

(Yeni) Bir Anayasanın Nihai Normatiflik Kaynağı Nedir?

Hukuki Pozitivizmden Yanıtlar¹

What is the Ultimate Source of Normativity of a (New) Constitution?

Replies From Legal Positivism

Ali Acar*

Çankaya Üniversitesi

ÖZET Bu makalede, Türkiye'deki yeni anayasa tartışmalarının bir boyutu ele alınmaktadır. Bu da, mevcut Meclis'in yeni bir anayasa yapıp yapamayacağı konusudur. Konu güncel ve dolayısıyla tartışmalar pratiğe dönük olmakla birlikte, bu makalede asıl olarak yapılmaya çalışılan, pratik tartışmaları da kapsayacak teorik bir çözümleme girişimi sunmaktır. Bu bakımdan, Kemal Gözler'in konuya ilişkin teorik ve pratiğe yönelik görüşlerini yansıttığı yakın tarihli bir makalesi hareket noktası olarak alınmıştır. Gözler'in asli kurucu iktidar kavramı tahlili üzerinden görüşlerini aktardığı makalesinde, o, mevcut Meclis'in teknik anlamda yeni bir anayasa yapamayacağını savunmaktadır. Gözler'in izinden gittiği ve pozitivist hukuk felsefesinin güçlü bir temsilcisi olan Hans Kelsen'in Temel Norm kavramı bu kapsamda incelenmiştir. Ancak makalede ortaya konmaya çalışılan fikir, konuya ilişkin bir başka pozitivist hukuk felsefecisi olan Hart'ın görüşlerinin de, meseleye uyarlanabilir olduğu ve Gözler'in savunduğu görüşten farklı bir sonuç doğurabileceğidir.

ANAHTAR KELİMELER Temel norm, tanıma kuralı, anayasa, pozitivist hukuk teorisi, normatiflik, Hans Kelsen, H.L.A. Hart

ABSTRACT In this article, one aspect of the discussions going on around a new constitution in Turkey is dealt with. The said aspect is the issue whether the present Grand National Assembly can enact a new constitution or not. Although the issue is currently under debate, thus the discussions around it have been directed to practical outcomes, the attempt made in this article is to offer mainly a theoretical analysis, which encompasses the practical discussions. In this respect, the starting point is the recently-published article of Professor Kemal Gözler, in which he presented his theoretical and practical views concerning the issue. In the article, in which Gözler presented his views on the issue through the analysis of the concept of constituent power, he claims that the present Grand National Assembly cannot adopt, in the technical meaning, a new constitution. The concept of Grundnorm of Hans Kelsen, being a potent representative of legal positivism, and which Professor Gözler follows, is analyzed in this context. However, the view to be revealed in the article is that the views of H.L.A. Hart, who is another potent representative of the positivistic theory of law, can be adapted to the issue at stake and it can result in a different view from the one advocated by Gözler.

KEY WORDS Grundnorm, the rule of recognition, constitution, legal positivism, normativity, Hans Kelsen, H.L.A. Hart

* Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, Araştırma Görevlisi

1. Bu makalenin taslak metni üzerinde görüşlerini ve eleştirilerini paylaşan ve bu vesileyle makaleyi geliştirmeme yardımcı olan değerli hocalarım Prof. Dr. Mustafa Tören Yücel'e, Prof. Dr. Mehmet Turan'a ve Dr. İlker Kılıç'a teşekkürlerimi sunarım.

GİRİŞ

Türkiye’de, dönemin şartlarına ve anayasanın yapısına bağlı olarak hep söylenegelmiştir; ‘bu anayasa (elbisesi) bize bol ya da dar’, diye.² Hali hazırdaki yeni anayasa taleplerine ve söylemlerine bu söz bağlamında bakılacak olursa, yeni bir anayasadan neyi çözmesinin beklendiğine ve bunu talep edenlerin mevcut anayasada neyi dar bulduğuna dair bir fikir edinilebilir.

Türkiye’de yeni bir anayasa talebi, aslında 1990’ların sonu ve 2000’li yılların başından beri yoğun bir biçimde Sivil Anayasa Girişimi gibi sivil oluşumlar tarafından talep ediliyordu. Bugün gelinen süreçte bu talebin - her ne kadar dinamikleri değişmiş olsa da- somut adımları şu sıralar Meclis’te devam eden Uzlaşma Komisyonu çalışmalarında vücut buluyor. Sürecin yeni bir anayasa ile sonuçlanıp sonuçlanmayacağı bu aşamada net değil, ancak, süreç nasıl tamamlanırsa tamamlansın, bir hususta teorik bir tartışma zemini açma gereği görülüyor. Bu da, başta anayasa hukukçuları olmak üzere konuyla ilgilenenlerin yaptığı temel tartışma konularından biri olan, mevcut Meclis’in bir anayasa yapıp yapamayacağı meselesidir.

