

# SONUÇ

Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2023, XIV+250 s. ([www.anayasa.gen.tr/hgtg.htm](http://www.anayasa.gen.tr/hgtg.htm)).

*Hukukun Genel Teorisine Giriş* başlığını taşıyan bu çalışmamız iki kısımdan oluşmuştur. Birinci kısımda hukuk normlarının geçerliliği, ikinci kısımda ise bu normların yorumu sorunu incelenmiştir.

Çalışmamızın **giriş bölümünde** hukukun genel teorisi kısaca tanıltılmaya çalışılmıştır. Hukukun genel teorisi, değişik hukuk sistemlerinde görülen ortak problemleri dış bir bakış açısından inceleyen, objektif ve a-normatif olmak isteyen hukukun pozitif bir bilimi olarak tanımlanır. Başlıca inceleme alanları hukuk analizi, hukuk metodolojisi ve bilim teorisidir.

Hukukun genel teorisi, hukuk felsefesinden farklıdır. Hukukun genel teorisi, konusunu açıklayan ve tasvir eden pozitif bir bilimdir. Değerler arasında tercih yapmaz. Buna karşın, hukuk felsefesi, ahlaki ve ideolojik bir tavır takınarak en iyi hukuk olarak kabul ettiği şeye göre hukuk olgusunun normatif bir analizini yapar. Hukuk felsefesi değerler aleminde faaliyet gösterir ve faaliyetinin ürünü değerlendirir. Hukukun genel teorisi ise kavramlar alanında faaliyet gösterir ve faaliyetinin ürünü teorik önermelerdir.

Hukukun genel teorisinin yaklaşım tarzı biçimseldir: Bu teori normun içeriğini değil; *yapısını*, *biçimini* inceler. Bu nedenle, hukukun genel teorisi, hukuku kendi normatif yapısı içinde, yani bu yapının hizmet ettiği değerlerden, bu yapının içeriğini oluşturan insan davranışlarından bağımsız olarak ele alır. Onun *biçimini* inceler. Bu anlamda hukukun genel teorisi, hukukun *biçimsel (formel)* teorisidir. Diğer bir anlatımla, hukukun genel teorisi hukukun biçimsel yapısını, hukuk dogmatığı ise hukukun içeriğini inceler. Bu iki faaliyet uygulamada birbirinden ayrı yürütülmekte ise de, hukukun mükemmel bir bilgisi ancak bu iki faaliyetin sonucunda elde edilebilir.

Biz çalışmamız boyunca hukukun genel teorisi alanında pozitivist anlayışı izledik. Hukukun pozitivist teorisine göre, sadece olgusal yargılar ampirik olarak doğrulanabilirler; sadece bu alan bilim alanıdır. Buna karşın değer yargıları bir bilim alanı değildir. Bu alanda “bili-

nemezlik (*non-cognitivism*)” ilkesi geçerlidir. Buna göre, değerler ampirik olarak bilinebilir şeyler değildirler. Çünkü onlar ya gerçeklikte mevcut değildirler ya da mevcut olsalar bile, onların bilinme biçimi tabii olguların bilinme biçimine indirgenemez.

\* \* \*

**I. Çalışmamızın hukuk normlarının geçerliliği sorununa ayrılan birinci kısmı,** kendi içinde beş bölüme ayrılmaktadır.

**1. Çalışmamızın birinci kısmının birinci bölümünde,** hukuk normlarının geçerliliğinin *ön koşulları* araştırılmıştır. Bir hukuk normunun geçerli olması için üç ön koşul vardır.

a) Bunlardan birincisi *maddi varlık koşuludur*. Bir işlemin hukuk normu olabilmesi için her şeyden önce onun madden var olması gerekir. Zira, maddi olarak *var olmayan* bir işlem, hiçbir hukuki nitelendirmeye konu olamaz. Bir işlemin maddi varlığı ile, o işlemin somut taşıyanının, yani bir belgenin, bir sözün, bir ritüelin, tek kelimeyle bir *instrumentumun* varlığı anlatılmak istenmektedir. Diğer bir anlatımla, bir işlemi hukuki nitelendirmeye tâbi tutmadan önce, onun *instrumentumunu*, örneğin bu işlemin içinde yer aldığı belgeyi göstermek gerekir. Modern hukuk sistemlerinde, bir kanunun varlığı, resmi gazeteye, yani hükümet adına basılan bir dergiye bakılarak ihdas edilir.

