

Anayasanın Ön Varsayımlarını Değiştirmek: Frederick Schauer’ın Hukuk Sisteminin Hukuksal Olmayan veya Hukuk Dışı Temellerinin Deęiřimi Konusundaki Görüşleri

Amending the Presuppositions of the Constitution:
Frederick Schauer’s View on the Extralegal or
Nonlegal Foundations of the Legal System

Prof. Dr. Mehmet Turhan*
Çankaya Üniversitesi

ÖZET Frederick Schauer anayasaya kendi temelleriyle ilgili ölçütleri elde etmek için bakmanın temel bir hata olduğunu iddia etmektedir. Schauer’e göre anayasalar “anayasallıklarını” mantıksal ve siyasal olarak kendilerine takaddüm eden koşullara borçludurlar. Bu açıdan baktığımızda anayasaların kısmı veya bütünüyle değiştirilmeleri daha ziyade ampirik olgu sorunu olmaktadır. Belirli bir toplum bazı değişiklikleri anayasa değişiklikleri olarak tanımakta ve ona göre de davranışlarını yapılandırmakta mıdır? Hukuksal yorumlar bir şeyi anayasal olarak kabulünden sonra başlar. Bu nedenle ülkemizde de anayasa değişikliklerine anayasa içi bir sorun olarak bakmamak gerekir. Bu anayasaların bütünüyle veya kısmen değiştirilmelelerinin yazılı anayasa dışında gerçekleşebileceği anlamına gelir.

ANAHTAR KELİMELELER Anayasa değişiklikleri, anayasaların varsayımları, temel norm, tanıma kuralı, en üst tanıma kuralı.

ABSTRACT Frederick Schauer argues that it is a fundamental error to look to the constitution to provide criteria for its own grounding. According to Schauer constitutions owe their “constitutionality” to logically and politically antecedent conditions. If we look from this perspective constitutional amendment whether it is partial or total is much more a question empirical fact: Does a certain society recognize certain changes as constitutional amendments and structure its behavior accordingly? Legal interpretation begins after the recognition of something as the constitution. For this reason in our country we must not approach the amendment of the constitution as a problem which can be solved by looking to the provisions of the constitution. This means that constitutional displacements whether it is total or partial may take place outside of the written constitution

KEY WORDS Constitutional amendments, presuppositions of constitutions, basic norm, rule of recognition, ultimate rule of recognition.

Ülkemizde bugüne kadar 1876, 1921, 1924, 1961 ve 1982 tarihli olmak üzere beş farklı anayasa yapılmıştır. Bu kadar çok anayasa yapılmasına ve söz konusu anayasalarda da farklı zamanlarda pek çok değişikliğe gidilmiş olmasına rağmen anayasa tartışmaları,

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

Türk siyasal yaşamının en önemli tartışma konusu olmaya devam etmektedir. 1982 Anayasası yerine yeni bir anayasa yapılmak istenmektedir. Türkiye’de yeni anayasa yapımıyla ilgili çalışmalar büyük tartışmalar yaratmaktadır. Bu tartışmalar arasında yeni bir anayasanın nasıl yapılabileceği, eğer yeni bir anayasa yapılamayacak ise anayasa değişikliklerinin nasıl gerçekleştirileceği ve özellikle de değiştirilemez maddeler ile ilgili tartışmalar yer almaktadır. 2007 yılında kamuoyunda “sivil anayasa” olarak adlandırılan Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı Recep Tayip Erdoğan’ın talebi üzerine Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında bir komisyon tarafından hazırlanan “T.C. Anayasa Önerisi” ile birlikte tali kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapabilir yapamayacağı tartışması ortaya çıkmıştır. Bunun nedeni Özbudun Önerisinin doğrudan doğruya yeni bir anayasa metni hazırlamasıdır. Bu taslak 1982 Anayasasının değiştirilmesi yasak olan ilk üç maddesini de değiştirmekteydi.

Kemal Gözler anayasayı değiştirme iktidarının, yani tali kurucu iktidarın bir anayasanın değiştirilemeyecek maddeleri dışında kalan bütün maddelerini ve eğer anayasada değiştirilemeyecek madde yoksa anayasanın bütününe anayasada anayasa değişikliklerini düzenleyen hükme uyararak değiştirebileceğini; ancak bu şekilde yapılan bir anayasanın yine de yeni bir anayasa olamayacağını, önceki anayasanın devamı olacağını ileri sürmektedir. Yazara göre tali kurucu iktidarın mevcut anayasayı yıkıp yerine yeni bir anayasa yapması veya mevcut anayasadaki değiştirilemez hükümlerini değiştirmesi hukuken mümkün değildir. Kemal Gözler’in sözleriyle “Tali kurucu iktidar, anayasa tarafından kurulmuş bir iktidardır ve kendisini kuran anayasanın öngördüğü sınırlar dahilinde çalışır. TBMM’nin beşte üçü veya üçte iki çoğunluğu veya hatta halkoylaması yoluyla iradesini açıklayan halkın yeni bir anayasa yapması mümkün değildir.”¹ Yine ülkemizde yaygın olan bu anlayışa göre asli kurucu iktidar yani yeni bir anayasa yapma iktidarı hukuk boşluğu olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Asli kurucu iktidarın ortaya çıkış şekli olarak devrim, hükümet darbesi, savaş, sömürge olan ülkenin bağımsızlığına kavuşması, birden çok devletin kendi istekleriyle birleşmeleri ve bir devletin birden çok bağımsız devlete ayrılması gösterilmektedir. Bütün bu haller olağanüstü hallerdir. Bir başka deyişle olağan, normal dönemlerde asli kurucu iktidar ortaya çıkmamaktadır.² Kemal Gözler’den aktardığımız bu anlayış ülkemizde herkes tarafından değilse de, birçok anayasa hukukçusu tarafından paylaşılmaktadır. Bu yazıda anayasa değişikliklerine “asli kurucu iktidar” ve “tali kurucu iktidar” çerçevesi

1. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 9. Baskı (Bursa: Ekin Yayınları, 2010), s. 445.

2. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Üçüncü Ek Baskı (Bursa: Ekin Yayınları, 2010), s. 104-105.

dışında bakılacaktır. Asli kurucu iktidar ve tali kurucu iktidar kavramlarıyla yapılan çalışmalar anayasa değişikliklerini ve yeni anayasa yapımını kanımca yeteri kadar açıklayamamaktadır.

Anayasa değişiklikleri süreci hukukçular tarafından ele alındığında bu süreç genellikle anayasa içi bir mesela olarak düşünülmektedir. Bu görüşe göre anayasalar sadece anayasa değişikliğini düzenleyen hükümlerine göre değiştirilebilir. Bu çözümlerinin başlangıç noktası anayasa değişikliğini düzenleyen hüküm olmaktadır. 1982 Anayasası dünyadaki birçok anayasa gibi anayasanın nasıl değiştirileceğini Anayasanın 175. maddesinde hükme bağlamıştır. Ayrıca Anayasanın 4. maddesine göre de Anayasanın ilk üç maddesi değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez. İlk bakışta Anayasanın 175. ile 4. maddesindeki değiştirilemezlik yasağına uymadan anayasa değişikliği yapabilmek olanağı olmadığı gibi, yeni bir anayasanın nasıl yapılacağı da hukuksal olarak sorunlu görünmektedir. Bu yazıda yeni anayasanın yapılmasında hukuksal olarak bir sorunun olmadığı, daha doğrusu bu hususun hukuk dışı bir sorun olduğu ispatlanmaya çalışılacaktır. Yani eğer bir anayasayı tümünden değiştirme o anayasanın dışında gerçekleşiyorsa, anayasanın değiştirilen bir hükmü veya birkaç hükmü, yani kısmi değişiklikler de varolan anayasasın dışında gerçekleşiyor demektir. Bu yazıda biz bu görüşü teorik olarak açıklamaya çalışacağız.