KEMAL GÖZLER’İN KONUYA İLİŞKİN GÖRÜŞÜ

Mevcut Meclis’in yeni (*ab initio*) bir anayasa yapıp yapamayacağı, yapacaksa hangi usulle yapacağı hem teorik düzeyde hem de pratik düzeyde tartışılması gereken bir mesele. Bu konuda, Meclis’in sıfırdan bir anayasa yapabileceğini savunanlar kadar yapamayacağını ileri sürenler de var.³ Ancak belirtmek gerekirse, her iki görüşü savunanlar bakımından yeterli teorik açıklama bizim görebildiğimiz kadar yapılmış değil. Ancak bi-

2. Anayasa elbisesi metaforunu kullanmak bize özgü değil elbette. Örneğin, Kladderadatsch isimli Almanca yayımlanan mizah dergisinde yer alan “Anayasa Elbisesi” isimli karikatür bu metaforu Weimar Anayasası için, ancak farklı bir açıdan, kullanıyor. Karikatür, Weimar Anayasası’nı kaleme alan kişi olarak kabul edilen ve tarihin cilvesine bakın ki Yahudi kökenli bir hukukçu ve siyasetçi olan Hugo Preuss’u bir terzi kılığında çiziyor. Terzi Preuss elinde büyük bir makas, ağzında iğneler bir kadına elbise diyor: Anayasa Elbisesi. Elbisenin ön tarafında, Fransız Anayasası, İngiliz Parlamenterizmi, Amerikan Anayasası; arka tarafında da Marksizm yazıyor. Üstüne elbise dikilen kadın aynada kendine bakıp: “Hmm, sanki iyi Alman kumaşından yapılan önceki elbise bana daha iyi olmuştu” diyor. Dönemin Weimar Cumhuriyeti’nin yaşadığı sıkıntılara göndermede bulunan ve bir bakıma sorunun kaynağını anayasada gören bu karikatür, hali hazırda Türkiye’de yaşanan sürece uyarlanabilir gibi duruyor. Karikatür, Weimar Anayasası’nın kabul edilışinden tam 10 yıl sonra, 11 Ağustos 1929 tarihinde yayımlanmış. Karikatüre bu linkten ulaşılabilir: <http://digi.ub.uni-heidelberg.de/diglit/kla1929/0501>

3. TBMM, “TBMM Başkanı Cemil Çiçek Başkanlığında Anayasa Hukuku Profesörleri İle Toplantı,” (Ankara: TBMM, 2011). <http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/anayasa-hukukculari-ile-toplantı.pdf>

zim bu kısa çalışmamızın kaleme alınmasına vesile olan Kemal Gözler'in "Aslî Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?"⁴ başlıklı makalesini bu genel saptamadan ayrı tutmak gerekmektedir.⁵

Gözler, adı geçen makalesinde Meclis'in yeni/sıfırdan bir anayasa yapamayacağına dair teorik bir çerçeve sunmaktadır. Bu çerçevede Gözler'in başvurduğu temel sav, asli kurucu iktidar-tali kurucu iktidar ayrımına dayanıyor. Buna göre Gözler, sıfırdan (*ex nihilio*)⁶ bir anayasa yapabilecek olan iktidarın asli kurucu iktidar olduğunu ifade ederek, asli kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapması için bir hukuk boşluğu doğması (anayasanın ilga edilmesi veya hiçbir anayasa olmaması) gerektiğini ve bu iktidarın ancak olağanüstü dönemlerde ortaya çıkabileceğini iddia etmektedir. Bunun devamında Gözler, mevcut Meclis'in, (olağan) işleyen bir hukuk sisteminden doğması sebebiyle asli kurucu bir iktidar olmadığını, ortada herhangi bir anayasa boşluğunun da bulunmaması nedeniyle bu Meclis'in yeni bir anayasa yapamayacağını ileri sürmektedir.

Gözler'e göre, 12 Haziran 2011 seçimleri sonucu oluşan Meclis, ancak 1982 Anayasası'nın 175. maddesindeki usulü izleyerek ve değiştirilemez nitelikteki ilk üç madde dışında, geniş kapsamlı bir anayasa değişikliği yapabilir. Böyle bir durumda ise, teknik anlamda yeni bir anayasa değil, sadece kapsamı ne kadar geniş olursa olsun bir anayasa değişikliği söz konusu olacaktır.

Anılan makalesinde asli ve tali kurucu iktidar kavramlarını detaylı olarak açıklayan Gözler, asli kurucu iktidarların, yukarıda da belirtildiği üzere ancak olağanüstü durumlarda ortaya çıktığını ve bundan, yani anayasayı yaptıktan, sonra uykuya yattığını söylemektedir. Bu uyku ne kadar uzunsa kurulan anayasal düzenin de o kadar sağlam

4. Kemal Gözler, "Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?" (2011), http://www.anayasa.gen.tr/tbmm-yeni-anayasa.htm#_ftn5. Kemal Gözler benzer görüşlerini diğer eserlerinde de dile getirmektedir. Ancak kanımızca bu son makalesi, hem güncel hem de ele alınan konuya münhasır olmak dolayısıyla başlı başına hareket noktası olarak ele alınmayı hak ediyor.

