

# NORMATİF İSNAT ve HUKUKİ MUHAKEME: BİR YARGI KARARININ ANALİZİ

## NORMATIVE IMPUTATION and LEGAL REASONING: THE CRITIC OF A JUDICIAL DECISION

Rabia SAĞLAM\*

**Özet:** Bu makalede, Kelsen'in normatiflik kuramını, Kant'ın aşkınsal çıkarımıyla karşılaştırarak hukuki muhakemenin geçerlilik koşulları ekseninde okumayı deniyorum. İlk bölümde, Kelsen'in normatif isnat kuramının Kantçı aşkınsal a priori bilgi temelinde nasıl anlaşılacağıni açıklıyorum. Hukuki bilişteki hipotetik Grundnorm ideasının ve normatif hukuk bilimindeki olan ve olması gereken arasındaki kapatılmaz mesafenin, hukuki muhakemede kurucu bir rol oynadığını ileri sürüyorum. Buna göre, normatifliği ve isnadı hukuki muhakemenin sui generis tanımlayıcı unsurları olarak belirliyorum. Kelsen açısından temel norm, hukuk normlarını sistematik bir bütün olarak idrak etmenin varsayılan zorunlu koşuludur. Kelsen'e göre temel normun işlevi, "verili hukuk materyalini hukuk olarak tanımak" ve "anamlı bir bütün olarak kavramaktır." Yargıçların, maddi olgu ile pozitif hukuk normu arasında normatif (olması gereken) bir ilişki kurarken, temel normun bu iki işlevine bağlı kalmaları gerektiğini öne sürüyorum. Bir başka ifadeyle, yargıçların hukuki bilişi, hukuki sonuçları ve hukuki koşulları normatif açıdan örtüstürürken, empirik hukuki materyalleri anlamlı bir düzenin parçası olarak inşa eder.

İkinci bölümde, Kelsen'in normatifliğini ve Kant'ın aşkınsallığını yargıcın karar verme sürecine uyarlıyorum. Normatif hukuki muhakemeyi somutlaştırmak amacıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararını eleştirel bir şekilde inceliyorum. Hukuki dava, iş yerindeki vestiyerden yarı boş çikolata kutusunu aldığı gerekçesiyle işten çıkarılan bir temizlik işçisiyle ilgilidir. İşçi 15 yıllık kıdem tazminatına hak kazanmış olmasına rağmen, yargıçlar, davacı işçinin İş Kanunu'na göre "hırsızlık" olarak tanımlanan hukuka aykırı eylemine istinaden kıdem tazminatını hak etmediğine karar verir. İşçinin eylemini indirgemeci bir biçimde yorumlayan Genel Kurul'un tekil normunu, maddi gerçeğin görmezden gelinen ayrıntılarına odaklanarak analiz ediyorum.

\* Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, rabia\_saglam@yahoo.com, ORCID: 0000-0002-3774-4332, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.06.2023, Kabul Tarihi: 10.07.2023

Olgusal gerçekle ilgili çok sayıda nüans ve ayrıntı olmasına rağmen, yargıçlar olgunun bütününe dikkate almamıştır. Dahası, yargıçlar, yargı içtihatları ve öğreti tarafından geliştirilen iş güvencesi ilkesini hukuk normu olarak tanımamıştır. Yargıçların hukuki muhakemesinin normatifiğe değil nedenselliğe dayandığı, dolayısıyla hukuken geçersiz olduğu sonucuna varıyorum.

**Anahtar Kelimeler:** Kelsen, Kant, Normatif İsnat, Aşkınsallık, Temel Norm, Hukuki Muhakeme, Kıdem Tazminatı

**Abstract:** In this article, I try to read Kelsen's normativity tenet compared with Kant's transcendental deduction regarding the validity condition of legal reasoning. In the first section, I explain how Kelsen's normative imputation tenet can be understood on the grounding of Kantian's transcendental a priori cognition. I would argue that the idea of hypothetical Grundnorm in legal cognition and the unbridgeable gap between Sein and Sollen in normative legal science explicitly plays a foundational role in legal reasoning. In this regard, I define normativity and imputation as a sui generis descriptive component of legal reasoning. For Kelsen, the basic norm is necessarily presupposed condition to intellect legal norms as a systematically meaningful unity. According to Kelsen, the function of the basic norm is "to recognise a given legal material as law" and "to comprehend it as a meaningful whole." I assert that judges should adhere to these two functions of the basic norm while making a normative (ought) connection between material fact and positive legal norms. In other words, judges' legal cognitions construct the empirical legal materials as part of a meaningful order by normatively connecting legal consequences with legal conditions.

In the second section, I simply adopt Kelsen's normativity and Kant's transcendentalism to the judge's decision-making process. I critically examine a decision given by the Turkish Supreme Court to concrete normative legal reasoning. The legal case is about a cleaning worker who was dismissed for the reason she took a half-empty chocolate box from the cloakroom in the office. Even though the worker is legally entitled to 15 years severance pay, judges decided that litigant-worker does not deserve the severance pay because of the unlawful action written as a "thieving" in the labour code. I analyse Supreme Court's individual norm interpreted the worker's act in a reductive way, concentrating on what fails to notice the material fact. Although there is a great deal of nuances and details regarding the factual reality, judges took no account of the whole point properly. Additionally, judges avoided considering the job security principle as a legal norm developed by judicial precedents and doctrine. I conclude that judges' legal reasoning does not rely on normativity, but causality, therefore it is legally invalid reasoning.

**Keywords:** Kelsen, Kant, Normative Imputation, Transcendentalism, Basic Norm, Legal Reasoning, Severance Pay

## GİRİŞ

Bu makalede, normatifliği Kantçı aşkınsal *a priori* bilgiyle delillendiren Kelsen'in argümanları, hukuki muhakemenin geçerlilik koşulu olarak tartışılmaktadır.<sup>1</sup> Yargıcın akıl yürütme edimine odaklanan tartışma, kuramsal ve metodolojik bir düzlemde yürütülmektedir.<sup>2</sup> Makalenin çıkış noktası, hukukun normatifliğinin *sui generis* bir niteliğe sahip olduğu görüşüdür. Bix'e göre hukuk, "normatifliğin *sui generis* bir formudur." Hukuk normları "ne yapılması veya ne yapılmaması" gerektiğini bildirir; "ahlaki bir talebi" ya da resmî kurumların/görevlilerin "icraatlarını" betimlemez.<sup>3</sup> Buna göre normatifliği, ahlaki değer (doğal hukuk kuramı) ve empirik olgu (hukuki pozitivism) karşıtlığının cezbedici sıradanlığına kapılmadan irdelemeyi amaçlıyorum.

Modern hukuk kuramlarında normatifiklik iki tez etrafında sorunlaştırılmaktadır: (1) Hukukun normatifliği ahlaki bir niteliktir, (2)

<sup>1</sup> Bir hukuki muhakemenin geçerliliğini/geçersizliğini veya hukuken yanlışlığını/doğruluğunu eş anlamda kullanıyorum. Fakat Kelsen'in yargıç yorumundan veya yargı kararının geçerliliğinden anladığı, kabaca söylersek, bir tür yetkilendirme: Pozitif bir norm, bir mahkemeyi tekil norm yaratma ve hukuki yargıda bulunma konusunda yetkilendirdiyse, bu otoritenin kararı, bir başka yetkili otorite tarafından iptal edilmediği veya değiştirilmediği sürece, hukuken geçerlidir. Anaakım Kelsenci bakış açısı, bir mahkeme kararının pozitif hukuk normuna aykırı olsa dahi -sözgelimi Anayasaya aykırı- mevcut hukuk sisteminde hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edeceği; geçerli olacağı yönündedir. Makalede Kelsen'in ve anaakım yorumların aksine şunu ileri sürüyorum: Genel normun pek çok sayıda farklı yorumu mümkündür elbette, fakat "somut davada" her zaman tek bir yorum alternatif yorumları geçersiz kılacak güçtedir. Tek yorumun, diğer yorumları geçersiz kılma gücü, bir somut davada sadece tek bir doğru yanıtın olduğunu göstermez, diğer yorumların hukuken geçerli olma kapasitelerindeki noksanlığa veya yetersizliğe işaret eder. Kelsen'in normatif isnat kuramının bu 'geçersizliği', verili pozitif hukuk normlarının tutarlı bir birlik ve bütünlük oluşturacak mahiyette "tanınmaması" ve "kavranmaması" şeklinde argümanlaştırdığını iddia ediyorum. Makalenin yazarı, hukuki muhakemenin geçersizliğine ilişkin iddiasına yöneltilebilecek olası itirazları şimdilik tartışma dışında bırakmıştır. (Hukuki yargının geçerliliği ve doğruluğu arasındaki fark için bkz. Ertuğrul Uzun, Hukuk Metodolojisinin Sorunları, Nora Yayınları, İstanbul Ekim 2016, ss.13-38; Kelsen'in yorum kuramı için bkz. Mehmet Turhan, "Hans Kelsen'in 'Normatif Alternatifler Kuramı'nın Gözden Geçirilmesi", Anayasa Yargısı, C. 37, S. 1, 2020, ss.1-32).

<sup>2</sup> Makale, Kelsen'in normatif isnat kuramını Kant'ın aşkınsallığıyla yoğurarak, bir yargı kararının geçersizliğini göstermeyi hedefliyor. Bu amaç doğrultusunda Kelsen'in pek çok argümanının bazen devre dışı bırakıldığını, bazen de bağlamını aşarak yorumlandığını şimdiden belirtmeliyim.

<sup>3</sup> Brian H. Bix, "Kelsen, Hart, and Legal Normativity", Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus), Vol. 34, 2018, (pp. 25-42), s. 40.

hukukun normatifliği olgusal (empirik) bir niteliktir.<sup>4</sup> Kelsen'in normatiflik tasarısının *sui generis* formu, iki tezi de hukuki düşünme sahasından çıkarır: (1) Hukukilik ile ahlakilik birbirinden farklıdır. Hukuk normunun ya da bir bütün olarak pozitif hukukun hüküm ve sonuçlarını doğurması (geçerliliği), (normatif) sisteme yabancı herhangi bir ahlaki 'değer'e atıfla belirlenemez. (2) Hukuk normunun ya da bir bütün olarak pozitif hukukun hüküm ve sonuçlarını doğurması (geçerliliği), (normatif) sistemin tanımadığı bir 'olgu'ya atıfla belirlenemez. Buna göre, her tür hukuk-dışı metafizik gönderme yahut empirik indirgeme, hukukun normatifliğiyle çelişmektedir.

Makalenin ilk bölümü, Kantçı aşkınsallığın hukukun normatifliğine etkisini kuramsal argümanlarla ele almaktadır. Kelsen'in pozitif hukuk bilimini normatiflikle kuramsallaştırması, Hume'dan mütevellit "olan" (*is/sein*)- "olması gereken" (*ought/sollen*) ayırımından<sup>5</sup> ve Kant'ın bilgiyi mümkün kılan aşkınsal *a priori* kavramından esinlenir.<sup>6</sup> Normatiflik, Hume'cu ayırımın ve Kantçı *a priori* zihinsel örgütlenmenin eşliğinde analitik bir biçim alır. Böylelikle normatifliğin, Kelsen'in tasarladığı özgün muhtevası da ortaya çıkar: Hukuk normu "olması gereken" anlama işaret eder, buna karşın uzam ve zaman içinde yer tutan, neden-sonuç ilişkisine dayanan herhangi bir empirik olgu hu-

<sup>4</sup> Maria Cristina Redondo, "Legal Normativity as a Moral Property", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 37, 2019, (pp. 57-68), ss. 57-59.

<sup>5</sup> Bix, s. 27.

<sup>6</sup> Kelsen'in hukuk kuramının Kantçı ve yeni-Kantçı ekolle bağlantısını derinlemesine analiz eden hukuk kuramcısı Stanley P. Paulson'dır. Türkçeye çevrilen Saf Hukuk Kuramı'na Bonnie Litschewski Paulson ile birlikte yazdıkları "Sunuş", Kantçı "aşkınsallığın" Kelsen'in hukuk kuramına etkisini ortaya koymaktadır. (Bonnie Litschewski Paulson/Stanley L. Paulson, "Sunuş, Kelsen'in Hukukbilimdeki Yeri Üzerine" içinde Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, Hans Kelsen, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Yayınları, İstanbul 2016). Sunuş'un İngilizce versiyonu için bkz. Stanley L. Paulson, "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 12/3, 1992, (pp. 311-332). Kelsen terminolojisini Türkçe hukuk diline yerleştiren iki eserden özellikle bahsedilmeli: Vecdi Aral, "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 34, S. 1-4, 1968, (pp. 513-552) (özellikle bkz. ss. 543-546); Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, US-A Yayıncılık, Ankara 1998. "Türkçe Kelsen Bibliyografisi" için bkz. Hüseyin Dengiz, Hans Kelsen'in Temel Norm Kuramı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, ss. 115-124. Hukukun normatifliğiyle ilgili geniş çaplı bir doktora çalışması için bkz. Yahya Berkol Gülgeç, *Normativite ve Pozitivizm*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, (özellikle bkz. ss. 421-445).

kuki geçerlilik zincirinin kurucu rolünü üstlenemez. Hukukun normatifliğinin hâlâ hararetle tartışılıyor olmasının arkasında, hukuk bilimine münhasır bir geçerlilik standardı oluşturabilme gayreti yatar. Kelsen aranan geçerlilik standardını veya normatif hukuk düzeninin “aşkınsal öncül”ünü, “temel norm”da sabitler. Temel norm, hukuki bilişin (legal cognition/Rechtserkenntnis) aşkınsal *a priori* bir kategorisidir ve yegâne işlevi, “çelişmezlik ilkesi” rehberliğinde, hukuka ait ‘olan’ her neviden materyali “anamlı bir bütün” hâline getirmektir.

