

Yahya Berkol Gülgeç, "Hukuk Bir Yere Gitti mi?", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 8, Sayı 15, Yıl 2019, s.171-192.

Makale, www.anayasa.gen.tr/gulgec-hukuk-bir-yere-gitti-mi.pdf adresine AHD'nin izniyle konulmuştur.

Aşağıdaki metinde, AHD'deki sayfaların başlangıç yerlerinde sayfa numaraları köşeli parantez içinde [s.XX] gösterilmiştir.

^H HUKUK BİR YERE GİTTİ Mİ?*

(HAS LAW GONE ANYWHERE?)

Yahya Berkol Gülgeç**

ÖZ

Kemal Gözler "Hukuk Nereye Gidiyor? Gözlemler ve Sorular" makalesinde artık nesnesini kaybetmiş bir hukuk biliminin mümkün olup olmadığını sormaktadır. Normcu pozitivizmin bakış açısıyla etkililiğini kaybetmiş bir norm geçerliliğini de kaybeder. Normun varlığıyla olgusal etkililik kavramı arasında bu şekilde bir bağlantı kurulması eleştiriye açıktır. Ancak, bu bağlantı kabul edilse bile Kemal Gözler'in gözlemlerinde yer verdiği sorunlu alanlardaki normlar Kelsen'in "minimum etkililik" eşiğinin altına düşmemiştir. Bununla birlikte, makale bir normcu pozitivistten ziyade bir hukukî realist tarafından yazılmış gibidir. Dolayısıyla, sorunun realist bakış açısıyla da değerlendirilmesi gerekir. Geçerlilik ve etkililik arasında ilişki kuran realist akım Amerikan realizmi değil, İskandinav realizmidir. Bu ilişki Alf Ross'un yazınında en açık biçimde ifadesini bulur. Buna göre geçerlilik etkililiğe indirgenebilir. Böylelikle, etkililik veya olasılık olarak geçerlilik kavramına ulaşılır. Etkililik ve geçerlilik arasındaki bu özdeşlik de eleştiriye açıktır. Öte yandan, bu özdeşlik kabul edilse dahi Kemal Gözler'in gözlemleri bazı normların yokluğuna değil, etkililik, geçerlilik ve "varlık" derecelerindeki düşüklüğe işaret etmektedir. Sonuç olarak, normların hâlâ var olduğu, bu normlara ilişkin hukuk biliminin mümkün olduğu ve normlarımızda ısrar etmemiz gerektiği kabul edilmelidir.

[s. 172] **Anahtar Kelimeler:** saf hukuk kuramı, etkililik, geçerlilik, Kemal Gözler, İskandinav realizmi

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 05.01.2019 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 14.03.2019 tarihinde birinci hakem; 29.03.2019 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Ar. Gör., Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. (ORCID ID: <https://orcid.org/000-0002-2577-5799>).

ABSTRACT

In his article "Hukuk Nereye Gidiyor? Gözlemler ve Sorular", Kemal Gözler asks whether it is possible to have a legal science which has lost its object. According to the perspective of the normativist positivism, an inefficacious norm is also invalid. One may criticize such conceptual connection between the existence of a norm and the concept of factual efficacy. Nevertheless, even if such connection is conceded, the problematic norms mentioned by Kemal Gözler in his observations have not dropped below the threshold of "minimum efficacy". Having said this, it seems as if the article has been written by a legal realist rather than a normativist positivist. Therefore, the problem also needs to be evaluated from a realist perspective. It is the Scandinavian realism and not the American realism which establishes a relationship between efficacy and validity. This relationship appears most notably in Alf Ross's literature. Accordingly, validity can be reduced to efficacy. Thus one reaches to the concept of validity as efficacy or probability. This identification of validity with efficacy is also open to criticism. However, even if this identification is accepted, Kemal Gözler's observations do not point at the non-existence of certain norms, but at a drop in their degrees of validity, efficacy and "existence". As a result, it needs to be acknowledged that norms still exist, that legal science in relation to these norms is still possible and that we need to insist on our norms.

Keywords: *pure theory of law, efficacy, validity, Kemal Gözler, Scandinavian realism.*

* * *

GİRİŞ

Kemal Gözler yakın zamanda kendine ait internet sitesinde "Hukuk Nereye Gidiyor? Gözlemler ve Sorular" başlıklı bir yazı¹ yayınladı. [s. 173] Gördüğüm kadarıyla, bu yazı sosyal medyada oldukça büyük ilgi gördü. Sanıyoruz ki yıllarını hukuk bilimine adanmış bir hocanın hukuk hakkındaki karamsar düşünceleri pek çok kişinin hislerine tercüman oldu. Bu yazı, Kemal Gözler'in makalesindeki sorulardan birine cevaben yazılmaktadır.

Kemal Gözler'in makalesinde sorulan sorular ve ortaya konan sorunlar kapsamlı ve tek celsede çözülemeyecek niteliktedir. Bu yazıda Kemal Gözler'in "SORULAR" başlığı altında ele aldığı ilk soruya yanıt arayacağız. Sorumuz şudur: "Hukukun sona erdiği bir yerde hukuk bilimi de sona erer mi?". Bu sorunun altında Kemal Gözler şu metne yer vermektedir:

¹ Kemal Gözler, "Hukuk Nereye Gidiyor? Gözlemler ve Sorular", <http://www.anayasa.gen.tr/hukuk-nereye-gidiyor.htm>, Yayın Tarihi: 6 Aralık 2018, Erişim Tarihi: 2 Ocak 2019.

“Hukuk başka, hukuk bilimi başkadır. Bunlardan birincisi ikincisinin konusudur. Ancak konunun ortadan kalktığı yerde konuyu incelemekle görevli bilim dalı varlığını sürdürebilir mi? Olmayan bir şeyi inceleyen bilime neden ihtiyaç duyulsun? Dahası ihtiyaç olsa bile olmayan bir şey üzerinde bu bilim nasıl olup da incelemede bulunsun?”²

Elbette nesnesi olmayan bilim ortadan kalkar. Bilim nesnesinin bilgisine ulaşmaya çalıştığına göre, hukukun olmadığı yerde hukuk biliminden bahsetmek mümkün değildir. Peki ama Kemal Gözler hukukun (artık) olmadığını niçin düşünmektedir? Öncelikle bu sorunun ele alınması, soruya ilişkin olası yanıtların daha sonra sunulması gerekecektir.

I. HANGİ HUKUK NİÇİN YOK?

Bu kısımda yazarın hukukun yokluğuna ilişkin sorusunun dayanaklarını araştırarak ve söz konusu dayanakların teorik açıdan hukukun yokluğunu temellendirip temellendiremeyeceği tartışılacaktır. İlk olarak yokluk kanısının neye dayandığını ve neye ilişkin olduğunu inceleyecek, sonra da bu kanının etkililik-geçerlilik bağlantısı bakımından doğruluğunu tartışacağız. Bu tartışmaları yürütürken öncelikle Kemal Gözler’in – en azından bir zamanlar – mensubu olduğu normcu pozitivizmin bakış açısından yararlanacağız. [s. 174]

A. Hangi Hukuk?

Hukuk normunun varlığı, onun geçerliliğidir³. Geçerli olmayan bir hukuk normunun var olduğundan bahsedilemeyeceği gibi, var olan hukuk normunun da geçersiz olduğu iddia edilemez. Bu anlamda, örneğin, Kelsen’in vurguladığı gibi “geçersiz kanun” ifadesi bir çelişkidir, çünkü geçersiz bir kanun, bir norm, dolayısıyla da kanun değildir⁴. Bu sebeple bir hukuk normunun yokluğundan kasıt, onun geçersiz olduğudur.

