



## HANS KELSEN'İN "NORMATİF ALTERNATİFLER KURAMI" NIN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ

*The Review of Hans Kelsen's "Theory of Normative Alternatives"*

**Prof. Dr. Mehmet TURHAN\***

"The function of a constitution is the grounding of validity."\*\*

### Öz

Bu makalede Hans Kelsen'in "normatif alternatifler kuramı" eleştirel bir gözle ele alınmıştır. Normatif alternatifler kuramına göre normun normlar hiyerarşisinde üstte yer alan norma uygun olması gerekirse de bunun böyle olacağına bir garantisi de yoktur. Alttaki yer alan normun yaratılışını ve içeriğini belirleyen üstte yer alan norma uygun olmaması, özellikle alt normun, üstte yer alan norm tarafından öngörülen içerikten başka bir içeriğe sahip olması olasılığı dışlanamaz. Kelsen'e göre anayasaya aykırı yasayı anayasa mahkemesi anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edene kadar anayasaya aykırı yasa geçerliliğini koruyacaktır. Benzer biçimde özgün yorumlama yoluyla uygulanacak normun çerçevesinin tamamen dışında bir norm da oluşturulabilir. Bu yazıda Kelsen'in "normatif alternatifler" ve "çerçeve dışında" yargısal yorum başlıklı görüşlerinin "gerçekçi" veya "irrasyonalist" görüşler olarak düşünülebileceği vurgulanmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Normatif Alternatifler Kuramı, Hukuk Normları Arasındaki Çelişkiler, Hukuksal Geçerlilik, "Kognitif Yorum" ve "Otantik Yorum", Hukuksal *Errata*, Realizm, İrrasyonalizm.

\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, mehturhan@outlook.com.tr, ORCID ID: 0000-0001-8285-2183

\*\* Kelsen, H. (1986). *The Function of a Constitution*, (çev. Stewart, I.), içinde Tur, R. ve Twining, W. (der.), *Essays on Kelsen*, Oxford: Oxford University Press, s. 119.  
Yukardaki cümle şöyle çevrilebilir: "Anayasanın fonksiyonu geçerliliği temellendirmektir."

### **Abstract**

In this article, Hans Kelsen's "the theory of normative alternatives" has been handled critically. Although the norm should conform to the upper norm in the hierarchy of norms, according to the theory of normative alternatives, there is no guarantee that this will be so. The possibility that the underlying norm does not comply with the upper norm, which determines its creation and content, especially the possibility that the lower norm has other content than the content predicted by the upper norm cannot be excluded. According to Kelsen, the unconstitutional statute will remain valid until the constitutional court annuls the unconstitutional statute due to its unconstitutionality. Similarly, a norm can be created completely outside the framework of the norm to be applied through original interpretation. In this article, it was emphasized that Kelsen's views titled "normative alternatives" and "judicial interpretation outside the frame" can be considered as "realistic" or "irrationalist" views.

### **Keywords**

Theory of Normative Alternatives, Conflicts between Legal Norms, Legal Validity, "Cognitive Interpretation" and "Authentic Comment", *Legal Errata*, Realizm, Irrationalism.

## GİRİŞ

Hiç kuşkusuz Hans Kelsen yirminci yüzyılın en önemli hukuk filozofları arasındadır. Joseph Raz'ın Kelsen için söylediklerine katılmamak mümkün değil:

“Kelsen’in ilgi alanları ve yaratıcı dürtüleri olağanüstüdür. Anayasa hukuku, uluslararası hukuk, ahlak felsefesi, siyaset teorisi ve hukuk felsefesi alanlarına yaşamı boyunca canlı bir ilgi göstermiştir. Bu alanların tümüne, değerli ve uzlaşmaz yansımalarının meyvelerini getirerek önemli katkılar yapmıştır. Birçok konuda Kelsen’in katkıları kalıcıdır ve uzun yıllar boyunca öğrencileri ve akademisyenleri teşvik etmeye devam edecektir<sup>1</sup>.”

Kelsen hukuksal pozitivisttir ve yaşamı boyunca birçok makalesinde ve yazdığı kitaplarda her türlü doğal hukuk kuramını eleştirmiştir. Doğal hukuk kuramına göre bir metnin yasa olarak nitelendirilebilmesi ya ahlaki olarak meşru bir otorite tarafından yürürlüğe girmesi ya da yasanın kendisi de asgari adalet ve ahlak standartlarına uyması durumunda söz konusu olabilir. Kelsen ise hukuku toplumsal bir olgu olarak görür ve bir toplumu yönetmeye yönelik gücün örgütlenmesinin bir yöntemi olarak kabul eder. Hukuk bu hâliyle ahlaki bir değere sahip olabilir veya olmayabilir<sup>2</sup>.

Pierluigi Chiassoni, Kelsen’in hukuk anlayışı konusunda şunları belirtmiştir:

“Bana öyle geliyor ki Kelsen’in eserlerinde altmış yıldan fazla süredir var olan derin, kalıcı bir fikir var; bu fikrin saf hukuk teorisinin tam merkezinde yattığı söylenebilir. Mümkün olduğunca açık bir ifadeyle Kelsen her zaman gerçekçi bir hukuk bilimi geliştirmek ve teşvik etmek için çaba göstermiştir. Saf Hukuk Teorisinin bir bütün olarak altında yatan, bir başka deyişle hukuksal gerçekçilik için istikrarlı bir epistemolojik bir tercih söz konusudur<sup>3</sup>.”

Hans Kelsen’e göre genel hukuksal normların üstü kapalı alternatif hüküm içerdiği şeklinde anlaşılmalıdır. Normatif alternatifler kuramı saf

---

<sup>1</sup> Raz, J. (1981). “The purity of the Pure Theory”, *Revue Internationale de Philosophie*, Vol. 138, s. 441. Bu makale şu kitapta da yer almıştır: Kelsen, H. (1986). s. 79. Çeviri tarafımdan yapılmıştır.

<sup>2</sup> Hans Kelsen’in doğal hukuk eleştirisi için bkz. Kelsen, H. (2000). *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science Collected Essays by Hans Kelsen*, New Jersey: The Law Book Exchange, LTD.

<sup>3</sup> Chiassoni, P. (2013). Wiener Realism, içinde Duarte d’Almeida, L., Gardner, J. ve Green, L. (der.) *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford: Hart Publishing, s. 131-132.

hukuk kuramı için önemlidir ve ayrıca Kelsen'in "gerçekçiliğini" gösteren önemli bir kuramdır.

## I. HUKUK KURALLARI ARASINDAKİ ÇELİŞKİLER

İki hukuk kuralı arasındaki çelişki, "her iki kuralın birlikte uygulanmasının mümkün olmaması veya birini uygulamanın, kaçınılmaz olarak veya olasılıkla diğerini ihlal [edeceği]"<sup>4</sup> durumunda ortaya çıkar. Bir noktaya dikkat etmek gerekir. İki hukuk kuralının birbiriyle çalışması ile bir fiilin, bu iki kuraldan birine uygun olup diğerine aykırı olması veya onu ihlal etmesi (önermesi/çıkarması) veya bir kimsenin birbiriyle çelişkili iki hukuk kuralı karşısında davranışına rehber edinecek nihai bir sonuca varamaması birbirinden farklı hususlardır. Bu fark, pratikte pek anlam ifade etmese de *hukuki geçerlilik* ve *çelişki* kavramlarının analizi açısından önemli bir teorik farktır ve bu nedenle bu ikisi birbiriyle karıştırılmamalıdır. İlk durumda, iki hukuk kuralının dilinden veya kuralların formüle edilmişinden hareketle bir çelişki olup olmadığı söz konusuysen, diğer durumda, söz konusu fiilin iki hukuk kuralından hangisine uygun olup hangisini ihlal ettiği söz konusudur<sup>5</sup>. İkinci durumda, az sonra değinileceği üzere mantıksal bir çelişki vardır/olabilir tespiti yapmaya izin verirken ilk durumda mantıksal çelişki vardır çıkarımında bulunmak, literatürde eleştirilen ve yanlış olduğu değerlendirilen bir husustur<sup>6</sup>.

Akademik literatürde, özellikle de neredeyse bütün "Hukuka Giriş" kitaplarında belirtildiği üzere aynı düzeydeki iki norm arasında çelişki olduğu durumda, Roma Hukukundan beri gelen *yorum ilkelerine* başvurulmaktadır. Bu ilkeler günümüzde hukukta "doğruluğu kabul edilmiş önermeler"<sup>7</sup> olarak görülmektedir.

Hukuk kuralları arasında ortaya çıkan çelişkileri gidermenin başka farklı araçları da vardır. Üstü örtük (zımni) ilga bunlardan biridir. Bu noktada, farklı hiyerarşideki normlar arasında çelişki ortaya çıkması durumunda, çelişkiyi giderme aracı olarak benimsenen (zımni) ilga değil,

---

<sup>4</sup> Raz, J. (1981). s. 123.

<sup>5</sup> Munzer, S. (1973). "Validity and Legal Conflicts," *The Yale Law Journal*, V. 82, no. 6, s. 1144.

<sup>6</sup> a.g.e.

<sup>7</sup> Söz konusu ilkelerin Roma Hukuku içindeki tarihi gelişimine ve daha sonra bu ilkelerin çeşitli kullanımına dair bkz. Halpérin, J. L. (2012). "*Lex Posterior Derogat Priori, Lex Specialis Derogat Generali* Jalons Pour Une Histoire Des Conflits De Normes Centrée Ces Deux Solutions Concurrentes," *Revue d'Histoire du Droit* 80, s. 353-397. Türkçe Roma Hukuku sözlüğü için bkz. Umur, Z. (1975). *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.

*iptal edilebilirlik*dir. Ancak bu konunun “çelişki” kavramı ışığında ele alınmasına engel değildir. İptal edilebilirlik, hukuk kuralları arasındaki çelişkiyi gidermenin aracı olmakla birlikte bu, çelişkinin mutlak olarak giderileceği anlamına gelmemektedir çünkü anayasallık denetimini de kapsayan iptal edilebilirlik, bağılı bir araçtır; bir başka ifadeyle iptal edilebilirlik yoluyla çelişkinin giderilmesi tesadüfdir<sup>8</sup>. Bu tesadüflük, iptal edilebilirlik yetkisiyle donatılmış yetkili organın (anayasa mahkemesi veya idare mahkemesi) önüne bu istemle bir talep getirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır<sup>9</sup>.

Kaynağını Roma hukuku ve hukukçularından alan yorum ilkelerine<sup>10</sup> göre, bunlardan akla ilk gelenler şu şekilde belirtilebilir: *lex posterior derogat (legi) priori* (sonraki yasa önceki yasayı ilga eder.) kuralıdır. Bir diğeri, *lex specialis derogat (legi) generali* (özel kanun genel kanunu ilga eder). Son olarak *lex superior derogat legi inferiori* (üst yasa alt yasayı ilga eder.). İlkelerin adında da görüleceği üzere ilga terimi bu ilkelerde yer almaktadır. Bu ilkelerin hukuk kuralları arasındaki çelişkileri gidermede önemli bir araç oldukları belirtilmekte ve literatürde buna ilişkin sayısız kaynak yer almaktadır<sup>11</sup>.

