

Hans Kelsen'e Göre “Anayasaya Aykırı” Yasa*

Mehmet TURHAN**

ÖZET

Normlar hiyerarşisinde üstte yer alan norma uymayan, ama pozitif hukuka göre geçerli oldukları kabul edilen genel ve bireysel normların varlığı (anayasaya aykırı yasa, yasalara veya tüzüklere aykırı mahkeme kararları veya idari işlemler gibi) bir gerçektir. Bu hukuksal gerçekliğin hem normların geçerliliğini hem de hukuk sistemlerinin tutarlılığını etkileyen çelişkili yönleri Kelsenci hukuk sisteminin içsel mantığıyla da uyuşmamaktadır. Kelsen'in bu soruna yanıtı iyi bilinen –zımni alternatif şart veya normun alternatif karakteri– ama çok tartışmalı bir yanıtıdır: Kelsen'e göre normlar hiyerarşisinde altta yer alan norm üstte yer alan normla uyuşmadığı zaman ortaya anayasaya veya yasaya aykırı bir norm değil, normun alternatif karakteri nedeniyle objektif olarak geçerli bir norm çıkmaktadır. Kelsen'in bu tezi bu makalede incelenmiş, eleştirilmiş ve kualsız normlar sorununa getirilen olası çözüm yolları irdelenmiştir.

H.L.A. Hart, Hans Kelsen'in hukuk felsefesi alanındaki önemini şöyle belirtmiş-

tir: “Bentham’ın on dokuzuncu yüzyılın, Kelsen’in de yirminci yüzyılın en önemli analitik hukukçuları olduğundan kuşku yok.”¹ Bana göre de Hans Kelsen, H.L.A. Hart ile birlikte yirminci yüzyılın en büyük iki hukuk felsefecisidir. Hem H.L.A. Hart’ı hem de Hans Kelsen’i okumak ve sonra yazdıklarını irdelemek ve eleştirmek kişiye bilimsel açıdan çok şey katmaktadır. Bu iki büyük düşünürün yazdıklarını sadece anlamak dahi kanımca çok önemli entelektüel bir kazançtır.

Hans Kelsen uzun yaşamı boyunca hukukun çeşitli alanlarında çok sayıda eser vermiştir. Kuşkusuz Kelsen'in yazılarının tümü önemlidir; ancak Kelsen'in hukuk felsefesi alanındaki yazıları hem sayıca çok hem de bu alanda çığır açıcı niteliktedir. Bir başka söyleyişle, Kelsen hukuk felsefesi alanında son derece yaratıcı bir düşünürdür.

Hans Kelsen “saf hukuk teorisi” adlı bir teori geliştirmiştir. Kelsen'e göre saf hukuk teorisi belirli bir hukuk düzeniyle ilgili bir teori olmayıp, genel olarak hukukla ilgili bir pozitif hukuk teorisidir. Saf

* Bu çalışmayı okuyup eleştiri ve görüşleriyle çalışmanın daha tutarlı olmasına katkıda bulunan Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi Ali Acar’a teşekkür ediyorum.

** Prof. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 H.L.A. Hart, “Answers to Eight Questions” (1988), Reading H.L.A. Hart’s The Concept of Law, Luis Duarte D’Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, derleyenler (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 287.

teori genel bir hukuk teorisidir. Saf teoriyi hukuki pozitivizm olarak adlandırılan felsefi görüş içinde düşünmek gerekir; çünkü Kelsen'in teorisi hukuku pozitif hukuk olarak ele almakta ve başka normatif sosyal düzenleri, doğal hukuk gibi adımda hukuk sözcüğü olsa dahi hukuktan kalın bir çizgiyle ayırmaktadır. Bu nedenle pozitivistik bir teori olarak saf hukuk teorisinin temel varsayımı "olan" ile "olması gereken" ve "normlar" ile "açıklamalar" arasındaki temel farklılığa dayanmaktadır. *Açıklamalar* belirli bir objeyi tanımlar ve bunlar doğru veya yanlış olabilir; ama normlar belirli bir objeyi tanımlamamakta kural koymaktadır (emretmektedir). Normlar doğru veya yanlış olmaz, sadece geçerli veya geçersiz olabilir. Bu nedenle saf teoriye göre hukuksal otorite tarafından konan hukuk normlarını, hukuk normları hakkındaki *açıklamalardan* ayırmak gerekir.²

Hans Kelsen'in saf hukuk teorisinde iki temel tez vardır. Bunlar hukukun zorunlu olarak "eksiksiz" (completeness) ve "tutarlı" (consistency) olduğu savıdır. Hukukun eksiksiz olması tezi hukuk sisteminin cevaplayamadığı hukuksal sorunun olmadığını, sistemin her türlü hukuksal

soruna çözüm üretebildiğini ileri sürmektedir. Bu nedenle de Kelsen'e göre hukukta "boşluk" olamaz. Hukukun tutarlı olduğu tezi aynı sisteme mensup iki hukuk normunun birbiriyle çelişemeyeceğini; bir başka deyişle birbiriyle çelişen iki normun aynı anda geçerli olamayacağını söylemektedir. Bu iki tez birlikte ele alındığında, içerikleri ne olursa olsun, aynı sisteme mensup hukuk normları kümesinin zorunlu olarak eksiksiz ve tutarlı olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.³ "Anayasaya aykırı yasa" konusu, Kelsen'in hukukun tutarlı olduğu tezi içinde yer almaktadır. "Anayasaya aykırı yasa" konusunu açıklamak için geliştirdiği tez de "normun alternatif karakteri" olarak adlandırılmaktadır.

Richard H.S. Tur, "Kelsen'in çok sayıda insanı delirtici ve ayartıcı kavramları arasında en şaşırtıcı ve çelişkili olanının hukuk normunun 'alternatif karaktere' sahip olması olduğunu"⁴ söylemektedir. Michel S. Troper de Kelsen'in bu görüşünü "garip bir teori" olarak adlandırmıştır.⁵ İncelemek istediğimiz husus "anayasa aykırı yasa" konusudur. Bir başka deyişle, bu çalışmada "zımni alternatif kural" (tacit alternative clause) adı da verilen, Kelsen'in

- 2 Hans Kelsen, "On the Pure Theory of Law", *Israil Law Review*, Vol. 1 (1966), s. 1. Kelsen'in saf hukuk teorisi ile ilgili önemli bir çalışma için bakınız: William Ebenstein, "The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought", *59 California Law Review* (1971), s. 617-652.
- 3 Eugenio Bulygin, "Kelsen on the Completeness and Consistency of Law", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 225.
- 4 Richard H.S. Tur, "The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 247.
- 5 Michel Troper, "The Logic of Justification of Judicial Review", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1 (2003), s. 106.

zaman zaman “normun alternatif karakteri” adını verdiği ve bazen normatif alternatifler doktrini olarak da adlandırılan kuram üzerinde durulacaktır.

Hans Kelsen’in normun alternatif karakteri tezini açıklayabilmek ve anlamayı kolaylaştırmak için ülkemiz anayasa hukukundan bazı örnekler verilebilir. 1961 ve 1982 Anayasaları iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesini kabul etmiştir. Yani Anayasaya aykırılığı Anayasa Mahkemesi kararıyla belirlenmiş yasa yok sayılmaktadır. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesinin iptal kararı kurucu nitelikte bir karar özelliğindedir. Gerek 1961 gerek 1982 Anayasalarında Anayasaya aykırı yasanın iptal anında değil, iptal kararının Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkması, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı aşmamak üzere ayrıca kararlaştırabileceği, yani anayasa koyucunun Anayasaya aykırılığı saptanmış bir yasanın bir süre daha yürürlükte kalabilmesine imkan verdiğini görmekteyiz. Bu durumlar bize üstü kapalı değil, açık bir alternatif yetkilendirmenin (yani anayasaya aykırı olan yasanın yürürlükte kalabilmesinin) Anayasaca yapıldığını göstermektedir.

1961 ve 1982 Anayasalarına göre kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi Bakanlar Kuruluna aittir. Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi doğrudan Anayasadan değil, Bakanlar Kuruluna bu yetkiyi veren yetki yasasından kaynakla-

nır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, Anayasaya aykırı bir yetki yasasına dayanılarak çıkarılmış bir kanun hükmünde kararname içerik bakımından Anayasaya aykırı olmasa da Anayasaya aykırı sayılmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu konuda şunları belirtmektedir:

“Yetki yasasının Anayasa’ya aykırılığının saptanması ya da bu nedenle iptaline karar verilmesi durumunda ... bu yasaya dayanılarak çıkartılan KHK Anayasal dayanaktan yoksun kalır. ... KHK, yetki yasasına ve içeriği yönünden de Anayasa’ya aykırı bulunmasa bile dayandığı yetki yasası Anayasa’ya aykırı ise bu nedenle iptali gerekir. ... KHK’lerin Anayasa’ya aykırılığı saptanmış ya da bu nedenle iptal edilmiş bir yetki yasasına uygun olup olmadığının incelenmesi ise denetimi anlamsız kılar. Çünkü Anayasa’ya aykırı bir yetki yasasına dayanılarak çıkartılan KHK’lerin Anayasa’ya uygun görülmesi olanaksızdır. ... Bir yetki yasasına dayanmadan çıkartılan, yetki yasasının kapsamı dışında kalan, dayandığı yetki yasasının Anayasa’ya aykırılığı saptanan ya da Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal edilen KHK’lerin anayasal konuları birbirinden farksızdır. ... Böyle durumlarda KHK’ler anayasal dayanaktan yoksun bulduklarından içerikleri Anayasa’ya aykırı bulunmasa bile dava açıldığında iptalleri gerekir.”⁶

Ancak yetki yasası iptal edilen KHK’ler Anayasa Mahkemesine götürülmedikleri sürece, Anayasa Mahkemesinin

6 E. 1994/53, K. 1994/48, k.t. 8.7.1994, AMKD, Sayı: 30/1, s. 315-317.

içtihadına göre Anayasaya aykırılıkları nedeniyle iptal edilmeleri gerektiği halde, geçerli hukuk normları olarak hukuk düzenindeki yerlerini korumaktadır. Görüldüğü gibi Anayasaya aykırılığı Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre son derece açık olan bu KHK'ler, Kelsen'in belirttiği normun alternatif karakteri nedeniyle geçerli KHK'ler olarak hukuk düzenimizde kalabilmektedir.

Anayasaya aykırı olan bir yasa, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilene kadar geçerli olmaya devam edebilmektedir. Böyle bir yasa, yani Anayasaya aykırı bir yasa ne somut norm denetimi ne de soyut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmez ise, yani anayasallık denetimi tesadüfi ise, bu durumda normlar hiyerarşisi ne anlam ifade etmektedir? Sorun hukuk felsefesi alanına hasredilecek olursa, bu durumda şunlar sorulabilir: Anayasanın, yasaların ve diğer alt hukuk normlarının içeriğini belirlemesi ne demektir? Bir başka ifadeyle yasaların ve diğer alt hukuk normlarının Anayasaya aykırı olamayacağı ne anlama gelmektedir? İşte bu yazının konusu Kelsen'in bu soruları yanıtlamak için geliştirdiği normun alternatif karakteri tezidir. Kelsen'in bu tezini iyi anlayabilmek için öncelikle saf teoride normlar hiyerarşisi anlayışını incelememiz gerekmektedir.

NORMLAR HİYERARŞİSİ (STUFENBAU der RECHTSORDNUNG)

Hans Kelsen'e göre hukuk sistemi bir ve aynı düzeyde birbirleriyle işbirliği halindeki normlardan oluşmamaktadır. Hukuk sistemi aralarında altlık ve üstlük ilişkisi olan hukuk normlarından oluşur. Saf hukuk teorisi bu karşılıklı ilişkiyi yapısal olarak çözümlenmeye çalışmaktadır.⁷ Kelsen'e göre hukuk bilimi doğa bilimlerinde olduğu gibi neden ve sonuç ilişkisine dayanmaz. Hukuk bilimi hiyerarşik normatif ilişkileri inceler.⁸ Hiyerarşik sıralama kavramı saf teorinin sonuçlarından biridir. Eğer bir normun geçerli olarak varlığı sadece bir başka norma dayandığında mümkün olabiliyorsa⁹ normlar arasındaki bağlantı kurulmuş demektir. Bu hiyerarşi bir normun geçerliliğini bir başka norma bağlamaktadır. Bu bağlı olma hali tek taraflı olduğundan bağımlı olan norma alttaki norm ve bağlı olduğu norma da üstteki norm denmektedir. Bağımlılık hali normların yaratılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Bu yasa neden bağlayıcıdır sorusu bu yasanın çıkarılmasına yetki veren norma atıfla yanıtlanabilir.¹⁰ Kelsen'e göre bir normun geçerliliği normlar hiyerarşisinde üstte bulunan norma dayanır. Eğer norm üstte yer alan norma uygunsu geçerli bir normdur. Yani hukuksal geçerlilik üstteki norma başvuru olarak saptanmaktadır. Ancak ortada

7 Hans Kelsen, "On the Theory of Interpretation", çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson, *Legal Studies*, (July 1990), s. 127.