Frederick Schauer anayasaların varsayımlarının değişimiyle ilgili yazısına şöyle başlamaktadır: “Bir anayasa nasıl anayasal olur? Anayasa anayasal olamaz. Makul bir biçimde hiçbir şeyin bir anayasayı anayasa aykırı bir hale getiremeyeceğini de söyleyebiliriz. Anayasalar anayasaya uygunluğun veya aykırılığın esaslarını gösterirler ve bunu yaparken de anayasalar ne anayasaya uygun ne de anayasaya aykırıdır.”³

Frederick Schauer’ın belirttiği gibi bir anayasanın anayasallığını araştırmak mantığa aykırı görünse de, özellikle anayasa değişikliği sürecini ele alırken sorunu bu şekilde ele almanın bir anlamı vardır. Anayasa hukukçularının bazıları kısmi anayasa değişikliğinin geçerli olup olmadığının anayasada var olan bir şeye göre temellendirilebileceğini ve denetlenebileceğini söyleseler de, özellikle büyük ölçekte anayasal ve siyasal dönüşümler üzerine odaklanan akademisyenler anayasayı toptan değiştirme, toptan ortadan kaldırma ve yerine yeni bir anayasa yapma sürecinin yeni ve eski anayasasın dışında gerçekleşeceğini belirtmektedir. Ancak bir anayasayı tümünden değiştirme, o anayasasın dı-

3. Frederick Schauer “Amending the Presupposition”, *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, derleyen Sanford Levinson (Princeton: Princeton University Press, 1995), s. 145. Bu makale bundan sonra, Frederick Schauer “Amending the Presupposition”, olarak kısaltılacaktır.

şında gerçekleşiyorsa, anayasanın değiştirilen bir hükmü veya birkaç hükmü, yani kısmi değişikliklerin de varolan anayasasın dışında gerçekleşmesi gerekir.⁴

YUMURTA TAVUK HİKAYESİ

Scott J. Shapiro dünyada hukukun ilk kez ortaya çıkışıyla ilgili şöyle bir felsefi fantezi sunmaktadır:⁵ Milattan önce 10.000 yıllarında Mezopotamya’da tarıma dayalı bir kasabada ilk kez hukukun ortaya çıktığını hayal edelim. Kasabanın yaşça büyüklerinden Lex adlı birisi bir düşüncesini tartışmak üzere kasaba sakinleriyle ortak bir toplantı düzenler. Lex halkına şunları söyler: “Kasabada yaşamın gittikçe bölünmesinden ve zorlaşmasından şikayet ediyorsunuz. Boş zamanlarımızın büyük bir çoğunluğunu şikayet üzerine şikayet dinleyerek, her bir şikayetin değerini ve önemini tartışarak, her bir ailenin dikim ve hasat zamanları diğer ailelere ne kadar yardım etmesi gerektiğini sonu gelmeyecek bir biçimde müzakere ederek, her bir ailenin kışlık stoka ne kadar katkıda bulunması gerektiğini, hangi oğlanların hangi kızlarla evlenmelerinin uygun olacağını, büyük baş hayvanların kasabanın merkezinde otlatılıp otlatılmayacağını, çöplerin nerelere atılacağını ve buna benzer sorunları tartışarak harcamaktayız. Kasabamız büyüdükçe her yıl durum daha da kötüye gitmektedir. Geçen yıl aşar vergisi konusunda analaşamadığımız için hasattan önce hububatın nasıl bittiğini hatırlayınız. Kasabanın ortak yerlerinin hayvanların aşırı otlatılması nedeniyle yok olduğunu ve bunun bir felaket olduğunu söylüyorsunuz.”

“Bu durumu düzeltmek için şöyle bir yol öneriyorum. Topluluğumuzun acil sorunlarını çözecek bir dizi kural yapacağım. Benim bir kural koyduğumu kasabanın ortasında yer alan palmye ağacının altında emrettiğimden anlayacaksınız. Aynı zamanda ortaya çıkacak anlaşmazlıkları yaptığım bu kurallara göre doğru bir biçimde çözümlenmeye çalışacağım. Verilen kurallar kesin olacak ve kimse buna itiraz edemeyecek. Öldüğümde de koyduğum kurallar yürürlükte kalacak ve iki çocuğumdan biri kasabanın lideri olacak. Kuşkusuz benim yerime geçecek olan oğlum istediğinde bu kuralları değiştirebilecek.”

Kasabada hemen herkes Lex’in bu önerisini beğenir. Herkes Lex’in bilgeliliğine ve karakterine sonsuz saygı duyduğundan yapacağı kuralların iyi kurallar olacağına da inan-

4. Bu açıklamalar mantıkçıların uğraşması ve çözmesi gereken paradokslar olarak düşünülmemelidir; çünkü bu sorulara verilecek yanıtlar bir anayasayı ne oluşturur sorusunu anlamamıza katkıda bulunacaktır. Frederick Schauer “Amending the Presupposition”, s. 145.

5. Bu fantezi için bakınız: Scott J. Shapiro, *Legality* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011), s. 37-39.

maktadır. Kasabalılar aynı zamanda Lex'in liderliğinin kendilerine önemli menfaatler sağlayacağına da düşünmektedirler. Lex işleri ele alacağına göre her bir müşterek sorunu oydaşmaya dayanarak çözmek için yapacakları müzakereler nedeniyle ortaya çıkacak zaman kaybından da kurutulacaklardır. Kurallar uyuşmazlıklar ortaya çıkmadan önce konacağı için kan davalarının ortaya çıkması önlenilecek ve herkesin yararlanabileceği ürünlerin ortaya çıkmasında koordinasyon sağlanabilecektir.

Lex'in bu planına sadece bir kasabalı karşı çıkar. Kasabanın filozofu Phil şunları söyler: "Lex, önerin akla uygun görünüyor ama, bu öneri hiçbir biçimde gerçekleşemez. Çünkü kasabamız için kural yapma, değiştirme ve yapılan bu kuralları uygulayabilmen sana bu konuda yetki veren bir kuralın olmasını gerektirir. Ama böyle bir kural ortada yok. Sana yetki veren bir kural olmadan palmiye ağacının altında kural koymaya çalışırsan, koyacağın kuralların benim koyduğum kurallar kadar bir gücü olacaktır. Yani hiçbir bağlayıcılığı olmayacaktır."

Lex bu söylenenleri düşündükten sonra şöyle bir yanıt verir: "Phil, topluluk için kural koymaya yetki veren bir kural yapamaz mıyım?" Phil bu soruya şöyle yanıt verir: "Ne yazık ki bu da işe yaramayacaktır. Çünkü sana yetki veren bir kural koyabilmen için yetki veren bir kural olmadığından böyle bir kural koyma çaban da benzer bir biçimde geçersiz olacaktır."

Lex yeniden şunları söyler: "Peki herkes benim kasaba için kural koyabilmem konusunda bana yetki vermeyi oylayamaz mı?" Phil yanıt verir: "Senin için ortaya çıkan sorun onlar için de ortaya çıkacaktır. Onların senin kurallar koyman için yetkilendirmede onları yetkilendiren bir kural olmadığından, onların seni yetkilendirme işlemi de geçersiz olacaktır."

Lex hâlâ ikna olmamıştır: "Beni kural koymada yetkilendiren bir kural olmadığı sürece cemaatim için kurallar koyamayacağım konusunda haklısın. Ama böyle bir kural olmadığı konusunda nasıl bu kadar eminsin?" Phil "Bunu göstermek kolay" diye yanıtlar. "Yetki veren kuralın varolabilmesi için, bu kuralı koyma konusunda yetkilendirilmiş bir kişinin olması gerekir. Bu ise bu kişiye yetki veren kuralları koymada yetkilendiren bir kuralın daha önceden varolmasını gerektirir. Aynı mantıkla devam edildiğinde bu kural da bu kuralı koymada yetkili olan biri tarafından konmalıdır. Bu da diğerlerini yetkilendiren kurallar yaratmada yetki veren kuralları koymada bu kişiyi yetkilendiren bir kuralın olması anlamına gelir. Sonsuza dek bu şekilde gidebiliriz. Sonsuz sayıda kurallar ve sonsuz sayıda bu kuralları ortaya çıkaran işlemler kabul etmek istemeyeceğine göre, bu tür yetki veren kuralların olmadığını kabul etmek zorundasın."

