

HUKUK KAVRAMI VE HUKUKUN GEÇERLİLİĞİ

ROBERT ALEXY

ÇEVİRİ VE SUNUŞ
ALTAN HEPER

ROBERT ALEXY

1945 doğumlu Robert Alexy Kiel Christian-Albrechts Üniversitesi'nde Kamu Hukuku ve Hukuk Felsefesi profesörlüğünden emekli olmuştur. Başlıca eserleri: *Hukuki Argümantasyon Kuramı* (1978, 8. Baskı 2015); *Temel Haklar Kuramı* (1985, 8. Baskı 2018) *Law's Ideal Dimension* (2021).

ALTAN HEPER

Balıkesir'de doğdu (1956). İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden (1977) ve Kassel Üniversitesi'nden (1988) mezun oldu. Göttingen Üniversitesi'nde ceza hukuku (1989) ve İstanbul Üniversitesi'nde iş hukuku (1996) doktora tezleri verdi. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalında doçentlik ünvanı aldı (2017). Hâlen Tübingen Üniversitesi ve Özyeğin Üniversitesi'nde görev yapmaktadır.

Başlıca eserleri: *Avrupa İş Hukuku ve Türkiye* (1997), *Serbest Hukuk Akımı* (2016), *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü* (Sevtap Metin ile, 2017) *Immanuel Kant, Ahlakın Metafiziği* (2023).

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BASKI İÇİN ÖNSÖZ	13
GENİŞLETİLMİŞ BASKI İÇİN ÖNSÖZ	14
TÜRKÇE ÇEVİRİYE YAZARIN ÖNSÖZÜ	15
ÇEVİRENİN ÖNSÖZÜ VE ALEXY’NİN HUKUK KAVRAMINA VE HUKUKUN GEÇERLİLİĞİ TEZLERİNE BİR GİRİŞ	16
I. Robert Alexy: Yaşamı, Eserleri ve Önemi	16
II. Alexy’nin Hukuk Kavramı	20
III. Kitabın Mimarisi	21
IV. Alexy’de Hukukun, Genel Rasyonel Söylemin Özel Hali Olması Kuramı	29
V. Temel Haklar Kuramı	30
VI. Kognitivizm Sorunu	31
VII. Alexy’nin Tezlerinin Hukuk Biliminin Çeşitli Alanlarında Üstlenilmesi	31
VIII. Terminolojik Sorunlar ve İngilizce Alıntılar	32
IX. Alexy’nin Sisteminin Türkiye Açısından Önemi	34
X. Teşekkür	35
KISALTMALAR	36
HUKUK KAVRAMI VE HUKUKUN GEÇERLİLİĞİ	
I. BÖLÜM	
HUKUKİ POZİTİVİZM SORUNU	39
I. Temel Tutumlar	39
II. Hukuki Pozitivizm Konusundaki Tartışmanın Pratik Önemi	40

1. Yasal Haksızlık	41
2. Hukuku İlerletici Geliştirme	43
2. BÖLÜM	
HUKUK KAVRAMI	46
I. Ana Unsurlar	46
II. Pozitivist Hukuk Kavramları	46
1. Esas Olarak Etkinliğe Yönelik Hukuk Kavramları	47
1.1. Dışsal Boyut	47
1.2. İçsel Boyut	48
2. Esas Olarak Yasa Koymaya Yönelik Hukuk Kavramları	49
III. Pozitivist Hukuk Kavramlarının Eleştirisi	52
1. Ayrılık ve Bağlılık Tezleri	52
2. Kavramsal Bir Çerçeve	55
2.1. Geçerlilikten Bağımsız ve Geçerlilikten Bağımsız Olmayan Hukuk Kavramları	55
2.2. Norm Sistemleri ve Süreç Sistemleri Olarak Hukuk Sistemleri	56
2.3. Gözlemci ve Katılımcı Perspektifleri	57
2.4. Sınıflandırıcı ve Nitelendirici Bağlantılar	58
2.5. Kombinasyonlar	58
3. Gözlemci Perspektifi	59
3.1. Münferit Normlar	60
3.2. Hukuk Sistemleri	63
4. Katılımcı Perspektifi	67
4.1. Doğruluk Argümanı	67
4.2. Haksızlık Argümanı	71
4.2.1. Münferit Normlar	71
4.2.1.1. Dil Argümanı	72
4.2.1.2. Açıklık Argümanı	74
4.2.1.3. Etkinlik Argümanı	77
4.2.1.4. Hukuk Güvenliği Argümanı	84
4.2.1.5. Görecelilik Argümanı	85
4.2.1.6. Demokrasi Argümanı	88