8 W. Friedmann, *Legal Theory*, Beşinci Baskı (New York: Columbia University Press, 1967), s. 276.

9 Yani olandan olması gereken çıkarılamıyorsa normlar arasında bağlantı kurulmuş olur.

10 Jörg Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (London: Routledge, 2011), s. 180.

11 Patricia Cuenca Gomez, "A Consideration of Hans Kelsen's Pure Theory of Law", *Papeles el tiempo de los derechos*, No. 3 (2010), s. 8.

bir de *etkililik* sorunu vardır. Hukuk sisteminin geçerliliği için etkililik gerekliyse de, temel normun geçerliliği için etkililik söz konusu değildir. Bir başka deyişle, Kelsen'e göre etkililik geçerliliği ortaya çıkarmaz, ama geçerlilik de etkililik olmadan varolamaz.¹¹

Hans Kelsen normlar hiyerarşisini şöyle açıklamaktadır:

“Bir başka normun yaradılışını düzenleyen norm üsteki ve bu düzenlemeye göre çıkarılan norm da alttaki normdur. Hukuk düzeni, özellikle kişiselleşmesi devlet olan hukuk düzeni, bu nedenle birbirleriyle, tabiri caizse, aynı düzeyde yan yana duran normların koordine olması sistemi olmayıp, farklı düzeydeki normlar hiyerarşisidir. Bu normların birliği bir normun yaratılması –alttaki normun- bir diğeri –üsteki norm- tarafından ve onun da daha üsteki norm tarafından ve bu *regressus* en üstte yer alan tüm hukuk düzeninin geçerliliğinin en üst nedeni olan ve bu hukuk düzenini birliğini oluşturan temel normla sonlanan normla belirlenmesiyle oluşmaktadır.”¹²

“Hukuk düzeni, hukuk kendi yaratılışını düzenler ilkesine göre genel ve bireysel normların birbirleriyle ilişkilendirildiği bir sistemdir. Bu düzenin her bir normu bir başka normun hükümlerine ve en sonunda da bu normlar sisteminin, hukuk düzeninin, birliğini oluşturan temel normun hükümlerine göre yaratılır. Bir hukuk normunun bu hukuk düzenine mensup olmasının tek

nedeni düzenin bir başka normun koşullarına uygun çıkarılmasıdır. Bu *regressus* sonunda bizi var olduğu varsayılan temel norm tarafından belirlenen ilk anayasaya götürmektedir.”¹³

“Dinamik görüş açısından mahkemenin kararı yazılı hukukun veya gelenek hukukunun genel norma dayanılarak, nasıl ki bu genel norm anayasa temelinde çıkarılmışsa, yaratılmış olan bireysel bir normu temsil eder. Hukuku uygulayan organ tarafından, özellikle de mahkemeler tarafından bireysel hukuk normunun yaratılması her zaman daha önce varolan genel normlar tarafından belirlenmelidir. Bu belirlemenin ... değişik dereceleri vardır. Normal olarak mahkemeler usullerini belirleyen normlar yanında kararlarının içeriklerini belirleyen genel normlarca da bağlanmışlardır. Bununla birlikte yasa koyucunun sadece mahkemeleri kurmakla yetinmesi ve bu mahkemelerin hukuk düzenince somut davaları kendi takdirlerine göre çözmekle yetkilendirilmesi de mümkündür. ... Her yargısal kararda, bu ve sadece bu kişiyi yargıç olarak hareket ederek somut davayı kendi takdirine göre veya maddi hukukun genel normuna göre karar vermede yetkilendiren usul hukukunun genel normu uygulanmaktadır. Usul hukukunun bu genel normuyla yargısal yetki devredilmektedir.”¹⁴

Pozitif hukukun normatif sisteminde temel norm dinamik ve biçimseldir, bir başka deyişle yöntemseldir. Temel norm pozitif hukuk yaratma yönteminin varsayı-

12 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Çev. A. Wedberg (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945), s. 124. Çalışmamızda kullandığımız kitap Transaction Publishers'ın (New Brunswick, New Jersey) 2006 yılında gerçekleştirdiği tıpkı baskıdır. Bu kitap Kelsen, GTLS (1945) olarak kısaltılmıştır.

13 Ibid., s. 132.

14 Ibid., s. 144.

lan başlangıç noktasıdır. Temel norma göre normların geçerli olabilmeleri için, belirtilen usule uygun çıkarılmaları yeterlidir. Bu normların geçerli olabilmeleri için maddi veya esasa ilişkin bir içeriğe sahip olmaları gerekmez. Hukuk normlarının büyük bir çoğunluğu hem bir kural yaratır hem de bir kuralı uygular. Anayasa temel norm karşısında bir normu uygulamaktadır, ama yasama organı bakımından ise yeni bir norm yaratmaktadır. Yasama organı anayasa bakımından bir kuralı uygular, yürütme ve yargı açısından ise bir kural yaratır. Sadece hukuksal sürecin başında ve sonunda yer alan normlar ikili özelliğe sahip değildir. Temel norm herhangi bir üst normu uygulamamakta, sadece norm yaratmaktadır. Hukuk sisteminin diğer ucunda yer alan hukuksal yaptırımın infazı ise sadece bir norm uygulaması olup, bu durumda herhangi bir norm yaratılmamaktadır.¹⁵

Hukukun dinamik özelliği bir normu eğer o norm bir başka norm tarafından belirli bir biçimde yaratılıyorsa geçerli bir hale getirmektedir. Bu diğer norm ilk normun geçerliliğinin kaynağıdır. Normlar hiyerarşisini ortaya çıkaran normların yaratılmasıdır. Sadece üst normun norm yaratılması konusunda getirdiklerine uyulduğunda, o norm normatif düzenin bir normu olarak algılanabilir. Bir tek bu durumda normlar yetki veren ve yetki veril-

miş normlar arasında çok sayıda katmandan oluşan bir biçimde çıkarılabilir. Yine bu durumda normların tek bir normatif düzene ait olduğu kabul edilebilir; çünkü Kelsen'e göre sadece *olması gereken olması gerekenden* kaynaklanabilir. O halde Kelsen'e göre hukuk zorunlu olarak kendi yaratılışını düzenlemektedir.¹⁶

FEHLERKALKÜL TEORİSİ¹⁷

H.L.A. Hart yüksek mahkemelerin kararlarıyla ilgili olarak şunları belirtmektedir:

“Yüksek mahkeme hukukun ne olduğunu söylemede son söze sahiptir ve belirli bir konuda son sözü söylediğinde de mahkemenin ‘yanlış’ yaptığını söylemenin sistem içinde herhangi bir sonucu olmayacaktır; çünkü bu nedenle yani bu söylem sonucunda hiç kimsenin hakkı veya ödevi değişmeyecektir. Kuşkusuz yanlış karar çıkarılacak yasayla hukuksal etkisinden yoksun kılınabilir; ama hukuku ilgilendirdiği ölçüde, bu yola başvurmaın ortaya çıkardığı gerçek, mahkemenin kararının yanlış olduğu ifadesinin içinin boş olduğunu bize göstermektedir. Bu gerçeklerin değerlendirilmesi, yüksek mahkemenin kararları söz konusu olduğunda kesinlik ile hatasızlık arasında ayırımın gerekli olduğunu ortaya koymaktadır.”¹⁸

15 Ebenstein, op. cit. s. 643-644.

16 Kammerhofer, op. cit., s. 181.

17 Bu bölüm çok büyük ölçüde Christoph Kletzer'in bu konuyla ilgili makalesine dayanmaktadır: Christoph Kletzer, “Kelsen's Development of the Fehlerkalkül Theory”, Ratio Juris, Vol. 18 (2005), s. 46-63. Fehlerkalkül konusunda ayrıca bakınız: Kammerhofer, op. cit., s. 187-193.

18 H.L.A. Hart, The Concept of Law, 3. Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2012), s. 141.

Eğer bir mahkeme kararının veya bir yasanın geçerliliği için gerekli koşulların bazıları gerçekleşmemişse böyle bir karar veya yasa hukuksal olarak nasıl anlaşılmalıdır? Hatalarına rağmen söz konusu norm veya karar acaba geçerli kabul edilebilir mi? Hukuksal hata sorununun tek bir çözümü yoktur. Çoğunlukla hatanın önemine ve ciddiliğine göre bu konuda karar verilmektedir. Viyana hukuk felsefesi okulunun kurucuları Adolf Merkl ve Hans Kelsen bu konuya kafa yormuş ve çözüm bulmaya çalışmıştır. Adolf Merkl bu sorunu *Fehlerkalkül* (hesaplama hatası) doktrini ile çözmek istemiştir. Hans Kelsen ise bu konuda “normatif alternatifler” kuramını geliştirmiştir.¹⁹

Bu konuyu daha iyi anlayabilmek ve açıklayabilmek için saf teorinin “normla çelişen norm” ifadesinden ne anladığına değinmek gerekmektedir. Hans Kelsen *Pure Theory of Law (Saf Hukuk Teorisi)* adlı eserinin ikinci baskısında “yasaya aykırılık” konusunda şunları belirtmektedir:

“Bununla birlikte ‘normla çelişen norm’ çelişik bir ifadedir; bir hukuksal normun çıkarılmasını düzenleyen normla çelişmesi durumunda geçerli bir hukuksal normdan söz edilemez – bu norm yok hükmündedir; ki bu da, bu normun hukuksal bir norm olmadığı anlamına gelir. Yok olan bir şey ise iptal edilemez. Bir normu iptal

etmek norm olan bir işlemi imha etmek anlamına gelmez. Fiilen olan bir şey olmamış bir duruma getirilemez. Bir normu iptal etmek sübjektif anlamı norm olan bir işlemin objektif anlamının norm olmasını ortadan kaldırmak demektir; ve bu da şu anlama gelir: Normu iptal etmek bir normun geçerliliğine bir başka normla son vermek demektir. Eğer bir hukuk düzeni bir normun iptaline yetki veriyorsa, ilk olarak bu normun objektif olarak geçerli bir norm; yani, ... yasal hukuksal bir norm olduğu kabul edilmelidir.”²⁰

Görüldüğü gibi normun geçerliliğini sağlayan koşullarda ufak bir ihlal dahi o normun yok hükmünde olmasına neden olabilmektedir. Hatalı mahkeme kararı da mahkeme kararı olarak varolamayacaktır. Bu durumda sadece iki tür mahkeme kararı söz konusu olabilir: (a) Kusursuz kararlar ve bu nedenle de tanımı gereği temyize gidilemeyecek olan kararlar ve (b) hukuksal etkisi olmayan temyize gidilemeyecek kararlar, yani hukuksal olarak karar-olmayan durumlar. Ancak şu da bilinmektedir ki, işlemlerin yapılması sırasında ortaya çıkan bazı hatalara rağmen, bazı işlemler hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Pozitif hukuk geçersizlikle iptal edilebilme arasında bir ayırım yapmaktadır. Ayrıca temyiz yolu sadece sosyal yaşamın değil, pozitif hukukun da bir gerçeğidir. Temyizi düzenleyen hukuk kuralları işin

19 Stanley L. Paulson, “Material and Formal Authorisation in Kelsen’s Pure Theory”, *Cambridge Law Journal*, 39 (April 1980), s. 173-174.

20 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Çev. Max Knight (California; University of California Press, 1967), s. 267-268. Çeviri Hans Kelsen’in *Reine Rechtslehre* adlı yapıtının 1960 tarihli ikinci baskısıdır. Çalışmada kullandığımız kitap *The Law Exchange, LTD.* tarafından 2005 yılında gerçekleştirilmiş olan tıpkı baskıdır. Bu kitap Kelsen, PTL (1967) olarak kısaltılmıştır. Kelsen’in temel yapıtları ne yazık ki henüz Türkçe’ye çevrilmemiştir. Bu çalışmadaki bütün çeviriler tarafımdan gerçekleştirilmiştir.

aslında neyi öngörmektedir? Temyizi düzenleyen kurallar özünde hukuksal varlığın yaratılmasını düzenleyen koşulları nitelendirmektedir. Eğer bir norm kararın verilmesinde a, b, c, d, e, f (maksimum koşullar) koşullarını kararın alınabilmesinin koşulları olarak hükme bağlıyorsa ve temyize başvurmayı düzenleyen bir diğer kuralda d, e veya f'nin (farklılık koşulları) yerine getirilmemesi durumunda temyize başvurulabileceğini belirliyorsa, d, e veya f'nin yerine getirilmemesi kararı *ipso iure* geçersiz kılmaz sadece temyize başvuruyu mümkün hale getirir. Böylece temyizi ele alan kurallar temyiz koşullarının sayılması düzenlemektedir. Bunlar *Fehlerkalkül* olarak adlandırılmaktadır; çünkü bu koşullar hukuk sisteminin işlevinin bozulabileceğini öngörmekte ve bu koşullara yokluktan farklı hukuksal bir etki atfetmektedir. *Fehlerkalkül* ile minimum koşullarla (a, b ve c) maksimum koşullar birbirlerinden ayırt edilebilmektedir. Böylece söz konusu mahkeme kararının geçerliği konusundaki araştırma maksimum koşullar sağlanmadığı sonucuna varıldığında durmayacaktır. Eğer minimum koşullar karşılanmış; ama maksimum koşullar sağlanmamışsa mahkeme kararı geçerlidir, ama temyiz yoluna başvurulup bu karar temyizde iptal edilebilir. Her türlü temyize başvuru minimum koşulların sağlandığı, ama maksimum koşulların sağlanmadığı inancına dayanır. Eğer maksimum koşullar da sağlanmışsa bu durumda mahkeme kararı kusursuz de-

mektir ve bu karar geçerli bir karar olup, bu karara karşı temyiz yoluna gidilemeyecektir.²¹

Fehlerkalkül hatalı kararın oluşumundan iptaline kadar geçen süre içinde geçerliliğini sağlamaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki, *Fehlerkalkül* doktrini mahkeme kararlarıyla veya temyiz kurallarıyla sınırlı da değildir. Normların, kararnamelerin, idari kararların ve diğer yasa uygulamalarının oluşumu sadece bir başka norm tarafından yetkilendirme sonucu olduğuna göre, *Fehlerkalkül* mantığı bütün bu durumlara da uygulanabilir.²²

Fehlerkalkül pozitif hukukta normun oluşumuyla ilgili olarak minimum ve maksimum koşulları ayıran bir kuraldır. Bu kural minimum koşullar dışında diğer koşulları normun oluşumunda "ilgisiz" bir duruma getirmektedir. Minimum koşullar dışındaki diğer koşullar mahkeme kararının iptalinde söz konusu olmaktadır.²³

Fehlerkalkül "yasaya aykırı" ama geçerli mahkeme kararlarının hukuk düzeninin bir başka organı tarafından çevrilmesini veya bozulmasını açıklamada uygun bir kavram olabilirse de, son derece mahkemelerinin kararlarını açıklamada *Fehlerkalkül* için aynı şeyler söylenemez. Son derece mahkemelerinin, bir başka deyişle yüksek mahkemelerin kararlarının niteliği bu kararların kesin olmasıdır. Kararların kesinliği kararlara karşı kanun yollarına (temyiz veya karar düzeltmesi gibi) başvuru-

21 Kletzer, op. cit., s. 47-48. Hart'ın temyiz konusunda söyledikleri için bakınız: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3. Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2012), s. 30.