Bir işlemin maddi varlığı sorunu bu şekilde ortaya konulduktan sonra, onun açısından ikinci bir sorun daha ortaya çıkar: Bu işlem normatif nitelikte midir? Zira, geçerlilik kavramı “norm”un bir özelliğidir. Dolayısıyla bir işlemin geçerli olabilmesi için, normatif özelliğe sahip olması, yani norm niteliğinde olması gerekir. İşte birinci bölümde ikinci olarak normatiflik sorunu üzerinde durulmuştur.

b) Bir işlemin *normatifliği sorunu*, onun maddi varlığı, onun belgesi sorunu değil, onun anlamı sorunudur. Diğer bir ifadeyle norm, bir işlemin metni değil, ama onun anlamıdır. O halde, normatiflik sorunu, normun maddi taşıyıcısına (metin), atfedilmesi uygun olan anlam sorunudur. Yani, bu sorun kendisine başvuru belgenin *normatif bir kapsamının* olup olmadığını bilmek noktası üzerinde toplanmaktadır.

Hukuk normu bir “emre” işaret eder. Hukuk normu daima bir “olması gereken (*Sollen*)”i ifade eder. Olması gereken ise ya belirli bir davranışın emredilmesi, ya belirli bir davranışın yasaklanması, ya be-

lirli bir davranışa izin verilmesi ya da belirli bir davranışa yekti verilmesi demektir.

Pozitivist hukuk teorisine göre, bir kere, hukuk normunun konusu, yani emredilen şey mutlaka bir insan davranışı olmalıdır. İnsan dışındaki varlıkların davranışını düzenleyen şey norm olamaz. İkinci olarak hukuk normu insan iradesi tarafından konulmuş olmalıdır. Beşeri irade tarafından konulmayan bir şey norm olamaz.

Maddi varlık ve normatiflik koşulları *gerekli ama yeterli* olmayan koşullardır. Madden mevcut olan ve normatif niteliğe sahip her norm, *hukuk* normu değildir. Var olan sosyal, ahlaki, dini vs. normlar da normatif niteliğe sahiptir. O halde bir normun geçerli olması için o norm, sosyal, ahlaki, dini vs. değil ama “hukuki” nitelikte olması gerekir. Dolayısıyla, hukuk normlarını diğer norm kategorilerinden ayırmak gerekir. İşte bu ayırım, hukukun genel teorisinde bir normun “hukukiliği” sorunuyla dile getirilir. Hukukilik hukuk normlarının geçerliliğinin üçüncü ön koşuludur.

c) *Hukukilik* bir hukuk kuralını diğer sosyal davranış kurallarından ayıran özellik olarak tanımlanabilir. Diğer bir anlatımla, hukukilik, bir norma “hukuki” olma vasfını veren şeydir. Hukukiliğin ölçütü olarak doktrinde değişik kriterler önerilmiştir. Biz bu çalışmada bu kriterlerden sadece iki tanesini yakından inceledik. Bu kriterlerden birincisine göre, hukuk normu *müeyyideye* bağlanan bir normdur. Müeyyide ise, normun ihlaline bir tepki olarak gösterilen bir cebirdir. Bununla birlikte bu cebir, her hangi bir cebir değil, hukuk düzeni tarafından öngörülmüş bir cebirdir. Yani müeyyide de aslında bir hukuk normudur. Eğer müeyyide bu şekilde tanımlanırsa, bir kısır döngüye düşülmektedir: Hukuk kuralı neticede hukuken müeyyide-lendirilmiş kuraldır denmektedir. Bu ise hukukiliği dış bir unsur olarak tanımlayamamaktadır.

