

Yasaların Yargısal Denetimi: Karşılaştırmalı Olarak Avusturya ve Amerikan Anayasalarının İncelenmesi*

Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the
Austrian and the American Constitution

Hans Kelsen

Çeviren: Mehmet Turhan#

Çankaya Üniversitesi

Burada tartışılan Avusturya Anayasası, 1 Ocak 1930'da geçerli olan, 1 Ekim 1920 tarihinde Avusturya Şansölyesi tarafından resmi olarak Anayasa metninin *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*'de (yasaların zorunlu olarak yayımlandığı resmi gazete) yayımlandığı Anayasadır. Daha sonra gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri, yarı-faşist rejim tarafından gerçekleştirilmeleri ve yasaların anayasaya uygunluğunun demokratik denetimine sınırlama getirme eğilimi taşımaları nedeniyle dikkate alınmayacaktır.

1920-30 Avusturya Anayasası sadece yasaların değil, kararnamelerin de anayasaya uygunluğunu güvence altına alan garantiler getirmekteydi. Kararnameler parlamento, yani yasama organı tarafından değil, idari organlarca çıkarılan genel mahiyette hukuk kurallarıydı. Avusturya'da ve Avusturya'nın yanında Avrupa kıtasının bir çok ülkesinde olduğu gibi, bu kararnameler bu ülkelerde Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğundan çok daha büyük bir role sahipti. İki tür kararname vardı: Yasalara dayanan, yani yasaların yürürlüğünü sağlama fonksiyonu olan kararnameler ve yasalar gibi doğrudan "anayasaya dayanılarak" çıkarılan, bir başka deyişle yasaların yerine çıkarılan kararnameler. Kararnamelerin önemi Avrupa kıtasındaki hukuk sistemlerinde idari otoritelerin işgal ettiği özel durum nedeniyledir. Bu sistemlerde idari otoriteler yasaları uygulayan organlar olarak mahkemelerle aynı düzeydedir. İlke olarak idari işlem yargısal kararlarla aynı hu-

* Karşılaştırınız: J.A.C.Grant, "Judicial Review of legislation under the Austrian Constitution of 1920," *The American Political Science Review*. Vol. 28, s. 670-676, (1934); ve Hans Kelsen, La garantie judiciaire de la constitution (La justice constitutionnelle)," *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger*, Vol. 35, s. 197-259 (1928).

Prof. Dr. Mehmet Turhan Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesidir. Çeviri alınan izin üzerine yapılmıştır. Çevirinin yapıldığı kaynak: Hans Kelsen, "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution" *The Journal of Politics*, Vol. 4, No. 2 (May, 1942), s. 183-200. Copyright: Southern Political Science Association, published by Cambridge University Press, translated with permission.

kuksal etkiye sahiptir. Ayrıca idari otoriteler, özellikle de devlet başkanı ve bakanlar gibi yüksek idari otoriteler genel hukuk normları çıkarma yetkisine sahiptir ve bu genel hukuk normları, yani idari kararnameler, yasalar gibi aynı hukuksal etkiye sahiptir. Bu nedenle idari otoriteler sadece yasaları uygulayan değil, hukuk-yaratan organlardır ve yasama organıyla aynı özelliğe sahip yetkileri bulunmaktadır.

“Doğrudan Anayasaya dayanılarak” çıkarılan kararnameler de yasalar gibi aynı şekilde anayasaya aykırı olabilirdi. “Yasalara dayanılarak” çıkarılan kararnameler ise eğer yasalarla uyumlu değilse yasalara aykırı olmaktadır. Anayasa yasalara dayanılarak çıkarılan kararnamelerin yasalara uygun olması gerektiğini hükme bağladığından, yasalara aykırı kararname çıkarmak Anayasaya aykırılık demektir. Yasalara dayanılarak çıkarılan kararnamelerin yasalara aykırılığı dolaylı anayasaya aykırılıktır.

Böyle bir hukuk sisteminde kararnamelerin yargısal denetimi yasaların yargısal denetiminden daha önemlidir; çünkü idari organların genel hukuk kuralları yaratmada yetkilerinin sınırlarını aşma tehlikesi, anayasaya aykırı yasa tehlikesinden daha fazladır.

Siyasal ve sosyal evrim sırasında Amerika Birleşik Devletleri’ndeki idari organlar, Avrupa kıtasındaki idari organların hukuksal durumuna benzer bir duruma geldikleri anda, kararnamelerin anayasaya uygunluğu sorunu bu ülkede de bugün olduğundan çok daha önemli bir role sahip olacaktır.

II

Yasaların anayasaya uygunluğu (bu terim en geniş anlamında ele alınmakta ve kararnameleri de kapsamaktadır) iki farklı araçla güvence altına alınabilir: Anayasaya aykırı normu çıkaran organın bireysel sorumluluğu ve anayasaya aykırı normun uygulanmaması. Avusturya Anayasası her ikisini de getirmekteydi. Burada sadece ikincisi üzerinde durulacaktır. Anayasaya aykırı normun uygulanmaması yasaları uygulayan organların somut olayda uygulamak durumunda kaldıkları normun anayasaya uygunluğunu araştırmak ve eğer normu anayasaya aykırı bulurlarsa uygulanmasını reddetme konusunda yetkilendirilmeleriyle gerçekleştirilebilir. Amerika Birleşik Devletleri’ndeki hukuksal durum kural olarak budur.

Yasayı uygulayan organın belirli bir olayda genel kuralı anayasaya aykırı bulması ve uygulamaması, bu organın genel kuralı somut olayda geçersiz kılmaya yetkili kılınması demektir; ama geçersiz kılma sadece somut olay için söz konusu olacağından, bu genel kural -yasa, kararname- başka somut olaylarda uygulanabilecektir.

