

HUKUK FELSEFESİNE GİRİŞ VE GÜNÜMÜZ HUKUK TEORİSİ*

Çeviren: Doç. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM**

19. YÜZYILDAKİ SİSTEMLER (Michael, Marx)

GİRİŞ

Bir önceki bölümden de anlaşılacağı üzere, hukuk biliminde ve metodolojide yürütülen tartışmanın odak merkezini -hukukun nasıl uygulanacağı özellikle kanun ile hakimlerin⁽¹⁾ verdikleri kararların nasıl bir ilişki içinde olduğu- sorusu oluşturmaktadır⁽²⁾.

Söz konusu sorun karşısında değişik biçimlerle karşımıza çıkan başlıca iki tavır mevcuttur. En gelişmiş örnekleri vermek gerekirse: birincisi, kanunu boşluk içermeyen, mükemmel bir sistem olarak gören “kanuni pozitivizm”dir. Buna göre, yalnız kanundan yararlanılmak suretiyle mantık yürütülerek bir hükme ulaşmak imkanı ve yükümlülüğü vardır. Aksi görüşe göre ise, pozitif kanunlar hukuki kararların verilmesinde yararlanılan kaynaklardan sadece birini oluşturur ve bunlar yetersizdirler, boşluklar ihtiva etmektedirler: Dolayısıyla kanunlar doğal hukukun transpozitif kuraları, eşyanın tabiatı ve sosyal angajmanlar aracılığı ile dışardan yorumlanmaya ve tamamlanmaya mahkum olan kaynaklardandır.

4.2. Friedrich Carl von Savigny

Her iki görüş de fazla ayrıntıya girilmeksizin 19. yüzyılın başında tek başına aynı bilimadamı, yani Friedrich Carl von Savigny⁽³⁾ (1779-1861) tarafından savunulmuştur.

* Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (Hrsg. A. Kaufmann / W Hassemer), 3. Auflage, Heidelberg / Karlsruhe 1981, s. 89-111.

** Bu çeviriyi, Medeni Usul Hukuku, İcra-İflas Hukuku derslerinin yanı sıra çeşitli üniversitelerde yıllarca “Hukuk Başlangıcı” derslerini de vermiş olan saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Ergun Önen’e ithaf ediyorum.

(1) Bu kavram hukukun uygulandığı bütün halleri bilhassa idarenin vermiş olduğu kararları da kapsamaktadır.

(2) Güncel metod tartışmasının bu bakış açısının eleştirisi için bkz.: aşağıda 7. – başta.

(3) Savigny hakkında geniş bilgi için bkz.: Arthur Kaufmann, Friedrich Carl von Savigny.

4.2.1. Erken dönem eseri: Kanuni pozitivizm

Onun “Hukuki Metod Öğretisi” (1802/1803)⁽⁴⁾ isimli eski eseri kanuni pozitivizme yaklaşmaktadır⁽⁵⁾. Buna göre, kanun”keyfiliğe “engel olmaya hizmet etmektedir ve bundan ötürü”tam anlamıyla objektif, bütünüyle bağımsız, bireysel etkileşimlerden uzak birşey olmalıdır”⁽⁶⁾. Kanun öyle mükemmeldir ki, “onu uygulayan kişinin hiçbir şey yapmasına ihtiyaç göstermez”⁽⁷⁾. Kanun keyfiliği önlediğinden, hakime düşen yegane muamele ve yegane iş, tam anlamıyla mantıksal bir yorum yapmaktadır⁽⁸⁾.

Von Savigny’ye göre yorum, “kanunun içeriğinin yeniden oluşturulması” anlamına gelmektedir⁽⁹⁾. Bu amaçla yorumcu, kendisini “kanunkoyucunun yerine koymak ve yapay bir biçimde onun talebini yeniden oluşturmak”zorundadır⁽¹⁰⁾. Yazar, böylece o dönemdeki kanunkoyucunun iradesini esas alan ve kanunun yorumun yapıldığı andaki anlamını gözönünde tutan” objektif teorinin “karşıtı olan -”sübjektif yorum teorisini”- kabul etmiş olmaktadır. Ancak bunu daha yumuşatılmış biçimiyle ele almaktadır:” Genellikle yorumlamada kanunkoyucunun amacının önemli olduğu söylenir ise de, bu görüş kısmen doğrudur; aslında önemli olan kanundan anlaşıldığı kadarı ile kanunkoyucunun güttüğü amaçtır⁽¹¹⁾.

Her halükarda von Savigny hakime tadil etmeyi⁽¹²⁾, yani hatalı bir kanunu düzeltmeyi yasaklamaktadır; bu sadece kanunkoyucu için öngörülmuş bir faaliyettir⁽¹³⁾. Ona göre, gerek geniş anlamda gerek dar anlamda yapılan yorum⁽¹⁴⁾, kanuna “dışardan”⁽¹⁵⁾ bir şeyler kattığından ötürü lanet-

(4) Gerhard Wesenberg tarafından yayınlandı (Bu eser Jacob Grimm tarafından derlenmiştir).

(5) Larenz, Methodenlehre, s.17’de kullanılan “katı kanuni pozitivizm” terimi isabetsizdir. “Kanuni pozitivist etki”den bahsetmek (age., s. 12) daha yerinde olacaktır.

(6) von Savigny, Methodenlehre, s.14.

(7) Age.

(8) Age., s. 15.

(9) Age., s. 18.

(10) Age., s. 18 vd.; aynı şekilde: System, s. 213.

(11) Methodenlehre, s. 19. Karş.: Larenz, Methodenlehre, s. 16 vd., dn.4. Yazar, von Savigny tarafından açıklandığı şekliyle yorumun “başıbaşına ruhsal bir faaliyet” olduğunu belirtmekte ve von Savigny’nin bu görüşünün ne sübjektif ne de objektif yorum teorisine bağdaştırılamayacağını ileri sürmektedir.

(12) Methodenlehre, s. 43.

(13) Karş.: age. s. 43, 46.

(14) Age., s. 39 vd.

(15) Age., s. 40.

lenmelidir; bu faaliyet “gerçek anlamda yorum” değil “keyfilik”tir⁽¹⁶⁾. Bu yüzden yorum “ahlaka aykırı” bir husustur ve”sebebe kanunda objektif halle gelmediğinden, lakin kanunla objektif olan hususlar ifade edilmek gerektiğinden “ötürü” hukuk biliminde uygulanmamalıdır⁽¹⁷⁾. Böylece teleolojik yorum olarak adlandırılan yöntem men edilmektedir^(18,19).

4.2.2. Geç dönem eseri: Katı kanuni pozitivizmden geri dönüş

Savigny'nin geç dönem eseri ise farklıdır⁽²⁰⁾. Burada artık hukuk kaynağı olarak kanunun önceliği ortadan kalkmış ve onun yerini ilk sırada “halkın hukuka ilişkin ortak fikri”⁽²¹⁾, “halkın ruhu” gibi olgular almıştır. Tarih boyunca bir hak ortaklığı şekline bürünen yaşanmış düzen ilişkileri, “organik hukuk kurumları”^(22,23) gibi hususlar, kanunkoyucunun soyutlama yöntemiyle kurallar meydana getirmesine⁽²⁴⁾ yol açan nüvelerdir.

Bu öncelikle hukukun “önce Örf ve Adet ve halkın inancı ile sonra içtihatlar yoluyla oluştuğu, yani kanunkoyucunun keyfi davranışları ile değil, bilakis her yerde “sessizce etkili olan iç güçler”⁽²⁵⁾ tarafından meydana getirildiği anlamına gelmektedir”. Ancak bu ifade kanunların oluşumuna ilişkin bir açıklamadan çok daha geniş bir içeriğe sahiptir. Şayet kanunkoyucuya bir kriter verilmişse, kanunkoyucunun eseri bu kriter kullanılarak ölçülüp, değerlendirilir ve de bu suretle anlaşılabilir. Kanun, yalnız kendi içeriği dikkate alınarak anlaşılacak somut bir şey değildir. Bu yüzden daha ziyade onun ardındaki somut hukuki kurumun yorumlanma-

(16) Age., s. 40.

(17) Age., s. 40.

(18) Aynı fikirde: Larenz, Methodenlehre, s. 13.