Lex bu söylenenleri şöyle yanıtlar: “Bu senin akıl yürütmene göre hiç kimse ne bir kural koyabilir ne de konmuş bir kuralı değiştirebilir”. Phil şunları söyler: “Evet, üzgünüm bu doğru.”

Lex ve diğer kasabalılar Phil dinlemezler. Lex kurallar koymaya başlar ve topluluğun diğerleri de bu kurallara uyar.

Scott J. Shapiro’nun belirttiği gibi her ne kadar Phil’in uyarılarını kasabalılar dinlemediyse de, ileri sürdüğü savın güçlü olduğu belirtilmelidir. Temel mantık bize Lex’in hukuksal iktidar konusundaki savunmasının doğru olamayacağını göstermektedir. Ve eğer Lex’in savunması geçersiz ise hukuksal otoritesi de yok demektir.

Shapiro bu paradoksal durumun klasik “yumurta-tavuk paradoksu” olduğunu söylemektedir. Bir yandan bütün tavukların yumurtadan çıkması gerekirken, diğer yandan bütün yumurtaların da tavuktan çıkması gerekmektedir. Bu iki durumun bileşimi bize ne tavukların ne de yumurtaların sonu olan bir evrende varolamayacağını gösterir; çünkü bunlardan birinin varlığı diğerinin de varlığını varsaymaktadır. Hukuksal yetki veren normları “yumurtalar” ve hukuksal normları koymada yetki sahibi olanları da “tavuklar” olarak düşünelim. Bu durumda yumurta-tavuk paradoksu şu şekle bürünmektedir.

Yumurta İlkesi: Herhangi birinin hukuksal normlar koyma yetkisinin olabilmesi sadece varolan bir norm böyle bir yetki veriyorsa mümkündür.

Tavuk İlkesi: Hukuksal normlar koyma yetkisi veren bir normun varlığı, sadece bunu yapabilme yetkisine sahip birisinin böyle bir norm koyması ile mümkün olabilir.

Niye bu iki ilkenin hukuksal otoriteyi imkansız hale getirdiğini anlamak için A1’in hukuk normları dizisi yaratmada yetkili olduğunu varsayalım. Yumurta ilkesine göre bu yetkiyi A1’e veren bir norm bulunmaktadır. Yetki veren bu normu n1 olarak adlandıralım. Tavuk ilkesine göre n1’i yaratmada yetkili biri gerçekte de bu normu koyar. Şimdi su soruyu soruyoruz: A1’e yetki veren n1’i kim koydu? Yanıt A1 olamaz; çünkü n1 varolana kadar herhangi bir norm yaratma yetkisi yoktur. Bir başka deyişle A1’in kendine hukuksal yetki vermesi kısır döngüye neden olacaktır; çünkü n1’in A1’den önce varolması gerekir. Bu nedenle farklı bir otoritenin diyelim ki A2’nin A1’e yetki veren normu yaratması gerekir. Ama A2 n1’i yaratma yetkisini nereden almaktadır? Yine kısır döngüden kaçınmak istersek bunun olası yanıtı A2’nin otoritesini bir başka organdan A3’den alması gerekir. Ama bu tür mantık yürütmenin bir sonu bulunmamaktadır. A3 varolsa dahi A4, A5, A6, A7 ve diğerlerinin de varolması gerekecektir. Bu tartışma biçimi bize kısır döngüye veya sonsuz gerilemeye başvurmadan hukuksal otorite savının yumurta-tavuk ilkeleriyle uyumlu olamayacağını göstermektedir.⁶

6. *Ibid.*, s. 39-40.

S. J. Shapiro'dan aktardığımız bu açıklamalar bize hukuk sistemlerinin hukuk dışı temelleri olduğunu göstermektedir; bir başka deyişle, hukukun temellerini hukukta bulma olanağı yoktur. Frederick Schauer'in belirttiği gibi, mantıksal olarak anayasaların anayasalara takaddüm eden ve anayasalara anayasalık statüsünü veren bir takım ön varsayımlara dayandığını iddia edebiliriz. Bu nedenle anayasalar sadece anayasa değişikliğini düzenleyen hükme göre değiştirilmezler; aynı zamanda bu anayasaların dayandığı varsayımlar değiştiğinde de değişirler. Bu varsayımlar hukuksal veya anayasal olmayıp, siyasal ve sosyal niteliktedir. Tekrarlamak gerekirse, anayasaların öncesinde yer alan ön varsayımlar değiştiğinde anayasalar da değişikliğe uğrayacaktır.⁷

Frederick Schauer, Hans Kelsen'in temel normu (basic norm) ve H.L.A. Hart'ın en üst tanıma kuralı (ultimate rule of recognition) rehberliğinde bu sorulara yanıtlar bulmaya çalışmıştır. Hiç kuşkusuz Hans Kelsen ve H.L.A. Hart'ın görüşleri Frederick Schauer'in anlayışından farklı bir şekilde de anlaşılabilir. Başkaları bu filozofların görüşlerini Schauer'in anladığından daha farklı anlamlandırabilir. Ancak Frederick Schauer gibi ben de bu iki ünlü filozofun görüşlerinin hukuk sisteminin hukuk dışı temelleri konusunda önemli olduğuna inanıyorum.

HANS KELSEN'İN TEMEL NORMU

Hans Kelsen saf hukuk teorisinin (pure theory of law) pozitif hukuk teorisi olduğunu söylemektedir. Bu teori pozitif hukukun genel bir teorisi olup, belirli bir hukuksal düzenin teorisi değildir. Saf hukuk teorisi genel hukuk teorisi olduğu için, belirli bir ulusal veya uluslararası hukuksal normların yorumu da değildir. Bir teori olarak saf hukuk teorisinin tek amacı objesini tanımak ve tarif etmektir. Teori hukukun nasıl ve ne olduğunu açıklamaya çalışır. Hukukun nasıl olması gerektiğiyle ilgilenmez. Saf hukuk teorisi hukuk bilimidir; hukuk politikası değildir. Bu teoride sadece hukuk açıklanmaya çalışılmakta ve hukuk tam anlamıyla hukuksal olmayan her türlü yabancı şeylerden temizlenmeye çalışılmaktadır.⁸

Hans Kelsen "temel norm" kavramının ister ahlaki ister hukuki olsun bütün normatif sistemlerin açıklanması için gerekli olduğunu düşünmektedir. Hans Kelsen temel normu şöyle açıklamaktadır: Eğer zor durumda kalan bir kişi bir başkasından yardım isterse, bunun sübjektif anlamı yardım istediği kişinin kendisine yardım etmesi gerektiğidir. Ancak objektif anlamda yardımı istenen kişi eğer, örneğin bu konuda dinsel kurallarda zorda ka-

7. Frederick Schauer "Amending the Presupposition", s. 147-148.

8. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1967), s. 1.

lanlara yardım edin yolunda geçerli bir genel norm varsa yardım etmek zorundadır. Ve bu genel norm da Kutsal Kitabın emrettiği gibi davranılması varsayılacak olursa objektif olarak geçerlidir. İster ahlaki ister hukuki düzenin normları olsun Kelsen böyle bir ön varsayımı temel norm olarak nitelendirmektedir. Bu nedenle Kelsen'e göre insanların belirli bir biçimde davranması gerektiğini söyleyen iradenin sübjektif anlamı olan bir normun objektif geçerliliği olgusal bir durumu izlememektedir; yani "dir" veya "dır"dan değil; bu eyleme yetki veren normdan, bir başka deyişle "meli" veya "malı"dan kaynaklanmaktadır.⁹

Eğer hukukun temellerine gitmek istiyorsak, anayasa nasıl hukuksal açıdan geçerli olur sorusunun yanıtlanması gerekir. Kelsen bu soruyu şöyle yanıtlamaktadır.