5. Bu istisnaya, bir başka çalışmayı da eklememiz gerekiyor. Mehmet Turan, "Anayasanın Ön Varsayımlarını Değiştirmek: Frederick Schauer'in Hukuk Sisteminin Hukuksal Olmayan veya Hukuk Dışı Temellerinin Değişimi Konusundaki Görüşleri," *Çankaya University Journal of Law* 6, no. 1 (2011). Söz konusu makalede Mehmet Turan, anayasaların ön varsayımları değiştiğinde –ki bu aslında sosyolojik bir olgu meselesidir- anayasaların da değişebileceğini ifade etmektedir. Daha özeldir anayasanın değiştirilemez maddelerinin değiştirilip değiştirilemeyeceğini tartışan makale, Frederick Schauer'in görüşleri üzerinden bizim yaptığımız gibi Hart ve Kelsen'in teorilerini ele almakta ve Kelsen'in Temel norm kavramının yetersizliğini göstererek Hart'ın tanıma kuralı kavramına odaklanmaktadır. Bizim bu makalede ifade ettiğimiz görüşler, Mehmet Turan'ın görüşleri ve konuya yaklaşımıyla örtüşmekle birlikte, makale içinde görüleceği gibi ondan bazı açılardan ayrılmaktadır.

6. Bir anayasa hukukçusunun da ifade ettiği gibi böyle bir belirleme asli kurucu iktidar kavramına, kutsal bir nitelik atfetmek anlamında gelmektedir. Ulrich K. Preuss, "Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations between Constituent Power and the Constitution," *Cardozo Law Review* 14 (1992-1993), s. 640.

olduğunu dile getiren Gözler, bu kapsamda istikralı (veya sağlam) bir anayasa olarak Amerikan Anayasası'nı örnek göstermektedir.

Ortaya atılan tezler, elbette ki önemli politik ve hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Ancak, Gözler'in makalesini asıl olarak, kendini hukuka adayan bir hukuk insanının bilimsel kaygılarının bir tezahürü olarak algılamak daha doğru olacaktır. Bu nedenle, biz de bu kısa çalışmamızda kendisine bu noktadan hareketle bazı cevaplar vermeye ve tartışmayı bu zemin üzerinde götürmeye çalışacağız. Belirtmek gerekirse bizim de temel kaygımız, tıpkı Gözler'in olduğu gibi anayasa hukuku ve hukuk felsefesi alanında kalarak tartışmaya katılmaktır.⁷

HUKUKİ POZİTİVİZM VE HUKUK SİSTEMİNİN NORMATİFLİĞİN NİHAİ KAYNAĞI

Gözler'in makale boyunca yaptığı açıklamalar ve değerlendirmeler, anayasa hukuku ve siyaset biliminde tartışılan temel kavramlardan biri üzerine –asli kurucu iktidar- odaklanmaktadır. Ancak biz, tartışmanın zeminini biraz hukuk felsefesi yönünde de olsa değiştirmeyi göze alarak, konuyu tek bir soruya indirgeyerek ele alacağız: Hukukun veya bir hukuk sisteminin nihai normatif kaynağı nedir? Kapsamı biraz daraltarak, konuyla doğrudan ilgi kurmak için soruyu şu şekilde de sorabiliriz: Hukuk sisteminin en üst normu olan anayasaların geçerlilik kaynağı nedir?

KELSEN'İN HUKUKİ POZİTİVİZMİ: GRUNDNORM VE ASLİ KURUCU İKTİDAR

Gözler bu soruya hukuki pozitivizm perspektifinden cevap vermekte, ancak bunu da sadece belli bir hukuki pozitivist anlayışa dayandırmaktadır. Buna göre, bir hukuk sisteminde en üst hukuk normu olan anayasanın nihai (hukuki) geçerlilik kaynağı asli kuru-

