

Kemal Gözler
**HUKUKUN GENEL
TEORISINE GİRİŞ**

Hukuk Normlarının Geçerliliği
ve Yorumu Sorunu



(c) K. Gözler (www.anayasa.gen.tr/hgtg.htm)



25. YIL BASKISI

2. Baskı
Ekim 2023

Bu metin bir “seçki”dir. Bu “seçki”, Kemal G?zler’in *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu* (Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2023, XIV+250 s.) başlıklı kitabının tanıtımı amacıyla buraya konulmuştur. Seçki, kitabın kapaklarından, önsözünden, girişinden, içindkiler kısmından, bibliyografyasından, dizininden ve kitap-tan örnek olarak seçilmiş çeşitli sayfalardan oluşmaktadır. Sayfalar ardışık değildir. Sayfa numaralarında asıl kitaba göre farklılık olabilir.

Bu Sayfanın URL’si: <https://www.anayasa.gen.tr/hgtg-secki.pdf>

Ana Sayfanın URL’si: <https://www.anayasa.gen.tr/hgtg.htm>

© K. G?zler, 26 Ekim 2023.

Kemal Gözler
HUKUKUN GENEL TEORİSİNE GİRİŞ
Hukuk Normlarının Geçerliliği
ve Yorumu Sorunu

(c) K. Gözler (www.anayasa.gen.tr/hgtg.htm)

25. YIL BASKISI

ISBN: 978-625-6559-40-0
(c) K. Gözler, 2023. Her hakkı mahfuzdur.

1. Baskı: 1998 (Ankara, US-A Yayıncılık)

2. Baskı: Eylül 2023 (Bursa, Ekin Yayınevi)

Dizgi ve Sayfa Düzeni: Kemal Gözler

Düzeltilme (1. Baskı): İsmail Duru, Serkan Bilgin

Düzeltilme (2. Baskı): Ürküş Gözler

Kapak: Kemal Gözler

Eleştirileriniz İçin: kgozler@hotmail.com

Kitabın Tanıtımı: www.anayasa.gen.tr/hgtg.htm

Yayınevi

Ekin Basım Yayın Dağıtım,
Şehreküstü Mahallesi, Cumhuriyet Caddesi,
Durak Sokak No 2, Osmangazi- BURSA,
Tel: 0224-223 04 37; *Fax:* 223 41 12
E-mail: info@ekinyayınevi.com;
Web: www.ekinkitap.com
Sertifika No: 48743

Baskı

Star Ajans Ltd. Şti.
Alaettinbey Mah., 634. Sokak,
NİLTİM, 2. Bölge, Ayaz Plaza no 24,
Nilüfer - BURSA
Tel: 0224 249 23 20
Sertifika No: 48334

Önerilen Kütüphane Tasnif Numaraları
Library of Congress: K230.G69 H85 2023
Dewey: 340.1 GÖZ 2023

25. YIL BASKISI

Kemal Gözler

HUKUKUN GENEL TEORISINE GİRİŞ

Hukuk Normlarının Geçerliliği
ve Yorumu Sorunu

İkinci Baskı



E K İ N

Basım Yayın Dağıtım

Bursa - Ekim 2023

BAZI KÖTÜ NİYETLİ YAZARLARA UYARI

Geçmişte yaşadığım acı tecrübeler, bana bu ülkede yazılan kitap ve makalelerin ve hatta çizilen şemaların bazı kötü niyetli yazarlar tarafından alındığını öğretti.

Bu satırları okumak zorunda kalan dürüst meslektaşlarımdan özür dileyerek belirtmek isterim ki, bu kitap, yağmalanacak bir maden veya herkesin serbestçe yararlanacağı bir "kamu malı" değildir; yazarının alını teri ve fikri eseridir.

Kitaplarımdan alıntı yapılması her yazar gibi beni de mutlu eder. Ancak bu alıntının kaynağının gösterilerek usulüne uygun olarak yapılması ve makul bir miktarı geçmemesi gerekir.

Benim kitaplarımdan usulsüz alıntılar yaparak veya benim kitaplarımı kendi cümleleriyle özetleyerek kitap yazmaya kalkacak bu sözde yazarlara şunu söylemek isterim ki, bir kitaptan özetlenerek yazılan kitap, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa göre "işleme eser" niteliğinde bir eserdir. Adı geçen Kanununun 21'inci maddesine göre "işleme hakkı" da "münhasıran eser sahibine ait" bir haktır.

Kitabımdan ancak 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 35'inci maddesindeki şartlara uyularak iktibas (alıntı) yapılabilir. Bu şartlar şunlardır: (1) İktibas, bir eserin "bazı cümle ve fıkralarının" bir başka esere alınmasıyla sınırlı olmalıdır (m.35/1). (2) İktibas, maksadın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla yapılmalıdır (m.35/3). (3) İktibas, belli olacak şekilde yapılmalıdır (m.35/5) [Bilimsel yazma kurallarına göre, aynen iktibasların tırnak içinde verilmesi ve iktibasın üç satırdan uzun olması durumunda iktibas edilen satırların girintili paragraf olarak dilmesi gerekmektedir]. (4) İktibas ister aynen ister mealen olsun, eserin ve eser sahibinin adı belirtilerek iktibasın kaynağı gösterilmelidir (m.35/5). (5) İktibas edilen kısmın alındığı yer (sayfa numarası) belirtilmelidir (m.35/5).

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71'inci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendi "bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi'nin altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılmasını ve beşinci bendi de "bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren kişi'nin altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını öngörmektedir. K.G.

OKUYUCULARA UYARI

Elinizde tuttuğunuz kitap, kâğıt ve mürekkepten ibaret değildir. Yazarın alın terinin ürünüdür. Keza bu kitabın ortaya çıkmasında, yazarın yanında, yayınevinde ve matbaada çalışan pek çok kişinin emeği vardır. Bir kitabın korsan baskısı veya korsan dijital nüshası, başta yazar olmak üzere, bu kitabın ortaya çıkması için çalışan pek çok kişinin emeğinin çalınması anlamına gelir. *Korsan kitap satın alarak veya korsan dijital nüsha indirerek emek hırsızlığına ortak olmayınız!*

Lütfen bu kitabın korsan baskısını satanları veya korsan dijital nüshalarını internete yükleyenleri ve bunları paylaşanları yayınevine (0224 223 04 37) veya yazara (kgozler@hotmail.com) bildiriniz.

Bir kitabın fiyatı ile o kitabın korsan baskısının fiyatını karşılaştırmamak gerekir. Bir kitabın fiyatı, kâğıt ve baskı giderinin yanında, telif hakkı, dizgi ve grafiker ücreti, yayıncı ve dağıtımçı payı ve vergilerden oluşmaktadır. Korsan baskıcının ise kâğıt ve mürekkepten başka bir gideri yoktur. Korsan dijital nüshaları internete koyan ve paylaşanların ise tarama maliyetinden başka bir maliyeti yoktur.

Bir kitabın kâğıt değeri ile o kitabın emek değeri arasında nasıl bir fark olduğunu anlamanız için size şunu yapmanızı tavsiye ederim: Bu kitabın sonunda yer alan 8 sayfadan ibaret olan dizini siz yapmaya çalışınız. Bunun için kitabı baştan sona ciddi bir şekilde okumanız, dizin girdisi olabilecek ortalama 500 civarında kavramı tespit etmeniz, bunların kitapta kaçınıcı sayfalarda geçtiğini yanlarına yazmanız gerekmektedir. Böylece bu kitabın 8 sayfadan oluşan dizinini siz yapmış olacaksınız. Bu iş için en az 8 gün çalışmanız gerekir. Ancak sizin harcadığınız bu 8 günlük emeği, bu kitabın dizin bölümünü 8 saniyede fotokopi ederek bir başkası gasp edebilmektedir.

Bir kitaptan yazar hak ettiği telif ücretini alamıyor, yayıncı kitaba yatırdığı parayı çıkaramıyorsa, o kitabın yeni baskı yapma ihtimali yoktur. Korsan kitap satın alan veya korsan dijital kitap indiren okuyucuların şunu çok iyi bilmesi gerekir: *Bütün okuyucuların korsan kitap satın oldukları gün, Türkiye'de yeni bir kitap yayınlanmayacaktır ve o gün bu okuyucular satın alacak korsan kâğıt kitap veya internetten indirecek korsan dijital nüsha da bulamayacaklardır. Çünkü bunların hepsi bir kopyadır; aslı olmayan şeyin kopyası da olmaz. Korsan baskı ve korsan dijital nüshalar, kitabı öldürmek üzere. Haberiniz olsun!*

Korsan kitap sorunu hakkında daha fazlası için bkz.: www.anayasa.gen.tr/korsan-kitap.htm.

İKİNCİ BASKIYA ÖNSÖZ

Elinizde tuttuğunuz bu kitap, ilk baskısı 1998 yılında Ankara'da US-A Yayıncılık'tan çıkmış olan *Hukukun Genel Teorisine Giriş* başlıklı kitabımın ikinci baskısıdır.

1998'den bu yana tam 25 yıl geçti.

Şüphesiz bir kitabın çeyrek asırda ikinci baskı yapması bir başarı sayılamaz. Ancak bu kitabın benim için değeri bir başka. Bu kitap benim için çok özel bir kitap. Bu kitap benim Türkiye'de yayınlanan ilk kitabım. Türk doktrininde bu kitapla tanınmaya başladım.

Bu kitabın birinci baskısı 25 yılda tükense de, bu kitap az sayıda satılmış olsa da, Türk doktrininde bir boşluğu belli ölçüde de olsa doldurdu. Bugün Türkiye'de hukukun genel teorisi alanında çalışan meslektaşlarımızın bir kısmı, hukukun genel teorisinin maddî varlık, normatiflik, hukukilik, geçerlilik, etkililik, adillik gibi bazı kavramlarını bu kitaptan öğrendiklerini söylüyorlar. Kitap, bu 25 yıl boyunca Türk literatüründe az ya da çok atıf da aldı.

Yardımcı doçentlik kadrosuna ilk defa Ağustos 1997'de atandım. Öğretim üyesi olarak ilk yayınladığım kitap, Nisan 1998'de bu kitap olmuştur. Öğretim üyeliği kariyerimde ilk kitabımın bu kitap olması çok da isabetli olmuş. Böylece bir hukukçunun çalışmalarında ihtiyacı olan teorik kavramları bu kitapta hakkıyla inceleme ve açıklama imkanına elde ettim. Vakiya, bu kitapta incelediğim kavramlar ve oluşturduğum teorik çerçeveye, bana diğer çalışmalarım da rehberlik etti.

Hukukun anayasa ve idare hukuku gibi diğer alanlarında yaptığım çalışmalarda karşılaştığım problemleri, hep bu kitapta incelediğim kavramların ve geliştirdiğim teorik çerçevenin ışığında çözmeye çalıştım. Bu da bütün çalışmalarımın teorik ve metodolojik bir tutarlılık ve kolaylık getirdi. Anayasa ve idare hukuku kitaplarımın eğer Türk doktrininde bir etki yaratmışsa, bu etki, söz konusu kitaplarımın temelinde elinizde tuttuğunuz *Hukukun Genel Teorisine Giriş* başlıklı bu kitabın

bulunmasındandır. Hukukun genel teorisi kavramlarına hâkim olmasaydım, anayasa ve idare hukuku kitaplarım ve makalelerim şu an doğrudukları etkiyi doğuramayabilirlerdi.

Özetle 1998 sonrası yayınladığım bütün kitap ve makalelerim, teorik temelleri ve metodolojik bakış açıları bakımından elinizde tuttuğunuz bu kitaba borçludurlar.

İyi ki önce bu kitabı yazmış; iyi ki önce hukukun genel teorisi kavramlarını sindirmişim; iyi ki anayasa ve idare hukuku çalışmadan önce hukukun genel teorisi alanında kendi teorimi, kendi bakış açımı oturtmuşum. Bu şekilde hukuk yazarlığına doğru bir yerden başlamak-tan dolayı kendimi çok şanslı addediyorum.

* * *

Bu kitabı 1998’de yayınladığımda 32 yaşında idim. 32 yaş bir akademisyen için herhâlde gençlik yaşı olarak kabul edilebilir. Yani bu kitap benim bir *oeuvre de jeunesse*’im olarak görülebilir.

Elinizde tuttuğunuz bu ikinci baskıda da bu kitabın bir *oeuvre de jeunesse* olarak kalmasını istedim. O nedenle ona esas itibarıyla dokunmadım. Bu ikinci baskı, birinci baskının çok büyük ölçüde bir tıpkı baskısıdır. İçeriğe asla dokunmadım. Bugün içerik olarak farklı düşündüğüm bir iki nokta olsa da onlarda da bir değişikliğe gitmedim. İstedim ki, bu kitap benim 32 yaşındaki düşünmce sistemimi olduğu gibi yansıtın.

1998’den beri hukukun genel teorisi gerek dünyada, gerekse bizde gelişimine devam etti. Bu alanda yeni eserler yayınlandı. Günümüzde Türkiye’de de hukukun genel teorisi literatürü, 1998’de yazdığım kadar fakir değil. Dolayısıyla bugün, bu kitapta yazılan konular, güncel yerli ve yabancı literatür doğrultusunda zenginleştirilerek ve geliştirilerek tekrar yazılabilirdi. Ben yukarıda açıkladığım sebeple bunu yapmadım. Elinizde tuttuğunuz bu ikinci baskı, birinci baskı gibi, hukukun genel teorisi alanında 1998 öncesi literatürü yansıtır.

İkinci baskıda sadece yazım yanlışları gibi bazı yanlışları düzelttim. Diğer yandan atıf usûlleri bakımından bugün yanlış olarak gördüğüm bazı hususları da değiştirdim. Örneğin birinci baskıda Fransızca kitapların künye bilgilerini verirken kullandığım *vol., édition, sous la direction de* gibi ibarelerin yerlerine bu kitapta bunların Türkçe karşılıklarını kullandım. Çünkü Türkçe bir kitapta atıflarda künye bilgilerinin, yazar adı, kitap başlıkları, yayınevi isimleri dışında Türkçe verilmesi gerektiği kanısındayım. Bunun sebeplerini *Altınt ve Atıf Usûlleri* (Bursa, Ekin, 2023, s.963-965) başlıklı kitabımda et-

raflica açıkladım. 1998'deki birinci baskının dizgisi ve sayfa düzenini de ben yapmıştım. Elinizde tuttuğunuz bu ikinci baskıda dizgi ve sayfa düzenine ilişkin olarak, paragraflar arasında 6 nokta boşluk vermek ve dipnot paragraflarını da asılı paragraf biçimine dönüştürmekten başka bir değişiklik yapmadım.

* * *

Birinci baskının diline ve üslûbuna da dokunmadım. 25 yılda üslûbunun çok da değişmediğini gördüm. Kelime tercihi bakımından bazı küçük farklılıklar gözlemledim. Bugün artık kullanmadığım bazı kelimeleri ilk baskıda kullandığımı fark ettim. 1998 deki durumu yansıtmaları için bu kelimelere de dokunmadım.

İlk baskıdaki imlâya da bilerek dokunmadım. Örneğin 1998'de “nispet i”lerini düzeltme işareti, yani şapka koymadan yazıyormuşum. Sonraki yıllarda nispet i'lerine düz ara düzeltme işareti koymaya başladım. Aynı şey bazı a ve u'lardaki düzeltme işaretleri için de geçerli. Hangisi daha doğrudur; onu bilemiyorum. Ama bu benim bilinçli bir tercihim değil. Zamanla öyle bir ihtiyaç hissetmişim.

* * *

Birinci baskının bölüm planına da dokunmadım. Kitap iki kısımdan oluşuyor. Birinci kısım kendi içinde altı bölüme, ikinci kısım da kendi içinde iki bölüme ayrılmış. İkinci kısımdaki bölümler de tekrar birden başlatılarak numaralandırılmış. Daha sonraki kitaplarımda bu uygulamadan vazgeçtim. Kitaplarıma kısımlara, kısımları da kendi içinde bölümlere bölüyorsam, ikinci ve sonraki kısımlarda, bölümleri birden başlatarak değil, önceki kısımdaki son bölümden devam ettirerek numaralandırıyorum. Buna göre bu kitapta ikinci kısmın birinci bölümü, şimdi benimsediğim sisteme göre “yedinci bölüm” olarak isimlendirilmeliydi. Ama buna da dokunmadım.

* * *

Okurken görüleceği gibi bu kitapta yoğun olarak yabancı literatür kullanılmıştır. Dolayısıyla kitapta yabancı yazarlardan çeviri yoluyla yapılmış çok sayıda alıntılar vardır. Yaptığım çevirilerin bir kısmının asla sadık çeviriler olduğunu, bir kısmının ise serbest çeviriler olduğunu gördüm. Asla sadık çevirileri aynen alıntı biçiminde, yani tırnak içinde ve üç satırdan uzun iseler girintili paragraf biçiminde vermişim. Serbest çevirileri ise mealen alıntı formunda vermişim. Günümüzde yabancı literatürden yaptığım alıntıları, genellikle, mealen alıntı formunda, yani sonunda kaynağını göstermek şartıyla tırnak içine almadan veriyorum. Zira bunların büyük ölçüde serbest çeviriler olduğunu düşünüyorum. Kaldı ki, çeviri asla sadık olsa bile, bir makine tarafından yapılmadığına göre hiçbir zaman gerçek anlamda bir “aynen alıntı”

değildir ve dolayısıyla aynen alıntı formunda verilmesini gerektiren bir sebep yoktur. Belki *Hukukun Genel Teorisi Giriş*'i bugün yazsaydım, girintili paragraf biçiminde verilmiş bazı çeviri yoluyla yapılmış alıntıları ana metinde, normal paragraf içinde verirdim.

* * *

İkinci baskıda birinci baskıdan farklı olan tek şey vardır: Kitabın sonuna biri Türkçeden Fransızcaya, diğeri Fransızcadan Türkçeye olmak üzere birer *Hukukun Genel Teorisi Terimleri Sözlüğü* ekledim. Hukukun genel teorisi alanında Türkçe terminoloji henüz tam olarak oturmamıştır. Bu sözlükler, terminolojinin oturmasını yardımcı olabilir. Keza hangi Türkçe terimi hangi Fransızca terim karşılığında kullandığımı veya hangi Fransızca terimi Türkçeye nasıl çevirdiğimi merak edenler bu sözlüklere bakabilirler.

* * *

Hukukun genel teorisi, şüphesiz, hukuk biliminin en önemli temeli, hukuk biliminin evrensel özüdür. Hukukun genel teorisi, hukuk biliminin en kalıcı, en eskimeyen yanı. Genel teori, hukuk biliminin en entelektüel kısmıdır. Hep genel teori çalışmak istemişimdir. Kitap yazarlığına hukukun genel teorisiyle başlamış olsam da bunu devam ettiremedim. Meslek hayatımda anayasa ve idare hukuku çalışmak zorunda kaldım. Bunun şüphesiz pek çok nedeni var. İyi mi oldu, kötü mü oldu bilmem, ama içimde hep genel teori çalışmamanın pişmanlığı ve hüznü var.

* * *

Kitabın birinci basıksının düzeltilmesini İsmail Duru ve Serkan Bilgin yapmıştı. Kendilerine 25 yıl sonra tekrar teşekkür ediyorum. İkinci baskının düzeltilmesini de sevgili eşim Ürküş Gözler yaptı. Kendisine müteşekkirim.

10 Ekim 2023, K.G.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

I. Hukuk Olgusuna Değişik Yaklaşım Olanakları	1
II. Türkiye’de Hukukun Genel Teorisi Çalışmalarının Gelişimi	3
III. Batıda Hukukun Genel Teorisi Çalışmalarının Tarihsel Gelişimi.....	6
IV. Hukukun Genel Teorisi - Hukuk Felsefesi Ayrımı	10
V. Hukukun Genel Teorisinin Biçimselliği.....	12
VI. Hukukun Pozitivist Genel Teorisi.....	14
A. Değerlerin Bilinemezliği İlkesi	16
B. Hukukun Pozitivist Teorisinin Bilim Anlayışı	19
1. Bilimin Konusu Objektif Olarak Bilinebilir Bir Şeydir	19
2. Bilim ile Bilimin Konusu Birbirinden Farklı Şeylerdir.....	20
3. Bilimin Görevi Konusunu Sadece Tanımadır.....	21
4. Bilim, Kendisine Yabancı Unsurlardan Arınmalıdır (“Saflık”).....	21
VII. Kitabın Plânı	22

Birinci Kısım HUKUK NORMLARININ GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Birinci Bölüm

ÜÇ ÖN SORUN: GEÇERLİLİĞİN ÖN KOŞULLARI

I. Maddi Varlık.....	25
II. Normatiflik	27
A. Normun Konusu: Beşeri Davranış.....	31
B. Normun Koyucusu: Beşeri İrade	36
III. Hukukilik.....	41
A. Bir Normun Hukukiliğinin Kriteri.....	41
1. Müeyyide Kriteri: Hukuk Normu Müeyyideye Bağlanan Normdur	42
2. Aidiyet Kriteri: Hukuk Normu Belirli Bir Hukuk Düzenine Ait Olan Normdur	43
B. Bir Normatif Düzenin Hukukiliği Kriterinin Araştırılması	44
Müeyyidesiz Hukuk Normları Sorunu	47
1. Bir Hukuk Düzeninde Müeyyidesiz Hukuk Normlarının Olabileceği Tezi	47
2. Bir Hukuk Düzeninde Müeyyidesiz Hukuk Normlarının Olamayacağı Tezi	48

İkinci Bölüm

ÜÇ DEĞİŞİK HUKUKİ GEÇERLİLİK ANLAYIŞI

Bölüme Giriş	53
Terminoloji	53
I. Aksiyolojik Geçerlilik Anlayışı: Tabii Hukuk Teorisi.....	55
Aksiyolojik Geçerlilik Anlayışının Sistematik Sonucu Olarak Tabiî Hukuk Teorisi	57
II. Maddi Geçerlilik Anlayışı: Hukuki Realizm Akımı.....	63
Amerikan Hukuki Realizmi	67
İskandinav Realizmi.....	68
“Etkililik İkilemi”	71
III. Biçimsel Geçerlilik Anlayışı: Pozitivist Teori	72
IV. Bu Üç Geçerlilik Anlayışından Hangisi veya Hangileriyle Hukuk Normunun Geçerliliği Tanımlanabilir?.....	77
V. Bir Normun Biçimsel Geçerliliği ile Etkililiği Arasında Bağntı Var mıdır?.....	83
A. Bir Normun Geçerliliği ile Hukuk Düzeninin Etkililiği Arasındaki İlişki	83
B. Bir Normun Geçerliliği ile Bizatihi Bu Normun Asgari Etkililiği Arasındaki İlişki	84

Üçüncü Bölüm

GEÇERLİLİĞİN ASIL VE EK KOŞULLARI

I. Geçerliliğin Asıl (<i>Per Quam</i>) Koşulu: Normun Biçimsel Geçerliliği.....	89
II. Geçerliliğin Ek Koşulları (<i>Sine Qua Non</i> Koşulları).....	89
A. Global Hukuk Düzeninin Etkililiği.....	90
B. Bir Normun Minimum Etkililiği.....	91
Minimum Etkililik Kavramının Belirsizliği Meselesi.....	92
1. “% 0 Etkililik” Noktasının Belirliliği.....	96
2. “% 100 Etkililik” Noktasının Belirliliği.....	96
3. “Minimum Etkililik” Kavramının Belirsizliği Sorunu	97

Dördüncü Bölüm

GEÇERLİLİK KOŞULLARINA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI: GEÇERSİZLİK

I. Geleneksel Doktrinde Çatışmanın Sonuçları: Üst Norma Aykırı Norm ve İşlemlerin Müeyyideleri.....	102
A. Özel Hukuk Müeyyideleri.....	103
1. Yokluk	103
2. Mutlak Butlan.....	103
3. Nispi Butlan	104

B. Kamu Hukuku Müeyyideleri.....	104
1. Yokluk, Yok Hükmünde Sayma veya Yokluğun Tespiti.....	104
2. İptal Edilebilirlik.....	106
3. Kamu Hukuku Doktrininde Kullanılan Yokluk Kavramının Eleştirisi.....	106
II. Hukukun Genel Teorisinde Sorunun Açıklanması: Norm, Üst Norma	
Aykırıysa Ne Olacaktır?.....	108
A. Hukuk Normlarının Geçerliliğini İnceleme Yetkisi Kime Aittir?.....	108
1. Birinci Cevap.....	109
2. İkinci Cevap.....	109
B. Merkezileşmiş Hukuk Düzenlerinde Bir Normun Bir Üst Norma Uygun,	
Yani Geçerli Olup Olmadığını Söyleme Yetkisi Hangi Organlara	
Verilmiştir?.....	111
1. Bireyler Tarafından Konulan Normların Geçerliliği Sorunu ve Bu	
Sorum Hakkında Karar Vermeye Yetkili Organ.....	112
2. İdare Tarafından Konulan Normların Geçerliliği Sorunu ve Bu Sorun	
Hakkında Karar Vermeye Yetkili Organlar.....	112
3. Mahkemeler Tarafından Konulan Normların Geçerliliği Sorunu ve	
Bu Sorun Hakkında Karar Vermeye Yetkili Organlar.....	113
4. Yasama Organı Tarafından Konulan Normların Geçerliliği Sorunu ve	
Bu Sorun Hakkında Karar Vermeye Yetkili Organlar.....	114
III. Özel Olarak Anayasaya Aykırı Kanunların Geçerliliği Sorunu.....	115
IV. Kanunların Anayasaya Uygunluğu Denetlenebilir mi?.....	118
V. Anayasallık Denetiminin Olmadığı Bir Sistemde Anayasaya Aykırı	
Kanunların Geçerliliğinin Temeli Nedir?.....	119

Beşinci Bölüm

ÖRF VE ÂDET HUKUKUNUN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

I. Klasik Doktrine Göre Örf ve Âdet Kuralları.....	124
A. Maddi Unsur (Süreklilik).....	124
B. Manevi Unsur (Genel İnanç, <i>Opinio iuris</i> , <i>Opinio necessitatis</i>).....	125
C. Hukuki Unsur (Devlet Desteği).....	125
II. Hukukun Genel Teorisine Göre Örf ve Âdet Kuralları.....	126
A. Ön Koşullar.....	126
1. Maddi Varlık.....	126
2. Normatiflik.....	127
3. Hukukilik.....	129
B. <i>Per Quam</i> Koşul.....	130
C. <i>Sine Qua Non</i> Koşullar.....	133
1. Global Hukuk Düzeninin Etkililiği.....	134
2. Bizzat O Normun Minimum Etkililiği.....	134

Altıncı Bölüm

ULUSLARARASI HUKUKUN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

I. Ön Koşullar.....	137
A. Maddi Varlık.....	138
B. Normatiflik.....	138
C. Hukukilik	139
Uluslararası Hukuk Düzeninin Hukukiliği Sorunu	140
II. <i>Per Quam</i> Koşul	145
III. <i>Sine Qua Non</i> Koşullar.....	146
A. Global Hukuk Düzeninin Etkililiği.....	147
B. Bizzat O Normun Minimum Etkililiği	147

İkinci Kısım

HUKUK NORMLARININ YORUMU SORUNU

Giriş: Genel Olarak Yorum Sorunu	151
Yorum Sorunuyla İlgili Günlük Hayattan Örnekler.....	154

Birinci Bölüm

KLASİK YORUM TEORİSİ

I. Yorum Çeşitleri.....	162
A. Yasama Yorumu.....	162
B. Yargı Yorumu	164
C. Bilimsel Yorum	165
II. Yorum Metotları	166
A. Lafzi Yorum Metodu (Deyimsel Yorum, Gramatikal Yorum).....	166
B. Tarihi Yorum Metodu	167
C. Mantıki Yorum Metodu	169
D. Sistematiik Yorum Metodu.....	169
E. Kavramcı Yorum Metodu	170
F. Menfaatler İctihadı Metodu	170
G. Teleolojik (Amaçsal, Fonksiyonel) Yorum Metodu	171
III. Yorumda Kullanılan Mantık Kuralları	172
A. Kıyas.....	172
B. Aksiyle Kanıt (Mefhum-u Muhalefet)	176
C. Evleviyet.....	178
1. <i>Argumentum a maiori ad minus</i> (Büyükten Küçüğe Doğru Akıl Yürütme)	179
2. <i>Argumentum a minori ad maius</i> (Küçükten Büyüğe Doğru Akıl Yürütme)	180

D. Yorumda Kullanılan Diğer Mantık Kuralları	181
E. Geniş Yorum-Dar Yorum.....	183

İkinci Bölüm REALİST YORUM TEORİSİ

I. Realist Yorum Teorisinin Açıklanması.....	186
II. Realist Yorum Teorisi Işığında Hukuk Normlarının Geçerliliği Teorisinin Değerlendirilmesi.....	193
III. Realist Yorum Teorisi Işığında Anayasanın Yorumlanması.....	195
IV. Realist Yorum Teorisinin Dengeleyicisi Olarak Mekanist Anayasa Anlayışı ..	200
V. Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışının Türk Anayasa Pratiği Sınanması	201
A. Anayasal Düzenleme	203
B. Anayasa Mahkemesinin Yorumu.....	203
C. Kurucu İktidarın Tepkisi: Mekanist Anayasa Anlayışının Teyidi	208
D. 1982 Anayasası Döneminde Anayasa Mahkemesinin İçtihadı.....	212

SONUÇ

(s.214-224)

BİBLİYOGRAFYA.....	225
EK-1: HUKUKUN GENEL TEORİSİ TERİMLERİ SÖZLÜĞÜ (Türkçe-Fransızca)	235
EK-2: HUKUKUN GENEL TEORİSİ TERİMLERİ SÖZLÜĞÜ (Fransızca-Türkçe)	238
DİZİN	241
YAZARIN ÖZGEÇMİŞİ VE YAYIN LİSTESİ	248

GİRİŞ

Hukuk çalışmalarının konusunu hukuk olgusu oluşturur. Hukuk olgusuna değişik açılardan yaklaşılabilir¹.