Stanley L. Paulson, Kelsen’in altmış yıllık meslek döneminde en az üç farklı *lex posterior* kuralının statüsünü savunduğunu belirtmiştir. Kelsen’in bu görüşlerinden sadece biri pozitivist görünümündedir. Kelsen aşağı yukarı 1918’e kadar süren ilk evrede *lex posterior* kuralını hukuksal bir mantık ilkesi olarak ele almıştır. 1918’den yirmilerin ortasına kadar süren ikinci evrede Kelsen, Adolf Merkl’in etkisiyle radikal pozitivist

<sup>8</sup> İptal edilebilirlik veya anayasallık denetiminin mutlak olmadığı ve anayasaya aykırı yasaların geçerliliklerini koruyabilecekleri yönünde Kelsen tarafından ileri sürülen düşünce üzerine bir makale için bkz. Turhan, M. (2015). “Hans Kelsen’e Göre “Anayasaya Aykırı” Yasa,” içinde Çoban, A. R., Güleener, S., Sağlam, M.ve Ekinci, H. (der.) *Haşim Kılıç’a Armağan*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., ss. 351-386.

<sup>9</sup> Kaldı ki yapılacak bir araştırma gösterecektir ki sadece Türkiye’deki değil birçok hukuk sistemi, anayasaya aykırı yasalarla doludur ve bunlar, ilga edilmiş olarak değerlendirilmemekte, hukuk pratiğinde uygulanmaya devam etmektedir.

<sup>10</sup> Konuyla ilgili Türkçe literatürdeki ayrıntılı bir analiz için bkz. Gözler, K. (2013). “Yorum İlkeleri,” içinde Ergül, O. (ed.) *Kamu Hukukçuları Platformu- Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay., ss. 97-112.

<sup>11</sup> Belirtilen bu son ilke, yani *lex superior derogat legi inferiori*, sadece iptal edilebilirlik noktasında anlam ifade etmekte ve nitekim de bu şekilde uygulama bulmaktadır. Yoksa bir kanuna aykırı yönetmelik hükmü iptal edilene kadar hukuken yürürlükte kalmaktadır. Aynı şekilde anayasaya aykırı bir kanun da iptal edilene kadar yürürlükte kalmakta ve uygulanmaktadır. Roma Hukukunda Latince teknik terimler ve özlü sözler için bkz. Erdoğan, B. (2004). *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

bir görüşle bu kuralı açıklamıştır. Uzun süren üçüncü evre ise *Saf Hukuk Teorisi* (1960) adlı ünlü yapıtının ikinci baskısına kadar devam etmiştir. Kelsen 1960'a kadar *lex posterior* kuralını Neo Kantçı bir kural olarak ele almıştır. 1960'dan sonraki son dönemde ise Kelsen tekrar radikal pozitivist bir görüşle *lex posterior* kuralını açıklamıştır<sup>12</sup>.

Yasama organı; anayasa hükmüyle çelişen, yani anayasaya aykırı, bir yasa çıkarabilir ya da tali kurucu iktidar, bir anayasa değişikliğiyle bir başka anayasa kuralıyla çelişen veya çatışan bir başka anayasa kuralı da kabul edebilir. Farklı hiyerarşideki normlar arasında ortaya çıkan çelişkiyi giderme araçlarından biri de Kelsen'in belirttiği "normatif alternatifler"dir. Kelsen normatif alternatiflere şöyle bir örnek vermektedir: Bir devletin anayasası, ırklarına bakılmaksızın herkese eşit muamele edilmesini hükme bağlayabilir. Daha sonra yasa koyucu, yalnızca belirli bir ırkın kişilerine belirli uygulamalar getiren bir yasa çıkarabilir. İlk iki çelişkili normdan daha önceki norm geçerliliğini yitirir. İkinci durumda çelişen iki normun, yani anayasaya aykırı yasanın pozitif hukuka göre geçerli olabileceği, ancak geçerliliğinin de öngörülen özel bir usulle örneğin anayasada yer alan özel bir mahkemenin kararı ile kaldırılabilmesi de unutulmamalıdır. Bu durumda Kelsen'e göre herhangi bir norm çatışması yoktur çünkü söz konusu yasanın geçerli olması durumunda anayasal olduğu kabul edilmelidir, yani yasama organının böyle bir yasayı geçirmesi için anayasanın yetkilendirilmiş olduğu varsayılmalıdır. Ancak şu da belirtilmelidir ki bu "anayasaya aykırı" yasanın geçerliliği anayasada öngörülen özel bir usulle, örneğin anayasa mahkemesi tarafından yürürlükten kaldırılabilmesi olasılığı vardır<sup>13</sup>.

Özet olarak Kelsen'e göre farklı hiyerarşik düzeylere ait iki norm arasında bir çatışma meydana gelirse hukuk bilimi, yorum yoluyla daha yüksek normda kendisine aykırı olan alt normların da çıkarılabilmesine izin veren üstü örtük alternatif bir hükmün olduğunu kabul etmektedir. Kelsen'e göre normlar hiyerarşisinde daha yüksekte yer alan norm ile daha altlarda yer alan bir norm arasında hiçbir biçimde çatışma mümkün değildir<sup>14</sup>. Şunu belirtmek gerekir ki Kelsen her zaman insan yapımı olan

---

<sup>12</sup> Paulson, S. L. (1983). "On the Status of the *Lex Posterior* Derogating Rule", *The Liverpool Law Review*, Vol. 1, s. 5-6.

<sup>13</sup> Kelsen, H. (1962). Derogation, içinde Newman, R. A. (der.) *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, s. 352.

<sup>14</sup> Bkz. Chiassoni, P. (2013). s. 142.

pozitif hukukun çelişen normlarla dolu olabileceğini ve zaman zaman da anlamsız hatta saçma sonuçların da ortaya çıkabileceğini çok iyi bilmekteydi.

## II. RICCARDO GUASTINI'NİN KELSEN'İN "NORMATİF ALTERNATİFLER KURAMI" VE "GEÇERLİLİK" ANLAYIŞI KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLERİ

Saf hukuk teorisinde "geçerliliğin" nasıl anlaşılacağı veya anlaşılması gerektiği sorusunu yanıtlamak zordur. Kelsen'in yazılarında birçok farklı formülasyonlar bulunur ve bunlardan hangisinin geçerlilik kavramını veya geçerlilik kavramlarını tanımladığını açıklayabilmek kolay değildir. Bununla birlikte, Kelsen'in "geçerlilik" ifadesiyle yaptığı çalışmalarda iki farklı kavram arasında bir ayrım yapılabilir. Her iki geçerlilik kavramı da saf hukuk teorisinde önemli bir rol oynamaktadır. Bunlar normların bağlayıcılığı olarak geçerlilik ve hukuksal bir sistemde normun hukuk sistemine üyeliği olarak geçerlilik kavramlarıdır<sup>15</sup>.

Kelsen'in "geçerlilik kuramı" akademik çevrelerde kapsamlı bir biçimde özellikle de temel norm ile bağlantısı ele alınarak incelenmiştir. Eugenio Bulygin, Kelsen'in kuramında normatif geçerliliğin rolünü şöyle açıklamaktadır: Eğer kendi içinde geçerli olan bir normun varlığını varsaymazsak normun geçerliliği başka bir normun geçerliliğine göre ise o zaman geçerlilik zinciri sonsuz olmak zorundadır. Bu rol anayasa tarafından oynanamaz çünkü Bulygin'in söylediği gibi ilk anayasanın hukuksal bir sisteme ait olup olmadığını sormak mantıklı olmasa da belirli bir anayasanın bağlayıcı mı olduğu sorusu anlamlıdır. Açıkçası hiçbir norm tanım gereği bağlayıcı olamaz. İlk anayasanın geçerliliği ile ilgili soruya yanıt olarak Kelsen'in temel norma başvurmasının nedeni budur. O hâlde ilk anayasa, temel norm nedeniyle geçerlidir. Böylece temel norm, diğer normların geçerliliğinin nihai nedenidir<sup>16</sup>.

Kelsen geçerlilik kavramını şöyle açıklamaktadır:

"Geçerlilikle, normların spesifik varlığını kastediyoruz. Bir normun geçerli olduğunu söylemek, varlığını kabul ettiğimiz anlamına gelir veya -aynı anlama gelmek üzere- davranışları düzenlemeler

---

<sup>15</sup> Bulygin, E. (2015). The Problem of Legal Validity in Kelsen's Theory of Law, içinde Bernal, C., Huerta, C., Mazzaresse, T., Moreso, J. J., Navarro P. E. ve Paluson, S. (der.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, s. 312.

<sup>16</sup> a.g.e., s. 249.

bakımından "bağlayıcı gücü" olduğunu varsayıyoruz demektir. Hukuk kuralları geçerliyse normdur. Daha kesin ve açık olmak gerekirse, bunlar yaptırım içeren normlardır<sup>17</sup>."

Bu alıntıdan hareketle Riccarda Guastini şunları belirtmiştir: Başka bir deyişle bu görüşe göre normların geçerliliği, varlığı ve bağlayıcı gücü arasında kavramsal bir özdeşlik veya daha doğru bir söyleyişle ayrımsızlık vardır. Bunun sonucu Guastini'ye göre aşağıdaki üç cümlenin içeriğinin aynı anlamda olduğu söylenebilir:

- (a) Norm N geçerlidir.
- (b) Norm N vardır.
- (c) Norm N'ye uyulması gerekir.

Kelsen'in anlayışı bizi şu sonuçlara götürmektedir: İlk olarak söylenebilecek husus geçersiz normların var olamayacağı ve bağlayıcı güçlerinden de söz edilmeyeceği; ikinci olarak herhangi geçerli bir normun aynı zamanda bağlayıcı olacağı ve üçüncü olarak da var olan normun aynı zamanda geçerli olacağıdır<sup>18</sup>. Basit bir şekilde belirtmek gerekirse bir normun varlığı, belirli bir hukuk sistemine üyeliği anlamına gelir. Sonuç olarak eldeki sisteme ait herhangi bir norm mutlaka geçerlidir. Bununla birlikte, geçerlilik normlar hiyerarşisinde üstte yer alan ve "yetki" veren bir normun varlığına bağlı olduğundan var olan normların üstün bir norm tarafından yetkilendirilmesi gerekir<sup>19</sup>.

Bu nedenle Kelsen'e göre, var olan her normun üstün bir norm tarafından yetkilendirilmiş sayılması gerekir. Anayasa dışı bir yasa, yani *ex hypothesi* olan bir norm geçersiz midir? Kelsen'in yanıtı "evet"tir. Geçerlilik ve varlığın denkliği geçersiz bir normun yasal sisteme ait olmadığı anlamına gelir. Yani bu norm yasal bir norm değildir. Ancak şaşırtıcı bir şekilde, Kelsen oldukça farklı bir sonuca varmaktadır. Anayasanın cezai konularda geçmişi kapsayan yasa çıkarmayı yasakladığı bir sistemde geçmişteki olaylara uygulanabilir bir ceza yasasının çıkarıldığını düşünün. Böyle bir yasa anayasaya aykırı olduğu için geçersizdir. Bununla birlikte, fiili olarak

---

<sup>17</sup> Kelsen, H. (2006). *General Theory of Law and State*, Knight, M. (çev.), New Jersey, New Brunswick: Transaction Publishers, s. 30.

Orijinal baskı Harvard Üniversitesi tarafından 1949'da basılmıştır.

<sup>18</sup> Guastini, R. (2016). "Kelsen on Validity (Once More)", *Ratio Juris*, Vol. 29, No. 3 (September 2016), s. 402-403.