Bu çözümün dezavantajı yasaları-uygulayan farklı organların yasanın¹ anayasaya uygunluğuna ilişkin farklı görüşlere sahip olabilmesidir; bu nedenle de bir organ yasayı anayasaya uygun bulup uygularken, diğeri yasayı anayasayla aykırı gördüğünden uygulamayı reddedebilecektir. Yasanın anayasaya uygun olup olmadığı, yani anayasaya uyulup uyulmadığı noktasında tek tip bir kararın yokluğu anayasanın otoritesi açısından büyük bir tehlike oluşturur.

1920 Anayasasının yürürlüğe girmesinden önce Avusturya’da mahkemeler sadece yasaların doğru bir biçimde yayımlanıp yayımlanmadığı bakımından anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahipti. Kararnemelerin yasalara ve bu nedenle de anayasaya uygunluğunu denetleme yetkileri ise sınırlandırılmamıştı. Açıklanan bu nedenle yasaların yargısal denetimi çok dar sınırlar içinde mümkün olabilmekteydi. Bu kurumu genişletme 1920 anayasa reformunun temel amaçlarından biri olmuştur. Mahkemelerin hepsine yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemede sınırsız yetki vermek arzu edilebilir bir şey olarak düşünülmemiştir. Yukarda sözünü ettiğimiz anayasal sorunlarda tek düzeliğin yokluğu tehlikesi çok büyüktü; çünkü Avusturya’da ve aynı zamanda Avrupa kıtasının diğer ülkelerinde idari otoritelerin yasaların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi yoktu ve bu nedenle eğer bir mahkeme, örneğin Yüksek Mahkeme (*Oberster Gerichtshof*) yasanın anayasa aykırı olduğuna karar verse dahi yasayı uygulamak durumundaydı. Buna Avusturya’da ve aynı zamanda Avrupa kıtasındaki bir çok ülkede normal mahkemelerin yanında başka mahkemelerin ve özellikle de zaman zaman aynı yasaları uygulama durumunda kalan idari mahkemelerin olduğu da eklenmelidir. Bunun sonucu olarak normal mahkemelerle idari mahkemeler arasında çelişkilerin ortaya çıkması imkansız değildi. En önemli gerçek ise, Avusturya’da normal mahkemelerin üstünde yer alan *Oberster Gerichtshof* olarak adlandırılan mahkemenin kararlarının alt mahkemeler bakımından bağlayıcılığının olmamasıydı. Normal mahkemelerin *Oberster Gerichtshof* olarak adlandırılan Yüksek Mahkemenin daha önce anayasaya aykırı bulup önündeki davada uygulanmasını reddettiği yasayı uygulaması yasak değildi. *Oberster Gerichtshof* adlı Yüksek Mahkeme’nin kendisi de *stare decisis* kuralı ile bağlı değildi. Bu yüzden mahkemenin önündeki davada anayasaya aykırı bulduğu yasa bir başka davada bu kez anayasaya uygun bulunabilir ve uygulanabilirdi. Bu nedenlerle yasaların yargısal denetiminin merkezleştirilmesi anayasanın otoritesi bakımından son derece arzu edilir bir husustu.

1920 tarihli Avusturya Anayasası bu merkezileşmeye Anayasanın 137-148 maddelerinde yasaların yargısal denetimini Anayasa Mahkemesi (*Verfassungsgerichtshof*) ola-

1. Yasa terimi bundan sonra her iki kavram arasında açık bir biçimde farklılık yapılmadığı sürece karar-nameleri de içerecek biçimde kullanılacaktır.

rak adlandırılan özel bir mahkemeye vererek ulaşmıştır. Aynı zamanda bu Anayasa anayasaya aykırı bulunduğu yasaları iptal etme yetkisini de bu mahkemeye vermişti. Her zaman yasanın tümünü iptali gerekli olmayabileceğinden; eğer anayasaya aykırı hüküm yasanın diğer bölümlerinden ayrılabilirse, mahkeme sadece bu hükmü iptal edebilmekteydi. Yasayı veya yasanın bir hükmünü iptal eden Anayasa Mahkemesi'nin kararı sadece somut dava için değil, bütün gelecek davalar için de geçerliydi. Karar yürürlüğe girdiğinde iptal edilmiş olan yasanın varlığı sona ermekteydi. İlke olarak mahkemenin iptal kararı sadece *ex nunc* etkiye sahipti; iptal kararı –daha sonra sözünü edeceğimiz bir istisna dışında- geriye yürümezdi. Geriye yürüme kararı; sadece her türlü geriye yürümenin ciddi sonuçları olacağı nedeniyle değil, özellikle kararın anayasal yasa koyucunun işlemini ilgilendirmesi ve yasa koyucunun da, her ne kadar bu açıdan yargısal denetime tabi ise de, anayasayı yorumlamada yetkili olması nedeniyle güçlülükle gerekçelendirilebilirdi. Mahkeme yasayı anayasaya aykırı bulmadığı sürece, yasa koyucunun yasama işleminde ifadesini bulan görüşüne saygı gösterilmeliydi.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının geriye yürümeyeceği kuralının bir istisnası vardı. Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla iptal edilen yasa yargısal denetime ve yasanın iptaline neden olan davada artık uygulanmayacaktı. Bu dava iptal kararından önce ortaya çıktığından iptal karar bu dava bakımından geriye yürümekteydi.

Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırmadığı takdirde, iptal kararı yayımlandığı gün yürürlüğe girerdi. Bu geciktirme bir yılı geçemezdi (madde 140, 3. fıkra). Bu hüküm yasa koyucunun, anayasaya aykırılıkla suçlanan yasa yerine, iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce yeni ve anayasa uygun bir yasa çıkarabilmesini mümkün bir hale getirmekteydi. Yasanın yargısal denetimine neden olan dava iptal kararı yürürlüğe girmeden önce karara bağlanmışsa, iptal edilmiş yasa bu davada uygulanmak durumundaydı. Böyle bir durumda bu dava bakımından da iptal kararının geriye yürüme gücü yoktu.