I. HUKUK OLGUSUNA DEĞİŞİK YAKLAŞIM OLANAKLARI

Öncelikle hukuk olgusuna *tarihi* açıdan yaklaşılabilir. Belirli bir ülkede ve belirli bir dönemde mevcut olan hukuk düzeninin belirli bir kurumu, tarih biliminin yöntemleriyle araştırılıp bu kurumun neden ibaret olduğu ortaya konabilir. Örneğin Osmanlı İmparatorluğu'nda Divan-ı Hümayun bir hukuksal organ olarak ele alınıp incelenebilir². Keza yine eski hukukumuzda evlenme³ ve boşanma⁴ kurumları da aynı şekilde araştırılabilir.

İkinci olarak hukuk olgusuna *felsefi* açıdan yaklaşılabilir. Zira, bir hukuk düzeni sadece tarihi bir olgu değil, aynı zamanda bir değerler ve inançlar sisteminin somutlaşması, harekete geçirilmesidir. Diğer yandan, hukuk olgusunun özünü anlamak, gerçek niteliğini ortaya koyabilmek ve ayrıntılarda kaybolmamak için bu olgunun derinliklerine inmek gerekir. Keza, hukuk kuralları, koyucuları tarafından “daha iyi” bir düzen yaratmak amacıyla konulurlar. Söz konusu kurallarla hedeflenen bu “daha iyi”nin ortaya konulması ve ideal bir hukuk düzenini

1. Hukuk olgusunun değişik açılardan inceleme imkânı için bkz. Orhan Münir Çağlı, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Birinci Kitap, 2. Baskı, 1963, s.105-109; Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları, 2. Baskı, 1975, s.142-156.
2. Örneğin Ahmet Mumcu, *Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
3. Örneğin Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2. Baskı, 1988.
4. Örneğin Halil Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1988.

idare eden yüksek ilkelerin saptanması gerekir. Bütün bunlar ise, spekülâtif düşüncüyü ön planda tutarak felsefî bir yaklaşımla yapılabilir. Böyle bir *hukuk felsefesi* çalışmasında “hukuk olgusunun özü nedir”, “hukukun ideal ilkeleri nelerdir” veya “daha iyi bir hukuk düzeni nedir” gibi sorulara yanıt aranır.

Üçüncü olarak, hukuk olgusuna *sosyolojik* açıdan da yaklaşılabilir. Bu takdirde hukuk olgusu ampirik olarak incelenir; gözlem yoluyla elde edilen veriler sistemleştirilir, genellemelere varılır, örüntüler saptanır; neticede hukuk olgusunun sosyolojik anlamda “kanun”larına ulaşılmaya çalışılır. Böyle bir *hukuk sosyolojisi* çalışmasında, belirli bir hukuk kurumu, örneğin boşanma, ele alınıp, o konuda bir saha çalışması yapılabilir. Önce, mahkemelerce hükmedilen boşanmaların hangi nedenlere dayandığı, boşanan çiftlerin boşanma nedenleri, eğitim durumları veya boşanma oranıyla gelir durumu arasında bir bağının olup olmadığı araştırılabilir. Keza çeşitli sosyal olgu ve kurumlar karşısında herhangi bir hukuk normunun durumu incelenebilir. Örneğin Medeni Kanunda boşanmayı düzenleyen hükümlerin ülkede hâkim olan gelenek ve göreneklerle, kültürle, dinle, ideolojiyle ilişkisi araştırılabilir.

Bu yaklaşım biçimlerinden her biriyle hukuk olgusu incelenebilir; bunların her biri bu olgunun önemli bir yanına ışık tutar. Bu biçimler, birer yaklaşım tarzı olmaları itibarıyla, aynı değere sahiptirler ve bunların arasında bir çatışma değil, birbirlerini tamamlama ilişkisi söz konusudur.

Biz burada bu yaklaşım biçimlerinden hiçbirisini benimsemedik. Biz burada hukuk olgusuna *hukuki* açıdan yaklaşacağız. Hukuk olgusunun hukuki açıdan incelenmesi de iki değişik açıdan yapılabilir.

Bir kere, incelenmesi istenilen konu, pozitif hukuk kuralları çerçevesinde ele alınabilir. Bu konuyu düzenleyen hukuk kurallarının anlam ve içeriği ile ilgili sistematik açıklamalar getirilebilir. *İkinci olarak*, aynı konu pozitif hukuk kurallarından ve bunların uygulanmasına ilişkin sorunlardan bağımsız olarak, genel bir düzeyde ele alınabilir.

Bu yaklaşım olanaklarından *birincisi*, anayasa hukuku, idare hukuku, ceza hukuku, medeni hukuk, ticaret hukuku gibi hukukun özel disiplinlerini, daha teknik bir terimle *hukuk dogmatikini*; ikincisi ise, *hukukun genel teorisini* oluşturur. Hukukun genel teorisi, hukukun içeriğini değil, hukukun normatif yapısını, formel yapısını inceler. Hukuk

dogmatikliği belirli bir hukuk düzenini incelerken, hukukun genel teorisi, bütün hukuk düzenleri için geçerli, genel, soyut ve evrensel düzeyde açıklamalarda bulunur.

Şimdi hukukun genel teorisini biraz daha yakından görelim.

II. TÜRKİYE’DE HUKUKUN GENEL TEORİSİ ÇALIŞMALARININ GELİŞİMİ⁵

Türk hukuk literatürünün tamamına yakını hukuk dogmatikliği çalışmalarından oluşur. Hukukun genel teorisi üzerine yazılmış pek bir şey yoktur. Şüphesiz Türk hukukçularının hukukun genel teorisinden habersiz oldukları söylenemez⁶. Bir çoğu sistematik olmasa da yaptıkları hukuk dogmatikliği çalışmalarında yer yer hukukun genel teorisine has tartışmalar içine de girmişlerdir⁷.

5. Aşağıda görüleceği gibi, Türkiye’de hukukun genel teorisi çalışmaları fevkalade zayıftır. Aslında bu zayıflık, hukuk devriminden sonraki döneme hasır. Hukuk devriminden önceki dönemde hukuk fakültelerinde hukukun genel teorisi içine giren çalışmalar “usûl-i fıkıh” dersinde okutulmaktaydı. Keza hukukun genel teorisinin en önemli konularından biri olan yorum sorunu ise bu dönemde “tefsir ilmi” adı altında ayrı bir bilim dalı olarak incelenirdi. Ali Himmet Berki, haklı olarak hukuk inkılabından sonra “usûl-i fıkıh” dersinin hukuk fakültelerinden çıkarıldığından, fakat bunun yerini dolduracak bir kürsü ihdas edilmediğinden yakınmaktadır (Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, Güney Matbaacılık, 1948, s.4). Ali Himmet Berki’nin not ettiği üzere, hukuk devriminden sonraki dönemde hukuk fakültelerinde “hukuka giriş” derslerinde hukukun genel teorisine giren bazı konulardan, örneğin yorumdan bahsedilirse de “bu şöylece bir konuya temastan ibarettir” (*Ibid.*).

6. Örneğin bkz. Vecdi Aral, “Hukuk İlmini Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir Objektivite Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 31, Sayı 1-4, 1966, s.230; Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, 1975, s.148 (Vecdi Aral, “hukukun genel teorisi” anlamında “genel hukuk teorisi” terimini kullanmaktadır). Keza bkz. Çağıl, *op. cit.*, s.106. Orhan Münir Çağıl’ın *Hukuk Başlangıcı Dersleri* isimli kitabının sadece bir yerinde “genel hukuk teorisi” terimi şu cümlelerin içinde geçmektedir: “Meselâ dar manada hukuk ilminin veya müspet hukuk ilminin –ki genel ‘hukuk teorisi’ ve özel ‘hukuk teorisi’, dogmatik hukuk ilmi şeklinde tezahür eder– metodik tefekkür tarzı, normatifdir” (Çağıl, *op. cit.*, s.106).

7. Jean-Louis Bergel’in belirttiği üzere Monsieur Jourdain’in ne olduğunu bilmeden nesir yazması gibi, hukukçular da farkında olmadan zaman zaman hukukun genel teorisi tartışmaları yaparlar (Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1989, s.10). Ancak bu çalışmalar disiplin ve sistemden yoksun oldukları için “hukukun genel teorisi” çalışması olarak nitelendirilemezler. Dahası, Türki-

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Türkiye’de “hukukun genel teorisi”nden ilk bahseden yazar Sadri Maksudi Arsal’dır⁸. Yazar “hukukun genel teorisi” terimini kullanmaz, bunun yerine “hukukun umumi esasları” terimini kullanır. Ancak bu terimi, Fransızca “*théorie générale du droit*” teriminin karşılığı olarak kullandığını açıkça belirtir⁹. Ne var ki yazarın bu adı taşıyan eserinin sadece 7 ilâ 27’nci sayfalarında hukukun genel teorisinden bahsedilir. Geriye kalan sayfalarda yazar, klasik bir hukuk başlangıcı kitabında olan konuları işler.

Sadri Maksudi Arsal’dan sonra, Türkiye’de hukukun genel teorisinden sistemli olarak bahseden diğer bir yazar Zeki Hafizoğulları’dır. Yazar 1981 yılında yayınlanan bir makalesinde “hukukun genel teorisi”nden bu adla bahsetmekte ve bu açıdan “hukuk ve ceza hukuku biliminin konusu”nu incelemektedir¹⁰.

Öte yandan Türkiye’de hukukun genel teorisi alanında bir monografik çalışma yapmak yine Zeki Hafizoğulları’na nasip olmuştur. Yazar 1987 yılında yayınlanan kitabında¹¹, ceza normunu tamamıyla hukukun genel teorisi açısından incelemektedir. Bu kitap her ne kadar 1987 yılında yayınlanmışsa da yazarın bu çalışmasının temelini 1970’li yıllarda doçentlik tezi olarak hazırladığı bilinmektedir. Hafizoğulları’nın *Ceza Normu*’nun ikinci baskısının önsözünde belirttiğine göre, bu çalışma ilk kez 1978 yılında taksir olarak çıkarılmıştır¹². Keza 1982 yılında bu kitap Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ye’de bu tartışmalar içine giren yazarlar “hukukun genel teorisi” terimini kullanmazlar bile.

Bununla birlikte, bu konuda sistemli bir tutuma sahip, yaptığı çalışmada hukukun genel teorisi açısından yaklaşım olanağını da açıkça tartışan yazarları, örneğin Fazıl Sağlam’ı yukarıdaki yargıdan ayrı tutmak gerekir (Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s.4-10). Ne var ki, yazarın çalışması temel haklar üzerinedir ve bu kısmı itibarıyla dahi büyük ağırlıkla bir hukuk dogmatığı çalışmasıdır.

8. Sadri Maksudi Arsal, *Hukukun Umumi Esasları*, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1937, s.7-27.

9. *Ibid.*, s.9.

10. Zeki Hafizoğulları, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 35, Sayı 1-4, 1978, s.235-279, özellikle s.235-236, 238-239, 252-253.

11. Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, Seçkin, 1987.

12. Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996, s.V. (Aşağıda “Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*,” şeklindeki atıflar, kitabın bu baskısına yapılmaktadır).

Yayın Komisyonu tarafından yayın planına alınmış; ama bu yayın gerçekleştirilememiştir¹³. Zeki Hafizoğulları'nın bu çalışması Türk hukuk literatüründe yapılmış gerçek anlamıyla hukukun genel teorisi alanında ilk ve tek çalışmadır. Ne var ki, yazarın bu kitabı, genel olarak hukukun genel teorisi üzerine değil, bu genel teori açısından ceza normu ve ceza hukuku düzeni üzerinedir. Yine de yazar kendi spesifik konusuna geçmeden önce her bölümde, orada inceleyeceği konu hakkında hukukun genel teorisi kavramlarını doyurucu bir şekilde vermektedir. Ayrıca kitapta, özellikle geçerlilik, müeyyide gibi hukukun genel teorisinin kavramları başarıyla işlenmiş, hukukun önermeler mantığı bakımından tahlili, tespit edebildiğimiz kadarıyla, ilk kez ülkemizde bu kitapta yapılmıştır. Dolayısıyla bu kitabı Türkiye'de hukukun genel teorisi çalışmalarının öncüsü olarak kabul etmek gerekir.

Biz çalışmamızda Zeki Hafizoğulları'nın kitabından büyük ölçüde yararlandık. Yararlandığımız noktalar ileriki sayfalarda dipnotlarından izlenebilir. Şunu da belirtmek isteriz ki, söz konusu kitaptan yararlanmamız ondan yapılan alıntılar ile sınırlı değildir. Hukukun genel teorisine has terimlerin Türkçe karşılıklarını genellikle yine Hafizoğulları'ndan ödünç aldık.

Zeki Hafizoğulları'nın çalışması ceza normu üzerinedir. Yazar hukukun genel teorisi açısından ceza hukuku düzenini ve ceza normunu incelemektedir. Genel olarak hukukun genel teorisini incelememektedir. Bununla birlikte yazar her konuda ilk önce hukukun genel teorisinin açıklamalarını genel olarak vermektedir. İkinci aşamada bu açıklamaları ceza hukuku alanına uygulamaktadır. Örneğin ceza müeyyidesini tartışmadan önce hukukun genel teorisinin genel olarak müeyyide konusu hakkında yaptığı açıklamaları verir¹⁴. Daha sonra bu genel açıklamaları ceza hukuku alanına uygular. Dolayısıyla yazarın kitabında sadece ceza hukukunun genel teorisine ilişkin açıklamalar değil, aynı zamanda genel olarak hukukun genel teorisine ilişkin açıklamalar da yer alır. Hukukun genel teorisine ilişkin değinilen konular yazarın daha sonra tartışacağı asıl konulara bir bakıma hazırlık niteliğindedir. Her ne kadar Hafizoğulları'nın kitabı, ülkemizdeki hukukun genel teorisi alanında ilk ve tek çalışma olsa da, bu çalışmanın doğru-

13. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonunun 7 Aralık 1982 Tarih ve 5 Sayılı Kararı (Karar metni, Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, Seçkin, 1987, s.6'da vardır).

14. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.137-170.

dan doğruya ve münhasıran “hukukun genel teorisi”ni anlatan bir kitap olduğunu söylemek mümkün değildir. Zaten kitabın başlığına bakılırsa yazarın böyle bir iddiası da yoktur.

İşte bizim burada yapmaya çalıştığımız şey, böyle bir “hukukun genel teorisi” çalışmasıdır. Bu teorinin herhangi bir alana, anayasa hukukuna, idare hukukuna veya ceza hukukuna uygulanması bizim çalışmamızda yoktur. Biz sadece hukukun genel teorisini burada genel olarak ortaya koymaya çalışacağız. Şüphesiz bizim çalışmamızda hukukun genel teorisinin her konusunun, her sorununun incelendiği söylenemez. Bizim burada yaptığımız, bu disiplinin kısa bir tanıtımından sonra, hukuk normlarının geçerliliği ve yorumu sorunlarını tartışmaktan ibarettir. Bu tartışmalar çerçevesinde, hukukun genel teorisine has, maddi varlık, normatiflik, hukukilik, aksiyolojik geçerlilik, biçimsel geçerlilik, etkililik, müeyyide, ve özelde örf ve âdet kuralları ile uluslararası hukuk kurallarının geçerliliği sorunları tartışılacaktır. Yorum konusunda ise klasik yorum çeşitleri, hukukta akıl yürütme sorunu, mantık kuralları ve gerçekçi yorum teorisi tanıtılacaktır. Şüphesiz hukukun genel teorisinin inceleme konuları bunlardan ibaret değildir. Biz önemli gördüğümüz birkaçını, uygun gördüğümüz bir sistem dahilinde incelemeye çalıştık. Çalışmamızın ülkemizde hukukun genel teorisi çalışmalarına bir başlangıç oluşturmaktan başka iddiası yoktur.

III. BATIDA HUKUKUN GENEL TEORİSİ ÇALIŞMALARININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Terminoloji.- İşe terminoloji meselesiyle başlayalım. “Hukukun genel teorisi” teriminin kökeni XIX’uncu yüzyıl Alman hukuk literatüründe kullanılan *Allgemeine Rechtslehre*’dir. Almanya’da bunun yerine 20’nci yüzyılda *Allgemeine Rechtstheorie* denmeyi başlanmıştır. Bu terimin karşılığı olarak İngilizce *general theory of law*, Fransızca *théorie générale du droit*, İtalyanca *teoria generale del diritto*, İspanyolca *teoria general del derecho* terimleri kullanılmaktadır¹⁵. Biz de bu terimin karşılığı olarak Türkçede “hukukun genel teorisi” terimini kullandık¹⁶.

15. Çeşitli dillerde kullanılan terimler konusunda bkz.: Marc van Hoecke, “Théorie générale du droit”, in André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris ve Brüksel, L.G.D.J. ve Story-Scienta, 2. Baskı, 1993, s.416.

16. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Türkiye’de ilk kez Sadri Maksudi Arsal, “*théorie générale du droit*”nın karşılığı olarak “hukukun umumi esasları” terimini kul-

Şunu da belirtmek gerekir ki, 1950’lerden sonra, bazı yazarlar, “hukukun genel teorisi” terimi yerine, kısaca “hukuk teorisi” terimini kullanmaya başlamışlardır. Her ne kadar bu sonuncu terim belirli bir ölçüde yaygınlık kazanmışsa da, “hukukun genel teorisi” terimi kullanımdan düşmemiştir. Bu terime, 1940 ve 1950’li yıllarda olduğu gibi 1960, 1970 ve 1980’li yıllarda da rastlanmaktadır¹⁷. Biz de burada, “hukukun genel teorisi” terimini kullanmayı uygun gördük.

Pozitif Bilimlerin Elde Ettiği Başarı.- Hukukun genel teorisinin ortaya çıkışını hazırlayıcı koşullardan ilki XIX’uncu yüzyılda pozitif bilimlerin elde ettiği başarıdır. Bu başarının etkisiyle hukuku da pozitif bir bilim yapma isteği doğmuştur. Artık belirli hukuk normlarının içeriklerinin tasviriyle yetinilmemesi, çeşitli hukuk sistemlerinin ortak unsurlarının ele alınması ve hukukun jüsnatüralist tipte metafizik mü-lâhazalardan arındırılması gerektiği ve bu şekilde hukukun bir pozitif bilim konusu haline gelebileceği fikri ortaya atılmıştır. Böylece XIX’uncu yüzyılın sonuna doğru bağımsız bir bilim dalı olarak “hukukun genel teorisi” ortaya çıkmıştır¹⁸.

Viyana Çevresi.- Hukukun genel teorisinin gelişimi, “Viyana Çevresi (*Wiener Kreiss, cercle de Vienne*)”¹⁹ olarak bilinen akımdan etkilenmiştir. 1920’lerden itibaren bu Çevre, matematikçi Hans Hahn, sosyolog Otto Neurath, fizikçi Philipp Frank, felsefeci Moritz Schlick

lanmıştır. Biz bu terimi burada benimsemedik. Kanımızca bu terim, Fransızca “*principes généraux du droit*” teriminin karşılığıdır ve başka bir anlama gelir. Orhan Münir Çağıl ve Vecdi Aral da “genel hukuk teorisi” terimini kullanmaktadırlar (Çağıl, *op. cit.*, s.106; Aral, 148). Biz burada Zeki Hafızoğulları’nı izleyerek “*théorie générale du droit*” terimine karşılık olarak “hukukun genel teorisi” terimini kullanmayı uygun bulduk.

17. Örneğin Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Çev. Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946; Jean Haesaert, *Théorie générale du droit*, Brüksel, 1948; Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 2. Baskı, 1951; Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, Brüksel, E. Bruylant, 2. Baskı, 1953; Claude du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchatel/Paris, Delachaux & Niestlé, 6. Baskı, 1988; Léon Raucent, *Cours d’introduction à la théorie générale du droit*, Brüksel, E. Bruylant, 1980; Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1989.

18. Bergel, *op. cit.*, s.3.

19. “Viyana Derneği” veya “Viyana Kulübü” yerine “Viyana Çevresi” demeyi daha uygun bulduk. Türkçe çevirilerde de bu terim tercih ediliyor. Örneğin bkz.: Edward McNall Burns, *Çağdaş Siyasal Düşünceler: 1850-1950*, Çev. Alâeddin Şenel, Ankara, Birey ve Toplum Yayınları, 1984, s.518.

ve Rudolf Carnap etrafında oluşmuştur. Daha sonra bu Çevre'ye, Herbert Feige, Hans Reichenbach ve Bertrand Russell gibi isimlerde katılmıştır. Nazi tehlikesi karşısında bu Çevre, 1938'e doğru kendisini feshedip dağılmıştır. Üyelerinin bir kısmı Amerika Birleşik Devletleri'ne, bir kısmı da İngiltere'ye göç etmiştir. Viyana Çevresi, “mantıqçı pozitivism (*logical positivism*)”²⁰ denilebilecek bir akımı savunmuştur. Mantıqçı pozitivism'e göre, bir disiplinin bilim olması için önermelerinin mantıktaki doğruluk değeri “doğru” olmalıdır. Doğruluk değeri, dış dünyayla uyum, yani ampirik tutarlılık ile belirlenir. “Doğru” ya da “yanlış” olmayan önermelerin anlamı yoktur. Metafizik cümleler ve tezler, ne biçimsel olarak, ne de ampirik olarak ispat edilebilirler. Onlar boş ve anlamsızdır. Viyana Çevresi'nin amacı, tüm bilimler için bir mantık *syntax*'ı, bir biçimsel dil, bir “birleştirilmiş bilim dili” hazırlamaktır²¹.

1940'lara kadar, hukukun genel teorisi, özellikle Alman kültür ortamında, Hans Kelsen'in eserlerinin katkısıyla önemli ölçüde gelişmiştir. Bu arada, Léon Duguit, Hans Kelsen ve François Wery tarafından 1926'da kurulan ve 1938'e kadar çıkan *Revue internationale de la théorie du droit*'nin etkisini anmak gerekir²². Ne var ki 1940'larda İkinci Dünya Savaşı'nın etkisiyle hukukun genel teorisi çalışmalarında önemli bir duraklama görülmüş, savaş sonrasında, 1950'li yıllarda da, bu savaşın doğurduğu anti-pozitivist tepki nedeniyle bu duraklama devam etmiştir. 1960'lı yıllarda hukukun genel teorisinde tekrar bir canlanma görülmüş, hukukun genel teorisi kendisine daha geniş amaçlar belirlemiştir²³.

Hukukun Genel Teorisinin Tanımı.- Hukukun genel teorisi, umumiyetle, değişik hukuk sistemlerinde görülen ortak problemleri dış bir bakış açısından inceleyen, objektif ve a-normatif olmak isteyen hukukun pozitif bir bilimi olarak tanımlanır²⁴.

20. Wolfgang Friedmann, *Legal Theory*, Londra, Stevens & Sons, 1960, s.224.

21. Viyana Çevresi için bkz. Valentin Petev, “Hans Kelsen et le Cercle de Vienne: à quelle point la théorie du droit est-elle scientifique?”, in Paul Amselek (Ed.), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1992, s.237-238.