(19) Kanun boşluklarının tamamlanmasına kıyasen (von Savigny, Methodenlehre, s. 41: “Şayet kanunkoyucu bir noktada susarsa” her zaman sadece tek bir taraf hakkında hüküm verilmesi zorunluluğu bulunan Medeni Hukukta buna izin verilmektedir. (Karş.: Methodenlehre, s. 41 vd.; aralarında yakın akrabalık bulunan geniş ve dar anlamda yorum metodları ayırımı hakkında bilgiler de orada mevcuttur.

(20) Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814) eserinde dahi bu izlere rastlamak mümkündür.

(21) Larenz, Methodenlehre, s. 13.

(22) von Savigny, System.

(23) Age., s. 9.

(24) von Savigny, System, s. 11, bkz.: s. 44.

(25) Age., s. 14.

sı yoluna gidilmelidir⁽²⁶⁾. “Hukuku uygulayan kişi, ... kanunun genelleme yaptığı noktaya kurduğu organik bağlantıyı katmalıdır”⁽²⁷⁾.

Von Savigny artık “teleolojik yorumu –dahi bazı endişeler taşımakla beraber kabul etmektedir.” ... çok büyük özen göstermek kaydıyla, kanun ni neden kanunun yorumunda kullanılabilir⁽²⁸⁾. Her halükarda bu husus kanundaki “belirsiz ifadenin” yorumunda tamamıyla geçerlidir: “Eğer örneğin kanunun içeriği sadece aequitas’a dayanıyorsa, ... bu durumda aynı anlama gelebilecek olan iki açıklamadan aequitas ile gerekçelendirilebilen açıklama tercih edilmelidir⁽²⁹⁾. Kanundaki bir ifadenin (geniş ve dar anlamda yorum) düzeltilmesine bir çok sınırlama getirilmiş ise de, yine böyle bir düzeltmeye tamamen engel olunmamıştır⁽³⁰⁾.

4.3. Kavramlar İçtihadı

Savigny’nin geç dönem eserinde ileri sürdüğü fikirler, onu izleyen dönemde kabul göreceğine onun daha önceki dönemde yazdığı, daha çok pozitivizme yatkın olan eseri kabul görmüştür⁽³¹⁾. 19. yüzyılın özellikle ikinci yarısında metodoloji doktrini “kavramlar içtihadının” etkisi altında idi. Bununla mantıksal bir sistem olarak hukuk kastedilmektedir. Biçimsel-mantıksal bir sistem olan bu anlayış “kavramlar piramidi” ile şekillendirilebilir. Buna ilişkin olarak Karl Larenz⁽³²⁾ şöyle demektedir: “katmandan katmana piramidin genişliği azaldıkça, yüksekliği artar. Genişlik, yani konunun kapsamı ne kadar çoksa, yükseklik yani olaya kuşbakışı bakma imkanı veya tersi o oranda azdır. Genişlik “soyut bir kavramın” içeriğini, yükseklik ise çevresini (kullanım alanını) belirlemektedir. Eğer tepede “diğer bütün kavramları içeren en genel kavram” yer alırsa, bu ideal mantıksal sistemin tamamlandığını gösterir. Hukuk bilimi açısından bunun somut anlamı, biçimsel tümdengelim aracılığı ile hukuki esasların daha üst hukuk prensiplerinden çıkarılmasıdır.

(26) Karş.: Larenz, Methodenlehre, s. 14 vd.

(27) von Savigny, System, s. 44.

(28) Age., s. 220.

(29) Age., s. 228.

(30) Age., s. 232.

(31) Muhtemel nedenler için karş.: Larenz, Methodenlehre, s. 15.

(32) Methodenlehre, s. 21.

4.3.1. Georg Friedrich Puchta

Kavramlar içtihadının en önemli temsilcisi, Georg Friedrich Puchta (1798-1846) idi. Yazarın “Cursus der Institutionen” (1841) isimli eserinin ilk cildinde şu ifade yer almaktadır: “Bilime düşen ödev, sistematik bağlantılarını da dikkate almak suretiyle hukuki esasları, birbirine gereksinim duyan ve birbirlerinden kaynaklanan hususlar olarak ele almak ve böylece her birinin kökenini tabi oldukları prensibe kadar takip etmek ve aynı şekilde prensiplerden en alttaki esasa kadar inebilmektedir. Bu işlem sonunda, ne halk şarkıları aracılığıyla dolaylı olarak veya halkın davranışları ile ne de kanunkoyucunun kullandığı ifade ile gündeme gelemeyen ulusal hukuk bilincinde saklı bazı hukuki esaslar bilinçli olarak günışığına çıkarılacaktır, yani bunlar bilimsel tümdengelim bir ürünü olarak ortaya konacaktır⁽³³⁾. Bu hukuka Puchta “hukukçuların hukuku” adını vermektedir, çünkü bu hususlar “hukukçuların çabaları ile günışığına çıkarılmaktadır”⁽³⁴⁾. Söz konusu süreç sonunda, bir anlamda o zamana kadar tanımlanmamış hukuki esaslara ulaşılmaktadır. Buna rağmen dışardan sisteme yeni unsurlar katılmamakta, zaten öteden beri varolan, fakat mükemmel bir kapalı sistemin üstünde olan bir kavram olarak (kavram piramidi) saklı kalan hususlar gündeme getirilmektedir. Buna Puchta “kavramların kökeni”⁽³⁵⁾ adını vermekteydi.

Böyle bir teorinin, hukuk uygulaması açısından, bu kapalı kavram sisteminin dışındaki hiçbir hukuk kaynağını kabul etmediği aşıkardır. Hukuku uygulayan kişi, bütün hukuki esasları, mantıksal tümdengelim aracılığı ile kavramlar piramidinin daha üst kesimlerinden çıkaracaktır. Kanun ile güdülen “amaç” veya buna benzer bir hususa ne teorik ne de pratik bağlamda yer verilmemektedir. Franz Wieacker’ın⁽³⁶⁾ halen geçerli olan saptamasına göre, bu surette “hukuk bilimi topluma, politikaya ve hukukun ahlaki gerçeğine tamamen yabancılaşmaktadır”.

Fakat burada, kavramlar içtihadının –yani en azından Puchta tarafından savunulduğu biçimiyle kavramlar içtihadının- hukuk bilimindeki aşırı pozitivizm ile aynı anlama⁽³⁷⁾ gelmediğini belirtmek gerekir. Zira Puchta,

(33) Age., s. 36.

(34) Age.

(35) Age., s. 36, s. 101.

(36) Privatrechtsgeschichte, s. 401.

(37) Aynı fikirde: Larenz, Methodenlehre, s. 24 vd., dn. 8 (Yazar Jerusalem’e katılmaktadır).

kanunkoyucuyu belli değerlerle, özellikle von Savigny'nin anladığı anlamda "halkın ruhunun" oluşumları ile bağlı tutmakta idi⁽³⁸⁾.

4.3.2. Bernhard Windscheid

Aynı husus, Larenz'in "mantık'a duyulan inançla yumuşatılmış, mantıki kanuni pozitivizmin"⁽³⁹⁾ bir temsilcisi olarak nitelendirildiği, onu ve onun dönemini karakterize eden "ruhbilimcilik" akımı ile Puchta çizgisini izleyen⁽⁴⁰⁾ Bernhard Windscheid (1817-1892) için de geçerlidir. Windscheid da kanun yapma ile keyfi biçimde hareket etmeyi değil, bilakis "halkların bilincinden"⁽⁴¹⁾ doğmayı kastediyor idi; lakin o da hukuk uygulayanlara pozitif hukukun dışında hukuk dışı bir olguya dayanmayı yasaklamaktaydı.

4.3.3. Rudolf von Jhering

"Pozitif hukukun öncesinde varolan ve onun için yaratılmış olan temel kavram"⁽⁴²⁾ düşüncesine ilk defa Rudolf von Jhering (1818-1892)'de rastlanmaktadır. Daha sonraki dönemlerde verdiği eserlerde, hukuk bilimini uygulamaya ve sosyal gerçeğe yönelten bir bakış açısına sahip olan bu yazar, ilk eserlerinde kavramlar içtihadı teorisini sonuna kadar savunmakta idi⁽⁴³⁾. "Roma Hukukunun Ruhı" (1852) adlı eserinin ilk cildinde, başka hiçbir formülün yapamadığı kadar kavramlar içtihadının esaslarını karakterize eden şu ünlü formül yer almaktadır: "Kavramlar üretkendir, birbirleriyle çiftleşirler ve yeni kavramlar meydana getirirler"⁽⁴⁴⁾. Dolayısıyla hukuk kurallarının analizinin yalnız düzenleyici, kontrol etmeyi ve anlamayı kolaylaştırıcı bir işlevi yoktur, "kazanılan kavramlar söz konusu hukuk kurallarının (saf) çözülmüş hali değildir, yani bu kavramlardan hukuk kuralları her zaman yeniden üretilemez, bilakis burada hukukun kendi içinden yeniden çoğaltılması imkanı sağlanarak daha önemli bir avantaj elde edilmektedir, ... Çeşitli unsurların birleştirilmesi ile bilim, yeni kavramlar ve hukuk kuralları yaratmaktadır"⁽⁴⁵⁾.