22 Kletzer, op. cit., s. 49.

23 Ibid., s. 50.

rulamayacağı anlamına gelir.²⁴ Ancak yine de bu organlarca oluşturulan bireysel veya genel normlar başka genel normlar tarafından yönetilmekte ve yetkilendirilmektedir. Eğer son derece mahkemesi genel normlara aykırı karar verecek olursa ne olacaktır? Bu durumda yasalara aykırı kararların yok hükmünde olması gerekecek ve temyize gidebilmek için herhangi bir kural da olmadığından bu sonucu hafifletecek *Fehlerkalkül* de söz konusu olmayacaktır. Yasalara aykırı kesin kararların yanlış olduğu ve yok hükmünde olduğunu söylemek ise yeterli olamaz; çünkü herhangi bir birimin yüksek mahkemenin kararının bu koşulları yerine getirip getirmediğine karar vermesi gerekmektedir. Bu ise söz konusu olamaz, çünkü bu yüksek mahkemelerin kararlarının kesinliğini zedelemek demektir.²⁵

Bu söylenenler karşısında yasaya aykırı kesin kararın ne anlama geldiği sorulabilir. Yasaya aykırı kesin karar şu anlamlara gelebilir: (i) Yüksek mahkemeler tarafından verilen kararlar bu kararın verilmesine yetki veren genel norma aykırı olmasına rağmen geçerlidir, ama iptal edilebilir veya (ii) bu kararlar *ipso iure* yok hükmündedir veya (iii) bu kararlar tümüyle geçerlidir ve iptal edilemez. (i) ve (ii) seçenekleri çelişkili oldukları için geriye bir tek (iii) seçeneği kalmaktadır. Ancak bu durumda kesin kararlar bu kararların alınmasına yetki veren normlara aykırı olmalarına veya olabilmelerine rağmen geçerli kabul edil-

mektedir. Kelsen bu durumu sorunlu görmüş ve “yasalara aykırı” kesin kararların temellendirilmesini sağlayacak hukuk kuralları bulmaya çalışmıştır. Hans Kelsen işte bu temellendirmeyi “normun alternatif karakteri”, “alternatif yetkilendirme” veya “zımnî alternatif kural” a dayanarak yapmıştır.²⁶

Hans Kelsen alternatif yetkilendirme konusunda şunları yazmaktadır:

“Hukuk düzeninin son derece mahkemelerinin kararlarına kesin karar gücü vermesi acaba ne anlama gelmektedir? Bu şu anlama gelir: Mahkeme tarafından uygulanacak bireysel bir normun içeriğini belirleyen genel norm geçerli bir norm olsa da, içeriği son derece mahkemesi tarafından oluşturulan ama bu genel norma uymayan bireysel norm da geçerli olabilir. Hukuk düzeninin son derece mahkemesinin kararına nihai karar gücü vermesi; sadece mahkeme kararının içeriğini belirleyen genel norma değil, aynı zamanda mahkemenin kendisinin bireysel normun içeriğini belirleyebildiği genel normun da geçerli olduğu anlamına gelir. Bu iki norm bir birim oluşturur: Son derece mahkemesi ya içeriği genel norm tarafından önceden belirlenmiş bireysel hukuksal norm ya da içeriği önceden genel norm tarafından değil, son derece mahkemesi tarafından belirlenecek bir bireysel norm oluşturmada yetkilendirilmiştir.”²⁷

24 Ayrıca kararların kesinliği “kesin hüküm anlamını” da taşır. Yani o karara konu olan uyumsuzluk aynı taraflarca aynı sebebe dayanarak yeni bir dava konusu yapılamaz.

25 Kletzer, op. cit., s. 51.

26 Ibid., s. 52.

27 Kelsen, PTL (1967), s. 269.

Kelsen bu noktada da durmamaktadır. Kelsen *Fehlerkalkül* doktrinini alternatif yetkilendirmenin bir görünümü olarak yorumlamaktadır. Bu konuda Kelsen şunları yazmaktadır:

“Son derece mahkemesi dışındaki ilk derece mahkemeleri veya herhangi bir mahkemenin kararının (yani bir yüksek mahkeme tarafından iptal edilene kadar geçerli olan) sadece iptal edilebilir olması gerçeği şu anlama gelir: Bu organlar hukuk düzenince ya içeriği genel norm tarafından önceden belirlenen geçerliliği sadece geçici olan (yani iptal edilebilir olan) bireysel normlar veya içeriği önceden belirlenmeyen; ama bu organlarca belirlenecek bireysel normlar yaratma konusunda, bu normların geçerliliğinin geçiciliği (yani iptal edilebilir olması) ve son derece mahkemesinin ortaya çıkardığı bireysel normlar ve bu normların kesin geçerliliği farklılığı ile birlikte yetkilendirilmiştir. ... Bir normun geçici geçerliliği ve diğerinin kesin geçerliliği hukuk düzenine dayanır. Bu da bu hukuksal geçerliliklerin bireysel normların varolmasından önce oluşan genel norma bağlı olduğu anlamına gelir.”²⁸

HANS KELSEN'E GÖRE "ANAYASAYA AYKIRI" YASA

Hans Kelsen'e göre "anayasaya aykırı yasa" veya "yasaya aykırı yargısal karar" ve benzeri ifadeler lafzi anlamında anlaşılabilir; çünkü geçersiz bir norm norm olamaz. Kelsen bu konuda şunları belirtmektedir:

“Geçerli bir yasanın 'anayasaya aykırı' olduğu ifadesi kendisiyle çelişmektedir; çünkü yasa sadece anayasa temelinde geçerli olabilir. Eğer herhangi bir kişinin yasanın geçerli olduğunu varsaymasında bir gerekçesi varsa, bu yasanın geçerliliğinin nedeni anayasa olmalıdır. Geçersiz bir yasanın anayasaya aykırı olduğu söylenemez; çünkü geçerli olmayan yasa yasa değildir. Böyle bir yasa hukuksal olarak yoktur ve bu nedenle de bunun hakkında herhangi bir hukuksal ifade söz konusu olamaz. Eğer çoğunlukla geleneksel teori tarafından ifade edilen bir yasanın anayasaya aykırı olduğu iddiasının olası hukuksal anlamları varsa da, bu lafzi anlamda ele alınamaz. Bu iddianın anlamı söz konusu yasanın sadece anayasadaki olağan usule, yani *lex posterior derogat priori* kuralına göre değil; aynı zamanda anayasada belirtilen özel usule göre de iptal edilebileceği anlamına gelebilir. Ama iptal edilene kadar yasa geçerli kabul edilmelidir ve geçerli olduğu sürece de yasa anayasaya aykırı olamaz.”²⁹

Hans Kelsen'e göre herhangi bir hukuk normunun geçerliliği daha üstte yer alan hukuk normuna uygun olarak yapılmış olmasından kaynaklanır. Yani altta yer alan normun geçerliliğinin nedeni normlar hiyerarşisinde üstte yer alan normdur. Bu nedenle de Kelsen'e göre alttaki norm geçerliliğinin nedeni olan üstteki normla çatışamaz. Çatışma demek alttaki normun geçersiz olması demektir. Kelsen durumu şöyle açıklamaktadır:

28 Ibid., s. 269.

29 Ibid., s. 271.

“Üstte yer alan normla altta yer alan norm arasında; yani bir başka normun yaratılmasını belirleyen normla bu diğer norm arasında çatışma olasılığı yoktur; çünkü altta yer alan normun geçerliliğinin nedeni üstte yer alan norm olmaktadır. Eğer altta yer alan norm geçerli kabul ediliyorsa, bu üstteki norma göre geçerli kabul edilmelidir.”³⁰

O halde “geçersiz” hukuksal normlara nasıl göndermede bulunulabilmektedir? Bir başka deyişle, üstteki norma uygun olmayan genel ve bireysel normlar vardır ve bu normlar pozitif hukuk göre geçerli kabul edilmektedir. Hukuksal gerçekliğin bu kural dışı yönünü Kelsenci hukuksal sistem modelin iç mantığıyla uyandırmak zordur; çünkü bu durum normların geçerliliğini ve hukuk sisteminin tutarlılığını etkilemektedir. Kelsen bu soruna “normun alternatif karakteri” veya “zımni alternatif kural” olarak adlandırılan doktriniyle çözüm bulmaya çalışmıştır. Hans Kelsen’e göre her türlü yetki veren norm, bu normda açıkça belirtilmemiş olsa da, *seçimli olarak*, yani alt düzeydeki organların içerik veya usul bakımından yetki veren normda belirtilmiş hükümlere uyan veya uymayan normlar yaratmada yetkilendirildikleri biçiminde okunmalıdır.

“Yasa koymayı düzenleyen anayasa hükümleri alternatif karaktere sahiptir. Anayasa doğrudan ve dolaylı yasa yapımını içermektedir ve yasama organı bunlardan birini seçme durumundadır. Anayasayı

yapanlar ve yasa koyucuları bu durumun farkında olmayabilirler veya tam anlamıyla farkında değildirler. Ancak yasaların anayasaya uygunluğunun incelenmesinde yasa koyucudan başka bir organa izin vermeyen anayasa tarafından bilinçli veya bilinçsizce yaratılan hukuksal durumun objektif açıklaması bizi bu sonuca götürmektedir.”³¹

Hans Kelsen’e göre anayasa yasaların anayasaya uygunluğunun denetimini yasama organından başka bir organa verdiği ve bu organın da “anayasaya aykırı” bulunduğu yasaları iptal edilebildiği durumlar, bize anayasanın ikinci yolu dışlayamadığını, ama birinci yolu yeğlediğini göstermektedir. Bu konuda Kelsen şunları yazmaktadır:

“Ama bu durum doğrudan yasa yapımında anayasa normlarına uymayan yasaların iptal edilebilmesini düzenleyen anayasa hükümlerinin şu anlama geldiğini göstermektedir: Bu normlara uymayan yasalar dahi, anayasada hükme bağlanmış biçimde iptal edilmedikleri sürece, geçerli kabul edilmelidir. Anayasaya aykırı yasa olarak adlandırılanlar da anayasal yasalardır; ancak özel bir usulle bu yasalar iptal edilebilir. Bu durumlarda da yasa yapımını düzenleyen anayasa hükümleri sözünü ettiğimiz alternatif karaktere sahiptir. Yasama organı iki yoldan birini tercih etmek durumundadır: Bu yollardan biri açıkça anayasa tarafından saptanmış olandır ve diğeri ise yasama organı tarafından karar-

30 Ibid., s. 208. Ayrıca bakınız: Hans Kelsen, “The Concept of the Legal Order”, Çev. Stanley L. Paulson, 27 Am. J. Juris. 64 (1982), s. 70.

31 Kelsen, PTL (1967), s. 273.

laştırılındır. Bununla birlikte farklılık ikinci yönteme göre çıkarılacak yasaların özel bir usulle iptal edilebilmesindedir; ancak bu yasalar da iptal edildikleri ana kadar hukuksal olarak geçerli yasalardır.”³²

Hans Kelsen hukuk normunun alternatif karaktere sahip olması durumunu *General Theory of Law & State* adlı yapıtında da şöyle açıklamaktadır:

“Yasa yapma sürecindeki usul ve gelecekteki yasaların içeriğiyle ilgili anayasa hükümleri yasaların sadece anayasaca belirtildiği ve ifade edildiği biçimde yapılabileceği anlamına gelmez. Anayasa yasa koyucuyu bir başka biçimde ve bir başka içerikle de yasalar yapabilmesi bakımından yetkilendirebilmektedir. Anayasa, yasa koyucunun anayasanın pozitif hükümlerini uygulamasını uygun görmediğinde, anayasa yerine yasaların usulünü ve içeriğini belirlemesi hususunda yetkilendirmektedir. Nasıl ki, mahkemeler belirli koşullarda yasaları veya örf ve adet hukukunu uygulamayıp onların yerine yasa koyucu gibi hareket ederek yeni bir hukuk kuralı yaratabiliyorsa, olağan yasa koyucu da belirli koşullarda anayasa koyucu gibi hareket etme noktasında yetkilendirilebilir. Eğer yasama organının çıkardığı yasalar anayasaca belirlenen içerik ve usul dışında yapılsalar da geçerli olarak kabul ediliyorsa, yasa yapıyla ilgili anayasa kurallarının alternatif karaktere sahip olduğunu kabul etmemiz

bir zorunluluktur. Anayasa yasa koyucuyu ya anayasada doğrudan belirlenen normları ya da kendisinin belirleyeceği başka normları uygulamada yetkilendirmektedir. Aksi düşünüldüğünde yapıları ve içerikleri anayasaca doğrudan belirlenmiş buyruklara uymayan yasalar geçerli kabul edilemezlerdi.”³³

Hans Kelsen uzun yaşamı boyunca saf hukuk teorisinde önemli bazı değişiklikler yapmış olmasına rağmen “anayasaya aykırı yasa” ile ilgili görüşünü değiştirmemiştir. Kelsen hukuk felsefesi ile ilgili ölümden sonra yayımlanmış son çalışması olan *General Theory of Norms (Normların Genel Teorisi)* adlı yapıtında bu konuda eski görüşlerini tekrarlamaktadır:

“... şu belirtilmelidir ki, ‘anayasaya aykırı’ yasa olarak adlandırılan yasa pozitif hukuka göre geçerli bir yasa olabilir, ama anayasada düzenlenen özel bir usulle örneğin özel bir mahkemenin kararıyla anayasaya aykırı bu yasanın geçerliliği ortadan kaldırılabilir. Böyle bir durumda normlar çatışması söz konusu değildir. Çünkü söz konusu norm geçerliyse aynı zamanda anayasal bir normdur da; yani anayasa yasa koyucunun söz konusu yasayı çıkarmasına izin vermektedir denebilir, ama aynı anayasa özel bir usulle bu yasanın iptal edilebileceğini de hükme bağlayabilir.”³⁴

32 Ibid., s. 274.

33 Kelsen, *GTLS* (1945), s. 156. Hans Kelsen *Pure Theory of Law* adlı yapıtının ilk baskısında (Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*” Çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley (Oxford: Clarendon Press, 1992) da şöyle demektedir: “Örneğin, eğer anayasaya aykırı yasa olasılığı varsa –yani yürürlükteki anayasa hükümleriyle uyumlayan bir içerikte veya anayasadaki usule uyulmadan çıkarılmış geçerli bir yasa söz konusuysa m- bu sadece şöyle yorumlanabilir: Anayasa sadece anayasaya uygun yasaların değil (belirli bir anlamda), anayasaya aykırı yasaların da geçerliliğini kabul etmektedir. Aksi düşünül-