Normatif pozitif hukuk biliminin farklı materyallerden tutarlı bir sistem inşa etme kategorisiyse, isnattır (imputation/Zurechnung). Kelsen’in kuramında isnat, normatif hukuk biliminin, çok değişkenli nesnelere bilmeyi mümkün kılan bir kategori olarak varsayılır. Buna karşın makalede isnadı, normatif akıl yürütmenin *sui generis* bir kategorisi kabul ediyorum. Makalenin iddiası, tam burada soru formunda ifade edilebilir: Normatif isnat, hukuki muhakemenin *sui generis* tanımlayıcı unsuru olamaz mı? Kelsen sözü edilen unsurları, hukuk biliminin kendine ait ‘olan’ı nasıl normatifleştireceği; “olması gereken” bir anlama yönlendireceği sorununu çözmek amacıyla kullanmıştı. Makalede Kelsen’in çözümü, hukuki muhakeme denkleminde uyarlanmakta ve yargıcın “somut olayı”, pozitif hukukun penceresinden dışarı sarkmadan, “olması gereken” bir anlama göre nasıl muhakeme edeceği sorunsallaştırılmaktadır. Buna göre hukuki muhakemenin normatifliği, yaratılan tekil normun geçerliliğinin realitedeki maddi olgulara değil “olması gereken” anlama dayandırılmasıdır. Isnat kategorisiyse, fenomenlerden nedensellik ilkesine göre bilgi üreten doğa bilimlerinin/sosyal bilimlerin aksine, somut olay ile genel norm arasında “olması gereken” bir anlam inşa etmektir.

Makalenin ikinci bölümünde, kuramın pratik karşılığı somutlaştırılmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararının hukuken geçersizliğini/yanlışlığını, Kelsen’in normatif isnat kuramının alanını ve bağlamını genişleterek temellendiriyorum. Amacım, Kelsen’in normatif isnat kuramını münferit bir hukuki muhakeme üzerinde test ederek, “eleştirel pozitivizmin”<sup>7</sup> metodolojik bir örneğini oluşturmak-

<sup>7</sup> Eleştirel pozitivizm, Kelsen’in normatif isnat kuramının, “olgu” ve “değer” şemasına mesafesinin hukuk kuramındaki karşılığıdır. Kelsen normatif kuramını, hukuki pozitivizmin “olgusal gerçekliğinden” (facticity) ayırır. Paulson’a göre, Kelsen’in ilk dönem olgu-karşıtı hukuki pozitivizmi “eleştirel yapısalcı”dır: Nor-

tır. Bu amaç doğrultusunda Genel Kurul kararı, derinlemesine analiz edilmekte, normatif akıl yürütmenin nasıl 'olması' ve 'olmaması' gerektiği ortaya koyulmaktadır.

## I. HUKUKUN AŞKINSALLIĞI VE NORMATİFLİĞİ

### 1. Bilişin Aşkınısallığı

Kant felsefesine nüfuz edebilmenin ilk aşaması, aşkınsal (*transcendental*) ve *a priori* ilişkisini bilmekten geçer. Kant, *Saf Aklın Kritiği* (1781) kitabının Giriş'inde, *a priori* bilgiyi deneyime dayanan *a posteriori* bilgiden ayırır. *A priori* bilgi deneyimden bağımsızdır. Deneyimden edindiğimiz her türlü veriyi (renk, koku, ağırlık vb.) bir nesneden söküüp attığımızda, geriye kalan "genel ve zorunlu" bilgi, *a priori* bilgidir. Kant, nesnelere değil de nesnelere *a priori* bilme yöntemimizle ilgili olan tüm bilişi (*cognition*) "aşkınsal" olarak adlandırır.<sup>8</sup> Aşkınısallık, "deneyimi önceleyen, deneyimi mümkün kılan neyse, onu aklın, zihnin bir özelliği görür." Aşkınısal bilgi, deneyimden gelen bilgileri "mümkün kılan koşulları" sağlar, ama bu koşulların geçerliliği, "deneyimle ilişkili oldukları ölçüde" mümkündür.<sup>9</sup> Kısaca aşkınsal bilgi, deneyim alanındaki nesnelere bilinebilirliğinin önkoşulu, yanı sıra kendi geçerliliğini deneyim nesneleriyle ilişkisinden alan, zihnimizdeki *a priori* tasarımlardır.

---

matiflik tezi, hukukun yorumlanmasında (explication) olgu-temelli yaklaşımları reddeder. Fakat Kelsen normatifliği, doğal hukuk kuramının değer-temelli yaklaşımından da ayırır. Makalede, normatif isnat kuramı hukuki muhakemeye uyarlanırken, "norm-olgu" ayrımı esas alınmış, "norm-değer" farklılığı tartışma dışında bırakılmıştır. Bu açıdan eleştirel pozitivism, hukuki muhakemenin normatif-olmayan olgular ekseninde; -birey psikolojisi, yasa koyucu irade, toplumsal alışkanlıklar gibi olgusal önermelerle- gerekçelendirilemeyeceğini ifade etmektedir. (Kelsen'in eleştirel pozitivism için bkz. Hans Kelsen, "Natural Law Doctrine and Legal Positivism", içinde General Theory of Law and State, trans. Wolfgang Herbert Kraus, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2006; Ayrıca bkz. Stanley L. Paulson, "Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism", The Modern Law Review, Vol. 59, November 1996, (pp. 797-812).

<sup>8</sup> Immanuel Kant, Critique of Pure Reason, translated and edited Paul Guyer ve Allen W. Wood, Cambridge University Press, 1998 s. 149, [A12]; Immanuel Kant, Arı Usun Eleştirisi (1781/1787), çev. Aziz Yardımlı, Idea Yayınları, İstanbul 2008, s. 47, [A12].

<sup>9</sup> Theodor W. Adorno, "Aşkınısallık Kavramı Üzerine", çev. Mine Haydaroglu, Cogito, Sonsuzluğun Sınırlarında: Immanuel Kant, S. 41-42, 2005, (pp. 56-85), s. 74.

Kant, doğa bilimleri ve matematik bilimlerin -bilim olarak metafizik de dahil- 'nasıl bilebiliriz' sorusuna verebilecekleri yanıtın, 'aklın *a priori* yetisi'yle ilgili olduğunu söyler ve devam eder; insan zihnindeki *a priori* bilişler (*cognitions*), bilimsel bilginin önkoşullarıdır. Empirik yöntemle (doğa bilimleri) ve rasyonel yöntemle (matematik/mantık/geometri) elde edilen farklı bilgilerden yargılar üretmenin temel koşulu *a priori* bilgidir.<sup>10</sup> Matematik ve mantık yargıları ne salt aklın "zorunlu hakikati" (*verites necessaires*) ne gerçeklikteki deneyim verilerine dayanan "olgu hakikati" (*verites de fait*) olarak temellendirilebilir.<sup>11</sup> Bilişin tüm bilgisi deneyimiyle başlar başlamasına, fakat bu bilgilerin geçerliliği "deneyimlerin alt alta yazılması"yla; deney ve gözlemlerle kanıtlanamaz. Uzam ve zamanda duyumsanan, mümkün tüm deneyim nesnelere, süje için bir "görünüş"tür. Bu "tasarım"ların, süjenin düşüncesinin dışında "kendilerinde temellenmiş bir varoluşları yoktur."<sup>12</sup> O halde doğa bilimleri ya da matematik ve geometrinin yargıları (üçgenin iç açıları toplamı 180 derecedir) salt duyu algıları veya mantık ilkelerinden çıkarsanarak gerekçelendirilemez. Nesnel bilgi, insan zihninin "*sensible*" (algı) ile "*intellectual*" (idrak) potansiyelinin korelasyonuyla üretilmektedir. Algı kapasitesi, insanın duyularıyla belirli nesnelere "tekil ve dolaysız" "görünüş"lerini bilebilmesidir. Buna karşın idrak kapasitesi, insanın soyut ve genel kavramlar oluşturma yetisidir. Zihnin algı ve kavramsallaştırma kapasitesinin, salt süjenin bilebildiği ve aşkınsal düşünmenin temelini oluşturan kendine has formları, ilkeleri, kategorileri veya yasaları vardır.<sup>13</sup> Nesnel bilgi üretmenin, *a priori* bilgiyle bağlantısını saptadığımızı göre, aşkınsal düşünmenin *a priori* niteliği üzerinde duralım.

Kant, bilimsel düşünmenin veya bilmenin iki *a priori* ögesinden bahseder: Gerçeklikteki nesne ve olayları algılayma (*sensibility*/empirik bilgi/deneyim verileri) ile kavramlarla düşünebilme, analitik akıl yürütürerek çıkarımda bulunabilme yetisi (*understanding*/anlama yetisi).<sup>14</sup> Adı geçen kitabının "Aşkınsal Estetik" bölümünde Kant, duyularla algılanan verilerin "genel ve zorunlu" formlarını uzam ve zaman ola-

<sup>10</sup> Kant, s. 144 vd.; (Türkçesi s. 43 vd.), [B15-18].

<sup>11</sup> Heinz Heimsoeth, Kant'ın Felsefesi, çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2012, s. 70.

<sup>12</sup> Kant, s. 511; (Türkçesi s. 255), [A491, B 519].

<sup>13</sup> P. Guyer/A. Wood, "Introduction", içinde Critique of Pure Reason, Cambridge University Press, 1998, s. 36.

<sup>14</sup> Kant, s. 224; (Türkçesi s. 84), [B125, A93].

rak belirler. *A priori* formlar, süjenin sadece uzam ve zaman içindeki şeyleri bilebilmesi anlamına gelir. Formlar, her süjenin duyularına yakalanan verilerin zihninin bir köşesine birbirinden kopuk bir şekilde yığılmasının önüne geçmektedir. Kant bu formların, değişik ve tekil duyularını birbirine bağladığını düşünür.<sup>15</sup>

Anlama yetisi, kavramlar oluşturan ve kavramlardan yargılara ulaşan bir diğer *a priori* öğedir. Salt aklın anlama yetisinin kavramları ve yasaları, dış dünyadaki olan biteni veya nesnelere bağlantılar kurarak bilmemizi sağlar. İki farklı algı verisini birleştiren, subjektif bir yargıyı genelleştiren anlama yetisinin kavram ve kategorileridir. Öznenin dış dünyadan edindiği verilerin belirli bir düzen içinde kavranmasını sağlayan zihindeki kategorilerdir.<sup>16</sup> Sözelimi, 'atmosfere giren bir gök taşı düşer' önermesini nesnel bir bilgi hâline getiren, süjedeki *a priori* kavram, yasa ve kategorilerdir.

Öte yandan Kant'a göre aklın, nihai düşünme sınırına ulaştığında, algı dünyasını aşan ve deneyim alanında yer almayan şeylere dair sorular sormakta ısrarcı bir yanı da vardır.<sup>17</sup> "Aşkınsal Diyalektik" bölümünde Kant, Platon'un ideallarına atıfla, aklın ötesini düşünme mantığını; "aşkınsal idealar"la açıklar.<sup>18</sup> İdealar, "koşullara bağlı olmayan" a dönük bir akıl yürütmenin *a priori* temelidir. Aklın idealalarının, deneyim alanında bir nesnesi yoktur; "deneyim bilgisini salt koşullar bütünlüğü" olarak görür. İdealar, "tüm koşulların koşulsuz birleşimli birliğidir" ve aklın "kendi doğasında" yer alır. "Koşullara bağlı şeyleri bilen" süje, "hiçbir koşula bağlı olmayan bir şeyin ideasına" da sahiptir. Örneğin süje, "evren" ideasına sahiptir, fakat bu idea'ya dayanarak evrene dair bilgi elde edemez.<sup>19</sup>

## 2. Normatif Hukukun Aşkınsallığı: Temel Norm

Kelsen, *General Theory of Law and State* (1949) kitabına yazdığı "Ek"te,<sup>20</sup> herhangi bir pozitif hukuk düzeninin nihai dayanağı ve "varsayımsal

<sup>15</sup> Heimsoeth, s. 78.

<sup>16</sup> Allen W. Wood, Kant, çev. Aliye Kovanlıkaya, Dost Yayınları, Ankara 2009, ss. 79-81; Heimsoeth, s. 83.

<sup>17</sup> Kant, s. 590; (Türkçesi s. 308), [A642, B670].

<sup>18</sup> Kant, s. 395; (Türkçesi s. 183), [B370].

<sup>19</sup> Heimsoeth, s. 100; Kant, s. 606; (Türkçesi s. 318), [A671, B699].

<sup>20</sup> Kelsen, "Natural Law Doctrine and Legal Positivism", ss. 390 vd.



koşul"u (*conditional-hypothetical*) kabul ettiği temel normu (*Grundnorm*), Kant'ın *a priori* önkoşullarına kıyasla tanımlar: "Bilişin aşkınsal-mantıksal ilkeleri (Kantçı anlamda) nasıl ki empirik yasalar değil de salt deneyimin koşullarıysa, temel norm da ne pozitif hukuk kuralı ne pozitif hukuk yasasıdır. Zira vazedilmemiştir, sadece mümkün tüm pozitif hukuk kurallarının bir koşulu olarak varsayılmıştır."<sup>21</sup> Fakat Kelsen'in, pozitif hukuk bilgisinin aşkınsal-mantıksal bir koşulu olarak varsaydığı temel normun, yukarıda sözü edilen zihnin üç *a priori* örgütlenmesinden hangisine karşılık geldiğinin tespit edilmesi güçtür. Kelsen'in temel normun aşkınsallığını, uzam ve zaman gibi duyu formlarına, zihnin kategorilerine ya da anlama yetisinin ilkelerine,<sup>22</sup> hatta "aklın düzenleyici idealarına" karşılık gelecek şekilde kullandığı ileri sürülebilir.<sup>23</sup> Bu tartışmaya girmeden, temel normun *a priori* karakterini, hukuki bilişin "aşkınsal-mantıksal bir koşulu" kabul ederek kısaca açıklayalım.