(38) Karş.: Puchta, Cursus, s. 35.

(39) Methodenlehre, s. 30.

(40) Age., s. 27.

(41) Lehrbuch, s. 40.

(42) Larenz, Methodenlehre, s. 28.

(43) Larenz, Methodenlehre, s. 26.

(44) Geist, C.I, s. 40.

(45) Age., s. 39 vd. (Eserin orijinalinden naklen).

Sonuç itibarı ile burada yorumlanan hukuk kuralının ardında herhangi bir amaç aramanın da sadece teorik açıdan değil, ele alınan olaylar bakımından da kesinlikle uygun olmadığını söylemek mümkündür, zira “varoluşlarını pratik bir ihtiyaca (utilitas) değil, hukuki bir zorunluluğa (ratio iuris) borçlu olmalarından ötürü herhangi bir amaç taşımayan ve yalnız varolmaları mümkün olmadığından dolayı varlıklarını sürdüren sayısız hukuki kurum mevcuttur”^(46,47).

4.3.4. 19. Yüzyıl-Kanuni Pozitivizm Dönemi

Bununla 19. yüzyıldaki varolan sistemleri ele almaya son vermekteyiz; söz konusu teorinin son yıllarda geçirdiği dönüşüm ve metodolojik açıdan soyut kavramcılıktan nasıl sosyal gerçekçiliğe ulaşıldığı başka bir döneme ait hususlardır. Bu görüşün odak noktasında kuşkusuz kanuni pozitivist kavramlar içtihatı yer almaktadır; von Savigny'nin daha farklı bir yönü olan geç dönem eserinin ise, izlerine bu dönemde rastlamak mümkün değildir. Gerçi bu dönemde de kanunkoyucunun bağlı olduğu bazı prepozitif olguların varlığına inanılıyor ve pozitif hukukun bunların bir yansıması olduğu, düşünüyor idi, ama bu bilgiler hukukun uygulanması açısından herhangi bir sorun doğurmadığı gibi, daha sonraki yıllarda zaten giderek bu düşünceden uzaklaşıldı ve nihayet von Jhering'in eserlerinde buna hiç rastlanmaz oldu. Hukukun uygulanması ve yorumlanması, biçimsel-mantıksal bir süreç olarak kendi içinde mükemmel ve kapalı bir sistem şeklinde ele alınmaktaydı. Teleolojik, genişletici veya daraltıcı yoruma bu yüzden izin verilmemekteydi, çünkü bu yöntemlerle kavramlar piramidinin dışında kalan bir bağlantı noktasına varılabildi. Kanunların yorumlanmasına ilişkin olarak ortaya konan bazı düşüncelerde erken dönemlerde dahi daha sonra farklı dönüşümler yaşayacak olan hukuk teorisine ve metodolojik düşünce biçimlerine rastlamak olasıydı. Yalnız sübjektif yorum teorisinin doğrudan kavramlar içtihadına uygun olduğu aşikardır. Kapalı ve mükemmel bir sistem olarak gerçekleşebilecek bütün olaylar için bir çözüm içeren bu hukuk sisteminin objektif yorum metodunun tasarladığı biçimde gelişmeyi sürdürmeye ve değişen koşullara ayak uydurmaya

(46) Geist, C.II, s. 349.

(47) Buna rağmen von Jhering bu şekilde ele alınan içtihatı “l'art pour l'art” olarak değil, “yalnız sübjektif bilgilenme güdüsü” için yeterli görmekte ve bilakis bunları bütün dünya ve insanlık için değerli bir husus “ve oluşan düşünceleri de” sadece düşünce olarak değil “uygulanan güçler” olarak algılamaktadır (Geist, C.II, s. 372).

gereksinimi yoktu. “Yeni” hukuk kuralları sosyal hayatın değişen ihtiyaçlarına bakılarak değil, hukuk sisteminde zaten öteden beri varolan “gizli kalmış hukuk kurallarından”⁽⁴⁸⁾ ve biçimsel –mantıksal tündengelim yoluyla kavramlar piramidinin daha üstte yer alan esaslarından gün ışığına çıkarılmaktadır. Buna rağmen -yukarıda belirtildiği üzere von Savigny’nin ilk dönemi için sübjektif yorum metoduna bağlı kaldığını söylemek zordur. Aynı endişeyi Windscheid için de taşımak gerekir. Gerçi Windscheid kendisini açıkça sübjektif teorisinin taraftarı saymaktadır. Ona göre yorumun işlevi, “kanunkoyucunun kendi kullandığı kelimelerle ifade etmiş olduğu”⁽⁴⁹⁾ kanunun anlamını ortaya koymaktır. Ancak hukukun kendisi”hakların aklının (mantığının) “doğrudan bir ürünü, kanunkoyucu da mantıklı bir kişi olarak kabul edildiğinden ötürü, karmaşık hükümlerin yorumunda somut-ampirik bir yaklaşım sergilenmemeli, bilakis kanunkoyucunun mantığa uygun iradesi esas alınmalıdır⁽⁵⁰⁾. Objektif yorum teorisine işitilmemesi imkansız göndermeler içeren bu yaklaşım, yukarıda belirtildiği gibi sübjektif teoriyle sıkı bir biçimde bağlılık içindeydi ve kavramlar içtihatı açısından önemli sonuçlar meydana getirmekte idi ve bu husus bir yorum teorisinden uzaklaşmaktan öte anlamlar taşımaktaydı. Bunlar kavramlar içtihadının oluşturduğu düşünce biçiminden uzaklaşmanın ilk işaretleriydi. “Mantıklı düşünen kanunkoyucudan” ve bundan kaynaklanan “pozitif hukukun akla ve mantığa uygunluğundan”⁽⁵¹⁾ “kanunun maddi açıdan akla uygunluğuna ve onun amaçlarının akla uygunluğuna”, “içeriksel teleoloji”⁽⁵²⁾ye sadece tek bir adım kalmıştı ki, bu adım Karl Binding, Adolf Wach ve Josef Kohler tarafından neredeyse aynı zamanda, yani 1885 ve 1886 yıllarında birlikte atılmıştır⁽⁵³⁾.

(48) von Jhering, Geist, C.I, s. 29.

(49) Windscheid, Lehrbuch, s. 51.

(50) Age., s. 52 vd. Karş.: Larenz, Methodenlehre, s. 30 vd.

(51) Larenz, Methodenlehre, s. 34.

(52) Larenz, Methodenlehre, s. 36.

(53) Karş.: Larenz, Methodenlehre, s. 35 vd.

MENFAATLER İÇTİHADİ VE SERBEST HUKUK TEORİSİ

(Michael, Marx)

5.1. Giriş

Daha önceki bölümde 19. yüzyıl kanuni pozitivizminin hakim kararı ile kanun arasındaki ilişkiyi nasıl ele aldığını ve bu ilişkide ağırlığı nasıl açıkça kanuna verdiği tanık olduk. Hakim kararı kanunla bağlıdır, hukukun uygulanması atılma faaliyetinden, yani biçimci mantıksal tümdengelimden ibarettir.