Müeyyide kriterini bir yana bırakarak, biz çalışmamızda hukukiliği Kelsen’in önerdiği kritere göre, yani hukuk normunun belirli bir hukuk düzenine *aidiyeti* kriterine göre tanımladık. Bu kritere göre, bir norm, bir “hukuk” düzenine ait ise hukukidir. Ama bu halde söz konusu normatif düzenin hukukiliğini tanımlamak gerekir. Zira, mevcut normatif düzenler, hukuk düzeninden ibaret değildir; sosyal ahlaki ve dini vs. nitelikte normatif düzenler de vardır. Kelsen’i izleyerek hukuk düzeninin ayırıcı özellikleri olarak şu noktalar ortaya konmuştur:

Hukuk düzenlerinin ilk ayırıcı özelliği, onların *beşeri davranış düzenleri* olmalarıdır. Yani hukuk düzeninin normları insan davranışlarını düzenlerler.

Hukuk düzenlerinin ikinci ayırıcı özelliği, onların *cebir düzenleri* olmalarıdır. Bu şu anlama gelir ki, hukuk düzenleri, bazı istenmeyen durumlara ve özellikle sosyal olarak zararlı olduğu kabul edilen insan davranışlarına karşı bir *cebir işlemi* ile karşılık verir. Cebir işlemi ise, yaşama son verilmesi, sağlığa zarar verilmesi, özgürlüğün kısıtlanması, mallara el konulması gibi bir kötülüğün normu ihlal edene onun iradesi hilafına, gerekirse fiziki güç kullanarak uygulanmasıdır.

Böylece hukuk düzeni, *beşeri davranışının cebri düzeni* olarak tanımlanabilir. Hukuk düzeni, cebir düzeni olmasıyla, diğer sosyal düzenlerden ayrılır. Cebir unsuru, nihai kriterdir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, hukuk düzeni olarak kabul edilen cebir düzeni, diğer cebir düzenlerinin hepsinden daha etkilidir. Hukuk düzeni ile bir haydut çetesinin düzeni arasındaki fark bu noktada toplanmaktadır. Hukuk düzeninin cebri, haydut çetesi düzeninin cebrinden daha büyüktür.

Sonuç olarak bir normun hukukiliğinin onun belirli bir hukuk düzenine ait olması ile belirlendiğini ve bir hukuk düzeninin hukukiliğinin ise onun bir cebir düzeni olması ile tespit edildiğini söyleyebiliriz. Diğer bir ifadeyle bir norm belirli bir hukuk düzenine ait ise hukukidir ve bir normatif düzen, bir cebir düzeni ise hukuk düzenidir.

Bu üç ön koşul hukuki geçerliliğin *gerekli ama yetersiz* koşullarıdır.

Bir kere, maddi varlık bir *gerekli koşuldur*, zira madden mevcut olmayan bir işlem hiçbir hukuki nitelendirmeye konu olamaz; ama *yetersizdir*, zira mevcut olan tüm işlemler normatif nitelikte değildirler.

İkinci olarak, normatifik de bir *gerekli koşuldur*, zira normatif nitelikte olmayan bir işlem geçerli olamaz; ama *yetersizdir*, zira normatif nitelikte olan tüm normlar sadece hukuk normları değildir; sosyal, ahlaki ve dini normlar da normatif niteliktedir.

Nihayet, hukukilik de bir *gerekli koşuldur*; zira geçerlilik kavramı, sosyal, ahlaki veya dini normlarla ilgili değil, *hukuk* normları ile ilgilidir; ama *yetersizdir*, zira bir normun “hukukiliği” onun kaçınılmaz olarak “geçerli” olduğu anlamına gelmez. Gerçekten de madden mev-

cut olan bir hukuk normunun geçerli olduğunu söyleyebilmek için, bir normun hukuki geçerliliğinin asıl koşullarını görmek gerekir.

2. Çalışmamızın birinci kısmının **ikinci bölümünde** hukuk normlarının geçerliliğinin asıl koşullarını tespit etmek amacıyla *üç geçerlilik anlayışı* incelenmiştir.