4.2.1.7. Zorunlu Olmama Argümanı	89
4.2.1.8. Dürüstlük Argümanı	91
4.2.1.9. Sonuç	94
4.2.2. Hukuk Sistemleri	95
4.2.2.1. Genişletme Tezi	97
4.2.2.2. Çökme Tezi	99
4.3. İlkeler Argümanı	101
4.3.1. İçinde Barındırma Tezi	103
4.3.2. Ahlak Tezi	107
4.3.3. Doğruluk Tezi	108

3. BÖLÜM

HUKUKUN GEÇERLİLİĞİ	113
I. Geçerlilik Kavramları	113
1. Sosyolojik Geçerlilik Kavramı	113
2. Etik Geçerlilik Kavramı	114
3. Hukuki Geçerlilik Kavramı	115
II. Geçerlilik Çatışmaları	116
1. Hukuki ve Toplumsal Geçerlilik	116
1.1. Norm Sistemleri	116
1.2. Münferit Normlar	118
2. Hukuki ve Ahlaki Geçerlilik	119
2.1. Norm Sistemleri	119
2.2. Münferit Normlar	121
III. Temel Norm	122
1. Analitik Temel Norm (Kelsen)	123
1.1. Temel Norm Kavramı	123
1.2. Bir Temel Normun Zorunluluğu	126
1.3. Bir Temel Norm Olanığı	129
1.4. Temel Normun İçeriği	131
1.5. Temel Normun Statüsü ve Görevleri	132
1.5.1. Görevler	132
1.5.1.1. Kategorilerin Değişimi	132
1.5.1.2. Kriterlerin Tespiti	133

1.5.1.3. Birlik Sağlama	133
1.5.2. Statü	134
1.5.2.1. Zorunlu Koşul	135
1.5.2.2. Olası Koşul	135
1.5.2.3. Sanal Norm	137
1.5.2.4. Temellendirmenin Olanaksızlığı	140
2. Normatif Temel Norm (Kant)	143
3. Ampirik Temel Norm (Hart)	148
4. BÖLÜM	
TANIMLAR	151
KAYNAKLAR	155
HUKUKUN İKİLİ DOĞASI	159
I. İdeal Olan	161
1. Doğruluk Talebi	161
2. Söylem Kuramı	167
II. Gerçek Olan	169
III. İdeal Olanla Gerçek Olanın Uzlaşması	170
1. En Uç Sınırlar	172
2. Demokratik Anayasacılık	176
3. Hukuki Argümantasyon	178
4. Gerçek ve İdeal Olması Gereken	180
DİZİN	181

I. BÖLÜM HUKUKİ POZİTİVİZM SORUNU

I. Temel Tutumlar

Hukuk kavramı konusundaki çatışmada ana sorun hukuk ve ahlak arasındaki ilişkidir. İki bin yılı aşkın bir tartışmaya¹ rağmen eskiden olduğu gibi iki temel tutum birbirine karşı cephe almıştır: Pozitivist ve pozitivist olmayan tutum.