Paulson'a göre, Kelsen'in Kantçı "aşkınsal argümanı", "zihnin nesnesini yaratması" veya "yöntemin nesnesini belirlemesi" anlamına gelir. Kelsen'in başlıca iddiası, hukuk alemindeki her nesnenin bilgisinin "hukuki biliş marifetiyle mümkün" olduğudur.<sup>24</sup> Buna göre hukuki biliş, temel norm vasıtasıyla hem kendi nesnesini üretmekte (pozitif hukuk normları) hem bu nesnenin geçerliliğini varsaymaktadır.<sup>25</sup> O halde temel normun *a priori* karakteri, salt yazılı yasaları veya kavramları değil, deneyim alanında algılanabilir her neviden hukuk materyalini -yasa koyucunun eylemini, maddi olayları, hukuk olaylarını, bireylerin iradi tasarruflarını, mahkeme kararlarını, idari işlemleri vb.- birbirine bağlayan "aşkınsal bir öncül"dür.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Kelsen, s. 436.

<sup>22</sup> Stanley L. Paulson, "Hans Kelsen on Legal Interpretation, Legal Cognition, and Legal Science", *Jurisprudence*, Vol. 10/2, 2019, (pp.188-221) s. 206, dipnot 84.

<sup>23</sup> Mario Garcia Berger, "A Kantian Interpretation of Kelsen's Basic Norm", *Ratio Juris*, Vol. 33/1, 2020, (pp. 35-48), s. 39; "Aklın düzenleyici ideaları" için bkz. Kant, s. 520; (Türkçesi s. 262), [A509, B537].

<sup>24</sup> Paulson, "Hans Kelsen on Legal Interpretation, Legal Cognition, and Legal Science", s. 206.

<sup>25</sup> Paulson'a göre Kant gölgesindeki Kelsen, hukuk normlarını, "ideal öğeler" (ideal entities) olarak tasarlamaktadır. Bu ideal alanda "şirketler, belediyeler ve ulus devlet" gibi hukuki kurumlar da hukuk normlarında ya da "isnat noktalarında" temsil edilmektedir. (Paulson, "Hans Kelsen on Legal Interpretation, Legal Cognition, and Legal Science", ss. 210-211).

<sup>26</sup> Stanley L. Paulson, "The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm", içinde Kelsen Revisited, *New Essays on the Pure Theory of Law*, ed. L.D. Almedia/J. Gardner/L. Green, Hart Publishing, 2013, (pp. 43-61), s. 50.

Kelsen'in aşkınsal öncülü, kör düğümün başladığı ve hiçbir zaman çözülemediği bir noktadır.<sup>27</sup> Kelsen kör düğümü çözmeye teşebbüs dahi etmez, yüzünü Kant'a döner ve temel normun, zihnin *a priori* bir kategorisi (veya formu/ideası) olarak nesnel geçerliliğini varsayar. Nihayetinde Kant, olguların ve yasaların varlığını değil maddi olguların ve doğa yasalarının nesneliliğinin aşkınsallığını kanıtlamıştır.<sup>28</sup> Aynı şekilde Kelsen de temel normu, hukuk normlarının geçerliliğinin "ontolojik" temeli olmaktan ziyade, geçerliliği mümkün kılan aşkınsal bir koşul olarak argümanlaştırır.<sup>29</sup> Kant, deneyim nesnelere süjenin *a priori* "bilişsel olanaklarıyla" koşullandığını söylemişti. Bilişsel olanaklar insan zihninin "evrensel şemaları veya anlama kalıplarıdır."<sup>30</sup> Kelsen'in aşkınsal argümanı tam burada yerli yerine oturur; "hukuki bilişin kurucu bir boyutu"<sup>31</sup> vardır; realitedeki pozitif hukuk normları zihnimizdeki *a priori* "şemalar veya anlama kalıplarıyla" -hukuki bilişin olanakları- koşullanır, koşullanan normları belirli bir zamanda ve belirli toplumdaki (uzam) "görüntü"lerin (Kant) "anamlı bir bütünü" olarak (*ein sinnvolles Ganzes/a meaningful whole*) (Kelsen) kavrarız. Bir diğer deyişle, realitedeki hukuk materyallerini (yasalar, içtihatlar, örf ve âdet, birey eylemleri, mahkeme kararları, idari işlemler, kolluk faaliyeti vb.) hukuk adıyla bilmenin ve sistematize etmenin mümkün koşulu zihnimizdeki *a priori* temel normdur.

<sup>27</sup> "Temel norm bilmecesi", Kelsen kuramının zayıf halkasıdır ve pek çok açıdan eleştirilmiştir. Kelsen'in ifade ettiği gibi temel norm bir varsayımın eğer, bir hukuk normu kabul edilemez, dolayısıyla diğer hukuk normlarının geçerliliğinin temeli de olamaz. Diğer yandan, temel norm bir hukuk normu kabul edilecekse şayet, "meta-hukuk veya hukuk-dışı bir norm" olabilir ki bu durumda da temel norm "ahlaki bir norm" sayılır. (Riccardo Guastini, "Kelsen on Validity (Once More)", *Ratio Juris*, Vol. 29/3, 2016, (pp. 402-409), s. 405). Margaret Davies'e göre, "kuruluş ilkesi" olarak temel norm nihayetinde bir "kayaya çarpacaktır." Zira "kurallarımızın altında yatan, potansiyel olarak sonsuza kadar indirgenebilecek gerekçeler bir noktada durmalıdır, fakat bu, rasyonel bir kökene yahut hukukun içini dışından açıkça ayıran bir kökene ulaştığımız, tatmin olabildiğimiz bir yer değildir. Sadece oradadır, daha öte bir araştırmanın konusu olamayan bir varsayım ya da öncüldür." (Margaret Davies, "Derrida ve Hukuk: Hukuki Kurgular", Çev. Rabia Sağlam-Kasım Akbaş, Prof. Dr. Adnan Güriz'e Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları 2016, (pp. 727-749), s. 731).

<sup>28</sup> Paulson, "The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm", s. 53.

<sup>29</sup> Berger, s. 44.

<sup>30</sup> Murat Baç, "Doğru Kavramının Nesneliliği Üzerine Kantçı Yaklaşımlar", içinde Anlam Kavramı Üzerine Yeni Denemeler, der. Siber Kibar/Selma Aydın Bayram/Ayhan Sol, Legal Yayınları, İstanbul 2010, (pp. 67-77), s. 69.

<sup>31</sup> Paulson, "Hans Kelsen on Legal Interpretation, Legal Cognition, and Legal Science", ss. 206-207.

Temel norm, aslında zihindeki bir 'anlam' formudur (veya kategorisidir/ideasıdır). Kelsen'in hukukun normatifliğinin nirengi noktası "olan" ile "olması gereken" ayrımı da burada ortaya çıkar: "Fiilin anlamı olan norm ile normun yaratıcısı fiilin özdeş olmaması."<sup>32</sup> 'Zihindeki anlam formu olarak norm' ya da Kelsen'in ifadesiyle, "salt hukuki bilişin nesnesi olarak norm", deney ve gözlemlenebilir/kanıtlanabilir somut hukuk nesnelere (pozitif hukuk yasası ve maddi olay) dünyasına ait değildir.<sup>33</sup> Fakat ilginç bir şekilde, zihnimizdeki temel normun (hukuki bilişin kurucu boyutu), başka bir dünyaya ait somut nesnelere 'hukuk hâline getirme' özelliği vardır. Kantçı aşkınsallığın etkisinin devreye girdiği yer de burasıdır. Zihindeki anlam formu olarak temel norm "koşulu", fenomenler dünyasına ait her neviden hukuk materyali etrafında normatif bir anlam ağı örür: Resmî gazetede yayımlanan yasa, belirli bir toplumdaki gözlemlenebilir örf ve âdet, senato kararı, şirket iflası, kolluğun kimlik sorma eylemi, bireyin davranışı hukuki bilişin nesnesiymiş gibi idrak edilir. İşte verili pozitif hukuku 'birlik ve bütünlük' içinde bilmenin zihnimizdeki *a priori* "anlama kalıpları" dolayısıyla mümkün olmasını (hukukun aşkınsallığını), Kelsen'in diline 'hukukun normatifliği' şeklinde çeviriyoruz.

Kelsen hukuki bilişin kurucu boyutunu öne çıkarırken, Kant terminolojisine sadakatle bağlıdır. Temel norm, bu açıdan, "pozitif hukukun bilinişine" dair aşkınsal-mantıksal bir metottur ve tek bir amacı vardır: İlk yasa koyucunun eylemine ve dolayısıyla bu ilk eyleme dayanan hukuk sisteminin tüm diğer eylemlerine "olması gereken" anlamı yüklemek; normatif-olmayan "maddi olayları" normatifleştirerek hukuk sistemine dahil etmek.<sup>34</sup> Bu aşamada temel normun epistemolojik bir işlevi olduğu da söylenebilir.<sup>35</sup> Berger'in deyişiyle, temel normun epistemolojik işlevi, Kant'ın "düzenleyici ilkeleri"ne benzer bir rol üst-

<sup>32</sup> Hans Kelsen, "Saf Hukuk Kuramı Nedir", çev. Kasım Akbaş, Hukuk Kuramı, C. 5, S. 3, Eylül-Aralık 2018, (pp. 99-107), s. 102.

<sup>33</sup> Alexy'ye göre, "hukuki bilişin nesnesi olarak yasa" norm demektir. Norm, "anlamdır" ve "anlam-bağlamıyla norm", fenomenler dünyasının gerçeği değil "ideal dünyanın bir gerçeğidir." (Robert Alexy, "Hans Kelsen's Concept of the 'Ought'", Jurisprudence, Vol. 4/2, 2013, (pp. 235-245), s. 235).

<sup>34</sup> Hans Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Yayınları, İstanbul 2016, s. 71.

<sup>35</sup> Torben Spaak, "A Challenge to Bix's Interpretation of Kelsen and Hart's Views On the Normativity of Law", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 37, 2019, (pp. 75-82), ss. 78-79.

lenir: Temel norm, hukuk düzenini “anamlı normlar bütünü” olarak sistematize etmeyi mümkün kılan aklın “ideal” bir “enstrümandır.”<sup>36</sup>

Temel normun “ideal” işlevi üzerinde biraz daha duralım. Kelsen, temel normun iki işlevinden söz eder: “Tarihi açıdan verili hukuk materyalini tanımak”, yanı sıra bu hukuk materyalini “anamlı bir bütün” olarak “kavramak.”<sup>37</sup> Temel normun işlevleri sayesinde, verili hukuk materyallerini ve hukuk adıyla üretilen normları, kendi içinde tutarlı bir sistemin parçalarıymış gibi düşünürüz. Kelsen hukukun mantiki bütünlüğünü, materyallerinin “rasyonel bir yoruma” elverişli olmalarıyla açıklar.<sup>38</sup> Öyleyse hukuki biliş, hukuk normlarının -çelişmezlik ilkesi gereğince- birbiriyle çatışmadığını, hukukun bütünlüklü bir sistem olarak ortaya çıktığını; çıkması gerektiğini da varsayar. Başka bir ifadeyle, hukuki bilişin *a priori* temel norm varsayımı, “çelişkiden arınmış” (*non-contradictory order*) normatif bir hukuk sistemini de inşa etmektedir. Maddi olayların ve eylemlerin pozitif hukuk düzenine dahil edildiği böylesine anlamlı bir normatif yapıyı bilmek, açıktır ki “saf bir pozitivizm”le mümkün olamaz. Kelsen, bu nedenle, “eleştirel pozitivizm”i benimser. Eleştirel pozitivizmin esası, çatışmayan normlardan müteşekkil bir pozitif hukuk düzeni varsayımdır.<sup>39</sup> Bu bağlamda eleştirelilik, ‘bin bir hukuk materyalinden tutarlı bir birlik oluşturma ilkesine bağlı kalarak akıl yürütebilmek’ şeklinde kodlanabilir.

Temel normun *a priori* karakteri ve işlevi, bundan sonraki başlıklarda şu argümanları temellendirmektedir: (1) Temel normun aşkınsallığı, hukuki muhakemeyi, doğa olaylarını veya sosyal olguları nedensellik yasasıyla betimleyen empirik çıkarımdan farklılaştırır. (2) Hukuki muhakeme, Kant’ın aşkınsal çıkarımından da farklıdır. Zira hukuki muhakeme, temel normun aşkınsal-mantıksal yapısı ve işlevi nedeniyle normatiftir. Muhakemenin normatifliği, ‘olması gereken

<sup>36</sup> Berger, ss. 44-45.

<sup>37</sup> Kelsen, “Natural Law Doctrine and Legal Positivism”, s. 437. (It is the fuction of the basic norm not only recognize a historically given material as a law, but also to comprehend it as a meaningful whole”).

<sup>38</sup> Kelsen, s. 402.

<sup>39</sup> Kelsen, doğal hukuk kuramı ile hukuki pozitivizmi karşılaştırırken, bu karşıtlığa referansla bir dizi kavramı eleştirel pozitivizmin esaslı unsuru olarak tanıtır. Eleştirel pozitivizm, her şeyden önce, pozitif hukuku “barış düzeni” olarak kabul eder. Temel norm, bu barış düzeninin “mantiki ideası” ve “sistemin çelişmez birliğinin” varsayımsal koşuludur. (Kelsen, “Natural Law Doctrine and Legal Positivism”, ss. 437; 439-442).

bir anlamın yaratılması'nı deyimler. (3) Normatif hukuki muhakeme 'olması gereken anlamı' isnat kategorisiyle kurar. (4) Buna göre normatif isnat, somut olay ile pozitif hukuk normunun "anamlı bir bütün" oluşturacak bir muhtevayla bağdaştırılmasıdır. Bundan sonraki başlıklarda, Kant'ın aşkınsal çıkarımı ile hukukun normatifliği karşılaştırılarak sözü edilen *sui generis* unsurların (normatiflik ve isnat) hukuki muhakemedeki yeri belirginleştirilmektedir.