Hukuk kuramında genellikle bir normun hukuki geçerliliği konusunda üç değişik anlayış vardır: Aksiyolojik, maddi ve biçimsel geçerlilik.

a) *Tabii hukukçu yazarlar* tarafından savunulan *aksiyolojik geçerlilik anlayışında*, bir normun geçerliliği, *gaî (finaliste) bir kritere* göre, yani o normun bir takım değerlere veya bir takım meta-pozitif ideallere uygunluğu ile tespit edilir. Bu değer ve idealler etik, ahlaki, dini vs. niteliktedir. Bir normun geçerli olup olmadığını bilmek için, bu normunun içeriğini belirleyen bir takım değer ve idealler ile karşılaştırmak gerekir. Eğer norm, bu değer ve ideallere uygun ise geçerli, değilse geçersizdir.

Kanımızca, bir normun geçerliliği böyle bir anlayışta, yani finalist kritere göre değerlendirilemez. Çünkü, bir normun aksiyolojik geçerlilik sorunu, son tahlilde, bir değer yargısında çözümlenmektedir. Diğer bir ifadeyle, bir normun geçerli olup olmadığı sorununun çözümü, bu normun içeriği ile bu normun dışında kalan bir takım değer ve ideallerin karşılaştırılmasını gerektirmektedir. Bu değerler, etik, ahlaki, dini vs. tek kelimeyle, meta-pozitif niteliktedir. Ve kanımızca, böyle değerlerin, böyle ideallerin incelenmesi hukuk biliminin inceleme alanı dışında kalır.

b) *Amerikan ve İskandinav realist hukuk akımları* tarafından savunulan *maddi geçerlilik anlayışında* bir normun geçerliliği onun “etkililiği” ile değerlendirilir. Bir normun etkililiği ise, o normun emrettiği şey ile bu normun muhataplarının davranışları arasındaki uyum ile belirlenir. Diğer bir ifadeyle normun etkililiği, muhatapları tarafından izlenmesine ve itaat edilmesine bağlıdır. Bir norm, belirli bir zaman diliminde, belirli bir insan grubu tarafından izlenmişse, tek kelimeyle itaat edilmiş ise o norm etkilidir.

Bir normun etkililiğinin araştırılması, bu normun içeriği ile bir sosyal grubun efektif davranışları arasında karşılaştırma yapılmasını gerektirir. Yani norm ile sosyal pratikler arasında bir açıklık olup ol-

madığı araştırılır. Diğer bir ifadeyle, bir normun etkililiği bizatihi olgular planında değerlendirilir. Bu nedenle bir normun etkililiği sorunu, hukukun “fenomenolojik” sorunudur. Yani, maddi geçerlilik anlayışında bir normun geçerliliği üzerine yargılar, “doğruluğu ya da yanlışlığı ampirik olarak kontrol edilebilir”. Açıkça ki böyle bir çalışma, hukuk biliminden ziyade sosyoloji ve psikolojinin alanına girer.

c) *Pozitivist yazarlarca savunulan biçimsel geçerlilik* anlayışında ise, bir normun geçerliliği, o normun muhtevassından çıkan soyut veya olgusal bir nitelikte değil, onun belirli bir hukuk düzenine *aidiyeti* ile belirlenir. Diğer bir ifadeyle eğer bir norm, belirli bir hukuk düzeninin içinde yer alıyorsa geçerlidir. Bir hukuk düzenine ait olmak, yani bir hukuk düzeni içinde mevcut olmak içinse, bir norm, başka bir normun belirlediği koşullara uygun olarak konulmalıdır. Bu anlayışa göre, her norm, geçerliğini bir üst normdan son tahlilde temel normdan alır. Ama bir normun geçerliliğinin temelinin araştırılması sonsuza kadar sürdürülemez. Kaçınılmaz olarak, son ve en yüksek olarak varsayılan bir normda durmak gerekecektir. Kelsen bu en yüksek norma “temel norm (*Grundnorm*)” ismini vermektedir. Kelsen’e göre, bir taraftan uluslararası hukukun, diğer taraftan da Tanrı veya Doğa gibi hukuk ötesi bir otoritenin varlığı hesaba katılmazsa, temel normun geçerliliği bir varsayım olarak kabul edilmelidir.