Hans Kelsen'in belirttiği gibi, anayasada yazılı kurallara uymayan bir yasa anayasaya uygunluk denetimi sonucunda anayasaya aykırı bulunarak iptal edilene veya yasa koyucu bu yasayı değiştirene kadar geçerlidir. Böyle bir yasa Kelsen'e göre ikinci yolu izlemektedir. Ancak burada Stanley L. Paulson'un çok haklı olarak belirttiği gibi, Kelsen'in amacı yetkililere bir seçenek sunmak değildir. Kelsen'in sözleriyle "anayasa ikinci yolu dışlayamamasına rağmen, ilk yolu yeğlemektedir." Ancak anayasa ikinci yolu bütünüyle dışlayamamaktadır; çünkü hatalar, Paulson'ın ifadesiyle *erata*, hukuk yaşamının bir gerçeğidir. Bu gerçeğe rağmen anayasa hukuk düzeninin sınırlarını korumak için ilk yolu tercih etmektedir. Bu ilk yolun tercih edildiği anayasa yargısının kabul edildiği durumlarda çok açıktır.³⁵

Uluslararası andlaşmalarla iç hukuk arasında çatışma söz konusu olabileceğinden uluslararası hukukta da normun alternatif karaktere sahip olması söz konusudur. Kelsen'in sözleriyle uluslararası hukukta durum şöyledir:

"Uluslararası bir andlaşmayla devlet bir azınlığın mensuplarına çoğunluğa verdiği siyasal hakların aynısını tanımakla yükümlü tutulmasına rağmen, ulusal yasalar azınlığa mensup kişileri bu haklardan yoksun kılabilir – bununla birlikte bu çelişki ne andlaşmanın ne de yasaların geçerliliğini etkiler. Durum tam olarak, bu nedenle hukuksal düzenin birliği konusunda herhangi bir kuşkuya neden olmadan, devletin hukuksal düzeni içindeki durumun bire bir benzeridir. Anayasaya aykırı yasa olarak adlandırılan yasa da, anayasa askıya alınmadan veya de-

düğünde anayasaya aykırı yasanın geçerliliğinden söz edilemezdi. Anayasanın anayasaya aykırı yasa olarak nitelendirilen yasanın geçerliliğini amaçladığı, anayasanın yasaların sadece belirli bir biçimde ve belirli bir içerikle (veya belirli bir içeriğe sahip olmadan) çıkarılabileceğini değil, anayasada emredilenden farklı bir biçimde veya içerikte de çıkarılabileceği, bu durumda yasaların yok hükmünde kabul edilmeyebileceği ve anayasada belirtilen usule göre –örneğin anayasa mahkemesince– iptal edilene kadar geçerli olabileceği gerçeğinden anlaşılmaktadır (s. 72)." Yine Kelsen bu yapıtta şunları belirtmektedir: "Alt-seviyedeki normun içeriğini ve çıkarılmasını sağlayan üst-seviyede yer alan normun anlamı, üst-seviyedeki normun ilk koşulunun ihlal edilmesi durumunda bir diğer hükmü dikkate almadan anlaşılamaz. Burada üst-seviyedeki normun alt-seviyedeki normu belirlemesi alternatif şart (hüküm veya kural) karakterine sahiptir (s. 74) ..." Kullandığımız bu çeviri Hans Kelsen'in 1934 tarihli *Pure Theory of Law* adlı kitabının çevirisidir (bizim kullandığımız metinde bu kitabın 2002 tarihli tıpkı baskıdır).

34 Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, Çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University Press, 1991), Bölüm 29, s. 125. Bu kitap Kelsen, GTN (1991) olarak kısaltılmıştır. Kelsen 1973 yılında 91 yaşında öldüğünde geriye hukuk felsefesiyle ilgili çok sayıda üzerinde çalışılmış yazılar bıraktı. Bunlar 1979 yılında *Allgemeine Theorie der Normen* adıyla Almanca olarak basıldı. 1991 yılında da İngilizce çevirisi yayımlandı. Kelsen yaşamının son döneminde yeniden hukuk felsefesiyle ilgilenmiştir. Bu söylenenlerin yanında şunu da belirtelim ki, Hans Kelsen *Essays in Jurisprudence in Honour of Roscoe Pound*'da 1962'de yayımlanan "Derogation" başlıklı yazısında da "anayasaya aykırı yasanın" pozitif hukuka göre geçerli olduğunu, ancak anayasada öngörülebiyecek özel bir usulle geçerliliğinin iptal edilebileceğini belirtmiştir. Kelsen ortada bir normlar çatışması olmadığını çünkü yasanın geçerli bir yasa olduğunu, bu nedenle bu yasanın anayasal bir yasa olarak kabul edilmesi gerektiğini; yani yasa koyucunun anayasa tarafından bu tür yasalar çıkarma konusunda yetkilendirildiğini açıklamıştır. Bakınız: Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Selected and Introduced by Ota Weinberger (Dordrecht-Holland: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 272.

35 Paulson, op. cit., s. 192. Stanley L. Paulson bu konuda bence son derece etkileyici bir biçimde şu görüşleri belirtmektedir: "Hukukun takdire şayan özlemi iktidarın kullanılmasını sınırlandırmak ve böylece sosyal

ğiştirilmeden geçerli kalabilmektedir. Yasaya aykırı yargısal karar olarak adlandırılan karar da, geçerliliği bir başka karar ile kaldırılana kadar geçerli bir normdur."³⁶

"Uluslararası hukuk ulusal hukuk düzeni içeriğini anayasaya uygunluğun yargısal denetiminin kabul edilmediği bir anayasanın gelecekteki yasaların içeriğini belirlemesine benzer bir biçimde belirlemektedir."³⁷

Devrimler ve/veya darbeler siyasal otoriteleri ve o hukuk sistemindeki geçerlilik temelinin değişirse de, devrim öncesi hukuk sistemine ait çok sayıda norm yeni sistemde de bağlayıcılığını devam ettirmektedir. Nasıl oluyor da devrim sonrası çıkarılan normlar daha önce çıkarılmış normların geçerliliğine zemin sağlayabilmektedir? Eğer devrim veya darbe sonrası kabul edilen anayasa ile eski normlar arasında herhangi bir sistematik ilişki yoksa, bu normların yeni hukuk sistemine ait olmasının söz konusu olamaması gerekir. Kelsen bu sorunu şöyle çözümlenmektedir:

"...Genellikle devrimler sadece eski anayasayı ve bazı siyasal açıdan önemli yasaları yürürlükten kaldırır. Bilindiği gibi eski anayasaya göre çıkarılmış yasaların çok büyük bir bölümü geçerli kalır.

Ancak bu ifade uygun bir ifade değildir. Eğer yeni anayasaya göre de bu yasalar geçerli kabul ediliyorsa, bunun mümkün olabilmesinin tek nedeni bunların yeni anayasa tarafından açıkça veya üstü kapalı (zımni) bir biçimde geçerli kabul edilmiş olmasıdır. Burada yeni bir yasanın yaratılmasıyla değil, Roma Hukuku'nun Cermen Hukuku tarafından resepsiyonunda olduğu gibi, bir hukuk düzeninin normlarının bir diğer hukuku düzeni tarafından resepsiyonuyla karşılaşmaktayız. Ama böyle bir resepsiyon da bir hukuk yaratmadır; çünkü devrim sonucu ortaya çıkan anayasa tarafından alınan hukuk normlarının geçerliliğinin nedeni sadece yeni anayasa olabilir. Bu normların içerikleri değişmemektedir, ama geçerlilik nedenleri değişmektedir. İşin aslında böyle bir durumda tüm hukuk düzeninin geçerlilik nedeni değişmiştir."³⁸

Pierluigi Chiassoni'ye göre Kelsen'in saf teorisi realist bir teori olarak da kabul edilebilir. Chiassoni'ye göre Kelsen'in saf hukuk teorisinin realist bir teori olarak kabul edilmesinin önemli bir nedeni de genel hukuk normlarının "alternatif bir hüküm" içerdiğinin bu teori bakımından kabul edilmesidir. Kelsen'in teorisine göre 'yasaya aykırı' normlar (örneğin mahkemelerin verdiği kararlar) veya

düzende keyfiligi azaltmaktır. Yani iktidara kısıtlamalar getirmek hukukun bir yönüdür ve bazı hukuk teorisyenleri bunu kastederek hukuku aklın bir yansıması olarak göstermektedir. Ama bir başka veçhe daha vardır. Hukuk sosyal düzende bir iktidar tezahürüdür de ve bu gerçek bize keyfilik –aklıselime karşı olarak- bütünüyle yok edilemeyeceğine inanmamız için yeterli bir gerekçe sunmaktadır. Kelsen'in geçerliliğe giden ilk yolu hukukun daha yüksekte yer alan özlülerinin gerçekleşmesi için araçlar sağlarken, ikinci yol maddi yetkilendirme biçimsel yetkilendirmeye tamamlandığı sürece kaçınılmaz olarak ortaya çıkan kalıntıya işaret edecektir (s. 193)."

36 Kelsen, PTL (1967), s. 330.

37 Ibid., s. 331.

38 Ibid., s.209.Ayrıca bakınız: Kelsen, GTLS (1945), s. 117-118. Bu konuda bir makale için bakınız: Jose Juan Moreso ve Pablo E. Navarro, "The Reception of Norms, and Open Legal Systems, Normativity and

‘anayasaya aykırı’ yasalar iptal edilene kadar geçerli kabul edilmektedir. Hans Kelsen’e göre hukukçuların ortaklaşa kullandıkları hukuksal işlemlerin ‘yokluğu’, yasaların ‘anayasaya aykırılığı’, mahkeme kararlarının ‘yasalara aykırılığı’ ve buna benzer kavramların hukukun gerçekte işleyişine uygun olarak tanımlanması gerekmektedir.³⁹ Normlar hiyerarşisinde altta yer alan normla üstte yer alan norm arasında bir çatışma söz konusu olduğunda, hukuk bilimi yorum yoluyla üstte yer alan normda varolduğu kabul edilen üstü örtülü alternatif şart nedeniyle, üstteki norma içerik bakımından aykırı düzenlemeye izin verilmektedir. Kelsen’e göre bu nedenle de üstte yer alan normla altta bulunan norm arasında bir çatışma söz konusu olamaz. Hiç kuşkusuz Pierluigi Chiassoni’nin belirttiği gibi, “Kelsen *her zaman* pozitif hukukun birbiriyle çatışan normlarla dolu, zaman zaman anlamsız hatta absürd olabilen insanlar tarafından yaratılmış yapay bir şey olduğunun farkındadır.”⁴⁰ Ve işte bu nedenle “normun alternatif karaktere” sahip olması tezini geliştirmiştir.

HANS KELSEN’İN “NORMUN ALTERNATİF KARAKTERİ” TEZİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

H.L.A. Hart dahilerin de aydınlatıcı ve öğretici hatalar yapabildiğini belirttikten sonra, Kelsen’in en önemli hatasının hukuksal olarak geçerli yasaların birbirleriyle çatışamayacağı ve bu geçerli yasaların zorunlu olarak tek bir sistem oluşturduğu doktrininde yattığını belirtmiştir. Hart, Kelsen’in bu hatalarından önemli derslerin çıkarılabileceğini belirtmektedir. Hart’a göre söz konusu yasa (yasa B) gerçekte geçerliliğini bir başka yasadan (A yasası) alması, yani B yasasının geçerliliğini A yasasının sağlaması ve aynı sistem içinde o sistemin parçası olması sadece geçerlilik ilişkisinin yasaların içeriklerine dayanmasından kaynaklanmaz. Önemli olan bir ülkedeki mahkemelerin veya hukuku belirleyen organların B yasasının o ülkenin hukukun parçası olduğunu belirlerken, A yasasını B’yi yasa olarak tanımanın gerekçesi olarak kabul etmeleridir.⁴¹

Kelsen’in geçerli yasaların birbirleriyle çatışamayacağı görüşüyle bağlantılı düşün-

Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 273-291. Bu yazıda Moreso ve Navarro normların resepsiyonunun hukukun sürekliliği ve hukuk normlarının geçerliliğiyle yakından ilişkili olduğunu iddia etmiştir. Yazarlar geleneksel teorinin devrim öncesi hukuk normlarının yeni hukuk sistemine ait olması nedeniyle bağlayıcı olduğu görüşünü eleştirmektedir. Moreso ve Navarro hukuk normlarının uygulanabilirliğiyle hukuk sistemine üyeliğini birbirinden ayırmakta ve sadece geçerli hukuk normlarının hukuk sisteminin üyesi olabileceğini; ama bu sisteme ait olmasa bile çok sayıda normun uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Devrim öncesi normlar yeni hukuk sistemine ait değildir, ama yazarlara göre bu normlar uygulanabilir ve hukuksal olarak bağlayıcıdır.

39 Pierluigi Chiassoni, “Wiener Realism”, Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law”, Luis Duarte d’Almeida, John Gardner ve Leslie Green, der. (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 139-140.

40 Ibid., s. 143.

41 Kelsen, GTN (1991), Bölüm 8, s. 28. Ayrıca bu konuda bakınız: Joseph Raz, The Authority of Law, İkinci Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2009). Raz’ın bu kitapta yer alan “Legal Validity” başlıklı yazısı 1977 yılında Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Bd. LXIII/3 adlı dergide yayımlanmıştır. Raz “Hukuksal Geçerlilik” başlıklı yazısında geçerlilikle ilgili şunları belirtmektedir: “Hukuk kuralı sadece ve sadece iddia ettiği normatif sonuçlara sahipse geçerlidir. Hukuk kuralı sadece ve sadece belirli bir ülkede

lebilecek olan normun alternatif karakteri tezi de eleştirilmiştir. Şimdi bu eleştirileri görelim.