### 3. Hukuki Muhakemenin Aşkınısallığı

Kant, adı geçen kitabının "Aşkınısal Analitik" bölümünün "Aşkınısal Çıkarım" başlıklı kısmında, hukukçulardan (jurists) söz eder. Kant, süjelerin algılarına göre değişebilir 'olan'ın, "zorunlu *a priori* kavramlardan" aşkınsal çıkarımla nesnellik kazanacağı iddiasını, 'hukuk yasası' (*iuris*)<sup>40</sup> ve 'maddi olay' (*fact*) ayrımından bahsederek gerekçelendirir.<sup>41</sup> Kant, hukukçuluğun olmazsa olmazı bu ayrımı örnekleştirerek, insan bilişinin deneyimden çıkarsayamayacağı kavramların, duyular dünyasındaki nesnelere ilişkisinin nasıl kurulacağını kanıtlamayı hedeflemektedir. İddiası şudur ki deneyimle kanıtlanamayan kavramların/kategorilerin nesnelere *a priori* ilişkisi vardır. *A priori* ilişkiye, olguyu ilgilendiren empirik kanıtlamadan farklı olarak, "aşkınsal çıkarım" adını verir. Aşkınısal çıkarımla Kant, duyuların *a priori* formu olarak uzam ve zamanın, anlama yetisinin kavramları olarak da kategorilerin nesnel geçerliliğini kanıtlamaya girişir.<sup>42</sup>

Kant'a göre hukukçu aktörler, somut bir davada neyin "vaka" (*fact*) neyin "yasa" (*iuris*) olduğunu bilerek akıl yürütür. Sözgelimi yargıç, "*quid iuris*" (hukuken tanınmış hak ve yetkiler) ile "*quid facti*"nin (maddi gerçek; hukuki olaylar ve bireylerin davranışları) iki ayrı dünyaya aitliğinin bilincindedir.<sup>43</sup> Kant'ın amacı hukuki akıl yürütmenin denklemini kurmak değil elbette; Kant, *iuris*'in, "vakalar her ne olursa olsun", "kavramları kullanma yetimizle" ilişkisini göstermeye çalışmaktadır.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Latince *ius*, yasal yükümlülük, genel hukuk sistemi veya hukuk devletinde bireylere tanınmış haklar ve ödevler gibi geniş bir bağlamda kullanılmaktadır.

<sup>41</sup> Kant, s. 225; (Türkçesi s. 84), [A94, B126].

<sup>42</sup> Kant, s. 220; (Türkçesi s. 81), [B118, A 86].

<sup>43</sup> Kant, s. 219; (Türkçesi s. 81), [A 84].

<sup>44</sup> Kavram, "farklı temsilleri bir ortak temsil altında bir araya getirme kuralıdır". Wood, s. 74, 83.

*Fact* ile *iuris* arasındaki ayırım esastır, fakat yukarıda bahsedildiği gibi, bilişin nesnesi normların deneyim alanındaki somut nesnelere *a priori* ilişkilerini akıldan çıkarmamak koşuluyla. Şimdi yanıt aramız gereken soru şudur: Zihnimizdeki anlam formu (veya kategorisi/ideası) olarak normların nesnel geçerliliğini nasıl kanıtlarız? Kant'ın aşkınsal çıkarımından biliyoruz ki hukuki bilişin nesnesi *iuris*'in veya normların genel ve zorunlu geçerliliği, empirik olgularla kanıtlanamaz. Kant'ın ifadesiyle, "talih" ve "yazgı" gibi kavramlar da "hak" kavramı gibi deneyim yoluyla edinilmiş değildir. Öyle olsaydı, bu kavramlar ya da normlar, olguyla ilgili olur ve empirik çıkarımla kanıtlanabilirdi. Hâlbuki hukuki bilişin nesnesi normların, sözgelimi; 'işverenin haklı nedenle fesih hakkı'na ilişkin normun nesnel geçerliliği, (1) 'işveren X'in, işçi Y'yi hırsızlık fiili nedeniyle işten çıkarmasına' ilişkin "maddi olay"ın veya (2) normun kendisini vazededen "eylemin" realitesine (Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu) istinaden kanıtlanamaz. Kant'ın aşkınsal çıkarımı bize, hukuki bilişin nesnelere (*iuris*) 'geçerliliğinin', deneyim alanında ilişkili oldukları somut nesnelere; *fact*'lerin 'gerçekliğinden' çıkarsanamayacağını gösterir.

Hukuki muhakemeyi empirik çıkarımdan ayırt eden yegâne ölçüt, olması gereken anlamın (normatifliğin) aşkınsallığıdır. Bilişin nesnesi normların duyular dünyasındaki somut nesnelere -pozitif hukuk yasaları ve maddi olaylar- *a priori* ilişkisinden söz etmiştik. Normatif muhakeme, hukuki bilişin nesnesi *iuris*'in ("anlam" olarak norm) realitedeki *iuris* (vazedilmiş yasa olarak hukuk normları) ve *fact*'lerle (maddi olay) *a priori* ilişkisini deyimler.<sup>45</sup> "Aşkınsallık" bilişteki nesnelere (normlar) realitedeki nesnelere (pozitif hukuk yasaları ve maddi olaylar) zorunlu olarak birbirine bağlayan muhakemenin bir niteliğidir ki Kelsen terminolojisinde bunun karşılığı "normatif isnattır."<sup>46</sup> Normatif

<sup>45</sup> Pavlakos'a göre Kelsen, *fact*'i iki anlamda kullanmaktadır: İlki, doğal fenomenlerdir. Doğal fenomenler, "kasıtlı eylem" bağlamında ortaya çıkar. Sözgelimi "iradi fiiller ve bu fiillerin ifadeleri" doğal olgulardır. İkincisi, sosyal olgulardır. Sosyal olgular "resmi görevlilerin yaptıkları ve söyledikleridir." (George Pavlakos, "Kelsenian Imputation and the Explanation of Legal Norms", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 37, 2019, (pp. 47-55), s. 49, dipnot 4).

<sup>46</sup> Paulson & Paulson, "Sunuş", s. 183; Peter Langford and Ian Bryan, "Hans Kelsen's Concept of Normative Imputation", *Ratio Juris*, Vol. 26/1, March 2013, (pp. 85-110).

hukuki muhakemenin Kantçı aşkınsal çıkarımla özdeşliğini savunmuyorum elbette. İddiam, normatif muhakemenin, tam da bu Kantçı aşkınsallıktan mülhem *a priori* temel norm varsayımı nedeniyle, salt fenomenlerin bilgisine, örneğin maddi olayların gerçekliğine indirgenemeyeceğidir. Yargıçların normatif isnatla çıkarsadıkları 'olması gereken anlam', hukuki bilişin nesnesiyle anlamlı bir bütün oluşturmaktadır. Aksi her durum, "maddi olayları nedenler ve sonuçlar şeklindeki maddi olaylarla bağlantılandıran"<sup>47</sup> bir doğa yasasını ve olayını gerektelendirmek anlamına gelir ki hukuki muhakeme açısından bu, bir mantık hatasıdır.<sup>48</sup> İkinci bölümde, yargıcın 'olması gereken anlamı' empirik olgulara indirgeyerek nedensellik kategorisiyle muhakeme etmesinin hukuki geçersizliği tartışılacaktır.

#### 4. Normatif İsnat

Kelsen, "Nedensellik ve İsnadiyet" (*Causality and Imputation*-1950) makalesinde, *Saf Hukuk Kuramı*'nda temellendirdiği bir dizi ayrımı yeniden gözden geçirir. Nedensellik doğa bilimlerine, isnat normatif sosyal bilimlere ait bir biliş kategorisi veya bilimsel araştırma ilkesidir. Hukukun normatifliği, norm (önerme) ile olay (gerçeklik) arasında nedensellik ilişkisine dayanmayan, farklı bir tür ilişkisellik kurmaktır. Farklı tür ilişkiselliğe Kelsen'in "normatif isnat" adını verdiğiinden yukarıda söz edildi. Kelsen, hukuki bilişin uzam ve zamandaki somut nesnelere bilişi ile doğa bilimlerinin nesnelere bilişi arasındaki ayrımı isnat kategorisiyle açıklar.

Doğa bilimlerinin iki maddi olay arasında nedensellik ilişkisi kurarak (empirik çıkarım) yargıda bulunduğunu biliyoruz. Örneğin bir bilim insanının ifade ettiği, 'su belirli koşullar altında 100 derece ısıyla kaynar' betimsel önermesi ya da 'suyun belirli koşullar altında 100 derece ısıyla kaynadığına' ilişkin doğa yasası, 'suyun kaynaması' ile 'ısının derecesi' arasındaki bağıntıyı nedensellik kategorisiyle kurmaktadır. Hâliyle doğa biliminin önermelerine ve yasalarına dair bildiğimiz doğrular, zincirleme neden-sonuç dizgeleridir. Peki, sosyal bilimlerde değişen nedir? Kelsen'e göre bazı sosyal bilim disiplinlerinin araştırma konularına bakıldığında, değişen pek bir şey yoktur. Sosyoloji, psi-

<sup>47</sup> Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 10.

<sup>48</sup> Doğallık safsatası (naturalistic fallacy): Olanı olması gerektiği gibi düşünmek.

koloji, tarih, etnoloji bilimlerinin araştırma nesnesi beşerî davranıştır ve bu disiplinler beşerî davranışı nasılsa öyle; tıpkı “doğanın bir parçası” gibi inceler.<sup>49</sup> Beşerî davranışı konu edinen sosyal bilim disiplinleri nedensellik kategorisine bağlıdır: “Bireyleri doğal dünyadaki psikolojik veya fiziksel nesnelere” gibi tasavvur eder ve “ideal” bir bakış açısıyla değil de “empirik gözlemle” açıklar.<sup>50</sup> Fakat insan davranışı, neden-sonuç ilişkisinin dışında, normatif sosyal bilimlerin de araştırma konusudur. Kelsen’e göre “etik”, “teoloji”, “hukuk” normatif sosyal bilimlerdir ve insan davranışlarını değerler düzeninde değerlendirmektedir.<sup>51</sup> Normatif sosyal bilimler, verili bir toplumdaki insan davranışının ve ilişkilerinin fiilen “nasıl ortaya çıktığını” değil “nasıl ortaya çıkması gerektiğini” soruşturmaktadır.<sup>52</sup> Peki, normatif hukuk biliminin isnat kategorisi nedir?

Delacroix’nın tümcesiyle açıklayalım: Nasıl ki nedensellik kategorisi doğal fenomenlere dair bilgimizi belirliyorsa, aynı şekilde isnat kategorisi de hukuki önermelere dair bilgimizi belirlemektedir.<sup>53</sup> Hukuk önermeleri, doğa bilimlerinin ve beşerî davranışı nedensellik dizgesiyle açıklayan sosyal bilimlerin, “X’in Y fiili H’dir”; ‘su 100 dere-

<sup>49</sup> Hans Kelsen, “Nedensellik ve İsnadiyet”, çev. Zeki Hafızoğulları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1, (pp. 219-234), s. 230. Kelsen’in, Ehrlich’in hukuk sosyolojisi bilimine yönelik eleştirileri için bkz. Altan Heper, Serbest Hukuk Akımı, Sosyal Bir Olgular Hukuk, On İki Levha Yayınları, İstanbul Mart 2016, s. 108, (özellikle bkz. ss. 102-122).

<sup>50</sup> Langford/Bryan, s. 88.

<sup>51</sup> Bix’e göre Kelsen, her normatif sistemin varsayılan bir “temel normu” olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla her normatif sistem, diğer normatif sistemden bağımsız ve kendi kendine yeten bir düzendir. Kendine has temel normuyla normatif bir sistem olan hukuk, dini ve ahlaki normatif sistemlerden farklıdır. Ne var ki yasa koyucu, diğer normatif sistemlerden etkilenebilir ve bu sistemlere ait normları hukuk normuna dönüştürebilir. Burada Bix’in altını çizdiği husus, Kelsen’in “olan” ile “olması gereken” ayrımıdır: Normatif hukuk sisteminin “mantıksal yapısı”, yasa koyucunun yürürlüğe koyduğu hukuk normlarının “empirik/tarihi/nedensellik” koşullarından ayrı tutulmalıdır. (Bix, s. 28).

<sup>52</sup> Kelsen, “Nedensellik ve İsnadiyet”, s. 225.

<sup>53</sup> Sylvie Delacroix, “Understanding Normativity”, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus), Vol. 37, 2019, (pp. 17-28), s. 23. Bu açıdan bakıldığında isnat, temel normun hukuk nesnelere bilmeyi mümkün kılan aşkınsal a priori kategorisiyle benzer bir işlevi üstlenir. Pavlakos’a göre isnat, zorunlu olarak varsayıldığı içindir ki a priori bir ilkedir ve hukuk normlarına ilişkin bilgimizin, “alt derecedeki olgulara ilişkin bilgimizden nasıl türeyebileceğini” kavramamızı sağlayan bir “köprü” işlevi görmektedir. (Pavlakos, s. 54). (Ayrıca bkz. Svan Relac, “Kelsen’s Doctrine of Imputation”, Pravnika, Law & Society Review, Vol. 55/107, 2021, (pp. 168-199), s. 181 vd).



ce ısıyla kaynar' (doğa yasası)- 'Türkiye'de sürücüler yaya geçidinde durmaz' (sosyal olgu) şeklindeki önermelerinden tümüyle farklıdır. "Olması gereken" anlam hukuki önermenin kipini ve geçerlilik koşullarını tamamen değiştirir: 'X'in Y fiili H olmalıdır.' (Başkasının malını alan cezalandırılmalıdır, cezalandırılması gerekir'/isnat kategorisi/normatif yasa). İsnat kategorisi, hukuk materyallerini "olması gereken" anlamla birbirine bağladığından, hukuki önermenin nesnel geçerlilik koşulları realitedeki maddi olaylardan veya bireyin eylemlerinden etkilenmez. Kelsen'in örneğiyle: İnsan öldüren kişinin müebbet hapis cezasına çarptırılmasını öngören hipotetik bir pozitif yasanın 'koşulu' suç, 'sonucu' cezadır. Önermedeki 'insan öldürme' hukuki koşul, yaptırım hukuki sonuçtur. İsnat, X'in hukuka aykırı eyleminin sonucunun (ceza), hukuki koşula (normun öngördüğü insan öldürme suçuna) bağlanmasıdır. X, normda öngörülen fiili hiç gerçekleştirmemiş yahut X'e normda öngörülen ceza verilememiş olsa dahi, hukuki sonuç ile koşulun "olması gereken" anlamı her daim geçerli kalır:<sup>54</sup> "İnsan öldüren kişi müebbet hapis cezasına çarptırılmadır."