7. Öte yandan siyaset felsefesi bakımından mevcut Meclis'in yapacağı bir anayasada demokratik bakımdan noksanların olacağı kuşku götürmez bir gerçektir. Her ne kadar, mevcut meclis kompozisyonunun temsil kabiliyetinin yüksek olduğu dile getirilse de, %10 barajı gibi yüksek bir seçim barajının varlığı, 12 Haziran seçim kampanyası esnasında siyasi partilerin somut bir şekilde yeni bir anayasa yapılacağına ve bunun içeriğine dair herhangi bir beyanda bulunmamış olması gibi hususlar, yapılacak anayasadaki demokratik noksanlıklar olacaktır. Ayrıca mevcut yasalarda yer alan ve demokratik bir kamuoyu oluşmasının önünde engel olarak duran ve ifade özgürlüğünü kısıtlayan yasa hükümlerinin varlığı da bu görüşü desteklemektedir. Ancak, belirtmek gerekirse, yukarıda aktarılan görüşler saklı kalmak kaydıyla, bu makalede dile getirilen görüşler siyaset felsefesi değil, daha çok hukuk felsefesi alanına ilişkin görüşlerdir. Her ne kadar bu iki alan arasındaki çizgi kalın bir çizgi olmasa da anlamlı bir ayırmadan söz etmek için bizim yaptığımız tartışmanın yeni bir anayasa yapılıp yapılamayacağına ilişkin olduğu, yoksa yapılması muhtemel olan anayasanın nasıl bir anayasa olacağı ve olması gerektiği hususuna yönelik olmadığını (en azından bu makalede) ifade edebiliriz.

cu iktidarın ortaya koyduğu iradedir. Bu anlayış büyük ölçüde Hans Kelsen tarafından ortaya konan hukuki pozitivism anlayışını yansıtmaktadır. Ancak ifade etmek gerekir ki belirtilen hukuki duruma uyarlanabilecek tek bir hukuki pozitivism anlayışı yoktur. Farklı bir açıklama getiren ve dolayısıyla farklı sonuçlar doğurabilecek H.L.A. Hart'ın pozitivist hukuk anlayışını daha sonra ele alacağız. Ancak şimdi, Gözler'in de peşinden gittiği Kelsenci hukuki pozitivismi biraz izah etmemiz (daha sonra Hart'ın teorisine geçiş yapmak ve onu daha kolay anlamak için de) gerekli görünüyor.

Her ne kadar makalesinde Kelsen'e bir atıf olmasa da Gözler'in Kelsenci bir hukuki pozitivismi benimsediği, makalesinde dile getirdiği aşağıda aktarılan görüşlerden rahatlıkla çıkarılabilir: Birinci görüşte Gözler, geniş bir halk hareketi dahi olsa, anayasada öngörülmeleyen bir yöntemle anayasanın değiştirilemeyeceğini savunmakta ve bu kapsamda aşağıda aktarılan ifadeleri kullanmaktadır:

“Anayasa değişikliği sürecinde iradesini açıklayan bu organlar (TBMM, Cumhurbaşkanı ve halk), Türkiye’de bir aslı kurucu iktidar değil, , *tali kurucu iktidardır*lar. Zira bunlar, 1982 Anayasası tarafından kurulmuş ve yetkileri yine bu anayasa tarafından kendilerine verilmiştir. Birer kurulmuş organ olarak, kendilerini kuran anayasayı ilga etme ve yeni bir anayasa yapma yetkisine haliyle sahip olamazlar.... Hatta yine varsayalım ki, bu metin, halkoylamasına sunuldu ve halkın % 90'ı tarafından kabul edildi. Böyle bir metnin bir hukukî geçerliliği yoktur. Zira burada ne TBMM'nin, ne de halkın böyle bir metnin kabulü konusunda irade açıklama yetkisi vardır.”⁸

Gözler'in ifade ettiği buna benzer görüşleri Kelsen bundan yıllar önce dile getirmiştir. Kelsen'e göre de yürürlükte olan bir anayasa, bu anayasada öngörülmeleyen bir yöntemle değiştirilemez. Böyle bir değişiklik olduğu takdirde ise, bu devrim anlamına gelir. Kelsen'in ifadeleriyle,

“kelimenin geniş anlamında devrim - ki bu darbeyi de kapsar- anayasanın meşru olmayan bir yolla değiştirilmesi veya yerine bir yenisinin konulmasıdır. Hukuk bilimi perspektifinden hukuki durumda meydana getirilecek böyle bir değişikliğin, meşru bir hükümete güç uygulanmak suretiyle mi yoksa hükümet üyelerinin kendisi tarafından mı veya geniş bir halk hareketi ya da küçük bir grup tara-

8. Gözler, “Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?” Aslında benzer görüşler Anayasa Mahkemesi tarafından, Türban Kararı olarak da nitelendirilen, 2008/18 E., 2008/116 K. sayılı, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişiklikleri iptal eden kararda da dile getirilmişti. Tek bir farkla ki, Mahkeme, kararında, nasıl bir sonuç doğuracağını tartışmadığı önemli bir ifade kullanmıştır: “Katılımcı, müzakereci ve uzlaşmayı esas alan demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi halktır.” Bu ifadenin bir sonucu olarak, demokratik bir rejimde ortaya çıkan asli kurucu iktidarın, yani halkın, kolektif olarak harekete etme kabiliyeti olduğu varsayılabilir. Bu kolektivitenin ne gibi farklı anlamlara gelebileceğine ve nasıl farklı sonuçlar doğuracağına dair bkz. Ulrich Preuss, “Constitutional Powermaking for the New Polity” s. 644. Ayrıca, demokratik bir rejimde, *egemenlik, asli kurucu iktidar ve temsil* kavramlarının nasıl bağdaştırılacağına dair sorgulama yapan bir çalışma için bkz. Lucien Jaume, “Constituent Power in France: The Revolution and Its Consequences,” in *The Paradox of Constitutionalism Constituent Power and Constitutional Form*, ed. Neil Walker and Martin Loughlin (Oxford - New York: Oxford University, 2007).