Varlık olarak geçerlilik anlayışı aynı şekilde hukuk sisteminin bütününe de uygulanabilir niteliktedir. Bir normatif düzenin hukuk düzeni olduğundan bahsedebilmek için de o sistemin bir bütün olarak geçerli olması

² *Ibid.*

³ Bkz. Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, 2.b., Oxford, Oxford University Press, 1980, s. 45; Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, 5.b., çev. Max Knight, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2008, s. 10; Alf Ross, “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law”, in Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski Paulson (editörler), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, ss. 158-159.

⁴ Gözler, *op. cit.*

gerekir. Hukuk sisteminin bir bütün halinde geçerliliği açısından da farklı teoriler tarafından farklı kriterler öngörülebilir⁵.

Dolayısıyla Kemal Gözler'in hukukun olmadığı yönündeki düşüncesi ya hukuk sisteminin bir bütün halinde geçersiz olduğu ya da belirli hukuk normlarının geçersiz olduğuna işaret etmektedir. Hangisinin doğru olduğuna yazarın makalesinin "GÖZLEMLER" başlığı altında verdiği örneklere bakarak karar verebiliriz. Bu soruya yanıt vermemizi sağlayacak örnekleri iki başlıkta toplayabiliriz: 1) Temel hak ve hürriyet ihlallerine, 2) hukuk-siyaset ilişkisindeki dengenin bozulmasına ve 3) hukukî belirliliğin ortadan kalkmasına yönelik gözlemler.

Kemal Gözler temel hak ve hürriyetlere ilişkin bazı sorunlara işaret etmektedir: "*Temel hak ve hürriyetleri korumak amacıyla tasarlanan... mekanizmalar, temel hak ve hürriyetlere müdahale etme aracı [s. 175] hâline dönüştü*", "*Hâkimler, temel hak ve hürriyetleri koruyan değil, tersine temel hak ve hürriyetlere müdahale eden görevliler hâline geldi*"⁶.

Sanırım bu tespitlerin geçerliliğini tartışmanın bir anlamı yok. Şimdilik yalnızca şunu söyleyelim: Bu tespitler doğruysa, Anayasanın temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümlerinin, en azından bir kısmının, etkisizliği söz konusu olabilir.

Yazar yine birden çok yerde hukuk-siyaset ilişkisindeki dengenin bozulduğuna, hukukun iktidarı sınırlandırmadığına işaret etmektedir: "*İktidarı sınırlandırmakla görevli organlardan birincisi olan Anayasa Mahkemesi, iktidarı sınırlandıran bir unsur değil, tersine onu tahkim eden bir unsur hâline dönüştü*", "*Kıscacı hukuk, siyasetin longa manus'u hâline geldi*", "*Artık hukuk, siyaseti çerçevelemedi; tersine o siyasetin cenderesi altında bulunuyor*"⁷.

Anayasacılık genelde iktidarın, özelde ise çoğunluk iktidarının sınırlandırılmasıdır⁸. İktidarın diğer anayasal organlar tarafından sınırlandırılmadığına yönelik gözlemler Türkiye'de anayasacılık düşüncesinin gelece-

⁵ Örneğin Kelsen bir hukuk sisteminin geçerli olabilmesi için sistemin minimum bir etkililiğe sahip olması gerektiğini belirtmektedir (Kelsen, *op. cit.*, s. 213). Hart'a göre ise hukuk sisteminin geçerliliğinden bahsedebilmek için şu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir: 1) Sisteme genel itibarıyla uyuluyor olmalıdır, 2) Tanıma Kuralı sistemdeki hukuk uygulayıcıları tarafından içsel bakış açısıyla benimsenmiş olmalıdır (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3.b., Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 116).

⁶ Gözler, *op. cit.*

⁷ *Ibid.*

⁸ Ergun Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 3.

ği, iktidarı sınırlandırmaya yönelik anayasal hükümlerin en azından bir kısmının uygulanmadığı, bu normların etkililiğini yitirdiği şeklinde yorumlanabilir.

Keza gözlemlerin bir kısmı da hukukî belirliliğe ilişkindir: “Artık anayasa ve kanunlardaki kurallara bakmak, karşılaşılan hukukî sorunun nasıl çözümleneceği konusunda bir fikir vermiyor”, “...artık anayasa mahkemesi kararları anayasaya değil, birtakım hukuk dışı faktörlere bağlı”⁹.

Hukukî öngörülebilirlik kısaca kişilerin davranışlarının hukukî sonuçlarını önceden tahmin edebilmesi olarak ifade edilebilir¹⁰. Doğal olarak bu tahminin mevcut hukuk kurallarının içeriğinden yola çıkılarak yapılabilmesi gerekir. Özellikle siyasî ağırlığı olan, siyasî iktidarın önem atfettiği konularda mevcut hukuk kurallarına bakılarak davranışların [s. 176] hukukî sonuçları öngörülemezse, hukukî belirliliğin belli konular özelinde ortadan kalktığı söylenebilir. Hukukî belirlilik ilkesi Türk anayasal sisteminde doğrudan benimsenmemiş olsa da bu ilkenin hukuk devleti ilkesinin görünüm-lerinden biri olduğu yaygın biçimde kabul edilmiştir¹¹. Dolayısıyla Kemal Gözler’in gözlemleri Türkiye’de hukuk devleti ilkesinin de etkililiğini yitirdiğine, siyasî ağırlığı olan konularda hukukî belirliliğin bulunmadığına işaret etmektedir.

Belirtelim ki yazarın hâkimlerin nasıl karar vereceğinin gazetecilerin düşünceleri ve hâkimlerin kararlarını etkileyecek hukuk dışı faktörlerin incelenmesiyle belirlenebileceği yönündeki tespit hukukî belirliliğin hâlâ mevcut olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Çünkü bu tür bir belirliliğin “hukukî” bir tarafı yoktur. Hukukî belirlilik davranışların “hukukî” sonuçlarının öngörülebilmesine ilişkindir, hukukî sonuçlar ise hukuk kurallarından çıkarılmalıdır, siyasî konjonktürden değil.

Görüldüğü üzere, Kemal Gözler Türk hukuk sisteminin tamamen geçerlilikten ve varlıktan yoksun olduğunu düşünmemektedir. Her ne kadar anılan gözlemler Türk anayasal düzeninin çok önemli kısımlarına ilişkin olsa da, Anayasanın pek çok hükmü hâlâ uygulanmaktadır. Hâliyle temel hak ve hürriyetler, iktidarın sınırlandırılması, hukuk devleti ilkesi gibi ana-

⁹ Gözler, *op. cit.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Örn. bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar*, 9.b., İstanbul, Legal, 2014, ss. 20-21; Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 2.b., Ankara, Turhan, 2012, s. 47; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10.b., Ankara, İmaj, 2013, s. 45; Selda Çağlar, “Hukuk Devleti Açısından Hukukî Belirlilik – Hukuk Güvenliği İlişkisi”, *in* Ece Göztepe (hazırlayan), *Hukuk Güvenliği*, Ankara, TBB Yayınları, 2015, ss. 31-32.

yasal ve siyasî sistem açısından büyük önem arz eden konularda sorunlar yaşanırken diğer anayasal normların ne gibi bir önemi olduğu sorgulanabilir. Burada mühim olan bu önemin kriteri olarak neyin temel alındığıdır. Kuşkusuz liberal anayasacılık düşüncesi açısından sayılan alanlar kilit öneme sahiptir. Bu alanlarda başarısız olan anayasaların “anayasacılıksız anayasa” olarak değerlendirildiği görülür¹². Ancak biz Türk Anayasasının veya bu anayasanın uygulanmasının anayasacılık düşüncesine ne ölçüde uyumlu olduğunu incelemeyeceğiz. Cevap vermeye çalıştığımız soru hukuk biliminin inceleyebileceği bir nesnenin olup olmadığıdır.