“Akla tapınma” şeklinde (Jhering⁽⁵⁴⁾) tanımlanabilecek bu düşüncenin önüne pragmatik unsurlar içeren “Menfaatler İctihadi” ve daha radikal olan “Serbest Hukuk Teorisi” geçti ve bunlar hukuku soyut kavramlardan oluşan bir yapı olarak ele almaktan vazgeçip, dikkatleri sosyal temellere ve ilişkilere çektiler. “Endüstri devriminin” gerçekleştiği dönemin ihtiyaçlarına da ancak sürekli değişen yaşam koşullarına çözüm getirebilen, hukuku esnek biçimde uygulayabilen bir hukuk teorisi cevap verebilirdi⁽⁵⁵⁾. Her iki akım da aslında pratiğe yönelikti ki⁽⁵⁶⁾, bu da teorik esaslar açısından kararlılıktan yoksunluğun nedenlerini açıklamaktadır. Hukuk teorisi anlayışını değiştiren asıl vurucu nokta, hukukun uygulanmasının biçimci mantıksal bir süreç olarak algılanan atılma faaliyetinden⁽⁵⁷⁾ daha fazla ve daha farklı bir şey olduğu şeklinde metodolojik bir sonuca ulaşılmasıydı (karş.: bunun için 3.2.1, 3.3.2, 10.2, 18.1.1.); artık kanun sisteminin kesinlikle kapalı olmadığı ve her olay için bir çözüm içerdiği görülmüştü. Boşlukların doldurulmasına, hukukun geliştirilmesine ilişkin sorunlar gündeme getirildi ve hukukun uygulanması artık yaratıcı bir faaliyetti. Söz konusu görüşlerin metodoloji bilimine girmesi ile “yavaş yavaş hayat olaylarına karşı açık olma”, rahat bir vicdanla ve “sahte gerekçelerin” ardına saklanmadan karar verme imkanı doğdu⁽⁵⁸⁾.

Bu akım, daha önce kavramlar içtihadının (bu akım için bkz.: 4.3.3) en katı şekliyle savunan bilim adamı olan Rudolf von Jhering isimli seç-

(54) von Jhering, Geist, C.IV, s. 308.

(55) Aynı fikirde: Larenz, Methodenlehre, s. 47 vd.

(56) Ona başarının yolları açılmıştı. Larenz, hukukun uygulanmasında devrimden söz etmektedir (Methodenlehre, s. 63).

(57) Aynı şekilde açıkça: Ehrlich, Rechtsfindung, s. 194.

(58) Larenz, Methodenlehre, s. 64.

kin adam⁽⁵⁹⁾, “kavramlar içtihadının babası” tarafından başlatılmıştı. Son olarak “Roma Hukukunun Ruhı” (1864), ama özellikle iki ciltlik “Hukukta Amaç” isimli eserinde yazar, teleolojik (amaçsal) düşünceyi hukuka soktu. Hukuk düzeninin ardında bir amaç, yani “toplumun yaşam koşullarını sağlama alma”⁽⁶⁰⁾ yer almakta idi. Jhering her hukuk kuralının ardında zorunlu olarak geçerli bir amacın yattığını ileri sürerek hem menfaatler içtihadı teorisinin, hem de serbest hukuk teorisinin dayanabileceği sağlam bir temel kurmuş oldu.

Gerek menfaatler içtihadı teorisinin, gerek serbest hukuk teorisinin çıkış noktası aynıydı: hukuk düzenin esaslarının mükemmel olmadığına bilinmesi ve bunun toplumsal amaçlarla ilişkisi. Aradaki fark, katı olmadaki dereceler, yani kararların kanunla sınırlandırılmasıydı.

5.2. Menfaatler İçtihadı

En tanınmış taraftarlarının başında Rudolf Müller-Erzbach (1874-1959)⁽⁶¹⁾, yanı sıra Philipp Heck (1858-1943)⁽⁶²⁾, in geldiği menfaatler içtihadı, yaptığı teorik tartışmanın sonunda hakimin esas itibari ile kanunla bağlı olduğu sonucuna vardı.

5.2.1. Genetik Menfaatler İçtihadı

Bu teorinin çıkış noktası olan esas, hukuk düzeni ile güdülen amacın toplumda varolan menfaat uyuşmazlıklarını çözmek olduğu idi. Bununla yalnız kanunların güttükleri amacın menfaatleri dengelemek (hakime yöneltilen karar verme talimatı) olması kastedilmemekte, bilakis”kanunların özünün menfaatlerin bir ürünü”⁽⁶³⁾ olduğu, yani “her hukuk topluluğunda karşı karşıya bulunan ve varolmak için birbirleri ile boğuşan menfaatlerin bir sonucu...”⁽⁶⁴⁾ olduğu kabul edilmekteydi.

Somut bir menfaat uyuşmazlığının çözümü için karar verirken, bu nedenle kanunu uygulayan kişiye düşen görev, öncelikle kanunun ortaya çı-

(59) Entwicklung, s. 28, dn. 106 (Erik Wolf’e dayanılarak – karşı: Rechtsdenker, s. 660 vd.).

(60) Zweck, C.I, s. 453.

(61) Karşı: Menfaatler içtihadı bizi nereye götürür? (1932) ve Yeniden Yapılanan Hukuk Bilimi. Onun Ortak Yaşamın Belirleyici Unsurlarının İçine Katılması (1950).

(62) “Menfaatler içtihadı” kavramı bu yazar tarafından ortaya atılmıştır (Menfaatler içtihadı ve kanuna karşı Sadakat, DJZ 1905, s. 1139).

(63) Heck, Gesetzesauslegung, s. 17.

(64) Age.

kardığı “gerçek menfaatlerin tarihsel perde arkasını doğru biçimde saptamak ve bu saptanan menfaatleri olaya ilişkin kararda dikkate almaktadır”⁽⁶⁵⁾. Buna göre, hakim her verdiği kararda ...karşı karşıya bulunan menfaatleri “değer yargılarına ve değerlere” göre bir sınırlamaya tabi tutmalıdır; değerlendirmedeki kriter ise, kanunda yer alan değerlendirme olmamalıdır. “Bu yüzden hakim somut menfaatlerin gerçek içeriğini ele almaksızın hukuk düzeni tarafından değerlendirmeye” tabi tutulmuş unsurları öne çıkarmalıdır”⁽⁶⁶⁾.

Hukukun uygulanması ve yorumlanmasında kullanılan metod “menfaatlerin tarihsel perde arkasının araştırılması” idi, başka bir anlatımla bunu sübjektif yorum teorileri arasına katmak mümkündü, Larenz⁽⁶⁷⁾ haklı olarak bu düşüncelerin pozitivist açıdan tutuk düşünceler olduğuna işaret etmektedir.

5.2.2. Üretken Menfaatler İçtihadı

“Genellikle menfaatler içtihadının”⁽⁶⁸⁾ sınırları kanunda bir değerlendirmenin yer almadığı olaylarda, yani “boşluğun” olduğu durumlarda, aşmaktadır. Artık hukuk sistemi mükemmel ve kapalı bir sistem olarak kabul edilmediği için “boşlukların” bulunması olağan hale gelmişti; bunların pratik yönden varlığı Heck⁽⁶⁹⁾ tarafından iki gerekçe ile açıklanmaktadır: İlki, kanunkoyucunun”uzağı görme yeteneğinin “sınırlarının bulunmasıdır ki, bu husus gelecekte ortaya çıkabilecek durumların çeşitliliğinin önceden öngörülememesinin bir sonucudur; ikincisi, kanunkoyucunun” düşüncelerini tek bir anlama gelecek biçimde ve bütünüyle “yansıtmasının imkansız olmasıdır. Böyle durumlarda hakime”talimatları uygun şekilde tamamlama”⁽⁷⁰⁾ izni verilmiş ise de, hakim kanunkoyucunun güttüğü amaçlar, yaşam idealleri ve menfaatlerine ilişkin yaptığı değerlendirmeler ile “bağlıdır”... ancak tabii ki hakimin yaptığı değerlendirmelerdeki bireysel faktörün tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir...

Böyle bir durumda hakimin kendi yaşamına ilişkin idealleri de verdi-

(65) Age, s. 60.

(66) Heck, Problem, s. 32.

(67) Methodenlehre, s. 56, 58, 60.

(68) Heck, Begriffsbildung, s. 73. Ayrıntılı şekilde: Larenz, Methodenlehre, s. 55 vd.

(69) Problem, s. 10.

(70) Age., s. 12.

ği kararı etkileyecektir. Bağımlı bir biçimde yerine getirilen bu tamamlama faaliyetini de hukuk yaratan bir faaliyet olarak nitelendirmek mümkündür^(71,72).

Heck⁽⁷³⁾ “boşlukların tamamlanmasında menfaatlerin araştırılması metodunun kullanılmasına” “üretken menfaatler içtihadı” adını vermektedir.