<sup>19</sup> a.g.e., s. 406.



böyle bir yasa anayasa mahkemesi tarafından hükümsüz ve geçersiz ilan edilmezse yani iptal edilmezse veya anayasa mahkemesi anayasal sistemde mevcut değilse ya da mahkeme geçersizliğini ilan etmediği için var olmaya devam eder ve geçersizliğine rağmen yine de hukuk sisteminde geçerli ve bağlayıcı bir normdur<sup>20</sup>.

Bu durumda şu sonuca varılabilir: Ceza yasalarına ilişkin anayasal hüküm üstü örtük bir alternatif içeriğe sahiptir. Yani ceza kanunlarına ilişkin anayasal hükümler üstü örtük alternatif bir içeriğe sahiptir. Eğer bu hüküm yasama organına hitap eden bir davranış kuralı olarak anlaşılırsa içeriği (az ya da çok) "Ceza kanunları geriye dönük veya geriye dönük olmamalıdır." şeklinde olacaktır. Eğer bu norm yetki veren bir norm olarak anlaşılırsa bu durumda içeriği şöyle olacaktır: Yasama organı, geçmişi kapsamayan ya da geçmişi kapsayan ceza yasaları çıkarmaya yetkilidir. İlk okumaya göre anayasal hükmün içi boştur, normatif içerikten yoksundur. Yani hiçbir şeye hükmetmemektedir. İkinci okumaya göre aynı anayasal hüküm, ceza kanunuyla bağlantılı yasalar çıkarma konusunda başka koşullar olmaksızın yani sınırsız normatif yetki vermektedir. Bu durumda, sonuçta, geçmişe yönelik yasaların yasallaşmasına karşı yasak sadece bir görünümünden ibarettir. Sisteme ait tüm normlar geçerli normlar olduğundan, sisteme üyelik kavramı yürürlükteki yasayı tanımlamak için yeterlidir<sup>21</sup>.

### III. HANS KELSEN'İN YAPITLARINDA NORMATİF ALTERNATİFLER KURAMININ AÇIKLANIŞI

Hans Kelsen saf hukuk kuramına uygun *sui generis* bir anayasa kavramı geliştirmiştir. Kelsen anayasa teriminin kullanımının iki farklı anlamı olduğunu ileri sürmüştür. İlk anlamda anayasa, yetkileri ve görevleri bu yetki görevlerle bağlantılı kuralları ve kurumları belirten biçimsel bir metin olarak bir belgede kurallaştırılmış belgeye atıfta bulunmak için kullanılır. Böyle bir anayasa, genellikle içinde yer aldığı veya anayasanın temelini oluşturduğu düşünülen bir dizi politik ilkelerde anayasada belirlenebilir. Genellikle kodifiye edilmiş anayasal bir düzen getirmenin esas amacı anayasa değişikliklerini zorlaştırmaktır. İngiltere'de olduğu gibi kodifiye edilmemiş biçimsel anlamda anayasaya sahip olmayan çok az sayıda

---

<sup>20</sup> a.g.e., s. 406.

<sup>21</sup> a.g.e., s. 406.

da olsa bazı ülkeler vardır<sup>22</sup>. Kelsen bize biçimsel anayasa anlayışının yanında maddi anlamda anayasa kavramı da sunmuştur. Bu anayasa kodifiye edilmiş bir belgeye dâhil edilenleri değil hukuksal bir sistemde var olan *hukuksal kuralların yaratılmasının* biçimlerini ifade eder. Kelsen'in dinamik norm yaratma düzenleri olarak nitelendirdiği tüm hukuksal sistemler, maddi anlamda bir anayasaya sahip olmalıdır. Anayasanın özü normların yaratılmasını düzenlemekten ibarettir<sup>23</sup>. Kelsen'e göre hukukçuların asıl ilgisi maddi anayasadır. Aslında biçimsel anayasanın bazı bölümleri hukuksal olarak alakasız ideolojik ilkeler içerebilir. Ayrıca, temel normun yetkilendirdiği anayasa maddi anayasadır. Kelsen, maddi anayasa kavramı ile bağlantılı olarak temel normu *transandantal* (aşkın) ve mantıksal anlamda bir anayasa olarak adlandırır<sup>24</sup>. Eğer normlar hiyerarşisindeki alt normun geçerliliği, üstteki normun geçerliliği ile temellendiriliyorsa alt norm ile ilişkili olan hiyerarşinin üstünde yer alan norm anayasa niteliğindedir. Dolayısıyla anayasanın özü normların yaratılmasının düzenlenmesinden ibarettir. Anayasa böyle anlaşıldığında da anayasa kavramı göreceli bir hâle getirilmiş olmaktadır<sup>25</sup>.

Riccardo Guastini normatif alternatifler kuramını açıklayıcı şöyle bir örnek vermiştir: Anayasanın suç ve cezalara ilişkin konularda geçmiş kapsayan yasa yapımını yasakladığı bir sistemde, işlendiği zaman yürürlükte bulunan yasanın suç saymadığı bir fiilden bazı kişilerin cezalandırıldığını düşünün. Böyle bir yasa anayasaya aykırı olduğu için geçersizdir. Buna rağmen bu yasa anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmediği sürece yürürlükte kalmaya devam edecektir. Kelsen'e göre bu durumda ceza yasaları ile ilgili anayasal hüküm üstü örtük alternatif içeriğe sahiptir. Bu hüküm yasama organına hitap eden bir davranış kuralı olarak anlaşılırsa içeriği (aşağı yukarı) şudur: Ceza yasaları geriye dönük olmamalıdır. Eğer bu durum yetki veren bir norm olarak anlaşılacak olursa bu normun gizli içeriği şu olacaktır: Yasama organı, geriye dönük veya geriye dönük olmayan yasalar çıkarmaya yetkilidir. Bu durumda Guastini'ye göre iki okuma mümkündür. İlk okuma şöyle yapılabilir: Anayasal hüküm boştur, yani herhangi bir normatif içerikten yoksundur

---

<sup>22</sup> Örneğin İsrail'in kodifiye edilmiş bir anayasası yoktur. Yeni Zelanda'da tek bir anayasal metin yoktur. Yeni Zelanda'nın da kodifiye edilmiş bir anayasası yoktur.

<sup>23</sup> Kelsen, H. (1986). s. 113-114

<sup>24</sup> Kelsen, H. (2008). *Pure Theory of Law*, Knight, M. (çev.) New Jersey: The Law Book Exchange, Ltd. s. 223. Orijinal baskı University of California Press tarafından 1967'de basılmıştır.

<sup>25</sup> Kelsen, H. (1986). s. 117-118.

ve hiçbir şey emretmemektedir. Birini ya da diğeri yapma veya yapmama yükümlülüğü demek, yükümlülük yok demektir. İkinci okumaya göre aynı anayasal hüküm normatif bir yetki vermektedir. Bu yetki herhangi bir sınırlandırma söz konusu olmadan ceza hukuku konularında yasa yapma yetkisi demektir. Bu durumda, sonuçta, geçmişe yönelik yasaların yasalaşmasına karşı yasak sadece bir “görünümünden” ibarettir<sup>26</sup>.

Hans Kelsen, hukuk normlarının çatışamayacağı kuramını değiştirmesine rağmen yetkili organlara normatif alternatifler içeren durumlarda yasa yapma yetkileri hakkındaki görüşünü korumuştur<sup>27</sup>. Kelsen yasama organları veya mahkemeler gibi hukuksal organlara, hukuk sistemi tarafından hukuksal hiyerarşide üstte yer alan normlara uygun olarak veya alternatif normlar yapabileceğini yani zaman zaman üstün normları göz ardı etme izni verildiğini savunmaktadır. Kelsen bu argümanı hukuksal normların çatışmayacağı veya çatışamayacağı görüşünü desteklemek için geliştirmiştir. Dolayısıyla, hiyerarşide daha üstte yer alan normlarla çatışan yargı kararı, anayasaya aykırı olarak adlandırılan herhangi bir yasa gibi yalnızca görünürde bir çatışmadır. Kelsen, yetkili bir organ tarafından çıkarıldığı sürece, bu tür yasalara veya anayasaya aykırı normların geçerli olduğunu savunmuştur<sup>28</sup>.

Kelsenci görüş çok tartışmalı iki tezin toplamıdır: Normatif alternatifler ve birbirine dolaşmış olan kesinlik tezleridir. Hans Kelsen normatif alternatifler tezini *Saf Hukuk Kuramı* başlıklı yapıtının birinci baskısında şöyle açıklamaktadır:

“Mesela, bir yasanın anayasaya aykırı olması mümkünse yani geçerli bir yasa, yaratılma usulü açısından yahut içeriği açısından anayasa hükümlerine uymuyorsa bu durum ancak şöyle yorumlanabilir: Anayasa sadece anayasaya uygun yasanın geçerliliğini değil aynı zamanda (bir anlamda) ‘anayasaya aykırı’ yasanın geçerliliğini de amaçlamıştır. Aksi takdirde bu ikincisinin ‘geçerliliğinden’ bahsetmek asla mümkün olmazdı. Anayasanın sözde anayasaya aykırı yasanın geçerliliğini de amaçladığını şu olguda görebiliriz: Anayasa, yasaların belli bir usul çerçevesinde ve belli bir içeriğe

---

<sup>26</sup> Guastini, R. (2016). s. 406-407.

<sup>27</sup> Bkz. Kelsen, H. (1973). *Essays in Legal and Moral Philosophy*, içinde Weinberger Dordrecht (der.). Holland: Reidel Publishing, X., XII. ve XIV. bölümler.

<sup>28</sup> Maher, G. (1981). “Custom and Constitutions”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 1, Issue 1, s. 172.

sahip olmak (veya olamamak) üzere yaratılacağını belirlemekle kalmaz, aynı zamanda bir yasanın belirlenmiş usulden yahut içerikten farklı bir şekilde yaratılması durumunda geçersiz yahut yok hükmünde kabul edilmeyerek yine anayasanın belirlediği usul çerçevesinde ve anayasa ile yaratılmış bir otorite -mesela anayasa mahkemesi- tarafından geçerliliği ortadan kaldırılıncaya dek geçerli olmasını da öngörür<sup>29</sup>."

Kesinlik doktrini, Kelsenci yargı kararlarının kurucu nitelikte olduğu fikrine dayanmaktadır ve burada artık başka bir mahkeme usulüne konu olamayacak bir mahkeme prosedürü söz konusudur. Sonunda nihai bir mahkeme usulü kendi başına bir gerçek olarak kabul edilmelidir. Bu son derece mahkemesinin kararı yasa gücü kazandığında ortaya çıkar. Normatif alternatifler doktrini ile kesinlik doktrini hukuk sisteminde geçersizlik (hükümsüzlük) olmamasını gerektirir. Bir hukuk düzenine ait hukuk normu geçersiz bir norm olamaz. Böyle bir norm sadece geçersiz sayılabilir (iptal edilebilir). Sonuç olarak Kelsen'e göre anayasaya aykırı norm olamaz. Parlamento tarafından çıkarılan bir yasa anayasa mahkemesi tarafından iptal edilene kadar geçerli bir normdur. Aynı şekilde bir mahkemenin nihai kararı da *yanılmaz* bir karardır<sup>30</sup>.