22. Vittoria Frosini, “Teoria generale del diritto”, *Novissimo digesto italiano*, Torino, VTET, 1975, Cilt 19, s.5.

23. Van Hoecke, *op. cit.*, s.417.

24. Van Hoecke, *op. cit.*, s.417. Cf. Bergel, *op. cit.*, s.3: “(Hukukun genel teorisi), hukukun yapısının ve uygulanmasının temel eksenlerini belirlemeyi amaçlayan değişik hukuk sistemlerinin gözlemi ve açıklanması üzerine kurulu olan metodik

Hukukun Genel Teorisinin İnceleme Konuları.- Hukukun genel teorisinin incelediği konular genellikle üç büyük başlık altında toplanır:

- a) Hukuk Analizi: Hukuk, hukuk normu, hukuk sistemi, hukuki işlevler (yargıç, yasa koyucu), hukukun kaynakları.
- b) Hukuk Metodolojisi: Yasama ve hukukun uygulanması (yorum, boşluklar, çatışmalar, akıl yürütme).
- c) Bilim teorisi ve hukuk dogmatığının metodolojisi²⁵.

Hukukun Genel Teorisinin Genelliği.- Hukukun genel teorisi, adı üstünde “genel”dir. Üstelik bu genellik çiftedir²⁶. Bir kere hukukun genel teorisi belirli bir hukuk düzenini (Türk, Fransız, İngiliz vs.) değil, genel olarak hukuku ele alır. İkinci olarak, belirli bir hukuk dalını değil tüm hukuk dalları için geçerli olan kavram, kurum, yapı ve ilkeleri inceler.

Hukukun Genel Teorisinin Amaçları.- Hukukun genel teorisinin amaçları teorik ve pratik olmak üzere iki derecedir. Bir yandan, bir bütün olarak veya parça parça hukuk olgusunu açıklayarak ve bu olgunun karmaşıklığını bütüncü ve sentetik bir yaklaşım aracılığıyla daha basite indirgeyerek teorik ihtiyaçlara cevap verir. Diğer yandan ise, hukuk pratiği ve tekniğinin metodolojisini, yani yorum metodolojisini, yasama tekniğini ve hukuk dogmatığında geliştirilen ve kullanılan hukuki yapıları ve kavramları iyileştirmeye çalışarak pratik ihtiyaçlara cevap verir²⁷.

fikrî bir yapıdır”. “Hukukun genel teorisi, çeşitli hukuk sistemlerinin değişik ilkelerini ve temel unsurlarını aydınlatmalıdır” (Çeviri bize ait). Hans Albrecht Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, *Éléments d'une introduction à la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1976, s.13: “Hukukun genel teorisi, hukukun araçlarını tespit etmek için hukuki kurumların altında yatan genel ilkeleri kavramsalcı, analitik ve karşılaştırmalı bir bakış açısından tanımlamak için hukuk kavramları üzerine genel bir bakış açısından bakar. Bunda, esasen ‘tasviri’ bir düzeyde pozitif düzenlerin ortak unsurlarından hareketle hukukun bünyesini ortaya çıkarmak söz konusudur” (Çeviri bize ait). Pierre Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Lüksemburg, Office des imprimés de l’Etat, 1960, s.73: “Hukukun genel teorisi, hukuk düzeninin temel kavramlarını ve bu düzeni bir bütün olarak düzenleyen temel ilkeleri inceler” (Çeviri bize ait).

25. Van Hoecke, *op. cit.*, s.417.

26. Bergel, *op. cit.*, s.4.

27. Van Hoecke, *op. cit.*, s.417.

IV. HUKUKUN GENEL TEORİSİ - HUKUK FELSEFESİ AYRIMI

Hukukun genel teorisi, inceleme konusunu açıklayan ve tasvir eden pozitif bir bilimdir. Değerler arasında tercih yapmaz. Buna karşılık, hukuk felsefesi, ahlaki ve ideolojik bir tavır takınarak en iyi hukuk olarak kabul ettiği şeye göre hukuk olgusunun normatif bir analizini yapar²⁸.

Hukuk felsefesi değerler âleminde faaliyet gösterir ve faaliyetinin ürünü değerlendirmedir. Hukukun genel teorisi ise kavramlar alanında faaliyet gösterir ve faaliyetinin ürünü ise teorik önermelerdir²⁹.

Jean-Louis Bergel'in belirttiği gibi, hukukun genel teorisi, hukuku metafizik olarak algılayan hukuk felsefesinden net olarak ayrılır. Hukukun genel teorisi hukuk sistemlerinin gözleminden, bu sistemlerin daimi unsurlarının araştırılmasından hareketle bu sistemlerin temel yapılarına, tekniklerine ve kavramlarına ulaşmaya çalışır. Hukuk felsefesi ise, hukuktan ziyade felsefedir. Hukukun metafizik anlamını keşfetmek, özüne ulaşmak, onun izlemesi gereken değerleri bulmak için onun teknik cihazından arındırılması gerektiğini savunur. Şüphesiz tarih boyunca büyük filozoflar hukuk ile ilgilenmişlerdir. Ama onlar hukukun ne *olduğundan* ziyade, ne *olması gerektiği* ile meşgul olmuşlardır. Hukukun genel teorisi ise, hukukun ne *olması gerektiğini* değil, ne *olduğunu* inceler³⁰.

Diğer bir anlatımla, hukukun genel teorisi, her ne kadar “genel” de olsa, yine de “hukuk”tan hareket eder. Oysa hukuk felsefesi, hukuktan değil, felsefeden hareket eder; o daha ziyade “hukuk” üzerine bir “felsefe”dir³¹.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında hukukun genel teorisi ile hukuk felsefesinin hukuk olgusunun incelenmesinde iki rakip yaklaşım biçimi olduğu ve bunların arasında bir tercih yapılması gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıştır³².

28. *Ibid.*, s.418.

29. Hafizoğulları, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu...”, *op. cit.*, s.236.

30. Bergel, *op. cit.*, s.4-5.

31. Bergel, *op. cit.*, s.5. Cf. Schwarz-Riebenmann von Wahlendorf, *op. cit.*, s.13-14: “Hukukun genel teorisinin amacı, hukuk mekanizmalarını olduğu gibi ortaya çıkarmaktır. Buna karşılık, hukuk felsefesi çabalarını hukuku insanın nihai amacı ışığında belirlemeyi mümkün kılan sorular üzerine yoğunlaştırır”.

32. Van Hoecke, *op. cit.*, s.418.

Bu çatışma en iyi şekilde *Archives de la philosophie du droit*'nın hukuk felsefecileri arasında yaptığı ve 1962 yılında yayınlanan anketten izlenebilir. Dergi dönemin en ünlü hukuk felsefecilerine³³ anket sorusu olarak “hukuk felsefesi” ile “hukukun genel teorisi” arasında bir fark görüp görmediklerini ve eğer bir fark varsa bu iki disiplin arasındaki ilişkinin ne olduğunu sormuştur³⁴. Ankete katılanlar bu sorulara değişik yanıtlar vermekle birlikte bu yazarlar iki gruba ayrılabilir:

Dönemin anti-pozitivist tepkisinden esinlenen J. Brèthe de la Gressaye³⁵, G. Kalinowski³⁶, J. Parrain-Vial³⁷ gibi yazarlara göre, yalnızca eleştirel bir hukuk felsefesi izlenmelidir; pozitivist bir genel teori, hukuk felsefesinin “ötanazi”si ne yol açar³⁸.

Buna karşı, G. Héraud³⁹ ve H. Lévy-Bruhl⁴⁰ gibi yazarlar ise spekülâtif bir hukuk felsefesini reddediyorlardı. Onlara göre sadece “hukukun genel teorisi” bilim düzeyine yükselebilirdi⁴¹.

Kelsen'in haklı olarak gösterdiği gibi bu tartışma gereksizdir; zira bu iki yaklaşım biçimi arasında tercih yapmak zorunlu değildir. Hukuki bilginin bu iki dalı arasındaki ayırım bir iş bölümünden ibarettir. Bunlar, birbirlerine rakip olmaktan ziyade birbirlerinin tamamlayıcısıdır⁴². Her ikisinin de kendisine has varlık sebebi vardır. Hukuk felsefesi hangi ilkelerin kabul *edilmesi gerektiği* sorusuyla uğraşır. Bu sorun *adalet* ile, dolayısıyla etik veya ahlak felsefesiyle ilgilidir. Buna karşılık, hukukun genel teorisi fiilen *olan* hukuku inceler. Amacı poziti-

33. Bagolini, Battifol, Betancur, Brèthe de la Gressaye, Brimo, Cossuo, Dabin, Darbellay, Del Vecchio, Gardies, Héraud, Kalinowski, Kelsen, Legaz y Lacambra, Yevy-Bruhl, Maspétiol, Orestano, Parain-Vial, Perelman, Recasens Siches, Roubier, Treves, Tsatsos, Villey, Vitary (*Archives de la la philosophie du droit*, 1962, s.83-171).

34. *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.83.

35. J. Brèthe de la Gressaye'in cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.95-96.

36. Georges Kalinowski'nin cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.128.

37. J. Parrain-Vial'in cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.143.

38. Van Hoecke, *op. cit.*, s.418.

39. Guy Héraud'nun cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.120-121.

40. Henri Lévy-Bruhl'ün cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.136.

41. Van Hoecke, *op. cit.*, s.418.

42. Hans Kelsen, “Was ist juristischer Positivismus?”, *Juristenzeitung*, 1965, s.468'den naklen Van Hoecke, *op. cit.*, s.418.

tif hukukun yapısını analiz etmek ve bu hukukun temel kavramlarını tespit etmekten ibarettir⁴³.

Zeki Hafizoğulları'na göre de hukukun genel teorisi yaklaşımı hukuk felsefesi yaklaşımını bertaraf etmemektedir. Hatta hukuk deneyinin tam bir bilgisine varmak için değişik yaklaşım biçimleri gereklidir⁴⁴.

V. HUKUKUN GENEL TEORİSİNİN BİÇİMSELLİĞİ

Hukuk bilimi, hukuk normlarını inceler. Ancak bu bilimin, anayasa hukuku, ceza hukuku, idare hukuku, medeni hukuk gibi özel disiplinlerden meydana gelen *hukuk dogmatigi* kısmı, hukuk normunun *içeriğini* inceler. Buna karşılık hukuk biliminin *hukukun genel teorisi* kısmı, 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)* teorisidir⁴⁵.

Diğer bir anlatımla, hukukun genel teorisi hukukun biçimsel yapısını, hukuk dogmatigi ise hukukun içeriğini inceler. Bu iki faaliyet uygulamada birbirinden ayrı yürütülmekte ise de, hukukun mükemmel bir bilgisi ancak bu iki faaliyetin sonucunda elde edilebilir. Zira, hukukun genel teorisi, normun yapısı, konulması, işleyişi, uygulanması, ortadan kalkmasıyla ilgili sorunları incelerken hukuk dogmatigi ise bu normun içeriğinde kurallaştırılan beşeri davranışı belirler, tasnif eder, sistemleştirir. Dolayısıyla, hukukun genel teorisi bir hukuk düzeninin normatif yapısını, yani normlardan nasıl oluştuğunu; hukuk dogmatigi ise kendisinden bir hukuk düzeni oluşturulan bir normlar bütünü'nün neleri kurallaştırdığını, yani neleri emrettiğini, neleri yasakladığını veya nelere izin verdiğini inceler. Öyleyse hukukun genel teorisinin incelediği sorunlar *yapısal*, hukuk dogmatiginin incelediği sorunlar ise *içerikseldir*⁴⁶.

Hukukun genel teorisinin incelediği sorunlar yapısal sorunlar olduğuna göre, bu teori, hukuk normunun yapısı *içinde* yer alan, yani

43. Hans Kelsen'in cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.131.

44. Hafizoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.3.

45. Hafizoğulları, *Ceza Normu, op.cit.*, s.2; "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu...", *op. cit.*, s.238.

46. Hafizoğulları, "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu...", *op. cit.*, s.239.

içeriksel sorunların çözümü ile uğraşmak zorunda değildir. İşte bu nedenle hukukun genel teorisi, hukukun biçimsel (*formel*) teorisi⁴⁷. Bu böyle ise hukukun genel teorisi, bir hukuk normunun düzenlediği insan davranışının değeri, normun bu davranışı yasaklayarak yahut ona izin vererek güttüğü amacın ne olduğu veya ne olması gerektiği gibi sorularla ilgilenmez.

Ancak bu sorularla ilgilenmediğinden dolayı hukukun genel teorisinin biçimsel yaklaşımının hukukçuyu boş ve kısır bir formalizme iteceği yolundaki düşünceler⁴⁸ tutarlı değildir. Bir kere, hukukun genel teorisi, kendi biçimsel yaklaşımının hukuku incelemenin tek yolu olduğunu iddia etmez. İddia ettiği şey hukukun nasıl ve neden meydana geldiği sorusunu incelemenin tek yolu olduğudur⁴⁹. Hukukun genel teorisi daha önce de belirtildiği gibi hukuka değişik yaklaşım olanaklarını reddetmez. Hukuk düzeninin esinlendiği değerler sorununu incelemenin kendi sahasına girmediğini, bu sorunun hukuk felsefesi alanına girdiğini belirtir.

47. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.2.

48. Bkz. Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970, s.3-35'ten naklen Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.2. Biçimci hukuk anlayışının etraflıca incelenmesi ve değerlendirilmesi için bkz. Selahattin Keyman, *Hukuka Giriş ve Metodolojisi*, Ankara, Doruk Yayınları, 1981, s.1-82; özellikle s.16-28. Keyman, hukukta “değeri” reddeden biçimci bir teori olarak hukuki pozitivizmin bir “değerlendirmesini” yapmakta; bu anlayışın dahi birtakım siyasi/ideolojik nedenlerle nasıl “değerlere” sahip olduğunu araştırmaktadır. Yazara göre, biçimci anlayışın dahi önem verdiği “değer” vardır: “Hukuki pozitivizm, toplumun, adalet ve hakkaniyetten ziyade, hukukun kesinliği ilkesine dayanan müstakar (kalcı) düzeni konusunda olumlu bir değer yargısında bulunmak anlamına gelir... Öyle ise, hukuki pozitivizm, maddi anlamda değerler karşısında düzen, değişmezlik, istikrar (kalcılık), kesinlik vb. biçimsel değerlerin varlığını kabul eden ve bu sonuçlara üstünlük tanıyan hukuki bir ideolojidir” (*op. cit.*, s.23-24). Yazar hukuki pozitivizmin ortaya çıkışını burjuva sınıfının tarihi ile açıklamaktadır. Yazara göre, “birinci devrede burjuvazi, feodal sınıfın egemenliği altında ve mutlak monarşi rejimi içinde yaşamakta ve bir sınıf haline gelme sürecini geçirmektedir. Burjuvazi ikinci devresinde ise, toplumsal bir sınıf haline gelmekte; monarşi ve feodaliteyi yıkarak liberal burjuva sınıfını kurmaktadır. Bilindiği üzere tabii hukuk doktrini birinci devreyi yaşayan burjuva ideolojisine egemen olmuştur” (*Ibid.*, s.24-25). Dolayısıyla yazar, biçimci hukuk anlayışının üstün tuttuğu değerler olan “değişmezlik, istikrar, kesinlik” (*Ibid.*, s.24) gibi değerlerin devrimi gerçekleştiren burjuva sınıfına hizmet ettiğini ima etmektedir.

49. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op.cit.*, s.2-3.

Elbette ki hukuk düzeninin esinlendiği birtakım değerler vardır. Dahası bir hukuk sisteminden diğerine bu değerler ve dolayısıyla hukukun içeriği de değişmektedir. Ancak ne değerler, ne de hukukun içeriği, hukukun genel teorisinin inceleme alanına girmez. Zira, kalıp yapma sanatı başka şey, kalıbı doldurma sanatı başka şeydir. Madem ki, kalıbı yapanın sanatı kalıbı dolduranın sanatından farklıdır, kalıbı yapan, ne kalıp hep aynı şeyle doldurdu diye, ne de boş bırakıldı diye eleştirilebilir⁵⁰.

Özetle hukukun genel teorisi, hukuku bir yapı, bir biçim olarak inceler. Örneğin bardak hukuk ise, onun biçimini ve neden yapıldığını (örneğin camdan, metalden, plastikten vs.) ve şeklini (silindirik, küresel, dörtgen, altıgen vs.) inceler. Bardağın içine ne konulduğuyla uğraşmaz. Bardağın içine, isteyen zembek suyu, isteyen şarap, isteyen ise zehir koyar. Bardağı kullanan bardakla zehir sundu diye, bardağı yapan suçlanamaz.

* * *

Burada belirtmeliyiz ki biz çalışmamız boyunca hukukun genel teorisi alanında pozitivist anlayışı takip etmekteyiz. Onun için hukukun pozitivist teorisinin temel tercihlerini burada kısaca görmek yerinde olur.

VI. HUKUKUN POZİTİVİST GENEL TEORİSİ

Hukukun pozitivist genel teorisi, “Viyana Çevresi”nden esinlenerek, formel veya ampirik olarak doğrulanamayan önermeleri bilim alanına yabancı olarak kabul eder ve bu önermeleri reddeder⁵¹.

Hukuk bilimi fizik-ötesine ait değildir. Hukuk fizik âlemde bulunur. Dolayısıyla pozitivist teori, *tabii hukukun tüm biçimlerini reddeder*. Tabii hukuk anlayışı, doğada değişmez bir düzenin olduğunu ve keza tüm insanlarda bir ortak akıl bulunduğunu savunur. Pozitivist teoriye göre doğada değişmez bir düzen mevcut değildir. Keza tüm insanlara has bir “tabii akıl” da yoktur. Değerler “reel” dünyaya ait *entité*’ler değildirler. Doğada “iyi” veya “kötü”nün ölçüleri bulunmaz. Bunları sadece insanlar değerlendirir.

50. Hafizoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.3; Hafizoğulları, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu...”, *op. cit.*, s.239.

51. Christophe Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Brüksel ve Paris, Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.176.

Diğer yandan pozitivist teoriye göre tabii hukuk, hukuk bilimi ile bu bilimin konusu olan hukuku karıştırır. Oysa, pozitivist teoriye göre, tüm bilimlerde bilimin konusu, o bilimin dışında yer alır. Bu, bilimin konusu ile öznesi arasındaki kartezyen ayrımın basit bir sonucudur. Oysa tabii hukuk bizzat hukuk kuralları koyduğunu iddia eder⁵². Dahası tabii hukuk, tasviri öncüllerden normatif önermeler çıkarılamayacağı yolundaki “Hume Kanunu (*Hume's law*)”nu da ihlâl eder. Bu kanuna göre, “olan” ile “olması gereken” arasında geçiş mümkün değildir⁵³. Nihayet tabii hukuk mutlak bir adalet teorisi hazırlar. Ancak tabii hukuk adaletin ne olduğunu sarih bir şekilde tanımlayamaz⁵⁴.

Pozitivist teori, “objektivist aksiyoloji”yi, yani bizzat realitenin bir parçası olarak değerlerin mevcut olduğu tezini reddeder. Pozitivist teoriyi savunanların bir kısmı, değerlerin mevcut olabileceğini kabul eder; ama onlar da bu değerlerin bilinemez olduklarını söylerler. Bu “aksiyolojik bilinemezlik (*non-cognitivism axiologique*)”, “değerlerin göreceliliği (*relativisme des valeurs*)”nden kaynaklanır⁵⁵.

Pozitivist teoriye göre, *hukuk* ile *hukuk bilimi* farklı şeylerdir. Birincisi ikincisinin inceleme konusudur. Hukuk biliminin konusu sadece pozitif hukuktur. Hukuk bilimi konusunu tanımalı, ama onu biçimlendirmeye çalışmamalıdır. Nihayet hukuk bilimi “saf (*pure*)” olmalı, yani kendisine yabancı unsurlardan arınmalıdır⁵⁶.

Pozitivist teorinin çeşitli temel tercihlerini kısaca sıralamış bulunuyoruz. Görüldüğü gibi, birinci olarak pozitivist teori tabii hukuku reddeder; ikinci olarak değerlerin bilinemezliği ilkesini savunur; üçüncü olarak kendine has bir bilim teorisi vardır.

Pozitivist teorinin tabii hukuku reddetmesini burada incelemeyeceğiz. Çünkü tabii hukuku ileride⁵⁷ ayrıntılarıyla görüp eleştireceğiz.

52. *Ibid.*

53. David Hume, *Traité sur la nature humaine*, 1777 Baskısından naklen Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.176. “Hume kanunu” için bkz.: David Hume, *A Treatise of Human Nature*, 1789, Book III, Part I, Section I (T3.1.1.27) (<http://books.google.com.au/books?id=-Sp8B0ZdyAYC&p-g=PA335>) s.335; Rachel Cohon, “Hume’s Moral Philosophy”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (Ed.), (<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/hume-moral/>).

54. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.176.

55. *Ibid.*, s.173.

56. *Ibid.*, s.173, 190-191.

57. Bkz. *infra*, s.57-63.

Pozitivist teorinin geriye kalan iki temel tercihinine ise kısaca değinmekte yarar vardır. Bunlar, değerler alanında bilinemezlik ilkesi ve kendisine has bilimsellik anlayışıdır.

A. DEĞERLERİN BİLİNEMEZLİĞİ İLKESİ (*PRINCIPE DU NON-COGNITIVISME DES VALEURS*)

Viyana Çevresi'nden⁵⁸ esinlenen pozitivist teoriye göre, sadece “olgusal yargılar (*jugements de fait*)” ampirik olarak doğrulanabilirler (*vérification empirique*). Bu alan bilim alanıdır. Buna karşılık “değer yargıları (*jugements de valeur*)” bir bilim alanı değildir. Bu alanda “bilinemezlik (*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 indirgenemez⁵⁹.

Yani değerler alanında ya *yokluk* ya da *görecelilik* tezi geçerlidir. *Yokluk tezine*⁶⁰ göre, değerler hiçbir şekilde reel dünyada mevcut değildir. Dolayısıyla bilimin konusu olamazlar. *Görecelilik (relativisme) tezine* göre ise, değerler insan sübjektivitesi alanında reel olarak mevcuttur; ama değişken oldukları için bilinebilir şeyler değildirler⁶¹. William K. Frankena'ya göre *göreceliliğin üç ayrı tipi* vardır: Birincisi *tasviri görecelilik*'tir. Bu tür görecelilik ile anlatılmak istenen şey, değişik insanlar ve değişik toplumların değer yargılarının değişik olduğudur. İkinci tip görecelilik, *meta-etik göreceliliktir*. Buna göre bir değer yargısının “doğru”, diğer değer yargılarının ise “yanlış” olduğunun objektif olarak geçerli, rasyonel bir tarzda kanıtlanmasına imkan yoktur. Göreceliliğin üçüncü çeşidi *normatif göreceliliktir*. Birinci tip görecelilik, antropolojik veya sosyolojik; ikinci tip görecelilik, meta-etik bir savda bulunurken; üçüncü tip görecelilik, normatif bir ilke ileri sürer: Söz konusu durumlar aynı olsa bile, bir birey, bir toplum için iyi veya doğru olan şey bir başka birey, bir başka toplum için iyi veya doğru değildir⁶².

58. Bkz. *supra*, s.7-8.

59. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.182.

60. Bizatihi realitenin bir parçası olarak değerlerin varlığını reddeden bu teze “objektivist aksiyolojinin reddi (*rejet de l'axiologie objectiviste*) tezi” ismi veriliyor (Bkz. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.173). Biz burada bu teze kısaca “yokluk tezi” demeyi uygun gördük.

61. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.182-183.

62. William K. Frankena, *Ethics*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1963, s.109-110.

Özetle değerler alanında “bilinemezlik (*non-cognitivism*)” ilkesi hâkimdir⁶³. Bu prensip iki şekilde açıklanır: Ya değerler reel âlemde mevcut değildir (yokluk tezi); ya da mevcuttur, ama objektif olarak bilinebilir şeyler değildir (görecelilik tezi).

Hukuki pozitivizm, genellikle bu yokluk tezini savunur. Bu akıma göre, reel âlemde değerler mevcut değildir. Dolayısıyla değerler alanında bilinecek bir şey yoktur. Hatta bu akım, insanın kendi değerlerinin yaratıcısının yine insanın kendisinin olduğunu düşünür⁶⁴.

O halde hukuki pozitivizmde, değerlerin inkarı söz konusudur. Dolayısıyla pozitivistlere göre bilimsel aksiyoloji mümkün değildir. Zira onlar, George Edward Moore’un “değerlerin şeylerin tabii nitelikleri olmadığı” yolundaki kanısını paylaşırlar. Moore’a göre örneğin “iyi” ile herhangi bir tabii niteliği karıştırmak “tabii safсата (*naturalistic fallacy*)” yapmak demektir⁶⁵. Ama pozitivistler genelde G. E. Moore’dan çok daha ileri giderler. Değerleri tamamıyla ideolojiler alanına yerleştirirler⁶⁶. Örneğin Kazimierz Opalek ve Jerzy Wróblewski’ye göre, bir değer teorisi olarak tasavvur edilen bir bilimsel aksiyolojinin kurulması imkansızdır; zira bu değerler toplumsal ve tarihi koşullar ile biçimlenen ideolojilerin bir parçasıdır⁶⁷.

Hans Kelsen bu konuda çok daha radikal bir görecelilik tezini savunur. Ona göre bir kimse, bir şeyin iyi ya da kötü olduğunu öne sürmüşse, öne sürülen değer, bir “bilme konusu (*objet de la connaissance*)” değil, sadece bilincin duygusal (*émotionnel*) bileşenlerinin fonksiyonlarından birisidir. Eğer böyle bir değer bir başkasının davra-

63. Christophe Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Brüksel ve Paris, Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.58.

64. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.183.

65. George Edward Moore, *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1903’ten alıntılanan parça in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Brüksel ve Paris, Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.234 (George Edward Moore’nın bu görüşleri, *Principia Ethica*’nın 1903 baskısında Chapter 1, § 10-14’te yer alır. Metne online olarak <https://gutenberg.org/cache/epub/53430/pg53430-images.html>’den ulaşılabilmektedir).

66. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.184.