Menfaatler içtihadının esasları uyarınca hakim buna göre “tali nitelikte emirler yaratma”⁽⁷⁴⁾ konusunda yetkili olacak, bunları “teleolojik bakış açlarına”⁽⁷⁵⁾ göre, “değer yargılarına”⁽⁷⁶⁾ göre tamamlayacaktır -hem de kanun boşluğunun olduğu bütün durumlarda bu esaslara uyulacaktır. Heck⁽⁷⁷⁾, en iyi kanunun dahi sayısız boşluklar içerdiğine inandığından dolayı onun hukuk metodunun odak merkezini “kanun boşlukları ve bunların doldurulması” oluşturmaktaydı (aynı şekilde: Larenz⁽⁷⁸⁾). Fakat buna rağmen hakimi hukuk yaratan bir değerlendirme yapmak zorunda bırakan kanun boşlukları, menfaatler içtihadı teorisi açısından dahi ortaya çıkması kesinlikle arzu edilmediği halde sık sık ortaya çıkan ve hakimin esas itibari ile kanunkoyucunun menfaat uyumsuzluğuna ilişkin olarak yaptığı değerlendirme ile bağlılığı kuralını bozan istisnalardı.

5.3. Serbest Hukuk Teorisi

Bu noktada söz konusu teori serbest hukuk teorisinden ayrılmaktaydı. Zira bu teori de -yaygın contra legem masalının aksine⁽⁷⁹⁾ hiçbir şekilde kanunda yer alan kesin talimata hakimin uymamasını kabul etmiyordu. Ancak söz konusu görüş uyarınca “kanun boşlukları yalnız belli yerlerde ortaya çıkan hususlar değildi, hatta kelimedenden çok kanun boşluğu bulun-

(71) Age. (Orijinal eserden naklen).

(72) Boşluk dolduran tamamlamaya ilişkin en basit hale örnek olarak Heck (Age., s. 33), her iki menfaat arasında benzerliğin bulunmasından ötürü benzer kanun hükümlerini uygulamayı göstermektedir.

(73) Begriffsbildung, s. 30 vd.

(74) Age., s. 5.

(75) Age.

(76) Age., s. 36.

(77) Problem, s. 10.

(78) Methodenlehre, s. 58.

(79) Kantorowicz, Die Contra-legem-Fabel, DRIZ 1911, s. 258.

duğu bile söylenebilirdi... Dolayısıyla kanunda bir olaya tamamen uygulanabilen, çerçevesi sağlam hukuk kavramlarının bulunması gerçekleşmesi zor bir tesadüf sayılırdı...”

-Yukarıdaki görüşler bu teorinin en belli başlı taraftarı olan Hermann Kantorowicz'e (1877-1940)⁽⁸⁰⁾ aittir. Serbest hukuk teorisinin diğer taraftarları ise, 1903 yılında yazdığı bir makalede⁽⁸¹⁾ “hukukun serbestçe bulunması” kavramını ortaya atarak bu akıma adını veren Eugen Ehrlich (1862-1922) ve Ernst Fuchs'dur (1859-1929)⁽⁸²⁾.

Serbest hukuk teorisi açısından kanunların mükemmel olmaması ve boşluklar içermesi üzücü istisnalar değil, bilakis ana kuralın kendisiydi.

Hukuk teorisine ilişkin bu ifadenin, yani kanunun hakimi neredeyse her olayda yalnız bıraktığı sonucuna varılmasının anlamı, uygulamada kanun ile bağlı olmaktı. Bu teoriye ilişkin olarak yapılan belirsiz ve keskin açıklamalardan ve teoriye talihsiz bir kavram olan “Serbest Hukuk” veya “Hukukun Serbestçe Bulunması” gibi bir ismin verilmesinden ötürü günümüze kadar Serbest Hukuk Teorisi'nin kanuna itaati yasakladığına, onun yerine “Hakim Kralı” ve onun “serbestçe” vermiş olduğu hükmünü koyduğuna inanıldı⁽⁸³⁾.

Aslında serbest hukuk teorisi taraftarları için önemli olan hukukun nasıl yaratılacağına ilişkin net bir teori ortaya atmaktan çok, hukuk bilimine değil, hukuk politikasına yönelik esaslar ortaya koymak ve öncelikle hukuk uygulamasını aldatıcı “kriptososyolojik”⁽⁸⁴⁾ gerekçelere yönelten kavramlar içtihadı teorisini yıkmaktı. Tümdengelim dayalı, katı mantıksal hüküm karinesi ortadan kaldırılmalı, bunun yerine hukuki kararların (kural olarak kanuna dayanan) yalnız kanuna dayanılarak verilmeyeceğinin bilincine varılmalıydı⁽⁸⁵⁾. Kanunun yanı sıra daha çok olgular dünyasına

(80) Kampf, s. 18 (karş.: “Bunun dışında makaleler derlemesi için bkz.: Rechtswissenschaft und Soziologie” – Thomas Würtenberger tarafından yayınlandı).

(81) “Hukukun serbestçe bulunması ve serbest hukuk bilimi”.

(82) “Schreibjustiz und Richterkönigtum (1907); “Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz” (1909); “Juristischer Kulturkampf”(1912); Makale derlemesi” Gerechtigkeitswissenschaft (1965, Albert S. Foulkes ve Arthur Kaufmann tarafından yayınlanmış). Radbruch da ilk dönemlerinde Serbest Hukuk Teorisi'nin sempatzanları arasındaydı.

(83) Karş.: Arthur Kaufmann, Freirechtsbewegung, s. 256 vd.; Moench, Bestrebungen, s. 40 vd.; Rietschlager, Freirechtsbewegung, s. 108 vd.

(84) Karş.: Fuchs, Freirechtsschule, s. 14.

(85) Buna ilişkin olarak aşağıda: Arthur Kaufmann, Freirechtsbewegung, s. 261 vd.

bakılmalıydı. Gdlen amaç ise ‘‘sosyolojik hukuk bilimi’’ idi; bunun nasıl gerçekleştirileceğini Ernst Fuchs⁽⁸⁶⁾ şöyle tanımlamıştı: ‘‘Kavramlar içtihadının aksine -sosyolog, olgular dünyasının oluşturulmasını sağlamaya çalışır daha sonra ahlaki- ekonomik değerlendirmeler yaparak sonuca ulaşır ve en sonunda kanunun onu engelleyip engellemediğine ve içtihatların ve doktrinin böyle bir olaya değinip değinmediğine bakar’’.

Esas itibari ile olumsuz olan, yani kavramlar içtihadına karşı tavır alan bir akım olarak serbest hukuk teorisi, kavramlar içtihadı ile mücadele üzerinde yoğunlaştığından olaylara tek yanlı baktı ve u noktalara vardı. Kanunun pozitivist açıdan abartılması ile mücadele etmek için hukuk yaratmada kanunu önemsemedi⁽⁸⁷⁾. Psikolojik bakımdan yapılan bu değerlendirmeler bir tarafa bırakılırsa, söz konusu teorinin geleceğe yönelik çok önemli bir hizmetinin olduğu görülür; nitekim bu şekilde her hukuki kararın ardında’’hukuk yaratan’’bir faaliyet olduğu ortaya çıkarılmıştır (Karş.: 14.3 ve 14.4’deki ayrıntılı bilgiler); ki bu noktada hukukun uygulanmasını altlama⁽⁸⁸⁾ olarak algılayan kavramlar içtihadı teorisi ile kesinlikle yalnız kanundaki kavramlara dayanmayan, bilakis aynı zamanda kanun dışı unsurları da hesaba katan serbest hukuk teorisi arasındaki fark belirgin hale gelmektedir.

SAF HUKUK TEORİSİ

(Wolfgang Schild)

Hukuk uygulaması teorisi* olarak Saf Hukuk Teorisi, 20. Yüzyılın en ünlü hukuk teorilerinden biri olarak esas itibarı ile bir çok noktada Serbest Hukuk Teorisi’ne benzemektedir; teorinin kurucusu Avusturyalı Hans Kelsen (1881-1973) ve teorinin taraftarlarından biri olan Fritz Schreier bu benzerliği açıkça ifade etmişlerdir⁽⁸⁹⁾. Aşağıda Saf Hukuk Teorisi’nin ortaya attığı belli başlı tezlere, bunların gerekçelerine ve Serbest Hukuk Teorisi ile arasındaki farklara değinmek istiyoruz.

(86) Kulturkampf, s. 117 vd.

(87) Aynı fikirde: Arthur Kaufmann, Freirechtsbewegung, s. 265.

(88) Karş.: Heck, Problem, s. 33 ve s. 36 (Hakim sadece olayları talimata uygun olarak mantıksal biçimde altlayan bir kimse değildir).