Yasayı iptal eden Anayasa Mahkemesi kararı bir başka yasayı yürürlükten kaldıran yasayla aynı özelliğe sahipti. Bu negatif yasa koyuculuktur. Anayasa, Anayasa Mahkemesi'ne ilke olarak sadece Parlamento'ya verilmiş olan yasama fonksiyonu tanıdığından; 1920 Avusturya Anayasası, Anayasa Mahkemesi üyelerinin, idare tarafından atanan diğer yargıçlar gibi değil, Parlamento tarafından seçileceğini hükme bağlamaktaydı. Anayasanın federal olma özelliği nedeniyle, Avusturya Parlamentosu Temsilciler Meclisi (*Nationalrat*) ve Senato'dan (*Bundesrat*) oluşmaktaydı. Bundan dolayı Mahkemenin başkanı, başkan yardımcısı ve üyelerinin yarısı Temsilciler Meclisi'nce; yargıçların diğer yarısı ise Senato tarafından seçilmekteydi (madde 147). Mahkemenin bu şekilde

oluşturulması, Mahkemenin yürütme organından mümkün olduğu ölçüde bağımsız olmasını sağlamak içindi. Bu bağımsızlık gerekliydi; çünkü Mahkemenin, özellikle Devlet Başkanı, Başbakan ve diğer bakanlar tarafından çıkarılan kararnamelerin yargısal denetimi dahil, idarenin değişik işlemleri üzerinde yargısal denetim yetkisi vardı ve bu kararnamelerin çıkarılması siyasal açıdan çok büyük bir öneme sahipti. İdare bu yetkisini kötüye kullanarak kolayca parlamentoyu yok edebilir ve bu yolla da Devletin demokratik temelini ortadan kaldırılabildi.²

1929'daki Avusturya Anayasası reformu kesinlikle Anayasa Mahkemesi ile idare arasındaki çatışma nedeniyle Mahkemeye karşı ortaya çıkmış bir girişim değildi. Anayasa değişikliği Mahkemenin görev ve yetkisini değiştirmemiş; ama üyelerinin artık Parlamento tarafından değil, İdare tarafından atanacağını hükme bağlamıştı (7 Aralık 1929 tarihli Federal Yasanın 65. Par., BGBl. N.. 392). Gerçekte eski Mahkeme ortadan kalkmış ve yerini hemen hemen bütün üyelerinin İdarenin parti yandaşları tarafından oluşturduğu yeni bir Mahkemeye bırakmıştır. Bu gelişme kaçınılmaz bir biçimde faşizme yol açacak siyasal gelişimin başlangıcından ve Nazilerce Avusturya'nın ilhak edilmesi sırasında herhangi bir direnişle karşılaşılma gerçeğinden sorumlu olmuştur.

III

Her ne kadar Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkemeler sadece somut davada anayasaya aykırı buldukları yasayı uygulamaktan kaçınınmaktaysa da, hukuku uygulayan organların uygulamalarında birbirleriyle çelişik uygulamaların ortaya çıkma tehlikesi, Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasından önceki Avusturya'da olduğu kadar büyük değildir. Her şeyden önce, bu ülkede mahkemelerden bağımsız idari organlar olmadığından, idari işlemin (özellikle emir, kararname ve benzerleri gibi) bağlayıcılığı son tahlilde idari işlemlerle ilgili kişinin başvurusu üzerine mahkemenin vereceği karara bağlıdır. Ayrıca bu ülkede normal mahkemelerden farklı idari mahkemeler de yoktur. Üçüncü olarak da şu belirtilmelidir ki, Yüksek Mahkeme'nin kararları bütün mahkemeleri bağlar. Amerika'daki mahkemeler anayasaya aykırılık nedeniyle yasanın uygulanmasını reddeden ilgili Yüksek Mahkeme'nin kararıyla kendilerini bağlı gördükleri sürece, gerçekte hemen hemen genel olarak yasanın iptaline benzer bir etki söz konusu olacaktır.

2. Weimar Anayasasının Hükümete kararname çıkarma yetkisi veren 48. maddesinin amacının dışında kullanılması Cumhuriyetin demokratiklik özelliğinin tahrip edilmesine ve Nasyonal Sosyalist rejimin kurulmasına yol açmıştır. 1934 tarihli yarı faşist Avusturya Anayasasının Hükümetin bir kararnamesiyle ortaya çıkması da ibret alınacak bir durumdur (Vdg. V. 24. April, 1934, B. I, 239).

Fakat *stare decisis* kuralı asla mutlak bir ilke değildir. Bu kuralın hangi ölçüde geçerli kabul edildiği çok açık değildir. Hepsinden önemlisi, Anayasanın yorumlanmasında bu kuralın geçerli olmadığı varsayılmaktadır. “Anayasal sorunlar her zaman gözden geçirilmeye açıktır.”³ Bu nedenle Yüksek Mahkeme bir yasayı bir davada anayasal, öbüründe anayasaya aykırı veya tam tersini kabul edebilmesi mümkündür. Bu durum diğer mahkemeler için de geçerlidir. Bu tür davalar gerçekte de ortaya çıkmıştır.⁴ Alt mahkemenin, özellikle eyalet mahkemesinin, Yüksek Mahkeme’ye götürülmeden anayasaya uygunluk sorununu kararlaştırması ve Yüksek Mahkeme’nin ise bir başka davada aynı yasayı incelerken anayasallık sorununu karşıt yönde karara bağlaması olasılığı dışlanamaz. Bu durumda *res judicata* ilkesi diğer mahkemenin daha önceki kararını Yüksek Mahkeme’nin kararına uydurabilmesini imkansız hale getirecektir.