67. Kazimierz Opalek ve Jerzy Wróblewski, “Axiology: Dilemma Between Legal Positivism and Natural Law”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Cilt 18, 1968, s.361 vd.

nışı üzerine ileri sürülmüş ise, “bravo!”, “yazıklar olsun!” gibi ünlemler ile aynı mahiyette bir duygusal tasvip veya kınamayı ifade eder⁶⁸. Dolayısıyla bunlar saf sübjektiflik alanına aittirler⁶⁹.

Diğer yandan Kelsen, hukuk normlarının insan-üstü bir irade tarafından değil, sadece beşeri irade tarafından konulduğundan hareketle hukuk normları ile birbirleriyle çatışan değerlerin öne sürülebileceğini belirtmektedir. Örneğin bir hukuk normu intiharı yasaklayabilir, diğeri ise serbest bırakabilir. Belirli bir değerden hareketle, bu normlardan birinin geçersiz, diğerinin ise geçerli olduğu iddia edilemez. Bunlardan her ikisi de usulüne uygun olarak ihdas edilmişse geçerlidir. Bu normlar beşeri irade tarafından konulduğuna göre, bu normlardan çıkarılabilecek değerler de *keyfidir*. Dolayısıyla ifade edilen değerler *görecelidir*. Mutlak değerler din alanı dışında yoktur. Birtakım insanlara göre bu değerler “iyi”, diğerlerine göre ise “kötü”dür⁷⁰.

Kelsen’e göre, değişik zamanlar ve değişik yerlerde insanların “iyi” ve “kötü”, “âdil” ve “âdil olmayan” olarak kabul ettikleri şeylerin çeşitliliği göz önünde bulundurulursa, değerler alanında minimum ortak değerler dahi olmadığı söylenebilir. Genellikle barışın korunmasının bütün ahlâki sistemlere özgü bir gereklilik olduğu ileri sürülür. Ama Heraklitos savaşın en üstün değer olduğunu öğretiyordu. Özetle Kelsen’e göre, *a priori* ve mutlak olan bir değer yoktur. Eğer bu böyleyse, iyi ve kötüyü, âdil ile âdil olmayanı tanımlayacak elimizde hiçbir araç yoktur⁷¹.

Sonuç olarak, hukuki pozitivizm değerlerin göreceliliği prensibini kabul eder. Buna göre, değerler alanında herhangi bir şeyi kanıtlama veya rasyonel argümantasyon imkanı yoktur. Dolayısıyla, bir yandan hukuk normlarının aksiyolojik temelini araştırmak, diğer yandan ise

68. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (“Reine Rechtslehre”nin 2. Baskısının Charles Eisenmann Tarafından Yapılan Fransızca Çevirisi), Paris, Dalloz, 1962, s.27. Grzegorzcyk, Kelsen’in burada, A. J. Ayer ve C. L. Stevenson tarafından savunulan Anglo-Sakson emotivizmine hayli yakın olduğunu yazmaktadır. Bkz. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.184.

69. Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, *op. cit.*, s.57-58.

70. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.24-25.

71. Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy: Selected and Introduced by Ota Weinberger*, Dordrecht/Boston, D. Reidel Publishing Company, 1973, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Brüksel ve Paris, E. Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.237.

mahkeme kararlarının rasyonel jüstifikasyonunu yapmak mümkün değildir.

Bu şekilde değerlerin bilinemezliği ilkesini gördükten sonra, şimdi hukuki pozitivizmin bilimsellik anlayışını görelim.

B. HUKUKUN POZİTİVİST TEORİSİNİN BİLİM ANLAYIŞI

Pozitivist teorinin bilim anlayışı şu dört özelliikle ortaya konabilir:

1. Bilimin konusu objektif olarak bilinebilir bir şeydir.
2. Bilim ile bilimin konusu birbirinden farklı şeylerdir.
3. Bilimin görevi, konusunu sadece tanımadır.
4. Bilim kendisine yabancı unsurlardan arınmalıdır (“saflık”).

Şimdi bunların her birini sırasıyla inceleyelim.

1. Bilimin Konusu Objektif Olarak Bilinebilir Bir Şeydir

Viyana Çevresinden esinlenen pozitivizme göre, metafizik kavram ve ilkeler bilme (*connaissance*) konusu olamaz. Bilme (*cognitif*) alanında bütün metafizik formlar kısırır⁷².

O halde hukukun genel teorisi, bir bilim olmak istiyor ise, inceleme konusu olarak birtakım fizik-ötesi formları veya değerleri ele almayı kategorik olarak reddetmelidir. Hukukun genel teorisi ancak ampirik bir konuyu inceleyebilir. Dolayısıyla hukukun genel teorisi, inceleme konusu olarak yalnızca fiziki varlığa sahip olan hukuku ele alabilir. Bu hukuk da *pozitif hukuk*, yani devlet tarafından konulmuş, maddi varlığa sahip hukuktur⁷³.

Hukukun pozitivist teorisi bu anlamda bilimseldir. Zira, inceleme konusu olarak sadece pozitif hukuku ele alır⁷⁴. Örneğin Kelsen’in ünlü

72. Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, *op. cit.*, s.56.

73. Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, *op. cit.*, s.57; Michel Troper, “Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen”, in Pierre Bouretz (Ed.), *La force du droit: panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, s.117-137, *op. cit.*, s.123; Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. « Léviathan », 1994, s.35.

74. Hans Kelsen’e göre, hukukun saf teorisi, “pozitif hukukun genel teorisidir” (Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Çev. Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946, preface, s.xiii; Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.1),

eseri şu cümleyle başlar: “Hukukun saf teorisi pozitif hukukun bir teorisidir”⁷⁵. O halde pozitif hukukun kapsamına girmeyen şeyler hukukun genel teorisi tarafından incelenemezler. Kelsen bunu çok açık bir şekilde ifade eder: “Pozitif hukuk normları kapsamında bulunmayan bir şey, bir hukuki konsept içine giremez”⁷⁶.

Keza *General Theory of Law and State*'in *preface*'ında Kelsen, “bu kitapta açıklanan teori, *pozitif hukukun* genel teorisidir” der. O'na göre pozitif hukuk, daima belirli bir topluluğun hukukudur: Birleşik Devletler hukuku, Fransız hukuku, Meksika hukuku gibi. Bu belirli hukuk düzenlerinin bilimsel bir açıklamasını yapmak, hukukun genel teorisinin amacıdır. Değişik hukuk düzenlerinin karşılaştırmalı analizinden ortaya çıkan bu teori, belirli bir hukuk düzeninin kendileriyle açıklanacağı temel kavramları üretir. Hukukun genel teorisi, hukuk normlarını, onların unsurlarını, yorumunu, bütünü itibarıyla hukuk düzenini, onun yapısını, değişik hukuk düzenleri arasındaki ilişkileri ve nihayetinde, pozitif hukuk düzenlerinin çokluğuna rağmen hukukun birliğini inceler⁷⁷.

2. Bilim ile Bilimin Konusu Birbirinden Farklı Şeylerdir

Bilim ile bilimin konusu birbirinden farklı şeylerdir. Bilim, konusunu kendisinden önce oluşmuş halde bulur. Her bilim dalında, konu, bizatihi bu bilimin dışında yer alır. Bu, bilginin (*connaissance*) öznesi ile konusu arasındaki kartezyen ayrımın basit bir sonucudur⁷⁸.

Hukukun pozitivist genel teorisine göre, *hukuk* ile *hukukun genel teorisi* birbirinden farklı şeylerdir. Birincisi ikincisinin inceleme konusudur. Dolayısıyla hukuk kuralları, hukukun genel teorisi tarafından değil, pozitif hukuk tarafından konulur⁷⁹.

75. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.1 (Bizim çevirimiz).

76. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, preface, s.xiii. (Bizim çevirimiz).

77. *Ibid.*

78. Bu konuda bkz. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.176, 179 ; Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, *op. cit.*, s.56-58; Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, s.122.

79. Bu konuda bkz. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.176 ; Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, *op. cit.*, s.56-58; Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, s.30-35; Troper, “Un système pur du droit”, *op. cit.*, s.122.

3. Bilimin Görevi Konusunu Sadece Tanımdır

Pozitivist anlayışa göre hukukun genel teorisi, inceleme konusu olan pozitif hukuku *tanımak* ile kendini sınırlandırmalı; bu hukuku değiştirmeye, yeniden biçimlendirmeye çalışmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, hukukun genel teorisi, pozitif hukuk normları tarafından öngörülenlerin dışında yeni hukuk kuralları formüle etmeye teşebbüs etmemelidir⁸⁰.

Kelsen'in belirttiği gibi, "hukuk biliminin tek amacı, hukuk *yapmak* değil, hukuku *tanımdır*"⁸¹. Yazara göre,

"bir bilim, inceleme konusunu *olduğu gibi tasvir* etmelidir; birtakım değer yargıları açısından onun *ne olması veya ne olmaması gerektiğine hükmetmemelidir*. Böyle bir hüküm siyasi bir problemdir; ve hükümet sanatını ilgilendirdiği ölçüde değerlere yönelik bir faaliyettir. Böyle bir faaliyet realiteye dönük olan bilimin konusunu oluşturamaz"⁸².

Diğer bir ifadeyle, bir hukukun genel teorisi çalışması bilimsel olmak için inceleme konusu olan hukuk normlarını yeniden biçimlendirmeye veya onları değiştirmeye yeltenmemeli, sadece onları tasvir etmek ile yetinmelidir.

4. Bilim, Kendisine Yabancı Unsurlardan Arınmalıdır ("Saflık")

Pozitif hukukun parçası olan bir normu eleştirmek veya onu aklamak hukukun genel teorisinin üzerine vazife değildir. Hukukun genel teorisinin görevi sadece hukukun gerçeklikte neden ibaret olduğunu *tasvir* etmektir. Hukukun genel teorisi, hukukun nasıl olması gerektiğini hiçbir şekilde söyleyemez⁸³. Hukukun genel teorisi değer yargılarından kaçınmalıdır. Kelsen'in ifadesiyle "saf (*Reine, pure*)"⁸⁴ olmalı; yani kendisine yabancı tüm unsurlardan kurtulmalıdır. Hukuk bilimi tarihi olarak psikoloji, sosyoloji, etik ve siyaset teorisi ile karma halde

80. Troper, "Un système pur du droit", *op. cit.*, s.122.

81. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, preface, s.xiv (İtalikler bize ait. Çeviri bize ait).

82. *Ibid.* (İtalikler bize ait. Çeviri bize ait).

83. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.1.

84. Troper'in işaret ettiği gibi Kelsen bu kavramı Max Weber'den ödünç almıştır (Troper, "Un système pur du droit", *op. cit.*, s.123; Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, s.35).

bulunur. Hukukun saf teorisi, hukukun bu bilim dallarıyla ilgisini inkâr etmez; ama kendi özünü belirsizleştiren bu “yöntem bağdaştırmacılığı (*syncrétisme*)”na karşıdır⁸⁵.

Hukukun genel teorisi, ne yasa koyucunun niyet ve saiklerinden ne de bireylerin çıkarları ve arzularından etkilenmelidir. Hukukun genel teorisi, pozitif hukukun yapısını tahlil etmeli; ama bu hukukun oluşumunda rol oynayan toplumsal, ekonomik veya psikolojik koşulları dikkate almamalıdır⁸⁶.

* * *

Yukarıda hukukun genel teorisinin inceleme alanlarının neler olduğunu belirttik. Bu alanların burada tamamını incelememiz söz konusu değildir. Biz burada sadece hukuk normlarının *geçerliliği* ve *yorumu* sorunu üzerinde duracağız. Çalışmamız, başlığının da işaret ettiği gibi, bu alana sadece bir “giriş”tir. Bu alanın tüm konularını işleme iddiasında değildir.

VII. KİTABIN PLÂNI

Hukukun Genel Teorisine Giriş başlıklı bu kitabımız *iki kısımdan* oluşmaktadır. *Birinci Kısımda* hukuk normlarının geçerliliği, *İkinci Kısımda* ise bu normların yorumu sorunu incelenmektedir. Kitabın kısım planını şu şekilde gösterebiliriz:

Birinci Kısım: Hukuk Normlarının Geçerliliği Sorunu

İkinci Kısım: Hukuk Normlarının Yorumu Sorunu

Fark edileceği üzere kitabımızın alt başlığı da bu kısım baylıklarına paralel bir şekilde, yani *Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu* şeklinde oluşturulmuştur.

Birinci kısım ile işe başlayalım. ■

85. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.1-2.

86. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, preface, s.xiii. Bu konuda bkz. Troper, “Un système pur du droit”, *op. cit.*, s.123; Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, s.35.

Birinci Kısım

HUKUK NORMLARININ GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Kitabımızın “Hukuk Normlarının Geçerliliği Sorunu” başlıklı *Birinci Kısım* kendi içinde altı bölüme ayrılmıştır.

Birinci bölümde hukuk normlarının geçerliliğinin ön koşulları, *ikinci bölümde* üç değişik hukukî geçerlilik anlayışı, *üçüncü bölümde* hukuk normlarının geçerliliğinin asıl ve ek koşulları, *dördüncü bölümde* geçerlilik koşullarına aykırılığın müeyyideleri, *beşinci bölümde* örf ve âdet hukukunun geçerliliği sorunu ve birinci kısmın son bölümü olan *altıncı bölümde* ise uluslararası hukukun geçerliliği sorunu incelenmiştir.

Kitabımızın birinci kısmının bölüm plânı şu şekilde gösterilebilir:

Birinci Bölüm: Üç Ön Sorun: Geçerliliğin Ön Koşulları

İkinci Bölüm: Üç Değişik Hukuki Geçerlilik Anlayışı

Üçüncü Bölüm: Geçerliliğin Asıl ve Ek Koşulları

Dördüncü Bölüm: Geçerlilik Koşullarına Aykırılığın Sonuçları: Geçersizlik

Beşinci Bölüm: Örf ve Adet Hukukunun Geçerliliği Sorunu

Altıncı Bölüm: Uluslararası Hukukun Geçerliliği Sorunu

Şimdi birinci bölüme geçelim ve hukuk normlarının geçerliliğinin ön koşullarını incelemeye başlayalım.

Birinci Bölüm

ÜÇ ÖN SORUN: GEÇERLİLİĞİN ÖN KOŞULLARI

Kitabımızın içinde bulunduğumuz Birinci Kısmında esasen hukuk normları *geçerliliği* sorununu inceleyeceğiz. Ancak bizatihi geçerlilik sorununu incelemeden önce şu üç *ön sorunu* incelemekte yarar vardır. Bu ön sorunlar, bir işlemin *maddi varlığı*, *normatifliği* ve *hukukiliği* sorunlarıdır. Zira, bir normun geçerliliğinden bahsedebilmek için her şeyden önce bir *hukuk normunun var olması* gerekir. Diğer bir ifadeyle, hukuki geçerlilik kavramı, var olan bir hukuk normuna ilişkindir. Bu şu anlama gelir ki, bir işlemin geçerliliğini tespit etmeden önce, birinci olarak onun “maddi varlığını (*existence matérielle*)”, ikinci olarak onun “normatifliğini (*normativité*)” ve üçüncü olarak, onun “hukukiliğini (*juridicité*)” tespit etmek gerekir. Dolayısıyla bu bölümde sırasıyla bir normun *maddi varlığı*, *normatifliği* ve *hukukiliği* sorunları incelenecektir. Önce bu bölümün planını verelim:

PLAN

I. Maddi Varlık

II. Normatiflik

III. Hukukilik

Maddî varlık örneğinin koşuluyla işe başlayalım.

I. MADDİ VARLIK¹

Bir işlemin hukuki geçerliliğinden bahsedildiğinde, onun açısından ortaya çıkan birinci sorun, onun “maddi varlığı (*existence maté-*

1. Bir işlemin “maddi varlığı” sorunu, Alexander Peczenik’in “hukuki geçerliliğin bibliyografik sorunu” olarak isimlendirdiği soruna tekabül eder. Gerçekten de Peczenik, geçerlilik kavramını dört safhayı içeren bir metotla tahlil etmektedir. Birinci safha, hukukçuların hukuken geçerli olarak kabul ettikleri kuralların sayımından (*enumeration*) ibarettir. Bu açıdan denilebilir ki, bizim ilk kavramımız →

rielle)” sorunudur². Zira, maddi olarak *var olmayan* bir işlem, hiçbir hukuki nitelendirmeye konu olamaz.

Bir işlemin *maddi*³ varlığıyla o işlemin “somut taşıyanı (hâmil, *support*)”nın, yani bir belgenin, bir söziün, bir ritüelin, tek kelimeyle bir *instrumentum*’un varlığı anlatılmak istenmektedir⁴. Diğer bir anlatımla bir işlemi hukuki nitelendirmeye tâbi tutmadan önce, onun *instrumentum*’unu, 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 örf ve âdet kuralının maddi varlığının resmi gazeteye bakılarak tespit edilemeyeceği açıktır. Bununla birlikte örf ve âdet kuralları maddi varoluştan yoksun değildir, zira onların da bir *instrumentum*’u vardır. Bu sorunu ileride tekrar göreceğiz⁵.

O halde herhangi bir işlemin hukuk normu olarak geçerli olabilmesi için gerekli ilk ön koşul, onun maddi varlığa sahip olmasıdır.

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. O halde şimdi normatiflik sorununu görelim.

(maddi varlık), Alexander Peczenik’in tasviri metodunun birinci safhasına (sayıma) denk gelir. Peczenik’e göre, “belirli bir ülkede hukuken geçerli olan kurallar nelerdir” sorusu, hukukun geçerliliğinin genel bir tanımına başvurmaksızın çözümlenebilir. Hukuk fakültesinde ve mesleğinde her uzman hukukçu bu sorun üzerine bir çok ayrıntılı bilgi edinir. Bu sorun teorik olmaktan ziyade *bibliyografiktir*” (Peczenik, “The Concept ‘Valid Law’”, *op. cit.*, s.214-215. İtalikler bize ait. Çeviri bize ait).

2. François Ost ve Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Brüksel, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, s.259; François Ost, “Validité”, in André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2. Baskı, 1993, s.636.
3. “Maddi” sıfatının altını çiziyoruz, zira Kelsen gibi normların “özgül (*spécifique*)” varlığından, yani bir normun belirli bir hukuk düzeni içinde varlığından bahseden yazarlar da vardır.
4. Ost ve van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, s.259; Ost, “Validité”, *op. cit.*, s.636.
5. Bkz. *infra*, s.126-127.

İkinci Bölüm

ÜÇ DEĞİŞİK HUKUKİ GEÇERLİLİK ANLAYIŞI

Bölüme Giriş.- Önceki bölümün sonunda açıkladığımız gibi bir normun maddî varlığı, normatifliği ve keza hukukiliği, o normun geçerliliği için gerekli, ama yetersiz koşullardır. Bunlar geçerliliğin ön koşullarıdır. Bir normun hukuken geçerli olup olmadığı sorusuna bu üç ön koşula bakarak cevap verilemez. Geçerliliğin bunların dışında bir asıl koşulu vardır. Geçerliliğin bu asıl koşulunu araştırırken, öncelikle geçerlilik konusunda üç değişik anlayışı bilmek gerekir.

Vakıa, hukukun genel teorisinde *üç değişik geçerlilik anlayışı* vardır. Bir normun hukuk normu olarak geçerli olup olmadığı sorusuna verilecek cevap, esas alınacak *geçerlilik anlayışına* göre değişecektir. Bu soruya verilen cevabın esas alınacak geçerlilik anlayışına göre nasıl değiştiğini aşağıda ayrıntılarıyla göreceğiz: Ama derhal bir fikir vermesi için şunu söyleyelim: Eğer *maddi geçerlilik anlayışı* esas alınır, resmî gazetede yayınlanmış ve yürürlükte olan bir hukuk normunun *etkili* değil ise geçerli olmadığı söylenir¹. Bu “metrukiyet (*désuétude*)” halidir². Yine aşağıda göreceğimiz gibi *aksiyolojik geçerlilik anlayışından* hareket edilirse, *âdil* olmayan bir hukuk normunun, bu norm devletin yetkili organları tarafından kabul edilmiş ve yürürlüğe konmuş olsa bile geçerli olmadığı söylenir³.

O nedenle burada öncelikle üç değişik geçerlilik anlayışını görmek gerekir.

Terminoloji.- Burada “geçerlilik” terimini Fransızca *validité*, İngilizce *validity* karşılığında kullanmaktayız⁴. *Petit Robert*, *validité* ke-

1. Bu konuda bkz. *infra*, s.83-84.

2. Bu kavram için bkz. *infra*, s.85-86.

3. Bkz. *infra*, s.56-57.

4. Almanca “Geltung”.

limesini “geçerli olma özelliği” ve *valid* (geçerli) kelimesini ise “sonucunu doğurmak için gerekli niteliklere sahip olan” şeklinde tanımlamaktadır. *Webster* ise, *validity* kelimesini, “hukukta geçerli (*valid*) olma niteliği”, *valid* (geçerli) kelimesini ise “hukuken bağlayan” olarak tanımlamaktadır.

Validité kelimesini Tahsin Saraç, “geçerlik” olarak Türkçeye çevirmektedir⁵. “Geçerlik” kelimesi “geçer” sıfatından türetilmiştir. Biz, “geçerlik” değil, “geçerlilik” kelimesini tercih etmekteyiz; zira bu kelime “geçerli” sıfatından türetilmiştir ve bu sıfat “geçer”e göre daha yaygındır⁶. Zeki Hafızoğulları da İtalyanca *validità* terimi yerine, Türkçede “geçerlilik” terimini kullanmaktadır⁷.

Klasik Türk hukuk literatüründe, hukuk normlarının geçerliliği sorunuyla bu anlamda ilgilenilmediğinden, bu konuda bir terim üretilmemiştir. Muvaffak Akbay, kitabının Hans Kelsen’i incelediği bölümünde, Fransızca *validité* kelimesini Türkçeye “mer’iyet” olarak çevirmiştir⁸. Mer’iyet Fransızca *vigueur (être en vigueur)*’ün karşılığıdır. Kanımızca klasik literatürde *validité* terimini Türkçeye en doğru şekilde çeviren Ö. İlhan Akipek’tir. Yazar bu kavramı “muteberlik” olarak çevirmektedir⁹.

Türk özel hukuk literatüründe “muteberiyet”, “geçerlilik” anlamında kullanılan bir terimdir. Örneğin 22 Nisan 1926 tarih ve 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 19’uncu maddesinin 2’nci fıkrası, mukavelelerin muteberliğinden bahsetmektedir. Aynı Kanununun 20’nci maddesi ise “geçersizlik” için “butlan”, “geçersiz” için “batıl” kelimelerini kullanmaktadır. Bazen özel hukukta geçersizlik yerine “hükümsüzlük” dendiği de olur. 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 27’nci maddesinde, bir yerde “geçerlilik” kelimesi geçmekle birlikte, esas olarak “hükümsüz” ve “hükümsüzlük” kelimelerini kullanmaktadır.

5. Tahsin Saraç, *Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük*, İstanbul, Adam Yayınları, 3. Baskı, 1990, “validité” maddesi.

6. “Geçer” sıfatı örneğin “geçer akçe”de kullanılmaktadır.

7. Hafızoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.35.

8. Muvaffak Akbay, *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, 1961, s.373.

9. Ömer İlhan Akipek, *Devletler Hukuku (Birinci Kitap: Başlangıç)*, Ankara, Başnur Matbaası, 2. Baskı, 1965, s.51.

François Ost geçerliliği, “hukuki sonuçları doğurmak için gerekli koşulları yerine getiren norma atfedilen nitelik” olarak tanımlamaktadır¹⁰.

Ama bir norm hangi temelde bu koşulları yerine getirmektedir? Diğer bir ifadeyle bir normun hukuki geçerliliğinin ölçütleri nelerdir?

Hukuk kuramında genellikle bir normun hukuki geçerliliği üç değişik kritere başvurularak değerlendirilir: Âdillik gibi *etik (finalist, deontik) bir kriter*, etkililik gibi *sosyolojik bir kriter* ve normun özgül varlığı gibi *formalist bir kriter*. Dolayısıyla üç değişik geçerlilik anlayışı vardır: aksiyolojik, maddi ve biçimsel geçerlilik.

Bu bölümde bunların her birini sırasıyla inceleyeceğiz. Ama önce bu bölümün planının verelim:

PLÂN:

I. Aksiyolojik Geçerlilik Anlayışı: Tabii Hukuk Teorisi

II. Maddi Geçerlilik Anlayışı: Hukuki Realizm Akımı

III. Biçimsel Geçerlilik Anlayışı: Pozitivist Teori

IV. Bu Üç Geçerlilik Anlayışından Hangisi veya Hangileriyle Hukuk Normunun Geçerliliği Tanımlanabilir?

V. Bir Normun Biçimsel Geçerliliği ile Etkililiği Arasında Bağlantı Var mıdır?

Aksiyolojik geçerlilik anlayışıyla işe başlayalım.

I. AKSİYOLOJİK GEÇERLİLİK ANLAYIŞI: TABİİ HUKUK TEORİSİ

François Ost, Michel van de Kerchove¹¹, Aulis Aarnio¹² ve Franco Modugno¹³ “aksiyolojik geçerlilik (*validité axiologique, validità axiologica*)” kavramını kullanmaktadırlar. Buna karşılık, Amedeo G. Conte “ideal geçerlilik (*validità ideale*)” kavramını kullanmaktadır¹⁴. Aksiyolojik geçerliliğe “deontik geçerlilik”¹⁵ veya “deruni¹⁶ geçerlilik

10. Ost ve Van de Kerchove, *op. cit.*, s.264. Keza Ost, “Validité”, *op. cit.*, s.637. Cf. Virally, “Notes sur la validité...”, *op. cit.*, s.454-455: “Geçerli bir norm kendisinden beklenen hukuki sonuçları gerçekten yerine getiren bir normdur”.

11. Ost ve Van de Kerchove, *op. cit.*, s.274.

12. Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit*, Çev. Geneviève Warland, Brüksel ve Paris, Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.43.

13. Franco Modugno, “Validità (Teoria generale)”, in *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè editore, 1993, Cilt 46, s.4.

14. Amedeo G. Conte, “Validità”, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, VTET, 1975, Cilt 20, s.421.

15. Örneğin bkz. Modugno, *op. cit.*, s.4.

(*validità intrinseca*)”¹⁷ de denilmektedir¹⁸. Bazen buna bir “değer (*valeur; valore*)” olarak geçerlilik veya kısaca “âdillik¹⁹ (*justice, giustizia*)” de denmektedir²⁰.