Kelsen'in normatif isnat kategorisini hukuki muhakeme açısından düşündüğümüzde, yargıç, hukuk normunda koşullanan realitedeki maddi olayları (X'in Y fiili) ve verili pozitif hukuk normlarını (X'in Y fiilinin H karşılığı) birbiriyle örtüştürecek demektir. Fakat normatif isnat, görüldüğü kadar basit değildir: Somut olayın genel normun altına yazılması isnatla muhakeme etmek değil ezberden hareket etmektir. Nitekim normatif isnat, alelade bir tasım oluşturma ediminin ötesine geçen, yaratıcı bir süreçtir. Yaratıcıdır, zira yargıcın "kurucu" hukuki bilişini aktive etmektedir. Kelsen'in ifadesiyle yargıç, "sübutuna karar verdiği maddi olay ile uygulayacağı yasayı bir araya getirdiği anda, bilişi hukuki hâle gelir; yani maddi olayı hırsızlık veya dolandırıcılık olarak yorumladığında bilişi hukuki biliş olur." Yargıcın kurucu hukuki bilişinin, temel normun yukarıda sözü edilen iki işleviyle birlikte

<sup>54</sup> Kelsen'in isnadı, yargıçların akıl yürütme edimi açısından argümanlaştırmadığını, temel norm gibi hukuk bilimine münhasır a priori bir kavram olarak kullandığını hatırlatalım: "İsnat düşüncesi (idea), hukuka aykırılığın müeyyideyle özel bağlantısı olarak, bir kimsenin davranışından kanunen sorumlu olup olmadığı hakkındaki hükümde; hukuk bilimine ait hükümde saklıdır." (Kelsen, "Nedenlilik ve İsnadiyet", s. 221).

düşünülmesi gerektiğini ileri sürüyorum.<sup>55</sup> Normatif isnatla yargıç, “verili hukuk materyalini” “tanınmalı” ve “anamlı bir bütün olarak” “kavramalıdır.” Bir başka deyişle, “anlama kalıbı” olarak *iuris* veya temel norm, yargıcın muhakemesini olması gereken anlama yönlendirir. Olması gereken anlam, “pozitif hukukun tüm verilerini temsil eden” normlar arasında aşkınsal-mantıksal bir bağlantının kurulmasıyla ortaya çıkar. Dolayısıyla yargıcın hukuki bilişi, normatif isnatla vazedeceği ‘tekil hukuk normunun,’<sup>56</sup> diğer pozitif hukuk normlarıyla “çelişmemesi” gerektiğini de bilmelidir.

Hukuki muhakemenin *sui generis* tanımlayıcı öğelerini temel normun işlevleriyle yeniden formüle edelim. (1) İsnat: Realitedeki vaka ile verili hukuk normunun “olması gereken” bir anlamla birbirine bağlanmasıdır. (2) Normatiflik: Hukuk normları somut olaya isnat edilirken, verili pozitif hukuk “anamlı bir bütün” olarak kavranmalı, dahası isnat sonucunda ortaya çıkan tekil norm da “sistemin çelişmez birliği”ni varsaymalıdır.<sup>57</sup>

Aşağıdaki Genel Kurul kararını normatif akıl yürüt(eme)menin bir örneği olarak irdeliyorum. İkinci bölüm, normatif olması gereken hukuki muhakemenin “olgusal gerçekliğe” (*facticity*) nasıl indirgendliğini ortaya seriyor. Nitekim birinci bölüm tam da bu nedensellik kategorisiyle akıl yürütme eğiliminin hukukun normatifliğine (Kelsen) ve aşkınsallığına (Kant) aykırılığını kanıtlamak için yazıldı: Yargıç, salt maddi olgulara referansla (nedensellik kategorisi/empirik çıkarım) ve

<sup>55</sup> Temel norm, “normatif hukuk düzeninin normları arasında geçerlilik ilişkisi kurarak ve bu düzene ait tüm normların geçerliliğinin temeli olarak, norm yaratıcı ve birleştirici bir gücü sabit hale getirir.” (Paul Gragl, “In Defence of Kelsenian Monism: Countering Hart and Raz”, *Jurisprudence*, Vol. 8/2, 2007, (pp. 287-318), ss. 294-295).

<sup>56</sup> Kelsen’e göre, yargıç veya mahkeme nesnel geçerliliği haiz genel bir hukuk normu (hukuk yasası) üretmez: “Bir yargıç tarafından dile getirilen ‘yargı’, artık yargıcın uyguladığı norm olmak dışında, kelimenin mantıksal anlamıyla bir yargı değildir. Bunun yerine, bu ‘yargı’ somut olaydaki geçerliliği ile sınırlanmış ve ‘yasa’ olarak adlandırılan genel normdan bağımsızlaşmış bir norm – bireysel bir normdur.” (Hans Kelsen, “Norm ve Değer”, Çev. Kasım Akbaş, *Hukuk Kuramı*, C. 2., S. 5, Eylül-Ekim 2015, (ss. 20-24), s. 22).

<sup>57</sup> Kelsen açısından bir yargı kararı veya yargıç yorumu, genel normun çizdiği çerçevede dahilinde kalınarak verilir. Yargıç yorumu, genel normun (hukuk yasası) dışına çıkmayan, fakat genel normdan çıkarılabilecek pek çok tekil normdan biridir. Bu demektir ki yargıcın, ‘genel norm+somut olay=tekil norm’ üretme sürecinde geniş bir takdir yetkisi vardır. Başka bir deyişle, bir hukuk normunun farklı yorumu her daim mümkündür. (Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, ss. 95-100).

pozitif hukuk normlarının bütünsel anlamını göz ardı ederek kararını gerekçelendiremez! Realiteki maddi olayın pozitif hukuk normunu ilgilendiren objektif anlama bağlantısı, verili normlarla “anamlı bir bütün” oluşturacak ve çelişmeyecek, “olması gereken” bir anlamın aranmasıdır. Böyle bir anlam arayışı, normatif akıl yürütmenin nesnel geçerlilik veya geçersizlik, hatta hukuki doğruluk veya yanlışlık koşullarını gösterecektir.

## II. YARGI KARARININ NORMATİF ANALİZİ

### 1. Davanın Isnat Edilmesi

Genel Kurul’un nihai hüküm verdiği davanın konusu, 18.05.1995-15.09.2010 tarihleri arasında temizlikçi ve evrak görevlisi olarak çalışan davacı kadının iş sözleşmesinin haksız feshedildiği gerekçesiyle işçilik alacağına talep edilmesidir.<sup>58</sup> Davacı işçi, iş sözleşmesinin haksız feshedildiği iddiasıyla kıdem tazminatı hakkını talep ederken, işveren iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği iddiasıyla işçinin kıdem tazminatını ödeme yükümlülüğünün olmadığını ileri sürmektedir. Tarafların “kıdem tazminatı” konusundaki uyuşmazlıklarının çözümüne, “haklı nedenle fesih” kavramının hukuk normunda nasıl düzenlendiğinin tespitiyle başlanır. 4857 sayılı İş Kanunu (İK) m. 25’in başlığı, “işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı”dır ve hangi durumlarda “haklı fesih” kavramının, işverenin kullanabileceği bir hak kategorisi sayılacağını tanımlar: “(...) işveren, aşağıda yazılı hâllerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir.” İşverenin “haklı fesih hakkı”, hukuk normunun “koşul”udur. Genel Kurul kararında görüldüğü üzere, hukuki olay -işverenin feshinin haklı nedeni- İK m. 25/II-e bendine isnat edilir: “İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.” Şayet işverenin feshi haklı nedene dayanıyorsa (hukuk normuna isnat) hukuki “sonuç” doğacaktır. Buradaki hukuki sonuç, işverenin haklı nedenden ötürü, hukuk normlarında öngörülen iş sözleşmesinden doğan hukuki yükümlülüklerinden imtina edebilmesidir. İşçinin kıdem tazminatının ödenmemesi de imtina

<sup>58</sup> Hukuk Genel Kurulu, 07.02.2018, E. 2015/1591, K. 2018/185.

edilebilecek hukuki yükümlülüklerden biridir. İşveren, sözleşmeden doğan hukuki yükümlülüğünü, “haklı nedenle fesih” koşulları gerçekleştiğinde yerine getirmek zorunda değildir. Dolayısıyla normun hukuki sonucu, kıdem tazminatının ödenmemesidir.

Hukuk normunun koşulunun (işverenin haklı fesih hakkı) ve hukuki sonucun (işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğünden muafiyeti) doğabilmesi, ikinci bir koşul-sonuç isnadının muhakemeye dahil edilmesini gerektirir. Birinci isnadın hukuki sonucu, ikinci isna-da; işçinin işveren nezdinde haklı neden yaratmasına bağlıdır. Öyle ki ikinci isnat, birinci isnadın hem hukuki deliline hem gerekçesine dönüşecektir. İK m. 25/II-e bendine göre, işverenin fesih hakkının yenilik doğurucu sonuçları, sözleşmenin diğer tarafı olan işçinin söz, fiil ve davranışlarına göre belirlenir; “işçinin (...) gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.” Fakat bu ikinci isnat, ilk isnat kadar basit değildir. İşçinin “somut olay”daki davranışının kanundaki “ahlak ve iyi niyet kurallarına” uygun olmadığı saptanmalıdır. Burada normatif muhakemenin yönü tamamen değişir. Birinci isnat, kavram-norm örtüşmesi ve norm-olay bağlantısıdır. Gelgelelim ikinci isnat, -ki asıl muhakeme budur- normatif anlam ağına mutlaka “somut olay”ı (maddi gerçek; normatif-olmayan bir olay/eylem) dahil etmelidir. İşçinin davranışı öyle olmalıdır ki “haklı fesih” kavramının karşılık bulunduğu şu hukuk normuyla örtüşsün: “(...) hırsızlık yapmak (...) gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan (...)” İsnatları alt alta yazalım:

#### *Birinci isnat*

- a) Hukuk kavramı-hukuk normu: “İşverenin haklı nedenle fesih hakkı”- “(...) işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir.” (İK m. 25)
- b) Hukuk olayı-hukuk normu: İşverenin iş sözleşmesini tazminatsız feshetmesi- “İşçinin, (...) hırsızlık yapmak (...) gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.” (İK m. 25/II-e)
- c) Hukuki koşul-hukuki sonuç: İşverenin iş sözleşmesini feshi haklı nedene dayanıyorsa- *işveren işçiye kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğünden muaf tutulur.*

### *İkinci İsnat*

- a) Somut olay-hukuk normu: İşçinin, (“ahlak ve iyi niyet kurallarına”; “doğruluk ve bağlılığa” uygun olmayan) ‘münferit eylemi’- “İşçinin, (...) hırsızlık yapmak (...) gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.” (İK m. 25/II-e)
- b) Hukuki koşul-hukuki sonuç: İşçi, doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranışta bulunursa- *işveren işçiye kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğünden muaf tutulur.*

## **2. Normatif Muhakemenin Çöküşü**

Dikkat edilirse, buraya kadar tek bir şeyden söz edilmedi; “somut olay.” İkinci isnadın geçerliliğinin mümkün tek koşulu, realitedeki somut olayın; işçinin münferit eyleminin bilinmesidir. İşçi, hangi fiiliyle doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranışı gerçekleştirmiş sayılacaktır? Kelsen’e göre, maddi olaylar ve birey davranışları da pozitif hukuk sisteminin normatif anlamına dahildi. İşte ikinci isnat bize, işçinin eylemini hukuk normuna, “olması gereken” bir halatla bağlama yetkisi verir.<sup>59</sup> Peki somut bir olaya; bireyin iradi eylemine, olması gereken anlam nasıl yüklenebilir? Temel normun iki işlevi, sorunun yanıtıdır: Hukuki muhakeme, somut olayı pozitif hukuk normlarıyla tutarlı bir bütün oluşturacak şekilde anlamlandırmalıdır. Ancak bu yolla, somut olay normatif anlam kazanır.

### **2.1. İlk Derece Mahkemesi**

Şimdi somut olayın ayrıntılarına geçebiliriz. Somut olay, en yalın hâliyle, işçinin işverene ait çikolata kutusunu almasıdır. İşçinin eylemi, iki delille ispatlanmıştır. Nihayetinde realitede meydana gelen bir “olay” (X’in Y fiili), salt empirik çıkarımla kanıtlanabilir. İlk derece mahkemesinin iş yeri keşfiyle delillendirdiği ilk gerçek, çikolata kutusunun bulunduğu ‘yer’ bilgisi ve ‘boş ya da doluluğuna’ ilişkin şüphe-dir: “(..) Özel kullanıma ait olmayan, herkesin izinsiz olarak rahatlıkla girip çıktığı, elektrik süpürgesi, kablo, poşet vb. malzemelerin konulduğu yere bırakılan, dolu veya boş olduğu dahi şüpheli bir çikolata

<sup>59</sup> Alexy, “olması gereken” anlamın yetkilendirme ve yükümlülük kiplerini içerdiğini ileri sürer. Tartışma için bkz. Alexy, ss. 241-245.

kutusunu, kendi beyanına göre, dikiş kutusu yapmak amacıyla alan (...)” İkinci gerçeği delillendiren, iş yerindeki kamera görüntüleridir. Buna göre, çikolata kutusunun işçi tarafından alındığı da bir gerçektir. İşveren, “haklı nedeni” kamera görüntülerine ve sonrasında işçinin itirafına dayandırarak, ilk isnattaki hukuki sonucun doğmasını talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, “dolu veya boş olduğu şüpheli” çikolata kutusunun, herkesin ortak kullanımına açık bir yerden alınması olayının, hukuk normunda öngörülen koşulla örtüşmediği (İK m. 25/II), dolayısıyla işçinin kıdem tazminatının verilmeden işten çıkarılmasının “ölçülülük ve hakkaniyet” kurallarına aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle davalı işverenin talebini reddeder.