Eugenio Bulygin'in Görüşleri:

Hans Kelsen'e göre bir normun geçerli olması o norma uyulması gerektiği anlamına gelir. Normun geçerli olması o normun var olması demektir. Kelsen hukuksal geçerlilik konusunda şunları belirtmektedir:

"Normlar vardır demek ne anlama gelmektedir? Normlar nasıl 'var olmaktadır', yani nasıl bilinebilmektedir? ... Belli ki normlar fiziksel olarak algılanabilir gerçekler gibi bilinmemektedir. Bu şu anlama gelmektedir: Olgusal gerçekler 'var olurlar'; buna karşılık bir normun olması veya olmaması, yani normun 'var olması' veya olmaması ifade edilmek istendiğinde şu söylenmek istenmektedir: Norm 'geçerlidir'. Veya norm geçersizdir. Normun 'geçerliliği' bir olgunun varlığından farklı olan onun özgül 'varlığıdır'. Bir norm geçerlidir demek bir olgu vardır demeye benzer. Ancak norm bir olgu değildir. Norm ve olgu birbirlerinden ayırt edilmelidir. Belirli bir davranışı emreden, izin veren veya yetki veren bir normun

geçerli olduğunu söylemek, kişinin normun emrettiği gibi davranması gerektiğini söylemek demektir ve bu 'olması gereken' bir değerlendirmedir. Bir olgunun var olduğunu söylemek ise 'olan' ile ilgili bir değerlendirme olmaktadır.⁴² Kelsen'e göre geçerli olmayan norm norm değildir; yani var olan bir norm olamaz.⁴³ Daha önce ayrıntılı bir biçimde açıklandığı gibi, Kelsen'e göre olağan hukuksal düşüncede normlar hiyerarşisinde altta yer alan norm üstte yer alan normun açık hükümleriyle çatışsa da geçerli ve bağlayıcı kabul edilmektedir. Kelsen bu geçerliliğin nedenini üstte yer alan normda açık hükümlerin yanında, üstü kapalı bir hükmün bulunmasına bağlamaktadır. Bu üstü kapalı hüküm üstte yer alan normun açık hükümlerine aykırı olsa da altta yer alan normun çıkarılabilmesine yetki vermektedir. Bir başka deyişle, normlar hiyerarşisinde üstte yer alan normlar alternatif karaktere (terimlere) sahiptir. Bir başka deyişle, normlar hiyerarşisinde altta yer alan normun çıkarılabilmesi için gerekli açık koşulların yanında, bu koşullara uymayan normların da çıkarılabilmesini sağlayan üstü kapalı yetkilendirme söz

yürürlükteki bir hukuk sistemine ait ise veya o ülke içinde uygulanıyorsa, yani sistematik olarak geçerliyse hukuksal olarak geçerlidir (s. 153)". Yine bu yazıda Raz şunları belirtmiştir: "Hukuksal olarak geçerli olmayan bir kural hiçbir biçimde hukuksal kural değildir. Geçerli bir yasa yasadır; geçerli olmayan yasa yasa değildir. Benzer bir biçimde geçerli bir kural kuraldır ve geçerli olmayan kural kural değildir. Bu son nokta tartışmalıdır (s. 146)".

42 Hans Kelsen, "On the Basis of Legal Validity", Çev. Stanley L. Paulsoni The American Journal of Jurisprudence 26 (1981), s. 180.

43 Kelsen, GTN (1991), Bölüm 8, s. 28. Ayrıca bu konuda bakınız: Joseph Raz, The Authority of Law, İkinci Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2009). Raz'ın bu kitapta yer alan "Legal Validity" başlıklı yazısı 1977 yılında Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Bd. LXIII/3 adlı dergide yayımlanmıştır. Raz "Hukuksal Geçerlilik" başlıklı yazısında geçerlilikle ilgili şunları belirtmektedir: "Hukuk kuralı sadece ve sadece iddia ettiği normatif sonuçlara sahipse geçerlidir. Hukuk kuralı sadece ve sadece belirli bir ülkede yürürlükteki bir hukuk sistemine ait ise veya o ülke içinde uygulanıyorsa, yani sistematik olarak geçerliyse hukuksal olarak geçerlidir (s. 153)". Yine bu yazıda Raz şunları belirtmiştir: "Hukuksal olarak geçerli olmayan bir kural hiçbir biçimde hukuksal kural değildir. Geçerli bir yasa yasadır; geçerli olmayan yasa yasa değildir. Benzer bir biçimde geçerli bir kural kuraldır ve geçerli olmayan kural kural değildir. Bu son nokta tartışmalıdır (s. 146)".

konusudur. Ancak Kelsen üstte yer alan normun üstü kapalı hükmüne uymayla bu normun açık hükümlerine uymanın aynı değerde olmadığını da belirtmiştir. Hukuk sistemi normun açık hükümlerine uymayı yeğlemekte ve onu desteklemektedir. Hukuk sistemlerinde genellikle altta yer alan norm üstte yer alan normun açık metinden saptığında alttaki normun iptali için çeşitli usuller belirlenmektedir.

Carlos Santiago Nino'nun Kelsen'in tezine yönelttiği eleştirileri anlayabilmek için Eugenio Bulygin'in konu hakkındaki görüşlerini de incelemek gerekmektedir. Zira Bulygin, Nino ile Kelsen arasında adeta bir köprü görevi ifade etmektedir. E. Bulygin'e göre Kelsen'in geçerlilik kavramı hukuk normlarının üç değişik özelliğini tanımlamaktadır. Bunlar normlar hiyerarşisinde üstte yer alan normun hükümlerine uygun normun çıkarılması (bu aynı zamanda hukuk normunun hukuk sistemine üyeliği olarak da tanımlanmaktadır), normun kendine has varlığı ve normun bağlayıcı karaktere sahip olmasıdır. Bulygin'e göre Kelsen'de geçerlilik kavramının belirsizliği nedeniyle geçerliliğin bütün bu anlamları eş süreli olarak ele alınmakta ve bu nedenle de geçersiz normlar sorunu bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır. Kelsenci anlayışta normlar hiyerarşisinde üstte yer alan bir normun hükümlerine uymayan;

ama aynı zamanda da yetkili bir otorite tarafından iptal edilene kadar bağlayıcılığını koruyan normların olması bir çelişki gibi görülmektedir. Hans Kelsen geçerliliğini bu iki farklı anlaşılışını (bağlayıcılık ve üst norma uygunluk) birbirinden ayırmadığı için üstte yer alan norma uymayan normların bağlayıcılığını ve ortaya çıkan mantıksal çelişkiyi üst normda olduğunu ileri sürdüğü zımnî alternatif hükme başvurarak çözmektedir. Bulygin'e göre yanlışlık hukuk sistemine ait olmayan bir normun da zaman zaman bağlayıcı olabileceğinin görülmemesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, Joseph Raz'ın meşhur örneği olan⁴⁴ milletlerarası özel hukuk kurallarına göre bazı durumlarda yabancı hukuk kuralları uygulanabilmektedir. Bu yabancı hukuk kuralları o hukuk sistemine ait değildir. Bulygin'e göre anayasaya aykırı yasalar da aynı durumdadır. Anayasaya aykırı yasalar o hukuk sistemine ait değildir; çünkü anayasanın belirlediği koşullara uygun olarak çıkarılmamışlardır. Buna rağmen iptal edilmedikleri sürece anayasaya aykırı yasaların uygulanmalarına devam edilir.⁴⁵

Burada Bulygin'e bir eleştiri yöneltilebilir: Farklı iki yasa koyucu tarafından çıkarılan normlar, egemenlik alanında uygulanacak yasa koyucu tarafından iptal edilemez; çünkü bu normlar başka bir yasa koyucu tarafından ihdas edilmiştir. Öte

44 Ibid., s. 149. Raz bu konuda aynen şunları söylemektedir: "Kuşkusuz çoğu hukuk sistemleri sistemin bir parçası olmayan çok sayıda kuralı tanımakta ve uygulamaktadır. Hukuk sisteminin S milletlerarası özel hukuk kuralları hangi koşullarda yabancı hukukun S'ye göre hukuksal olarak geçerli olacaklarını belirleyen yasalaradır." Raz hukuk sistemine üyeliğin hukuksal geçerliliği noksatsız bir biçimde açıklayamayacağını belirtmektedir. Raz'a göre hukuksal geçerlilikle hukuk sistemine üyelik birbirleriyle kısmen ilişkilidir.

45 Eugenio Bulygin, "Cognition and Interpretation of Law", Cognition and Interpretation of Law, Letizia Gianformaggio ve Stanley L. Paulson, derleyenler (Torino: Giappichelli, 1995), s. 18-19.

yandan egemenlik alanında uygulanacak bazı hükümler ise, o egemenlik alanının yasa koyucusu tarafından kamu yararı veya kamu güvenliği gerekçeleriyle uygulanmayabilmektedir. Bu anlamda milletlerarası özel hukuktaki atıf hükümleri gereği diğer bir devletin yasalarının başka bir devlette geçerli olarak uygulanmasının temel dayanağı yine o devletin atıf kuralları, başka bir deyişle egemenlik yetkisine göre yaptığı bir düzenleme veya anayasası olmaktadır denebilir.⁴⁶

Carlos Santiago Nino'nun Görüşleri:

Carlos Santiago Nino'ya göre ise alternatif zımnî yetkilendirme nitelendirilmeden ve sınırlandırılmadan kullanılacak olursa rahatsız edici bir durum söz konusu olacaktır. Nino'ya göre anayasaların yasaların her türlü içerikle çıkarılabilmesine izin vermesi düşünülemez. Anayasalar belirli içeriklere sahip yasalara öncelik vermekte ve çoğunlukla bu içeriklere sahip olmayan yasaların iptali için de belirli usuller belirlemektedir. Ayrıca Nino'ya göre, yetkilendirme, usul ve içerik gereklerinin mantıksal olarak birbirine bağımlılığı dikkate alındığında, zımnî alternatif hüküm sadece içeriği değil, aynı zamanda üst normun belirlediği usul ve yetkilendirmeyi de kapsar. Kelsen'e göre herhangi bir usulle ve herhangi bir içerikle çıkarılan her norm, o hukuk sisteminde geçerli bir norm olabilmektedir. Bu ise Nino'ya göre kabul edi-

lemez görünmektedir; çünkü bu durumda her türlü iktidar eğer "etkili" ise *hukuksal iktidara dönüşmektedir*.⁴⁷

Normun bağlayıcı güce sahip olduğu ve uygulanması gerektiği anlamındaki geçerlilik anlayışı, bizi bir normun çıkarılmasını o sistemde daha üstte yer alan norm tarafından yetkilendirilmesi gerektiği sonucuna götürmektedir. Nino'ya göre bu Kelsen'in teorisinde geçerliliğin baskın anlaşılışı olan normun bağlayıcı güce sahip olması normun o hukuk sistemine üyeliğiyle eş süreli olmadığını göstermektedir. Hukuk sistemlerinde bu sistemlere ait olmayan bağlayıcı normlar olabilir. Nino'ya göre Hans Kelsen bağlayıcılıkla o normun hukuk sistemine üyeliğini eş süreli varsaydığından hukuksal normların geçerliliğine yaptığı atıfların çoğu muğlak kalmaktadır. Hans Kelsen anayasa aykırı yasa gibi temel bir sorunla karşılaştığında, yani hukuksal sisteme ait olmayan geçerli ve bağlayıcı normların varlığı açık hale geldiğinde, Kelsen eş sürelilik doktrinini gererek üstte yer alan normların üstü kapalı bir biçimde (sisteme ait olan) bağlayıcı normların çıkarılmasına yetki verdiğini iddia etmiştir.⁴⁸

Nino'ya göre belirli koşullarda anayasaya aykırı yasaların veya yasaya aykırı idari kararnamelerin geçerliliğini veya bağlayıcı gücünü sağlayan normların varlığı, Hans Kelsen'in alternatif yetkilendirme tezini desteklemektedir. Ancak Kelsen ile

46 Bu eleştirinin kaynağı meslektaşım Ali Acar'dır.

47 Carlos Santiago Nino, "A Philosophical Reconstruction of Judicial Review", *Cardoza Law Review* 14 (1992-1993), s. 806-807.

48 *Ibid.*, s. 808. Eugenio Bulygin bu konuda Nino'nun haklı olduğunu ve Kelsen'in ciddi bir yanlış yaptığını belirtmektedir. Bulygin'e göre Kelsen'in bu görüşü bizi sadece hukuksal sisteminin üyesi olan normların bağlayıcı olduğu sonucuna götürmektedir. Bakınız, Eugenio Bulygin, "An Antinomy in Kelsen's Pure The-

Nino arasında şu farklılar bulunmaktadır: İlk olarak Nino'ya göre anayasaya aykırı yasaya geçerlilik sağlayan normlar bu tür yasalaşmaya yetki vermemekte; sadece ortaya çıkan yasayı uygulama ve bu yasaya uygun davranma yükümlülüğünü getirmektedir. İkinci olarak bu normlar her türlü hukuk sisteminin gerekli öğeleri değildir. Bunlar sistemin pozitif ve olası parçaları olup, açıkça değil, üstü kapalı ve geleneksel bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Son olarak yasaya aykırı normların uygulanmasını gerektiren normlar genellikle normlar arasında ayrımcılık yapar. Anayasaya aykırılığı saptanmamış olma gibi negatif koşullar yanında, söz konusu normların belirli pozitif koşulları da taşınması gerekir. Üstü kapalı pozitif bir koşul da, söz konusu *yasanın* belirli bir *yasallık görünüşüne ve rengine sahip* olmasıdır. O halde Nino'ya göre bunlar bir normun "sistemin normu" olmamasına rağmen, yine de anayasanın üstü kapalı hükümlerine göre uygulanması zorunlu bir norm olabileceğini bize göstermektedir.⁴⁹ Nino'nun önerisi bağlayıcı güç olarak geçerlilikle üstte yer alan normun hükümlerine uygunluk (yani yetkilendirme ve hukuk sistemine üyelik) anlamında geçerlilik arasındaki farklılığa dayanmaktadır. Nino'ya göre bağlayıcı güç olarak geçerliliğin alanı daha geniştir ve bu yolla geçerli olmayan (yetkilendirilmemiş)

bazı normlar da uygulanabilmektedir.

Nino'nun Kelsen'in normun geçerliği ile ilgili görüşleriyle ilişkili eleştirilerine benzer eleştirilerle birlikte, "normun alternatif karakteri" konusunda farklı bir sonuca varan Bert Van Roermund'un söylediklerine de değinmek gerekir. Roermund, Kelsen'in "anayasaya aykırı yasa" açmazını çözmek için ortaya attığı "normun alternatif karakteri" tezine gerek olmadığını belirtmiştir. Roermund "yasaya aykırı yargısal kararlar" veya "anayasaya aykırı yasa" sorununda şöyle bir yol izlemektedir: Roermund normun varlığını onaylayan *geçerlilikle bağlayıcılığı* birbirinden ayırmaktadır. Roermund'a göre bağlayıcı norm, varlığı resmi bir biçimde kabul edilen normdur. Geçerli norm ise varlığı bilimsel olarak belirlenen normdur. Gelişmiş hukuk sistemlerinde geçerliliklerinin bilimsel olarak izlenebileceği iddiasıyla normları yetkili makamlar koyarlar ve normları koymakla birlikte bu normların bağlayıcılığını da ilan etmiş olurlar. Normların geçerli oldukları iddiası aksi ispat edilebilir bir iddiadır. Bu iddianın aksi ispat edilene kadar ise normun uygulanmasına devam edilir. Böyle bir ayırım yapıldığında geçerli olmayan normlar bağlayıcı olabildiği gibi, bağlayıcı olmayan geçerli normlar da söz konusu olabilmektedir.⁵⁰

ory", Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 310. Joseph Raz hukuk sistemine uygun çıkarılan hukuksal açıdan geçerli her kuralın hukuk sisteminin bir parçasını oluşturmayabileceğini belirtmektedir. Bakınız: Raz, op. cit., s. 149.