Aynı zamanda Yüksek Mahkeme’nin anayasaya aykırı bulduğu yasanın *void ab initio* olarak kabul edilip edilmeyeceği de tartışmalıdır. Yüksek Mahkeme’nin kararını *void ab initio* olarak kabul etmek demek, bu kararın yasayı genel anlamda geriye yürütme biçiminde, yani yasanın daha önceki bütün hukuksal etkilerini ortadan kaldırarak iptal etmesi demektir. Pozitif hukuk sistemi içinde mutlak geçersizlik yoktur. Kendini hukuksal işlem olarak takdim eden bir işlemi *a priori* biçimde geçersiz olarak (*void ab initio*) nitelendirmek mümkün değildir. Böyle bir işlemin sadece iptali mümkündür; işlem kendiliğinden geçersiz değildir, sadece iptal edilebilir bir işlemdir. İşlem geçersizdir ifadesi, işlemin geçersizliğini belirlemede kimin yetkili olduğu sorusunu yanıtlayan bir başka ifade olmadan bir anlam ifade etmez. Hukuk düzeni –anarşiden kaçınmak için- işlemin geçerli olup olmadığını belirleyecek bazı otoriteleri yetkilendirdiğinden, bu belirleme açıklayıcı değil her zaman için kurucu (yapıcı) bir karaktere sahiptir. İşlem, yetkili otorite (makam) bu işlemi geçersiz olarak ilan etmesi sonucunda “geçersiz” olur. Bu ilan etme iptaldir, geçersiz kılma değildir. Bu ilandan önce işlem “geçersiz” değildir, çünkü “geçersiz” olmak demek hukuksal olarak yok demektir. Ve bir işlemin bir otorite tarafından değerlendirme objesi olabilmesi için hukuksal olarak varolması gerekir. İptal geçmişe yönelik etkilere sahip olabilir; ve hukuk düzeni her bireyi işlemin geçerli olup olmadığını belirlemede, yani işlemi geçmişe yönelik olarak iptal edebilmede yetkili kılabilir. Ama normal olarak sadece hukuksal topluluğun bazı organları hukuksal işlemler olarak kendilerini takdim eden işlemlerin “geçersizliğini” belirlemede yetkilendirilir.

Özellikle anayasal yasa koyucunun çıkardığı bir yasayı mutlak olarak geçersiz veya “*void ab initio*” olarak kabul etmek mümkün değildir. Sadece mahkemeler bir yasa-

3. *O.V. ve S.K.R.R. v. Morgan County*, 53, Mo. 156 (1873).

4. Örnek olarak bakınız: *Deney v. State*, 144 Ind. 503, 42 N. E. 929 (1896); *McCullum v. McConnoughy*, 141 Iowa 172, 119 N. W. 539 (1909).

nın anayasaya aykırı olup olmadığına karar verme yetkisine sahiptir. Eğer bir kişi anayasal yasa koyucu tarafından çıkarılmış yasaya, anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle, uymayı reddederse, yetkili mahkemenin yasayı anayasaya uygun görmesi durumunda bu davranışının hukuka aykırı görülmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Hukuksal bakımdan sadece mahkemenin görüşü kesindir. Bu nedenle yasa yetkili mahkeme tarafından anayasaya aykırılığına karar verilmediği sürece, geçerli olarak kabul edilmelidir. Böyle bir karar açıklayıcı edici değil, daima kurucu (yapıcı) özelliktedir. Ama mahkemenin anayasaya aykırı bulma kararı, Anayasaya göre, yasayı geriye yürür bir biçimde yürürlükten kaldırabilir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu durumda mahkemenin kararı yasama işlemi özelliğine sahip olacaktır. Geriye yürüyen yasama işlemlerinin *ex post facto* yasa çıkarılmasını yasaklayan Amerikan Anayasasıyla uyumlu olması zordur. Ama “*void ab inito* kuramını” dışlayan bu yorum genelde kabul görmemektedir.

Bütün bunlara rağmen yasanın anayasaya aykırı olduğu kanaatinde olan ve yasanın anayasaya aykırılığına karar verilmesi için davayı başlatan kişiler sıklıkla dava sonuçlanıncaya kadar bu yasaya uymayı reddederler. Bunu beklenen kararın geriye yürümesini, yani geçmişe yönelik etkilerini düşünerek yaparlar. Hukuksal açıdan oldukça sorunlu olan bu tutumu hükümet de kabul eder ve yasanın anayasaya aykırılığını belirleyen kararın geriye yürümesini hesaba katar. Örneğin çok sayıda davada anayasallığı sorgulanan, 1935 tarihli Kamu Hizmeti Gören Holding Şirketi Yasası (Public Utility Holding Company Act) davasında durum böyleydi. İşin aslında anayasaya uygunluk sorunu mahkemelerce kararlaştırılmasından çok önce, yürürlüğe girdiği günden itibaren Yasanın hükümleri ilgili taraflarca gözardı edilmişti. Bu dönemde hükümetin yaklaşımı neydi? 9 Ekim 1935’de Menkul Değerler ve Kambiyo Komisyonu, ‘Holding Şirketi Yasası’na göre açıkça bütün anayasal ve yasal haklarının saklı tutarak ve eğer saklı tutma geçersiz kabul edilecek olursa, kayıt yaptıranların kayıtlarının geçersiz olduğunu kabul edebileceklerini belirterek holding şirketlerinin Yasa’ya göre kayıtlarını yaptırabileceklerini hükme bağlayan 4. Kuralı yayımladı. 21 Kasım 1935’de Başsavcı ülkedeki bütün savcılara yasanın Anayasaya uygun olup olmadığı belirlenene kadar yasanın ceza hükümlerini uygulamaya kalkışmamaları talimatını gönderdi. Aynı gün Posta Bakanı bütün posta yöneticilerine kayıt yaptırmayan Kamu Hizmeti Gören Holding Şirketlerinin Yüksek Mahkeme, Yasanın geçerliliğini kararlaştırana kadar posta hizmetlerini kullanabilmelerinin sağlanması tavsiyesinde bulundu.”⁵ Bu tedbirler hükümetin “yasanın anaya-