findan mı yapıldığı önemsizdir. Belirleyici olan husus, geçerli olan anayasanın, o ana kadar geçerli olan anayasada belirtilmeyen bir yöntemle değiştirilmiş veya yerine yenisinin konmuş olmasıdır.”⁹

Gözler’in Kelsenci bir hukuki pozitivizmi benimsediğini gösteren daha belirleyici bir (ontolojik) görüş ise onun *Hume Kanunu’nu* olumlamasında görülmektedir. Buna göre;

“...olgulardan normatif sonuçlar çıkarılmasına “Hume kanunu (*Hume’s law*)” engeldir. Bu kanuna göre, olgusal öncüllerden normatif sonuçlar istihraç edilemez. Tasvirî önermeler ile normatif önermeler iki ayrı dünyaya aittir. Norm normdan kaynaklanır; olgudan değil. Olgusal dünyadan normatif dünyaya geçiş yoktur.”¹⁰

Kelsen’in hukuki pozitivizmi de aynı anlayışı yansıtır. Tıpkı Hume kanununda belirtildiği gibi- aslında ondan etkilenererek-¹¹ olgulardan normlar türetilemez der Kelsen.¹² Ona göre de,

“bir normun geçerlilik nedeni her zaman bir normdur, bir olgu değildir ve olamaz. Bir normun geçerlilik nedeni araştırıldığında [sosyal] gerçekliğe değil, geçerliliği araştırılan normun türetildiği bir

-
9. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* trans. Max Knight, 2 ed. (Gloucester, Mass: Peter Smith, 1989; reprint, translation from: *Reine Rechtslehre*. 2nd rev. and enl. ed. Vienna: Deuticke 1960; First published 1967), s. 209. Gözler’in görüşlerine katılmadığı ve asli kurucu iktidar kavramının mucidi olarak kabul edilen Başrahip Sieyès bile, halkın iradesinin nihai irade olduğunu, anayasanın onun üstünde olamayacağını ve dolayısıyla halkın iradesini bağlayamayacağını savunmuştur. Bkz. Sieyès’ten aktaran Ulrich Preuss, “Constitutional Powermaking for the New Polity” s. 654.
 10. Gözler, “Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir Mi?” Bu noktada Gözler’in işaret etmediği bir hususa dikkat çekmek gerekmektedir. Asıl olarak ahlak felsefesi alanında geçerli olmak üzere Hume’un yaptığı ve daha sonra Hume Kanunu olarak nitelenen belirleme, felsefeciler arasında tartışmalıdır. Bu bakımından bazı filozoflar, Hume’un *Treatise on Human Nature* adlı eserindeki ilgili kısma yapılan atfın, ki Gözler de aynı yere atıf yapmıştır- yanlıcı ve/ya yanlış yorumlandığını ifade etmektedirler. Bu yöndeki görüşler için bkz. A. C. MacIntyre, “Hume On “Is” And “Ought”,” *The Philosophical Review* 68, no. 4 (1959), s. 452. MacIntyre’e göre Hume’un, adalet kavramını gerekçelendirirken yaptığı tespit- ki Hume’a göre adaletin gerekçelendirilmesi, onun herkesin uzun vadede çıkarına olmasından kaynaklanmaktadır- olgudan norma varılamaz öncülüyle çelişkili görülmektedir. Bu ise en geniş manada etiğin (adaletin) olgudan kaynaklanması anlamına gelmektedir, s. 457. Hume’a yapılan atfın yanlış yorumlandığına dair ayrıca bkz. D. C. Yalden-Thomson, “Hume’s View of ‘Is-Ought’,” *Philosophy* 53, no. 203 (1978), s. 90 vd.
 11. Kant’ta da olgu-norm düalizminin olup olmadığını tartışan Kelsen, her ne kadar Kant’ta olgu-norm arasında bir ayrıma götürecek düşünceler bulunabilirse de, Kant’ın bazı ifadelerinin bu konuda çelişkili olduğunu söyler. Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, trans. Michael Hartney (Oxford ; New York: Oxford University Press, 1991), s. 79-82. Ona göre Hume bu konuda Kant’tan daha tutarlıdır, *Ibid.*, s. 86. Ayrıca bkz. Andrei Marmor, *Social Conventions : From Language to Law* (Princeton, N.J. : Princeton University Press, 2009, s. 158.
 12. Ancak, Kelsen’in kendisinin Hume Kanunu konusunda tutarsız açıklamalar yaptığı da görülmektedir. Örneğin, 1929 yılında kaleme alınan *Doğal Hukuk Düşüncesi ve Pozitif Hukukun Özü* adlı makalesinde Kelsen, Grundnorm’u pozitif hukukun ötesine gitmeyen (ve bu nedenle varsayılmak zorunda olan) temel bir *olgu* olarak tanımlamıştır. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, trans. Anders