[s. 177] Diyebiliriz ki, her ne kadar Kemal Gözler “hukukun olmadığından” bahsetse de bu ifade, hukuk sisteminin bütünüyle mevcut olmadığı yolunda değil, hukuk sistemi açısından büyük önem arz eden bazı kuralların etkisiz olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Aşağıdaki tartışmaları Kemal Gözler’in bütün bir hukuk sisteminin değil, kâğıt üzerinde mevcut bazı kuralların olmadığını düşündüğünü varsayarak gerçekleştireceğiz.

B. Niçin Yok?

Temel hak ve özgürlükler, iktidarın sınırlandırılması ve hukukî belirliliğe ilişkin normların geçersizliği normcu pozitivizm açısından nasıl temellendirilebilir? Kemal Gözler’in bazı hukuk normlarının yokluğuna dair düşüncesini etkililik ve geçerlilik arasındaki ilişkiye dayandırmak mümkündür. Hans Kelsen ancak genel anlamda etkili olan düzenlerin hukuk düzeni olabileceğini söylemişti¹³. Ancak Kemal Gözler’in kastının hukuk sisteminin bütününe değil, önemli de olsa yalnızca bazı normlarının yokluğunu düşünürsek, etkililik ile bağlantısı kurulması gereken hukuk sisteminin geçerliliği değil hukuk sistemine ait tikel normların geçerliliğidir.

Neyse ki bu noktada da Kelsen’e başvurmak mümkündür. Nitekim, Kelsen’e göre etkililik yalnızca bir hukuk sisteminin bütününe değil o sistemdeki tikel normların geçerliliği açısından da bir anlam ifade eder. Buna göre bir normun geçerliliğini sürdürebilmesi için minimum bir etkililiğe sahip olması gerekir¹⁴. Normun etkili olması ise muhatapları tarafından norma uyulması, norma aykırılık hâlinde ise ihlâl edenlere yaptırım uygulanması anlamına gelir¹⁵. Etkililik her şeyden önce bir derecedir, Kelsen’in

¹² Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 9.b., Bursa, Ekin, 2017, s. 72.

¹³ Kelsen, *op. cit.*, s. 215.

¹⁴ *Ibid.*, s. 213.

¹⁵ Etkililiğin hukuk normuna genel anlamda uyulduğu anlamına geldiği konusunda bkz. Raz, *op. cit.*, s. 213. Stephen Munzer etkililiğin hukuk normunun öngördüğü sonuçları yaratılabilir kapasitesi olarak tanımlanabileceğini söylemiştir (bkz. Stephen Munzer, *Legal*

“minimum etkililik” ifadesi de bu dereceli olma durumunu doğrulamaktadır. Hukukun saf teorisine göre, en azından minimum seviyede etkili olmayan bir hukuk normu geçerli kalmaz. [s. 178] Bunun nedeni, normu uygulamama veya norma uymama yönündeki düzenli davranışın teamül yoluyla söz konusu normun ilgasına (*desuetude*) yol açmasıdır¹⁶.

Somut durumda olmadığı iddia edilebilecek normların geçersizliğini etkisizliklerine bağlamanın iki temel sakıncası vardır. Bunlardan ilki Kelsen’in iddiasındaki yetersizliklerle, ikincisi bu teorinin somut gözlemlere uygulanmasıyla ilgilidir. Kelsen’in iddiasıyla ilgili yetersizlikleri daha önce başka çalışmalar kapsamında incelemiştik¹⁷. Burada yalnızca bir özet sunacak ve sonrasında da ikinci sorunu ele alacağız.

Kelsen’in tikel normların geçerliliğini minimum etkililik şartına bağlamasının kendi teorisi çerçevesinde yarattığı ilk sorun şu şekilde özetlenebilir: Hukukun saf teorisinde normlar geçerliliklerini nasıl daha üst normlardan alıyorsa, yine ancak daha üstün normlar veya kendileriyle eş seviyedeki normlar dolayısıyla kaybedebilirler. Teamül yoluyla bir normun ilga edilmesi, hukuk sisteminde bu yolu öngören bir norm bulunmadıkça, Kelsen’in teorisi tarafından açıklanamaz. Kelsen’in hukuk sisteminin bütününe geçerli olması için etkili olması gerektiği yönündeki düşüncesi, uluslararası örf ve âdet hukukunun pozitif bir normu olduğunu öne sürdüğü etkililik prensibi veya temel normun içeriği ile açıklanamaz. Aynı durum tikel normların geçerliliği ve etkililiği arasındaki bağlantı için söz konusu değildir. Bu nedenle de Hart haklı olarak Kelsen’in tikel normların geçerliliği ve etkililiğini ilişkilendiren düşüncesini eleştirmektedir¹⁸. Teorisinin her noktasında olan-olması gereken ikiliğine sadık kalan, bu sadakati sürdürmek adına teorisinin yumuşak karnı olarak değerlendirilebilecek temel norm kavramını ortaya atan Kelsen, teamülle normun geçerliliğini yitirmesine pozitif, yahut en azından normatif bir kaynak göstermediği yerde kendine ihanet etmektedir.

Validity, Lahey, Martinus Nijhoff, 1972, s. 5). Konuya ilişkin bizim görüşümüz için bkz. Yahya Berkol Gülgeç, “Interrelationship between Validity, Efficacy and Coerciveness”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 66, Sayı: 4, 2017, ss. 691-692.

¹⁶ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, 3.b., çev. Anders Wedberg, Cambridge, Harvard University Press, 1949, s. 119.

¹⁷ Bu konuda bkz. Gülgeç, “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, *op. cit.*, ss. 692-696; Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, 2.b., İstanbul, On İki Levha, 2018, ss. 19-23.

¹⁸ Hart’in eleştirisi için bkz. Hart, *op. cit.*, s. 103.

Ayrıca, Kelsen'in teorisindeki etkililik eşiğinin ne olduğu ve normların etkisiz sayılması için ne kadar zaman geçmesi gerektiği gibi bazı belirsizlikler de bulunmaktadır. Ancak bu tür belirsizliklerin tikel [s. 179] normun etkililik ve geçerliliği arasındaki bağın teorik tutarlılığını etkilediğini iddia etmeyeceğiz. Bunlar aşılabılır, ancak yine de bu belirsizliklerin mevcudiyeti iddianın kabul edilmesini güçleştirmektedir.

Kanımızca tikel normların geçerliliği ile etkililiği arasında kavramsal bir bağ yoktur. Yani, bu bağ sonradan, pozitif hukuk aracılığıyla kurulabilir, ancak bu kavramlar başlangıçta birbirlerine bağlanamazlar. Dolayısıyla, Kemal Gözler'in uyulmadığı ve uygulanmadığını düşündüğü normlar etkisiz olsalar dahi geçerliliklerini, yani mevcudiyetlerini korurlar. Bu normlar hâlâ mevcut olduğuna göre, temel hak ve özgürlüklere, iktidarın sınırlandırılmasına veya hukukî belirlilik ilkesine dair hukuk bilimi de varlığını ve anlamını korumaktadır¹⁹.

Kelsen'in düşüncesinin Kemal Gözler'in gözlemlerine uygulanmasındaki güçlükleri göstermek için normların tikel geçerliliğinin etkisizlik ile ortadan kalkacağını varsayacağız. Uygulamadaki güçlük etkisizliği nedeniyle geçersiz olduğu düşünülen normların bu etkisizliğinin gerçekten de bu normların geçersizliğine yol açacak düzeyde olup olmadığı konusunda ortaya çıkmaktadır. Minimum etkililik şartının sınırı belli olmadığına göre, bizim bu kısımda öne süreceğimiz argümanlar da nihaî anlamda ikna edici ve belirleyici olamayacaktır. Ancak, en azından, belli durumlarda uygulanmadığı gözlemlenen normların niçin hâlâ belli bir düzeyde etkili olduğuna işaret eden argümanlar öne sürmeye çalışacağız.