"Anayasa da yasa veya örf ve adet hukukunun bir normu gibi insanların faaliyetlerinin bir ürünüdür. Anayasa ya geleneklerden ya da 'anayasanın babaları' olarak adlandırdığımız bireylerin önceden tasarlanmış etkinliklerinden kaynaklanır. Anayasanın bir normu ile bunu yaratan olgu arasındaki ilişki, anayasa esas alınarak çıkarılan norm ile bu normu yaratan olgu arasındaki ilişkinin aynısıdır. Anayasayı yaratan eylem norm yaratıcı bir eylem olarak daha üstte yer alan bir norm tarafından yetkilendirilmelidir. Yasalar geçerlidir; çünkü bunlar anayasa tarafından yetkilendirilmiş kişiler tarafından konmuştur. ... (Y)asaların geçerli olmalarının veya bir başka deyişle normatif varlıklarının nedeni anayasadır. Anayasa niye geçerlidir? 'Anayasanın babalarının' kabul ettiği normları niye bağlayıcı kabul ediyoruz? Anayasa hangi kaynaktan geçerliğini, yani normatif varlığını almaktadır? Anayasanın geçerliliği veya varlığı bir norma dayanmak zorundadır. Bir norm geçerliğini bir başka norm dışında hiçbir şeyden alamaz. ... Bir anayasaya geçerliliğini sağlayan normun koyduğu hükümlere uyularak ortaya çıkan yeni anayasasının yapılmasına neden olan daha önceki anayasa olabilir. Ve bu ilk anayasayı yapanlara anayasa yapma konusunda yetki veren norm, yani anayasayı yapanların kararlarına uygun davranmaları gerektiğini söyleyen norm bir başka yasama faaliyeti sonucunda ortaya çıkmış bir pozitif hukuk normu olamaz. Bu norm ilk anayasayı yapmayı düşünenlerin ve bununla uyumlu hukuk yaratıcı faaliyetlerde bulunanların varsaydığı bir normdur. Hukuk bilimi bu ön varsayımı hukuksal düşüncenin analizini yaparak ortaya çıkarır. Bu analizin sonucu şöyle ifade edilebilir: Eğer tarihsel olarak ilk anayasaya ve bu temele dayanılarak çıkarılan normlar hukuksal olarak bağlayıcı normlar olarak kabul edilmesi gerekiyor ise, bu durumda tarihsel olarak ilk anayasaya uygun olarak davranmak gerekir anlamında bir normu varsaymak gerekir. Bu norm ulusal hukuk düzeninin temel normudur. Sadece böyle bir norm (bu norm pozitif hukuk normu değildir) varsayarsak, hukuksal olarak bağlayıcı bir düzenden konuşabileceğimizden bu hipotetik bir norm olarak da adlandırılabilir. Bu temel norm belirli bir devletin hukuksal düzeninin çerçevesi içinde bütün hukuksal değer yargılarının temelidir."¹⁰

Bu söylenenleri açıklamak gerekirse şunlar belirtilebilir: Hans Kelsen neden bireysel bir norm hukuk düzeninin bir parçası olarak geçerlidir sorusunun yanıtını şöyle ver-

9. *Ibid.*, s. 8. Hans Kelsen'in temel norm kavramının açıklanması için bakınız: Robert Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson (Oxford: Oxford University Press, 2002), s. 96-116.

10. Hans Kelsen, *What is Justice?* (New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000),s. 220-221. Bu kitabın ilk baskısı 1957 yılında yapılmıştır. Yapıt Kelsen'in çeşitli dergilerde yayımlanmış yazılarından oluşmaktadır.

mektedir: Bu bireysel norm eğer ceza yasasına uygun olarak çıkmışsa geçerlidir. Ceza yasası da geçerliliğini anayasaya göre kurulmuş yetkili organ tarafında çıkarılmış olması nedeniyle anayasadan almaktadır. Eğer niye anayasa geçerli diye soracak olursak belki de daha eski bir anayasaya başvurmak zorunda kalabiliriz. Sonunda Kelsen'e göre zora başvurarak ortaya çıkmış veya meclis tarafından hazırlanmış ilk tarihsel anayasaya varırız. Bu ilk anayasanın geçerliliği bütün hukuk düzeninin normlarının geçerliliğinin dayandığı en son postulat veya en son ön varsayımdır. Bu postulata göre insanlar bu ilk anayasayı yapan kişi veya kişilerin emrettiği gibi davranmalıdırlar.¹¹ Tarihsel olarak ilk anayasaya itaat etmemiz gerektiğini söyleyen temel norm, Kelsen'e göre hukuksal bir otorite tarafından yaratılmamıştır, yani bir başka anayasaya uygun olarak çıkarılmış bir norm değildir.

Kısaca söylemek gerekirse, eğer bir devlet içinde insanların davranışlarını etkin bir biçimde düzenleyen cebri düzeni o ülkede yaşayanları bağlayan normatif bir düzen olarak kabul edersek, bir hipotez olarak varsaydığımız bir norm temel normdur. Bu ön varsayım bir hayal ürünü değildir; çünkü objektif olarak araştırılabilir gerçeklere atıfta bulunmaktadır. Bu gerçekler şunlardır: Bir anayasanın kabul edilmesi ve bu anayasaya dayanılarak hukuksal işlemlerin yapılması ve zora dayanan bu düzenin genel ve bireysel normlarının uygulanması. Temel norm bu işlemlerin sübjektif anlamının objektif önemini onaylar. Temel norm hukuk alanında normatif bir ilke olarak önemli bir rol oynayan genel etkililik ilkesinin uygulanmasıdır.¹²

11. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, (New Brunswick: Transaction Publishers, 2006), s. 115.

12. *Ibid.*, s. 262-263. Hans Kelsen temel normu bir makalesinde de şöyle anlatmaktadır: "Eğer bir pozitif hukuk düzeninin geçerliliğinin nedenini soracak olursak, geleneğin veya yasama organının genel normlar yaratmasına izin veren ve bunun karşılığında yargısal ve idari organların bireysel normlar yapmasına olanak sağlayan tarihsel olarak ilk Anayasaya kadar gideriz. Bu normların geçerli kabul edilmeleri bu ilk Anayasayı yapanların mevzuatı oluşturacak olan normları yapma veya diğer bütün hukuksal fonksiyonların temeli olarak geleneği kabul etmeleri konusunda yetkilendiren bir normun ön varsayımını gerektirir. Bu norm Anayasanın geçerliliğinin nedenidir ve bu nedenle hukuk düzeninin temel normu Anayasaya uygun olarak belirlenmiştir. Bu norm hukuksal düşüncemizde var olduğunu varsaydığımız bir normdur. Bu norm belirli bir bireyin iradesini kullanarak yarattığı bir norm olamaz..." Bu yazıda Kelsen şunları da belirtmektedir: "Saf hukuk teorisine göre pozitif hukuk düzeninin temel norm ile uyumsuz ve bu nedenle de geçersiz olması imkânsızdır. Hukuk düzeninin geçerliliğinin nedeni olan temel norm, bu normların içeriğini belirlemez; bu düzenin normlarının yaratılmasına işaret eder. Pozitif hukuk düzeninin normlarının içeriği yalnızca insanların iradelerinin faaliyeti sonucunda belirlenir: Anayasayı yapanların ve bireyler tarafından oluşturulan ve Anayasa göre hukuk yaratan olgular olarak belirlenen, doğrudan veya dolaylı olarak Anayasa veya gelenekler tarafından kurulan organların iradelerinin sonucunda oluşur. Anayasa ile uyumlu olan pozitif hukuk düzeninin hiçbir normu geçersiz olarak kabul edilemez; çünkü bu normun içeriği bu düzene ait olmayan bir norm gereğince oluşturulmamıştır. Saf Hukuk Teorisinin temel normu demokratik hukukun olduğu kadar otokratik hukukun, kapitalist hukukun olduğu kadar sosyalist hukukun, ister adil ister gayri adil olarak düşünülün her türlü pozitif hukukun geçerlilik nedenidir. Bu doğal hukuk doktrinin aksine hukuksal pozitivizmin özüdür. Ve Saf Hukuk Teorisi bir hukuksal pozitivizm teorisidir." Hans Kelsen, "On the Basic Norm", *California Law Review*, 47 (1959), s. 108-110.