Hans Kelsen'in *Saf Hukuk Kuramı* adlı çalışmasının ikinci baskısındaki "normatif alternatifler" ve "çerçeve dışı" yargısal yorum ile ilgili pasajlarda irrasyonelizmin tohumları görülmektedir<sup>31</sup>. Pozitif hukuka göre içeriği daha üstte yer alan bir norm ile uyumlu olmayan ancak geçerli olan genel ve bireysel normların olduğu bir gerçektir. Hukuksal gerçekliğin, normların geçerliliğini ve hukuksal sistemlerin tutarlılığını etkileyen bu anormal yönlerin, Kelsenci hukuk sistemi modelinin iç mantığına uyum sağlaması zordur. Kelsen'in yanıtı iyi bilinmektedir<sup>32</sup>: *Hukukun ve Devletin Genel Teorisi (General Theory of Law and State)* adlı kitabında normatif alternatifler kuramı şöyle açıklanmaktadır:

---

<sup>29</sup> Kelsen, H. (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Paulson, B. L. ve Paulson, S. L. (çev). Oxford: Oxford University Press, s. 31; Türkçe çeviri: Kelsen, H. (2016). *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, Uzun, E. (çev.), İstanbul: Nora Kitap, s. 90.

<sup>30</sup> Moreso, J. J. (2015). Kelsen on Justifying Judicial Review, Ramirez, G. (2012). *Ecos de Kelsen: Vidas, obras y controversias*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, ss. 354-378 (İspanyolca yayımlanmıştır.).

<sup>31</sup> Jackson, B. S. (1985). "Kelsen Between Formalism and Realism", *The Liverpool Law Review*, Vol.VII, No. 1, s. 80.

<sup>32</sup> Apalategui, J. M. C. (2017). Validity and Correctness in Kelsen's Theory of Legal Interpretation, içinde Langford, P., Bryan, I. ve McGarry, J. (der.) *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, Springer pub.

“Bu nedenle, alt normun yüksek norma uygun olması konusunda hiçbir zaman kesin bir garanti olamaz. Altta yer alan normun yaratılışını ve içeriğini belirleyen üstte yer alan norma uygun olmaması, özellikle alt normun, üstte yer alan norm tarafından öngörülen içerikten başka bir içeriğe sahip olması olasılığı dışlanamaz. Ancak, dava *res judicata* (kesin hüküm) hâline dönüşünce kararın bireysel normunun, uygulanması gereken genel normla uyuşmadığı görüşü hukuki önem taşımaz. Yasayı uygulayan organ ya hukuk düzeni tarafından yetkilendirilmiş yeni bir maddi hukuk oluşturmuştur; ya da kendi iddiasına göre önceden var olan maddi hukuku uygulamıştır. İkinci durumda en yüksek mahkemenin savı belirleyicidir. Çünkü somut davaya uygulanacak genel normları kesin ve özgün bir şekilde yorumlama yetkisine sahip olan sadece en yüksek mahkemedir. Hukuksal açıdan bakıldığında, yasa hükmündeki yargısal karar ile kararda uygulanacak olan yasal veya örf ve âdet hukuku arasında herhangi bir çelişki olamaz. Son derece mahkemesinin vereceği karar, mahkeme kararı olarak kabul edildiği sürece yasaya aykırı olduğu söylenemez. Mahkeme tarafından uygulanması gereken genel bir norm olup olmadığı ve bu normun içeriğinin ne olduğu sorusu hukuksal olarak sadece bu mahkeme tarafından cevaplanabilir (eğer en yüksek mahkeme ise) ancak bu hükmün mahkemenin kararını belirleyen herhangi bir genel normun bulunmadığı ve hukukun sadece mahkeme kararlarından oluştuğu varsayımını haklı çıkarmaz<sup>33</sup>.”

“Sadece yasa (veya örf ve âdet kuralı) ve yargı kararı arasında çatışma olmamakta anayasa ve yasa arasında ilişki bakımından da yani daha yukarıda yer alan norm ile daha altta yer alan norm arasında da olası çatışmalar ortaya çıkabilir. Bu ‘anayasaya aykırılık’ sorunudur. Alışıl gelmiş söyleşi ile ‘anayasaya aykırı’ yasa geçersizdir (hükümsüzdür) ifadesi anlamsız bir ifadedir çünkü geçersiz yasa hiçbir biçimde yasa değildir. Geçersiz norm var olmayan bir normdur, hukuksal olarak varlığı yoktur. ‘Anayasaya aykırı yasa’ ifadesi geçerli olarak nitelendirilen yasaya uygulanıyorsa bu çelişkili ve tutarsız bir ifadedir. Çünkü eğer yasa geçerli ise bunun

---

<sup>33</sup> Kelsen, H. (2006). s.155. Ayrıca bkz. Kelsen, H. (2008). s. 267-270.; Kelsen, H. (2015). *Validity and Efficacy of the Law (1967/2003)*, Paulson, B. L. ve Paulson, S. (çev.), içinde Bernal, C., Huerta, C., Mazzaresse, T., Moreso, J. J., Navarro P. E. ve Paluson, S. (der.) *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, s. 54.

tek nedeni yasanın geçerliliğinin anayasayla uyumlu olmasıdır, eğer anayasayla çelişiyorsa geçerli olamaz. Yasanın geçerliliğinin tek nedeni söz konusu yasanın anayasa tarafından belirlenen biçimde yaratılmış olmasıdır. Bu ifadeden anlaşılması gereken yasanın anayasaya göre olağan yoldan başka özel bir nedenle iptal edilmiş olması demektir. Normal olarak genelde yasa bir başka yasa tarafından *lex posterior derogat priori* ilkesine göre veya yasa *desuetude* olarak adlandırılan karşıt bir örf ve âdet hukuku kuralı tarafından iptal edilir. Eğer anayasa yasaların çıkarılmasında belirli usullere uyulmasını ve aynı zamanda yasaların içerikleri bakımından belirli hükümler koymasını emrediyorsa bazen yasa koyucunun bu buyruklara uyamayacağı olasılığını da öngörmesi gerekir. Bu durumda anayasa yasama fonksiyonunun buyruklarının yerine getirilip getirilmediğine karar verecek olan bir organ belirleyebilir. Eğer bu organ yasama organından farklıysa yasa koyucunun üzerinde bir otorite oluşur; bu siyasal olarak, özellikle eğer bu organ anayasaya aykırı gördüğü yasayı iptal edebiliyorsa arzu edilmeyebilecektir. Yasaların anayasaya uygunluğunu araştırarak organ yasamadan farklı değilse yasanın anayasal olup olmadığı sadece ve tek başına yasama organı tarafından kararlaştırılabilir. Bu durumda yasama organının yasa olarak çıkardığı her şeyin anayasa anlamında bir yasa olarak kabul edilmesi gerekir. Bu durumda yasama organı tarafından çıkarılan hiçbir yasa 'anayasaya aykırı' olarak nitelendirilemez.

Bu durum belirtilen şu terimlerle de tanımlanabilir. Yasalaştırma prosedürü ve gelecekteki yasaların içeriği ve yasaların sadece belirlenmiş bir biçimde ve anayasa tarafından saptanmış anlamında çıkarılacağı anlamına gelmez. Anayasa yasa koyucuların yasaları başka bir biçimde ve başka bir içerikle çıkarılabilme konusunda da yetkilendirmektedir. Anayasa anayasanın pozitif hükümlerini uygulamamayı tercih ettiği takdirde, yasalaştırma prosedürünü ve yasaların içeriğini belirleme konusunda yasa koyucuya yetki verir. Mahkemelerin, belirli şartlar altında, mevcut yasal veya geleneksel kuralları uygulamalarına değil yasa koyucu olarak hareket etmeye ve yeni yasalar yaratmaya yetkileri olabileceği gibi olağan yasa koyucuya, belirli şartlar altında anayasa tarafından yasa koyucu

olarak hareket etme yetkisi de verilebilir. Yasama organının çıkardığı bir yasanın, başka bir şekilde oluşturulması veya anayasa tarafından öngörülenden başka bir içeriğe sahip olmasına rağmen geçerli olduğu düşünülürse anayasanın yasalarla ilgili buyruklarının *alternatif bir karaktere sahip* olduğunu varsaymak durumundayız. Yasa koyucu, anayasa tarafından ya doğrudan anayasada belirtilen normları uygulamaya ya da kendi kendine belirleyecek olduğu normları uygulama hakkına sahiptir. Aksi takdirde, yaratılışı veya içeriği doğrudan anayasada yer alan buyruklara uymayan bir yasa geçerli sayılamazdı<sup>34</sup>.”

Uluslararası hukukta normatif alternatifler konusu da Hans Kelsen tarafından şöyle açıklanmaktadır:

“Eğer ulusal hukuk düzeninin normlarının içeriği uluslararası hukuk tarafından belirleniyor diyorsak bu sadece alternatif bir anlamda belirlemedir. Belirlenmiş içeriklere sahip olanların dışındaki içeriklere sahip normların olasılığı da dışlanamaz. Böyle normlar, ancak onları yapma eylemi uluslararası bir ihlal olduğu sürece ayrımcılığa maruz kalır. Ancak ne normun ne de normun kendisinin oluşturulmasından oluşan uluslararası ihlal, anayasaya aykırı yasanın mantıksal çelişki içinde olduğundan uluslararası hukukta da daha fazla mantıksal bir çelişki değildir. Ve ‘anayasaya aykırı yasaların’ olasılığı ulusal hukuk düzeninin birliğini etkilemediği gibi, ulusal yasaların uluslararası hukuku ‘ihlal etme’ olasılığı da her ikisini de içeren hukuk sisteminin birliğini etkilemez<sup>35</sup>.”

Kelsen’in normatif alternatifler kuramı kısaca şöyle ifade edilebilir: Kelsen’e göre alt normu belirleyen üst normun alternatif karakteri üst ve alt norm arasındaki çatışmaları ve çelişkileri engeller. Normlar hiyerarşisinin üstünde yer alan normun iki alternatif kuralının buyruklarından birincisiyle çelişki, üstteki normun kendisiyle çelişkili değildir. Ayrıca, alttaki norm ile üstteki norm tarafından sunulan iki alternatifin ilki arasındaki çelişki, yalnızca yetkili makam tarafından belirlendiği şekliyle ilgilidir. Bu yetkili otoritenin çelişkinin varlığına ilişkin diğer görüşler hukuksal olarak konuyla ilgisizdir. Yetkili makam, böyle bir çelişkinin hukuksal varlığını alt normu iptal ederek belirler. Geçerli sayılması

---

<sup>34</sup> Kelsen, H. (2006). s.155-156. İtaliye tarafından yapılmıştır. Ayrıca bkz. Kelsen, H. (2008). s. 271- 276.

<sup>35</sup> a.g.e. s. 372. Ayrıca bkz. Kelsen, H. (2008). s. 330-331.



gereken bir normun "anayasaya aykırılığı" ya da "yasaya aykırılığı", bu nedenle ya iptal edilebilme (bir mahkeme kararı ise sıradan bir şekilde, eğer bir yasa ise sıradan olmayan bir şekilde) veya geçersiz sayılabilmek olasılığıdır. Farklı hukuksal düzen düzeylerinden iki norm arasında herhangi bir çelişki olamaz. Böylece hukuk düzeninin birliği hukuksal hiyerarşide üstte ve altta yer alan normlar arasındaki çelişkiler nedeniyle tehlike altına girmez.