49 Nino, op. cit., s. 808-809. Nino bu makalesine kısaltılmış bir biçimde şu kitabında da yer vermiştir: Carlos Santiago Nino, The Constitution of Deliberative Democracy (New Haven & London: Yale University Press, 1996), s. 186-216. Ayrıca bakınız: Carlos Santiago Nino, "Confusion Surrounding Kelsen's Concept of Validity", Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 253-261.

Jose Juan Moresa ve Pablo E. Navarro da hukuk normlarının *geçerliliği* ile *uygulanabilirliği* ayırımına dayanarak "anayasaya aykırı" yasa konusuna çözüm getirmek istemişlerdir. Anayasaya aykırı yasa geçersiz bir normdur; ama anayasa mahkemesi yanlışlıkla yasanın geçerli bir yasa olduğuna karar verebilir. Moresa ve Navarro'ya göre hukuk normlarının anayasallığı sadece anayasa mahkemelerinin kararlarıyla belirlenebilecek bir şey değildir. Yetkili olmayan bir makam tarafından çıkarılan hukuk normları anayasa mahkemesi aksini söylese de geçersiz normlardır. Anayasa mahkemesi kararı bu durumda sadece bu normun uygulanabileceğini belirlemiş olmaktadır. Yani mahkeme yanlışlıkla bir normun anayasaya uygun olduğuna karar vermesi durumunda o norm uygulanabilir bir norm olmasına rağmen, hukuk sisteminin geçerli bir normu olmayacaktır. Anayasaya aykırı normlar hukuk sistemi tarafından benimsenmiş normlar olarak kabul edilebilir. Böyle bir benimsenmenin nedeni hukuk sistemlerinin önemli bir özelliği olan uyumsuzlukların çözülmesi mekanizmasına sahip olması gerektiği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Yargılamayla ilgili kurallar fonksiyonlarını hukuksal uyumsuzlukları resmi bir biçimde çözümledikleri ölçüde yerine getirebilirler. Hukuksal sürecin sosyal avantajlarını elde etme hatalı yargısal karar olasılığını kabul etmeyi gerektirir. Ancak yazarlara göre hukuksal realizmin önemli eksikliklerin-

den ve hatalarından kaçınabilmek için nihai yargısal karar kavramıyla hatasız veya yanılmaz karar kavramını birbirinden ayırmak gerekmektedir.⁵¹

Ulises Schmill'in Görüşleri:

Hans Kelsen'e göre bir norm sadece normlar hiyerarşisinde üstte yer alan norma uygun olarak ve bu normun belirlediği biçimde çıkarılırsa varolabilir. Bir başka deyişle, ancak bu durumda bu norm geçerli bir normdur. Gelişigüzel çıkarılan, yani geçersiz norm için aslında bir *contradictio in adjecto*'dur; yani çelişkili veya tutarsızdır. "Geçerli norm" ifadesi de gereksiz bir ifadedir; çünkü bir norm zorunlu olarak geçerlidir ve eğer geçersiz ise o norm bir norm değildir. Ancak Hans Kelsen'in kabul ettiği gibi gelişigüzel, yani normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan norma uygun olmayan ve bu normun belirlediği biçimde çıkartılmayan bir sürü norm vardır. Bu normlar varlıklarını korumakta ve zaman zaman anayasa mahkemelerinde iptalleri için haklarında davalar açılmaktadır. Ortada bir açmaz söz konusudur. Kelsen bu açmazı yetki veren normun anlamını yeniden formüle ederek aşmaya çalışmıştır. Kelsen'e göre yetki veren norm, özellikle anayasa, alternatif karaktere sahiptir; yani yetki veren normda zımnî alternatif bir hüküm bulunmaktadır. Bu alternatif kurala göre anayasaya aykırı norm anayasa mahkemesi tarafından iptal edilene kadar geçerliliğini korumaktadır.⁵²

50 Bert van Roermund, "Norm-claims, Validity and Self-Reference", Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 11-18.

51 Moreso ve Navarro, op. cit., s. 288.

52 J. W. Harris, "Kelsen's Concept of Authority", Cambridge Law Journal, 36 (1977), s. 358-359.

Ulises Schmill'e göre de bir ikilemele karşı karşıyayız. Ya hukuksal düzenin çelişiklere izin verdiğini ve bu nedenle tutarlı mantıksal birliğin olmadığını ya da Kelsen'in zımnî alternatif hüküm tezi-ni kabul etmek durumundayız. Bu durum Schmill'in de belirttiği gibi, Kelsen'in de-ğişik düzeydeki normlar arasında çelişiklerin olmadığı bir hukuksal düzen görüşüyle çelişmektedir. Yetki veren normun alternatif hükme sahip olduğu biçiminde anlaşılması o normun normatif anlamını yok etmekte-dir; çünkü bu durumda normlar birer toto-lojiye dönüşmektedir. Yani normun içeriği A'dır veya A değildir gibi çelişkili bir du-ruma dönüşmekte ve bu nedenle de böyle bir çelişkiyi içeren norm için aslında hiç-bir davranışı düzenlememektedir. Varolan normun yani geçerli normun düzenli, yani kurallara uygun olması gerekir. Ama hu-kuksal düzende üstte yer alan normla çelişik hükümler içermesine rağmen geçerli normlar oldukları kabul edilen çok sayıda norm bulunmaktadır. Bu durumda üstte yer alan norm kurallara uygun olmayan geçer-li normların ortaya çıkmasını engeller bir biçimde kurallara uymayan normların ge-çerliliğine izin verecek bir şekilde formüle edilmelidir. Eğer Kelsen üstteki normun alternatif bir hükme sahip olduğunu kabul etmeseydi, kurallara uymayan normların norm olamayacağını kabul etmek durumun-da kalacaktı. Bu durumda ise Kelsen geçerli olan, ama daha sonra yetkili bir organ ta-rafından örneğin anayasa mahkemesince geçerli olmadıkları belirlenen normlar ger-çeğini inkar etmek durumunda kalacaktı.⁵³

Ulises Schmill ortaya çıkan paradoksu şöyle çözmeye çalışmıştır: Normu uygu-lamadan sorumlu süje söz konusu normu incelemeli ve bu normun kurallara uygun olup olmadığına karar vermelidir. Eğer normun kurallara uygun olduğuna karar verirse bu normu uygulamalıdır. Buna karşılık normun üst normca belirlenmiş koşullara ve gereklere uygun olmadığına karar verecek olursa, o normu geçersiz (null) olarak kabul etmeli ve o olaya uy-gulamamalıdır. Schmill'e göre bir normun geçerliliği veya geçersizliği uygulanmama yoluyla saptanabilir. Normun kurallara uy-gun olup olmadığını belirlemede sorumlu organ yargısal organlardır. Eğer bir nor-mun uygulanmaması, o normun geçersiz-liğini gösteriyorsa, normun uygulanması da o normun geçerli ve kurallara uygun bir norm olduğunu ortaya çıkarmaktadır. Bu kavramlar birbirleriyle karıştırılma-malıdır. Bir normun varlığı fiziksel olarak gözlemlenebilen ampirik bir veriyi tem-sil eder. Ortada normu yaratan bir eylem söz konusudur (Varlık $E = R1 (ai, nj)$). Normun uygulanması eylemi ise o normu geçerli bir norm durumuna getirmektedir (Geçerlilik $V = R2 (nj, ai+1)$). Normun fonksiyonu bu eylemle yani uygulanmay-la gerçekleştirilmiş olur. Uygulama normu geçerli hale getirmektedir. Hukuk alemin-de sadece izole edilmiş münferit normlar söz konusu olamaz. Normlar görece olarak oldukça uzun zincirler oluşturur. Norm çı-karma ve bu normları uygulama eylemleri normların kendi aralarındaki düzenliliği ve uyuşumu dikkate alınarak gerçekleştirilir.

53 Ulises Schmill, "The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts", Law and Philosophy, 19 (2000), s. 305.

Bazı normların geçerliliği; yani bu normların uygulanması, uygulanacak normun temelini temsil eden normlar açısından düzenli norm olmalarını gerektirir (Kurallara Uygunluk $R = R3 (n_j, n_{j-1}, 2...B)$). Durum böyle olduğunda normu uygulayan organ uygulanan normu geçerli bir norm haline getirmiş olur ve bu normun norm olarak fonksiyonunu yerine getirmesini sağlar. Bu davranış üst normun anlamına uygun olarak belirlenir. Yani normun geçerliliği (uygulanması) o normun kuralara uygun olmasına bağlı olmaktadır. Schmill'e göre bu bağımlılık da bireysel normların düzeni oluşturan unsurlar haline dönüşmesine neden olur.⁵⁴

Pablo E. Navarro'nun Eleştirileri:

Pablo E. Navarro "Anayasal Normların Etkililiği" başlıklı yazısında Hans Kelsen'in anayasanın etkili olmasına iki türlü açıklama getirdiğini belirtmektedir. Bunlardan ilki şöyledir: (E1) Anayasa *C* sadece ve sadece *C*'ye uygun olarak çıkarılan alt düzeydeki normlar etkili ise (yani büyük ölçüde uygulanıyor ve bu normlara itaat ediliyorsa) etkilidir.⁵⁵ Navarro etkililiğin bu anlaşılışını eleştirdikten sonra, Kelsen'e göre anayasanın etkililiğinin şöyle de açıklanabileceğini ileri sürmektedir: (E2) Anayasa *C* eğer alt düzeyde yer alan normlar anayasaya uygun olarak çıkarılırsa (yani *C*'nin norm çıkarma için belirlediği

usullere uygun olarak ve *C*'nin saptadığı organlar tarafından çıkarılırsa) etkilidir.⁵⁶

Navarro haklı olarak eğer Kelsen'in zımni (üstü kapalı) alternatif şart görüşü benimsenecek olursa, yani alt düzeyde yer alan normların sürekli hukuksal bakımdan geçerli olarak çıkarıldıkları kabul edildiğinde, anayasal normların etkililiği ve özellikle (E2)'ye göre etkililiği bizi alt düzeydeki normların çıkarılmasını düzenleyen anayasal normların her zaman için etkili olduğu sonucuna götüreceğini belirtmektedir. Eğer yasa yapma sürecini düzenleyen anayasal normlar üstü kapalı bir biçimde usulsüz yöntemlerle veya anayasaca yasaklanmış içerikle çıkarılmasına da yetki verebildiği yolundaki Kelsen'in doktrini kabul edilecek olursa ve bunun yanında eğer (E2)'ye göre anayasal normların etkililiği benimsenirse, yani anayasanın etkili olup olmadığı alt düzeydeki normların geçerli bir biçimde çıkarılması ölçütüne bağlanacak olursa, ister istemez anayasaların daima etkili olduklarını kabul etmek gerekecektir. Ortaya önemli bir sorun çıkmaktadır; o da (E2)'nin işe yaramaz bir hale gelmesidir. Bir başka deyişle, anayasanın etkili olup olmadığını belirlenmesinde alt düzeydeki normların geçerli bir biçimde çıkarılması olduğunu söylemenin yukarıdaki açıklama karşısında hiçbir anlamı kalmamaktadır.⁵⁷

54 Ibid., s. 308-309. Stanley L. Paulson ve Bert Van Roermund Ulises Schmill'in görüşlerinin Kelsen'in 'tacit alternative clause' ('zımni alternatif şart') doktrininden daha savunulur olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yazarlara göre Kelsen'in bu görüşü hukukta normatif anlayışı zedelemektedir. Bakınız: Stanley L. Paulson ve Bert Van Roermund, "Kelsen, Authority and Competence: An Introduction", Law and Philosophy, 19 (2000), s. 130.

55 Pablo E. Navarro, "The Efficacy of Constitutional Norms", Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 87.

56 Ibid., s. 91.

57 Ibid., s. 94.

Kelsen'e göre hukukta herhangi bir norm geçerliliğini daima normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan bir başka normdan alır. Anayasa hukuk sistemindeki diğer bütün normların geçerliliğini temellendiren ve normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan pozitif bir norm olduğundan hiyerarşide altta yer alan normların geçerliliğini belirleyebilmek için anayasanın da hukuksal açıdan geçerliliğinin belirlenmesi gerekir. Hans Kelsen'e göre anayasanın geçerliliği daha üstte yer alan temel norma atıfla yapılmaktadır. Bu açıklamalardan hareketle Pablo E. Navarro ister (E2)'ye ister (E1)'e göre olsun anayasanın etkililiğinin altta yer alan normlara bağlı olduğunu bize göstermektedir. Anayasanın etkililiği sadece alt düzeydeki normların var olmalarıyla belirlenebilecek bir şeydir. Ancak anayasanın etkililiği anayasanın geçerliliğinin bir koşulu olduğuna göre (anayasa etkili olduğunda temel normu varsaymanın bir anlamı olacaktır) kısır döngüye girmeden anayasanın alt düzeydeki normların geçerliliğine temel oluşturması imkansızdır. Yani aynı anda altta yer alan normların geçerliliği anayasanın etkililiğiyle ve anayasanın etkililiği de altta yer alan normların geçerliliğiyle saptanmaktadır.⁵⁸

KELSEN'İN "NORMUN ALTERNATİF KARAKTERİ" GÖRÜŞÜ NASIL ELE ALINABİLİR?