5. Chaster T. Lane, “The Litigation involving the Constitutionality of the Public Utility Holding Company Act of 1935.” American Political Science Association’ın 30 Aralık 1941 tarihli Yıllık Toplantısında okunan Tebliğ.

saya uygunluğu lehine verilecek olası kararın geğmiğe yönelik etkilerinin çıkarabileceği sorunları asgariye indirmek”⁶ amacıyla gerekęlendirilmiřtir. Yasanın Anayasaya uygun olduğu yolundaki yargısal karara dahi geğmiğe yönelik etki atfedilmektedir. Bu eğer bir dava sırasında, dava yasanın anayasaya uygun olduğu biçiminde sonuçlansa dahi, taraflardan biri bu yasanın anayasallığına itiraz ediyorsa, anayasal yasa koyucu tarafından çıkarılan yasanın anayasallığı ile ilgili tarafların görüşlerinin bu yasanın geçerliliği üzerinde bazı hukuksal etkilere sahip olabileceği anlamına gelmektedir. Bir davada yasanın anayasaya uygunluğuna taraflardan birinin itirazının hukuksal etkisini, yani yargısal karardan önceki zamanda yasanın geçerliliği üzerindeki hukuksal etkiyi açıkça tanımlamak hemen hemen imkansızdır. Çünkü davanın kendisi ne yasanın geçersizliğini ne de geçerliliğini teyit edebilir. Söylenebilecek tek şey, yasanın anayasaya uygunluğunun sorgulandığı her davada yasanın geçerliliği ve bunun hukuksal etkileriyle bağlantılı şüphe ve belirsizlikler dönemi ortaya çıktığıdır. Hukuk tekniği bakımından bu hiçbir biçimde yeterli değildir.

Anayasada açık bir hükmün yokluğu durumunda anayasaya aykırı yasanın etkileriyle bağlantılı bütün sorular çelişkili bir biçimde yanıtlanabilir. Bu tür bir belirsizlikten kaçınma Avusturya’da yargısal denetimin merkezileşmesinin ve yasaların anayasaya aykırılığı gerekçesiyle, sadece bir dava sırasında değil, genel olarak iptal etme yetkisinin Anayasa Mahkemesi’ne verilmesinin nedenlerinden biri olmuştur. Amerika Birleşik Devletleri’ndeki güncel uygulamalar da aynı amaca yöneliktir; ama bu amaç hukuksal olarak hatalı araçlarla kovalanmaktadır.

Amerikan ve Avusturya Anayasaları arasındaki en büyük farklılık yetkili organ tarafından yasanın anayasaya aykırılığının belirlenmesindeki usulle ilgilidir. Amerika Birleşik Devletleri Anayasasına göre yasaların yargısal denetimi, temel amacın yasanın anayasaya uygunluğunun veya aykırılığının belirlenmesi olmayan bir sürecin içinde mümkün olabilmektedir. Anayasaya aykırılık sorunu sadece davanın taraflarından biri somut olayda yasanın uygulanmasının, bu yasanın anayasaya aykırı olması nedeniyle hukuka aykırı olarak menfaatlerini ihlal ettiği iddiasında bulunması nedeniyle rastlantısal olarak ortaya çıkar. Dolayısıyla, kural olarak bir tek davanın tarafının menfaatinin ihlali yasanın yargısal denetimi usulünü harekete geçirmektedir. Yasaların anayasallığında menfaat zorunlu olarak her zaman ilgili tarafların özel menfaatleriyle örtüşmeyebilecek kamusal menfaattir. Bu özel karakteriyle uyumlu olan ve özel usulle korunmayı hak eden kamusal menfaattir. Böyle bir usulün yokluğundan kaynaklanan sakıncalar Amerikan hukuk literatüründe yaygın bir biçimde kabul edilmiştir.⁷ 24 Ağustos 1937 tarihli Yasa

6. *Ibid.*

7. Özellikle bakınız: Oliver P. Field, *The Effect of an Unconstitutional Statute* (Minneapolis, 1935).

“Amerika birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi’ne doğrudan başvurular ve Kongre’nin çıkardığı yasaların anayasallığını içeren bazı davalarda mahkeme emirlerinin düzenlenmesi ve diğer amaçlarla Amerika Birleşik Devletleri’nin müdahalesini” sağlamak ve aynı zamanda yasaların yargısal denetiminde kamu menfaatini kabul etmektedir; ama bu yasa sadece federal yasalarla ilgilidir. Yasa federal hükümete özel taraflar arasındaki her türlü davaya müdahale edebilme ve Kongre’nin çıkardığı kamu menfaatini etkileyen her yasanın anayasallığı sorgulandığında anayasal sorunla ilgili tartışmaları yapmak ve kanıtlar sunmak için taraf olma hakkı vermektedir. Yasa Hükümete federal yasanın anayasaya aykırı bulunduğu kararları, Yüksek Mahkeme’ye götürmek ve bu davalarda kesin kararların hızla sonuçlanması için gayrette bulunmasını hükme bağlamaktadır. Son olarak, 1937 tarihli Yasa tek yargıçlı mahkemelerde Kongre’nin çıkardığı yasanın anayasaya aykırılığı gerekçesiyle yürürlüğünün durdurulması emri verilebilmesini yasaklamaktadır.⁸ Bütün bunlar 1937 tarihli Yasa tarafından, anayasaya aykırı yasaların iptalini teşvik etmek için değil, Kongre’nin çıkardığı yasaların geçerliğini savunmak, federal yasaların anayasaya aykırılığını ilan eden yargısal kararların daha zor verilmesini sağlamak için getirilmiştir.