Böylece her norm insan davranışı tarafından yapılmasına rağmen, geçerliliğini bu davranıştan değil buna yetki veren bir başka normdan alır. En sonunda bütün pozitif normlar geçerliliklerini pozitif olmayan bir normdan, yani insan davranışı sonucunda ortaya çıkmayan bir normdan alırlar. Sadece pozitif olmayan norm hukuk sisteminin en son normu olabilir. Bu norm normatifliğini elde ettiği bir başka normu varsaymak zorunda değildir. Bu pozitif olmayan norm temel normdur.¹³

Kelsen temel normun geçerliliğinin varsayıldığını veya bir hipotez olarak kabul edildiğini söylemektedir. O halde, Kelsen'e göre temel norm bir ön varsayımdır ve bu varsayım olmadan hukuksal geçerliliğin hiçbir anlamı olamaz. Temel norm bir çeşit *Kant'ın* aşkın anlayışı gibi bir işlev görmektedir. Bir başka deyişle, temel norm deneysel olarak araştırılabilecek bir olgu olmayıp, hukuk hakkında bir dizi söylem ve sonuçların bir anlam ifade etmesi için gerekli olan bir düşüncedir. Kelsen'in bu söylediklerinden şu anlaşılmaktadır: Anayasalar son sözü söylememektedir ve anayasaların da temellendirilmeleri gerekmektedir.¹⁴

Uta U. Bindreiter'in belirttiği gibi Kelsen *Saf Hukuk Teorisi* adlı yapıtının ikinci baskısında (1967 İngilizce baskısı) iki tür temel norm varsaymanın mümkün olduğunu söylemektedir. Bir yandan sadece bilişsel olarak hukuk bilimi tarafından; öbür yandan da hukuku uygulayan organlar tarafından normatif olarak temel norm varsayılabilmektedir.¹⁵

13. Joseph Raz, "Kelsen's Theory of the Basic Norm", (s. 122-145), *The Authority of Law*, İkinci Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2009), s. 125.

14. Hans Kelsen *Pure Theory of Law* adlı yapıtında temel normu şöyle açıklamaktadır: "Bir başka normun geçerliliğinin nedenini temsil eden norm, daha önce belirttiğimiz gibi, "daha üstte yer alan" norm olarak adlandırılır. Ama normun geçerliliğinin nedeni araştırma, bir sonucun nedenini araştırma gibi, belirsiz bir biçimde devam edemez. Bu araştırma nihai olarak en üstte yer aldığı varsayılan bir norm ile sonlanmalıdır. Bu normun *varsayılması* gerekir; çünkü bu norm "konmuş" olamaz. Bu şu anlama gelmektedir: Temel norm yetkisi daha da üstte bulunması gereken bir otorite tarafından yaratılamaz. Bu son normun geçerliliği daha üstte yer alan bir normdan kaynaklanamaz ve geçerliliğinin nedeni sorgulanamaz. Bu şekilde en üstte yer aldığı önceden varsayılan bu norma bu kitapta temel norm adı verilmektedir. Geçerlilikleri tek ve aynı temel norma dayanan bütün normlar normlar sistemini, normatif düzeni oluşturur. Temel norm aynı düzene ait normların ortak kaynağıdır –geçerliliklerinin ortak nedenidir. Belirli bir normun belirli bir düzene ait olması gerçeği bu normun en son geçerliliğinin bu düzenin temel normu olması durumuna dayanır. Bu düzene ait bütün normların geçerliliklerinin nedenini temsil eden temel norm normların çokluğunda birliği oluşturur." Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, çev. Max Knight (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1967), s. 194-195.

15. Uta U. Bindreiter, *Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine* (The Hague: Kluwer Law International, 2002), s. 126-127. Temel normu kimin varsaydığı konusunda Kelsen şunları belirtmektedir: "Kim temel normu varsaymaktadır?" sorusunu *Saf Hukuk Teorisi* şöyle yanıtlamaktadır: Temel norm anayasa-yapma eyleminin ve bu anayasaya göre yapılan işlemlerin sübjektif anlamını bu işlemlerin objektif anlamı olarak kim yorumluyorsa, o temel normu varsayar. Bu yorumlama bilme alanına ilişkin bir fonksiyon olup irade alanına ilişkin bir fonksiyon değildir. Hukuk bilme alanında yer aldığı için hiçbir biçimde bir şeyi emredemeyeceğinden, sadece normları betimleyebileceğinden, ve bu nedenle de normları yaratamayacağından zaman zaman hukuk bilimi tarafından temel normun varsayılabileceği görüşüne şüpheyle yaklaştım." Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1967), s. 204, dipnot 72.

Temel norm birbirleriyle rekabet halindeki siyasal ideolojiler arasında yansız bir pozisyona sahiptir. Bunun yanında temel normun şu fonksiyonlara sahip olması da düşünülmüştür: Maddi ve biçimsel açıdan hukuk sisteminin birliğini kurmak, bu sistemin yasalarının kimliğini belirlemek, hukuksal yükümlülüğü gerekçelendirmek, daha doğru bir söyleyişle hukuksal bakış açısından yansız bir biçimde bu hukuksal yükümlülüğü gerekçelendirmek. Hans Kelsen'e göre ancak temel norm varsayılarak yasalar objektif bir biçimde geçerli normlar olarak, yani uyulması gereken normlar olarak yorumlanabilir.¹⁶

H. L. A. HART'IN EN ÜST TANIMA KURALI

Anayasaların en son nokta olduğu söylenemez. O halde anayasaların da temellendirilmeleri gerekmektedir. Hans Kelsen bu temellendirmeyi temel norm aracılığıyla yapmaktadır. Ancak Kelsen'in "temel norm"unun açık bir kavram olmadığı çeşitli tartışmaları da beraberinde getirdiği belirtilmiştir. Ayrıca Kelsen'in temel norm konusundaki düşüncelerinin zaman zaman gizemli bir hal alması nedeniyle, H. L. A. Hart'ın daha anlaşılır olduğu iddia edilebilecek olan en üst tanıma kuralını da incelemek gereği doğmaktadır.¹⁷

Hart bir hukuk sisteminde iki tür kuraldan söz etmektedir. Bunlar birincil ve ikincil kurallardır. Hart'a göre birincil kurallar kişilerin yükümlülükleriyle ilgilidir.¹⁸ Birincil kurallar yükümlülükler getirirken, ikincil kurallar bireylere ve yetkililere kamusal ve özel yetkiler vermektedir. Ancak ikincil kurallar arasında yükümlülük getiren kurallar da olabilir. Hukuk Hart'a göre birincil ve ikincil kurallardan oluşmaktadır. Sadece birincil kurallardan oluşan bir rejim söz konusu olursa hangi kuralların hukuk kuralı olduğu konusunda bir *belirsizlik* söz konusu olacaktır. Hart tanıma kuralının bu belirsizliği ortadan kaldıracığını söylemektedir; çünkü tanıma kuralı bir toplumda hangi kuralların hukuk kuralı olduğunu belirleyecektir. Bu konuda Hart şunları yazmaktadır:

16. Uta Bindreiter, *Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine* (The Hague: Kluwer Law International, 2002), s. 219.

17. Şurası belirtilmelidir ki, tanıma kurallarının hepsi en üst tanıma kuralı değildir. Örneğin Anayasamızda yasaların nasıl yapılacağını düzenleyen hükümler tanıma kuralıdır ama en üst tanıma kuralı değildir.

18. Hart bunları "primary rules of obligation" olarak adlandırmaktadır. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* ikinci Baskı (Oxford: Oxford University Press, 1997), s. 91. Yirminci Yüzyılın en önemli hukuk felsefi yapıtlarından biri olan bu kitabın ilk baskısı 1961'dir. İkinci baskı Penelope A. Bulloch ve Joseph Raz'ın derlemesi altında Hart'ın Ek yazısı ile birlikte 1994 yılında basılmıştır. 1997'de bu yapının ciltsiz baskısı da gerçekleşmiştir.

