>(41)</sup> Halbuki, Kelsen devleti sadece bir hukuki normlar nizamı olarak görmekte ve ona göre bu normlar nizamını üstün bir temel - norm'dan istidlal edilmektedir. Bu temel - norm fikri de çürüktür. Zira, ya temel normun objektif mevcudiyetini kabul etmek ve onu hukukî nizama idhal etmek lâzımdır (ki müellif bu hususu reddediyor), veya bu normu tamamen farazî olarak ele almak icabeder. Ancak bu sonuncu takdirde ona objektif bir mahiyet tanımak imkânsızdır. Böyle olunca, bir faraziyenin gerek hukuka gerek devlete mesnet, esas olmasını mantık kabul etmez. Zira, bir faraziye olan temel-norm devletin esası addolunursa, devletin mevcudiyeti için, bütün tebaanın o faraziyeyi ka-

bul etmeleri lâzımdır. Halbuki devletin mevcudiyeti için ferdlerin onu tanımaları şartı bahis mevzuu olamaz. Çünkü devlet bir vakıadır. Bu farazî temel-normun pratik bakımdan da mahzurları vardır. Filhakika, bu görüş tarzı, fiiliyatta idare edenlerin keyfî tahakkümüne müncer olabilir. Bütün mesele, temel - norm olarak kabul edilecek düsturdadır. Bu düstur mutlakiyete, istibdadada, keyfî idareye sevkedebilecek bir düstur oldu mu bütün hukuk sistemi de aynı vasıfları haiz olsa hukukan mer'î ve muteber addedilmesi lâzımgelecektir.

Bütün bu tenkitlere rağmen, Kelsen'in hukuk ve devlet teorisinde metot meselelerini birinci plâna geçirmek gibi bir hizmeti dokunduğu söylenebilir. Devletin hukukî mahiyetini bütün inceliğiyle belirtmiş ve hukukun derece derece tekâmülü hakkında doğru mülâhazalar ileri sürmüştür. Ancak ne yazık ki, devletin hukukî mahiyetini belirtmek isterken bu müessesenin sosyal bir realite olduğunu ve mudif bir bünyesi bulunduğunu gözden kaçırmıştır.

(36) Simonovitch, Hold-Ferneck, den naklen, op. cit., S. 123-124

(37) Coste - Floret, op. cit., S. 40-41

(38) Hauriou, op. cit., Preface 9-10 ve S. 11

(39) Duguit, Traite. C. I, S. 44

(40) Peretti-Kowicz, op. cit., S. 230.

(41) Simonovitch, Erich Voegelin'den naklen, op. cit., S. 129