Böylece mahkeme, ikinci isnadın kavramlarını somut olayla bağdaştırmak yerine (işçinin çikolata kutusunu alması doğruluk ve bağlılığa uygun olmayan bir davranış mıdır?), somut olay ile hukuk normunun örtüştüğünü örtük bir şekilde varsayar. Bununla da kalmaz, ilk isnadın koşul (haklı fesih) ve sonucunun (tazminatsız işten çıkarma) ölçsüzlüğünü ve hakkaniyetsizliğini gerekçe göstererek, işçi lehine hukuki bir yargıda bulunur. İkinci isnattan birinci isnada düz bir çizgide geriye dönmesi beklenen muhakeme, hakkaniyet ve ölçülülük kavramlarına başvurduğu anda raydan çıkar. Düz yoldan sapan muhakemenin herhangi bir gerekçesi yok ne yazık ki. Mahkemenin somut olayla hukuk normu örtüşmesini enine boyuna irdelemeden, ikinci isnadı zımnen doğru varsayması (işçinin eylemi “hırsızlık” olabilir, “doğruluk ve bağlılığa” uygun olmayan bir davranış olabilir, fakat bu bir yana bırakılırsa, işçinin tazminatsız işten çıkarılması kesinlikle ölçsüz ve hakkaniyetsizdir’), geriye dönük muhakeme zincirinde devasa bir boşluk bırakılması anlamına gelir. Temeli sağlam atılmayan normatif bir muhakeme kolaylıkla çöker: Yargıtay ve Genel Kurul muhakemedeki boşluğu pek tabii görür ve örtük varsayımdan, hukuki bir silah icat ederek ilk derece mahkemesinin kararını bozar. İşçinin davranışının hukuk normunda öngörülen kavramlarla (İK m. 25/II-e) neden örtüşmediğini temellendirmeden, birinci isnattaki hukuki sonucun hakkaniyetsizliğini ve ölçsüzlüğünü gerekçe gösteren bir muhakeme, ‘olmaması gereken’ bir akıl yürütmenin güzide örneğidir.

## 2.2. Yargıtay

Normatif muhakeme zinciri, varsayıma değil çıkarıma dayanır. Yargıtay aşamasında, işçinin lehine görünen ilk derece mahkemesinin argümanları, işverenin avantajına dönüştürülür. Yargıtay, elini taşın altına koymaya yanaşmaz; ilk derece mahkemesinin somut olayla hukuk normunu örtüştüren örtük varsayımını gerekçelendirmez. Aksine, örtük varsayımı doğru kabul eder. Hakkaniyet ve ölçülülük kavramlarına bulaşmadan, birinci isnadın hukuken doğruluğuna hükmederek kararı bozar:

Delil durumuna göre, davacının vestiyerde bulunan çikolata kutusunu aldığı sabittir. Vestiyer bölümünün herkesin girip çıkabileceği bir yer olması sonucu değiştirecek mahiyette değildir. İşçi, temizlik işini yerine getirdiğinden, işyerinde kimsenin olmadığı zamanlarda, mesainin başlamasından önce ve bitişinden sonra görev yapmaktadır. Günün bu bölümlerinde işyerindeki tüm evrak ve belgeler, eşyalar ve işin niteliğine göre işyerindeki tüm malzemeler işçiye emanet edilmiş durumdadır. İşçiden işverene ait tüm bu eşyaları muhafaza ederek temizlik işini ifa etmesi beklenmektedir. Davacının kimsenin bulunmadığı bir sırada başkasına ait çikolata kutusunu alarak kendine mâl etmesi, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış niteliğindedir. İş sözleşmesinin feshi haklı nedene dayanmaktadır. Kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekirken, yazılı şekilde hatalı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

## 2.3. Hukuk Genel Kurulu

İlk derecesi mahkemesi kararında direnince dava Genel Kurul'un önündedir artık. Genel Kurul, muhakemedeki boşluğu, sıra dışı bir analogi yöntemine başvurarak doldurmakla kalmaz, salt 'olan'a referansla; normatif-olmayan maddi olayı (işçinin çikolata kutusunu alması) gerekçelendirmenin tek 'hukuki' dayanağı hâline getirerek, yeni bir norm da yaratır: İşçinin fiili hırsızlıktır, işten tazminatsız çıkarılması gayet doğaldır! Genel Kurul'un muhakemesinin başından sonuna kadar yanlış; hukuken geçersiz olduğunu ileri sürüyorum. Muhakemenin geçersizliğinin birbiriyle bağlantılı üç nedeni var: (1) İkinci isnattaki somut olay-hukuk normu örtüşmesinin bir ceza yargılaması telakki edilmesi ve hukuki çıkarsamanın salt empirik olguya indirgenmesi (işçinin fiiline; maddi gerçeğe), (2) somut olayın ayrıntılarının

muhakeme dışına itilmesi, (3) yargı içtihatları ve öğretinin “iş güvencesi ilkelerinin” genel geçerliliği haiz pozitif hukuk normu kabul edilmesi gerekirken,<sup>60</sup> bu ilkesel normlarla çelişen bir karar verilmesi.<sup>61</sup>

Genel Kurul, ikinci isnattaki boşluğu, Ceza Kanunu normlarını zımnen uygulayarak; normu işverence delillendirilen işçi eylemine indirgeyerek doldurur. Şöyle ki kamera kayıtlarını, olay günü tutulan tutanakta adı geçen tanık beyanlarını ve işçinin itirafını argümanlaştırarak, fiilin ve failin kastının adını “hırsızlık” koyar. Önce çikolata kutusunun alınması fiilini (X’in Y fiili) TCK m. 141’deki hırsızlık normuna (X’in Y fiili H olmalıdır) zımnen isnat ederek bir çıkarsamada bulunur. Ardından ilk derece mahkemesinin gerekçesini kendi meşrebince çürütmeye girişir. Çürütme, ikinci isnattaki boşluk nedeniyle, çok basittir: Deliller sabittir; realitedeki olgu ve fail ilişkilendirmesinde herhangi bir aksaklık yoktur, öyleyse suç sübuta ermiştir! Genel Kurul, hukukun yardımcı kaynaklarına atıf yaparak (içtihatlar ve öğreti) geniş bir takdir alanı açar kendine:

<sup>60</sup> Kelsen’in normatif geçerlilik kuralı basitçe şudur: Bir norm geçerliliğini bir başka normdan alır. “İş güvencesi ilkelerinin” bir norm olarak geçerli olması bir başka norm tarafından düzenlenmelerine, tanınmalarına veya öngörülmelerine bağlıdır. Diğer bir deyişle ilkelerin, pozitif bir hukuki dayanakları olmalıdır ki geçerli olsunlar. Türkiye pozitif hukuk düzeninde “iş güvencesi ilkeleri”, hukuki geçerliliği olan, dolayısıyla yargıçları de facto bağlayan normlardır. Zira Anayasal normlar şöyle dursun, Medeni Kanun m. 1/2 ve m. 4 (“Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır” / “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir”) normları bu ilkelere hukuki dayanaklarıdır. Bu hukuki dayanakları iş hukukuna bağlayan geçerlilik zinciri, MK m. 5’teki göndermedir: “Bu Kanun ve Borçlar Kanunu’nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.” Şunu da belirtelim: Yargıç hukuki geçerliliği ve de facto bağlayıcılığı olan “iş güvencesi ilkelerini” uygulamalıdır. Ancak ilkesel normların bağlayıcılığı fiili olduğundan (yani emredici normlar olmadıklarından), yargıç takdir yetkisini bu ilkelere isnatla kullanmayabilir de. Bu durumda, “iş güvencesi ilkelerinin” somut olay bağlamında neden geçersiz bir hukuk normu ‘olması gerektiği’ muhakeme edilmelidir. Oysa Genel Kurul, bunu muhakeme etmeye dahi tenezzül etmemiştir!

<sup>61</sup> Sözelimi öğretiye göre, “menfaatlerin tartılması ilkesi”, iş sözleşmesinin işçinin davranışları nedeniyle feshinde özellikle dikkate alınır. Yani somut olayın (işçi davranışı) hangi norma isnat edileceği değerlendirilirken, “işçinin kıdem, işçinin olumsuz davranışının ağırlığı, sonuçları, affedilebilmesi de göz önünde bulundurulur.” (Konuyla ilgili daha fazla bilgi için bkz. Seda Özgül Ekiz, “İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Nedenle Feshi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 96, S. 5, 2022, pp. 120-153).



Sadakat borcu, iş ilişkisinin karşılıklı borç doğuran kişisel bir ilişki olmasının doğal bir sonucudur. Sadakat borcunu ihlal eden işçi davranışlarının neler olabileceğinin önceden belirlenmesi ve tek tek sayılması mümkün değildir. Her ne kadar işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanması, hırsızlık yapması, işverenin meslek sırlarını ortaya atması gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı vermekte ise de hükümde belirtilen doğruluk ve bağlılığa uymayan bazı hâller örnek olarak sayılmış ve benzeri fiillerin de borcun ihlalini oluşturacağı kabul edilmiştir. Bu durumda, işçinin hangi eyleminin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış kabul edilmesi gerektiği hususunda hâkim, iş ve çalışma hayatının gerekleri ile toplumsal ilişki ve gelenekleri göz önüne alarak somut olayın özelliklerine göre bir sonuca varmalıdır. Usul hukuku ilkelerine göre normal ve mutad bir duruma dayanan tarafın bu iddiasını ispatlaması gerekmez. Buna karşın normal durumun aksini ileri süren taraf bunu ispatlamalıdır. O hâlde iş sözleşmesinin derhal feshinde ispat yükü iş ilişkisinin normal biçimde devam ettiğini iddia eden tarafa değil, istisnai durumu, yani karşı tarafın haklı bir fesih nedeni yarattığını, iş ilişkisini devamı çekilmez bir hâle getirdiğini ileri süren tarafa düşer.

Genel Kurul'un akıl yürütmedeki cambazlığı bundan sonra başlar. İşveren "istisnai durumu" şüpheye yer bırakmayacak delillerle -kamera görüntüleri ve tutanak- ispatladığına göre, X'in Y fiili gerçekleşmiştir. Genel Kurul'a göre, Y fiilinin H normuyla örtüştüğü, apaçık bir hukuki gerçektir (*trivial truth*); çikolata kutusu alındığına göre, somut olayın teferruatlarının ve diğer hukuk normlarının ehemmiyeti yoktur: Kutunun boş ya da dolu olması, maddi değeri veya işçinin 15 yıllık kıdemi realitenin özünü değiştirmez. Dikkat edilirse, "usul hukuku ilkelerine" atıfla Genel Kurul, "normal ve mutad olmayan durumun" ispat külfetini işverene yükler. Başka bir deyişle, ilk isnattaki hukuki sonucun doğabilmesi -işverenin hakkını kullanabilmesi-, ikinci isnattaki hayatın olağan akışına aykırı somut olay iddiasının -işçinin çikolata kutusunu alması- işverence delillendirilmesi şartına bağlıdır. Mutad olmayan somut olay delillendirildiğinde, işverenin tazminatsız işten çıkarma hakkı doğacaktır. Hukuk normundaki belirsizlik (İK m. 25/II-e) nedeniyle Genel Kurul, yargıca ikinci isnat noktasında geniş bir takdir hakkı tanındığının altını çizer. "İşçinin hangi eyleminin doğru-

luk ve bağlılığa uymayan davranış kabul edilmesi gerektiği hususunun” takdiri, işverenin somut olayı delillendirmesi koşuluna sıkı sıkı bağlıdır. Yani işveren normal ve mutata olmayan somut olayı ispatladığı ölçüde, ikinci isnat hiçbir akıl yürütmeye gerek kalmaksızın, kendiliğinden temellendirilmiş olacaktır. Böylelikle Genel Kurul, takdir yetkisini, işverenin sunduğu delillerin ‘inkâr edilemez realitesini’ (maddi olay) tasdik etmekten yana kullanarak, verili pozitif hukuk normlarıyla (“iş güvencesi ilkeleri”) bağdaşmayan yeni bir norm yaratır: İşçinin çikolata kutusunu bulunduğu yerden aldığı işverenin sunduğu delillerle sabitse, işçinin bu münferit fiili H normunda yazılı hırsızlık; doğruluk ve bağlılığa uygun olmayan bir davranıştır!

Genel Kurul’un ikinci isnattaki ivedi yavanlığının nedeni, pozitif hukuk sistemini “anamlı bir bütün” olarak kavramamasıdır. Genel Kurul, yargı içtihatları ve öğreti marifetiyle ilkesel norm niteliği kazanan “iş güvencesi ilkelerini”, İK m. 25 veya TCK m. 141 hükmü gibi geçerli bir norm olarak tanısaydı, muhakeme verili hukuk normlarıyla çelişmeyecekti. Genel Kurul, olması gereken anlam arayışını salt maddi olayın realitesine indirgemiş ve verili pozitif hukuk normlarının anlamını tek boyutlu takdir etmiştir. Tam da bu indirgeme ve tek boyutlu takdir, hukuki muhakemeyi normatif olmaktan çıkarır ve geçersizleştirir. Şöyle söyleyelim: Aslında Genel Kurul, hukuki yargısının sözde geçerliliğini, normatif isnatla değil de beşerî davranışı “doğa olayı” gibi betimleyen sosyal bilimlerin veya doğa bilimlerinin empirik çıkarımına benzer bir akıl yürütmeye kanıtlamıştır: ‘Gökyüzünde gri bulutlar olduğu delille sabittir, o halde yağmur yağması gayet doğaldır’ olgusal önermesi ile ‘işçinin çikolata kutusunu aldığı delillerle sabittir, o halde işverenin işçiyi tazminatsız işten çıkarması hukuken doğrudur’ yargısı arasında akıl yürütme açısından hiçbir fark yoktur. Normatif muhakeme veya olması gereken anlam, salt olgular arasında neden-sonuç ilişkisi kurularak inşa edilemez. Genel Kurul’un sözde normatif muhakemesi, olguları nedensellik kategorisiyle birbirine bağlayıp hukuken adlandırmaktan ibarettir. Aynı adlandırma işini doğa bilimleri veya sosyal bilimler de rahatlıkla yapabiliirdi. Kelsen’in deyişiyle, “böyle bir bilişin nesnesi fiilen hukukun kendisi değil, doğadaki paralel bir fenomendir.”<sup>62</sup>

<sup>62</sup> Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, ss. 10-11.