Bu anlayışta, bir normun geçerliliği, *gaî* (finaliste) *bir kritere* göre, yani o normun birtakım değerlere veya birtakım meta-pozitif idealere uygunluğu ile tespit edilir. Bu değer ve idealler ahlaki, dini vs. niteliktedir²¹. Bir normun geçerli olup olmadığını bilmek için, bu normunun içeriğini belirleyen birtakım değer ve idealler ile karşılaştırmak gerekir. Eğer norm, bu değer ve ideallere uygun ise geçerli, değilse geçersizdir. Diğer bir ifadeyle, bu anlayışta, “gerçek dünya” ile “ideal dünya”, açıkçası “olan” ile “olması gereken” arasında bir uyum olup olmadığı araştırılmaktadır²². İşte bu nedenle finalist kriter hukukun aksiyolojik geçerliliği anlayışına tekabül etmektedir. Dolayısıyla, bir normun aksiyolojik geçerliliği sorununa hukukun deontolojik sorunu da denmektedir²³.

Kanımızca, bir normun geçerliliği böyle bir anlayışta, yani finalist kritere göre değerlendirilemez. Çünkü bir normun aksiyolojik geçerliliği 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 birtakım değer ve idealler

16. Tahsin Saraç, *intrinsèque* kelimesinin Türkçe karşılığı olarak şu açıklamayı yapıyor: “Bir şeyin aslında, özünde bulunan, asil, esas, gerçek, özünlülük” (Tahsin Saraç, *Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük*, İstanbul, Adam Yayınları, 1990, s.776). Kanımızca, Tahsin Saraç’ın verdiği karşılıklar çok da isabetli değildir. Şemseddin Sami, *Kamus-u Fransevi*’de *intrinsèque*’in Türkçe karşılığı olarak “deruni, zati” kelimelerini vermektedir. Bkz. Ş. Sami (Ch.Samy-Bey Frascbery), *Kamus-u Fransevi (Dictionnaire Français-Turc)*, İstanbul, Mihran, İkinci Tahrir, 1310, c.II, s.1054. Kanımızca doğru ve güzel çeviri Şemseddin Sami’ninkidir.

17. Eduardo Garcia Maynez, “Validità formale e validità materiale in senso giuridico-positivo e validità oggettiva o intrinseca in senso assiologigo”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Cilt 41, 1964, s.608.

18. Örneğin bkz. Modugno, *op. cit.*, s.4.

19. Hafizoğulları gibi “adalet” yerine “âdillik” kelimesini tercih ettik (Hafizoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.35-36).

20. Modugno, *op. cit.*, s.4; Conte, “Validità”, *op. cit.*, s.421; Amedeo G. Conte, “Studio per una teoria della validità”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Cilt 47, 1970, s.335.

21. Ost, “Validité”, *op. cit.*, s.638-639.

22. Hafizoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.35-36.

23. *Ibid.*

Üçüncü Bölüm

GEÇERLİLİĞİN ASIL VE EK KOŞULLARI

Yukarıda açıkladığımız gibi Hans Kelsen'in teorisini izleyerek bir normun hukuk normu olarak geçerli olması için bir *per quam* koşulu, iki tane de *sine qua non* koşulu yerine getirmelidir. *Per quam* koşul yukarıda belirtildiği gibi geçerliliğin asıl koşuludur; diğer iki *sine qua non* koşul geçerliliğin ek koşullarıdır. Önce asıl koşulu, sonra ek koşulları inceleyelim. Buna göre bu bölümün plânı şu şekilde olacaktır:

PLAN:

- I. Geçerliliğin Asıl (*Per Quam*) Koşulu: Normun Biçimsel Geçerliliği
- II. Geçerliliğin Ek Koşulları (*Sine Qua Non* Koşulları)
 - A. Global Hukuk Düzeninin Etkililiği
 - B. Bir Normun Minimum Etkililiği

Geçerliliğin asıl koşulu, yani *per quam* koşulu ile işe başlayalım.

I. GEÇERLİLİĞİN ASIL (*PER QUAM*) KOŞULU: NORMUN BİÇİMSEL GEÇERLİLİĞİ

Hukuk normunun geçerliliğinin *per quam* koşulu, onun *biçimsel geçerliliği*, yani belirli bir hukuk düzenine aidiyetidir. Yukarıda (s.72-73) bir normun biçimsel geçerliliğinin, onun belirli bir hukuk düzenine ait olmasıyla belirlendiğini söylemiştik. 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 konulmuş olması gerekir.

O halde bir normun geçerliliğinin *per quam* koşulu, o normun bir üst norma uygun olarak üretilmesi durumunda yerine getirilmiş olur.

II. GEÇERLİLİĞİN EK KOŞULLARI (*SINE QUA NON* KOŞULLARI)

Biçimsel olarak geçerli olan bir normun geçerliliğini kaybetmesi için iki *sine qua non* koşulu da yerine getirmesi gerekir. Bunlar

Dördüncü Bölüm

GEÇERLİLİK KOŞULLARINA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI: GEÇERSİZLİK

Önceki bölümde bir hukuk normunun geçerliliğinin koşullarını inceledik. Bu bölümde ise geçerlilik koşullarına aykırılığın müeyyidelelerini inceleyeceğiz. Önce sorunun hukukun genel teorisinde nasıl ortaya konulduğunu görelim.

Önceki bölümde gördüğümüz gibi biçimsel anlayışta bir normun geçerliliğinin asıl koşulu, bu normun kendisinden üst bir normun öngördüğü usûlle konulmasıdır. Teorik olarak eğer bir norm kendisinden üst bir normun öngördüğü usûlle konuluyorsa, bu normun geçerli olduğu; konulmuyorsa bu normun geçersiz olduğu söylenebilir. Ancak bu sorunu biraz daha yakından incelemekte yarar vardır. Şu soruyu sormakla işe başlayalım: Eğer bir norm kendisinden üst bir normun öngördüğü usûlle konulmuyorsa bunun sonucu nedir?

Yine hemen belirtelim ki, hukuk düzeni hiyerarşik olarak sıralanmış normlardan oluşan bir piramit olduğuna göre, bu normlar arasında, gerek konuluş usûlleri bakımından, gerekse içerikleri bakımından birbirine aykırılık söz konusu olabilir. İşte böyle bir aykırılık durumunda hukuk biliminde, “hukuk normları arasında çatışma”dan¹ bahsedilir.

Önce geleneksel doktrinde, sonra hukukun genel teorisinde çatışma sorununun nasıl ortaya konulduğunu ve çözümlendiğini, çatışmanın sonuçlarının ne olduğunu inceleyelim. Ama önce bu bölümün plânını verelim:

1. Örneğin Kelsen bu sorunu “değişik düzeydeki normlar arasındaki çatışma” başlığı altında inceliyor (Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.355).

PLAN:

- I. Geleneksel Doktrinde Çatışmanın Sonuçları: Üst Norma Aykırı Norm ve İşlemlerin Müeyyideleri
- II. Hukukun Genel Teorisinde Sorunun Açıklanması: Norm, Üst Norma Aykırı İse Ne Olacaktır?
- III. Özel Olarak Anayasaya Aykırı Kanunların Geçerliliği Sorunu
- IV. Kanunların Anayasaya Uygunluğu Denetlenebilir mi?
- V. Anayasallık Denetiminin Olmadığı Bir Sistemde Anayasaya Aykırı Kanunların Geçerliliğinin Temeli Nedir?

Birinci başlıkla, yani geleneksel doktrinde çatışmanın sonuçlarını incelemekle işe başlayalım.

I. GELENEKSEL DOKTRİNDE ÇATIŞMANIN SONUÇLARI: ÜST NORMA AYKIRI NORM VE İŞLEMLERİN MÜEYYİDELERİ

Geleneksel doktrinde genellikle belirli bir hukuk düzeninin normları arasında çatışmanın her zaman mümkün olduğu düşünülür. Geleneksel hukuk doktrininde doktrinde “anayasaya aykırı kanunlar”dan, “kanuna aykırı idari işlemler”den veya “kanuna aykırı mahkeme kararları”ndan sıklıkla bahsedilmektedir. Bu doktrinde “bir hukuk kuralının hukuka aykırılığı”ndan dahi bahsedilir. İdare hukuku kitaplarının en önemli konularından birisi “idari işlemlerin hukuka aykırılık halleri”dir². Böylece geleneksel anlayışta “hukuka aykırı hukuk normları” mevcut olabilir. Geleneksel doktrin de zaten bu “hukuka aykırı hukuki işlemleri”, onlara birtakım “müeyyideler” uygulayarak, ortadan kaldırmaya çalışır. Geleneksel doktrin, bu sorunu genelde “hukuki işlemlerin sakatlık halleri” başlığı altında inceler. Geleneksel doktrin, bu sakatlık hallerini ortadan kaldırmaya yönelik çeşitli *müeyyideler* geliştirmeye çalışır. Geleneksel doktrin, bu geliştirdiği müeyyideleri, özel hukuk müeyyideleri ve kamu hukuku müeyyideleri olmak üzere ikiye ayırıp inceleyebiliriz.

2. Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayınları, 1996, s.155-180. Fransız idare hukukunda “idari işlemlerin hukuka aykırılık halleri”ni, “yasallık ilkesi (*principe de légalité*)” başlığı altında incelemek adettir. Bu konu da ise genellikle, “kanuna aykırılık (*illégalité*)” halleri ve bunun yaptırımları incelenir. Örneğin bkz. René Chapus, *Droit administratif générale*, Paris, Montchrestien, 5. Baskı, 1990, c.I, s.692-747.

Beşinci Bölüm

ÖRF VE ÂDET HUKUKUNUN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Bu kitapta örf ve âdet¹ yoluyla yaratılan hukuk kurallarının geçerliliğini ayrıca tartışmak gerekmektedir. Çünkü örf ve âdet kurallarının, hukuk normlarının geçerliliği teorisi açısından bazı özellikler arz etmektedir. Biz burada yukarıda gördüğümüz hukuk normlarının geçerliliği teorisini örf ve âdet kurallarına uygulamaya çalışacağız. Diğer bir ifadeyle, örf ve âdet kurallarının, yukarıda açıkladığımız hukuk normlarının geçerliliği şartlarını taşıyıp taşımadığını araştıracağız. Bu araştırmaya geçmeden önce kısaca klasik doktrine göre, örf ve âdet kurallarının unsurlarını görmekte yarar vardır. Ama daha önce bu bölümün plânını vermek uygun olur:

PLAN:

- I. Klasik Doktrine Göre Örf ve Âdet Kuralları
 - A. Maddi Unsur (Süreklilik)
 - B. Manevi Unsur (Genel İnanç, *Opinio iuris*, *Opinio necessitatis*)
 - C. Hukuki Unsur (Devlet Desteği)
- II. Hukukun Genel Teorisine Göre Örf ve Âdet Kuralları
 - A. Ön Koşullar
 1. Maddi Varlık
 2. Normatiflik
 3. Hukukilik

1. “Örf ve âdet”i Fransızca “*coutume*” karşılığı kullanıyoruz. “Örf”, bilmek ve tanımak demektir. “Örf”ten türemiş “maruf” iyi görünen, tanınan şey demektir. İslam hukukçuları örfü “aklıselimin iyi gördüğü şey” olarak tarif ederler (Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, Güney Matbaacılık, 1948, s.95). İlginçtir ki İslam hukukçuları örfü “aklıselimin iyi gördüğü şey” olarak tarif etmeleri, Romana-Kanonist anlayışta “*coutume* (örf ve âdet)”ün “*gens éclairés* (aydınlar, aydınlanmış insanlar)”, yani “sitenin bilgelere (*sages de la Cité*)” tarafından onaylanmış olması gerekliliği ile örtüşmektedir. *Coutume*’ün “*gens éclairés* yani *sages de la Cité* tarafından onaylanması konusunda bkz.: Marcel Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2. Baskı, 1961, s.191.

Âdet ise “avd” maddesinden türemiş bir isimdir. Çeşitli anlamları olup bunlardan biri “nöbet” veya bir işi zaman zaman yapmak demektir (*Ibid.*).

B. *Per Quam* Koşul

C. *Sine Qua Non* Koşullar

1. Global Hukuk Düzeninin Etkililiği

2. Bizzat O Normun Minimum Etkililiği

Birinci başlıkla incelememize başlayalım.

I. KLASİK DOKTRİNE GÖRE ÖRF VE ÂDET KURALLARI

Klasik doktrinde örf ve âdet kuralları genellikle şu üç unsurla tanımlanmaktadır: Maddi unsur, manevi unsur ve hukuki unsur.

A. MADDİ UNSUR (SÜREKLİLİK)²

Toplum içinde mevcut bir davranışın örf ve âdet kuralı olabilmesi için, bu davranışın her şeyden önce sürekli tekrarlanan bir davranış olması gerekir. Gelip geçici davranışlar örf ve âdet kuralı haline gelemeler. Mecellenin 166'ncı maddesine göre, âdetin “kadim” olması gerekmektedir. Yine Mecelle, aynı maddesinde, kadimi şöyle tarif etmektedir: “Kadim odur ki evvelini bilür olmaya”. Keza Kanuni Sultan Süleyman dönemine ait bir kanunname “kadim” için şu tarif verilmiştir: “Kadim kırk elli yıla denmez; kadim odur ki anın evvelini kimse bilmeye”³.

-
2. Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992, s.228; Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchatel, Delauchaux ve Niestlé. 3. Baskı, 1948, s.50; Hermann Bekaert, *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1963, s.276; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1983, s.41; Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hüükümleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s.91; Erdoğan Göger, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 4. Baskı, 1976, s.117; Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 6. Baskı, 1997, s.11; Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları, 2. Baskı, 1975, s.102; A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, 1996, s.51; Bilge Umar, *Hukuk Başlangıcı*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, s.73; Aytekin Ataay, *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, s.98; Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.66.
3. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk (Cilt 1- Cüz 1, Umumi Esaslar)*, 6. Baskı, İstanbul, İstanbul Matbaacılık, 1959, s.104'ten alıntılanan Bilge, *op. cit.*, s.42.

Altıncı Bölüm

ULUSLARARASI HUKUKUN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Bu kitapta uluslararası hukukun geçerliliği sorununu ayrıca tartışmakta yarar vardır. Uluslararası hukuk normları yukarıda açıkladığımız hukuk normlarının geçerliliği şartlarını yerine getirmekte midirler?

Hatırlanacağı üzere yukarıda hukuk normlarının geçerliliğinin üç ön koşulu, bir asıl (*per quam*) koşulu ve iki tane de ek (*sine qua non*) koşulu olduğunu söyledik¹. Uluslararası hukuk normlarının bu koşulları yerine getirip getirmediğini şimdi sırasıyla inceleyelim. Ama önce bu bölümün planını verelim:

PLAN:

- I. Ön Koşullar
 - A. Maddi Varlık
 - B. Normatiflik
 - C. Hukukilik
- II. *Per Quam* Koşul
- III. *Sine Qua Non* Koşullar
 - A. Global Hukuk Düzeninin Etkililiği
 - B. Bizzat O Normun Minimum Etkililiği

Birinci başlıkla işe başlayalım.

I. ÖN KOŞULLAR

Bir hukuk normunun geçerliliğinin üç önkoşulu vardı: Maddi varlık, normatiflik, hukukilik².

1. Bkz. *supra*, s.25-52, 89-99.

2. Bkz. *supra*, s.25-52.

A. MADDİ VARLIK

Yukarıda gördüğümüz gibi³, bir işlemin “maddi varlığı” ile, o işlemin somut taşıyanının, yani bir belgenin, bir sözün, bir ritüelin, tek kelimeyle bir *instrumentum*’un varlığı anlatılmak istenmektedir⁴.

Uluslararası hukuk normlarının maddi varlığa sahip olduğu tartışmasıdır. Örneğin Türkiye’de uluslararası hukuk normlarının maddi varlığını uluslararası andlaşma metinlerinin yayınlandığı Resmi Gazetelere ve Düstürlara bakarak kolayca saptayabiliriz. Bütün uluslararası andlaşmaların maddi varlığını ise yüzlerce cilt tutan ve Birleşmiş Milletler tarafından yayınlanan *Recueil des traités enregistrés par le Secrétariat des Nations Unies*’den tespit edebiliriz.

Uluslararası örf ve âdet kuralları da maddi varlıktan yoksun değildir. Yukarıda örf ve âdet konusunda görüldüğü gibi⁵, bu tip normların da bir *instrumentum*’u vardır. Bu *instrumentum*, uluslararası hukuk alanında devletlerin dış dünyaya yansıyan, gözle görülebilen ve çok eski zamanlardan beri kesintisiz tekrarlanan davranışlarıdır. Diğer bir ifadeyle, uluslararası hukuk örf ve âdet kurallarının maddi varlığı, uluslararası topluluğun üyelerinin belirli bir zaman süreci içinde aynı şekilde tekrarlanan davranışlarıdır⁶.

B. NORMATİFLİK

Yukarıda⁷ gördüğümüz gibi bir işlemin hukuken geçerli olabilmesi için sahip olması gereken ikinci önkoşul, o işlemin normatif nitelikte olmasıdır. Normatiflik ise, bir işlemin bir “olması gereken (*Sollen*)”i ifade etmesi olarak tanımlanmaktadır⁸. Bir uluslararası hukuk normunun normatif nitelikte olabilmesi için, o norm, bir “olması gereken (*Sollen*)”i ifade etmeli, yani bir şeyi emretmeli, bir şeye izin vermeli veya yetki vermelidir. Üstelik bu emrin, iznin veya yetkinin konusu bir beşeri davranış olmalı ve diğer yandan, bu emir, izin veya yetki yine beşeri irade tarafından konulmalıdır.

3. *Supra*, s.25-27.

4. Ost ve Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, s.259; Ost, “Validité”, *op. cit.*, s.636.

5. Bkz. *supra*, s.123.

6. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.12.

7. *Supra*, s.27-29.

8. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, s.2.

İkinci Kısım

HUKUK NORMLARININ YORUMU SORUNU

GİRİŞ: GENEL OLARAK YORUM SORUNU

Hukuki yorum, genel yorumun bir türüdür. O halde genel olarak yorumun ne olduğunu tespit etmekle işe başlamakta yarar vardır.

Geniş anlamda yorum, “anlama” manasına gelir. Bu anlamda yorum dilde kullanılan bir ifadenin “kavranması”dır. Her dilsel işaret anlaşılacak için yorumlanmak zorundadır. Bir metnin doğrudan doğruya ve derhal anlaşılması ile hukukun veya felsefenin hazırladığı tekniklerin yardımıyla anlaşılması arasında fark yoktur. Yorum olmaksızın, bir dilsel işaret formel mantıktaki bir sembol gibidir. Bir dilsel işaret ancak yorum ile anlam kazanır¹.

Dar anlamda yorum ise, belirli bir somut durumda kullanılan ve anlamı üzerinde şüpheler olan bir ifadenin anlamının belirlenmesidir². İfadenin anlamı üzerinde şüpheler yoksa, o doğrudan ve düşünülmesizin derhal anlaşılır. Bu halde yoruma ihtiyaç yoktur. Aksi halde, ifadenin anlamı ait olduğu dilin yorum kuralları sayesinde belirlenir.

Geniş anlamda yorum “anlama” ile aynı manaya geldiğine ve yorumun dilsel bir işarete belirli bir anlam atfedilmesi³ olduğuna göre, kısaca genel olarak semiyotiği görmek gerekir.

Semiyotik her türlü işaret sistemlerinin yapısını ve işleyişini inceler⁴. Herhangi bir bildirişme bağlamında en az üç unsur işe karışır:

1. Jerzy Wróblewski, “L’interprétation en droit: théorie et idéologie”, *Archives de la philosophie du droit*, 1972, s.53.

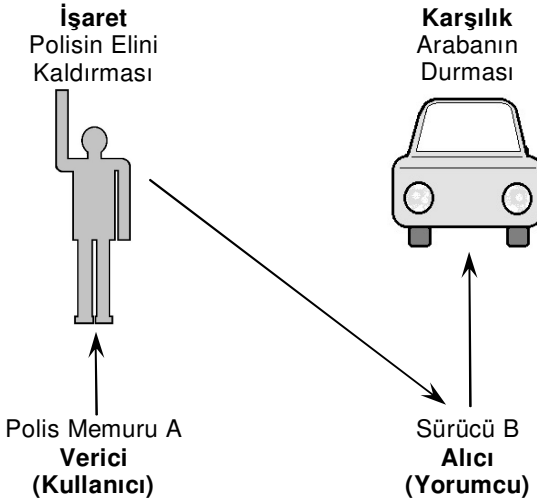
2. *Ibid.*

3. Kalinowski, “Philosophie et logique de l’interprétation en droit”, *op. cit.*, s.39.

4. Batuhan ve Grünberg, *op. cit.*, s.34.

- (1) *Kullananlar*;
- (2) *İşaretler*, yani herhangi bir niyetin iletilmesi için başvuru fiziksel nesne veya olaylar;
- (3) İşaretlerin *dil-dışı karşılıkları* veya işaret ettikleri nesnelere.

Bu unsurlardan her biri, kısalık sağlayabilmek amacıyla, mantıkçılar tarafından, sırasıyla “kullanıcı”, “işaret” ve “karşılık” diye isimlendirilmektedirler⁵. Hâliyle bir bildirişimden bahsedebilmek için en az iki *kullanıcı* olması gerekir. İşareti kullanan kişiye “verici (*sender*)”⁶, işareti alan kişiye de “alıcı (*receiver*)” da denebilir⁷. Verici herhangi bir işareti kullanmakta, alıcı da bu işaretin dil-dışı karşılığını anlamaktadır. Diğer bir ifadeyle alıcı, vericinin kullandığı işareti yorumlamaktadır. Bu nedenle aslında bir “kullanıcı”, bir de “yorumcu” vardır⁸. Örneğin karayolunda kavşakta trafiği düzenleyen polis memuru A (*verici=kullanıcı*) sol eli aşağı doğru iken sağ elini havaya kaldırmıştır (=işaret). Bunu gören sürücü B (=alıcı=yorumcu) arabasını durdurmuştur (*karşılık*)⁹. Bunu aşağıdaki şekille gösterebiliriz.



5. *Ibid.*

6. Bernard S. Jakson, “Semiotics and Problem of Interpretation”, in Patrick Nerhot (Ed.), *Law, Interpretation and Reality*, Dordrecht, Kluwer Academic Publisher, 1990, s.86.

7. Batuhan ve Grünberg, *op. cit.*, s.34-35.

8. *Ibid.*, s.35.

9. Karayolları Trafik Yönetmeliği, m.25/b-1’e göre “trafik zabitasının sağ ve sol kollarından biri yukarıda, diğeri aşağı pozisyonda ise, bu durumda yol bütün yön- lere kapalı” olduğu anlamındadır.

Birinci Bölüm

KLASİK YORUM TEORİSİ

“Klasik yorum teorisi (*théorie classique de l'interprétation*)”ne 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 çıkarmalıdır¹. Dolayısıyla bu teoriye göre, hakim görevi sadece kanunu uygulamaktır. Hakim yaratıcı değildir². Diğer bir ifadeyle, yargı kararı şu tip bir akıl yürütmenin ürünüdür:

- “Eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması” hâlinde “evlenme mutlak butlanla batıldır” (Türk Medeni Kanunu, m.145/1, Büyük önerme).
- A, B ile evlenme işlemi sırasında C ile evli bulunuyordu (Küçük önerme, somut olay).
- O halde A'nın B ile yaptığı evlenme batıldır (Sonuç)³.

Burada büyük önerme, uygulanacak olan hukuk kuralıdır (Türk Medeni Kanunu, m.145/1). Küçük önerme ise somut olay, yani A'nın C ile evli iken B ile evlenmesidir. Sonuç ise hakim vereceği hükümdür. Burada hakim hükümü yeni bir şey ortaya koymaz. Zira, büyük önerme kanunda zaten vardır. Büyük önermeyi hakim mevcut halde bulur. Yargı faaliyeti, büyük önermede ifade edilen hukuk kuralının somut olaya uygulanmasından ibarettir. Bu nedenle denilebilir ki, yargı yeni bir şey ortaya koymaz. İşte bu anlamdadır ki, Montesquieu'nün formülüne göre, yargı kuvveti gerçek bir kuvvet değildir, adeta “yok hükmünde”dir⁴.

1. Michel Troper, “Le positivisme comme théorie du droit”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Brüksel ve E. Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.280.

2. *Ibid.*, s.279.

3. Örnek, Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, op. cit., s.79'dan uyarlanarak alınmıştır.

4. Michel Troper, “Justice constitutionnelle et démocratie”, *Revue française de droit constitutionnel*, Sayı 1, 1990, s.36; Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. “Léviathan”, 1994, s.334.

Klasik teori, yorum konusunu genelde “Yorum Çeşitleri”, “Yorum Metotları” ve “Yorumda Kullanılan Mantık Kuralları” şeklinde üçlü bir ayırım içinde inceler.

Biz de bu ayırma paralel olarak önce yorum çeşitlerini, sonra yorum metotlarını ve daha sonra da yorumda kullanılan mantık kurallarını görelim. Ama önce plânımızı şematik olarak gösterelim:

PLAN:

I. Yorum Çeşitleri

II. Yorum Metotları

III. Yorumda Kullanılan Mantık Kuralları

Yorum çeşitleriyle işe başlayalım.

I. YORUM ÇEŞİTLERİ

Yorum, yorumu yapan kişi veya makam bakımından *yasama yorumu*, *yargısal yorum* ve *bilimsel yorum* olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

A. YASAMA YORUMU

“Yasama yorumu (teşrii tefsir, *interprétation législative*)”na, bazen resmi yorum veya otantik yorum (*interprétation authentique*)⁵ da denir. Yasama yorumu, en kısa tanımıyla, kanun koyucunun kendisi tarafından yapılan yorumdur⁶. Bu yorum çeşidinde, kuralı koyan makam, kendi iradesinin ne yolda olduğunu belirtmek suretiyle hukuk kuralının anlamını açıklığa kavuşturmuştur⁷.

Yasama yorumunun yapılabilmesi için ilgili pozitif hukuk sisteminin anayasası tarafından öngörülmüş olması gerekir⁸.

Bazı yazarlar, yasama yorumunun isabetli ve “en mantıklı”⁹ yorum türü olduğuna işaret etmişlerdir. Zira onlara göre, “yasama organı,

5. Örneğin bkz. Du Pasquier, *op. cit.*, s.184; Enrico Paresce, “Interpretazione: Filosofia del diritto e teoria generale”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè editore, Varese, Cilt XXII, s.232: “interpretazioni authentica”.

6. Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım)*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 9. Baskı, 1985, c.I, s.165.

7. Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s.177.