**3. Çalışmamızın birinci kısmının üçüncü bölümünde geçerliliğin asıl ve ek koşullarını** inceledik. Kanımızca, bir normun hukuki geçerliliğinin asıl koşulu, onun *biçimsel geçerliliği*, yani belirli bir hukuk düzenine aidiyetidir. Bir norm bir hukuk düzeninde mevcutsa biçimsel olarak geçerlidir. Bunun için ise, o normun kendisinden üst bir normun ve son tahlilde temel normun öngördüğü şekilde yapılmış olması gerekir.

Biçimsel olarak geçerli olan bir normun geçerliliğini kaybetmesi için bu normun iki ek koşulu da yerine getirmesi gerekir.

Bu ek koşullardan birincisi, *bu normun ait olduğu global hukuk düzeninin etkililiğidir*. Diğer bir ifadeyle, geçerli olan bir norm, bu geçerliliğini yitirmemesi için, bu normun ait olduğu hukuk düzeni etkili olmalıdır. Eğer hukuk düzeni *etkililiğini* yitirirse, bu düzene ait tüm normlar da *geçerliliğini* yitirir. İnsanların etkili olmayan bir hukuk düzenine itaat yükümlülükleri artık yoktur. Gerçekte bu problem çok is-

tisnai durumlarda ortaya çıkar. Örneğin devrimlerden sonra durum böyledir.

Bir normun hukuki geçerliliğinin ikinci ek koşulu, bizatihi bu normun bir *minimum etkililiğe* sahip olmasıdır. Bu koşula göre, belirli bir hukuk düzenine ait bir normun geçerliliğini yitirmemesi için, bizzat bu norm bir minimum etkililiğe sahip olmalı, yani *hiç olmazsa belirli bir noktaya kadar* uygulanmalı ve kendisine itaat edilmelidir. *Sürekli bir şekilde* etkililikten yoksun kalan bir norm, geçerli bir norm olarak kabul edilemez. Bununla beraber, tek başına ele alınan bir norm, kendisine itaat edilmesi veya uygulanması gereken hallerden *sadece birkaçında* kendisine itaat edilmez veya uygulanmaz ise geçerliliğini sırf bundan dolayı kaybetmez. Fakat diğer yandan, kendisine *hiçbir zaman* uyulmayan veya *hiçbir zaman* uygulanmayan bir norm, geçerli bir norm olarak kabul edilemez. Başka bir ifadeyle bir norm, geçerli kalmak için *metrukiyete (désuétude)* düşmemelidir.

**4. Çalışmamızın birinci kısmının dördüncü bölümde geçerlilik koşullarına uyulmamasının sonuçları, yani geçerlilik teorisinin müeyyidesi incelenmiştir.**

Geleneksel doktrinde yokluk ve iptal edilebilirlik gibi değişik müeyyideler ileri sürülmüşse de sorunun basit yanıtı vardır: Kendisinden üst bir normun öngördüğü koşullarda çıkarılmak bir geçerlilik koşulu olduğuna göre, bu koşula uymayan norm *geçersizdir*. O halde geçerlilik koşuluna uymayan bir normun karşılaşacağı müeyyide “geçersizlik”tir.

Ama asıl sorun, bir normun kendisinden üst bir normun belirlediği koşullara uymadığının kim tarafından ve nasıl tespit edileceğidir. Diğer bir ifadeyle, hukuk normlarının geçerliliğini inceleme yetkisi kime aittir?

Merkezleşmiş hukuk düzenlerinde hukuk normlarının geçerliliğini inceleme yetkisi sadece önceden belirlenmiş bir takım organlara aittir. Bu organların dışındaki kişiler, söz konusu hukuk normunun bir üst norma aykırı olduğunu ve dolayısıyla geçersiz olduğunu iddia etseler bile, bu hukuk normu yetkili organın kararına kadar geçerlidir. Dolayısıyla merkezleşmiş hukuk düzenlerinde, sakat bir norm, vatandaşlarca *a priori* geçersiz olarak kabul edilemez. O sadece iptal edilebilir bir işlemdir. O halde, merkezleşmiş hukuk düzenlerinde, kamu otoritelerinin işlemleri, başka bir otoritenin bir işlemiyle ortadan kaldırılmadık-

ça, geçerli olarak kabul etmek gerekir. Bu ikinci işlem alınmadan önce, ilk işlemin geçersiz olduğunu söylemek hukuken mümkün değildir.