“Birincil kuralların *belirsizliğini* ortadan kaldırabilmenin en basit yolu ‘tanıma kuralı’ olarak adlandıracağımız kuralı takdim etmektir. Bu durum, önerilen kural tarafından belirlenen bazı özellik veya özelliklere sahip olmanın kuralı toplumun sosyal baskıyla desteklediği bir kural haline getirdiğini nihai bir biçimde ortaya koymaktadır. Böyle bir tanıma kuralının varlığı basit veya karmaşık olmak üzere çok çok çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Tanıma kuralı birçok toplumun eski hukuklarında olduğu gibi, yazılı bir dokümanda veya kamusal bir anıtta bulunabilecek olan güvenilir kurallar listesi veya buna benzer bir metinden başka bir şey olmayabilir. Hiç kuşkusuz tarihsel bir sorun olarak hukuk-öncesinden hukuka doğru atılan bu adım, bu arada ilk olarak yazılı olmayan kuralların yazılı bir hale getirilmesi olmak üzere, belirgin aşamalarla gerçekleştirilebilir. Bunun kendisi kritik bir adım değilse de, çok önemlidir: Kritik olan yazılı metne veya kitabeye yapılan başvurunun güvenilir ve *yetkili* olarak; yani kuralın varlığı konusundaki şüphelerden kurtulmanın uygun yolu olarak kabul edilmesidir. Böyle bir kabul olduğunda ikincil kuralın çok basit bir biçimi ortaya çıkmış demektir: Yükümlüklerle ilgili birincil kuralların kesin olarak belirlenmesini sağlayan kural.”¹⁹

Tanıma kuralı diğer kuralların Hart’ın sözleriyle birincil kuralların geçerliliği hakkında yani bunların geçerli olup olmadıklarını belirleyen kuraldır. Hart tanıma kuralı sayesinde vatandaşların ve kamu görevlilerinin neyin hukuk neyin de hukuk olmadığını anlayabileceklerini söylemektedir. Bir tüzüğün veya yönetmeliğin geçerli olup olmadığı başka bir kural tarafından belirlenen geçerlilik ölçütüne uygun olup olmamasına bağlıdır. Örneğin ülkemizde tüzüklerin ve yönetmeliklerin yasalara uygun olarak çıkarılmaları gerekir. Bir başka deyişle, tüzüklerin ve yönetmeliklerin geçerliliği yasaların belirlediği ölçütlere göre değerlendirilir. Yasaların geçerliliği söz konusu olduğunda bunların geçerliliği de anayasada yazılı kurallara uygun olarak ve bunlara aykırı çıkartılmamış olmalarına göre değerlendirilecektir. Hart’a göre bu nokta hukuksal geçerlilik konusunda gelinebilecek son nokta olmaktadır. Yani anayasanın geçerliliğini değerlendirebilecek ölçütü içeren bir başka kural yoktur. En üst tanıma kuralı ve bu kuralın getirdiği ölçütün üstünlüğü bir gerçeklik sorunudur. En üst tanıma kuralı bir sosyal gerçekliktir ve bu nedenle hukuksal bir çözümlemeyle değil ampirik bir araştırmayla belirlenebilir. Hart tanıma kuralının kamu görevlilerinin, özel kişilerin belirli ölçütlere atıfla hukuk kuralı olarak tanımlamaları ve mahkemelerin uygulamaları sonunda ortaya çıktığını ileri sürmektedir.²⁰

Frederick Schauer en üst tanıma kuralının neyin hukuk neyin hukuk olmadığını anlamamıza sağlayan bir uygulama olarak anlaşılmasının doğru olacağını söylemektedir.²¹

19. *Ibid.*, s. 94-95.

20. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* ikinci Baskı (Oxford: Oxford University Press, 1997), s. 110.

21. Frederick Schauer “Amending the Presupposition”, s. 150-151.

Kenneth Einer Himma'nın sözleriyle de "tanıma kuralının varlığı ve içeriği hem yargıçların hem de diğer kamu görevlilerinin ortak uygulamalarına bağlıdır."²²

Bu açıklamalar şöyle özetlenebilir: En üst tanıma kuralının neden geçerli olduğu sorulduğunda Kelsen bu sorunun yanıtlanamayacağını ileri sürecektir. H.L.A. Hart'a göre hukuk normları tüketildiğinde hukuksal geçerlilik kavramı da son bulmak zorundadır.²³ Bu nedenle en üst tanıma kuralının statüsü bir olgu sorunudur.²⁴

H.L.A. Hart'ın *The Concept of Law* (Hukuk Kavramı) adlı yapıtındaki temel tezi John Austin'in belirttiği gibi bir hukuk sisteminin temellerinin hukuksal olarak sınırsız egemene itaat alışkanlığından oluşamayacağıdır. Bunun yerine Hart sistemin geçerli kurallarının tanımlanmasında güvenilir ölçüt sağlayan en üst tanıma kuralını önermiştir. En üst tanıma kuralı Kelsen'in temel norm kavramına benzemektedir. Bu benzerliği Hart da kabul etmektedir; ancak Hart'a göre en üst tanıma kuralı temel norm kavramından farklıdır. Tanıma kuralının varlığı ve içeriği sorunu, yani herhangi bir hukuk sisteminde hukuksal geçerlilik ölçütünün ne olacağı Hart'a göre ampirik, bir başka deyişle, olgusal bir sorundur. Kelsen'in temel normu bu noktayı belirsizleştirmektedir. Kelsen temel normun varsayılmasından söz etmektedir. Oysa Hart'a göre genel olarak kabul edilmiş tanıma kuralının varlığıyla ilgili olgusal sorun dışında geçerliliği veya geçersizliği diye bir şey yoktur. Kelsen'in temel normu her zaman aynı içeriğe sahiptir. Temel norm bütün hukuk sistemlerinde "anayasaya veya ilk anayasayı kimler yaptıysa onlara itaat etmek gerekir" biçiminde bir kuraldır. Bu basitlik ve tekbiçimlilik yanılıcı olabilir. Eğer hukukun çeşitli kaynaklarını belirleyen bir anayasa, mahkemelerin ve sistemin resmi görevlilerince tanıma kuralının getirdiği ölçüte göre hukuku belirlemeleri anlamında yaşayan bir gerçeklik ise anayasa kabul edilmiş demektir ve gerçekte de vardır. Bu nedenle anayasaya veya anayasayı yapanlara itaat edilmesi gerektiği yolunda bir başka kuralın daha olduğunu söylemek, Hart'a göre gereksiz bir tekrür olmaktadır. Hart'a göre yazılı bir anayasanın olmadığı İngiltere'de bu gereksizlik iyice ortaya çıkmaktadır. İngiltere'de hukukun belirlenmesinde belirli bir hukuksal geçerlilik ölçütü getiren kural dışında (*Queen in Parliament* tarafında yasaların çıkarılması) "anayasaya itaat edilmelidir" gibi bir başka kurala gerek yoktur. Hart'a göre bu

22. Kenneth Einer Himma, "Understanding the Relationship between the U.S. Constitution and the Conventional Rule of Recognition", *Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, derleyenler: Matthew D. Adler ve Kenneth Einer Himma (Oxford: Oxford University Press, 2009), s. 98.

23. Bu durumda normun geçerliliği bir başka norm sitemine atfla örneğin ahlak normlarına atfla geçerli olup olmadığı söylenebilir.