Tüm pozitivist tezler *ayrılık* tezini savunurlar. Bu tez şunu söylemektedir: Hukuk kavramı, kavramın ahlaki unsurları içermeyen tanımlanmasını gerektirir. Ayrılık tezi, ahlak ve hukuk arasında, hukukun zorunlu kıldığıyla adaletin talep ettiği arasında, olan hukukla olması gereken hukuk arasında zorunlu kavramsal bir bağ olmadığını şart koşar. Büyük hukuki pozitivist Hans Kelsen bunu şu şekilde formüle etmişti: “Bu nedenle herhangi bir içerik hukuk olabilir.”²

Pozitivist hukuk kavramı için böylece sadece iki tanım unsuru geriye kalmaktadır: Usulüne uygun veya yetkiye uygun³ yasa koyma ve toplumsal etkinlik. Hukuki pozitivistimin

¹ Bir örnek olarak Xenophon'un anlattığı Alkibiades'in Perikles'e yönelttiği “Yani bir tiranın devlete bu kadar hükmetmesi ve vatandaşlara ne yapmaları gerektiğini belirlemesi de mi bir yasadır?” (Xenophon 1917:16.) sorusuna, “yasa” adı altında hukuken geçerli bir yasa anlaşılmasından bu yana, bugüne kadar farklı cevaplar verilmektedir.

² Kelsen, 1960:201.

³ “Usule uygun yasa koyma” (ordnungsgemässe ç.n.) ve “yetki kullanılarak yasa koyma” (“autoritative Gesetztheit”) ifadeleri eş anlamlı veya eş anlamlı olmadan kullanılabilir. Bu ifadeler aynı ölçüde norm koyma yetkisini veren normlarla ilgiliyse, yani kimin, nasıl norm koyma yetkisine sahip olduğunu ifade ediyorsa eş anlamlıdır. Böylece bu normlar, usule uygun yasa koymanın ölçütlerini be-

çok sayıdaki versiyonu⁴ farklı yorumlardan ve bu iki tanım unsurundan birine tanınan öncelikten kaynaklanmaktadır.⁵ Bu versiyonlarda ortak olan, hukukun, sadece yürürlüğe koyma ve/veya etkili olması şartıdır. Nasıl olursa olsun bir şekilde sağlanan içeriksel doğruluk hiçbir rol oynamaz.

Tüm hukuki pozitivist olmayan kuramlar buna karşılık *bağlılık* tezini savunmaktadır. Bu tez şunu söylemektedir: Hukuk kavramı, kavramın ahlaki unsurları içererek tanımlanmasını gerektirir. Ciddiye alacağımız hukuki pozitivist olmayan anlayış, usule uygun yasa koyma ve sosyal etkinliği hukuk kavramından ayrı tutmaz. Hukuki pozitivist olmayan anlayışı pozitivist olandan ayıran, daha ziyade hukuk kavramının bu özellikleri yanında olgulara dayandırılması, ahlaki unsurları da içerecek şekilde tanımlanması gerektiğidir. Hukuki pozitivismde olduğu gibi burada da farklı yorumlar ve öncelik verme olanağı vardır.

II. Hukuki Pozitivism Konusundaki Tartışmanın Pratik Önemi

Hukuk kavramı konusunda tartışma, hukukun ne olduğu konusunda bir tartışmadır. Her hukukçu bu konuda az çok kendi hukuk pratiğinde ifadesini bulan net bir tasavvura sahiptir ve bu tasavvur uygulamalarda ifadesini bulur. Hukuk uygulamasının temelinde yatan hukuk kavramının genellikle

lirleyerek norm vazetme otoritesini temellendirmektedir. Usule uygun konulan, bu koşul altında yetkilice vazedilmektedir ve bunun tersi de geçerli olmaktadır. Ancak bu iki ifade eş anlamlı olarak kullanılamaz, çünkü “usulüne uygun yasa koyma” ifadesi sadece yetki normlarına atıfta bulunurken, “yetki kullanarak yasa koyma” ifadesi sadece veya aynı zamanda yasa koyma yetkisine atıfta bulunur. Burada bu anlam farklılıklarına işaret etmek yeterli olacaktır. Güç faktörü, etkinliğin bir yönü olarak sosyal etkinliğe dahil olabileceğinden, bu iki ifade aşağıda eş anlamlı olarak kullanılacaktır. Çoğu durumda, sadece “usule uygun yasa koyma”dan bahsedeceğiz.

⁴ Krş. Burada Ott 1976:33-38.

⁵ Krş. R. Dreier 1991:96.