Bu ilk işlemi ortadan kaldıran bu ikinci işleme, dogmatik hukukta ister “yokluk saptaması”, ister “iptal” kararı densin hukukun genel teorisi açısından durum aynıdır. Zira hukuka aykırı bir işlemin *yokluğunu saptayan* bir karar dahi gerçeklikte o ana kadar geçerli olarak kabul edilen bir işlemin “makale şamil iptali”dir. Yani bu ikinci karar, “bildirici” değil, “kurucu” niteliktedir. Dolayısıyla Kelsen’in belirttiği gibi, *yokluk* diye bir şey olamaz: Bir hukuk düzeninin parçası olan normlar “yok hükmünde” değil; sadece “iptal edilebilir” niteliktedirler. Kısacası, *a priori* bir geçersizlik olamaz. Geçersiz olduğu düşünülen norm, yetkili organ tarafından geçersiz olduğu ilan edilinceye kadar sonuçlarını doğurur.

**5. Çalışmamızın birinci kısmının beşinci bölümünde, örf ve âdet** yoluyla yaratılan hukuk kurallarının *geçerliliği* sorunu ayrıca tartışılmıştır. Örf ve âdet kurallarının yazılı hukuk kurallarının tâbi olduğu geçerlilik koşullarına tâbi olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Buna göre, bir örf ve âdet kuralı da hukuki geçerliliğini ancak kendisinden üst bir normdan alabilir. Örf ve âdet kuralları, normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde yer aldığına göre, geçerliliklerini anayasadan almalıydılar; yani anayasanın öngördüğü usülle konulmalıydılar. Açıkçası, eğer anayasa örf ve âdet yoluyla norm yaratılmasını kabul ediyorsa, yani anayasa örf ve âdeti hukukun kaynağı olarak kabul ediyorsa, örf ve âdet bir hukuk kuralı olarak geçerli olabilir. Diğer bir ifadeyle, örf ve âdet yoluyla geçerli hukuk kurallarının yaratılması için anayasanın bireylerin tekrarlanan davranışlarıyla hukuk kuralı yaratılabileceğini kabul etmiş olması, yani örf ve âdeti “hukuk yaratan olay (*fait créateur de droit*)” olarak tanımış olması gerekir.

**6. Çalışmamızın birinci kısmının altıncı bölümünde geçerlilik teorisi** açısından *uluslararası hukukun geçerliliği* ayrıca incelenmiştir.

Uluslararası hukuk düzeninin hukukiliği sorununun hayli tartışmalı olduğu gözlenmiştir. Uluslararası hukukun müeyyideleri olarak takdim edilen misilleme ve savaşın hukuktaki müeyyide tanımına uyduğunu söylemek oldukça güçtür. Müeyyide hukuk düzeni tarafından örgütlenmiş bir cebirdir. Yani müeyyideyi, hukuk normunun ihlalden zarar gören kişi değil, yalnızca hukuk düzeni tarafından yetkilendirilen kişiler ve organlar uygulamaya yetkilidir. Ve müeyyide de ancak



hukuk düzeni tarafından öngörülen şartlar içinde olabilir. Diğer bir ifadeyle, hukuk düzenin müeyyidesi merkezileştirilmiş ve tekelleştirilmiştir. Misilleme ve savaşın bu ölçütlere uygun olduğunu söylemek ise oldukça güçtür.

\* \* \*

**II. Çalışmamızın ikinci kısmında** hukuk normlarının yorumu sorununa ayrılmıştır.

Hukukta yorum da, diğer alanlardaki yorumlar gibi, *hermenötik* bir süreçtir. Bu anlamda, bazen *hukuk hermenötiği*nden de bahsedilir. Hukuk hermenötiği, hermenötiğin genel teorisinin hukuki metinlerin yorumlanmasına uygulanmasından ibarettir.