* Bu makalede sadece hukuk uygulaması teorisi olarak Saf Hukuk Teorisi alınacaktır. Saf Hukuk Teorisi’ne ilişkin geniş bilgi için bkz.: Schild, Rechtslehren.

(89) Karş.: Kelsen, Formalismus, s. 1726; Schreien, Die Justiz, 4, 322. Soruna ilişkin olarak karş.: Merkl, Freirecht, s. 1573 vd.; Kelsen, Existentialismus, s. 763 vd.

Serbest Hukuk Teorisi gibi Saf Hukuk Teorisi de hakimin hukuk yaratma işlevi üzerinde durmakta, hakimi bir atlama makinesi ve kanunun ağzı olarak ele almayıp, bilakis onun hüküm verme süreci içinde kanunu kendi değer yargılarına ve konumuna göre somutlaştıran ve bu suretle hukuk yaratan bir kişi olarak kabul etmektedir. Saf Hukuk Teorisi bu sonuca hukuk düzenini basamak basamak inşa etmek suretiyle teorik olarak varmıştır.

6.1. Hukuk düzeninin basamak basamak inşa edilmesi

Bu model, teorinin kurucuları arasında yer alan Adolf J. Merkl'e dayanmaktadır⁽⁹⁰⁾. Henüz 1917 yılında bu yazar, bir bütün olarak pozitif hukuku ortaya koymak için şu benzerliklere dikkat çekti: "İnsanın aklına beyin tarafından yönlendirilen sinir sistemi, merkezinde kalbin olduğu kan dolaşımı geliyor. Aslında buraya olanı değil olacağı gösteren bir resim daha iyi uyuyor. Kanallarla birbirinden ayrılmış çağlayana akan bir ırmak resmi bize bilgi ile yaratıcı yorumun birleşmesi sonucunda nasıl hukuk yaratılacağını göstermektedir. Bir büyük adımın atılması ile, hukuk yaratma tarihçesinin gelişimine biçimsel bir düşüşle hukuk materyali birbirine girmektedir. Burada hukuk biliminin arındırma faaliyeti devreye sokulmaktadır. Ancak sular, yani hukukun yaratılması, sakinleşmez; bilakis sonuca büyük bir adım atarak ulaşır; dolayısıyla bilimsel arındırma faaliyeti yeniden başlar ve öylece sürer gider, ta ki hukuki görünümlerin gelişim sırası bitene, yani ırmak ayrıntılar denizine dökülene kadar. Yine böyle bir resmi bize kısım kısım yabancı denizlere karışan ırmaklar vermektedir; zira hukuk materyaline yabancı unsurların katılmasıyla hukuk yaratmada da aynı husus geçerlidir; yabancı unsurların katılımı ile gerçi hukuk şeklen aynı kalmaktadır, fakat bu sonuca bilimin gösterdiği çabayla varılmaktadır. Ancak arındırmadan sonra ayrıntılar denizine ulaşılan ve tamamen bireyselleştirilmiş ve somutlaştırılmış hukuka varıncaya kadar ortaya yine bir karışım çıkmaktadır."⁽⁹¹⁾

Adeta resmi andıran bir dilin kullanılmasıyla hakimin hukuk yaratma faaliyeti böylece açıklanmış olmaktadır⁽⁹²⁾. Anayasayı somut hale getiren

⁽⁹⁰⁾ Hukukun uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin sorunlar zaten teorinin kurucuları arasında yer alanlar, özellikle Merkl ve Schreier gibi yazarlar tarafından ele alınmıştır. Kelsen, ancak 1929 yılında Schreier'in yorumuna ilişkin olarak ortaya attığı sorulara yanıt vermek amacıyla bu konudaki düşüncelerini açıklamıştır (Karş.: Wesen, s. 1723 vd.).

⁽⁹¹⁾ Merkl, Recht, s. 1184 vd.

⁽⁹²⁾ Merkl burada Bülow ve Bierling'e gönderme yapmaktadır (Prolegomena, s. 1326).

kanunkoyucunun faaliyeti gibi, hakimin de işlevi hukuk yaratmaktır. Anayasadan hareketle kanun üzerinden hükme şu şekilde varılmaktadır: “Davada hukuk yaratırken katedilen basamağın kaynağında her zaman bir önceki basamak vardır... Burada esas itibarı ile mevcut yapıya yapılan eklerden, hatasız biçimde yeniden yapılanmadan söz etmek mümkündür”⁽⁹³⁾.

Yani burada yepyeni bir yapı ile karşı karşıya değiliz: çünkü basamaklar arasında birlik vardır. Böyle bir birliğin bulunmasının nedeni, bir işlemin varlığını bir başka işlem için aranan şartlara borçlu olmasıdır”⁽⁹⁴⁾. “Şarta bağlanan ve sınırlandırılmış hukuk kuralları arasında bir sıra vardır, başka bir anlatımla, üstte ve altta bulunan işlemler arasında hiyerarşi söz konusudur”^{94a}.

Merkel verdiği bu sonucu “basamaklar dizisi” veya “basamak binası” olarak tanımlamaktadır⁽⁹⁵⁾. Bu şema⁽⁹⁶⁾ uyarınca, anayasa ile kanun ve tüzük arasındaki hukuki işlem ile hüküm / kararname arasında varoluş açısından bir bağlantı mevcuttur. Her basamak hukukun yaratılmasıdır, geçerlilik şartlarını içeren (hukuk kuralının geçerliliği) bir üstteki basamağın kullanılması da bizi aynı sonuca ulaştırır. Yalnız anayasanın üzerinde daha üst bir, hukuk kuralı yer almaz⁽⁹⁷⁾, bu yüzden de Anayasa hukukçular için çıkış ve dayanak noktası bizzat hakkın kendisi olarak şart koşulur ve kabul edilir. Saf Hukuk Teorisi, anayasanın hukuk kuralı olmasını ve onu izleyen bütün kuralların anayasaya bağlı olmasını, onun “temel hukuk kuralı” olarak kabulünün zorunlu bir sonucu şeklinde görmektedir⁽⁹⁸⁾.

Basamak binası öğretisinin en belli başlı tezi, kanunun uygulanması suretiyle hükmün verilmesi ile hukuk yaratmanın aynı şey olduğudur⁽⁹⁹⁾.

(93) Merkl, Recht, s. 1185.

(94) Merkl, Prolegomena, s. 1336.

(94a) Merkl, (bkz.: dn. 94).

(95) Karş.: Merkl, Prolegomena, s. 1349. Yazar “hiyerarşik biçimde inşa edilen hukuk binasından” bahsetmektedir; Freirecht, s. 1576.

(96) Ayrıntılı bilgi için bkz.: Merkl, Prolegomena, s. 1311 vd.; Kelsen, Rechtslehre, s. 228 vd.

(97) İç hukuk ile Devletler Umumi Hukuku arasındaki sorunlara burada değinmek istemiyoruz. Karş.: Kelsen, Rechtslehre, s. 328 vd.; ve bu konuda esaslı eserler veren Alfred Verdross, özellikle: “Die Einheit des rechtlichen Weltbildes, Tübingen 1923”.

(98) Temel kuralın bilimsel bağlamda bu ve bunu aşan işlevleri için bkz.: Schild, Rechtslehren, s. 13, 17, 20 vd.

(99) Saf Hukuk Teorisi'nin basamak binası kuramına ilişkin olarak karş.: Öhlinger, Stufenbau; Schild, Rechtslehre, s. 21 vd. – Hukuki sınırlamaya göre basamak binası ile basamak binasının yok edici etkisi arasındaki farklar için bkz.: Walter, Aufbau, s. 53 vd.

Bu yüzden Saf Hukuk Teorisi yalnız hukuk yaratmak anlamında hukukun serbestçe bulunmasını ve kanunun dışında yer alan”serbest hukuk’un geçerli kılınmasına karşı çıkmaktadır.

6.2.Hukukun çok boyutlu yüzü (görünümü) (Kesin Hüküm)

Ancak hukukun uygulanmasının ve yaratılmasının birlikteliği yalnızca basamak binası çerçevesinde mümkündür, yani yaratmadaki kurallara bağlıdır.