### 3. Somut Olayın “Olması Gereken” Analizi

Somut olayı anlatmaya devam edelim. Somut olayın ayrıntılarına bakıldığında, muhakemenin seyrini değiştirebilecek pek çok delil bulunabilir. Zira işverenin normal ve mutata olmayan somut olayı ispatı, kendi aleyhine başka olguları da delillerle sabit kılmıştır. Örneğin, çikolata kutusu Kurban Bayramından üç dört gün önce işverene (şirket sorumlusu şef M.G.) hediye olarak gelmiştir. “07.09.2010 tarihinde Bursa Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğünün girişindeki vestiyerin rafında bulunan çikolata paketinin kaybolduğu”, beş gün sonra, 13.09.2010 tarihli olay tutanağında yazılıdır. Tutanağı iki kişi imzalamıştır. Koruma Şefi ve İnsan Kaynakları Şube Müdür Vekili H. İbrahim Güneş. Her ikisi de işverenin tanığıdır. Boşluk bırakmadan, ‘doğru’ bir hukuki akıl yürütülecekse, tam burada can alıcı soruların sorulması elzemdir: Çikolata kutusu neden vestiyerdeydi? İşveren M.G., vestiyerdeki bir çikolata kutusunun peşine neden düşmüştür? Bu sorulara verilecek yanıtlar, normal ve mutata olmayan somut olayın ispatını gerekçe göstererek, birinci isnadın hukuki sonucuna sıçrayan Genel Kurul’un ‘nedensellik’ zincirini geçersiz hâle getirecektir.

İnsan Kaynakları Vekilinin ifadesine göre: Firma sorumlusu M.G. (muhtemelen tutanağın tutulduğu 13.09.2010 tarihinde, yani çikolata kutusunun bulunduğu yerden alınmasından beş gün sonra), yanına gelmiş ve “firmadan kendisine hediye olarak gelen çikolatanın vestiyerden kaybolduğunu” söylemiş, “bunun üzerine güvenlik kamera kayıtları incelenmiş” ve paketi davacının aldığı görülmüş, davacıya sorulmuş, “davacı önce durumu kabul etmemiş” ancak kayıtlardan bahsettiklerinde “bir kere almış bulunduğunu” belirtmiştir. Koruma Şefinin başkasından duyduğunu aktaran ifadesine göre, “şirket sorumlusu imza föylerini vestiyere bırakırken çikolata kutusunu belirtilen yere” koymuştur. İlk derece mahkemesinden Genel Kurul’a kadar tüm yargıçlar, Koruma Şefinin kulaktan duyma tanıklığını didiklemeden doğruluk nişanesiyle taçlandırır. O halde yukarıdaki sorulara yargıçların, “toplantı salonunun karşısında bulunan”, “toplantı olduğunda katılımcıların eşyalarının, diğer günlerde imza föylerinin konulduğu” vestiyere, “şirket sorumlusu” M.G.’nin, 07.09.2010 tarihinde imza föylerini bırakırken, çikolata kutusunu da bıraktığını veya unuttuğunu varsaymak dışında, verebilecekleri başka yanıtları yoktur. Koruma Şefinin ‘tarifli’ beyanı dışında, çikolata kutusunun neden vestiyere ko-

nulduğunu açıklığa kavuşturacak elimizde başka bir veri bulunmuyor. Dolayısıyla vestiyerdeki çikolata kutusunun, işveren M.G.'nin kendisine ayırdığı ve vestiyerde bıraktığı çikolata kutusu olup olmadığını bilmiyoruz. Dahası, çikolata kutusunun firma çalışanlarına dağıtıldıktan sonra veya dağıtılması amacıyla vestiyere konulup konulmadığını da bilmiyoruz. Hâliyle işçiyi tazminatsız işten çıkarma hakkını kullanan, kullanmakla kalmayıp haklı sebebi delillendiren işverenin “objektif iyi niyet” (“dürüst davranma”, MK m. 2) koşullarına uygun davranıp davranmadığı da bu aşamada karanlıkta kalıyor. Ne ilk derece mahkemesi ne Yargıtay ne de Genel Kurul, işverenin dürüstlüğünden zerre kuşkulananmamıştır. Asıl olan iyi niyetin varsayılmasıysa şayet (“iyi niyet”, MK m. 3), aynı varsayımın işçi eylemi için de geçerli olması beklenirdi. Öyle ya, aksi halde, işverenin ‘haklı sebebi yaratmak’ kasıtlı çikolata kutusunu oraya bıraktığı da düşünülebilir. Kamera görüntülerinde, işveren M.G.'nin elinde imza föyü ve çikolata kutusuyla vestiyere girdiği sabit midir? Öte yandan Genel Kurul, işverenin neden beş gün sonra peşine düşeceği bir çikolata kutusunu vestiyerde bıraktığını/unuttuğunu sormak yerine, hiçbir delil göstermeden, ilk derece mahkemesinin takdirinin yanlışlığında ısrar eder:

Mahkemece direnme gerekçesinde çikolata kutusunun konulduğu yerin toz içinde, atıl, kullanılmayan eşyaların konulduğu bir yer olduğu, çikolata gibi gıda maddesi bulunan dolu bir paketin buraya bırakılmasının normal ve beklenen bir davranış olmadığı, ayrıca çikolata kutusunun iş yerine ait, davacının kendisine teslim edilmiş ve sorumluluk alanına giren bir eşya olmadığından bahsedilmiş ise de, tüm tanık beyanları ve dosya kapsamından çikolata paketinin dolu olduğu anlaşılacakla paketin tam dolu ya da içinde az çok çikolata olması arasında da bir fark bulunmamaktadır. Nitekim davacı tanığı ‘içinde birkaç tane çikolata bulunan’ paketten bahsetmiş, davacı asil de ‘paketi boş olduğunu düşünerek aldığı’ beyan etmiştir. Mahkemenin kabulünün aksine, boş bir çikolata kutusunun çöp kutusu yerine belirtilen yere bırakılması normal ve beklenen bir davranış niteliğinde olmadığı gibi şirket sorumlusunun boş bir çikolata paketi nedeniyle olayın araştırılmasını ve dahi bu nedenle kamera kayıtlarının incelenmesini istemesi de genel hayat tecrübelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Muhakemenin absürtlüğü burada zirveye ulaşır: Hayatın olağan akışına aykırı kabul edilen davranış işçinin vestiyerdeki boş veya dolu

olduğu şüpheli çikolata kutusunu alması, hayatın olağan akışına uygun bulunan davranış işverenin çikolata kutusunu vestiyerde bırakması/unutması ve beş gün sonra boş veya dolu olduğu şüpheli bir çikolata kutusunun peşine düşmesidir!

Aynı firmada çalışan davacı işçinin kayınvalidesi, davacı tanıdığı sıfatıyla karanlıkta kalan birkaç hususu aydınlatır: “Kurban Bayramından üç dört gün önce müdürlerine hediye çikolata geldiğini, bunların birkaçını da kendisinin dağıttığını, şefleri M.G.’nin bir kutuyu da kendine ayırdığını, davacının da temizlik yaparken vestiyerde bulunan çikolata kutusunu boş zannederek dikiş kutusu olarak kullanmak üzere aldığını (...).” Genel Kurul’un, görmediği veya sorgulamadığı bazı somut gerçekleri bir araya getirerek yeniden ifade edelim: İşverene veya işyerine bayram nedeniyle gelen çikolatalardan bazıları dağıtılmış, birini de işveren kendine ayırmıştır. İşverenin kendine ayırdığı çikolata kutusu odasında değildir. İşveren imza föyünü vestiyere bırakırken kendine ayırdığı çikolata kutusunu da aynı yere bırakmış yahut aynı yerde unutmuştur. Hayatın olağan akışına uygun gibi görünen bu basit realite, Genel Kurul’un, “hırsızlık” isnadını delik deşik etmeye yeter de artar. Zira vestiyerdeki çikolata kutusunun, maliki veya zilyedinin işveren olabileceğine yahut işçiye emanet edildiğine ilişkin mutlak bir kanaate varmak mümkün değildir. Aynı şekilde, çikolata kutusunun ambalajının açılmamış veya paketin tamamen dolu olduğu da şüphelidir. Bir malın mülkiyetinin veya zilyetliğinin kime ait olduğu belirlenemiyorsa veya şüpheliyse, işçi de “başkasının malını bulunduğu yerden kullanmak maksadıyla” (Kıyasen, TCK m. 141) veya Genel Kurul’un ifadesiyle, “başkasına ait olan bir malı” almış olmaz. Diğer yandan, çikolata kutusu, iş yerinin malı da kabul edilemez; nihayetinde bayram hediyesidir, diğer çikolatalar gibi çalışanlara dağıtılabilir. Ezcümle, çikolata kutusu kimsenin malı olamayacak, tersinden söyleyelim, herkesin malı olacak kadar ortadadır. Temizlik işçisinin, başkasına ait olmayan, yarı boş bir çikolata kutusunu alması, hırsızlık kasıtını da şüpheli hale getirir. Realitenin bu versiyonuna rağmen Genel Kurul, işverenin delillendirdiği maddi olayı (işçinin çikolata kutusunu alması), önce dar bir kapsüle sıkıştırarak hukuki olay kıvamına getirir (işçinin davranışı), ardından maddi olayı muhakeme etmek yerine takdir eder: Çikolata kutusu doludur, işverene ait değilse bile işyerine aittir! Somut olayın detayları görmezden gelindiğinde, işçinin eylemi

de doğru hukuk kavramıyla adlandırılmaz elbette. “Olgu”, tüm veriler dikkate alındığında, şöyle de yorumlanabilir: <sup>63</sup> ‘Temizlik işçisi davacı, çalışanlara dağıtıldığından içinde üç dört tane kalan, bu nedenle vestiyere bırakılan çikolata kutusunu “boş ve atılacak paket olduğunu düşünerek”, çöpe atmak yerine dikiş kutusu yapma amacıyla.’

#### 4. Normatif Muhakemenin Yükselişi

Peki somut olayla hukuk normu arasında “olması gereken” bir anlam ağı nasıl örülebilir; yargıç normatif isnatla geçerli bir hukuki muhakemeyi nasıl temellendirebilir? Genel Kurul’un kararını, ölçülülük ilkesine aykırı bulan karşı oy gerekçesini irdeleyerek başlayalım. İkinci isnattaki boşluğun örtük bir varsayımla doldurulduğunu söylemiştik. Karşı görüşteki yargıç da ilk derece mahkemesi gibi, ölçülülük ilkesine başvurur: Birinci isnadın hukuki sonucunun -işverenin haklı nedenle fesih hakkı doğduğundan kıdem tazminatı verme yükümlülüğü ortadan kalkar- ölçüsüzlüğü savını ileri sürer.

##### 4.1. “Olması Gereken” Muhakeme

Fakat karşı oy gerekçesinde yargıç, önemli bir değişkene işaret ederek muhakemenin kurallarını topyekûn değiştirir: İkinci isnat geçersiz bir hukuki muhakemeye dayanmaktadır; hukuk kavramı ve normu yanlıştır. Hukuk normu; İK m. 25 değil m. 18, hukuk kavramı; “haklı nedenle fesih” değil “geçerli nedenle fesih” olmalıdır. Somut olayla örtüşmesi gereken hukuk kavramı ve normu “geçerli nedenle fesih” olursa, işçi kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanabilecektir. Karşı görüşteki yargıç açıklamaya devam eder: İK m. 25 (haklı nedenle fesih) ile m. 18 (geçerli nedenle fesih) arasındaki fark, somut olayın özelliklerine göre belirlenmektedir. Somut olay, “iş sözleşmesinin devamını imkânsız kılıyorsa” işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı, “iş sözleşmesini devam edilemeyecek bir duruma getirmişse” işverenin geçerli nedenle fesih hakkı doğar; “sözleşmenin tarafları arasındaki güven ilişkisi sarsılmışsa” geçerli nedenden, “sözleşmenin tarafları arasındaki güven ilişkisi çökmüşse” haklı nedenden bahsedilir.

<sup>63</sup> Yorumun buradaki anlamı, yargıçların takdir yetkilerini hakkaniyetle; “somut olayın özelliklerine” ve “iş güvencesi ilkelerine” göre kullanmasıdır.

Karşı oy gerekçesi, Genel Kurul'un hukuki çıkarımını alternatif bir akıl yürütmeye geçersiz kıldığıнын farkında değildir elbette, "olması gereken" muhakeme çizgisinde ilerlemeye devam eder:

İK m.18'de feshin geçerli nedene dayandırılması mevcut olup, madde metninde geçerli neden kavramı tanımlanmamış ve hangi hâllerin geçerli neden olacağı tahdidi de olsa sayılmamıştır. Maddede 'geçerli sebeple fesih için işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklı bir sebep olmasından' bahsedilmiştir. Görüldüğü üzere işçinin davranışları da işveren için geçerli fesih nedeni olabilecektir. Ancak bu davranışları, İK m. 25'te öngörülen haklı nedenle derhal fesih sebepleri kadar ağır olmamakla birlikte, işin normal yürüyüşünü ve iş yerindeki uyumu olumsuz etkileyen işçi davranışları olarak anlamak gerekmektedir.