Günümüzde Anglo-Sakson hukuk teorisi yorum sorunuyla çok yakından ilgilenmektedir. Hatta Bernard S. Jackson bu konuda bir “*obsession*”dan bahsetmektedir. Aynı şeyi Kıta Avrupası için söylemek güçtür. Özellikle Fransız ve Türk hukuk literatürlerinde yorum, çok az ilgi görmüş konulardan biridir. Yorum konusunda, genellikle, yasama yorumu, yargı yorumu ve bilimsel yorum olmak üzere “yorum çeşitleri”nden veya lafzi yorum, gai yorum, tarihsel yorum, kavramcı yorum, sistematik yorum, menfaatler içtihadı gibi “yorum metotları”ndan ya da *analogia*, *argumentum a fortiori*, *argumentum a contrario* gibi “yorumda kullanılan mantık kuralları”ndan bahsedilir.

Yorum sorununu bu şekilde işleyen yazarlar, yorumun *kendisi* üzerinde, yorumun *niteliği* üzerinde genellikle durmamışlardır. Bu tavır oldukça eski ve yerleşiktir. Bu tavra çalışmamızda *klasik yorum teorisi* ismini verdik. Bu teorinin karşısındaki teori ise *realist yorum teorisi*dir. Biz bu kısmın *birinci bölümünde* klasik yorum teorisini, *ikinci bölümünde* ise realist yorum teorisini inceledik.

**1. Çalışmamızın ikinci kısmının birinci bölümünde** *klasik yorum teorisi* incelenmiştir. Bu teoriye göre, her hukuki durum için uygulanabilir bir hukuk kuralı mevcuttur. Bu kural açık olmadığı zaman, hakim kanun koyucunun iradesini bulmalıdır. Hakim gizli de olsa orada daha önceden beri bulunan kuralın anlamını gün ışığına çıkarmalıdır. Dolayısıyla bu teoriye göre, hakim görevi sadece kanunu uygulamaktır. Hakim yaratıcı değildir. Yargı faaliyeti, hukuk kuralının somut olaya uygulanmasından ibarettir. Bu nedenle denilebilir ki, yargı yeni bir şey ortaya koymaz. İşte bu anlamdadır ki, Montesquieu’nün for-

mülüne göre, yargı kuvveti gerçek bir kuvvet değildir, âdetâ “yok hükmünde”dir.

**2.** Buna karşılık, çalışmamızın ikinci kısmının **ikinci bölümünde** incelenen, *realist yorum teorisine göre* ise, uygulanacak olan hukuk kuralı, hakime önceden verilmiş değildir. Hakim, kanun metnini yorumlamalı, onun anlamını belirlemelidir. Dolayısıyla hakim, büyük önermenin gerçek yaratıcısı, yani gerçek kanun koyucu haline gelir. İşte realist yorum teorisinin özü buradadır: *Gerçek kanun koyucu, metnin yazarı değil, yorumcusudur.*

Realist yorum teorisine göre, bir kere, norm, kanunun metni değil, bu metnin anlamıdır. İkinci olarak, yorumun konusu norm değil, metindir. Diğer yandan, yorum kaçınılmazdır ve bir hukuki metin birden fazla norm içerebilir. İşte yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimdir. Ayrıca, realist yorum teorisine göre, metinler kendi kendilerini yorumlayamazlar; yorum, yorumcuya bağlıdır. Yorum, yorumcunun serbest iradesinin ürünüdür. Dolayısıyla gerçek kanun koyucu, kanunun yazarı değil, yorumcusudur. Zira, yorum, tanıma işlemi değil, bir irade işlemidir. Bu ise iki nedenden dolayıdır. Bir kere normun tanınabilecek objektif bir anlamı yoktur. İkinci olarak, hukuk düzeninin bazı organları tarafından yapılan yorum, *otantik* niteliğe sahiptir. Otantik yorum, hukuken kendisine itiraz edilemeyen ve pozitif hukukun kendisine hukuki sonuçlar bağladığı yorumdur.

Sonuç olarak, hukuk normu, kanun koyucunun kabul ettiği ve resmi gazetede yayınlanan metin değil, ama bu metnin içerdiği normdur. Bu normun ne olduğunu söyleyen ise kanun koyucu değil, hakimdir. ■