Kelsen için normun alternatif karakteri, saf hukuk kuramının ayrılmaz bir parçasıdır çünkü bu kuram alttaki normla üstteki norm arasında çelişki olmamasını sağlar. Kelsen'in normatif bir düzenin birliği hakkındaki tezi için de normun alternatif karakteri önemlidir. Kelsen'e göre norma aykırı norm kendi kendine çelişkidir. Böyle bir iç tutarlılığa ek olarak normun alternatif karakteri için bir gerekçe de hukuksal pozitivizmin temel öğelerinde bulunabilir<sup>36</sup>.

J. M. C. Apalategui'ye göre içeriği üstteki norm tarafından açıkça belirlenen şeye karşılık gelmeyen alttaki norm yasadışı norm değildir çünkü alternatif üstü örtük hükme (tacit alternative clause) göre objektif olarak geçerli bir normdur. Aynı sebepler, normlar arasındaki çatışmanın çözülmesi bakımından da söz konusudur. Dolayısıyla "yasadışı" norm kavramı Kelsen'in görüşüne yabancıdır. Pozitif hukuka göre anayasaya aykırı yasalardan veya yasadışı nihai yargı kararından söz edilemez. *Ab initio* geçersiz norm var olmayan bir normdur (Yani norm yoktur.). Sadece geçerli veya geçersiz kılınabilen normlar vardır. Yani yetkili makam normu geçersiz ilan etmediği sürece o norm geçerlidir. Bu deklarasyon yalnızca açıklayıcı bir ifade değildir aynı zamanda kurucu bir karaktere de sahiptir. Apalategui'nin belirttiği gibi yetkili otorite bir normu geçerli olarak ilan etmişse veya geçersiz ilan edilmemişse geçerlidir<sup>37</sup>.

Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı* başlıklı yapıtının ikinci baskısında normatif alternatifler kuramına uygun yorum anlayışını açıklamıştır. Kelsen "bilişsel yorum" ve "otantik yorum" arasında bir ayrım yapar. Birincisinde bilişsel süreç yoluyla yasanın sözcüklerinin olası yorumlarının listesi tespit edilmektedir. Öte yandan, otantik yorumlama, yargıç tarafından belirli bir yorumu benimseme isteğini yerine getirdiği bir yorumlama

---

<sup>36</sup> Tur, H. S. R. (2013). The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibility? içinde d'Almeida, L. D., Gardner, J. ve Green, L. (der.), *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford: Hart Publishing, s. 251.

<sup>37</sup> Apalategui, J. M. C. (2017). s. 153-170.



eylemidir. Normalde böylece bir bilişsel sürecin ve irade hareketinin bileşimini buluruz<sup>38</sup>. Kelsen bu konuda şunları belirtmiştir:

“Burada şu belirtilmelidir: Özgün yorumlama yoluyla (yani, yasa uygulayan organ tarafından bir normun yorumlanması), uygulanacak normun bilişsel yorumuyla gösterilen olasılıklardan yalnızca biri gerçekleştirilemez; aynı zamanda uygulanacak normun çerçevesinin tamamen dışında bir norm da oluşturulabilir<sup>39</sup>.”

Dinamik prensibe göre eğer norm, normlar hiyerarşinin üstünde yer alan norma uygun yaratılırsa geçerlidir. Normlar hiyerarşisinde üstte yer alan norm daha alttaki normun sadece yaratıldığı sürece değil aynı zamanda o normun içeriğinin biçimsel ve maddi koşullarının (içeriğe atıfta bulunarak) geçerlilik koşullarına da uygun olmalıdır<sup>40</sup>. Kelsen’in normların farklı hiyerarşik düzeylerdeki çatışmaları sorununa çözümü, hukuk dışı normların geçerliliğini tanımak yoluyla normatif olanı değil olguyu desteklemektedir. İşin aslında alternatif, saf hukuk teorisi açısından geçerli olamaz. Öte yandan, üstteki norm hükümlerine uymayan bir normu geçerli olarak düşünmek için de önemli nedenler vardır<sup>41</sup>.

Hans Kelsen’in çalışmaları bağlamında normatif alternatifler kuramının formülasyonu farklı şekillerde açıklanmıştır. Bir yandan, neo-kantian epistemolojik varsayımlar dikkate alındığında normatif alternatifler kuramının Kelsen’in kuramının gerekli bir unsuru olduğu söylenmiştir. Normatif alternatifler kuramı aynı zamanda faydacı terimlerle hukukun işlevsel boyutuyla da açıklanmıştır. Yani sosyal barışa ve kesinliğe olan katkısıyla ele alınmıştır. Üçüncü açıklama kavramaldır. Bulygin’e göre bu, geçerlilik kavramının belirsizliğine dayanmaktadır. «Geçerlilik» kavramını Kelsen, hukuk normlarının üç farklı özelliği olarak tanımlar. Hukuk normlarının üç farklı özellikleri şunlardır: Normlar hiyerarşisinin üstünde yer alan normların hükümlerine göre norm oluşturma; normun spesifik varlığı ve son olarak normun bağlayıcı karakteri. Geçerlilik kavramının belirsizliğinden dolayı geçersiz normlar sorunu bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır Üstteki norm hükümlerine uymayan ancak aynı zamanda yetkili makamca norm geçersiz ilan edilmediği sürece bağlayıcı norm olarak kalmaktadır. Kelsen iki farklı geçerlilik kavramı arasında ayırım yapmadığı için bu iki farklı normun bağlayıcı karakterini

---

<sup>38</sup> Jackson, B. S. (1985). s. 87.

<sup>39</sup> Kelsen, H. (2008). s. 354.

<sup>40</sup> Apalategui, J. M. C. (2017). s. 153-170.

<sup>41</sup> a.g.e.

açıklamanın ve mantıksal çelişkiyi çözenin yolu, bu normların daha yüksek seviyede yer alan normlara uygunluğunu alternatif hüküm aracılığıyla korumak olmaktadır<sup>42</sup>.

Normatif alternatifler doktrininin, en azından görünüşe göre Kelsen'in teorisi için hoş olmayan sonuçları vardır. Birincisi, bu kuram normların normatif karakterlerini ortadan kaldırmaktadır. Yargıç tarafından seçilen yol ne olursa olsun, her zaman uygulanan norm genel norma uygun olmaktadır. Bu nedenle genel norm ihlal edilemez veya çiğnenemez duruma gelmektedir. İkincisi birincinin sonucu olarak, hukuk normlarını önemsiz hale getirmektedir. Son olarak geçersiz kılınan normlar ile var olmayan normlar arasındaki ayırım tamamen ortadan kalkmaktadır. Bu nedenlerle de Kelsen'in hukuk kuramının yara aldığı ve Kelsen'in aşırı bir kararcılığa dönüştüğü eleştirisi yapılmıştır<sup>43</sup>.

#### IV. CARLOS SANTIAGO NINO'NUN NORMATİF ALTERNATİFLER KURAMI HAKKINDAKİ DÜŞÜNCELERİ

Hans Kelsen için yasa hukuksal bakımdan bağlayıcı ve hukuk sistemine ait olması durumunda hukuksal açıdan geçerlidir. Carlos S. Nino'ya göre Kelsen normların çatışması veya anayasaya aykırı kurallar veya yasadışı kurallar gibi farklı hiyerarşilerin normları için kavramsal bir yapı uyguladığında, «Kelsen'in sorunu» olarak adlandırılabilir önemli bir zorlukla karşılaşmaktadır. Kavramsal şema, daha düşük bir normun geçerlilikten yoksun olması için daha yüksek bir normla çelişmesinin yeterli olduğu ve dolayısıyla hukuksal açıdan var olmaması gerektiği yani hukuksal sisteme ait olmadığı anlamına gelir. Anayasal hükümlerle çelişen yasalar hukukçular tarafından geçerli ve bağlayıcı yasalar olarak kabul edilebilmektedir. Kelsen'in hukuki geçerlilik kavramının uygulanması ile hukuki düşüncenin olağan sonucu arasındaki uyumsuzluk sorununu çözmeye çalıştığı kuramsal araç alternatif üstü örtük hükümdür. Kelsen'in düşüncesi, sıradan bir hukuki düşünmenin, belirli koşullar altında, bir yasanın, anayasanın açık hükümlerine aykırı olmasına rağmen geçerli ve bağlayıcı olduğunun düşünülmesi durumunda, bunun hukuksal düşüncenin üstte yer alan normda üstü örtük bir hükmün olduğu varsayıldığı için böyle olmaktadır. Bu üstü örtük hüküm, metinle çelişmesine rağmen alt normların yürürlüğe girmesine izin vermektedir.

---

<sup>42</sup> a.g.e.

<sup>43</sup> a.g.e.

Bununla birlikte, daha düşük bir normun, yüksek normun üstü kapalı hükümlerine uygunluğu, yüksek normun açık formülasyonunu ihlal ederken bile alt normun neden geçerli kabul edilebileceğini açıklar. Nino'ya göre Kelsen'in bu aracı, yani alternatif üstü örtük hüküm tam olarak nitelendirilmedikçe gerçekten rahatsız edici ve kabul edilemez bir şeydir. Bir anayasanın herhangi bir içerikle yasaların çıkarılmasına izin verdiğini varsaymak Nino'ya göre garip bir şeydir<sup>44</sup>.

Carlos Santiago Nino görüşlerini şöyle açıklamaktadır: Nino'ya göre aslında, etkin bir anayasa yargısı sunan hukuk sistemlerinde bile henüz anayasa yargısı çeşitli nedenlerle devreye girmemişse anayasaya aykırı kurallarının uygulanması gerekecektir. Hukuk sisteminde belirli koşullar altında anayasa aykırı yasaların geçerliliğini veya bağlayıcılığını belirleyen normlar vardır. Bu tez Kelsen'in alternatif üstü örtük hüküm kuramını desteklemektedir. Ancak Nino, Kelsen'in görüşlerinden ayrıldığını söylemektedir. Birincisi, anayasaya aykırı yasalara geçerlilik kazandıran normlar bu tür yasaların çıkarılmasına yetki vermemekte, sadece bu tür yasalara ve kurallara uyma yükümlülüğü olduğunu ifade etmektedir. İkincisi, bu normlar her hukuk sisteminin gerekli bileşenleri değildir; bazı sistemlerin sadece olumlu ve pozitif kısımlarıdır. Bu normlar sistemde mevcut olabilir ve eğer böyle normlar varsa farklı içerikleri de olabilir. Bir hukuk sisteminin, yasaların yasalaştırılması koşullarıyla çelişen bir yasa yapma zorunluluğunda olmadığı düşünülebilir. Son olarak yasa dışı yasaların uygulanmasını gerektiren normlar genellikle Kelsen'in tezinin aksine yasalar arasında ayırım yapar. İlgili bir mahkeme tarafından anayasaya aykırı olarak ilan edilmeyen yasalar gibi olumsuz koşulların yanı sıra, söz konusu normların belirli bir olumlu koşulu karşılaması gerekir. Üstü kapalı pozitif durum ne kadar belirsiz olursa olsun, yine de gerçek ve işlevseldir; yani söz konusu norm yasallık görünümünde ise belirli bir renge veya görüntüye sahip olmalıdır. Bir yasanın anayasaya aykırı ilan edilmeden önce zorunlu olması için yasanın açıkça anayasaya aykırı olmaması gerekir, bu yasalar hukuksal sistemde normların yürürlüğe konması için belirlenmiş koşulları karşılamış görünmelidir<sup>45</sup>.