Kemal Gözler Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlere ilişkin normların hiç uygulanmadığını düşünüyor olabilir mi? Sanmıyorum. Muhtemelen "temel hak ve hürriyetleri korumaya yönelik mekanizmaların temel hak ve hürriyetlere müdahale etme aracı haline gelmesi"nden kasıt, siyasî iktidarın hedef olarak belirlediği kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasında diğer kişilere oranla daha isteksiz davranıldığı, temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından öngörülen hükümlerin dar yorumlandığıdır. Bu da kişilerin hak ve özgürlüklerine hukuksuz biçimde el atıldığı anlamına gelmektedir. Keza hukukun siyasî iktidarı çerçevesinde sınırlandırmamasıyla ima edilen de siyasî iktidarın kendisini sınırlandıran hiçbir norma uymadığı değil, siyaseten gerektiğini düşündüğünde herhangi bir yaptırıma maruz kalmadan uymayabildiğidir. [s. 180] Bir başka deyişle, ik-

¹⁹ Kemal Gözler makalesinde hukukun değerini ayrıca sorgulamaktadır. Tabii ki burada söylediklerimiz hukukun değerine ilişkin tespitler değildir. Hukukun ve hukuk biliminin olanaklı ancak değersizleşmekte olduğu pekâlâ aynı anda iddia edilebilir.

tidarı sınırlandıran anayasal normların etkililiğinde bir azalma olmakla birlikte, bu etkililiğin minimum etkililik şartının altına indiğini söylemek zordur. Benzer bir argüman hukukî belirlilik ilkesinin etkililiği açısından da öne sürülebilir. Hukukun her zaman belli bir ölçüde belirsizlik içereceğini kabul etmekle birlikte, Türk hukukunun her alanında mı bu belirsizlik kabul edilebilir bir seviyenin altına düşmüştür? Hukukî belirsizlik her alanda hukukun kendisinden değil de siyasî iktidarın baskısı ve etkisinden mi kaynaklanmaktadır? İddianın bu olduğunu sanmıyorum. Muhtemelen hukukî belirlilik ilkesinin ticaret hukuku alanındaki etkililiği ceza veya idare hukuku alanlarındakinden daha yüksektir.

Kısacası, Kemal Gözler'in "GÖZLEMLER" başlığı altında yaptığı tespitler belli normların tamamen etkisiz hâle geldiğini göstermede değil, hukuk alanındaki olumsuz gelişmeleri karikatürize ederek güçlü bir eleştiri sunmada başarılı olmaktadır. Dolayısıyla, tikel normların etkililiği ile geçerliliği arasında bir bağ olduğunu kabul etsek dahi, tespit edilen olumsuzlukların belli normların etkililiğinin minimum etkililik eşiği altına düştüğünü gösterdiğini söyleyemeyiz. Kaldı ki yukarıda da belirttiğimiz gibi, tikel normların geçerliliği ile etkililiği arasında kavramsal veya teorik bir bağlantı olduğunu iddia etmek güçtür. Dolayısıyla, etkililiğinde düşüş olan bazı normların da hâlâ geçerli olduğunu, bu nedenle var olduğunu ve bu normlara ilişkin olarak hukuk bilimi icra etmenin hâlâ mümkün olduğunu kabul etmek gerekir.

Peki ama Kemal Gözler bütün bunları bilmemekte midir? Benim normcu pozitivizmle tanışmama vesile olan kişi Kemal Gözler'dir. Bu açıklamayı yazarken kullandığım kavramları muhtemelen ilk defa Kemal Gözler'den duymuşumdur. Öyleyse, Kemal Gözler bu teorik arka planı niçin görmezden gelmektedir? Bu soru Kemal Gözler'in sorularının başka bir hukuk kavramına, farklı bir teorik kaynağa atıfla sorulmuş olabileceğini akla getirmektedir. Gelecek bölümde Kemal Gözler'in bir normcu pozitivist olarak değil, hukukî realist olarak görülmesi durumunda aynı soruya farklı bir yanıt verilip verilemeyeceğini tartışacağız.

II. REALİST GÖZLER HAKLI OLABİLİR Mİ?

Bu kısımda Kemal Gözler'in düşünce, gözlem ve sorularının niçin realist hukuk akımı kapsamında değerlendirilebileceğini açıklayacak ve sonrasında İskandinav hukukî realizmi cephesinden etkililik temelindeki argümanın başarısını inceleyeceğiz. [s. 181]

A. Kemal Gözler Nereye Gidiyor?

Kemal Gözler'in hukukun yokluğuna dair iddiasını hukukî realizm çerçevesinden değerlendirmeden önce neden bu değerlendirme için doğal hukuku değil de realizmi temel aldığımızı açıklamamız gerekir. Neticede genel olarak bir normcu pozitivist olarak tanınan, zaman zaman iradeci pozitivismden mühlhem çıkarımlara ulaşan²⁰ Kemal Gözler'in doğal hukuk düşüncesinden etkilenmiş görüşleri de bulunmaktadır. Bu etkilere örnek olarak idarenin düzenleme yetkisinin eşyanın tabiatından kaynaklanabileceği görüşünü gösterebiliriz²¹. Doğal hukuk düşüncesinin yazarın geçmişteki çalışmaları üzerindeki en büyük etkisi belki de yorum ilkeleri konusunda ortaya çıkmaktadır. "Yorum İlkeleri" başlıklı çalışmasında yazar eşyanın tabiatından kaynaklandığı düşünülen yorum ilkelerin hukuken hâkimleri bağladığını iddia etmektedir²². Öyleyse kısaca incelediğimiz makalenin doğal hukukçu bir iddia taşıyıp taşımadığını araştırmalıyız.

Şu kadarı açıktır: Hürriyet, adalet, eşitlik, hukukî öngörülebilirlik, iktidarın sınırlandırılması gibi konular doğal hukukçular için de hassas konulardır. Dolayısıyla, bir doğal hukukçu da Kemal Gözler gibi Türk hukukunun mevcut durumundan rahatsız olarak benzer tepki gösteren bir makale yazabilirdi. Ancak bu makale ile Kemal Gözler'in makalesi arasında temel bazı farklar olurdu. İlk olarak, doğal hukukçu bir perspektif (en azından yukarıda sayılan değerleri temel alan doğal hukukçu bir perspektif), söz konusu normların uygulanmadıkları için geçersiz [s. 182] olduklarını değil, muhtemelen hukuk düzeni bu değerleri pozitif hale getirmeseydi dahi bunların bağlayıcı olduğunu iddia ederdi. Bir başka deyişle, değerlerine ilişkin normların ayakta ve bağlayıcı olduğunda direterek, uygulamaya yönelik eleştirel tutumunu sürdürürdü. Kemal Gözler'in makaledeki sesinin de eleştirel bir tınısı olduğunu reddedemeyiz. Ancak, bu eleştirelilik üslubun tını-

²⁰ Iradeci pozitivismin Kemal Gözler'in düşüncesi üzerindeki iki etkiden bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki anayasanın geçerliliği için temel norm kavramı yerine aslı kurucu iktidarın iradesini yerleştirme önerisidir (Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 10.b., Bursa, Ekin, 2013, s. 211). Biz daha önce bu görüşü olan-olması gereken ikiliğini deldiği ve bir kere delinen bu ikiliğin normlar hiyerarşisinin daha alt basamaklarında delinmemesi için tutarlı bir teorik sebebin var olamayacağı gerekçesiyle eleştirmiştik (bkz. Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi*, *op. cit.*, ss. 18-19). İkinci olarak Kemal Gözler'in normlar hiyerarşisinin ardından esasen organlar hiyerarşisi yer aldığı yönündeki görüşü örnek gösterilebilir (Gözler, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s. 181). Bu fikir normlar hiyerarşisinin hiyerarşik üst konumundaki normun belirlemelerinden dolayı değil de organların ve kişilerin iradesi arasındaki altlık-üstlük düşüncesinden kaynaklandığını akla getirmektedir.

²¹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, 2.b., Cilt: I, Bursa, Ekin, 2009, ss. 1157-1161.

²² Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", in Tolga Şirin (hazırlayan), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması*, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, ss. 27-30.

sında kalmakta, somut argümantasyona yansımamaktadır. Makale okuyucuya yazarın pes etmiş bir doğal hukukçu olduğunu hissettirebilir. Ancak, makaledeki somut öneri ve sorular hukukî realist olmaktan başka seçeneği kalmamış, hüznü bir akademisyenin ağzından çıkmış gibidir. Öyleyse bu iddialardan bazılarını kısaca göz atalım.

Kâğıda yazılı kuralların uygulanmadığı için geçersiz olduğu iddiasının hukukî pozitivizmden daha çok yakıştığı bir düşünce varsa o da hukukî realizmdir. Özellikle İskandinav realizmi, hukuku olan-olması gereken ikiliğinden kurtarıp, onu bir olgu olarak açıklama kaygısı güttüğü için²³, makaledeki etkisizlik-geçersizlik eksenini İskandinav realizmi bağlamında da ele alınabilir²⁴. Dolayısıyla, makalenin en azından bizim incelediğimiz soru açısından en kritik dayanağı olan etkililiğin geçersizliğe yol açtığı düşünceyi doğal hukukçu bir anlayışın aksine realist bir tavra işaret etmektedir.

Öte yandan, mühim olanın hukuk kuralının içeriğinin ne olduğu değil, hâkimlerin ne karar vereceğinin belirlenmesi olduğu vurgulanarak hukukî realizme göz kırpılmaktadır. Makaledeki bazı gözlemler Gözler-realizm yakınlaşmasını doğrulamaktadır: "*Saf hukukî yaklaşım, bugün devletin temel organlarının nasıl işlediğini açıklamakta yetersiz kalıyor*", "*Artık anayasa veya kanunlardaki kurallara bakmak, karşılaşılan hukukî sorunun nasıl çözümleneceği konusunda bir fikir vermiyor*", "*Zira artık anayasa mahkemesi kararları anayasaya değil, birtakım hukuk dışı faktörlere bağlı*"²⁵. Bununla birlikte, yazarın "SORULAR" kısmında sorduğu bazı sorular da hukukî realizme işaret etmektedir. Örneğin yazar "Hukuk bilimi, anayasa ve kanunlarda yazan hukuk yerine [s. 183] 'uygulamadaki hukuku' inceleyebilir mi?" başlığı altında "*Devletin temel organları anayasada yazan kurallara göre değil, bir başka şekilde davranıyorlarsa, anayasa hukuku biliminin görevinin... bu organların gerçekte uyduğu kuralları... incelemek olduğu söylenebilir mi?*" sorusuna yer vermektedir. *A priori* geçerliliğe sahip olduğu düşünülen kuralların içeriğinden yol çıkmak yerine, hâkimlerin ve diğer devlet organlarının karar verip işlem yaparken gerçekten nasıl ve neye göre davrandığının incelenmesi hukuku metafizikten arındırılmış, olgusal bir bilim olarak incelemek iddiasındaki realizmin şiarıdır.

²³ H.L.A. Hart, "Scandinavian Realism", *The Cambridge Law Journal*, Cilt: 17, Sayı: 2, Kasım 1959, s. 234;

²⁴ Bu eksenin Amerikan hukukî realizmi açısından değerlendirmememizin sebebi, İskandinav hukukî realizminin bir felsefe olmaya daha yakın olması ve kavramsal tartışmalara yer vermesidir. Bkz. Hart, "Scandinavian Realism", *op. cit.*, s. 233).

²⁵ Gözler, "Hukuk Nereye Gidiyor? Gözlemler ve Sorular", *op. cit.*

Bununla birlikte, kabul etmek gerekir ki yazar hukukî realizmi henüz tam olarak kucaklayamamıştır. Nitekim, yazar hâkimlerin karar verirken etkilendiği faktörleri hâlâ "hukuk-dışı" olarak nitelendirmekte, böylelikle hukukun kapsamının önceden belirlenmiş objektif kurallardan müteşekkil olduğu anlayışını sürdürdüğünü göstermektedir. Tam anlamıyla realist bir hukukçu, hukuku olgu olarak kavrayacağından, asıl önceden verili kuralların tek başına hukuk olmaya yetmediğini, söz konusu kural-dışı faktörlerin hukuk konusunda daha fazla bilgi verdiğini iddia ederdi. Benzer şekilde "SORULAR" başlığı altında verili hukuk kurallarını değil de "uygulamadaki hukuku" inceleyen bir hukuk biliminin mümkün olup olmadığının sorulması da yazarın hukukî realizmi henüz benimsemediğini ortaya koymaktadır.

Yine de şu kadarını söyleyebiliriz: Kemal Gözler hukukî realizme doğru gitmektedir. Bu gidişin neticesinde oraya ulaşip ulaşmayacağını bilemeyiz. Ancak çabamız oraya ulaşmış olan Kemal Gözler'in hukuk biliminin olasılığına dair sorduğu ilk soruya ne biçimde yanıt vereceğini ortaya koymaktır. Bunu yapabilmek için Amerikan realizmini değil, İskandinav realizmini esas almak durumundayız. Nitekim, bize yalnızca uygulamaya (etkililiğe) ilişkin değil, aynı zamanda geçerliliğe ilişkin bir realizm gerekmektedir. Ancak bu tür bir realizm Türk hukukunda uygulanmayan normların geçerliliğini yitirip yitirmediğini cevaplayabilir ve Türkiye'de hukuk biliminin hâlâ mümkün olup olmadığını ortaya koyabilir. Bu nedenle, aşağıda öncelikle Alf Ross'un geçerlilik kavramına yaklaşımını ele alacağız.

B. Geçerlilik Etkililik Midir?

Bu kısımda öncelikle geçerliliğin etkililikle özdeşleştirilmesine ilişkin düşünciyi ele alacağız. Sonrasında ise bu görüşün eleştirisini sunacağız. Hemen belirtelim ki amacımız bu düşünceye yöneltilmiş bütün [s. 184] eleştirileri sıralamak değil, kanımızca en güçlü eleştirileri sunarak konuya karşı tutumumuzu ortaya koymaktır.

Etkililik Olarak Geçerlilik veya Olasılık Olarak Geçerlilik

İskandinav realizminin kurucusu Axel Hägerström öğrencisi olan ve bir dönem Hans Kelsen ile birlikte çalışan Alf Ross İskandinav realizminin en önemli temsilcilerinden biridir. Hukukî realiste göre hukuk, kurallardan müteşekkil olmayıp, hukuku uygulamakla görevli yetkililerin somut durumda verdikleri tepkilerdir²⁶. Alf Ross'a göre de hukuk bilimi ampirik bi-

²⁶ Leon E. Grumblin, "Alf Ross and Valid Law: The Checkmate of a Scandinavian Legal Realist," *Simon Greenleaf Law Review*, Sayı: 4, 1984-1985, s. 95.

limlerin yöntemlerini izleyerek olana ilişkin önermelerle ilgilenmelidir, olması gerekene ilişkin önermelerle değil²⁷. Yazar, geçerliliğe ilişkin temel görüşlerini açıkladığı *On Law and Justice* kitabında amacını şu şekilde ifade etmektedir: "Bu çalışmanın öne çıkan fikri, hukuk alanında ampirik ilkelere nihâî sonuçlarına taşımaktır... Bu nedenle, hukuku olgular dünyasının üstüne çıkararak belirli bir a priori geçerlilik fikrini reddediyor ve geçerliliği toplumsal olgular olarak yeniden yorumluyorum..."²⁸.