Böylesine "rasyonel yoruma elverişli" bir hukuki muhakemenin neticeye varması beklenirken, yargıç birden dümeni kırar ve ölçülülük ilkesine geri döner! İşçinin davranışı (çikolata kutusunu alması) ile hukuki sonucun (kıdem tazminatından mahrumiyet) orantısızlığını Anayasa m. 13, AİHS, Yargıtayın emsal kararları ve iş güvencesi ilkelelerine atıfla gerekçelendirdikten sonra şu sonuca varır: "Güven ilişkisini çökertmeyen bazı işçi davranışlarının haklı neden olarak değerlendirilmesi ve bu nedenle işveren tarafından tazminatsız fesih yoluna gidilecek olması, işçi açısından ağır bir sonuç olacaktır."

Karşı görüşteki yargıç, aklın yolunu terk etmeyip, normatif hukuki muhakemesinin arkasında durmuş olsaydı, bugün Genel Kurul'un akıl almaz tekil normu, emsal karar olmayacaktı.<sup>64</sup> Karşı görüşteki yargıçın yapması gereken, sadece ve yalnızca somut olayı, teferruatlarıyla birlikte, hukuk normuna isnat etmektir:

### *Üçüncü İsnat*

a) Hukuk kavramı-hukuk normu: "Geçerli nedenle fesih"- "işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. (İK m. 18)

<sup>64</sup> Genel Kurul'un "otantik" yorumunun, benzer davalarda geleceğe etkili "geçerli" bir emsal karar kabul edilmesinin önünde hukuken herhangi bir engel yok. Makalede bu tür 'dahili teknik geçerlilik' argümanları tartışma dışında bırakılmıştır. (Bkz. dipnot 1).

b) Somut olay-hukuk normu: İşçinin, Kurban Bayramından önce işverene hediye gelen ve çoğunlukla çalışanlara dağıtılan çikolata paketlerinden, şirket sorumlusunun kendisine ayırdığı iddia edilen, boş veya doluluğu şüpheli, vestiyere kimin tarafından hangi amaçla bırakıldığı belirsiz birini, dikiş kutusu yapma amacıyla alması- işçinin somut olaydaki “davranışı” işverenin, iş sözleşmesinin devamını sekteye uğratabileceği derecede “güvenini sarsan” “geçerli bir sebep” midir? (İK m. 18, Yargı içtihatları, öğreti, örf ve âdet)

#### 4.2. “Olması Gereken” Muhakemenin Defosu

Karşı görüşteki yargıç, hukuk normunda geçerli sebepler yazmadığından, belirsizliğin takdir yetkisiyle giderilmesi gerektiğine işaret eder. Hatta kanundaki (genel norm) belirsizliğin, yargı içtihatlarına, öğretiye ya da örf ve âdet kurallarına istinaden nasıl ortadan kaldırılacağına açıklar. Gelgelelim akıl yürütme, dönüp dolaşıp aynı yere varır; “işçinin davranışının sözleşmenin devamını çekilmez kılan” “geçerli bir sebep” olup olmadığı, m. 25’in hukuki sonucunun “ağırlığına” göre değerlendirilir: “Yargıtay’ın ilgili Dairelerince de işveren tarafından haklı nedenle fesih iddiasına dayalı bir çok davada, işçinin eylemi ile yaptırım arasındaki orantı incelenmiş ve neticede işçinin çalışma süresi göz önüne alınarak yaptırımın ölçülü olmadığı, ağır bir sonuç olacağı, en azından feshin geçerli nedenle yapıldığının kabulü ile işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesi gerektiğine hükmedilmiştir.”<sup>65</sup>

Karşı görüşteki yargıç, sözünü ettiği yargı içtihatlarını önerme formunda muhakemesine dahil edebilseydi, yetkin bir hukuki yargıya

<sup>65</sup> Karşı görüşteki yargıçın atf yaptığı Yargıtay’ın emsal kararlarına bakılırsa, m. 25 ve m. 18’in belirsizliği, içtihatlarla ve öğretiyle çoktan ortadan kaldırılmış, muhakemenin ratio decidendi’si kabul edilebilecek genel bir anlam ağı zaten inşa edilmiştir. Yargıçlar ne tür somut olaylarda hangi hukuk normuna/kavramına (m. 25 mi yoksa m. 18 mi) başvuracaklarını bilmektedir. Yüksek mahkeme kararları ve öğreti “geçerli neden” ile “haklı neden” arasındaki ayrımı somutlaştırarak temellendirmiştir. Hangi somut olayların işveren açısından “sözleşmenin devamını imkânsız bir hâle getireceğine” (m. 25) ya da hangi koşulların “sözleşmeyi devam edilemeyecek bir duruma getireceğine” (m. 18) ilişkin yargıçın takdir yetkisini yönlendirecek hukuki argümanlar mevcuttur. Yani dürüstlük kuralı, hakkaniyet gibi Medeni Kanun normlarının ve iş güvencesi ilkelerinin iş hukukuna özgü somut bir davada ne ifade etmesi gerektiği yerleşik anlam ağında bulunabilmektedir. İşte Genel Kurul’un yarattığı tekil norm, mevcut bu yerleşik anlam ağına aykırıdır.



ulaşılabilirdi. Oysa karşı görüş, Genel Kurul'un yargısının (m. 25'in), "ölçsüz", "orantısız", "ağır" sonuçlarını gerekçe göstererek bir başka hukuk normunun (m. 18'in) somut olayla örtüşebileceğini ima etmekle yetinir. Görünen o ki ilk derece mahkemesi gibi karşı görüş de adaletin tehlikeli sularında yüzmeye teşnedir. Öyle ya, somut olay-hukuk normu (m. 18) örtüşmesi muhakeme edilmediği sürece, yaptırımın ağırlığından (m. 25) dem vurmamak, hukuki muhakemenin adaletsizliğe referansla inşa edildiğini gösterir. Genel Kurul'un absürtlüğü aşikâr kararının göze adaletsiz görünmesinin nedeni, somut olayın yanlış bir hukuk normuyla örtüştürülmesidir. Diğer bir deyişle, daha baştan hukuki muhakeme normatiflik hüviyetinden yoksundur. Doğru hukuk normunu somut olaya isnat etmeden, somut olaya isnat edilen yanlış hukuk normunun adaletsiz (orantısız/hakkaniyetsiz) sonuçlar doğuracağını argüman hâline getirerek, adaletsizliğin önüne geçilebileceğini varsayamazsınız.

Sonuçta karşı görüşteki yargıcın muhakemesi normatiftir, fakat kusursuz değildir. Doğal olarak, biri geçersiz diğeri defolu iki muhakemeden bir normatif doğru çıkarma işi, pozitif hukuk bilimiyle uğraşan hukukçulara kalmıştır!

## SONUÇ

Kelsen'in normatif isnat kuramı, somut olay ile hukuk normu arasında olması gereken bir bağlantı kurmaktır. Hukuki muhakeme empirik olgulardan nedensellik kategorisiyle çıkarsanmaz; olgu, normun ne anlamını belirleyen bir merci ne geçerlilik standardıdır. Geçerli bir hukuki muhakeme olgunun etrafında üç yüz altmış derece dönmelidir dönmesine, fakat dahası da vardır; yargıcın tek seferlik norm yaratma seyrinin pusulası ve haritası pozitif normlar olmalıdır. O yüzden normatif isnat yaratıcı bir süreçtir. Yargıcın hukuki bilişi deneyim alanındaki nesnelere (somut olay ve hukuk normu) öyle bir anlam ağıyla örer ki pozitif hukuk sistemiyle çelişmeyen yeni bir tekil norm inşa edilir. Oysa Genel Kurul, yargı içtihatları ve öğretisi tarafından geliştirilen ilkesel normla tutarsız; dolayısıyla pozitif hukuk sisteminin "anamlı" bir parçası olmayan "geçersiz" tekil bir norm yaratmıştır.

Genel Kurul'un yanlış düşünce kalıbını anlamak hukukçular açısından pek de zor olmasa gerek. Çıkarımın bu denli yalın ve indir-

gemeci olmasını, Genel Kurul'un "bilmezliğinin" (ilkesel normlar ve somut olayın ayrıntıları) nerede işveren lehine hüküm vereceğini bilecek kadar uyanık ve temkinli olmasıyla açıklayabiliriz. Yanlışı başka türlü analiz etmek, örneğin Genel Kurul'un somut olayı 'yüzeysel değerlendirdiğini' ve hukuk normunu 'lafzen yorumladığını' savlamak, hukukçuların anlama yetilerini hafife almak değilse, hukuki bilişlerini yok saymak anlamına gelir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Dengiz Hüseyin, "Türkçe Kelsen Bibliyografisi" içinde Hans Kelsen'in Temel Norm Kuramı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- Gözler Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, US-A Yayıncılık, Ankara 1998.
- Guyer P./Wood A., "Introduction", içinde Critique of Pure Reason, Cambridge University Press, 1998.
- Gülgeç Yahya Berkol, Normativite ve Pozitivizm, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- Heper Altan, Serbest Hukuk Akımı, Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk, On İki Levha Yayınları, İstanbul Mart 2016.
- Heimsoeth Heinz, Kant'ın Felsefesi, çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2012.
- Kant Immanuel, Critique of Pure Reason, translated and edited Paul Guyer/Allen W. Wood, Cambridge University Press, 1998.
- Kant Immanuel, Arı Usun Eleştirisi (1781/1787), çev. Aziz Yardımlı, Idea Yayınları, İstanbul 2008.
- Kelsen Hans, "Natural Law Doctrine and Legal Positivism", içinde General Theory of Law and State, trans. Wolfgang Herbert Kraus, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2006.
- Kelsen Hans, Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Yayınları, İstanbul 2016.
- Uzun Ertuğrul, Hukuk Metodolojisinin Sorunları, Nora Yayınları, İstanbul Ekim 2016.
- Wood Allen W., Kant, çev. Aliye Kovanlıkaya, Dost Yayınları, Ankara 2009.

### Makaleler

- Aral Vecdi, "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 34, S. 1-4, 1968, 513-552.
- Alexy Robert, "Hans Kelsen's Concept of the 'Ought'", *Jurisprudence*, Vol. 4/2, 2013, 235-245.

- Baç Murat, "Doğru Kavramının Nesnelliği Üzerine Kantçı Yaklaşımlar", içinde Anlam Kavramı Üzerine Yeni Denemeler, der. Siber Kibar/Selma Aydın Bayram/Ayhan Sol, Legal Yayınları, İstanbul 2010, 67-77.
- Berger Mario Garcia, "A Kantian Interpretation of Kelsen's Basic Norm", *Ratio Juris*, Vol. 33/1, 2020, 35-48.
- Bix Brian H., "Kelsen, Hart, and Legal Normativity", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 34, 2018, 25-42.
- Davies Margaret, "Derrida ve Hukuk: Hukuki Kurgular", Çev. Rabia Sağlam-Kasım Akbaş, Prof. Dr. Adnan Güriz'e Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2016, 727-749.
- Delacroix Sylvie, "Understanding Normativity", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 37, 2019, 17-28.
- Ekiz Seda Özgül, "İş Sözleşmesinin İçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Nedenle Feshi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 96, S. 5, 2022, 120-153.
- Gragl Paul, "In Defence of Kelsenian Monism: Countering Hart and Raz", *Jurisprudence*, Vol. 8/2, 2007, 287-318.
- Guastini Riccardo, "Kelsen on Validity (Once More)", *Ratio Juris*, Vol. 29/3, 2016, 402-409.
- Kelsen Hans, "Saf Hukuk Kuramı Nedir", Çev. Kasım Akbaş, Hukuk Kuramı, C. 5, S. 3, Eylül-Aralık 2018, 99-107.
- Kelsen Hans, "Nedensellik ve İsnadiyet", çev. Zeki Hafızoğulları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1, 219-234.
- Kelsen Hans, "Norm ve Değer", çev. Kasım Akbaş, Hukuk Kuramı, C. 2., S. 5, Eylül-Ekim 2015, 20-24.
- Langford Peter/Bryan Ian, "Hans Kelsen's Concept of Normative Imputation", *Ratio Juris*, Vol. 26/1, March 2013, 85-110.
- Paulson Bonnie Litschewski/Paulson Stanley L., "Sunuş, Kelsen'in Hukukbilimdeki Yeri Üzerine" içinde Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, Hans Kelsen, Çev. Ertuğrul Uzun, Nora Yayınları, İstanbul 2016.
- Paulson Stanley L., "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 12/3, 1992, 311-332.
- Paulson Stanley L., "Hans Kelsen's Earliest Legal Theory: Critical Constructivism", *The Modern Law Review*, Vol. 59, November 1996, 797-812.
- Paulson Stanley L., "Hans Kelsen on Legal Interpretation, Legal Cognition, and Legal Science", *Jurisprudence*, Vol. 10/2, 2019, 188-221.
- Paulson Stanley L., "The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm", içinde Kelsen Revisited, New Essays on the Pure Theory of Law, ed. L.D. Almedia/J. Gardner/L. Green, Hart Publishing, 2013, 43-61.
- Pavlakos George, "Kelsenian Imputation and the Explanation of Legal Norms", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 37, 2019, 47-55.
- Redondo Maria Cristina, "Legal Normativity as a Moral Property", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 37, 2019, 57-68.
- Relac Svan, "Kelsen's Doctrine of Imputation", *Pravnik, Law & Society Review*, Vol. 55/107, 2021, 168-199.

Spaak Torben, "A Challenge to Bix's Interpretation of Kelsen and Hart's Views On the Normativity of Law", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law (Revus)*, Vol. 37, 2019, 75-82.

Theodor W. Adorno, "Aşkınsallık Kavramı Üzerine", Çev. Mine Haydaroglu, *Cogito, Sonsuzluğun Sınırında: Immanuel Kant*, S. 41-42, 2005, 56-85.

Turhan Mehmet, "Hans Kelsen'in 'Normatif Alternatifler Kuramının Gözden Geçirilmesi'", *Anayasa Yargısı*, C. 37, S. 1, 2020, 1-32.

Mahkeme Kararları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.02.2018, E. 2015/1591, K. 2018/185.