Carlos Santiago Nino'nun, Kelsen'in normatif alternatifler kuramı ile bağlantılı görüşleri şöyle özetlenebilir: Yasa anayasaya aykırı ilan

---

<sup>44</sup> Nino, C. S. (1993). "A Philosophical Reconstruction of Judicial Review," *Cardozo Law Review* 14, No. Issues 3-4 (January 1993), s. 804-806.

<sup>45</sup> a.g.e. s. 808-809.

edilmeden önce hukuksal açıdan bağlayıcı olması için yasanın açıkça anayasaya aykırı olmaması gerekir, hukuksal sistemdeki normları yürürlüğe koyma koşullarını yerine getirmiş görünmelidir. Tartışma, normun "hukuk siteminin" bir normu olmayabileceğini ancak anayasanın üstü örtük koşullu hükmüne göre yine de hukuksal bakımdan zorunlu olabileceğini göstermiştir. Anayasa ile çelişen bir yasa, bazı şartlar altında sistemde yer alan diğer normların neler sağladığına bağlı olarak yargı organınca da uygulanabilir. Dolayısıyla anayasaya uygunluk denetimine yer vermeyen sert bir anayasaya sahip olma mantıksal açıdan imkânsız değildir<sup>46</sup>.

## V. STANLEY L. PAULSON'IN KELSEN'İN NORMATİF ALTERNATİFLER KURAMI HAKKINDA DÜŞÜNCELERİ

Stanley L. Paulson, Hans Kelsen'in iki tür "yetkilendirmeye" çalıştığını ileri sürmüştür. Maddi yetkilendirme olarak adlandırılan yetkilendirmede, alttaki normun yetkilendirilmesinin geçerliliği üstteki normdan kaynaklanmaktadır. Buna karşılık Paulson'a göre biçimsel yetkilendirmede ise hiyerarşinin altlarında yer alan bir normun yetkilendirilmesi bu normu yaratan, uygulayan veya geçerliliğini sağlayan hukuksal organın yetkisinden kaynaklanır<sup>47</sup>.

Stanley L. Paulson görüşlerini şöyle açıklamaktadır: Hukuk sistemi normlar hiyerarşisi olarak düşünülmelidir. Anayasal normlar, normlar hiyerarşisinde altta yer alan normları yetkilendirir. Maddi yetkilendirme hukukta genel bir olgudur. Normlar hiyerarşisi göz önüne alındığında, anayasal normları maddi yetkilendirme normları olarak ayıran şey, daha düşük seviyelerde yer alan normlarda da görülmektedir. Nasıl ki bir anayasal norm maddi olarak bir yasama normunu yetkilendirirse bir yasama normu da bir yargı normunu ve bir yargı normu da maddi olarak yetkili kişiye direktif vermede yetkilendirebilir. Kelsen'in normlar hiyerarşisinde daha yüksekte yer alan normların daha alttaki normları yetkilendirdiğini görüyoruz. Alternatif olarak daha yüksek düzeydeki normların, düşük düzeydeki normları yaratma yetkisi verdiğini söyleyebiliriz. Üst düzey normlar yetkililere yetkiler verir, daha sonra bunlar yetkilerini alt düzey normları yaratmada kullanırlar. Paulson'a

---

<sup>46</sup> a.g.e. s. 809-811.

<sup>47</sup> Paulson, S. L. (1980). "Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory", *Cambridge Law Journal*, s. 172.

göre sıkıntı şuradadır: Hukuksal olarak verilen bir yetkinin belirli bir şekilde uygulanması verilen yetkinin üzerinde olabilir veya geçerli bir üst düzey norm tarafından getirilen kısıtlamalara uymayabilir. Başka bir deyişle, hatalar yani hukuksal *errata*'lar (hatalar) mümkündür ve bu olasılık hukuksal geçerlilik konusunda şüphelere yol açar<sup>48</sup>.

Stanley Paluson, Kelsen'in argümanını normatif alternatifler kuramının yardımıyla gerçekleştirdiğini söylemektedir. Kelsen yasal geçerliliğe giden iki yol olduğunu, geçerliliğini sağlamak için yasal bir normu kaynağına kadar takip etmenin iki alternatifi olduğunu söylüyor. İlk yolu izleyen, bir yasal düzenleme anayasal maddi yetkilendirme ile uygulanabilir kısıtlamaları içerir. Kelsen başka bir olasılığı daha belirtmektedir. İkinci yolu izleyerek yasa koyucunun maddi anayasal yetkilendirme normunun dışındaki koşullara uygun olarak yasalar çıkarması ve yasal yetkililerin bunları uygulaması söz konusu olabilir<sup>49</sup>. Bununla birlikte, doğrudan anayasada yer alan normlara uymayan bir yasa, açıkça geçersiz veya yargısal işlemler sonucu geçersiz kabul edilmediği veya yasama organı tarafından kaldırılmadığı sürece, yine de geçerlidir. Böyle bir yasa, geçerliliğe giden ikinci yolu yani ilkinin değil başka bir deyişle normatif alternatiflerin ikincisini izler<sup>50</sup>.

Stanley Paulson realist hukukçuların bu duruma bir yanıtı söz konusu olduğunu belirtmiştir. Realistlere göre Kelsen'in "normatif alternatifler" dediği şey, maddi ve biçimsel yetkilendirme kisvesi altında zaten mevcuttur. Bir norm maddi olarak değil ama biçimsel olarak yetkilendirilebilir ve böyle bir durumda norm, ilkinin değil normatif alternatiflerin ikincisini yansıtır. Ancak maddi ve biçimsel yetkilendirme Kelsen'in sorununu çözmek yerine, bu sorunun temelini oluşturmaktadır<sup>51</sup>.

Stanley Paluson, Kelsen'in normatif alternatifler kuramının hukuksal gerçekçiler karşısında daha başarılı olduğunu belirtmiştir. Kelsen'in normatif alternatifler kuramı hukuksal bir normun geçerliliğini maddi yetkilendirme dışında mümkün bir hâle getirirken bunu maddi yetkilendirmeyi ortadan kaldırmadan gerçekleştirmektedir<sup>52</sup>. Kelsen'in hukuksal geçerlilik anlayışı, hukukun daha yüksek beklentilerini

---

<sup>48</sup> a.g.e. s. 178.

<sup>49</sup> a.g.e. s. 188.

<sup>50</sup> a.g.e. s. 189.

<sup>51</sup> a.g.e. s. 189.

<sup>52</sup> a.g.e. s. 190.

gerçekleştirmek için bize bir araç sunarken ikinci yol, hukuksal sistemdeki maddi yetkilendirme biçimsel yetkilendirme ile tamamlandığı sürece kaçınılmaz olan *kalıntıya* işaret eder<sup>53</sup>.

G. Maher, Paulson'un çözümlerini özet olarak şöyle açıklamıştır<sup>54</sup>: Paulson için çözüm, bir normun yetkilendirildiği söylenebilecek iki yol arasında çizilecek bir ayırmda bulunmalıdır. Bir yandan, daha alt düzeyde yer alan normun yetkisinin üstte yer alan normdan kaynaklandığı maddi yetkilendirme vardır. Hukuksal sistemde, anayasaya uygun olarak iktidar üzerindeki kısıtlamaları ve sınırlamaları belirlerken maddi yetkilendirme önemlidir. Öte yandan, daha düşük derecede yer alan bir normun, bir organın bu normu yaratması, uygulaması veya geçerli hâle getirilmesi için biçimsel yetkilendirme söz konusudur. Stanley Paulson, bu biçimsel yetkilendirme kavramının hukuksal *errata*'yı, yani hukuksal normlardaki kusurları veya hataları açıklamak ve rasyonelleştirmek için gerekli olduğunu düşünmektedir.

## VI. KELSEN'İN ANAYASA YARGISI ve NORMATİF ALTERNATİFLER KURAMI NASIL ANLAŞILMALI?

Kelsen'e göre eğer anayasa anayasaya aykırı işlemlerin iptal edilebilme güvencesine sahip değilse anayasa teknik anlamda tam anlamıyla hukuksal bağlayıcılık niteliğinden de yoksundur. Anayasaya aykırı işlemlerin ve özellikle anayasaya aykırı yasaların anayasaya aykırılıkları nedeniyle hukuki olarak iptal edilemedikleri için geçerli kalması gereken bir anayasa, her ne kadar bunun bilincinde olunmasa da salt hukuksal açıdan bakıldığında hemen hemen hiçbir bağlayıcılığı olmayan bir temenni ile eşdeğerdedir. Bu durumda herhangi bir yasa, herhangi bir düzenleyici işlem, anayasanın bunların üzerinde olmasına ve geçerliklerini bu anayasadan almalarına rağmen anayasanın sahip olduğundan daha büyük bir güce sahip olacaklardır. Pozitif hukuk anayasa dışındaki bir üst norma aykırı olan her türlü işlemin iptal edilebilir olmasını benimsemiştir. Anayasanın bu zayıf bağlayıcılık gücü anayasalarda yapılması gereken değişikliklerin tabi olduğu zorlaştırılmış koşullar ve anayasaya atfedilen katı görünüm ile çelişmektedir. Kelsen bu durum karşısında şöyle bir soru sormaktadır: Anayasa normları neredeyse değiştirilmez olmakla birlikte

---

<sup>53</sup> a.g.e. s. 193.

<sup>54</sup> Bkz. Maher, G. (1981). "Custom and Constitutions", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 1, Issue 1, s. 173.

hemen hemen hiçbir bağlayıcı güçleri yoksa bu denli çok önleme gerek var mıdır<sup>55</sup>? Gerçekten ortada bir gariplik vardır.

Anayasalar, yasaların nasıl yapılacaklarını ve içeriklerinin ne olup olmayacağını anayasada belirtmektedir. Ancak anayasaya aykırı yasaların da geçerli olacağı kabul edilirse bu durumda yasaların farklı bir şekilde de yapılabileceği ve içeriklerinin anayasanın belirlediği sınırlarla çatışabileceği anlamına gelir. Anayasaya aykırı yasalar da anayasanın belirli bir kuralı uyarınca geçerli olabilir. Anayasada açıkça düzenlenen yasama usulü ve anayasada yer alan hükümler sınırlanmış hükümler olmayıp sadece alternatif hükümler oldukları anlamına gelecektir. Kelsen'e göre kuşkusuz, anayasanın ifadesi göz önüne alındığında yasaların belirli bir şekilde çıkarılmaları ve yürürlüğe girmeleri gerektiği ve belirli bir içeriğe sahip olabilecekleri veya olmayabileceklerini ifade ettiği açıktır. Ama anayasanın objektif anlamı şöyledir: Yasalar başka bir şekilde ortaya çıksalar, hatta içerikleri anayasa direktiflerini ihlal etse bile hukuksal olarak geçerli sayılmalıdır<sup>56</sup>.

Ancak Kelsen saf hukuk teorisinin realist hukuk kuramı olmadığını da belirtmiştir. Kelsen'e göre hukukun geçerliliği etkililikle özdeş olarak kabul edilemez. Hukuk normlarının etkililiği bunların geçerliliğinin bir koşuludur. Ancak etkililiğin kendisi hukuksal geçerlilik olmadığı gibi geçerliliğin temeli de değildir. Hukuk sisteminin geçerliliğinin temeli, kişinin esasen kurulmuş ve büyük ölçüde etkili olan ve dolayısıyla anayasaya göre ortaya çıkmış ve bu kurallara uygun olarak düzenlenmiş olan normlara uygun davranması gerektiğini öngören temel normdur. Böylece temel norm, hem insan eylemleri ile normların çıkarılmasını hem de bu normların geçerliliğinin koşullarının etkinliğini sağlar. Etkililik bir bütün olarak hukuk sisteminin normlarının bir geçerlilik koşuludur. Aynı zamanda etkililik bir bütün olarak hukuk sisteminin ve bireysel hukuksal normların geçerliliğinin kaybolmasını ortadan kaldırır<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Kelsen, H. (2015a). Kelsen on the Nature and Development of Constitutional Adjudication, Vinx, Lars (der.) *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 69.