Görüldüğü gibi, Alf Ross hukuk bilimine hâkim olan ikiliği, olması gereken-olan ikiliğini ikincisi lehine ortadan kaldırmak niyetindedir. Kelsen'in saf teorisinin bu ikiliği olması gereken lehine bozma niyetinde olduğunu düşünen Alf Ross, en nihayetinde varsayımsal temel norm ve olgular arasındaki boşluğu dolduramadığı için başarısız olduğu kanısındadır²⁹. Aynı ikiliği olgu lehine bozmak niyetinde olan Amerikan realizmi ise Ross'a göre yargı yetkisinin sınırlandırılmasının geçerlilik kavramına başvurmaksızın açıklanamayacağı ve hukukun yargı kararlarının tahmininden ibaret görülmesi hukukun normatifliğini ortadan kaldırdığı için başarısız olmaktadır³⁰.

Alf Ross geçerliliğin üç farklı anlamı olduğunu tespit etmektedir: 1) Bir hukukî işlemin arzulanan hukukî etkiyi yarattığı anlamında, 2) bir [s. 185] normun veya normatif sistemin varlığı anlamında ve 3) bir normun bağlayıcı olduğu anlamında³¹. Alf Ross daha sonra kendi geçerlilik anlayışının ikinci anlamda, yani normun varlığı anlamında geçerlilik olduğunu ifade etmektedir³². Bu makalede sorduğumuz soru etkililiğini belli bir derece yitiren normların varlığını yitirip yitirmediği olduğundan, geçerliliğin normun varlığı olarak algılanması önemlidir.

Bununla birlikte, Kelsen'in hukuk normunun varlığından anladığıyla Alf Ross'un anladığı aynı şey değildir. Kelsen için üst norma uygun olarak yaratılan bir norm vardır ve varlığın anlamı muhatapları açısından bağlayıcı olmasıdır³³. Alf Ross'a göreyse yükümlülüğe atıfta bulunan bir geçerlilik kavramının ampirist ilkelere dayanan bir hukuk anlayışında yeri yoktur:

²⁷ Munzer, *op. cit.*, s. 7.

²⁸ Alf Ross, *On Law and Justice*, 3.b., New Jersey, The Lawbook Exchange, 2007, s. ix.

²⁹ Jerome Hall, "Book Review. Ross, A., Towards a Realistic Jurisprudence", *Harvard Law Review*, Cilt: 63, 1949, s. 143.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Ross, "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", *op. cit.*, ss. 158-159.

³² *Ibid.*, s. 161.

³³ Kelsen, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, ss. 10-11.

"*Tam olarak hangi olgu ve gözlemlerin bir kuralın geçerli olduğu iddiasını doğrulamak için uygun olduğunu belirlemek zor olabilir, ancak genel anlamda bir normun geçerliliği (varlığı) etkililiğiyle aynı şeydir*"³⁴.

Geçerliliğin etkililik olarak tanımlanması ve hukuk kuralının varlığının etkililiğine bağlanması normcu pozitivistin geçerlilik anlayışından bir noktada önemli ölçüde farklılaşır. Hukukun saf teorisinde bir norm ya geçerlidir ya da geçersiz. Bu siyah-beyaz portre, Ross'un teorisinde derecelenir. Buna göre, bir normun geçerliliğine ilişkin değerlendirme, o normun gelecekteki bir olayda hâkim tarafından uygulanma olasılığına ilişkin bir değerlendirmedir³⁵. Dolayısıyla, olasılık ne kadar yüksekse normun geçerliliği de o denli fazla olacaktır.

Alf Ross'un geçerlilik kavramına dair düşüncelerinin özünü verebildiğimizi düşünüyoruz. Aşağıda Ross'un anlayışına yöneltmiş olan bazı güçlü eleştirilere yer verip kendi görüşümüzü açıklayacağız. Ancak, bundan önce bir hususa değinmekte yarar var. Ross'un olasılık olarak geçerlilik anlayışı etkililik-geçerlilik ilişkisindeki bir bilinmezliğin ve belirlenemezliğin ortadan kaldırılmasında yardımcı olabilir. Etkililik gibi [s. 186] geçerlilik de dereceli olacağına göre, Kelsen'in teorisinde ortaya çıkan "minimum etkililik" eşliğinin belirlenmesi gibi bir sorun ortaya çıkamayacaktır. Bir normun geçerli olabilmesi için ne kadar etkili olduğunun belirlenmesi gerekmecektir. Öte yandan, bu husus, yani normun etkililiği ölçüsünde var olması aynı zamanda Ross'un geçerlilik anlayışına ilk eleştirimizi gündeme getirmektedir.

Normun Varlığı Az Olabilir Mi?

Eğer bir norm açısından "geçerlilik = etkililik = varlık" ise, "az etkili", "çok etkili" ve "orta etkili" gibi tespitleri anlamlandırmak mümkündür. Peki ama "az geçerli", "çok geçerli" ifadeleri için aynısını söylemek mümkün müdür? Sorun "az var", "çok var", "orta derecede var" gibi ifadeleri ele aldığımızda daha da bariz biçimde ortaya çıkmaktadır. Bir şey nasıl az olabilir? Kuşkusuz niceliksel varlıklardan bahsederken "az var", "çok var" gibi ifadelerin anlamı olabilir. Örneğin az paranız olabilir. Çok kıyafetiniz de. Ancak normun az olması ancak belli bir konudaki çoğul normların sayısının azlığına atıfta bulunuyor olabilir. Tek bir normla ilişkin olarak "az var olmak", "çok var olmak" ifadelerinin ne gibi bir anlamı olabilir?

³⁴ Ross, "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", *op. cit.*, s. 159.

³⁵ Katarzyna Eliaz ve Wojciech Załuski, "Critical Remarks on Alf Ross's Probabilistic Concept of Validity", *Principa*, Cilt: 61-62, 2015, s. 248.

Geçerlilik kavramının anlamı "var olmanın" anlamına göre daha belirsiz, konvansiyonlara daha açıktır. Dolayısıyla "az geçerli" ifadesinin bir anlamı olduğu düşünülebilir. Ancak, normun geçerliliğinin de onun varlığıyla özdeşleştirilmesi sorun yaratmaktadır. Çünkü en azından biz bir şeyin "az var olmasından" ne anlayacağımızı bilemiyoruz. Madem normun etkililiği geleceğe yönelik bir olasılık, bir normun %20 etkili olmasıyla % 60 etkili olması arasındaki fark ne olabilir? Dereceli bir geçerliliğin sonuçları nelerdir? Şöyle denilebilir: Eğer bir norm az etkiliyse, kişilerin o norma uymak için daha zayıf sebebi olur. Nitekim, gelecekteki olası bir uyuşmazlıkta hâkimlerin söz konusu norma dayanarak karar verme olasılığı düşüktür. Öte yandan, daha etkili bir norm söz konusuysa normun bağlayıcı gücü de artar. Etkili norm muhataplarına öngörülen davranışı yerine getirmek için daha güçlü sebepler sunar. Böylelikle, etkililik-geçerlilik-bağlayıcılık arasında kavramsal bir köprü kurulmuş olur. Ancak, aynı zamanda geçerliliğin normun varlığı olarak algılanması kanımızca bir tutarsızlıktır. "Varlık" dereceli bir ilişki için doğru referans noktası değildir.

Kanımızca eğer geçerlilik varlık olarak algılanacaksa, geçerlilik ve etkililik arasındaki özdeşlik kurulamaz. Öte yandan, etkililik – etkililik [s. 187] olarak geçerlilik - bağlayıcılık arasındaki bağlantının kurulması mümkündür. Bu durumdaysa hukuk normunun varlığının nasıl açıklanacağı, bir başka deyişle etkililiği tespit edilecek olan normun varlığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konuyla ilgili bir başka eleştiriye geçelim.

Hangi Normun Olasılığı?

Alf Ross'un geçerlilik anlayışına Elias ve Załuski tarafından getirilen bir eleştiriye göre derecelendirilebilir bir geçerlilik anlayışı derecelendirilemeyen, siyah-beyaz, pozitivist bir geçerlilik anlayışını varsaymak zorunludur. Aksi takdirde, hangi normun geçerliliğinin değerlendirileceğini bilemeyiz³⁶. Bu eleştiriye katılmamak zordur. Eğer geçerlilik ancak bir olasılık olarak mevcutsa, neyin olasılığı olduğunu nasıl bileceğiz? Bunu bilmek için uygulanma olasılığı belirlenecek olan normların kendilerinin varlığını tespit edebilmemiz gerekir.