başka norma ulaşılır.”¹³ Bir başka ifadeyle, “bir normun geçerlilik nedeni, olgusal bir ifadenin doğruluğunun test edilmesi veya onun gerçekliğe uygun olması gibi değildir. Bir şeyin, niçin *olması* gerektiği, asla bir şeyin olmakta olduğu iddiasıyla değil, ancak ve sadece bir şeyin olması gerektiği iddiasıyla cevaplanabilir.”¹⁴

Bir normun zorunlu olarak bir başka (üst) normdan kaynaklanması gerekmesi nedeniyle, Kelsen için hukuk sistemi, *zorunlu* olarak hiyerarşik normlardan oluşmaktadır. Bu hiyerarşinin en üstünde yer alan pozitif hukuk normu anayasadır. Peki, anayasanın üstünde yer alan nedir? Bu soruya Kelsen’in verdiği cevap- *varsayımsal (vorausgesetzten)* olarak nitelendirilen, Kant’çı anlamda aşkın¹⁵ Temel (Grund) norm’dur.

Grundnorm, pozitif hukuk alanına ait bir norm değildir, tıpkı Gözler’in asli kurucu iktidar kavramının hukukun dışında ve üstünde olması gibi. Grundnorm geçerli ya da geçersiz olamaz. Onun temel işlevi, hukuk kurallarının objektif olarak (yani geçerliliği herkes tarafından kabul edilebilir bir şekilde) normatifliğini sağlamaktır. Asli kurucu iktidar tarafından kurulmuş bir anayasal düzenin de, o düzene tâbi olanlar için objektif olarak geçerli kılındığı (veya bunun varsayımsal olarak kabul edildiği), en azından Gözler’in ifadelerinden çıkarılabilir. Dolayısıyla, asli kurucu iktidar kavramı ile Grundnorm kavramı arasında yakın bir benzerlik vardır. İkisi de, genelde bir hukuk sistemine ve özelde de bir anayasaya geçerlilik sağlamaktadır. Biri (Grundnorm) varsayımsal olmakla birlikte diğeri devrim, darbe, iç savaş gibi sosyal bir olaya tekabül etmektedir. Bu bakımdan aslında, Gözler’in Hume Kanunu’na atıfta bulunmasında bir çelişki olduğu söylenebilir, zira asli kurucu iktidarı doğuran sebepler olarak saydığı olaylar, sosyal birer olay, yani fenomenler dünyasına ait birer öncüdür ve bu öncül, anayasanın geçerlilik kaynağı olarak kabul edilmektedir.

Wedberg (Russell&Russell, 1945), s. 396. Öte yandan, Grundnorm’un değişmesine ilişkin olarak belirttiği görüşlerinde Kelsen, yapılacak bir devrim veya darbeyle Grundnorm’un değişebileceğini söyleyerek olgusal bir gerçekliğin, normatifliğin kaynağı olabileceğini de söylemiş olmaktadır. Ayrıca Grundnorm’un herhangi bir içerikten bağımsız olup olmaması konusunda ifade ettiği görüşlerde de, onun düşüncelerinin olgu-norm ayrımı konusunda net olmadığını gözlemlenmektedir. Örneğin *General Theory of Law and State* (s. 120) Grundnorm’un içeriğinin, hukuk düzeninin yaratıldığı ve uygulandığı *olgular* tarafından belirlendiğini söylerken, Kelsen, *Pure Theory of Law*’ın ikinci baskısında bu konudaki düşüncesinden vazgeçmiş gözükmektedir.

13. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, s. 111.

14. Ibid., s. 110. Kelsen, olgu ve norm kategorilerini birbirinden ayırarak Kant’tan etkilendiğini göstermektedir. Aslında onun yeni-Kantçı bir felsefeden etkilendiği bilinmektedir. Bu konuda bkz. Don Martindale, *The Nature and Types of Sociological Theories*, 2 ed. (Boston: Houghton Mifflin 1981), s. 244-248.

15. Frederick Schauer, “Amending the Presupposition of a Constitution,” in *Responding to Imperfection : The Theory and Practice of Constitutional Amendment* ed. Sanford Levinson (Princeton: Princeton University, 1995), s.149-150 ; Leslie Green, “Positivism and Conventionalism,” *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 12, no. 1 (1999). s. 36.