8. Bilge, *op. cit.*, s.177; Atar *et alii*, *op. cit.*, s.60.

9. Bekaert, *op. cit.*, s.219.

İkinci Bölüm

REALİST YORUM TEORİSİ

Yukarıda birinci bölümde, klasik yorum teorisine göre büyük önermenin, yani uygulanacak olan hukuk kuralının, hakime önceden verilmiş olduğunu söyledik. Klasik anlayışta hakim, önceden kendisine verilmiş olan kuralı somut olaya uygular. Diğer bir ifadeyle büyük önermeden sonuç çıkarır. Burada hakimin hükmü yeni bir şey koymaz. Yargı faaliyeti, büyük önermede ifade edilen hukuk kuralının somut olaya uygulanmasından ibarettir. Bu nedenle denilebilir ki, klasik yorum teorisine göre, yargı faaliyeti yaratıcı değildir, yeni bir şey ortaya koymaz, adeta Montesquieu'nün formülüne göre, “yok hükümde”dir¹.

Buna karşılık “realist yorum teorisi (*théorie réaliste de l'interprétation*)”²ne göre ise, büyük önerme, yani 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*³.

Daha ileri açıklama yapmadan bu bölümün plânını verelim.

1. Michel Troper, “Justice constitutionnelle et démocratie”, *Revue française de droit constitutionnel*, Sayı 1, 1990, s.36; Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. “Léviathan”, 1994, s.334.
2. Hart bu teoriye “kural şüpheciligi” (*rule-scepticism*) ismini veriyor (Hart, *op. cit.*, s.169-174).
3. Troper, “Justice constitutionnelle et démocratie”, *op. cit.*, s.36. Keza bkz. Michel Troper, “Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique”, *Revue internationale de philosophie*, 1981, s.525; Michel Troper, “Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen”, in Pierre Bouretz (Ed.), *La force du droit: panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, s.133.

PLAN:

- I. Realist Yorum Teorisinin Açıklanması
- II. Realist Yorum Teorisi Işığında Hukuk Normlarının Geçerliliği Teorisinin Değerlendirilmesi
- III. Realist Yorum Teorisi Işığında Anayasanın Yorumlanması
- IV. Realist Yorum Teorisinin Dengeleyicisi Olarak Mekanist Anayasa Anlayışı
- V. Realist Yorum Teorisi Ve Mekanist Anayasa Anlayışının Türk Anayasa Pratiği Sınanması

Birinci başlıkla işe başlayalım.

I. REALİST YORUM TEORİSİNİN AÇIKLANMASI

Şimdi realist yorum teorisini daha yakından görelim. Bu teori şu on önermeyle açıklanabilir.

1. Norm, Kanunun Metni Değil, Bu Metnin Anlamıdır.- Realist yorum teorisi ilk önce, hukukun genel teorisi açısından normun ne olduğunu hatırlatır. Hukukun genel teorisi açısından norm, beşeri irade işleminin ürünüdür⁴. Bununla birlikte, bu beşeri irade işleminin *kendisi* norm değil, onun *anlamı* normdur. Öyleyse, norm ile bu irade işleminin maddi varlığını birbirinden ayırmak gerekir. Norm olması gereken, irade işlemi ise olandır⁵. Bundan yola çıkan realist yorum teorisi de normun içinde yer aldığı *metin* ile *norm* arasında bir ayırım yapar. Kısacası, bu teoriye göre norm, bizatihi kanunun *metni* değil, onun *anlamıdır*.

2. Yorumun Konusu Norm Değil, Metindir.- Norm ile metin birbirinden farklı şeyler olduğuna göre, ikinci olarak, normun mu yoksa metnin mi yorumu konu teşkil ettiğini tespit etmek gerekir. Realist yorum teorisine göre, yorumlanan şey, norm değil, metindir⁶. O halde,

4. Bkz. Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reidel, 1973, s.216-227'den alıntılanan parça in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Paris ve Brüksel, L.G.D.J. ve E. Story-Scientia, 1992, s.295.

5. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.7.

6. Hermenötik açısından, yorumun konusunun metinler olduğu açıktır. Bilindiği gibi, hermenötüğün ilk konusu dini metinlerin yorumlanmasıdır. Onsekizinci yüzyıldan itibaren hermenötik, felefi, edebi ve bilimsel metinlerin yorumlanmasında da kullanılmıştır. Bazı yazarlar hermenötüğü radyo, televizyon gibi iletişim araçlarına uygulamaya kalkmışlarsa da, hermenötüğün asıl konusu metinlerdir (Nick Szabo, "Commentaires on Hermeunetics", <http://www.best.com/~szabo/hermeneutics.html>. © 1996, s.1 of 5).

SONUÇ

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 tanıtmaya 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 değerlendirmez. 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 *instrumentum*'un varlığı anlatılmak istenmektedir. Diğer bir anlatımla, bir işlemi hukuki nitelendirmeye tâbi tutmadan önce, onun *instrumentum*'unu, 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 nitelikle 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 almalıdırlar; yani anayasanın öngördüğü usûlle konulmalıdırlar. 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, âdetta “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. ■

BİBLİYOGRAFYA

- AARNIO (Aulis), “Linguistic Philosophy and Legal Theory”, *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, s.19-20, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.) *Le positivisme juridique*, Brüksel ve Paris, E. Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.368-69.
- AARNIO (Aulis), *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit*, Çev. Geneviève Warland, Brüksel ve Paris, E. Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992.
- ADRE-VINCENT (I.), “L’abstrait et le concret dans l’interprétation”, *Archives de la philosophie du droit*, Cilt 27, 1972, s.135-148.
- AGUILA (Yann), “Cinq questions sur l’interprétation constitutionnelle”, *Revue française de droit constitutionnel*, Sayı 21, 1995, s.5-46.
- AGUILA (Yann), *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1994.
- AKAD (Mehmet), “Anayasa Yargısı Üzerine Gözlemler”, *Yargı*, Sayı 37, Mayıs 1979, s.39-43.
- AKBAY (Muvaffak), *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, 1961.
- AKIPEK (Ömer İlhan), *Devletler Hukuku (Birinci Kitap: Başlangıç)*, Ankara, Başnur Matbaası, 2. Baskı, 1965.
- ALDIKAÇTI (Orhan), *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, İ.Ü. Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.
- AMSELEK (Paul) (Ed.), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. “Léviathan”, 1994.
- AMSELEK (Paul), *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit: essai de phénoménologie juridique* (Thèse, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques), Paris, L.G.D.J., 1964.
- ARAL (Vecdi), “Hukuk İlmini Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir Objektivite Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 31, Sayı 1-4, 1966, s.220-241.
- ARAL (Vecdi), *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, 1975.
- ARNAUD (André-Jean) (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2. Baskı, 1993.
- ARNAUD (André-Jean), “Le médium et le savant: signification politique de l’interprétation juridique”, *Archives de la philosophie du droit*, Cilt 27, 1972, s.165-181.

- ARSAL (Sadri Maksudi), *Hukukun Umumi Esasları*, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1937.
- ATAAY (Aytekin), *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971.
- ATAR (Yavuz) *et alii*, *Hukuk Bilimine Giriş*, Konya, Mimoza, 1997.
- AUBY (Jean-Marie) ve DRAGO (Roland), *Traité de contentieux administratif*, Paris, L.G.D.J., 3. Baskı, 1984, Cilt II.
- AUGUSTINUS, *De Civitate Dei*. IV, 4 in Mete Tunçay (Der.), *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi-1*, Ankara, Teori Yayınları, 1985, s.312-313.
- BATIFFOL (Henri), "Question de l'interprétation juridique", *Archives de la philosophie du droit*, Cilt 27, 1972, s.9-29.
- BATUHAN (Hüseyin) ve GRÜNBERG (Teo), *Modern Mantık*, Ankara, Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yayınları, 1984.
- BEKAERT (Hermann), *Introduction à l'étude du droit*, Brüksel, Etablissements Emile Bruylant, 1963.
- BERGEL (Jean-Louis), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1989.
- BERKİ (Ali Himmet), *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara, Güney Matbaacılık, 1948.
- BETTINI (Romano), "Efficacité", in André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2. Baskı, 1993, s.219 vd.
- BILGE (Necip), *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1983.
- BOBBIO (Norberto), "Kelsen et les sources du droit", *Revue internationale de philosophie*, Sayı 138, 1981, s.475-486.
- BOBBIO (Norberto), "Quelques arguments contre le droit naturel", in *Annales de philosophie politique*, Paris, P.U.F., 1959, Cilt III, s.175-190.
- BOBBIO (Norberto), "Sur le positivisme juridique", in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier* (Tome I: Théorie générale du droit et droit transitoire), Paris, Librairies Dalloz & Sirey, 1961, s.53-73.
- BOURETZ (Pierre) (Ed.), *La force du droit: panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991.
- BURNS (Edward McNall), *Çağdaş Siyasal Düşünceler: 1850-1950* (Çev. A. Şenel), Ankara, Birey ve Toplum Yayınları, 1984
- CARBONNIER (Jean), *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978.
- CELERIER (Thibaut), "Dieu dans la Constitution", *Les Petites affiches*, 5 Haziran 1991, Sayı 67, s.15-20.
- CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 6. Baskı, 1993, Cilt I.
- CİN (Halil), *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2. Baskı, 1988.
- CİN (Halil), *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2. Baskı, 1988.
- CONTE (Amedeo G.), "Studio per una teoria della validità", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Cilt 47, 1970, s.331-354.

- CONTE (Amedeo G.), “Validità”, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, VTET, 1975, Cilt 20, s.419-425.
- ÇAĞIL (Orhan Münir), *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Birinci Kitap, 2. Baskı, 1963.
- ÇAĞLAR (Bakır), “Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, *Anayasa Yargısı (II): Anayasa Mahkemesinin 23. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1986, s.163-195.
- ÇELİK (Edip F.), *Milletlerarası Hukuk*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1975.
- DABIN (Jean), *Théorie générale du droit*, Paris, 2. Baskı, 1953.
- DELPÉRÉE (Francis), “La Constitution et son interprétation” in *L’interprétation en droit*, Brüksel, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, s.187-210 (<https://books.openedition.org/pusl/8906#>);
- DELPÉRÉE (Francis), *Droit constitutionnel (Tome I: Les données constitutionnelles)*, Brüksel, Larcier, 2. Baskı, 1987.
- DEVELLİOĞLU (Ferit), *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, Ankara, Aydın Kitabevi, 1984,
- DINH (Nguyen Quoc), DAILLIER (Patrick) ve PELLET (Alain), *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 4. Baskı, 1992.
- PASQUIER (Claude du), *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchatel, Delauchaux & Niestlé, 3. Baskı, 1948.
- DUHAMEL (Olivier) ve MENY (Yves) (Ed.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992.
- DUVERGER (Maurice), “Contribution à l’étude de la légitimité des gouvernements de faits”, *Revue du droit public*, 1945, s.73-100.
- EDİS (Seyfullah), *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983.
- ENRICO (Paresce), “Interpretazione: Filosofia del diritto e teoria generale”, in *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè editore, Cilt 22, s.152-238.
- EROĞUL (Cem), “Anayasa Mahkemesinin Yirminci Yıldönümü ve Birkaç Öneri”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 37, Sayı 3-4, 1982, s.131-137.
- EROĞUL (Cem), *Anayasayı Değiştirme Sorunu: Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1974.
- EYRENCİ (Öner), “Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 1, Mart 1981, s.45-57.
- FABRE (Michel Henry), *Principes républicains de droit constitutionnel*, 4. Baskı, Paris, L.G.D.J., 1984.
- FENDOĞLU (Hasan Tahsin), *Hukuk Bilimine Giriş*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, 1997.
- FRIEDMANN (F.), *Legal Theory*, Londra, Stevens & Sons Limited, 1960.
- FROSINI (Vittoria), “Teoria generale del diritto”, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, VTET, 1975, Cilt XIX, s.5-8.

- GARIEL (A.), *Dictionnaire latin-français*, Paris, Hatier, 1960.
- GIANFOMAGGIO (Laetizia), “Droit naturel”, in André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2. Baskı, 1993, s.200-205.
- GÖĞER (Erdoğan), *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 4. Baskı, 1976.
- GÖZLER (Kemal), *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin, 20. Baskı, 2023.
- GÖZÜBÜYÜK (A. Şeref), *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, 1996, s.51.
- GRAY (John Chipman), *The Nature and the Sources of the Law*, New York, Columbia University Press, 2. Baskı, 1938.
- GRIDEL (Jean-Pierre), *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992.
- GRZEGORCZYK (Christophe), “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Paris ve Brüksel, L.G.D.J. ve Story-Scientia, 1992, s.33-69.
- GRZEGORCZYK (Christophe), “Le positivisme comme méthodologie juridique”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Paris ve Brüksel, L.G.D.J., ve Story-Scientia, 1992, s.171-195.
- GRZEGORCZYK (Christophe), MICHAUT (Françoise) ve TROPER (Michel) (Ed.), *Le positivisme juridique*, Paris ve Brüksel, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992.
- GUASTINI (Ricardo), “Réflexions sur les garanties des droits constitutionnels et le théorie de l’interprétation”, *Revue du droit public*, 1991, s.1079 vd.
- GUASTINI (Riccardo), “Alf Ross: une théorie du droit et de la science juridique”, in Paul Amssek (Ed.), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. “Léviathan”, 1992, s.249-264.
- GUASTINI (Riccardo), “Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique”, in Michel Troper ve Lucien Jaume (Ed.), *1789 et l’invention de la constitution*, Actes du colloque de Paris organisé par l’Association française de science politique, les 2, 3 et 4 mars 1989, Paris ve Brüksel, L.G.D.J., Bruylant, 1994, s.216-225.
- GÜNDAY (Metin), *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Yayınları, 1996.
- GÜRİZ (Adnan), *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 6. Baskı, 1997.
- GÜRİZ (Adnan), *Hukuk Felsefesi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1985.
- HAESAERT (Jean), *Théorie générale du droit*, Brüksel, Bruylant, 1948.
- HAFIZOĞULLARI (Zeki), “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 35, Sayı 1-4, 1978, s.235-279.
- HAFIZOĞULLARI (Zeki), “Laiklik ve TCK’nın 163. Maddesi Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 62, Sayı 1-4, Ocak-Aralık 1987, s.201-221.

- HAFIZOĞULLARI (Zeki), *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996.
- HAFIZOĞULLARI (Zeki), *Laiklik, Düşünce ve İfade Hürriyeti*, Ankara, US-A, Yayıncılık, 1997.
- HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, Çev. Michel van de Kerchove, Brüksel, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.
- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2. Baskı, 1929 (C.N.R.S. Tarafından Tıpkı Baskı, Paris, 1969).
- HERAUD (Guy), *L'ordre juridique et le pouvoir originaire* (Thèse, Faculté de droit de Toulouse), Paris, Sirey, 1946.
- HERAUD (Guy), “La validité juridique”, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Faculté de Droit et de Sciences économiques de Toulouse, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1960, Cilt II, s.477-490.
- HOECKE (Marc van), “Théorie générale du droit”, in André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris ve Brüksel, L.G.D.J., ve Story-Scienta, 2. Baskı, 1993, s.416.
- HOWARD (A. E. Dick), “La conception mécaniste de la constitution” in Michel Troper et Lucien Jaume (Ed.), *1789 et l'invention de la constitution* (Actes du Colloque de Paris organisé par l'Association française de science politique, les 2, 3 et 4 mars 1989), Paris ve Brüksel, L.G.D.J. ve Bruylant, 1994, s.153-173.
- HUME (David), *A Treatise of Human Nature*, 1789, Book III, Part I, Section I (T3.1.1.27) (<http://books.google.com.au/books?id=-Sp8B0ZdyAYC&pg=PA335>) s.335; Rachel Cohon, “Hume’s Moral Philosophy”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), (<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/hume-moral/>).
- INTERPRETATION *L’interprétation en droit*, Brüksel, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978.
- INTERPRETATION “L’interprétation dans le droit”, *Archives de la philosophie du droit*, Cilt 17, 1972, s.3-184.
- ISAAC (Guy), *Droit communautaire général*, Paris, Masson, 4. Baskı, 1994.
- KALINOWSKI (Georges), “Philosophie et logique de l’interprétation en droit: remarques sur l’interprétation juridique, ses buts et ses moyens”, *Archives de la philosophie du droit*, Cilt 27, 1972, s.39-50.
- KALINOWSKI (Georges), *Introduction à la logique juridique: éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965.
- KELSEN (Hans), “La garantie juridictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle”, *Revue du droit public*, 1928, s.197-257.
- KELSEN (Hans), “La justice et droit naturel”, Çev. Etienne Mazingué, in *Le Droit naturel, Annales de philosophie politique* (Institut international de philosophie politique, Paris, P.U.F., 1959) Cilt 3, s.1-123.
- KELSEN (Hans), “Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1926, Cilt 4, s.232-326.

- KELSEN (Hans), “Positivisme juridique et doctrine du droit naturel” in *Mélanges Jean Dabin*, Brüksel ve Paris, Emile Bruylant ve Sirey, 1963, s.141 vd.
- KELSEN (Hans), “Quel est le fondement de la validité du droit ?”, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, Temmuz-Eylül 1956, s.161-169.
- KELSEN (Hans), *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reidel, 1973, s.216-227’den alıntılanan parça in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.), *Le positivisme juridique*, Paris ve Brüksel, L.G.D.J. ve Story-Scientia, 1992, s.295.
- KELSEN (Hans), *General Theory of Law and State* (Çev. Anders Wedberg), Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946.
- KELSEN (Hans), *Théorie générale des normes* (Almancadan Çevirenler Olivier Beaud ve Fabrice Malkani), Paris, Presses universitaires de France, 1996.
- KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit* (“Reine Rechtslehre”nin 2. Baskısından Charles Eisenmann Td Yapılan Fransızca Çeviri), Paris, Dalloz, 1962.
- KEYMAN (Selahattin), *Hukuka Giriş ve Metodolojisi*, Ankara, Doruk, 1981.
- LASCOUMES (Pierre), “Effectivité”, in André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2. Baskı, 1993, s.217 vd.
- LASCOUMES (Pierre) ve SERVERIN (Evelyne), “Théories et pratiques de l’effectivité du droit”, *Droit et société*, Ocak 1986, Sayı 2, s.101 vd.
- LAVROFF (Dmitri Georges), *Le droit constitutionnel de la Ve République*, Paris, Dalloz, 1995.
- LEYH (Gregory) (Ed.), *Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice*, Berkeley, University of California Press, 1992 (<http://www.unt.edu/lpr/subpages/reviews/leyh.html>)
- LLOYD (Dennis), *Introduction to Jurisprudence with Selected Texts*, Londra, Stevens & Sons Limited, 1959.
- LOUKITCH (Radomir D.), *La force obligatoire de la norme juridique et le problème d’un droit objectif* (Thèse, Université de Paris, Faculté de droit), Paris, Les presses modernes, 1939.
- LUBBERDINK (Henk), “Some Observations on the Role of Constitutional Norms, International Norms and Legal Principles in the Netherlands Legal System in Respect of the Inviolability of Statute Law” (Report of the Netherlands), *VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı* (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1990, Cilt 4, s.197-207.
- MASON (Alpheus Thomas) ve BEANEY (William M.), *American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases*, New Jersey, Prentice-Hall, 3. Baskı, 1964.
- MAST (A.), “Interprétation de la Constitution”, *Rapports belges au VIIIe Congrès international de droit comparé*, Brüksel, Centre interuniversitaire de Droit comparé, 1970 s.521-553.
- MATTEO (Ludovico Bentivoglio), “Interpretazione delle norme internazionali”, in *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè editore, Cilt 32, s.310-325.

- MAUS (Didier), “Sur ‘la forme républicaine du gouvernement’”, Commentaire sous C.C., Sayı 92-312 DC du 2 septembre 1992, “Maastricht II”, *Revue française de droit constitutionnel*, Sayı 11, 1992, s.412.
- MAYNEZ (Eduardo Garcia), “Validità formale e validità materiale in senso giuridico-positivo e validità oggettiva o intrinseca in senso assiologigo”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Sayı 41, 1964, s.608-620.
- MICHAUT (Françoise), “L’approche scientifique du droit chez les réalistes américains”, in Paul Amselek (Ed.), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. ”Léviathan”, 1994, s.265-280.
- MICHAUT (Françoise), “Réalisme”, in André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2. Baskı, 1993, s.509 vd.
- MODUGNO (Franco), “Validità (Teoria generale)”, in *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè editore, 1993, Cilt 46, s.1-44.
- MONTGOMORY (John Warwick), “Legal Hermeneutics and the Interpretation of Scripture”, *Premise*, Cilt 2, Sayı 9, Ekim 1995, s.15 (<http://capo.org/premise/95/oct/p950910.html>);
- MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois* (Texte établi et présenté par Jean Brethe de la Gressaye, Paris, Société Les Belles Lettres, 1955, Cilt II).
- MUMCU (Ahmet), *Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun*, Ankara, A.Ü.Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- NASÍ (Antonio), “Interpretazione della sentenza”, in *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè editore, Cilt 22, s.293-309.
- OBERDORFF (Henri) (Der.), *Les Constitutions de l’Europe des Douze*, Paris, La Documentation française, 2. Baskı, 1994.
- ONAR (Erdal), *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara, 1993.
- OPALEK (Kazimierz) ve WRÓBLEWSKÍ (Jerzy), “Axiology: Dilemma between Legal Positivism and Natural Law”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Cilt 18, 1968, s.361 vd.
- OST (François) ve VAN DE KERCHOVE (Michel), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Brüksel, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.
- OST (François), “Validité”, in André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2. Baskı, 1993, s.636 vd.
- ÖZBUDUN (Ergun), *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 1993.
- PATTORA (Enrico), “Réalisme juridique scandinave”, in André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2. Baskı, 1993, s.511 vd.
- PAZARCI (Hüseyin), *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1985.
- PEASLEE (Amos J.), *Constitutions of Nations*, The Hague, Martinus Nijhoff, 3. Baskı par Dorothy Peaslee Xydis (Cilt I: “Africa”, 1965; Cilt II: “Asia, Aus-

tralia and Oceania”, 1966; Cilt III: “Europe”, 1968; Cilt IV: “Americas”, 1970).

PECZENIK (Alexander), “The Concept ‘Valid Law’”, *Scandinavian Studies in Law*, Cilt 16, 1972, s. 213-251.

PERELMAN (Chaïm), “L’interprétation juridique”, *Archives de la philosophie du droit*, Cilt 17, 1972, s.29-38.

PERELMAN (Chaïm), *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976.

PERELMAN (Chaïm), “L’idée de justice”, *Annales de philosophie politique-Vol III: Le Droit naturel*, Paris, Institut international de philosophie politique, P.U.F., 1959, s.124 vd.

PERRIN (Jean-François), *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Cenevre, Librairie Droz, 1979.

PESCATORE (Pierre), *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l’Etat, 1960.

PETEV (Valentin), “Hans Kelsen et le Cercle de Vienne: à quelle point la théorie du droit est-elle scientifique?”, in Paul Amselek (Ed.), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. “Léviathan”, 1992, s.237 vd.

PFERSMANN (Otto), “De la justice constitutionnelle à la justice internationale: Hans Kelsen et la seconde guerre mondiale”, *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, Sayı 16, s.761-789.

PIOVANI (Pietro), “Effettività”, in *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè editore, Cilt 14, 1965, s.420-431.

PONTIER (Jean-Marie), “La république”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, 31° Cahier, Chronique 47, s.239-246.

PRÉLOT (Marcel), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2. Baskı, 1961.

QUERMONNE (Jean-Louis), “République”, in Olivier Duhamel ve Yves Meny (Ed.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, s.921-924.

QUINE (W.V.O.), *Logique élémentaire*, Paris, Hermann, 1976.

RAUCENT (Léon), *Cours d’introduction à la théorie générale du droit*, Brüksel, 1980.

ROSS (Alf), *On Law and Justice*, Londra, Steven & Sons, 1958, s.36-38 in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.) *Le positivisme juridique*, Brüksel ve Paris, E. Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.325.

ROUBIER (Paul), *Théorie générale du droit*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, deuxième édition, 1951.

SAĞLAM (Fazıl), *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.

SALEM (Jean), *Introduction à la logique formelle et symbolique*, Paris, Nathan, 1987.

SARAÇ (Tahsin), *Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük*, İstanbul, Adam Yayınları, 1990,

SCHWARZ-RIEBERLANN VON WAHLENDORF (H.A.), *Eléments d’une introduction à la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1976.

- SEROZAN (Rona), “Anayasayı Değişirme Yetkisinin Sınırları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 37, Sayı 1-4, 1972, s.135-141.
- SOYSAL (Mümtaz), *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul, Gerçek Kitabevi, 4. Baskı, 1977.
- STRÖMHOLM (S.) ve VOGEL (H.-H.), *Le “réalisme scandinave” dans la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1975.
- SUDRE (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1989.
- SZABO (Nick), “Commentaires on Hermeneutics”, <http://www.best.com/~szabo/hermeneutics.html>. © 1996.
- ŞEMSEDDİN SAMİ (Ch.Samy-Bey Fraschery), *Kamus-u Fransevi (Dictionnaire Français-Turc)*, İstanbul, Mihran, İkinci Tahrir, 1310,
- TANİLLİ (Server), *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, İstanbul, Cem Yayınevi, İstanbul, 1976.
- TEBALDESCHI (Ivanhoe), “Validità ed efficacia della norma giuridica”, *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, Cilt 37, 1960, s.293-299.
- TEKİNAY (Selahattin Sulhi), *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *L'interprétation par le juge des règles écrites (Journées lousianaies)*, Paris, Economica, 1980.
- TROPER (Michel), “Justice constitutionnelle et démocratie”, *Revue française de droit constitutionnel*, Sayı 1, 1990, s.31-48.
- TROPER (Michel), “Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique”, *Revue internationale de philosophie*, 1981, s.518-529.
- TROPER (Michel), “La Constitution et ses représentations sous la Ve République”, *Pouvoirs*, Sayı 4, 1978, s.61-72.
- TROPER (Michel), “Le droit, la raison et la politique”, *Le Débat*, Sayı 64, 1991, s.186-192.
- TROPER (Michel), “Le positivisme comme théorie du droit”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (Ed.) *Le positivisme juridique*, Brüksel ve Paris, E. Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.273-286.
- TROPER (Michel), “Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité”, *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, s.133-151.
- TROPER (Michel), “Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen”, in Pierre Bouretz (Ed.), *La force du droit: panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, s.117-137.
- TROPER (Michel), “La Constitution de 1791 aujourd'hui”, *Revue française de droit constitutionnel*, Sayı 9, 1992. s.3-14.
- TROPER (Michel), “Norme (en théorie du droit)”, in André-Jean Arnaud (Ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2. Baskı, 1993, s.407.
- TROPER (Michel), *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. “Léviathan”, 1994.