Sadece bakılmakta olan bir dava sırasında, yani esasta başka amaçlara hizmet eden süreç içinde, yasaların yargısal denetiminin sakıncalarına, Amerika Birleşik Devletleri’nin federal özelliğiyle bağlantılı bir başka dezavantaj daha eklenmektedir. Federal hükümet eyaletlere karşı eyalet yasasının anayasallığının da tartışıldığı bir dava açabilmektedir. Ama eyaletler, federal hükümet tarafından haklarında dava açılabilmesine rağmen, federal hükümete karşı dava açmamaktadır. Federal yasanın anayasaya aykırılığının kararlaştırılmasını isteyen eyalet bunu sadece dolambaçlı hukuksal bir yolla, yani federal bir memura dava açarak sağlayabilir; ve davacı olarak eyaletin menfaati salt siyasal veya anayasal olmaktan daha fazlası –örneğin, eyalet malik durumunda olmalı veya *res communes* olan şeyler üzerinde bir menfaati bulunmalı ve buna benzer şeyler- olmalıdır.

Bu sorunun Avusturya Anayasasındaki düzenlenişini özellikle Amerika Birleşik Devletleri’ndeki deneyim etkilemişti. Bu Anayasaya göre yasaların yargısal denetimine götüren doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki yol bulunmaktaydı. İlkinde taraf idari süreç içinde Anayasada tanınan haklarından birinin anayasaya aykırı bir yasaya dayanan idari işlemle ihlal edildiğini iddia edebilirdi. Bu itiraz sadece bütün idari başvuru yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirilebilirdi. Mahkeme yasanın ana-

8. Alexander Holtzoff tarafından 30 Aralık 1941 tarihinde American Political Science Association’ın Yıllık Toplantısında okunan “The Judiciary Act of 1937” başlıklı tebliğ.

yasaya uygunluğu sorununu sadece itiraz yoluyla rastlantısal bir biçimde kararlaştırılabilmekteydi. Fakat Mahkeme bu usulü resen başlatırdı ve bu yol Mahkeme de yasanın anayasaya uygunluğundan kuşku duyuyorsa söz konusu olabilirdi. Taraflar sadece yargısal denetim önerisinde bulunabilirdi; ama bunu hukuksal olarak isteme hakkına sahip değildiler.

Mahkemelerin yargılama usulleri yasaların anayasaya uygunluğu sorununu kararnamelerinkinden farklı ele almıştı. Kararnamelerin anayasaya aykırılığı her türlü yargısal usulde davanın taraflarınca ileri sürülebiliyordu; ama yargısal denetim eğer mahkemenin kararnamenin uygulanabilirliği ile ilgili şüpheleri varsa gerçekleştirebilmekteydi. Eğer durum böyleyse mahkeme davayı durduracak ve kararnamenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuracaktı. Anayasa Mahkemesindeki yargılama usulü yalnızca bu sorunun çözümüne yönelikti.

Yasaların anayasaya aykırılığı iddiası sadece *Oberster Gerichtshof* (Yüksek Mahkeme) veya *Verwaltungsgerichtshof* (İdare Mahkemesi) önünde yapılabilmekteydi; çünkü sadece bu mahkemeler, eğer anayasaya uygunluğu konusunda şüpheleri varsa, yasanın iptali amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmek için yargılamayı durdurabilmekteydi. Yüksek Mahkeme ve İdare Mahkemesi *ex officio* başvurmakta idi. Bu mahkemeler tarafların anayasa aykırılık iddialarını kabul etmek zorunda değildi.

Anayasa Mahkemesi'nin de yasaların ve kararnamelerin anayasa uygunluğu dışında kararlaştırması gereken meseleleri olduğundan, Anayasa Mahkemesi de yasanın veya davada uygulanacak kararnamenin anayasallığı konusunda şüphesi varsa davayı durdurabilirdi. Davanın durdurulması yoluna Mahkemenin yasanın veya kararnamenin anayasallığını özel bir usulle araştırmasını mümkün kılmak için başvurulurdu.

Dolaylı yolla yargısal denetimin sağlandığı bütün bu durumlarda mahkemeler bu usulü *ex officio* başlatırlardı. Tarafların yaptığı sadece yasaların ve kararnamelerin anayasa uygunluğu sorununa mahkemelerin dikkatinin çekmekti. Tarafların böyle bir usulü harekete geçirebilme hakları yoktu. Bu usul açısından belirleyici olan tarafların özel menfaatleri olmayıp sadece mahkemelerce korunan kamu menfaatiydi.

Eğer Anayasa Mahkemesi önüne getirilen yasanın anayasaya aykırılığına karar vermişse, yargısal denetimi başlatan Mahkeme veya Anayasa Mahkemesi'nin kendisi yasanın iptaline neden olan davada yasayı uygulayamazdı. Daha önce belirtildiği gibi bu durumda iptal kararı geçmişe yürümekteydi. İstisnai olarak kabul edilmiş bulunan iptal kararının bu durumlarda geriye yürütülmesi teknik bir zaruretti; çünkü iptal kararı geriye yürütülmeseydi yasanın uygulanmasıyla yükümlü kılınmış otoritelerin (yani Yüksek Mahkeme ve İdare Mahkemesi'nin yargıçları) Anayasa Mahkemesi'ne başvurma için doğru-

dan ve bu nedenle de yeteri ölçüde güçlü menfaatleri olmayacaktı. Yasanın yargısal denetiminin gerçekleştirilebilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvuran otoritelerin, yasanın iptalini sağladıklarında, başvurularının yasanın iptali amacıyla durdurdukları somut davada verecekleri karar bakımından doğrudan etkisinin olacağını bilmeleri gerekmektedir.