Hans Kelsen'in anayasaya aykırı yasa veya yasaya aykırı bireysel normlar gibi "kuralsız normlar" (irregular norms) olgusunu ele alış son derece ilginçtir. Mo-

dern hukuk sistemlerinde Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Yüksek Mahkeme veya Avrupa ülkelerinde yer alan anayasa mahkemeleri gibi mahkemeler değişik hiyerarşik düzeyde yer alan normlar arasındaki çatışmaları çözmek üzere yetkilendirilmiştir. Ülkemizde Anayasa Mahkemesi yasa yapma organının çıkardığı yasaları anayasaya aykırı bulduğunda bunları iptal edebilmektedir. Anayasaya aykırı bulunularak iptal edilen yasa hukuk sisteminden kaldırılmış olur. Ancak şu da bilinmektedir ki, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce veya Anayasa Mahkemesinin önüne gelmeyen bir norm hukukçularca anayasaya aykırı olarak kabul edilebilir ve bu nedenle de söz konusu normun geçersiz olduğu iddia edilebilir. Bir başka deyişle, anayasa mahkemesince iptal edilerek yürürlükten kaldırılmadan önce anayasaya aykırı olan ve bu nedenle de geçersiz olduğu söylenebilecek normlar mevcuttur. Stephen Munzer buradan hareketle bir normun hukuksal geçerliliği ile varlığı özdeş değildir demektedir. Yani Munzer'e göre bir normun varlığı, o normun hukuksal olarak geçerli olduğu anlamına gelmeyebilir.⁵⁹

Hukukçuların bir bölümüne doğal gelebilecek bu durum, Kelsen tarafından kabul edilmemektedir. Hans Kelsen hukuksal geçerlilikten ne anladığını şöyle açıklamaktadır:

"İnsan davranışına atıfta bulunan bir normun geçerli olduğunu ileri sürmek, o normun bağlayıcı olduğunu –kişinin norm tarafından belirlenen biçimde davranması

58 Ibid., s. 94-95.

59 Stephen Munzer, Legal Validity (The Hague: Martinus Nijhoff, 1972), s. 13-14.

gerektiğini- söylemektir. ... (N)eden bir norm geçerlidir, neden bir kişi belirli bir biçimde hareket etmelidir sorusu bir olguyu ortaya çıkararak, yani olanı belirten bir ifadeyle yanıtlanamaz. Bir normun geçerliliğinin nedeni bir olgu olamaz. Bir durumdan, *olan* bir şeyden *olması gereken* ortaya çıkmaz; ve *olması gereken* bir şey *olan* bir şeyin nedeni olamaz. Bir normun geçerliliğinin nedeni sadece bir başka normun geçerliliği olabilir. Bir başka normun geçerliliğini temsil eden norm mecazen söyleyecek olursak alttaki norm ile bağlantılı olarak üstteki norm olarak ifade edilebilir.”⁶⁰

Riccardo Guastini Kelsen'in normun geçerliliği konusundaki görüşleri ve bunun sonucunda temel norm varsayımının ortaya çıkışını şöyle açıklamaktadır: Guastini'ye göre saf hukuk teorisinde normun *varlığı*, *bağlayıcı gücü* ve *geçerliliği* birleştirildiğinden temel norm kavramsal bir zorunluluk olmaktadır. Kelsen geçerlilik ile bağlayıcı gücü normun tanımsal özelliği olarak kabul etmektedir. Var olmayan norm Kelsen'e göre norm değildir. Kelsen'e göre varlık geçerlilikle aynı anlama geldiğinden, bağlayıcı olmayan bir norm norm değildir. Kelsen'in doktrininde geçerlilik daha üstte yer alan norm tarafından yetkilendirmeyi gerektirdiğinden, bağlayıcı güç ve varlık da üstte yer alan norm tarafından yetkilendirmeyi gerektirmektedir.

Saf teoride geçerli olmayan norm kavramı kabul edilemeyeceğinden, Kelsen var olan bir normun geçerliliğinin nedenini aramaya (daha üstte yer alan norm tarafından yetkilendirme) zorlanmıştır. Kelsen tarihsel olarak ilk anayasayla karşı karşıya kaldığında da iki olasılık ortaya çıkmıştır. Kelsen ya bu ilk anayasanın geçerliliğini, bağlayıcı gücünü ve varlığını kabul etmeyecektir; ki bu durumda hukuk sistemi geçerliliğini, bağlayıcı gücünü ve varlığını kaybetme durumunda kalacaktır; ya da anayasaya geçerliliğini, bağlayıcı gücünü ve varlığını verecek meta-anayasal bir norm varsayacaktır. İşte Kelsen bu nedenle temel norm varsayımına başvurmuştur.⁶¹ Kelsen bu hususu şöyle açıklamaktadır:

“Diğer bir normun geçerliliğinin nedenini temsil eden norm daha önce belirttiğimiz gibi 'üstteki' norm olarak adlandırılır. Ancak normun geçerliliğinin nedeni için yapılan arayış, etkinin nedenini araştırır gibi, sonsuza dek götürülemez. Bu arayış en son ve en üstte yer alan bir normun varsayılmasıyla sonlandırılmalıdır. Bu norm *varsayılmak* zorundadır çünkü böyle bir norm 'konamaz'; yani yetkisi daha üstte yer alan normdan kaynaklanan bir otorite tarafından yaratılamaz. Bu son normun geçerliliği daha üstte yer alan geçerliliği sorgulanamayan bir normdan elde edilemez. Bu şekilde varsayılan en üstteki norma bu kitapta temel norm denmektedir. Geçer-

60 Kelsen, PTL (1967), s. 193.

61 Riccardo Guastini, "The Basic Norm Revised", Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 69-70. Guastini Kelsen'in temel norm varsayımını hem gereksiz hem de çelişkili sonuçlara neden olması nedeniyle eleştirmektedir.

62 Kelsen, PTL (1967), s. 194-195.

lilikleri tek ve aynı temel norma ulaşan bütün normlar normlar sistemini, yani normatif düzeni oluşturur.”⁶²

Kelsen hukuksal geçerlilik kavramını mutlakçı bir biçimde ele almakta ve takdim etmektedir. Yani hukuksal geçerlilik ya vardır ya da yoktur.⁶³ Bunun nedeni Kelsen’in normun geçerliliğini o normun kendine özgü varoluşu olarak kabul etmesinden kaynaklanmaktadır.⁶⁴ Kelsen’e göre norma karşı norm olamaz. Çıkarılmasını düzenleyen normla çelişen hukuk normu geçerli bir hukuk normu değildir. Böyle bir norm yok hükmündedir ve yok olduğu için de bu norm iptal edilemez.⁶⁵ Yine Kelsen’e göre anayasaya aykırı yasa ifadesi kendisiyle çelişmektedir; çünkü bir yasa sadece anayasa temelinde geçerli olabilir. Eğer kişi bir yasanın hukuksal olarak geçerli bir yasa olduğunu düşünüyorsa, bunun nedeni bu yasanın anayasaya uygun çıkarılmış olmasıdır. Geçersiz bir yasanın anayasaya aykırı olduğu söylenebilir; çünkü geçersiz yasa yasa olarak ka-

bul edilemez. Kelsen’e göre böyle bir yasa yok hükmündedir.⁶⁶ Kelsen’e göre normlar hiyerarşisinde altta yer alan normla üstte yer alan norm arasında çatışma olamaz. Yani başka bir normun çıkarılmasını düzenleyen normla bu diğer norm arasında çatışma düşünülemez; çünkü altta yer alan normun geçerliliğinin nedeni üstte yer alan normdadır. Altta yer alan norm geçerli bir norm olarak kabul ediliyorsa, bu üstte yer alan norma göre geçerli demektir.⁶⁷

Jose Manuel Cabra Apalategui, Hans Kelsen’de normun içeriğiyle normun geçerliliği arasındaki ilişkiyi şöyle özetlemektedir: 1) Normlar iradi eyleminin anlamı olduğuna göre sadece üst düzeyde yer alan normun hükümlerine uygunluk, o normun geçerliliği, yani varlığı için yeterli değildir. 2) Zımnî alternatif şart doktrini nedeniyle geçerlilik normların koşullu bir özelliği olarak kabul edilemez. Bu nedenle alt düzeyde yer alan bir normun içeriğinin üst düzeyde yer alan norma uyması, söz konusu norm yetkili bir otorite tarafından

63 Graham Hughes, “Validity and the Basic Norm”, 59 California Law Review, (1971), s. 708.

64 Kelsen bu konuda şunları belirtmektedir: “Açıkça görülüyor ki normlar fiziksel olarak algılanabilir gerçekler gibi aynı yolla bilinmemektedir. Bir başka ifadeyle olgular ‘varolurlar’ iken bir normun ‘var olmasını’ veya var olmamasını kişi ifade etmek isterse şunu söylemek durumundadır: Bu norm ‘geçerlidir’. Veya bu norm geçersizdir. Bir normun ‘geçerliliği’ onun kendine has ‘var oluşudur’(s. 180).” Bu yazının bir başka yerinde de Kelsen bu konuda şunu söylemektedir: “Geçerli hukuksal düzene ait hukuk normu adil olduğu için değil anayasada belirlenmiş usullere uygun çıkarıldığı için geçerlidir” (s. 185). Bakınız: Hans Kelsen, “On the Basis of Legal Validity”, Çev. Stanley L. Paulson, 26 The American Journal of Jurisprudence (1981), s. 178-189.

65 Kelsen, PTL (1967), s. 267.

66 Ibid., s. 271.

67 Ibid., s. 80. Bu durumda Kelsen hukukçuların geçersiz normlar olarak adlandırdığı durumu daha önce de belirttiği gibi şöyle açıklamaktadır: Her yetki veren norm zımnî alternatif şart içermektedir. Yani Kelsen’e göre yetki veren normlar alternatifli olarak okunmalıdır. Yetki veren norm altta yer alan organların içerik ve usul bakımından belirlenen gerekere uygun veya uygun olmadan çıkarılmasına yetki vermektedir. Yasa yapmayı düzenleyen anayasa hükümleri alternatifli olarak okunmalıdır. Anayasa doğrudan veya doğrudan olmayan düzenlemeleri içermektedir. Yasama organı bunlardan birini seçebilir. Anayasanın yasaların

geçersiz ilan edilmediği sürece, o normun geçerliliği için zorunlu bir koşul değildir. 3) Objektif olarak geçerli olan, yani içeriği üst norma uygun olan bir norm dahi yetkili bir otorite tarafından geçersiz ilan edilebilir. Normun içeriğinin üstte yer alan norma uygun olması o normun geçerliliğini garantilememektedir. 4) Genel ve bireysel normların geçerliliği bu konudaki yetkili otoritenin kararına bağlıdır. Bu karar nihai karar olduğu için kurucu nitelikte bir karardır. Kelsen'in farklı hiyerarşik düzeyde yer alan normlar arasındaki çatışmalar sorununa getirdiği çözümünün, yasaya aykırı normların geçerliliğini kabul etmesi nedeniyle, normatifliği değil gerçeği gözettiği söylenebilir.⁶⁸

SONUÇ

Hukuk normunun alternatif karaktere sahip olması Kelsen'in saf hukuk teorisinin önemli ve ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır; çünkü bu yolla alta ve üstte yer alan normlar arasında çatışma ortaya çıkmamaktadır. Yine bu "zımnî alternatif şart" Kelsen'de "normatif düzenin birliği"

tezi açısından da önemlidir. Normun alternatif karaktere sahip olmasının gerekçesi Richard H.S. Tur'un belirttiği gibi⁶⁹ hukuksal pozitivizmin temel unsurlarında da bulunabilir. Kelsen'e göre kendini hukuk düzeni olarak takdim eden normlar sistemi esas olarak dinamik bir karaktere sahiptir.⁷⁰

Richard H.S. Tur'a göre Kelsen'de "kapsama" ilkesi yetki verme ilkesine bağlı kılınmakta ve şecere veya silsile içeriği alt etmektedir. Ama bu durumda da Tur'a göre her türlü geçerli norm yenilgiye uğratılabilmektedir. Hans Kelsen'e göre mahkemenin genel bir normu uygulamama ve "çerçeve" dışında yeni bir kural koymayı tercih edebilmesi hukuk düzeni kavramının gerekli bir özelliğidir. Bu ise geçerli bir normu uygulamama, dikkate almama, iptal etme ve mahkemenin kendisinin bulacağı farklı bir normu önündeki olayda uygulamama anlamına da gelebilir.⁷¹

Pierluigi Chiassoni, bir genel hukuk teorisi olarak, saf hukuk teorisinin realist bir teori olarak kabul edilebileceğini iddia etmektedir. Bunun önemli nedenlerinden

anayasaya uygunluğunun denetlenmesini yasama organından başka bir organa vermesi ve bu organın anayasaya aykırı gördüğü yasaları iptal edebilmesi, Kelsen'e göre anayasasının tercihinin birinci yol olduğunu; ama ikinci yolu da dışlamadığını ve yasaların iptal edilene kadar geçerli olduklarını ve uygulanmalarını gerektiğini göstermektedir.

68 Jose Manuel Cabra Apalategui, "Validity and Correctness in Kelsen's Theory of Legal Interpretation", <http://hdl.handle.net/10630/6051>. Bu yazı DFEFDF-Contribuciones a Congresos Cientificos'da bulunabilir. Bu doküman 2013-10-16 günü oluşturulmuştur.

69 Tur, op. cit., s. 251.

70 "Bir hukuk normu belirli bir içeriğe sahip olduğu için yani içeriği mantıksal olarak var olduğu farz edilen temel normdan çıkarılabildiği için değil, belirli bir biçimde çıkarıldığı için geçerlidir. ... Bu nedenle de bir yasanın içeriği her çeşit olabilir." Kelsen, PTL (1967), s. 198. "Son derece mahkemesinin kararına hukuk düzeninin nihai karar gücü vermesi acaba ne anlama gelmektedir? Bu şu anlama gelmektedir: Mahkemece yaratılacak bireysel normun içeriğini önceden belirleyen, mahkemece uygulanacak genel norm geçerliyse de, son derece mahkemesinin içeriği bu genel norma uymayan bireysel normu da geçerlidir." Ibid., s. 269.