Saf hukuk teorisinin “kesin hükme”⁽¹⁰⁰⁾ ilişkin teorik anlayışının ortaya çıkardığı sonuçlar Serbest Hukuk Teorisiyle uyuşmaktadır: kanunların maddi (içeriksel) düzenlemeleri uygulama açısından önemsizdir. Saf hukuk teorisi bunu şöyle gerekçelendirmektedir: Şayet bir Usul Kanunu hükme karşı kararın şekil ve esas bakımından hatalı olmasından ötürü kanun yollarına başvurulabileceğini öngörüyorsa, bununla söz konusu hataların hükmün oluşumuna ilişkin esaslı şartlardan olmadığı da ifade edilmiş olur. Aksi takdirde taraf hiçbir şekilde bir “hükmün” iptalini isteyemezdi, çünkü bu durumda ortada herhangi bir hukuki sonuç doğurmayan (en azından bir hükmün sonucu olmayan) önemsiz bir muamele söz konusu olurdu.

Şayet taraf kanunyoluna başvurmazsa veya hatalı olarak onun bu yola başvurmasına izin verilmezse, hatalı hüküm böylece kesinleşmiş olmaktadır: kesin hüküm oluşmuştur, çünkü artık hükmün iptali mümkün değildir; hüküm mevcuttur, çünkü bütün hatalara rağmen kanun uygulanmıştır (bütün geçerlilik şartlarının yerine getirilmesinden ötürü). Esas bakımından hükmün yanlış olmasının ise artık önemi kalmamıştır.

Hakimin onu hükme ulaştıran faaliyetine daha yakından bakıldığında, onun yukarıda gösterildiği şekliyle, yani geçerlilik şartları bakımından, kanunun uygulanmasından ibaret olduğu görülür. Gerçek içeriğe, esasa bakıldığında ise, başlangıçta iptal edilebilen, fakat sonra iptali kesin hüküm ile önlenen gerçek bir hukuk yaratmanın, hukukun serbestçe bulunmasının söz konusu olduğu görülür.

Hukuk düzeninin basamak binası bu açıdan yalnız şekli şartlar bakımından birlik arzeder, yoksa içerik bakımından ve özellikle kesin hüküm bakımından “hukukun çok boyutlu yüzü” karşımıza çıkar⁽¹⁰¹⁾. Her hüküm

⁽¹⁰⁰⁾ Bunun için bkz.: Merkl, Recht, s. 1185 vd.; Proble, s. 1203 vd.; Prolegomena, s. 1358 vd. ve genel teori açısından: Merkl, Lehre. Ayrıca bkz.: Kelsen, Rechtslehre, s. 280 vd.

⁽¹⁰¹⁾ Merkl, Rechtslehre, s. 1097; Kelsen, Formalismus, s. 1725.

ile birlikte kanunun ve diğer hükümlerin yanı sıra yeni (kanuni içeriğinden farklı) bir içerik ortaya çıkar.

Bu sonuca rağmen saf hukuk teorisi ile serbest hukuk teorisi arasında esaslı bir fark vardır: hakimin serbestçe hukuk yaratması, hukuk mantığına ilişkin değerlendirmeler ile bağlantılı olarak kesin hükümden çıkan bir sonuçtur ve bu husus yalnız doğru olmayan hükme aittir.

6.3. Kural kavramı

Hukukun çok boyutlu bir (yüze) görünümüne sahip olması, hiyerarşik düşünce olarak basamak binasının hiçbir şekilde değerler ve sınıflar arasında bir hiyerarşi gözetmemesi ile açıklanmaktadır. Her basamak, saf hukuk teorisi açısından eşit şekilde geçerliliğe sahip bir “hukuk kuralı”dır, söz konusu kural, sadece genel-soyut veya bireysel özelliklerine göre yapılan ayırım uyarınca genel veya bireysel bir kuraldır (yani örn. Kanun veya hüküm)⁽¹⁰²⁾. Bunlar bir bütün olarak hukuk düzenini, hukuk biliminin konusunu oluştururlar.

6.4. İki yüzlü hukuk ve hukuk bilimi

Hukuk düzeninin birden fazla görünümünün (yüzünün) olması, hukuk bilimi açısından yine Merkl tarafından aşağıdaki şekilde ifade olunan şu sorunu ortaya çıkarmıştır: “Böyle bir mesafeden bakarak ortaya çıkan hukuki görünümleri, aynı hukuki yapıda toplamak isteyen hukuk bilimi, bununla üstesinden gelemeyeceği bir işlev yüklenmiş olur ve ortaya ancak parçalanmış bir resim çıkar.”⁽¹⁰³⁾. Hukuk bilimi kendisini sınırlamak zorundadır: ama ne ile sınırlayacaktır?

Merkl bu ikilemi “iki yüzlü hukuk” olarak tanımlamıştır, çünkü yazar esas itibari ile hukukun iki farklı dayanak noktasının bulunduğunu kabul etmekteydi: O ya daha üstteki basamaklar üzerinde yoğunlaşacak ve somut olayda hukuku ihmal edecek ya da esas itibari ile hukuku bireysel (şahsi) hükümlerde somutlaştırarak, daha üstteki basamakları arka plana atacaktır. Aradaki fark, özellikle hatalı hükümlerde belirgin hale gelmektedir: ilk olasılıkta, hukuk bilimi kanuna dayanmakta ve bireysel kuralları

(102) Karş.: Kelsen, Rechtslehre, s. 3 vd.; Merkl, Prolegomena, s. 1311 vd. –Hukuk kuralı ile hukuki emir arasındaki farklar için bkz.: Walter Aufbau, s. 25, 35 vd. (Ayrıca bunun için bkz.: Schild, Rechtslehren, s. 38 vd.).

(103) Merkl, Rechtsanlitz, s. 1096.

kanuna aykırı olarak kabul etmektedir (“Hukuk bilgisinin önceliği”); ikinci olasılıkta ise, geçerli olan her hükme, doğruluğu sorgulanmaksızın icazet verilmektedir (“Hukukun uygulanmasının önceliği”)⁽¹⁰⁴⁾.

Merkl’e göre bu soruya bilimsel bir yanıt vermek mümkün değildir, bu husus daha çok dünya görüşüne ilişkindir: hukuk bilimine öncelik vermek bireyciliği ifade eder ki, bu düşünce mantığın egemenliğini kabul etmektedir; hukukun uygulanmasına öncelik vermek ise kolektivizme yöneliktir⁽¹⁰⁵⁾. Merkl⁽¹⁰⁶⁾ ise, ilk olasılığı tercih etmekte, daha somut bir anlatımla: kanunu ve anayasayı hukuk biliminin araçları olarak ele almaktadır.

6.5. Yorum ve Uygulama (Teori ve Uygulama)

Varılacak bir çok sonucun bu kararlar ile ilgisi vardır. Bu hususlar Saf Hukuk teorisinin esasları ile bağlantılı olduklarından kısaca ele alınacaktır.

Bundan ilk önce, hukuk bilimi ile uğraşanların somut olayda neyin hukuk olduğuna karar veremeyecekleri sonucu çıkmaktadır. “Kanun bilgisi olarak hukuk bilimi, özel durumlarda hukukun ne olduğunu bilmediğini söylediği takdirde şerefine leke sürmüştür olmaz!”⁽¹⁰⁷⁾. Çünkü -basamak binası teorisinin de gösterdiği gibi- bir hükümde kanunun uygulanması için hakimin bağımsız şekilde vardığı değer yargısına ihtiyaç vardır ki, hakim bu değerlendirmeyi yaparken bilgi bakımından (teorik açıdan) kendisini kanunun içeriği ile sınırlamamaktadır. Hakim hukuk dışı kurallara (örn. din ve ahlaka) veya kendi dünya görüşüne dayanmakta ya da belli bazı siyasi çıkarları korumak istemektedir. Dolayısıyla hukuk bilimi bu hususları önceden belirlememeli, bilakis teslim olmalı ve somut olayda (ve sadece o durumda) hakkın ne olduğunu öğrenmek için hakimin vereceği kararı beklemelidir. Ancak her halükarda hukuk bilimi sonradan hakimin verdiği kararın doğruluğunu, başka bir anlatımla, kanunun içeriğine uygunluğunu tartışma imkanına sahiptir⁽¹⁰⁸⁾.

Fakat bunun öncesinde de hukuk bilimi ile uğraşanlara bir görev düşmektedir: bilim adamı önceden bir hükmün nasıl verileceğini belirleyemez

(104) Karş.: Merkl, Rechtsanlitz, s. 1097 vd.

(105) Merkl, Rechtsanlitz, s. 1113.

(106) İlginç bir hukuk teorisi ortaya atmış olan Fritz Sander’in görüşlerinin aksine. Karş.: onun eseri: Staat und Recht, Leipzig/Wien 1922.