- TURHAN (Mehmet), “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 32, Sayı 1-4, 1976, s.63-104.
- TÜRKCAPAR (Tahsin), “Anayasa Mahkemesinin Anayasada Yapılan Değişiklikleri Denetleme Yetkisi”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 1978, s.25-39.
- UMAR (Bilge), *Hukuk Başlangıcı*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.
- VANQUICKENBORNE (Marc), “Quelques réflexions sur la notion de validité”, *Archives de philosophie du droit*, 1968, s.185-194.
- VILLA (Vittoria), *La science du droit*, Çev. Odile ve Patrick Nerhot, Brüksel, Paris, Story-Scientia, L.G.D.J., 1991.
- VILLEY (Michel), “Modes classiques d’interprétation du droit”, *Archives de la philosophie du droit*, 1972, Cilt 17, s.71-88.
- VIRALLY (Michel), “Notes sur la validité du droit et son fondement”, in *Recueil d’études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, s.452-467.
- VIRALLY (Michel), “Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes”, *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Editions A. Pedone, 1964, s.487-505.
- VIRALLY (Michel), *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1961.
- VOCI (Pasquale), “Interpretazione: Diritto del romano”, in *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè editore, Cilt 22, s.239-247.
- WROBLEWSKI (Jerzy), “L’interprétation en droit: théorie et idéologie”, *Archives de la philosophie du droit*, Cilt 17, 1972, s.51-70.
- YAYLA (Yıldızhan), “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü”, *Hıfzı Timur’un Anısına Armağan*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayını, 1979, s.973-1040.
- YILDIRIM (Cemal), *Mantık: Doğru Düşünme Yöntemi*, Ankara, V Yayınları, 1987.
- ZEHRA (Muhammed Ebu), *İslam Hukuku Metodolojisi: Fıkıh Usûlü*, Çev. Abdülkadir Şener, Ankara, Fecr Yayınevi, 1994. ■

EK-1

HUKUKUN GENEL TEORİSİ

TERİMLERİ SÖZLÜĞÜ

(Türkçe-Fransızca)

Açıklama.- Başlıkta pratiklik bakımından “Fransızca” terimini kullanmışsak da, “Sözlük” te Türkçe terimlerin Fransızca değil, yer yer Latince, İtalyanca, İngilizce ve Almanca karşılıkları da verilmiştir. Sözlük, sadece bu kitapta geçen terimleri içerir. Girdinin sonundaki rakam veya rakamlar, o girdideki terimin bu kitapta geçtiği sayfa numarası veya numaralarını gösterir. Terim ile ilgili daha fazla açıklama ve örnek kullanım için ilgili girdi sonundaki sayfa numarasına veya numaralarına bakılabilir.

adalet: *justice*, 57
adem-i merkezi hukuk düzenleri: *ordres juridiques décentralisés*, 109
adem-i merkezîyet: *décentralisation*, 142
âdillik: *giustizia*, 56
âdillik: *justice*, 56
ahde vefa: *pacta sunt servanda*, 145
aksiyle kanıt: *argumentum a contrario*, 176
aksiyolojik bilinemezlik: *non-cognitivisme axiologique*, 15
aksiyolojik geçerlilik: *validité axiologique, validité axiologica*, 55
alakasız işlemler: *actes irrelevants*, 34
alıcı: *receiver*, 152
ampirik doğrulama: *vérification empirique*, 16
ampirik geçerlilik: *validité empirique*, 63
anlamsız, alakasız işlemler: *actes irrelevants*, 34
asgari ahlaki icaplar: *exigences morales minimales*, 80
asgari etkililik: *minimum d’efficacité*, 84, 85
asil koşul, kendisiyle olan koşul: *conditio per quam*, 86
bağımlı normlar: *normes non-indépendantes*, 49
belirsizlik: *imprécision*, 39
biçimsel geçerlilik: *validité formelle*, 72
bilimsel yorum: *interprétation scientifique*, 165
bilinemezlik ilkesi: *principe du non-cognitivisme*, 16, 17
bilme konusu: *objet de la connaissance*, 17, 19
birincil normlar: *normes primaires*, 50

bizatihi çelişki, kendi kendisine çelişkili: *contradictio in adjecto*, 115
bütünlük argümanı: *argumentum a completudine*, 181
büyükten küçüğe doğru akıl yürütme: *argumentum a maiori ad minus*, 179
büyükten küçüğe: *a maiori ad minus*, 180
cebir işlemi: *acte de contrainte*, 44, 140
cebir (zorlama, zecir): *contraint*, 42
çok ağır bir sakatlık: *une irrégularité extrêmement grave*, 104
daha az kötü: *moindre mal, smaller evil*, 179
dar anlamda geçerlilik: *validité stricto sensu*, 72
dar (daraltıcı) yorum: *interprétation restrictive*, 183
değer yargıları: *jugements de valeur*, 16
değerlerin bilinemezliği ilkesi: *principe du non-cognitivisme des valeurs*, 16
değerlerin göreceliliği tezi: *thèse du relativisme des valeurs*, 15
deruni geçerlilik: *validité intrinseca*, 56
devr-i batıl, fasit daire, kısır döngü safsatası: *pétition de principe, petitio principii*, 133
deyimsel yorum: *interprétation littérale*, 166
dinlenemezlik, adem-i mesmuyet (davanın): *irrecevabilité*, 107
doğrudan doğruya geçerlilik: *validité tout court*, 72
doğrulama ilkesi: *principe de vérification*, 69
doktrin yorumu: *interprétation doctrinale*, 165

doktrinın otoritesine başvuran yorum:

argumentum ab auctoritate veya
argumentum auctoritatis, 182

efektif geçerlilik: *validité effective*, 63

efektiflik: *effectivité*, 64

ehven-i serr: *smaller evil*, 179

eksik hukuk, müeyyidesiz normlar: *lex imperfecta*;, 47

eksik hukuk: *droit imparfait*, 48

emir: *ordre*, 39

emsal argümanı: *argumentum ab exemplo*,
182

eş-kanun koyucu: *co-législateur*, 198

etkili: *efficace*, 64

etkililik ikilemi: *dilemme de l'efficacité*, 71

etkililik: *efficacité*, 63

evleviyet, öncelik: *argumentum a fortiori*, 178

evleviyetle: *à plus forte raison*, 179

fasit daire: *pétition de principe, petitio principii*, 133

fiili durum: *situation de fait*, 172

geçerlilik temeli: *fondement de la validité*, 73

geçerlilik: *validité, validity, validità, Geltung*,
53-54, 72

geçersizleştirme: *invalidation*, 108

geçersizlik: *invalidité, non-validité*, 54, 101-
122

geçici geçerliliği: *validité provisoire*, 113

geçmişe etkili iptal: *annulation rétroactive*,
110

genel hukuk doktrini: *Allgemeine Rechtslehre*, 6

genel inanç (örf ve âdetin unsuru): *opinio iuris, opinio necessitatis*, 125, 129

genellik argümanı: *argumentum a generali sensu*, 182

geniş yorum: *interprétation large*, 183

gerçek kurallar: *real rules*, 68

gerçek yargısal anlamı: *true judicial meaning*,
183

görecelilik: *relativisme*, 16

gramatikall yorum: *interprétation grammaticale*, 166

güçlükler: *contraintes*, 200

haklı savaş: *bellum justum*, 142

hâmil, *instrumentum, support*, 26

hazırlık çalışmaları: *travaux préparatoires*,
168

hermenötik: *herméneutique, hermeneutics*, 154

hukuk bilim adamlarının ortak kanısı:
communis opinio doctorum, 182

hukuk hermenötüğü: *legal hermeneutics*, 154

hukuk yaratıcı olay: *fait créateur de droit*,
131, 146

hukuken anlamsız normlar: *normes juridiquement irrelevantes*, 48

hukuki anayasa anlayışı: *conception juridique de la constitution*, 200

hukukilik: *juridicité*, 41

hukukun genel teorisi: *Allgemeine Rechtslehre, general theory of law, théorie générale du droit, teoria generale del diritto*, 4-6

Hume kanunu: *Hume's law*, 15

ideal geçerlilik: *validité ideale*, 55

ikincil normlar: *normes secondaires*, 50

ilmi tefsir: *interprétation scientifique*, 165

indirgeyici yorum: *interprétation réductrice*,
184

iptal edilebilir: *annulable*, 109, 110

iptal edilebilirlik: *annulabilité*, 106, 110

iptal: *annulation*, 106

irade işlemi: *acte de volonté*, 191

işaretin dil-dışı karşılığı: *designatum*, 153

izin: *permission*, 39

kabul edilebilirlik: *acceptabilité*, 80

kağıt üzerindeki kurallar: *paper rules*, 68

kanunun amacı: *ratio legis*, 171

kanunun ortak yapıcısı: *co-auteur de la loi*,
198

kavramcı yorum metodu:

Begriffsjurisprudenz, jurisprudence de concepts, 170

kenar başlıkları argümanı: *argumentum a rubrica*, 182

kesin geçerlilik: *validité définitive*, 113

kısır döngü: *pétition de principe, petitio principii*, 133

kıyas: *analogia, argumentum a pari, argumentum a simili ad simile, argumentum per analogiam*, 172

kitaplardaki hukuk: *law in books*, 67

klasik yorum teorisi: *théorie classique de l'interprétation*, 161-184

konulmuş normlar: *normes posées*, 73

konulmuş normların geçerliliğini: *validité des normes posées*, 73

konuya ilişkin argüman: *argumentum pro subjecta materia*, 168

kullanan: *user*, 152

kuşku (temel normun niteliği): *fiction*, 77

küçükten büyüğe doğru akıl yürütme: *argumentum a minori ad maius*, 180
lafzi yorum metodu: *interprétation littérale*, 166
maddi geçerlilik: *validité materiale*, 63
maddi varlık: *existence matérielle*, 25-27, 106, 108, 138
maddi yokluk: *inexistence matérielle*, 107
mantıkçı pozitivism: *logical positivism*, 8
mantiki yorum: *interprétation logique*, 169
meffhum-u muhalefet: *argumentum a contrario*, 176
mekanist anlayışa anlayışı: *conception mécaniste de la constitution*, 200
menfaatler içtihadı: *Interessenjurisprudenz, jurisprudence de la 'balance des intérêts'*, 170
mer'iyet, yürürlük: *vigueur*, 54
merkezleşmiş hukuk düzenleri: *ordres juridiques centralisés*, 109
metanormlar: *métanormes*, 50
metrukiyet: *désuétude, desuetudo*, 53, 85, 91
müeyyide yaptırım: *sanction*, 42
negatif örf ve âdet: *coutume négative*, 85, 134
norm kıyası: *norm analogy*, 175
norm: *norma*, 27
normatiflik: *normativité*, 27
normların özgül varlığı: *existence spécifique des normes*, 72
olan: *Sein*, 37
olgusal geçerlilik: *validité fattuale*, 63
olgusal yargılar: *jugements de fait*, 16
olması gereken: *Sollen*, 37, 38
olmazsa olmaz koşul, ek koşul: *conditio sine qua non*, 86
ortak iyilik: *bien commun*, 57
ortak yapıcısı (işlemin): *co-auteur de l'acte*, 198
otantik yorum: *interprétation authentique*, 162, 192
otorite argümanı: *argumentum ab auctoritate* veya *argumentum auctoritatis*, 182
ön varsayım: *présupposé*, 76
önerme: *proposition*, 27
özgül anlam: *signification spécifique*, 37
özgül varlık: *existence spécifique*, 73
pozitif normlar: *normes positives*, 73
pozitivist-benzeri: *quasi-positiviste*, 76
realist yorum teorisi: *théorie réaliste de l'interprétation*, 185-213
saçma sonuçların dışlanması argümanı: *argument apagogique*, 181

saf: *reine, pure*, 15, 21
semiyotik bir işaretin dil-dışı karşılığı: *designatum*, 153
sınırlayıcı sayma: *énumération limitative*, 176
sistematik argüman: *argument systématique*, 182
sistematik yorum: *interprétation systématique*, 169
sistemsel geçerlilik: *validité systématique*, 72
somut taşıyan: *instrumentum, support*, 26
tabii safsata: *naturalistic fallacy*, 17
tanıma bilme işlemi: *acte de connaissance*, 191
tarihçi hukuk okulu (Alman): *Historische Rechtschule*, 170
tarihi yorum: *interprétation historique*, 167
tasarruf argümanı: *argument économique*, 182
temel norm: *Grundnorm*, 73-75
teşrii tefsir: *interprétation législative*, 162
uygulamadaki hukuk: *law in action*, 67
uyum argümanı: *argumentum a coherentia*, 181
üst norm: *norm supérieure*, 74
üyelik, normların bir hukuk düzenine aidiyeti: *membership*, 72
vak'a kıyası: *case analogy*, 175
varlık nedeni: *raison d'être*, 173
verici: *sender*, 152
Viyana Çevresi: *Wiener Kreiss*, 7
yapıcısı (işlemin): *auteur de l'acte*, 198
yaptırım: *sanction*, 42
yargı yorumu, *interprétation judiciaire*, 164
yargıç yapısı hukuk: *judge-made law*, 191
yasama yorumu usulü: *référé législatif*, 163
yasama yorumu: *interprétation législative*, 162
yaşayan hukuk: *living law*, 68
yetkilendirme: *habilitation*, 39
yok hükmünde: *nul et de nul effet, nul et non avenue*, 104, 106, 110
yokluğun tespiti davası: *recours en déclaration de l'inexistence, recours en constatation de nullité*, 106
yokluk: *inexistence*, 106
yöntem bağdaştırmacılığı: *syncrétisme*, 22
yükümlülükler: *obligations*, 200
yürürlük: *être en vigueur*, 54
zorlama düzeni: *ordre de contrainte*, 140 ■

EK-2

HUKUKUN GENEL TEORİSİ

TERİMLERİ SÖZLÜĞÜ

(Fransızca-Türkçe)

Açıklama.- Başlıkta pratiklik bakımından “Fransızca” terimini kullanmışsak da, “Sözlük”te sadece Fransızca değil, yer yer Latince, İtalyanca, İngilizce ve Almanca terimler de verilmiştir. Sözlük, sadece bu kitapta geçen terimleri içerir. Girdinin sonundaki rakam veya rakamlar, o girdideki terimin bu kitapta geçtiği sayfa numarası veya numaralarını gösterir. Terim ile ilgili daha fazla açıklama ve örnek kullanım için ilgili girdi sonundaki sayfa numarasına veya numaralarına bakılabilir.

à plus forte raison: evleviyetle, 179
acceptabilité: kabul edilebilirlik, 80
acte de connaissance: tanıma bilme işlemi, 191
acte de contrainte: cebir işlemi, 44, 140
acte de volonté: irade işlemi, 191
actes irrelevants: anlamsız, alakasız işlemler, 34
Allgemeine Rechtslehre: genel hukuk doktrini, 6
Allgemeine Rechtstheorie: hukukun genel teorisi, 6
analogia: kıyas, 172
annulabilité: iptal edilebilirlik, 106, 110
annulable: iptal edilebilir, 109, 110
annulation rétroactive: geçmişe etkili iptali, 110
annulation: iptal, 106
argument apagogique: saçma sonuçların dışlanması argümanı, 181
argument économique: tasarruf argümanı, 182
argument systématique: sistematik argüman, 182
argumentum a coherentia: uyum argümanı, 181
argumentum a completudine: bütünlük argümanı, 181
argumentum a contrario: aksiyle kanıt, mefhum-u muhalefet, 176
argumentum a fortiori: evleviyet, öncelik, 178
argumentum a generali sensu: genellik argümanı, 182
argumentum a maiori ad minus: büyükten küçüğe doğru akıl yürütme, 179

argumentum a pari: kıyas, 172
argumentum a rubrica: kenar başlıkları argümanı, 182
argumentum a simili ad simile: kıyas, 172
argumentum ab auctoritate veya *argumentum auctoritatis:* otorite argümanı veya doktrinin otoritesine başvuran yorum, 182
argumentum ab exemplo: emsal argümanı, 182
argumentum per analogiam: kıyas, 172
argumentum pro subjecta materia: konuya ilişkin argüman, 168
auteur ou co-auteur: yapıcısı veya ortak yapıcısı, 198
begriffsjurisprudenz: kavramcı yorum metodu, 170
bellum justum: haklı savaş, 142
bien commun: ortak iyilik, 57
normes primaires: birincil normler, 50
case analogy: vak’a kıyası, 175
co-auteur de la loi: kanunun ortak yapıcısı, 198
co-législateur: eş-kanun koyucu, 198
communis opinio doctorum: hukuk bilim adamlarının ortak kanısı, 182
conception juridique de la constitution: hukuki anayasa anlayışı, 200
conception mécaniste de la constitution: mekanist anayasa anlayışı, 200
conditio sine qua non: olmazsa olmaz koşul, ek koşul, 86
conditio per quam: asıl koşul, kendisiyle olan koşul, 86
contradictio in adjecto: bizatihi çelişki kendi kendisine çelişkili, 115

contraint: cebir, zorlama, zecir, 42
contraintes: güçlükler, 200
coutume négative: negatif örf ve âdet, 85, 134
décentralisation: adem-i merkezîyet, 142
designatum: bir işaretin dil-dışı karşılığı, 153
désuétude: metrukiyet, 53, 85, 91
desuetudo: metrukiyet, 53, 85, 91
dilemme de l'efficacité: etkililik ikilemi, 71
droit imparfait: eksik hukuk, 48
effectivité: efektiflik, 64
efficace: etkili, 64
efficacité: etkililik, 63
énumération limitative: sınırlayıcı sayma, 176
être en vigueur: yürürlük, 54
exigences morales minimales: asgari ahlaki icaplar, 80
existence matérielle: maddi varlık, 25-27, 106, 108, 138
existence spécifique des normes: normların özgül varlığı, 72
existence spécifique: özgül varlık, 73
fait créateur de droit: hukuk yaratıcı olay, 131, 166
fiction: kurgu (temel norm), 77
fondement de la validité: geçerlilik temeli, 73
Geltung: geçerlilik, 72
general theory of law: hukukun genel teorisi, 6
giustizia: âdillik, 56
Grundnorm: temel norm, 73-75
habilitation: yetkilendirme, 39
support: hâmil, somut taşıyan, , 26
hermeneutics: hermenötik, 154
herméneutique: hermenötik, 154
Historische Rechtschule: tarihçi hukuk okulu, 170
Hume's law: Hume kanunu, 15
imprécision: belirsizlik, 39
inclusionem unius fit exclusio alterius, 176
inexistence matérielle: maddi yokluk, 107
inexistence: yokluk, 106
instrumentum: somut taşıyan, hamil, 26
interessenjurisprudenz: menfaatler içtihadı, 170
interprétation authentique: otantik yorum, 162, 192
interprétation doctrinale: doktrin yorumu, 165
interprétation grammaticale: gramatikal yorum, 166
interprétation historique: tarihi yorum, 167
interprétation judiciaire: yargı yorumu, 164
interprétation large: geniş yorum, 183

interprétation législative: yasama yorumu, 162
interprétation littérale: lafzi yorum, deyimisel yorum, 166
interprétation logique: mantiki yorum, 169
interprétation réductrice: indirgeyici yorum, 184
interprétation restrictive: dar yorum, 183
interprétation scientifique: bilimsel yorum, ilmi tefsir 165
interprétation systématique: sistematik yorum, 169
invalidation: geçersizleştirme, 108
invalidité: geçersizlik, 54, 101-122
irrecevabilité: dinlenemezlik, adem-i mesmûiyet (davanın), 107
irrégularité extremement grave: çok ağır bir sakatlık, 104
judge-made law: yargıç yapısı hukuk, 191
jugements de fait: olgusal yargılar, 16
jugements de valeur: değer yargıları, 16
juridicité: hukukilik, 41
jurisprudence de concepts: kavramcı yorum metodu, 170
jurisprudence de la 'balance des intérêts': menfaatler içtihadı, 170
justice: adalet, adillik, 56, 57
küçükten büyüğe doğru akıl yürütme: *argumentum a minori ad maius*, 180
law in action: uygulamadaki hukuk, 67
law in books: kitaplardaki hukuk, 67
legal hermeneutics: hukuk hermenötüğü, 154
lex imperfecta: eksik hukuk, müeyyidesiz normlar, 47
living law: yaşayan hukuk, 68
logical positivism: mantıkçı pozitivizm, 8
maiori ad minus: büyükten küçüğe, 180
membership: üyelik, normların bir hukuk düzenine aidiyeti, 72
métanormes: metanormlar, 50
minimum d'efficacité: asgari etkililik, 84, 85
minori ad maius: küçükten büyüğe, 180
moindre mal: daha az kötü, ehven-i şerr, 179
naturalistic fallacy: tabii safсата, 17
non-cognitivism axiologique: aksiyolojik bilinemezcilik, 15
non-validité: geçersizlik, 54, 101-122
norm analogy: norm kıyası, 175
norm supérieure: üst norm, 74
norma: norm, 27
normativité: normatiflik, 27

normes juridiquement irrelevantes: hukuken anlamsız normlar, 48
normes non-indépendantes: bağımlı normlar, 49
normes posées: konulmuş normlar, 73
normes positives: pozitif normlar, 73
normes secondaires: ikincil normlar, 50
nul et de nul effet: yok hükmünde, 104, 106,
nul et non avenue: yok hükmünde, 104, 110
objet de la connaissance: bilme konusu, 17, 19
obligations: yükümlülükler, 200
opinio iuris: genel inanç, hukukilik inancı, 125, 129
opinio necessitatis: genel inanç, hukukilik inancı, 125, 129
ordre de contrainte: zorlama düzeni, 140
ordre: emir, 39
ordres juridiques centralisés: merkezileşmiş hukuk düzenleri, 109
ordres juridiques décentralisés: adem-i merkezi hukuk düzenleri, 109
pacta sunt seroanda: ahde vefa, 145
paper rules: kağıt üzerindeki kurallar, 68
permission: izin, 39
petitio principii: devr-i batıl, fasit daire, kısır döngü safsatası, 133
petition de principe: devr-i batıl, fasit daire, kısır döngü safsatası, 133
présupposé: ön varsayım, 76
principe de verification: doğrulama ilkesi, 69
principe du non-cognitivism des valeurs: değerlerin bilinemezliği ilkesi, 16
principe du non-cognitivism: bilinemezlik ilkesi, 16, 17
proposition: önerme, 27
quasi-positiviste: pozitivist-benzeri, 76
raison d'être: varlık nedeni, 173
ratio legis: kanunun amacı, 171
real rules: gerçek kurallar, 68
receiver: alıcı, 152
recours en constatation de nullité: yokluğun tespiti davası, 106
recours en déclaration de l'inexistence: yokluğun tespiti davası, 106
référé législatif: yasama yorumu usulü, 163
reine: saf, pure, 15, 21
relativisme: görecelilik, 16
sanction: müeyyide, yaptırım, 42
Sein: olan, 37
sender: verici, 152
signification spécifique: özgül anlam, 37

situation de fait: fiili durum, 172
smaller evil: daha az kötü, ehven-i şerr, 179
Sollen: olması gereken, 37, 38
syncrétisme: yöntem bağdaştırmacılığı, 22
teoria generale del diritto: hukukun genel teorisi, 6
théorie classique de l'interprétation: klasik yorum teorisi, 161-184
théorie générale du droit: hukukun genel teorisi, 4, 6
théorie réaliste de l'interprétation: realist yorum teorisi, 185-213
thèse du relativisme des valeurs: değerlerin göreceliliği tezi, 15
travaux préparatoires: hazırlık çalışmaları, 168
true judicial meaning: gerçek yargısal anlamı, 183
user: kullanan, 152
validité axiologique: aksiyolojik geçerlilik, 55
validité fattuale: olgusal geçerlilik, 63
validité ideale: ideal geçerlilik, 55
validité intrinseca: deruni geçerlilik, 56
validité materiale: maddi geçerlilik, 63
validité: geçerlilik, 54
validité axiologique: aksiyolojik geçerlilik, 55
validité définitive: kesin geçerlilik, 113
validité des normes posées: konulmuş normların geçerliliğini, 73
validité effective: efektif geçerlilik, 63
validité empirique: ampirik geçerlilik, 63
validité formelle: biçimsel geçerlilik, 72
validité provisoire: geçici geçerliliği, 113
validité stricto sensu: dar anlamda geçerlilik, 72
validité systémique: sistemsel geçerlilik, 72, 80
validité tout court: doğrudan doğruya geçerlilik, 72
validité: geçerlilik, 53
validity: geçerlilik, 53
vérification empirique: ampirik doğrulama, 16
vigreur: mer'iyet yürürlük, 54
Wiener Kreis: Viyana Çevresi, 7 ■