Yasanın yargısal denetimine doğrudan giden yol ise şöyleydi: Anayasa federal hükümetin Anayasa Mahkemesi'ne eyalet yasının veya eyaletin yetkili idari makamlarınca çıkarılan kararnamelerin iptali için başvurabileceğini; ve eyalet hükümetlerinin de benzer bir biçimde federal yasanın veya federasyonun yetkili idari makamlarınca çıkarılan kararnamenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğini hükme bağlamaktaydı. Sorunun bu çözümü Avusturya cumhuriyetinin federal devlet olma niteliğinden kaynaklanmaktaydı. Siyasal nedenlerle yasaların yargısal denetiminde federal yönetim ile eyalet yönetimlerinin tam eşitliğe sahip olmaları gerekmektedir. Avusturya Anayasasına göre federal yasalar federal yönetimin işbirliği olmadan, özellikle de Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanmadan yürürlüğe giremezdi. Federal yasaların yürürlüğe girmesinde eyalet yönetimlerinin herhangi bir müdahalesi yoktu. Benzer biçimde eyalet yasaları ilgili eyalet yönetiminin işbirliği olmadan yürürlüğe giremezdi. Eyalet yasalarının yürürlüğe girmesinde federal yönetimin müdahalesine gerek yoktu. Bu nedenle federal yönetime federal yasaların ve eyalet yönetimlerine de eyalet yasalarının anayasaya aykırılığını iddia etme hakkı vermek yersiz olacaktı. Federal yönetim eğer federal Parlamento tarafından çıkarılan yasanın anayasaya aykırı olduğunu düşünüyorsa bu yasanın yayımlanmasını reddedebilirdi. Federal bir yasanın yürürlüğe girmesi demek, federal yönetimin yasanın anayasaya uygun olduğu hususunda bütün sorumluluğu üstüne alması demektir. Aynı şey eyalet yönetimleri bakımından eyalet yasaları için de geçerliydi. Bu nedenle federal yönetime eyalet yasaları için ve federal yasalar için de eyalet yönetimlerine anayasaya uygunluk denetimini başlatma girişimini vermek yeterli sayılmaktaydı.

V

1920 Anayasası hazırlanırken yasaların yargısal denetimini harekete geçirmede iki farklı yöntem daha tartışılmıştı. Bunlardan ilki bütün vatandaşlara Anayasa Mahkemesi'ne yasanın geçerliliğini kararlaştırma zorunda bırakacak olan bireysel başvuru hakkı tanıdı. Bu anayasal sorunlarda bir tür *actio popularis* idi. İkinci olasılık Anayasa Mahkemesi'nde anayasayı korumakla görevli bir Genel Savcının bulunduğu bir kurum kurması. Bu Genel Savcının görevi bütün federal ve eyalet yasalarını incelemek ve ana-

yasallığı kuşkulu olanları görüşülmek üzere Anayasa Mahkemesi'ne göndermekti. Bu yöntemlerin ikisi de kabul edilmedi. Azınlıkların korunması bağlamında, yani oylamada kaybeden azınlığa çoğunluk tarafından kabul edilen yasanın anayasa aykırılığını Anayasa Mahkemesi'nde ileri sürme hakkı verme önerisi bir üçüncü olasılık olarak düşünülebilirdi.

Son olarak muhtemelen belli ölçüde Amerikalı hukukçuların ilgisini çekeceğini düşündüğüm Avusturya Anayasasının iki hükmünden söz etmek istiyorum. Amerika Birleşik Devletleri'nde bir yasa iptal edildiğinde* daha önce iptal edilen yasayla düzenlenen konu bakımından iptalin ortaya çıkardığı hukuksal durumla ilgili bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. İki olasılığı ayırt etmemiz gerekmektedir: İlki iptal edilen yasa yürürlüğe girdiği anda hukuksal olarak ele alınmamış bir konuyu düzenlemektedir. Örneğin, belirli çeşitteki radyo setlerinin üretimini ve satışını yasaklayan yasa iptal edilmiştir. Bu yasa yürürlüğe girmeden önce radyo setlerinin üretimini ve satışını düzenleyen herhangi bir hukuksal kural bulunmamaktadır. Bu konuda bireyler tümüyle özgürdü. İkinci olasılık iptal edilen yasa aynı konuyu düzenleyen daha önceki yasanın veya common law kuralının yerine geçmiştir. Örneğin iptal kararından önce bazı radyo alıcılarının üretimini ve satışının yasaklandığı, ama daha yumuşak cezalar getirildiği bir yasa yürürlükteydi. İlk durumda yasanın iptali bu yasanın çıkarılmasından önceki hukuksal durumun geri gelmesi etkisine sahip olacaktır. Ama ikinci örnekte durum böyle olmayacaktır. Bu durumda iptal edilen yasadaki önce varolan hukuksal durum, yani radyo setlerinin üretimini ve satışını düzenleyen daha önceki yasa otomatik olarak canlanmayacaktır. Daha önceki yasa veya daha önceki geçerli common law kuralı iptal edilmiş yasa tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. Daha önce belirttiğimiz gibi bu yasa *void ab inito* (baştan itibaren geçersiz) değildir; sadece Yüksek Mahkeme'nin kararıyla geçersiz kılınmış bir yasadır. Bazı radyo setlerinin satışını ve üretimini yasaklayan son yasanın iptaliyle radyo setleri de düzenlemeden kurtulmuş olacaktır.