(107) Merkl, Recht, s. 1179.

(108) Karş.: Merkl, Recht, s. 1179.

ise de, kanun çerçevesinde ne tür kararların verilebileceğini saptayıp, kanuna uygun olan ve kanuna uygun olmayan hükümlerin esaslarını açıklayabilir. Şayet ortaya çıkabilecek bütün kararları yan yana getirebilirse, bilim adamı olarak üstüne düşen görevi yerine getirmiş olur.

Kanunun yorumlanması için gerekli olan yöntemlere bilim adamları nasıl ulaşacaklardır? Bilimadamı olarak kendi değer yargılarından yararlanamayacağı gibi, kesinlikle politik amaçlar da güdemez; kanuna dayalı yorum kurallarından da faydalanması, bunların onun tarafından tekrar yorumlanması gerekeceğinden söz konusu olamaz (Karş.: 3.3.4, 14.3, 18.4).

Merkel, kanun ile bağlılıktan bu sorunun yanıtını çıkarmaktadır: kanunlar dil ile ifade edildiğinden ötürü bünyelerinde “dil kurallarını” barındırırlar. “Uygulanacak hüküm...” o dilin elbisesini giydiğinden, hukukun uygulanmasında şu ya da bu biçimde o dilin formuna uygun olmalıdır⁽¹⁰⁹⁾. Bu yüzden dilbilimsel-mantıksal yorum metodu yazar tarafından en tutarlı ve bilime en uygun yöntem olarak görülmektedir, çünkü bu yöntemde kanunun kendisini ifade ettiği araçlar dikkate alınmaktadır⁽¹¹⁰⁾. Hukuk bilimine düşen görev, Merkel’e göre, kanun ifadesi ile mantık kuralları ile bağdaşan bütün yorum sonuçlarını birleştirmektir. Gerçi dilin birden fazla anlamlar içermesinden ötürü bu talebin yerine getirilmesinin ne kadar güç olduğu aşıkardır, ama yazar, bu şekilde sapla samanın, yani kanuna uygun olan ile ona aykırı olan hükümlerin birbirinden ayrılabilmesine inanmaktadır⁽¹¹¹⁾.

Hans Kelsen ise bu iyimserliği Merkel ile paylaşmaz: esas itibari ile Merkel ile aynı çıkış noktasından hareket etmesine rağmen dilbilimsel-mantıksal metodu uygun bulmamaktadır. Zira kelimeler daima kanunun iradesine göre ele alınacak ve böylece bu irade beyanı ile sınırlı olunacaktır ki, yazar söz konusu yöntemi bilimsel bulmamaktadır. Bilakis: “kanunkoyucunun iradesini ortaya çıkaran ifadelere bakılmamalı ya da ifade çok sıkı bir şekilde kontrol edilmeli ve bu yapılırken kanunkoyucunun iradesi ile hiç ilgilenilmemelidir; bu hususlar pozitif hukuka eşdeğerdir”⁽¹¹²⁾, dolayısıyla bilimin aynı şekilde hareket etmesi gerekir.

Kelsen’in bununla vardığı asıl sonuç, içerikten feragat etmek ve içe-

(109) Merkel, Rechtsanlitz, s. 1111.

(110) Merkel, Interpretationsproblem, s. 1073.

(111) Karş.: Merkel, Rechtsanlitz, s. 1110 vd.

(112) Kelsen, Theorie, s. 1367.

riksel her tür şeyden hukuk biliminde vazgeçmektir. Zira “kanunkoyucunun gerçek amacı”na ilişkin bütün olasılıkların yorumlanması, Kelsen’in bu yöntemi elverişsiz bulması⁽¹¹³⁾ nedeniyle nasıl gerçekleşecektir? Bilim adamının en fazla yapacağı iş, gerçekleşmesi muhtemel olan ve ona tutarlı gelen bütün yorum sonuçlarını ortaya koymaktır, fakat bu da onun bilimselliğinin sınırlandırılması ve aşılması anlamına gelecektir. Hukuk bilimi ile uğraşan insana düşen, politik bir angajman ile, hakimlere çözüm üretmeye çalışmaktır (örn. bir şerh hazırlayarak)⁽¹¹⁴⁾. Ancak bunu yaparken”birini diğerinden, yani bilmeyi istemekten ayırmak”zorundadır⁽¹¹⁵⁾.

6.6. Saf Hukuk Teorisi ve Serbest Hukuk Teorisi

Bilimin politikadan ayrılması ile Saf Hukuk Teorisi ile Serbest Hukuk Teorisi arasındaki fark ortaya çıkmaktadır. Gerçi her ikisi için de her hüküm ve her yorum sonucu kanunun uygulanmasından çok daha farklı bir anlama gelmektedir. Fakat saf hukuk teorisi bunun ötesinde serbest hukukun uygulamasından değil, bilakis “mantığa aykırı, keyfi ve esastan yoksun karar verme anlamında” “politika”dan yanadır. Bu nedenle, Saf Hukuk Teorisi aynı zamanda akla gelebilecek en politik hukuk teorisidir. Çünkü bu teori uyarınca, bir hukukçunun ifadesi hiçbir şekilde bilimi sınırlayamaz. Dolayısıyla hukuk bilimi, kendisini içerik alanından uzaklaştırmalıdır. Hukuk bilimi, hakime faaliyetine ilişkin talimatlar veren yorum bilimi değildir, bilakis tavır almaktan kaçınması gereken bir bilimdir. Bununla Serbest Hukuk Teorisi ile arasında bulunan son farka da değinilmiş olmaktadır. “Bu yüzden söz konusu teori açısından yorum fazla bir sorun ortaya çıkarmamaktadır”⁽¹¹⁶⁾.

6.7. Saf Hukuk Teorisinin Esasları

Bu yalnız, Kelsen’in bilgi ve bilim teorisinin bir sonucudur⁽¹¹⁷⁾. Bir taraftan olan ile olması gerekenin birbirinden ayrılması ile bilimin (esaslardan yoksun uygulamanın aksine) yalnız betimleyen, analiz eden, değerler-

(113) Kelsen, *Theorie*, s. 1367.

(114) Açıkça bu şekilde: Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Auflage, Wien 1934, s. 98.

(115) Kelsen, *Formalismus*, s. 1724.

(116) Kelsen, *Formalismus*, s. 1726.

(117) Saf Hukuk Teorisi’nin yeni taraftarlarının amaçsal yorum metoduna ilişkin görüşler ortaya atmaları kabul edilebilir ise de, bunun Kelsen’in fikirleri ile bağdaşmadığı ortadadır. Karş.: Böhm, *Interpretationstheorie*, s. 1 vd.; Schild, *Rechtslehren*, s. 39 vd.

den yoksun, saf teorik bir doğa bilimi üzerinde yoğunlaşması, diğer taraftan, olması gereken hukuk ile uğraşan bilimin bertaraf edilmesi. Olanın doğası gereği, olması gereken olarak hukuk, ideoloji anlamındadır, bu yüzden içeriğe yönelik her faaliyet beraberinde kendi değer yargılarını ve yukarıda değinilen anlamı ile "politika"yı beraberinde getirir.

Saf Hukuk Teorisinin esasları kitabın diğer bölümlerinde ayrıntılı şekilde eleştirilecektir.(2)⁽¹¹⁸⁾.

KAYNAKLAR

- Beyer, Wilhelm, R.: Artikel "Reine Rechtslehre" in: Philosophisches Wörterbuch (Klaus/Buhr), Leipzig 1969.
- Ebenstein, William: Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre, Prag 1938.
- Jöckel, Wilhelm: Hans Kelsens rechtstheoretische Methode, Tübingen 1921.
- Klenner, Hermann: Rechtslehre, Berlin (Ost) 1972.
- Metall, Rudolf A.: Hans Kelsen, Wien 1969 (mit Bibliographie der Werke Kelsens).
- Metall, Rudolf A.: Bibliographie der Reinen Rechtslehre und zur Reinen Rechtslehre, Anhang zu: Kelsen, Reine Rechtslehre, Wien 1934.
- Schild, Wolfgang: Reine und politische Rechtslehre. Der Staat 1975, 69.
- Vonlanthen, Albert: Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm, Berlin 1965.

⁽¹¹⁸⁾ Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi hakkındaki eleştirileri için bkz.: Schild, Rechtslehre, s. 25 vd. Hukuk biliminin bilimselliği hakkında karşı: Schild, Worte.