Grundnorm'un varsayımsal niteliğini daha anlaşılır kılmak bakımından Kelsen'in kendi örneğini aktaralım. Bir Hıristiyan baba, çocuğuna okula git dediğinde, çocuğun babasının emrine uyması gerekir. Çocuk, neden babasının emrine uyması gerektiğini sorduğunda, alacağı cevap; çünkü Tanrı Hıristiyanlara, babanızın dediklerine uyun diye emretmiştir, olacaktır. İşte bu emir, bir Hıristiyan için varsayımsal nitelikteki temel normdur.¹⁶ Eğer kişi Hıristiyan olarak kalacaksa, (mantıksal olarak) bu noktanın ötesine geçerek neden Tanrı'nın dediğine uyalım diye bir soru tasavvur edemez.

Konuyla doğrudan ilgili olmamakla birlikte, ilerde Hart ile Kelsen'in farklılaştığı bir yöne dikkat çekmek için, Kelsen'in saf hukuk teorisinde Grundnorm kavramıyla yakından ilgili olan bir başka önemli kavramın açıklanması gerekli görünmektedir; bu da *norm* kavramının kendisidir. Kelsen'e göre genel olarak norm, en basit şekilde *emir* anlamına gelir.¹⁷ Normlar birçok alanda, ahlaktan hukuka, görülür. Toplumsal yaşamın bir parçası olan hukuk alanında geçerli olan normlar, bir iradenin eyleminin ürünüdür ve amacı, yöneldiği kişilerin davranışını belirlemek, yönlendirmek veya en geniş tabiriyle etkilemektir. Yani, hukuk alanında bir norm ihdas eden irade (yasama organı), yöneldiği iradelere (vatandaşlara) bir şeyler yaptırabilme veya o iradelere bir şeyleri yasaklayabilme, yetki ve hak vermeyi vb. hedefler. Benzer şekilde, elinde bir biçimde güç bulunduran herhangi bir irade de yöneldiği kişinin davranışını etkilemeye çalışır. Bu anlamda, hukuk normları da dâhil olmak üzere toplumsal yaşamdaki normlar, asıl olarak öznel iradelerin tezahürüdürler. Yani toplumsal alanda normlar (ahlaktan hukuka, örf-adetten görgü kurallarına) bir irade tarafından ihdas edilirler. Bu bakımdan, genel anlamda norm, asıl olarak öznel bir iradenin (ihdas veya emir verme) eylemine yüklenen bir anlamdan ibarettir.¹⁸

Konuyu izah için verilen klasik örnek şöyledir. Bir soyguncu ile bir vergi memurunun, paranızı (veya malınızı) almak için yaptığı eylem (paranızı veya malınızı almak için verdiği emir) arasında, eylemin anlamı bakımından bir fark olmamasına rağmen, birini diğerinden ayıran temel özellik, öznel iradeler tarafından ortaya konulan eylemlerden birinin (vergi memurunun emri) objektif geçerliliğe sahip olurken diğerinin bu nitelikten yoksun olmasıdır. Dolayısıyla vergi memurunun emrine, objektif olarak (hukuki) uyma yükümlülüğü olmasına karşın soyguncuya karşı böyle bir yükümlülük yoktur.¹⁹ İş-

16. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, s. 197.

17. Ancak emir olma dışında normlar, yetki ve izin verir, muafiyet tanır. Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, s. 1.

18. *Ibid.*, s. 2.

19. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, s. 47-48.

te, Kelsen'e göre vergi memurunun eylemini ve onun dayandığı hukuk normunu objektif olarak geçerli kılan nihai kavram Grundnorm'dur. Ona göre eğer, vergi memurunun emrini ve onun dayanağı olan hukuk normunun geçerliliğine dair zincirleme (ve hiyerarşik) bir silsile izlenecek olursa, önce yönetmeliğe (veya diğer benzeri düzenlemelere), sonra yasaya, daha sonra anayasaya ve nihai olarak Grundnorma ulaşılır.

Hukuk normlarını objektif olarak geçerli kılacak bir Grundnorm olmadığı, daha doğrusu böyle bir norm varsayılmadığı sürece hukukun objektif normatifliği kabul edilmeyecektir.²⁰ Bu durumda hukuk, güç ilişkileri, yani siyaset dışında bir şey olmayacaktır.²¹ Bunu engellemek için de Kelsen'in bulduğu çözüm varsayımsal bir Grundnorm'dur.²²

Yukarıda aktardığımız Hıristiyan baba-çocuk örneğini hukuka uyarlayacak olursak, Grundnorm'un sunacağı (nihai) açıklama şu olacaktır: Eğer hukuk diye bir toplumsal kurumun varlığından söz etmek istiyorsanız ya da hukuk alanı içinde kalmak istiyorsanız, öznel bir iradenin (yasama organı diyelim) tezahürü olan hukuk normlarının, Grundnorm varsayımı altından geçerli olduğunu kabul etmek zorundasınız. Bunun ötesinde, Grundnorm'un, hukuk kurallarını *nasil* (ve neden) objektif geçerli kıldığı yönünde bir soru olamaz, yoksa hukuktan siyaset (ve/ya ahlak) alanına geçmiş olur(sun)uz. Grundnorm varsayımı sayesinde hukuk, özerkliğini de sağlamış olacaktır. Bu yönüyle Kelsen'e göre, doğal hukukçuların, hukuku bir takım üstün değerlere bağlama teşebbüslerinin de önüne geçilmiş; bir başka deyişle hukuk, ahlak alanından ayrılmış olmaktadır.