Kelsen'in bu önemli makalesi Türkçeye çevrilmiştir. Bkz. Kelsen, H. (2015b). "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)", (çev.) Yasin Sönmez, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, s. 907.

<sup>56</sup> Kelsen, H. (2015a). s. 70; Kelsen, H. (2015b). "Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)", (çev.) Yasin Sönmez, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64(3), s. 907-908.

<sup>57</sup> Kelsen, H. (2013). A 'Realistic' Theory of Law and the Pure Theory: Remarks on Alf Ross's On Law and Justice, içinde Duarte d'Almeida, L., Gardner, J. ve Green, L. (der.) *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford: Hart Publishing, s. 205.



## VII. KELSEN'İN NORMATİF ALTERNATİFLER KURAMININ ELEŞTİRİSİ

Normatif alternatifler kuramı Kelsen'in realist yanını bize göstermektedir. Kelsen'in hukuk normlarının alternatif karakteri ile tam olarak ne demek olduğundan şüphelenilemez. Yasa koyucuların belki de yargıçlardan daha az anayasaya bağlı olduğu ve idari otoritelerin de mahkemelere göre idari yasalara daha az bağlı kaldığı söylenebilir. Kelsen'in genel yaklaşımı bu tür farklılıkların göreceli olduğudur. Kelsen hukuk normlarının alternatif karakterinin mahkemelerin genel bir normu uygulamamayı ve "çerçeve" dışında yeni bir yasa yapmayı seçebileceği hukuksal düzen anlayışının gerekli bir özelliği olduğunu söylemektedir<sup>58</sup>. Richard HS Tur'a göre Kelsen'in takdir yetkisi, yetki verilmiş veya verilmemiş olup olmadığı konusunda net değildir. Fakat bu ayrımın Kelsenci yorumunda önemsiz olabileceği söylenebilir. Yetkilendirme dilini konuşmasına rağmen Tur'a göre Kelsen, mahkemelerin geçerli bir genel normu göz ardı etmesine, yok etmesine izin verdiği söylenebilir. Kelsen'in çok güçlü bir takdir yetkisini benimsediği açıktır<sup>59</sup>.

"Mahkemelerin, belirli şartlar altında, mevcut yasal veya geleneksel kuralları uygulamalarına değil, yasa koyucu olarak hareket etmeye ve yeni yasalar yaratmaya yetkileri olabileceği gibi, olağan yasa koyucuya, belirli şartlar altında anayasa tarafından yasa koyucu olarak hareket etme yetkisi de verilebilir. Yasama organının çıkardığı bir yasanın, başka bir şekilde oluşturulması veya anayasa tarafından öngörülenden başka bir içeriğe sahip olmasına rağmen geçerli olduğu düşünülürse, anayasanın yasalarla ilgili buyruklarının *alternatif bir karaktere sahip* olduğunu varsaymak durumundayız. Yasa koyucu, anayasa tarafından ya doğrudan anayasada belirtilen normları uygulamaya ya da kendi kendine belirleyecek olduğu normları uygulama hakkına sahiptir. Aksi takdirde, yaratılışı veya içeriği doğrudan anayasada yer alan buyruklara uymayan bir yasa geçerli sayılmazdı<sup>60</sup>."

Richard H. S. Tur'un belirttiği gibi hiç kuşkusuz Hans Kelsen için normun alternatif karakteri, saf hukuk kuramının ayrılmaz bir parçasıdır

---

<sup>58</sup> Tur, R. H. S. (2013). s. 250.

<sup>59</sup> a.g.e., s. 258.

<sup>60</sup> Kelsen, H. (2006). s.156.



çünkü bu kuram normlar hiyerarşisinin altlarında ve üstlerinde yer alan normlar arasında çelişki olmamasını sağlar. Kelsen'in normatif düzenin birliği tezi için de normatif alternatifler kuramı önemlidir. Kelsen için "norma aykırı norm" kendi kendisiyle çelişkilidir. Böyle bir iç tutarlılığa ek olarak normun alternatif karakteri için gerekçe de hukuki pozitivismin temel öğelerinde bulunabilir<sup>61</sup>. Bu nedenle de çok eleştiri almasına rağmen Kelsen normatif alternatif görüşünü hiç değiştirmemiştir.

Hukuk normlarının uygulanabilirliğinin, hukuk sistemine üyelik kavramından ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu husus Hans Kelsen'in tüm yaşamı boyunca tatmin edici bir çözüme ulaşmadan mücadele ettiği bir sorun olmuştur. Bu "düzensiz normlar", yani yetkili organlar tarafından çıkarılmamış normlar sorunudur. Anayasaya aykırı yasalar veya yasaya aykırı mahkeme kararları bu konuda ilk akla gelen örneklerdir. Kelsen bu sorunu normatif hiyerarşide farklı seviyelerdeki normlar arasındaki çatışmalar altında ele almaktadır<sup>62</sup>. Kelsen'in hukuk sistemine üyelik tanımından, yetkili organ tarafından çıkarılmayan bir normun hukuk sistemine ait olmadığı anlaşılmaktadır. Yine de böyle bir norm, anayasaya aykırı veya yasadışı ilan edilmediği sürece geçerli olarak kabul edilir ve mahkemeler bunu uygulamakla yükümlüdür. Kelsen kuşkusuz kendini zor bir pozisyonda görmüştür. Kelsen bu tür normların geçerliliğini inkâr da edemiyordu çünkü o zaman bu normların var olmamaları gerekirdi. Kelsen geçerliliği normların özellikli bir varlığı olarak ele alıyordu. Öte yandan, bu tür normlar, yetkili bir organ tarafından yaratılmamaktaydı. Bu nedenle Kelsen, mantıksal olarak çok makul bir görüş olarak olamasa da normatif alternatifler kuramına yönelmek zorunda kalmıştır<sup>63</sup>.

Aynı seviyedeki iki norm arasında veya daha yüksek bir seviyedeki bir norm ile daha düşük bir seviyedeki norm arasında çatışmalar ortaya çıkabilir. Bu durumda iki çelişkili normun yaratıldığı eylemler zaman bakımından farklılık gösterir, biri daha öncedir ve diğeri daha sonradır. Yasama organı belirli bir zamanda belirli bir davranışı yasaklayan bir norm çıkarabilir ve daha sonra da tam da bu davranışa müsamaha gösteren bir norm da yaratabilir. Bir devletin anayasası, ırklarına bakılmaksızın tüm insanların eşit muamele edilmesini içeren bir hüküm içerebilir; daha

---

<sup>61</sup> Tur, R. H. S. (2013). s. 251.

<sup>62</sup> Bulygin, E. (2015). s. 319.

<sup>63</sup> a.g.e., s. 320.

sonra yasama organı yalnızca belirli ırttaki kişilere belirli yükümlülükler getiren bir yasa da çıkarabilir<sup>64</sup>. Kelsen bu konuda şunları açıklamıştır:

“İlk durumda, iki çelişkili normdan daha önceki normun geçerliliğini kaybedeceği öngörülebilir. İkinci durumda da ise çelişen iki normdan ikincisinin geçerliliğini kaybettiği belirtilebilir. Bununla birlikte, ikinci durumdaki iki çelişen normun, yani anayasaya aykırı normun veya ‘anayasaya aykırı’ olarak adlandırılan yasanın, pozitif hukuka göre geçerli olabileceği unutulmamalıdır. Ama anayasada öngörülen özel bir usulle, örneğin özel bir mahkemenin kararı ile anayasaya aykırı yasa yürürlükten kaldırılabilir. O hâlde herhangi bir norm çatışması yoktur çünkü söz konusu anayasaya aykırı yasanın geçerli olması hâlinde, yasa koyucunun böyle bir yasayı çıkarabilme açısından yetkilendirilmiş sayılması gerekir. Ancak, bu yasanın geçerliliğinin anayasada öngörülen özel bir prosedürle yürürlükten kaldırılma olasılığı da vardır<sup>65</sup>.”

Kelsen yaptığı çözümleme sonucunda yasa ve yargısal karar, anayasa ve yasa, anayasa ve kararnameler, yasa ve kararnameler arasında veya genel olarak formüle edildiğinde normlar hiyerarşisinde yukarıda ve aşağıda yer alan normlar arasında herhangi bir çatışmanın olmadığı veya olamayacağı sonucuna varmıştır. Açıkça belirlenmiş koşullara uyulmayan “anayasaya aykırı” veya “yasa dışı” olarak adlandırılan normların geçerli olabileceği sonucuna varılmak zorunda kalınmaktadır. Bu durum Kelsen’e göre ancak üstteki normun üstü kapalı bir biçimde bu tür normları çıkarma yetkisine sahip olduğu hipotezi ile açıklanabilir. Çeşitli yazarların belirttiği gibi Kelsen’in normatif alternatifler kuramı tatmin edici değildir. Joseph M. Vilajosana bu durum karşısında eleştirisel bir soru sormaktadır: Herhangi bir normun, üstü kapalı alternatif hüküm nedeniyle analitik olarak anayasal olduğu durumlarda, belirli bir normun üstün norm hükümlerine aykırı olup olmadığını nasıl bilebiliriz<sup>66</sup>?

Stanley L. Paulson Kelsen’in normatif alternatifler kuramından kaynaklanan hoş olmayan sonuçları asla tanımadığını veya kabul etmediğini belirtmiştir. Yani Kelsen açıklamak ve savunmak için bu kadar

---

<sup>64</sup> Kelsen, H. (1962). Derogation, içinde Newman (der.) *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, s. 352.

<sup>65</sup> a.g.e., s. 352.

<sup>66</sup> Vilajosana, J. M. (1996). “Towards a Material Criterion of Identity of a Legal Order”, *Rechtstheorie*, vol. 27, No. 1, s. 51.

çok çaba sarf ettiği hukuk sisteminin normatif alternatifler kuramını benimsemesinin sonucunun kural tabanlı bir hukuk sisteminin çökmesine yol açacağını da kabul etmemiştir. Kelsen'in normatif alternatifler kuramı kabul edilirse hukuk kurallarına kısıtlama getirilemeyecektir<sup>67</sup>. Paulson'a göre belki de Kelsen'in normatif alternatifler kuramını benimsemesinin nedeni yargı kararlarının yasadışı olamayacağı varsayımından kaynaklanmaktadır. Ancak Kelsen'in ikinci geçerlilik yolu yasal kurala normatif bir alternatif olarak kabul edilirse yasal kurallar artık kısıtlama getiremeyecektir<sup>68</sup>. Ayrıca Kelsen'in normatif alternatifler kuramının doğruluğu tartışılabilir. Anayasaya aykırı hukuk normu bir anormalliği temsil eder. Anayasaya aykırı norm anayasaya aykırıdır ve bu nedenle de hukuk sisteminin bir parçası değildir. Kelsen'in normatif alternatifler kuramını ciddiye almak hukuk kurallarının getirdiği kısıtlamaları ortadan kaldırmak olacaktır<sup>69</sup>.