24. Frederick Schauer "Amending the Presupposition", s. 150.

25. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* ikinci Baskı (Oxford: Oxford University Press, 1997), s. 292-293.

kabul edilmiş kuralın dışında bu kurala uyulmalıdır biçiminde bir başka kuraldan daha söz etmek şaşırtıcı da olmaktadır.²⁵

Frederick Schauer Hart'ın görüşleri izlendiğinde devrim veya benzer değişimlerde yargıçların en üst tanıma kuralının ne olduğunu belirleme gibi görevlerinin olduğunun ortaya çıktığını söylemektedir. Schauer'e göre belki de yargıçlar bu durumlarda kendi siyasal görüşleri doğrultusunda yer alacak yönde kendilerini konumlandıracaklardır veya halkın veya diğer kamu görevlilerinin veya hukuku uygulayanların en üst tanıma kuralı olarak düşündükleri kuraldan sapıp sapsadıklarını gözlemleyeceklerdir. Bu nedenle Schauer'a göre en üst tanıma kuralının belirlenmesinde *etkililik* merkezi bir öneme sahip olacaktır; çünkü ancak belirli bir ölçüde normların uygulanmasında etkililik söz konusu olduğunda, o normun veya uygulamanın en üst tanıma kuralının kendisi veya onun bir parçası olduğunu söylemek mümkün olabilecektir. Demek ki hukuk sisteminin temelleri o sistemden kaynaklanmamaktadır. Bunlar hukuk sisteminin dışında yer alan siyasal gerçeklerdir.²⁶

BİR ANAYASANIN ANAYASA OLDUĞUNU NASIL ANLARIZ?

Ülkemizde farklı zamanlarda farklı kurumlar tarafından hazırlanan çeşitli anayasa taslakları ve anayasa önerileri bulunmaktadır. Bu anayasa taslaklarının birçoğu 1982 Anayasasından çok daha ileri hükümler içermekte ve ülkemizde özgürlükçü demokratik rejimi gerçekleştirmede daha ileri hükümler getirmektedir. Ancak ister beğenelim ister beğenmeyelim bizler 1982 Anayasasının ülkemizin anayasası olduğunu ve diğerlerinin bu niteliğe henüz sahip olmadığını biliyoruz; çünkü 1982 Anayasası etkin ve etkili olarak uygulanan ve halk, resmi makamlar ve yargıçlar tarafından anayasa olarak kabul edilen bir metindir. Diğerleri bu özelliğe sahip değildir. Yani ortaya çıkan anayasa taslaklarından hiçbiri bu özellikleri taşımamaktadır. Bu olgular tamamen değişseydi, bu söylediğimizin tersi bir durum ortaya çıkardı. Eğer halkımız, resmi makamlar ve mahkemeler bu taslaklardan birini anayasa olarak kabul etmiş olsaydı bu taslak Türkiye'nin anayasası olacaktı. Demek ki, "etkililik" ve "kabul" bir taslağı anayasa haline getirebilen olgulardır.

Anayasa değişikliklerinin varolan anayasa dışında gerçekleştiği konusu literatürde çoğunlukla total anayasal değişimleri söz konusu olduğunda ele alınmaktadır. Ancak önemli olan nokta anayasal değişikliğin *dışsallığıdır* ve bu dışsallık kısmi anayasa deği-

26. Frederick Schauer "Amending the Presupposition", s. 152.

şikliklerinde de geçerlidir. A Anayasası yerine B Anayasasının geçmesi hiçbir biçimde ne A Anayasasına ne de B Anayasasına dayandırılabilir. Bu söylenenler kısmi anayasa değişiklikleri için de aynen geçerlidir. A Anayasasının iki kısımdan oluştuğunu düşünelim. Birinci kısmın devlet örgütlenmesini düzenlediğini, İkinci kısmın ise temel hak ve özgürlükleri düzenlediğini varsayalım. Bunları A1 ve A 2 olarak adlandıralım. B Anayasasının da A Anayasası gibi iki kısımdan oluştuğunu; bunlardan ilkinin devletin örgütlenmesini, ikincisinin de temel hak ve özgürlükleri düzenlediğini kabul edelim. Bunları da B.1 ve B. 2 olarak adlandıralım. Günün birinde halkın temel hak ve özgürlüklerin iyi düzenlenmemesi nedeniyle varolan A Anayasasının tatminkar olmadığı sonucuna vardığını varsayalım ve devrimci güçlerin B’yi önerdiklerini düşünelim. Bu konuda birbirleriyle çatışan güçlerin geniş bir kamu oyu desteğiyle bundan böyle ülkenin önceki Anayasasının devlet örgütünü düzenleyen hükümleri ve yeni temel hak ve özgürlükler içeren bir Anayasa (yani A.1 ve B. 2 ile) ile yönetileceğine karar verdiklerini varsayalım. Eğer bu söylenenler gerçekleşecek ve bu çözüm halk tarafından ve kamu görevlilerince de kabul edilecek olursa en üst tanıma kuralının içeriği A. 1 ve B. 2 birleşiminden oluşacaktır. Bu nedenle eğer en üst tanıma kuralı en üst hukuku A.1/B. 2 olarak tanıyacak olursa, “Anayasa nedir?” sorusuna verilecek doğru yanıt “A. 1 ve B. 2 birleşimidir” şeklinde olacaktır.²⁷

En üst tanıma kuralına göre belirlenen anayasanın belirli bir zamanda yazılmış olan anayasa olması gerekmediği kabul edildiğinde, Frederick Schauer’e göre, Kelsen’in hatası ortaya çıkmaktadır. Kelsen’in hatası İngiltere, Yeni Zelanda ve İsrail gibi anayasa adlı tek bir metne sahip olmayan ülkelerde veya Kelsen’in “tarihsel olarak ilk anayasa” olarak adlandırdığı durumlarda sadece iki olası temel normun değiştirilebilir olabileceğini varsaymasıdır. Yazılı bir anayasa varsa, Kelsen zorlayıcı veya cebri eylemlerin anayasanın yapıcılar tarafından belirlenen koşullarda ya da onlar tarafından yetkili kılınan organlarca belirlenen koşullarda ve biçimlerde gerçekleştirilmesi gerektiğini söylemiştir.²⁸ Belirli bir anayasanın hukuk tanıyıcı fonksiyonunu inhisari (tekelci-exclusive) olarak kabul eden normun temel norm veya en üst tanıma kuralı olarak kabul edilmesi için hiçbir neden yoktur. Temel norm cebri eylemlerin anayasa tarafından belirlenen koşullarda veya onlar tarafından belirlenen yetkili organlarca veya ortaya çıkan bu eylemlerin halkoylamasında yüzde 90 oyla yetkilendirildiğinde gerçekleştirilebileceği biçiminde olabilir. Herhangi bir toplumda böyle bir temel norm söz konusu olduğunda, halkın yüzde 90’ının

27. *Ibid.*, s. 155.

28. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, (New Brunswick: Transaction Publishers, 2006), s. 115-116.

oyuyla yetkilendirilen cebri eylemler, bu eylemler tek başına ele alındığında anayasadaki gereklerle uyumlu olmasa da, “geçerli” olarak kabul edilebilir. Sonuç olarak şu belirtilebilir: Eğer bir anayasanın yerine bir başka anayasanın geçmesi olgusunun varolan anayasanın dışında gerçekleşebileceği kabul ediliyorsa, kısmi anayasa değişikliklerinin de yazılı anayasanın dışında gerçekleşebileceğini kabul etmek gerekir. O halde anayasanın kısmi değişikliklerinin anayasa dışında oluşabileceğini, böyle bir olasılığın olduğunu kabul etmek gerekmektedir.²⁹

ÖN VARSAYIMLAR

Kuşkusuz standart bir anayasa sahip bir ülkede Kelsen’in temel normu yerine sınırlandırılmamış veya ucu açık bir en üst tanıma kuralı kabul etmenin iyi bir fikir olup olmadığı tartışılabilir. Hans Kelsen’in tarihsel olarak ilk anayasasının temel normunun bu tarihsel olarak ilk anayasayı ve bu anayasanın anayasa değişikliklerini düzenleyen hükümlerini inhisari olarak kabul etmesinin yanlış olduğu söylenebilirse de, sosyal ve siyasal açıdan bir ülkenin diğer hukuk kurallarının tanınmasında anayasanın “en son ölçüt” olduğunu hükme bağlayan yazılı bir anayasaya sahip olması daha rasyonel olabilir. Yazılı bir anayasanın hukukun en son ölçütü olarak inhisari veya inhisari olmamasının tercihi anayasal metnin dışında ve öncesindedir.³⁰