71 Tur, op. cit., s. 252.

biri de Chiassoni'ye göre, Kelsen'in genel hukuk normlarının "zımnî alternatif şart" içerdiğini kabul etmesidir. Anayasaya veya yasaya aykırı normlar mahkemelerce iptal edilene kadar geçerli olarak kabul edilmektedir.⁷²

Kelsen'de farklı hiyerarşik düzeylerde bulunan iki norm arasında bir çatışma olduğunda, yorum yoluyla üstte yer alan normun zımnî alternatif şart içerdiği kabul edilmekte ve altta yer alan normun üstte yer alan norma aykırı bir içerikle çıkarılabilmesi mümkün olmaktadır. Bu da Kelsen'e göre normlar hiyerarşisinde üstte yer alan normla altta yer alan norm arasında herhangi bir çatışmanın mümkün olamayacağını göstermektedir.⁷³ Ayrıca Kelsen "zımnî alternatif şart" nedeniyle birbirleriyle çatışan normların her ikisinin de geçerli olabileceğini söylemekteydi. Örneğin bir devlet bir uluslararası anlaşmayla ülkesinde yaşayan azınlıklara bazı haklar tanımış olmasına rağmen, iç hukukunda bu hükümlere aykırı normlara sahip olabilmekte ve uluslararası anlaşmaya aykırı normlar iptal edilene kadar geçerli kabul edilmektedir. Yani birbirleriyle çatışan normlar aynı anda geçerli olabilmektedir. Bunlar Chiassoni'ye göre Kelsen'in teorisinin realist yönler taşıdığını bize göstermektedir.⁷⁴ Chiassoni'nin bu söyledik-

lerinde büyük bir gerçeklik payı olduğunu kabul etmek gerekir.

Hans Kelsen'in hukuk düzeninde boşluklar ile bağlantılı görüşü normun alternatif karakteri teziyle birlikte ele alındığında Kelsen'in realist yönlerinin oldukça güçlü olduğu kanısı daha da güçlenmektedir. Kelsen hukuk düzeninde boşlukların olamayacağını iddia etmektedir. Hukuk iki elemanlıdır. Mahkemeler ya davacının istediklerini kabul edecektir ya da etmeyecektir. Bir başka deyişle, mahkeme ya genel norma göre herhangi bir çarenin söz konusu olmadığı gerekçesiyle davacının taleplerini reddedecektir ya da böyle bir genel normun bulunmamasını yetersiz, haksız ve adaletsiz bulacaktır. Böyle olduğunda da mahkeme somut dava için yeterli, haklı ve adil bulduğu bir norm yaratacak ve o normu o davada uygulayacaktır. Kelsen'e göre bu durumda mahkeme yasa koyucu gibi hareket etmektedir.⁷⁵ Hans Kelsen mahkemelerin hukuk yaratma işlevleri hakkında şunları yazmaktadır:

"Mahkemeler özellikle son derece mahkemeleri kararlarıyla sadece o dava için bağlayıcı bireysel normlar değil, genel normlar yaratmada da yetkilendirilebilir. Bu yargı kararı emsal karar haline geldiğinde, yani o davada verilen karar benzer davalara da yol gösteriyorsa ortaya çıkar.

72 Chiassoni, op. cit., s. 139-140.

73 Ibid., s. 142.

74 Ibid., s. 148. Bu noktada Pierluigi Chiassoni'nin "Kelsen her zaman pozitif hukukun, insan eliyle yapılmış bir şey olması nedeniyle, birbiriyle çatışan normlarla dolu olduğunu ve bir çok bakımdan anlamsız hatta absürd olabileceğinin farkındaydı." ifadesine de katılmamak mümkün değildir. Ibid., s.143.

75 Kelsen, GTLS (1945), s. 145; Kelsen, PTL (1967), s. 245.

76 Kelsen, PTL (1967), s. 250, 251.

... Mahkemelerin hukuk yaratma fonksiyonları emsal karar verme yoluyla genel norm yaratmada yetkilendirildiklerinde özellikle göze çarpar bir duruma gelmektedir. Bir mahkemeye, özellikle de son derece mahkemesine böyle bir yetki vermek; eğer mahkeme belirli koşullarda varolan hukukun genel bir normunu uygulamayarak, kendi takdirine göre, bir başka deyişle pozitif hukukun genel bir normu tarafından içeriği önceden belirlenmemiş bir bireysel hukuk normu yaratmada yetkilendirilmişse özellikle dikkate değerdir. Böyle bir karara emsal karar niteliği vermek sadece mahkemelerin hukuk yaratma fonksiyonunun istikrarlı bir şekilde genişlemesi anlamına gelir.”⁷⁶

Önemli bir nokta da Kelsen'in "normun alternatif karakteri" konusundaki görüşlerinin bizi her türlü siyasal rejimi kabul etme sonucuna götürebileceği yolundaki eleştirilerdir. Kuşkusuz Kelsen demokrasiye ve özgürlüklere bağlı bir düşündürdür. Kelsen'in inceleme konusu yaptığımız normun alternatif karaktere sahip olması tezi de Kelsen'in her türlü anayasayı veya yasayı kabul edeceği anlamına gelemmez. Hans Kelsen "anayasaya aykırı" yasa ile ilgili "Hukuksal Düzen Kavramı" başlıklı yazısında açıkça hak ve özgürlüklerin anayasa yargı yoluyla korunduğu hukuk düzenini diğer düzenlerden ayırmıştır. Kelsen bu konuda şunları söylemektedir:

"Normatif hiyerarşide farklı düzeylerdeki hukuk normları arasında çatışma ortaya çıkamaz, çünkü üst seviyede yer alan norm alt seviyede yer alan normun geçer-

liliğinin temelidir. Alt seviyedeki norm üst seviyedeki normla, yani çıkarılmasını düzenleyen normla uyumlu olduğu için, bir başka ifadeyle alt seviyedeki norm üst seviyedeki normun emrettiği gibi çıkarıldığından geçerlidir. Şüphesiz 'anayasaya aykırı' yasa ifadesi kullanılmaktadır, ama bu terminoloji yanıltıcıdır. Kendini bir yasa gibi takdim eden metin baştan itibaren hükümsüz ise bu durumda hiçbir biçimde bir yasaya, yani geçerli bir norma sahip değiliz demektir. Ancak genellikle yapıldığı gibi, *geçerli* yasa anayasaya aykırı olarak nitelendiriliyorsa, örneğin bir yasa anayasada güvence altına alınmış ifade özgürlüğünü kısıtlıyorsa o zaman iki durumu birbirinden ayırt etmemiz gerekir. Bu durumlardan ilkinde anayasa böyle bir yasanın iptal edilebileceğini ... ama iptal edilene kadar yasanın geçerli olacağı yolunda bir düzenleme getirmektedir. İptal *erga omnes* olarak yani genel olarak gerçekleşebilir ve çok açık nedenlerle istisnai bir yol olsa da iptal kararı geçmişe yürütülebilir. Veya ikinci durumda eğer mahkeme "anayasaya aykırı" bulduğu yasayı uygulamama yetkisine sahipse ... ve davayı yasayı dikkate almadan kararlaştırabiliyorsa, sonuç açıkça *inter partes* olan yargısal kararlar yasa bir yana itilmekte ve karar sadece somut davanın taraflarına uygulanmaktadır. ... 'Anayasaya aykırı' yasa olarak adlandırılan yasa geçerli olduğu sürece anayasaya uygun bir yasadır; yani bu yasa baştan itibaren geçersiz bir yasa olmayıp, sadece özel bir usulle iptal edilebilen bir yasadır.”⁷⁷

77 Hans Kelsen, "The Concept of the Legal Order", Çev. Stanley L. Paulson, 27 Am. J. Juris. 64 (1982), s. 70-71.

“Geçerli bir yasanın anayasaya aykırı olarak nitelendirildiği ikinci tür durumda da (yukarda gösterildiği gibi) anayasa özgürlükleri veya vatandaşların eşitliğini güvence altına almakta; ama bu özgürlükleri ve eşitliği kısıtlayan yasanın anayasada saptanan belirli bir usulle (yukarda anlatıldığı üzere) ne *erga omnes* iptal edilebilmesine ne de böyle bir yasanın bir yargı kararıyla bir kenara itilerek *inter partes* bir çarenin uygulanabilmesine imkan vermektedir. ... Geçerli bir yasa olarak bu yasa anayasaya uygun bir yasadır. Ancak anayasada özgürlükleri ve vatandaşların eşitliğini güvence altına alan anayasal hükümler hukuksal olarak anlamsız olarak kabul edilmelidir. Anayasal hükümlere uymayan yasaların ‘anayasaya aykırı’ olarak adlandırılmasının hiçbir hukuksal anlamı yoktur. ‘Anayasaya aykırı’ olarak nitelendirme herhangi bir yasanın adaletsiz olarak adlandırılmasında olduğu gibi, sadece ahlaksal veya siyasal bir öneme sahip olabilir. Anayasa olarak nitelendirilen hukuksal belgeler hukuksal açıdan anlamsız materyaller içerebilmektedir. Bu tür belgeler sıklıkla siyasal ve hukuksal doktrinler yanında, bütünüyle normun sübjektif anlamından yoksun ve bu nedenle de objektif bir şekilde norm yani hukuk olarak yorumlanamayacak diğer ifadeleri de içerir.⁷⁸

Yukarıdaki alıntıdan anlaşılacağı gibi Hans Kelsen’in tercihi hak ve özgürlüklerin anayasalarda yer aldığı ve anayasa

yargısının olduğu bir sistemdir. Richard H.S. Tur hem Kelsen’in hem de Hart’ın kuramlarının demokratik hukuk sistemine, yani yasaların siyasal olarak üstte yer alanlarca değil, bu yasalara tabi olanlarca yapılabildiği bir sistem olasılığına açık olduğunu vurgulamaktadır. Tur’a göre bir hukuk kuramının hukuku anlamamıza yardımcı olması yanında, gerçeklere uyması ve normatif olarak da çekici olması gerekmektedir. Sadece demokratik olmayan düzenlemelerin hukuk olduğunu savunan bir kuram ahlaksal nedenlerle reddedilmelidir.⁷⁹ Kelsen’in kuramı demokratik düzenlemelere açık bir kuramdır. Hans Kelsen’in hukuk felsefesi alanındaki görüşleri incelenirken Kelsen’in hak ve özgürlüklere ve anayasa yargısına büyük önem verdiği ve kuramının da demokrasiyi ve hukuk devletini dışlamadığı önemle göz önüne alınmalıdır.

78 Ibid., s. 71. Benzer görüş için ayrıca bakınız: Kelsen, PTL (1967), s. 272-276.

79 Richard H.S. Tur, “Variety or Uniformity”, Reading H.L.A. Hart’s The Concept of Law, Luis Duarte D’Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, derleyenler (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 57-58.

KAYNAKLAR

- Apalategui, Jose Manuel Cabra "Validity and Correctness in Kelsen's Theory of Legal Interpretation", <http://hdl.handle.net/10630/6051>. Bu doküman 2013-10-16 günü oluşturulmuştur.
- Bulygin, Eugenio, "Cognition and Interpretation of Law", *Cognition and Interpretation of Law*, Letizia Gianformaggio ve Stanley L. Paulson, derleyenler (Torino: Giappichelli, 1995), s. 11-35.
- Bulygin, Eugenio, "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory" *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007)
- Bulygin, Eugenio, "Kelsen on the Completeness and Consistency of Law", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 225-243.
- Chiassoni, Pierluigi, "Wiener Realism", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 131-162.
- Ebenstein, William, "The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought", *59 California Law Review* (1971), s. 617-652.
- Friedmann, W., *Legal Theory*, Beşinci Baskı (New York: Columbia University Press, 1967).
- Gomez, Patricia Cuenca, "A Consideration of Hans Kelsen's Pure Theory of Law", *Papeles el tiempo de los derechos*, No. 3 (2010), s. 1-16.
- Guastini, Riccardo, "The Basic Norm Revised", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 63-74.
- Harris, J. W., "Kelsen's Concept of Authority", *Cambridge Law Journal*, 36 (1977), s. 353-363.
- Hart H.L.A. *The Concept of Law*, 3. Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2012).
- Hart, H.L.A., "Answers to Eight Questions" (1988), *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Luis Duarte D'Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, derleyenler (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 279-297.
- Hughes, Graham, "Validity and the Basic Norm", *59 California Law Review*, (1971), s. 695-714.
- Kammerhofer, Jörg, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (London: Routledge, 2011).
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Çev. A. Wedberg (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945).
- Kelsen, Hans, "On the Pure Theory of Law", *Israel Law Review*, Vol. 1 (1966), s. 1-7.

- Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, Çev. Max Knight (California; University of California Press, 1967).
- Kelsen, Hans, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Selected and Introduced by Ota Weinberger (Dordrecht-Holland: D. Reidel Publishing Company, 1973).
- Kelsen, Hans, “On the Basis of Legal Validity”, Çev. Stanley L. Paulson, 26 *The American Journal of Jurisprudence* (1981), s. 178-189.
- Kelsen, Hans, “The Concept of the Legal Order”, Çev. Stanley L. Paulson, 27 *Am. J. Juris.* 64 (1982), s. 64-84.
- Kelsen, Hans, “On the Theory of Interpretation”, Çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson, *Legal Studies*, (July 1990), s. 127-135.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, Çev. Michael Hartney (Oxford: Clarendon Press, 1991).
- Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*” Çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley (Oxford; Clarendon Press, 1992).
- Kletzer, Christoph, “Kelsen’s Development of the *Fehlerkalkül* Theory”, *Ratio Juris*, Vol. 18 (2005), s. 46-63.
- Moreso, Jose Juan ve Pablo E. Navarro, “The Reception of Norms, and Open Legal Systems”, *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 273-291.
- Munzer, Stephen, *Legal Validity* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1972).
- Navarro, Pablo E., “The Efficacy of Constitutional Norms”, *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d’Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 77-99.
- Nino, Carlos Santiago, “A Philosophical Reconstruction of Judicial Review”, *Cardoza Law Review* 14 (1992-1993), s. 799-846.
- Nino, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy* (New Haven & London: Yale University Press, 1996).
- Nino, Carlos Santiago, “Confusion Surrounding Kelsen’s Concept of Validity”, *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 253-261.
- Paulson, Stanley L., “Material and Formal Authorisation in Kelsen’s Pure Theory”, *Cambridge Law Journal*, 39 (April 1980), s. 172-193.
- Paulson, Stanley L. ve Bert Van Roermund, “Kelsen. Authority and Competence: An Introduction”, *Law and Philosophy*, 19 (2000), s. 125-130.
- Roermund, Bert van, “Norm-claims, Validity and Self-Reference”, *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d’Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 11-41.

- Raz, Joseph, *The Authority of Law*, İkinci Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2009).
- Schmill, Ulises, "The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts", *Law and Philosophy*, 19 (2000), s. 283-310.
- Troper, Michel, "The Logic of Justification of Judicial Review", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1 (2003), s. 24-38.
- Tur, Richard H.S., "The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 245-258.
- Tur, Richard H.S., "Variety or Unhiformity", *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Luis Duarte D'Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, derleyenler (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 37-58.
- Uluşahin, Nur, "Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, Cilt II, Anayasa Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), s. 675-737.