Yazarlar tarafından tespit edilen bu sorun esasında bizim ilk eleştirimizde belirttiğimiz derecelendirilebilir varlığın imkânsızlığına ilişkindir. Etkililik, bağlayıcılık ve varlık olmayan geçerlilik bir şekilde birbirine bağlansa bile, bu kavramların neye ilişkin olduğunu tespit etmemize yarayacak siyah-beyaz bir "var olma" anlayışına ihtiyaç duyarız. Ross'un teorisi olası-

³⁶ *Ibid.*, ss. 249-250. Varlık ve etkililik olarak geçerliliğin benzer ve detaylı bir eleştirisi için bkz. Munzer, *op. cit.*, s. 8 vd.

lığı hesaplanacak olan normların kendisini belirleme noktasında bize pek yardımcı olmamaktadır. Normatif kavramların metafizik niteliğinden çekinen Ross, geçerliliği etkililiğe indirgeyerek hukuk normunun varlığını yanıtızsız bırakmaktadır.

* * *

Kanımızca etkililik olarak geçerlilik ve dolayısıyla olasılık olarak geçerlilik anlayışı farklı kavramların aynılığını göstermemekte, ayrıştırılabilir, farklı anlamlara sahip kavramları birbirine indirgeyerek kabul edilmesi güç, zorlama bir sonuca ulaşmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, etkililik ve bağlayıcılık bir nebze birleştirilebilir olsa dahi, varlık olarak geçerlilik kavramının etkililik ve bağlayıcılık ile özdeşleştirilmesi mümkün değildir. Belki Alf Ross'un varlık olarak geçerlilik yerine farklı bir geçerlilik anlayışına dayanarak düşüncesini eleştiriden kurtarabileceği söylenebilir. Ancak, normun varlığı olarak geçerlilik anlayışından farklı bir geçerlilik anlayışı, makalenin ana sorusuna yanıt verme [s. 188] konusunda yardımcı olmayacaktır. Biz yukarıda bu etkililik olarak geçerlilik anlayışına dair temel eleştirimizi ve bu anlayışın niçin kabul edilemeyeceğine dair görüşümüzü ortaya koyduk. Aşağıda bu eleştirimizi bir kenara bırakacak ve Alf Ross'un geçerlilik anlayışıyla Kemal Gözler'in gözlemlerini değerlendirerek Türkiye'de hukukun (daha doğrusu belli hukuk normlarının) varlığı üzerine bir sonuca ulaşmaya çalışacağız.

C. Olasılık Olarak Geçerlilik Gözlemlenen Normlara Ne Yaptı?

Kemal Gözler, temel hak ve özgürlükler, siyasî iktidarın sınırlandırılması ve hukukî belirlilik gibi bazı önemli konulara ilişkin normların uygulanmadığını, bu normlara uyulmadığını gözlemledikten sonra realist bir refleksle Türkiye'de hukuktan ve hukuk biliminden bahsedilip bahsedilemeyeceğini sorgulamıştı. Biz bu gözlemlerin ne anlama geldiğini çalışmanın başında tespit etmeye çalıştık. Buna göre, Kemal Gözler, belli durumlarda, özellikle de siyasî iktidarın önem verdiği konularda, Anayasada yer alan normlara riayet edilmediğini, hukuk biliminin sağladığı verilerle hukuk uygulayıcılarının kararlarının önceden tahmin edilemediğini tespit etmekteydi. Bununla birlikte, anılan normların tamamen etkisiz olmadığını, bunların minimum etkililik eşiğinin altında bir etkililiğe sahip olduğunun söylenebileceğini ifade etmiştik. Acaba Alf Ross'un olasılık olarak geçerlilik anlayışının penceresinden baktığımızda bu manzarada değişen bir şey olur mu?

Eğer iktidarın özel önem attığı konularda kişilerin temel hak ve hürriyetleri korunmuyor, idarî işlemler iptal edilmiyor ve iktidarın sınırlandırılması

rılması mümkün olmuyorsa, Alf Ross'un geçerlilik olarak etkililik anlayışına göre bu konularda iktidarın hukuken sınırlandırıldığından, idarî işlemlere ilişkin herhangi bir geçerlilik şartı bulunduğundan veya kişilerin temel hak ve hürriyetlere sahip olduğundan bahsedilemeyecektir. Nitekim, varlığı iddia edilen normun hâkim tarafından uygulanma olasılığı, yani bu normun etkililiği sıfırda, böyle bir normun geçerli olduğu, yani var olduğu iddia edilemez.

Öte yandan, söz konusu alanlarda hâkimlerin uyması gereken bir başka, yazısız bir norm olduğundan bahsedilebilir. Eğer hâkimlerin siyaseten öncelikli bir konuda siyasî iktidarın iradesi doğrultusunda karar verdiği doğruysa, bu yönde bir hukuk normundan bahsedilebilecektir. Nitekim, hâkimlerin belli bir sorun karşısında nasıl davranacağını en yüksek yüzdeyle açıklayan norm bu olacaktır. [s. 189]

Bu iki durumun hukukî belirliliği nasıl olumsuz etkileyeceğini görmek zor değildir. Düşünce ve kanaat hürriyetini ele alalım. Anayasanın 25. maddesi "Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir" demektedir. Ancak, siyasî iktidar açısından öncelikli konularda bu normun etkililiği sıfırdır. Diğer konularda kişiler düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olmaya devam ediyor olabilir. Ancak, realist bir bakış açısıyla anılan alanlarda bu norma bir istisna üretilmiştir. Bu istisna her şeyden önce yazısız bir istisnadır. Üstelik, hangi alanların siyasî iktidar açısından öncelikli olacağına dair önceden bazı tahminler yürütülebilecek olsa da, bunların kişilerin hukukî güvenliğini sağlayacak ölçüde net bir biçimde belirlenmesi mümkün değildir.

Dikkat edilecek olursa, Anayasanın 25. maddesinin etkililiği sıfır değildir. Mahkemelerin uygulaması bu normu tamamen etkisiz hâle getirip ortadan kaldırmamış, belli alanlarda uygulanmaz hâle getirerek etkililiğini düşürmüştür. Dolayısıyla, belli konularda etkisizleştirilen hukuk normlarının varlığını sürdürdüğünü, ancak artık eskisine göre daha az var olduklarını söyleyebiliriz. Ross'un teorisinde bu azlığın hukukî etkisinin normun hukukî bağlayıcılığı üzerinde olduğu iddia edilebilir. Dolayısıyla, Anayasanın 25. maddesi artık hukuken daha az bağlayıcıdır. Artık daha az bağlayıcı olan bu norm yine de vardır ve realist bir bakış açısıyla da hukuk biliminin nesnesi konumunda kalmaya devam ettiği söylenebilir. Bu yorum tarzı uygulanmadığı için varlığını yitirdiği iddia edilebilecek olan diğer normlar açısından da yürütülebilir. Ancak, buna gerek görmüyoruz.

Ross'un realizminin konuya ilişkin önemli bir farkı, Kemal Gözler'in hâkimlerin uyduğu "hukuk dışı faktörler" olarak ifade ettiği alanları da hukuk biliminin konusuna dâhil ediyor olmasıdır. Ancak, bunlar da neticede

hukuk biliminin nesnesi olarak görüleceği için bizim sorumuz açısından bir farklılık söz konusu olmayacaktır. Bu anlayış Kemal Gözler'in makalesindeki 3. ve 4. sorulara, yani "Anayasa ve kanunlarda yazılanın dışında ülkede başka bir 'hukuk' mu var" ve "Hukuk bilimi, anayasa ve kanunlarda yazan hukuk yerine 'uygulamadaki hukuku' inceleyebilir mi" sorularına yanıt verirken farklılık yaratacaktır.