Durum böyle olduğuna göre, herhangi bir toplumda temel norm veya en üst tanıma kuralı olarak anayasa değişikliğini düzenleyen hükmü kesin bir kural olarak değil de, tavsiye niteliğinde veya varsayımsal bir kural olarak kabul edebiliriz. Eğer bir toplum anayasasını çok sık değiştirmekten korkuyorsa, kendisini sadece anayasada yazılı anayasa değişikliği süreciyle sınırlandırabilir. Ancak anayasa değişikliğinin sadece anayasada yazılı usulle gerçekleştirileceğinin anayasaya yazılmasıyla anayasa değişiklikleri münhasıran bu yola başvurularak gerçekleşmeyecektir; çünkü bu hüküm de bu hükmün arkasında yer alan anayasaya değişikliği ön varsayımına bağlıdır. Anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün inhisari olduğu mantıksal olarak kabul edilemez. Ancak herhangi bir toplumda anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün inhisari olduğu görüşü, o toplumda psikolojik olarak desteklenebilir. Kural temelli yaklaşımı benimseyen bir toplum temel normunu veya en üst tanıma kuralını metinsel olarak belirlenen değişiklik sürecinin inhisari olduğu biçiminde düzenleyebilir. Eğer böyle bir durum ortaya çıkacak olursa, anayasa-

29. Frederick Schauer, “Amending the Presupposition”, s. 156.

30. *Ibid.*, s. 157.

nın arkasında yatan ön varsayımları değiştirmek daha güçleşecektir. Kanımca Türkiye’deki durum böyledir.

Anayasa değişikliği konusunda bu belirtilenler bize kuralların kendi uygulamalarını belirleyemeyeceğini göstermektedir. Kurallar varsayımların arka planında varolurlar. Bu arka planda yer alan ön varsayımlar değişikliğe uğrayabilir. Anayasa değişikliğini düzenleyen kurallar yazılı kurallardır ve bu kuralların sözel anlaşılış olasılığının sürtüşmesiz sözel değişiklikleri ortaya çıkarma olasılığının olduğu bir dünyayı gerektireceğini düşünmek hatadır. Bunun ötesinde dilin temellendirilmesinin açıklanmasındaki güçlüklerin dilin belirsizliğini veya kuralın dilinin belirsizliğini ortaya çıkaracağı da söylenemez. Örneğin, toplum anayasa değişikliğiyle ilgili hükmün sözel anlaşılışından sözel olmayan anlaşılışına geçebilir. Aynı şekilde toplum anayasadaki anayasa değişikliğini düzenleyen kuralın yetersiz kaldığını göreceğ olursa, inhisari anayasa değişikliği anlayışından inhisari olmayan anayasa değişikliği yaklaşımına geçebilir. Bu ihtimallerin ne zaman gerçekleşeceği veya gerçekleşmeyeceği ise anayasaya bakılarak anlaşılabilir bir şey değildir.³¹

SONUÇ

Anayasal düzeyde anayasa değişikliği anayasanın sınırları içinde gerçekleşebilir. Bu da iki şekilde olabilir. Ya anayasa değişikliğini düzenleyen kural sözel bir biçimde yorumlanır; ya da anayasanın neyi kapsadığı anlayışına bağlı olarak yapılacak yorumlarla anayasa değiştirilebilir. Ama anayasalar “anayasallıklarını” *mantıksal ve siyasal* olarak daha önceki koşullara borçlu olduklarından, mantıksal ve siyasal olarak daha önceki koşullar değiştiğinde, anayasa değişikliği de ortaya çıkar. Bu önceki koşullar anayasal veya yasal olmadıklarından, anayasalar her zaman vatandaşların, kamu görevlilerinin ve yargıçların uygulamaları değiştiğinde de değişecektir. Bu tür değişikliklerin gerçekleşip gerçekleşmediği hukuksal veya anayasal bir sorun değildir. Bu sosyal veya siyasal gerçeklik sorunudur. Bu değişikliklerin gerekip gerekmediği, anayasanın ve belirli hükümlerinin nasıl bir statüye sahip olması ile ilgili siyasal ve ahlaksal bir sorundur. Bu soruları anayasal sorunlar olarak düşünmekte hiçbir sakınca yoktur. Aynı şekilde anayasanın ön varsayımlarını bu varsayımların çerçevesinde yer alan anayasacılık hakkındaki düşünceden farklı bir şey olduğunu düşünmek de zararlı bir şey değildir.³²

31. *Ibid.*, s. 159-160.

32. *Ibid.*, s. 160-161.

Frederick Schauer'ın haklı olarak belirttiği gibi herhangi bir hukuksal sistemin hukuksal olmayan temellerinin anayasa üzerinde çok önemli yansımaları olmaktadır. Hukukun hukuksal olmayan çevreyle bağımlılığının yasaların nasıl yorumlanacağı, hangi yasaların etkin olduğu ve neyi yasa olarak kabul edeceğimiz noktasında çok önemli etkileri vardır. Hukuk sisteminin hukuksal olmayan temellerinin kırılabilirliği düşünüldüğünde, anayasacılığın istikrarı ve güvenliği anayasacılıktan daha çok anayasacılığı mümkün hale getiren anayasa öncesi anlayışlara bağlıdır diyebiliriz. Bu anlayışlardan bazıları anayasacılığı daha istikrarlı hale getirecektir ve bu yolla da uyumluluk ve tutarlılık değerlerine daha fazla hizmet edecektir. Biz bu değerlerin önemli olduğunu düşünebiliriz; ama başkaları bizden farklı düşünebilirler. Uyum ve tutarlılık değerlerine bizden daha az önem verenler de kendi anayasal değerlerinin hukuksal veya anayasal olmayan konulara bağlı olduğu gerçeğiyle yüzleşmek zorundadır. Anayasacılığın hangi türü olursa olsun anayasacılık anayasaya değil, her türlü anayasacılığı mümkün hale getiren anayasa öncesi anayasal taahhütlere bağlıdır.³³

KAYNAKÇA

- Alexander, Larry ve Frederick Schauer. "Rules of Recognition, Constitutional Controversies, and The Dizzying Dependence of Law on Acceptance", *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Matthew D. Adler ve Kenneth Einer Himma (Oxford: Oxford University Press, 2009), s. 175-192.
- Alexy, Robert, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson (Oxford: Oxford University Press, 2002).
- Bindreiter, Uta, *Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen's Doctrine* (The Hague: Kluwer Law International, 2002).
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Üçüncü Ek Baskı (Bursa: Ekin Yayınları, 2010).
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Dokuzuncu Baskı (Bursa: Ekin Yayınları, 2010).
- Himma, Kenneth Einer, "Understanding the Relationship between the U.S. Constitution and the Conventional Rule of Recognition", *Rule of Recognition and the U.S. Constitution*", derleyenler: Matthew D. Adler ve Kenneth Einer Himma (Oxford: Oxford University Press, 2009), s.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law* ikinci Baskı (Oxford: Oxford University Press, 1997).
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, (New Brunswick: Transaction Publishers, 2006).
- Kelsen, Hans, "On the Basic Norm", *California Law Review*, 47 (1959), s. 107-110.
- Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law* (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1967).
- Kelsen, Hans, *What is Justice?* (New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000).

33. Larry Alexander ve Frederick Schauer. "Rules of Recognition, Constitutional Controversies, and The Dizzying Dependence of Law on Acceptance", *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Matthew D. Adler ve Kenneth Einer Himma (Oxford: Oxford University Press, 2009), s. 192.

Raz, Joseph, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, (s. 122-145), *The Authority of Law*, İkinci Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2009).

Schauer, Frederick, “Amending the Presupposition”, *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, derleyen Sanford Levinson (Princeton: Princeton University Press, 1995), s. 145-161.

Shapiro, Scott J., *Legality* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011).