İptal kararının bu etkisi son derece istenmeyen bir şey olarak düşünülebilir ve Anayasasının muhafazasındaki menfaatin çok ötesini gidilmiş olabilir. Anayasaya aykırılığı

* Çevirenin notu: Hans Kelsen yazının bu bölümünde Amerika Birleşik Devletleri'nde yasanın iptalinden (annulment) söz etmektedir. Oysa Kelsen'in de daha önce belirttiği gibi, ABD'de yasa anayasaya aykırı bulunduğu yasanın iptali değil, o davada yani somut olayda uygulanmaması söz konusudur. Teknik anlamda anayasaya aykırılık kararı "*inter partes*" etkiye sahiptir. ABD'de yasa "iptal" edilmez, "ihmal" edilir. Ancak yine Kelsen'in de belirttiği gibi "*stare decisis*" ilkesi gereği diğer davalarda bu ihmal tekrarlanır ve yasa fiilen herkes için geçerliliğini yitirir. Sonuç olarak ABD'de de durum "iptal" kararına benzer. Sanıyorum Kelsen söylemek istediğini daha iyi vurgulamak için burada "annulment" sözcüğünü kullanmaktadır. Ben de Kelsen'in söylediğine sadık kalmak için *annulment*'i iptal olarak çevirdim.

nedeniyle iptal edilen yasa daha önceki yasanın veya daha önce geçerli olan common law kuralının yerini aldığı durumlarda, daha önceki yasanın veya daha önceki geçerli common law kuralının yeniden canlanması konunun her türlü düzenlemeden kurtulmasından daha iyi olabilir. Daha önceki yasanın veya daha önceki common law kuralının dirilmesi, anayasada anayasaya aykırılık nedeniyle verilen iptal kararının açıkça böyle bir etkiye sahip olacağıyla ilgili bir hüküm olmadan mümkün değildir. Bu tür durumlardan kaçınabilmek için Avusturya Anayasasında şöyle bir hüküm yer almaktaydı:

“Anayasa Mahkemesi kararıyla bir yasa veya yasanın bazı hükümleri anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edildiğinde, iptal edilen yasa tarafından yürürlükten kaldırılmış hukuk kuralları, Anayasa Mahkemesi aksini kararlaştırmadığı takdirde, iptal kararıyla birlikte aynı anda yürürlüğe girer.”

Bu durumda Anayasa Mahkemesi’nin kararı sadece yasayı iptal etmemekte aynı zamanda daha önceki kuralı da canlandırmakta olduğundan, bir tek negatif değil, aynı zamanda pozitif yasa koyuculuk da söz konusu olmaktadır.

Amerikan uygulaması bakımından aşağıda anlatacağım güçlüğe hukukçuların dikkatini çekmek istiyorum: Eğer “*void ab initio* kuramı” kabul edilmezse –çok sayıda seçkin Amerikalı hukukçu bu kuramı kabul etmemektedir⁹– yasanın anayasaya aykırılığını hükme bağlayan yargı kararının otomatik olarak önceki yasayı canlandırma etkisine sahip olacağını savunmak imkansızdır. Amerika Birleşik Devletleri’nde mahkeme yasanın anayasaya aykırı olduğuna karar verip somut davada yasayı uygulamayı reddettiğinde, mahkemenin daha önceki yasayı önündeki davada uygulayabilmesi hukuksal olarak mümkün değildir. Sadece mahkeme tarafından anayasaya aykırı bulunan yasa *void ab initio* (bu yasanın geçmişe yürür olarak iptal edilmesi demektir) olarak kabul edilebilirse, daha önceki yasa veya daha önceki geçerli common law kuralı davaya uygulanabilir. Çünkü geçmişe etkili olarak yasanın anayasaya aykırılığına karar verilmesi, daha önceki yasayı yürürlükten kaldıramaz veya daha kesin bir ifade kullanılacak olursa, anayasaya aykırı bulunan yasanın yürürlükten kaldırma etkisi iptal edilmiştir. Ancak *void ab initio* kuramı -daha önce belirtildiği gibi- Anayasanın 1. Maddesinin, 9. Ayrımının 3. Fıkrasıyla bağdaşmamaktadır.

9. Örneğin Baş yargıç Hughes’a bakınız: *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank*, 308 U. S. 371 (1940). Sorunun en iyi formülasyonu için bakınız: *Wellington et al. Petitioners*, 16 Pick. 87 (Mass., 1834), s. 96; “Belki de biçimsel bir yasama işleminin daima tam bir hukuksal doğruluk içinde yok olduğunun söylenebileceğinden kuşku duymak gerekir; konunun doğasıyla tutarlı olmak için ve benzer durumlara uygulanabilir ilkeler bakımından bu durumu geçersiz kılınabilir biçiminde ele almak daha tutarlı olacaktır.”

Amerikalı hukukçuların ilgisini çekebilecek Avusturya Anayasasının bir diğer hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin federal hükümetin veya eyalet hükümetlerinin başvurusu üzerine istişari görüş vermede yetkili kılınmış olmasıdır. Ancak bu yöntem bazı yasama ve idari işlemlerinin federasyonun veya eyaletlerin yetki alanlarına girip girmediği sorunuyla sınırlıydı. Eğer Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru yasamanın yetkisiyle ilgili bir sorunsa, başvuru ilgili yasama organınca dikkate alınan yasa taslağını da içermesi gerekmektedir. Eğer yürütmenin yetkisiyle ilgili bir sorun söz konusuysa Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru şunları içermeliydi:

- a) Önerilen kararnamenin taslağı ve kararnamenin çıkarılmasını sağlayan yetkinin gösterilmesi, veya;
- b) Diğer yürütme işlemleriyle ilgili durumlarda, söz konusu işlemlerin çıkarılmasıyla bağlantılı olguların belirlenmesi.¹⁰

Amerika Birleşik Devletleri'nde hukukçular her zaman mahkemelere istişari görüş verme yetkisi tanınmasına karşı olmuştur.¹¹ Mahkemelerin böyle bir yetkiye sahip olması kuvvetler ayrılığı ilkesiyle uyumsuz görülmüştür. Ama işin aslında bu saf bir hukuksal fonksiyon olmayan ve yasa koyucu niteliğe sahip anayasa yargısına karşı da bir argümandır.

10. Anayasanın 138. maddesinin 2. fıkrası, 18 Aralık 1925 tarihli Yasanın 53-56. fıkraları, BGBl., No. 454.

11. Bakınız: Felix Frankfurter, "Advisory Opinions," *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Vol. 1, s. 475-478 (New York, 1927).