DİZİN

---A---

Aarnio, Aulis, 71, 80, 168, 175, 178
adalet (*justice*), 57
adalet-geçerlilik, 58
adem-i merkezi hukuk düzenleri (*ordres juridiques décentralisés*), 109
adem-i merkeziyet (*décentralisation*) (uluslararası hukuk), 142, 147
âdil olan ile âdil olmayanı ayıran, 59
âdil olanı belirleme görevi, 61
âdil olmayan kanun, kanun değildir, 58
âdillik (*justice, giustizia*) kriteri, 56
Aguila, Yann, 35
ahde vefa (*pacta sunt servanda*), 145
ahlaki değerler, 62
aidiyet kriteri, 43
-örf ve âdet, 129
Akbay, Muvaffak, 54
Akipek, Ö. İlhan, 54, 64
aksiyle kanıt (*argumentum a contrario*), 176
aksiyolojik bilinemezlik (*non-cognitivisme axiologique*), 15
aksiyolojik geçerlilik (*validité axiologique*), 55
Alexy, Robert, 173, 177
alıcı (*receiver*), 152
Allgemeine Rechtslehre, 6
Allgemeine Rechtstheorie, 6
Alman tarihçi hukuk okulu (*Historische Rechtschule*), 170
alternatif normlar, 188
Amerikan hukuki realizmi, 67
Amerikan realistleri, 191
amirsiz emir yoktur, 37
ampirik geçerlilik (*validité empirique*), 63
ampirik doğrulama (*vérification empirique*), 16
Amselek, Paul, 42,93
anayasa mahkemesinin yorumu, 203
anayasa yargısının meşruluğu sorunu, 199

anayasaya aykırı kanunların geçerliliği sorunu, 115
anlama, 151
anlamsız işlemler (*actes irrelevants*), 34
Anzilotti, Dionisio, 145
Archives de la philosophie du droit, 11
argumentum a generali sensu (genellik argümanı), 182
argumentum a maiori ad minus (büyükten küçüğe doğru akıl yürütme), 179
argumentum a minori ad maius (küçükten büyüğe doğru akıl yürütme), 180
argumentum ab exemplo (emsal argümanı), 182
argumentum pro subjecta materia (konuya ilişkin argüman), 168
argumentum a completudine (bütünlük argümanı), 181
argumentum a coherentia (uyum argümanı), 181
argumentum a rubrica (kenar başlıkları argümanı), 182
argumentum auctoritatis (otorite argümanı), 182
Aristo (kölelik üzerine), 63
Arsal, Sadri Maksudi, 4
asgari ahlaki icaplar (*exigences morales minimales*), 80
asgari etkililik (*minimum d'efficacité*), 84
Augustinus, Aziz, 46, 58
---B---
bağımlı normlar (*normes non-indépendantes*), 49
Bangor Piskoposu Benjamin Hoadly, 191
Batuhan, Hüseyin, 27
belirsizlik (*imprécision*) (metnin), 39
bellum justum (haklı savaş), 142
Benditt, Theodore M., 71
Bentham, Jeremy, 62
Bergel, Jean-Louis, 10
beşeri davranış, 31
beşeri irade, 36

biçimsel geçerlilik (*validité formelle*), 72

biçimsellik-hukukun genel teorisinin, 12
biçimsel geçerlilik ile etkililik arasında
bağıntı, 83

bildirmeli önermeler, 29

bilim anlayışı-pozitivist teori, 19

bilim dilinde, 28

bilim ile bilimin konusu, 20

bilim, kendisine yabancı unsurlardan
arınmalıdır, 21

bilimin görevi konusunu sadece
tanımaktır, 21

bilimin konusu, 19

bilimsel yorum (*interprétation scientifique*), 165

bilinemezlik ilkesi (*principe du non-cognitivism*), 16, 17

bilme (*cognitif*) alanı, 19

bilme konusu (*objet de la connaissance*),
17, 19

birincil normlar (*normes primaires*), 50

birincil ve ikincil normlar ayrımı, 50

birleştirilmiş bilim dili, 8

Bobbio, Norberto, 63

butlan, 54

Bühler, Karl, 28

bütünlük argümanı (*argumentum a completudine*), 181

---C-Ç---

Carbonnier, Jean, 92, 93

cebir (zorlama, zecir, *contraint*), 42

cebir düzeni, 44

cebir işlemi (*acte de contrainte*), 44, 140

Ceza Normu-Hafizoğulları'nın kitabı, 4

Cohen, Felix S., 67

communis opinio doctorum (hukuk bilim
adamlarının ortak kanısı), 182

conditio per quam, 86

conditio sine qua non, 86

contradictio in adjecto, 115

cumhuriyet kelimesinin yorumu, 206

çete örgütü, çete-devlet, 45-46

çoban köpeğinin havlayarak koyunlara
verdiği emir, 33

çok ağır bir sakatlık (*une irrégularité
extremement grave*), 104

---D---

Dabin, Jean, 47

daha az kötü (ehven-i şerr, *moindre mal,
smaller evil*), 179

dar anlamda geçerlilik (*validité stricto
sensu*), 72

dar anlamda yorum, 151

dar yorum (*interprétation restrictive*), 183
De civitate Dei (Augustinus'un Kitabı), 46

değer yargıları (*jugements de valeur*), 16

değerler alanında görecelik tezi, 16

değerler alanında yokluk tezi, 16

değerlerin bilinemezliği ilkesi (*principe
du non-cognitivism des valeurs*), 16

değerlerin göreceliği (*relativisme des
valeurs*), 15

değerlerin inkarı, 17

deontik geçerlilik, 55

deruni geçerlilik (*validità intrinseca*), 56
designatum, 153

devr-i batıl (fasit daire, *pétition de
principe, petitio principii*), 133

deyimsel yorum (*interprétation
littérale*), 166

dilin belirtme görevi, 28

dilin üç ayrı görevi, 28

dilin yaptırma görevi, 28

dinlenemezlik (*irrecevabilité*), 107

doğrulama ilkesi (*principe de verification*), 69

doktrin yorumu (*interprétation doctrinale*),
165

Duguit, Léon, 8

---E-F---

efektif geçerlilik (*validité effective*), 63

efektiflik (*effectivité*), 64

eksik hukuk (*droit imparfait*), 48

emir (*ordre*), 39

emir tekrarı, 156

emirler, 29

enumeration, 25

eş-kanun koyucu (*co-législateur*), 198

etkili (*efficace*), 64

etkililik (*efficacité*), 63

etkililik ikilemi (*dilemme de l'efficacité*), 71

etkililik oranı, 95

etkililik-efektiflik, 64

etkinlik-etkililik, 63
 evleviyet, öncelik (*argumentum a fortiori*), 178
 evleviyetle (*à plus forte raison*), 179
 fasit daire (*pétition de principe, petitio principii*), 133
 felsefi yaklaşım (hukuka), 1
 fenomenolojik sorun, 66
 fiili durum (*situation de fait*), 172
 finalist unsur, 58
 fizik-ötesi, 14
 formalist hukuk, 67
 formel teori, 12
 Frankena, William K., 16
---G---
 geçerlik-geçerlilik (terim), 54
geçerliliğin asıl (*per quam*) koşulu, 89
geçerliliğin ek koşulları, 89
geçerliliğin ön koşulları, 25-52
 geçerliliğinin *per quam* koşulu, 89
 geçerlilik (*geltung*), 72
 geçerlilik (*validité, validity*) kelimesi, 53
geçerlilik koşullarına aykırılığın müeyyideleri, 101-122
geçerlilik koşullarına aykırılığın sonuçları, 101-122
 geçerlilik temeli (*fondement de la validité*), 73
 geçerlilik-adalet, adil olma, 58
geçersizlik, 54, 101-122
 geçersizleştirme (*invalidation*), 108
 geçici geçerlilik (*validité provisoire*), 113
 geçmişe etkili iptali (*annulation rétroactive*), 110
 geleneksel doktrinde çatışmanın sonuçları, 102
 genel inanç (*opinio iuris, opinio necessitatis*), 125, 129
general theory of law, 6
 geniş anlamda yorum terimi, 151
 geniş yorum (*interprétation large*), 183
 gerçek kanun koyucu, 190
 gerçek kurallar (*real rules*), 68
 gerçek yargısal anlamı (*true judicial meaning*), 183
 gerekli koşuldur, 52

global hukuk düzeninin etkililiği, 90

-örf ve âdet için, 134
 -uluslararası hukuk için, 147
 görecelilik (*relativisme*), 16
 gramatikal yorum (*interprétation grammaticale*), 166
 Gray, John Chipman, 191
 Gridel, Jean-Pierre, 176
grosso modo etkililik, 147
grosso modo müeyyidelendirilme, 48
Grundnorm, 74
 Guastini, Riccardo, 72
 güçlükler (*contraintes*), 200
 günlük hayattan örnekler (yorum konusunda), 154
 Güriz, Adnan, 167
---H-İ---
 Hafızoğulları, Zeki, 4, 5, 12, 30, 54, 61, 63
 Hafızoğulları, Zeki, *Ceza Normu*, 4
 haklı savaş (*bellum justum*), 142
 hayvanlara kötü muamele, 32
 hayvanlara verdiği emirler, 32
 hayvanların cezalandırılması, 31
 hazırlık çalışmaları (*travaux préparatoires*), 168
 Heck, Philipp, 170
 Héraud, Guy, 48
 hermenötik (*herméneutique*), 154
 hipotez, 75
 Hoadly, Benjamin (Bangor Piskoposu), 191
 hukuk bilimi "saf (*pure*)" olmalı, 15
 hukuk bilimi önermeleri, 30
 hukuk dogmatigi, 2
 hukuk düzenine aidiyeti, 43
 hukuk felsefesi, 2, 10
 hukuk hermenötigi (*legal hermeneutics*), 154
 hukuk normunun konusu insandır, 33
 hukuk normu-önerme olarak, 30
 hukuk olgusuna değişik yaklaşım olanakları, 1
 hukuk olgusunun özü, 2
 hukuk sosyolojisi, 2
 hukuk yaratıcı olay (*fait créateur de droit*), 131, 146

hukuken anlamsız normlar (*normes juridiquement irrelevantes*), 48
 hukuk-hukuk bilimi farkı, 15
 hukuki açıdan, 2
 hukuki anayasa anlayışı (*conception juridique de la constitution*), 200

hukuki realizm akımı, 63

hukukilik (*juridicité*), 41

hukukilik-örf ve âdet, 129

hukukilik-uluslararası hukuk, 139

hukukun genel teorisi, 2-12

- amaçları, 9
- biçimselliği, 12
- çalışmalarının gelişimi
 - Batıda, 6
 - Türkiye'de, 3
- genelliği, 9
- hukuk felsefesi ayrımı, 10
- inceleme konuları, 9
- tanımı, 8

hukukun pozitivist genel teorisi, 14

Hume kanunu (*Hume's law*), 15

hükümetin cumhuriyetçi biçimi, 39

hükümsüzlük, 54

ideal geçerlilik (*validità ideale*), 55

ikincil normlar (*normes secondaires*), 50

ilkel toplumdan uygar topluma geçiş, 149

ilmi tefsir (*interprétation scientifique*), 165

inclusioe unius fit exclusio alterus, 176

indirgeyici yorum (*interprétation réductrice*), 184

instrumentum, 26

interpretatio cessat in claris, 187

iptal (*annulation*), 106

iptal edilebilir (*annulable*), 109, 110

iptal edilebilirlik (*annulabilité*), 106

irade işlemleri (*acte de volonté*), 191

İskandinav realizmi, 68

işaretin dil-dışı karşılığı (*designatum*), 153

iyi-kötünün ölçüleri, 14

izin (*permission*), 39

---K-L---

kabul edilebilirlik (*acceptabilité*), 80

kağıt üzerindeki kurallar (*paper rules*), 68

Kalinowski, Georges, 168, 173, 177, 180

kamu hukuku müeyyideleri, 104

kanunların anayasaya uygunluğu denetlenebilir mi, 118

kanunun amacı (*ratio legis*), 171

kanunun metni, 186

kanunun ortak yapıcısı (*co-auteur de la loi*), 198

kavramcı yorum metodu

(*Begriffsjurisprudenz*), 170

kavramların belirsizliği, 39

Kelsen, Hans, 8, 11, 17-21, 31, 34, 36-37, 43, 48, 51, 62, 72-77, 83, 84, 86, 92, 93

-aidiyet kriteri üzerine, 43

-anayasa yargısı üzerine, 115-116

-geçerlilik kavramı üzerine, 71-72

-geçersizlik, müeyyide, yargısal denetim üzerine, 109-112

-görecelilik tezi üzerine, 17

-hukuk felsefesi üzerine, 11

-hukukilik üzerine, 44

-metrukiyet üzerine, 134

-minimum etkililik üzerine, 83-85, 91-94

-müeyyidesiz hukuk normları üzerine, 48

-normun konusu üzerine, 31-32

-normun koyucusu üzerine, 36-37

-otantik yorum üzerine, 192

-örf ve âdet üzerine, 132

-safılık üzerine, 21

-tabîi hukuk teorisi üzerine, 60

-temel normun geçerliliği üzerine, 74-77

-uluslararası hukuk üzerine, 141, 149

-Viyana Çevresi, 8

-yorum metotları üzerine, 190

kesin geçerliliği (*validité définitive*), 113

kıyas (*analogia, argumentum a pari, argumentum a simili ad simile,*

argumentum per analogiam), 172

kıyas yasağı-Türk Ceza Kanunu, 175

kıyas-Türk Borçlar Kanunu, 175

Kitab-ı Mukaddes, 31

kitaplardaki hukuk (*law in books*), 67

klasik yorum teorisi (*théorie classique de l'interprétation*), 161-184

konulmuş normlar (*normes posées*), 73

konulmuş normların geçerliliğini (*validité des normes posées*), 73

kullanan (*user*), 152

kurgu (*fiction*) (temel norm), 77
 lafzi yorum metodu (*interprétation littérale*), 166
lex imperfecta, 47
 Llewellyn, Karl N., 68
---M-N---
maddî geçerlilik (*validità materiale*), 63
maddî varlık (*existence matérielle*), 25-27, 106, 108, 138
 maddî yokluk (*inexistence matérielle*), 107
 mahkemeler tarafından konulan normların geçerliliği, 113
maiori ad minus, 180
 mantık kuralları, 172
 mantıkçı pozitivism (*logical positivism*), 8
 mantiki yorum (*interpretation logique*), 169
Marbury v. Madison kararı (ABD Yüksek Mahkemesi), 115
 Marshall, John, 116
 mefhum-u muhalefet (*argumentum a contrario*), 176
mekanist anayasa anlayışı (*conception mécaniste de la constitution*), 200
membership, 72
 memursuz emir yoktur, 37
 menfaatler içtihadı (*Interessenjurisprudenz*), 170
 mer'iyet, yürürlük (*vigueur*), 54
 merkezileşmiş hukuk düzenleri (*ordres juridiques centralisés*), 109
 meta-etik görecelilik, 16
 metanormlar (*métanormes*), 50
 metinler kendi kendilerini yorumlayamazlar, 188
metrukiyet (*désuétude, desuetudo*), 53, 85, 91
minimum etkililik, 91-97
 -kavramının belirsizliği, 92
 -örf ve âdet hukukunun, 134
 -uluslararası hukukunun, 147
minori ad maius yolu, 180
 misilleme, 142
 Montesquieu, 161
 Moore, George Edward, 17
 muteberlik, 54
 mutlak butlan, 103

mutlak değerler, 62
 müessiriyet, 64
 müeyyide (*yapturum, sanction*), 42
 müeyyide kriteri, 42
müeyyideler (geçerlilik koşullarına aykırılığın), 101-122
müeyyidesiz hukuk normları sorunu, 47
 negatif örf ve âdet (*coutume négative*), 85, 134
 nispi butlan, 104
non esse lex quae justa non ferit (âdil olmayan kanun, kanun değildir), 58
 norm kelimesi, 27
 norm kıyası (*norm analogy*), 175
 norm, üst norma aykırı ise, 108
norma, 27
 normatif dil, 28
 normatif düzenin hukukiliğinin kriteri, 44
 normatif görecelilik, 16
normatiflik (*normativité*), 27
 -örf ve âdet hukukunda, 127
 -uluslararası hukukta, 138
 normların bağlayıcı olduğu inancı, 70
 normların özgül varlığı (*existence spécifique des normes*), 72
 normun hukukiliği, 40
 normun hukukiliğinin kriteri, 41
 normun konusu, 31
 normun koyucusu, 36
 normun minimum etkililiği, 91
 normun tanımı, 27
---O-Ö---
 objektivist aksiyoloji, 15
 olan (*Sein*), 37
 olgusal geçerlilik (*validità fattuale*), 63
 olgusal yargılar (*jugements de fait*), 16
 olması gereken (*Sollen*), 31, 38
 Opalek, Kazimierz, 17
 ortak iyilik (*bien commun*), 57
 ortak yapıcı (*co-auteur*), 198
 Ost, François, 55
otantik yorum (*interprétation authentique*), 162, 192
 oyun kuralları, 201
 öğüt ve dilekler, 29
ön koşullar (geçerliliğin), 25-52

-örf ve âdetin geçerliliğinin, 126
-uluslararası hukukun geçerliliğinin, 137
ön varsayım (*présupposé*), 76
önerme (*proposition*), 27

örf ve âdet hukukunun geçerliliği sorunu, 123-136

-hukukiliği, 129
-*instrumentum*, 126
-maddî varlık, 126
-minimum etkililiği, 134
-normatifiklik, 127
-ön koşullar, 126
-*per quam* koşul, 130
-*sine qua non* koşulu, 133

özel hukuk müeyyideleri, 103

özgül anlam (*signification spécifique*), 37
özgül varlık (*existence spécifique*), 73

---P-R---

Pasquier, Claude du, 170
Peczenik, Alexander, 25

***per quam* koşul (geçerliliğin), 89**

-örf ve âdetin, 126, 130
-uluslararası hukukun, 145

Perelman, Chaïm, 168, 180, 181

Perrin, Jean-François, 43, 47, 64

post-pozitivistler, 79

post-pozitivizm, 79

pozitif bilimlerin elde ettiği başarı, 7

pozitif normlar (*normes positives*), 73

pozitivist teori, 72

pozitivist teorisinin bilim anlayışı, 19

pozitivist-benzeri (*quasi-positiviste*), 76

psikolojik argüman, 168

ratione legis stricta (kanunun anlamının açık ve kesin olması durumu), 182

realist yorum teorisi (*théorie réaliste de l'interprétation*), 185-213

-ışığında anayasanın yorumlanması, 195
-ışığında hukuk normlarının geçerliliği, sorunu 193

refah, 57

référé législatif, 163

Ross, Alf, 67, 68, 70, 81,

-Kelsen'i eleştirmesi, 76

---S-T---

sacrificium intellectus, 61

saçma sonuçların dışlanması argümanı (*argument apagogique*), 181
saf (*reine, pure*), 15, 21

saflık, 21

sanat dili, 28

savaş, 142

sayma, 176

***Sein*, 37**

semiyotik, 151

sınırlayıcı (*limitative*) sayma, 176

***sine qua non* koşulları (geçerliliğin), 89**

-örf ve âdet hukukunun, 133

-uluslararası hukukun, 146

sistemik argüman (*argument systématique*), 182

sistemik yorum (*interprétation systématique*), 169

sistemik geçerlilik (*validité systémique*), 80

sistemsel geçerlilik (*validité systémique*), 72

***Sollen*, 37, 38**

somut taşıyan (hâmil, *support*), 26

sosyal dayanışma, 57

sosyolojik açıdan, 2

sözleşme, 112

stricto sensu geçerlilik, 72

tabii akıl, 14

tabii hukuk teorisi, 57-62

-açıklama, 57-59

-eleştiri, 59-63

tabii safsata (*naturalistic fallacy*), 17

tanıma (bilme) işlemi (*acte de connaissance*), 191

Tanrı'nın varlığına atıf, 60

tarihçi hukuk okulu (*Historische Rechtschule*), 170

tarihi yaklaşım biçimi, 1

tarihi yorum (*interprétation historique*), 167

tasarruf argümanı (*argument économique*), 182

tasviri görecelilik, 16

tefsir kararı, 164

teleolojik (*amaçsal, fonksiyonel*) yorum metodu, 171

teleolojik yöntem, 171

temel norm (*Grundnorm*), 73-75

temel normun geçerliliği sorununu, 74
 temel norm varsayımı, 75
teoria generale del diritto, 6
 terminoloji-hukukun genel teorisi, 6
théorie générale du droit, 4, 6
tout court geçerlilik (*validité tout court*), 72
 Troper, Michel, 35, 41, 42, 193, 196, 197
 Türk anayasa mahkemesi, 201

---U-Ü---

uluslararası hukukun geçerliliği sorunu, 137-150

- adem-i merkezi niteliği, 142
- hukukiliği sorunu, 140
- hukukiliği, 139
- maddi varlığı, 138
- minimum etkililiği, 147
- müeyyidesi, 141-143
- normatifliği, 138
- per quam* koşulunu, 145
- sine qua non* koşulu, 146
- uyguladığı cebir, 141

Uppsala felsefesi, 69

uygulamadaki hukuk (*law in action*), 67

uyum argümanı (*argumentum a coherentia*), 181

üç değişik geçerlilik anlayışı. 53- 87

üç normatif fonksiyon, 38

üst norm (*norm supérieure*), 74

üst norma aykırı norm ve işlemlerin müeyyideleri, 102

---V-Y-Z---

vak'a kıyası (*case analogy*), 175

validità, 54

Vanquickenborne, Marc, 194

varlık nedeni (*raison d'être*), 173

varsayım-temel norm, 75

verici (*sender*), 152

Virally, Michel, 42

Visalberghi, Aldo, 30

Viyanalı Çevresi (Wiener Kreiss), 7

Wery, François, 8

Wroblewski, Jerzy, 17

yapıcı veya ortak yapıcı (*auteur ou co-auteur*), 198

yapısal sorunlar, 12

yaptırmalı önermeler ile bildirmeli önermelerin farkları, 29

yaptırmalı önermeler, 29

yargı yorumu (kazai tefsir, *interprétation judiciaire*), 164

yargıç yapısı hukuk (*judge-made law*), 191

yargıçların normatif ideolojisi, 70

yargının merkezleşmiş, 149

yasama organı tarafından konulan normların geçerliliği, 114

yasama yorumu (*teşrii tefsir, interprétation législative*), 162

-1831 Belçika Anayasası, m.28, 163

-1924 Türk Anayasası, m.24, 164

yasama yorumu usûlü (*référé législatif*), 163

yaşayan hukuk (*living law*), 68

yetkilendirme (*habilitation*), 39

yok hükmünde (*nul et de nul effet, nul et non avenu*), 104, 106, 110

yok hükmünde sayma, 104

yokluğun tespiti davası (*recours en déclaration de l'inexistence, recours en constatation de nullité*), 106

yokluk (*inexistence*), 106

yokluk kavramının eleştirisi, 106

yokluk tezi (değerlerin), 16

yokluk müeyyidesi, 103-104

-kamu hukukunda, 104

-özel hukuk müeyyidesi, 103

yorum çeşitleri, 162

yorumun kaçınılmazlığı, 187

yorum metodları, 159

yorum sorunuyla ilgili günlük hayattan örnekler, 154

yorumun yorumcuya bağlı olması, 189

yorumcu, 152

yorumda kullanılan mantık kuralları, 172

yorumun konusu, 186

yöntem bağdaştırıcılığı (*syncrétisme*), 22

yükümlülükler (*obligations*), 200

yürürlük (*être en vigueur*), 54

zorlama düzeni (*ordre de contrainte*), 140

zorlama, 42 ■

KİTABIN BÖLÜMLERİ

BİRİNCİ KISIM: HUKUK NORMLARININ GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Birinci Bölüm: Üç Ön Sorun: Geçerliliğin Ön Koşulları

İkinci Bölüm: Üç Değişik Hukuki Geçerlilik Anlayışı

Üçüncü Bölüm: Geçerliliğin Asıl ve Ek Koşulları

Dördüncü Bölüm: Geçerlilik Koşullarına Aykırılığın Sonuçları: Geçersizlik

Beşinci Bölüm: Örf ve Adet Hukukunun Geçerliliği Sorunu

Altıncı Bölüm: Uluslararası Hukukun Geçerliliği Sorunu

İKİNCİ KISIM: HUKUK NORMLARININ YORUMU SORUNU

Birinci Bölüm: Klasik Yorum Teorisi

İkinci Bölüm: Realist Yorum Teorisi

Elinizde tuttuğunuz bu kitabın ilk baskısı 1998 yılında yapıldı. 1998'den bu yana tam 25 yıl geçti. Şüphesiz bir kitabın çeyrek asır sonra ikinci baskı yapması bir başarı sayılamaz. Ancak bu kitabın benim için değeri bir başka. Bu kitap benim yüksek lisans ve doktora tezlerimden sonra yayınladığım ilk kitap. Öğretim üyeliği kariyerimde ilk kitabımın bu kitap olması çok da isabetli olmuş. Böylece bir hukukçunun çalışmalarında ihtiyacı olan teorik alt yapıyı bu kitapla oluşturma imkanına elde ettim. Vaka, bu kitapta incelediğim kavramlar ve oluşturduğum teorik çerçeve, bana diğer çalışmalarında da rehberlik etti.

Hukukun anayasa ve idare hukuku gibi diğer alanlarında yaptığım çalışmalarda karşılaştığım problemleri, hep bu kitapta incelediğim kavramların ve geliştirdiğim teorik çerçevenin ışığında çözmeye çalıştım. Bu da bütün çalışmalarına teorik ve metodolojik bir tutarlılık ve kolaylık getirdi. Anayasa ve idare hukuku kitaplarım eğer Türk doktrininde bir etki yaratmışsa, bu etki, söz konusu kitaplarımın altında elinizde tuttuğunuz *Hukukun Genel Teorisine Giriş* başlıklı bu kitabın bulunmasındandır. Hukukun genel teorisi kavramlarına hâkim olmasaydım, anayasa ve idare hukuku kitap ve makalelerim şu an doğurdıkları etkiyi doğuramayabilirlerdi.

İyi ki önce bu kitabı yazmış; iyi ki önce hukukun genel teorisi kavramlarını sındırmışım; iyi ki anayasa ve idare hukuku çalışmadan önce hukukun genel teorisi alanında kendi teorimi, kendi bakış açımı oturtmuşum. Bu şekilde hukuk yazarlığına doğru bir yerden başlamaktan dolayı kendimi çok şanslı addediyorum.

Hukukun genel teorisi, şüphesiz, hukuk biliminin temeli, onun evrensel özüdür. Hukukun genel teorisi, hukuk biliminin en kalıcı, en eskimeyen yanıdır. Genel teori, hukuk biliminin en entelektüel kısmıdır. Hep genel teori çalışmak istemişimdir. Kitap yazarlığına hukukun genel teorisiyle başlamış olsam da bunu devam ettiremedim. Meslek hayatımda anayasa ve idare hukuku çalışmak zorunda kaldım. Bunun şüphesiz pek çok nedeni var. İyi mi oldu, kötü mü oldu bilmem, ama içimde hep genel teori çalışmamanın pişmanlığı ve hüznü var. K.G.

Ön Kapaktaki Heykel: Iustitia, Viyana Adalet Sarayı Salonu, Heykeltıraş: Emanuel Pendl (1881). Fotoğraf: © Hubertl / Wikimedia Commons (https://commons.wikimedia.org/wiki/File:AT_50473_Justizpalast_Wien_Iustitia_-_Emanuel_Pendl_4318-HDR.jpg) (Kesit alınmış ve düzenlenmiştir).

EKİN Basın Yayın Dağıtım

Şehreküstü Mah. Cumburiyet Cad.
Durak Sk. No 2, Osmanağa-BURSA
Tel: (0224) 220 16 72; 223 04 37
Fax: (0224) 223 04 37
E-mail: info@ekin yayinevi.com

Tanıtım İçin



ONLINE SATIŞ
www.ekinkitap.com

ISBN: 978-625-6559-40-0



9 786256 559400