#### SONUÇ: HANS KELSEN "İRRASYONALİST" SAYILABİLİR Mİ?

Kelsen'in *Saf Hukuk Teorisi* başlıklı yapıtının "normatif alternatifler" ve "çerçeve dışında" yargısal yorum başlıklı görüşleri *irrasyonalist* görüşler olarak düşünülebilir. Kelsen'in normatif alternatifler kuramı ve "çerçeve dışında" yargısal yorumu tartışmalı görüşleri arasında en başta gelenleridir. Söz konusu fenomenler "hatalı" hukuksal kararlar ve "anayasaya aykırı" yasalardır. Eğer bir yargıç, herhangi bir yasanın parçası olmayan bir kuralı açıkça uygularsa kararın geçersiz olduğunu söylemiyoruz. Olsa olsa bu kararın temyizde bozulacağı düşünülebilir. Ancak söz konusu yargı kararı nihai karar statüsüne sahipse kararın geri alınacağı beklentisi de olamaz. Bu durumda mahkemenin kararı (bireysel norm) ile genel norm arasında bir çatışma var. "Anayasaya" aykırı yasa durumunda da benzer bir sorun vardır. Kelsen'e göre anayasaya aykırı yasayı anayasa mahkemesi anayasaya aykırı ilan edene kadar yasa geçerliliğini koruyacaktır. Bu nedenle yasanın yürürlüğe girdiği andan anayasaya aykırı olduğu ilan edilene kadar geçerli olduğu kabul edilmek durumundadır. Her iki durumda da üst normlarla içerikleri çatışan normlar geçici olarak geçerli kabul edilmektedir<sup>70</sup>. Kelsen'in söylediği gibi hukuk düzeni tarafından mahkemelerce içeriği genel norm tarafından önceden belirlenmiş bireysel bir norm veya içeriği yargı organınca

---

<sup>67</sup> Paulson, S. L. (2008). s. 36.

<sup>68</sup> a.g.e., s. 36.

<sup>69</sup> a.g.e., s. 36.

<sup>70</sup> Jackson, B. S. (1985). s. 80.

önceden belirlenmemiş bireysel bir norm olabilir<sup>71</sup>. Benzer bir biçimde yasa anayasaya aykırı olduğu anayasa mahkemesince kararlaştırılmadığı sürece yasa geçerliliğini korur. Eğer anayasa hukuksal hatayı (legal errata) geçerli kabul ediyorsa ve anayasaya aykırı yasa da sadece iptal edilebiliyorsa bu tür kararların ve yasaların doğru kararlar veya anayasa uygun yasalara olan orantıları ne olursa olsun geçerli olacaktır<sup>72</sup>.

Kelsen *Saf Hukuk Teorisi* başlıklı yapıtının ikinci baskısında yorum konusuna normatif alternatifler görüşüne uygun ilavelerde bulunmuştur. Kelsen "kognitif yorum" ile "otantik yorum" ayrımı yapmıştır. Kognitif yorumlama, yasanın sözcüklerinin olası yorumlarının listesini bilişsel yoluyla belirleyerek yorumlamayı ifade eder. Otantik yorumlama yargıç belirli bir yorumu benimsemeye karar vermesi durumunda ortaya çıkan yorumlama eylemidir. Normal olarak bu iki yorum birlikte kullanılır. Otantik yorumlama yoluyla uygulanacak normun kognitif yorumuyla gösterilen bu tür yorumlamada olasılıklardan sadece biri gerçekleştirilemez; aynı zamanda, normun çerçevesinin tamamen dışında kalan bir norm da yaratılabilir. Kelsen şunları belirtmiştir: Yasayı uygulayan organ her zaman otantiktir ve her zaman hukuk yaratır. Kesin olarak özgün yorumdan sadece bu yorum, bir yasa veya uluslararası bir antlaşma biçimini alırsa ve genel bir karaktere sahipse yani sadece somut bir dava için değil tüm benzer davalar için hukuk yaratıyorsa söz ederiz. Bununla birlikte, hukuk uygulayan organın bir yasanın yorumlanması yoluyla yalnızca bireysel bir norm yaratırsa veya bir yaptırım uygularsa da otantiktir. Kelsen'e göre şu de not edilmelidir: Özgün yorumlama yoluyla yani yasayı uygulayan organın normu yorumlaması uygulanacak normların kognitif yorumuyla gösterilen olasılıklardan sadece biriyle gerçekleştirilemez, aynı zamanda uygulanacak norm çerçevesinin tamamen dışında bir norm da oluşturulabilir<sup>73</sup>.

B. S. Jackson'a göre bu tür bir yorumlamanın "çerçevenin ötesinde" ortaya çıkardığı bir normun geçerli bir norm olarak kalmasının nedenlerinin açık ve olması önemlidir. Yargıcın kararına ulaştığı bilişsel süreç, temyiz sürecinden daha az olmamak kaydıyla hukuki geçerlilik meselesi ile alakasızdır. Jackson'a göre çerçevenin içinde veya dışında yorum yapmak normatif alternatifler kuramının uzantısı olarak düşünülmemelidir. Durumu hukuksal errata (hata) doktrininin doğrudan

---

<sup>71</sup> Kelsen, H. (2008). s. 269.

<sup>72</sup> Jackson, B. S. (1985). s. 83.

<sup>73</sup> Kelsen, H. (2008). s. 354.

bir uygulaması olarak görmek muhtemelen daha doğrudur. Karar, yargıcın karar vermesinde bu kararın gerekçeli olup olmadığı için değil bir kez verilmiş olan kararın aslında yorumlamanın konusu olan genel normun maddi içeriğinin dışına çıkılması nedeniyle hatalı ama geçerli olmasıdır. Jackson'a göre bunun nedeni, Kelsen'in yorumu temelde hukuk biliminin kapsamı dışında görmesi ve kararların alındığı tarihsel süreçlerle ilgili olduğunu düşünmesidir<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Jackson, B. S. (1985). s. 88.

## KAYNAKÇA

- BULYGIN, Eugeino (2015). An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law, içinde Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzaresse, Jose Juan Moreso, Pablo E. Navarro ve Stanley Paluson, (der.) *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, ss. 235-251.
- BULYGIN, Eugeino (2015). The Problem of Legal Validity in Kelsen's Theory of Law (2005), içinde Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzaresse, Jose Juan Moreso, Pablo E. Navarro ve Stanley Paluson (der.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, ss. 311-323.
- APALATEGUI, J.M.C. (2017). Validity and Correctness in Kelsen's Theory of Legal Interpretation, içinde Peter Langford, Ian Bryan ve John McGarry, Kelsenian (der.) *Legal Science and the Nature of Law*, Springer Pub. , ss. 153-170.
- CHIASSONI, Pierluigi (2013). Wiener Realism, içinde Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (der.) *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford: Hart Publishing, ss. 131-162.
- ERDOĞMUŞ, Belgin (2004). *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay.
- GÖZLER, Kemal (2013). Yorum İlkeleri, içinde Ergül, Ozan (der.) *Kamu Hukukçuları Platformu- Anayasa Hukukunda Yorum Ve Norm Somutlaşması*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yay. ss. 97-112.
- GUASTİNİ, Riccardo (2016). "Kelsen on Validity (Once More)", *Ratio Juris*, Vol 29., No. 3 ss. 402-409.
- HALPÉRİN, Jean-Louis (2012). "Lex Posterior Derogat Priori, Lex Specialis Derogat Generali Jalons Pour Une Histoire Des Conflits De Normes Centrée Ces Deux Solutions Concurrentes," *Revue d'Histoire du Droit*, Vol. 80, s. 353-397.
- JACKSON, Bernard (1985). "Kelsen Between Formalism and Realism", *The Liverpool Law Review*, Vol.VII (1), s. 79-93.
- KELSEN, Hans (1962). Derogation, içinde Newman (der.) *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, ss. 339-355.
- KELSEN, Hans (1973). Derogation, içinde Weinberger Dordrecht (der.), *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Holland: Reidel Publishing, s. 260-275.

- KELSEN, Hans (1986). The function of a Constitution, (çev.) Iain Stewart, içinde Richard Tur ve William Twining (der.) *Essays on Kelsen*, Oxford: Oxford University Press, ss. 109-119.
- KELSEN, Hans (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*, (çev.) B. L. Paulson ve S. L. Paulson, Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, Hans (2000). *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science Collected Essays by Hans Kelsen*, New Jersey: The Law Book Exchange, LTD.
- KELSEN, Hans (2006). *General Theory of Law and State*, (çev.) Max Knight, New Jersey, New Brunswick: Transaction Publishers
- KELSEN, Hans (2008). *Pure Theory of Law*, (çev.) Max Knight, New Jersey: The Law Book Exchange, Ltd.
- KELSEN, Hans (2013). A 'Realistic' Theory of Law and the Pure Theory: Remarks on Alf Ross's on Law and Justice, içinde Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (der.) *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford: Hart Publishing, ss. 194-221.
- KELSEN, Hans (2015a). Kelsen on the Nature and Development of Constitutional Adjudication, içinde Lars Vinx (der.) *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, ss. 22-78.
- KELSEN, Hans (2015b). "Anayasanın Yargısal teminatı (Anayasa Yargısı)", çev. Yasin Sönmez, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, ss. 857-914.
- KELSEN, Hans (2016). *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, (çev.) Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora Kitap.
- MAHER, G. (1981). "Custom and Constitutions", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 1, Issue 1, ss. 167-176.
- MORESO, Jose Juan (2015). "Kelsen on Justifying Judicial Review", Ramirez Gonzalo (2012). *Ecos de Kelsen: Vidas, obras y controversias*. Bogota: Editorial Universidad Exterternado, s. 354-378 (İspanyolca yayımlanmıştır.), 15 sayfa, SSRN.
- MUNZER, Stephen (1973). "Validity and Legal Conflicts," *The Yale Law Journal* 82, no. 6, ss. 1140-1174.

- NİNO, Carlos Santiago (1993). "A Philosophical Reconstruction of Judicial Review," *Cardozo Law Review* 14, no. Issues 3-4 (January 1993), ss. 799-846.
- PAULSON, Stanley L. (1980). "Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory", *Cambridge Law Journal* ss. 172-193.
- STANLEY, Paulson, L. (1983). "On the Status of the *Lex Posterior* Derogating Rule", *The Liverpool Law Review*, Vol. (1), ss. 5-18.
- PAULSON, Stanley L. (2008). "Formalism, Free Law and the Cognition Quandry: Hans Kelsen's Approaches to Legal Interpretation" *University of Queensland Law Journal* 27, no. 2 ss. 7-40.
- RAZ, Joseph (1981). "The Purity of the Pure Theory", *Revue Internationale de Philosophie*, vol. 138, ss. 441-459.
- TUR, Richard H. S. (2013). The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibility? içinde Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (der.) *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford: Hart Publishing, ss. 245-258.
- TURHAN, M. (2015). "Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa," içinde Çoban, A. R., Güleler, S., Sağlam, M.ve Ekinci, H. (der.) *Haşim Kılıç'a Armağan*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yay., ss. 351-386.
- UMUR, Ziya (1975). *Roma Hukuku Lüğatı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.
- VİLAJOSANA, Joseph M. (1996). "Towards a Material Criterion of Identity of a Legal Order", *Rechtstheorie*, vol. 27, No, 1 ss. 45-64.