Sonuç olarak şunları söyleyebiliriz: Kemal Gözler'in gözlemlerini Ross'un etkililik veya olasılık olarak geçerlilik anlayışından hareketle değerlendirdiğimizde de hukuk biliminin nesnesinin ortadan kalktığını söyleyemeyiz. Evet, bu anlayış yazılı anayasa ve kanun normlarının kapsamlarını etkililik kavramı üzerinden sınırlandırıyor olabilir. Ve evet, [s. 190] Kelsenci bir bakış açısıyla hukuk biliminin nesnesi hâline gelmemiş olan birtakım "hukuk dışı", "gizil" normlar hukuk biliminin nesnesi hâline geliyor olabilir ve bunun doğru olup olmadığı ayrıca tartışılabilir. Ancak sonuçta ortada bir nesne ve o nesneyi inceleyebilecek bir hukuk biliminin olduğunu kabul etmek gerekir.

SONUÇ

Bu makalenin yapmaya çalışmadığı bir şeyi özellikle vurgulamak gerek. Kemal Gözler'in gözlemleri değersiz ya da endişe gerektirmeyen hususlar değildir. Hukuk sisteminin en temel normlarının etkililiğinde yaşanan düşüş, hukukî belirsizlikteki artış gibi olguların telaş yaratması olağandır. Ancak, bu telaş doğru hedefe yönlendirilmelidir. Kanımızca Kemal Gözler'in hukukun varlığı ve hukuk biliminin imkânına ilişkin ilk sorusu telaşın hedefini doğru tespit edememiştir.

Makale her şeyden önce tikel normların geçerliliği ile etkililiğini ilişkilendiren teorileri eleştirmiştir. Bu konuda Hans Kelsen ve Alf Ross'un teorileri incelenmiş, her ikisinin de eksikleri ve teorik tutarsızlıkları ortaya konmuştur. Ancak, görüldüğü üzere, söz konusu ilişkilendirmenin reddedilmediği durumda bile, Kemal Gözler'in tespitleri ilgili hukuk normlarının yokluğunu ve dolayısıyla bu normlara ilişkin hukuk biliminin olanaksız olduğunu göstermemektedir. Kelsenci bir bakış açısıyla anılan normlar hâlâ geçerlidir ve normların gereğini yerine getirmeyen mahkemeler hukuka aykırı davranmaktadır. Ross'un bakış açısıyla ise gözlemlerin yaptığı şey yazılı normların belli alanda etkili olmasını engelleyerek onların kapsamını sınırlamaktır. Ancak, bu durumda dahi etkililiği azalan normlar varlığını sürdürmektedir. Ross'un teorisinin yarattığı yenilik, eğer mahkemeler ve diğer hukuk uygulayıcılarının, en azından belli alanlarda, yazılı olmayan "hukuk dışı" kurallara uyduğu iddia edilebilirse, bu yazılı olmayan kuralla-

rın da “hukuk” kapsamına dâhil edilmesi ve hukuk biliminin nesnesinin değiştirilmesidir.

Netice itibariyle normlarımızdan vazgeçmek için bir sebebimiz olmadığı kanısındayız. Böyle bir pes ediş ne hukuk teorisi açısından tutarlı ne de hürriyetçi bir bakış açısından faydalıdır. Hukuka aykırılıklar dile getirilmeye devam edilmeli, bu iddiadan vazgeçilmemelidir. Neticede hukuk normlarının etkililiğini sağlayan tek husus mahkemelerce uygulanması değil, aynı zamanda vatandaşlarca iddia edilmesidir. Normlara dayanan iddialar hâkimleri ve diğer hukuk uygulayıcılarını normun varlığını kabul etmeye zorlar. Bu dakikadan sonra tek yapabilecekleri [s. 191] farklı (ve muhtemelen zorlama) yorumlarla somut durumda bir ihlâl olmadığını göstermeye çalışmaktır.

BİBLİYOGRAFYA

- ÇAĞLAR Selda, “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik – Hukuk Güvenliği İlişkisi”, in Ece Göztepe (hazırlayan), *Hukuk Güvenliği*, Ankara, TBB Yayınları, 2015, ss. 25-139.
- ELIASZ Katarzyna ve ZAŁUSKİ Wojciech, “Critical Remarks on Alf Ross’s Probablistic Concept of Validity”, *Principa*, Cilt: 61-62, 2015, ss. 245-257.
- GÖZLER Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 9.b., Bursa, Ekin, 2017.
- GÖZLER Kemal, “Hukuk Nereye Gidiyor? Gözlemler ve Sorular”, <http://www.anayasa.gen.tr/hukuk-nereye-gidiyor.htm>, Yayın Tarihi: 6 Aralık 2018, Erişim Tarihi: 2 Ocak 2019. (Makale daha sonra *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 7, Sayı 14, Yıl 2018, s.563-568’de yayınlanmıştır).
- GÖZLER Kemal, *Hukuka Giriş*, 10.b., Bursa, Ekin, 2013.
- GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku*, 2.b., Bursa, Ekin, 2009.
- GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri”, in Tolga Şirin (hazırlayan), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması*, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, ss. 15-119.
- GRUMBLING Leon E., “Alf Ross and Valid Law: The Checkmate of a Scandinavian Legal Realist”, *Simon Greenleaf Law Review*, Sayı: 4, 1984-1985, ss. 95-106.
- GÜLGEÇ Yahya Berkol, “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 66, Sayı: 4, 2017, ss. 677-729.
- GÜLGEÇ Yahya Berkol, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, 2.b., İstanbul, On İki Levha, 2018.
- GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, 10.b., Ankara, İmaj, 2013.
- HALL Jerome, “Book Review. Ross, A., Towards a Realistic Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, Cilt: 63, 1949, ss. 181-185.
- HART H.L.A., “Scandinavian Realism”, *The Cambridge Law Journal*, Cilt: 17, Sayı: 2, Kasım 1959, ss. 233-240.
- HART H.L.A., *The Concept of Law*, 3.b., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- [s. 192]
- KABOĞLU İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar*, 9.b., İstanbul, Legal, 2014.

- KARAHANOGULLARI Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 2. b., Ankara, Turhan, 2012.
- KELSEN Hans, *General Theory of Law and State*, 3. b., çev. Anders Wedberg, Cambridge, Harvard University Press, 1949.
- KELSEN Hans, *Pure Theory of Law*, 5. b., çev. Max Knight, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2008.
- MUNZER Stephen, *Legal Validity*, Lahey, Martinus Nijhoff, 1972.
- ÖZBUDUN Ergun, *Anayasaçılık ve Demokrasi*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- RAZ Joseph, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, 2. b., Oxford, Oxford University Press, 1980.
- ROSS Alf, *On Law and Justice*, 3. b., New Jersey, The Lawbook Exchange, 2007.
- ROSS Alf, "Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law", in Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski Paulson (editörler), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, ss. 147-163. ■

Yahya Berkol Gülgeç, "Hukuk Bir Yere Gitti mi?", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 8, Sayı 15, Yıl 2019, s.171-192.

© Yahya Berkol Gülgeç ve *Anayasa Hukuku Dergisi* (Legal Yayıncılık), 2019.

İletişim: yahyaberkolgulgec@yandex.com

Yukarıdaki makale metninde kırmızı renkle köşeli parantez içinde [s.XXX] gösterilen numaralar, *Anayasa Hukuku Dergisi*nde sayfaların başlangıç yerleridir. Makaleye atıf yapılırken bu sayfa numarası olarak bu numaralar kullanılabilir.

Makale, www.anayasa.gen.tr/gulgec-hukuk-bir-yere-gitti-mi.pdf adresine yazarının ve AHD'nin izniyle Kemal Gözler tarafından 8 Ağustos 2019 tarihinde konulmuştur.