Bu belirlemenin sonucu olarak Kelsen'e göre, tıpkı Gözler'in de üstü kapalı olarak ifade ettiği gibi, bir hukuk sistemi bir kez kurulduktan sonra, tarihsel olarak kabul edilen ilk anayasa tarafından belirlenen çerçevede, sistem kendi kendini üretir.²³ Yani hukuk normları, anayasa tarafından belirlenen çerçevede (usul ve yetki kurallarına uyularak) ihdas edilir, uygulanır, değiştirilir veya iptal edilir. Bu belirlemenin doğal sonucu da, anayasal sistemin belirlediği kuralların dışına çıkıl(a)mamasıdır. Sistem bu şekilde olağan

20. Bu nedenle Kelsen'e göre hukukun normatifliği kendinden menkul (from-within) bir normatifliktir. Bu konuda bkz. Sylvie Delacroix, "Hart's and Kelsen's Concepts of Normativity Contrasted," *Ratio Juris* 17, no. 4 (2004).

21. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, s. 218.

22. En son eserinde Kelsen, Grundnorm'un fiktif olduğunu ifade etmiştir. Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, s. 256.

23. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, s. 71; Kelsen, *General Theory of Law and State*, s. 124 ; Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory- a Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, trans. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson (Oxford ; New York Oxford University Press, 1992), s. 63.

seyrinde işlemeye devam eder; ta ki darbe, devrim, iç savaş gibi²⁴ Gözler'in de asli kurucu iktidarı üreten mekanizmalar olarak nitelendirdiği olaylar nedeniyle sekteye uğratılana veya değiştirilene kadar. Yani tarihsel olarak ilk denilebilecek bir anayasa tarafından belirlenen bir hukuk sistemi, ancak olağanüstü denilebilecek durumlar nedeniyle sekteye uğrar, aksi halde olağan işleyişte bu sistem kendi kendini üretir.

Gözler'in savunduğu düşünce de bu yöndedir. Şuan Türkiye'de asli kurucu iktidar denilebilecek, yani hukuk alanı dışında doğan hukuk üstü bir güç yoktur, her şey hukukun olağan işleyişinde devam etmektedir. Dolayısıyla sistem tarafından belirlenen kurallar (ve yetkiler) dışında kurallar (ve yetkiler) söz konusu olamaz. Gözler'e göre, yeni bir anayasanın gerekli olduğu ve onun siyaseten iyi sonuçlar doğuracağına dair beklentiler olması veya bunun geniş bir halk kesimi tarafından talep ediliyor olması neticeyi değiştirmez. Sonuç olarak bu Meclis, yeni bir anayasa yapamaz.

Kelsen'e göre de Grundnorm'un değişmesi ancak olağanüstü durumlarda görülür. Kelsen için en genel ifadesiyle Grundnorm'un değişmesi, "geçerli hukuk normu üreten ve uygulayan biçiminde yorumlanan olguların değişmesine"²⁵ işaret eder. Görüldüğü üzere Kelsen burada Hume Kanunuyla çelişkili olacak bir tespitte bulunmuştur, zira o da kaçınılmaz olarak olguya göndermede bulunmaktadır. Kelsen'e göre, Grundnorm'un değiştiğinin en belirgin olduğu durum *devrim*dir. O, burada devrim kavramını geniş bir şekilde anlamaktadır. Onun için devrim, yukarıda da aktarıldığı üzere, bir anayasanın, anayasada öngörülme-yen bir şekilde değiştirilmesidir.²⁶

Her ne kadar, din alanı için Kelsen'in verdiği ve yukarıda aktarılan örnek kabul edil(ebil)se bile, hukuk alanında bir adım öteye geçmeye herhangi bir engel yoktur. Bir başka ifadeyle, Grundnorm, olguyu normdan nasıl ayırır diye sormamak ve buna cevap aramamak için herhangi bir engel yoktur. Aksi, *akla ve insan deneyimine* güvensizlik ve haksızlık olur. Kaldı ki bu noktada sormamız gerekiyor: Gözler'in de kalıcı bir sistem olarak örneğini verdiği günümüz Amerikan Anayasa'sını ortaya koyan iktidar, o ana kadar işlemekte olan bir sistemdeki anayasal kuralı ihlal ederek yeni (1787) Amerikan Anayasasını yapmamış mıdır?

Bilindiği üzere 1787 Anayasası'ndan önce Amerika Birleşik Devletleri 'Konfederasyon Maddeleri' (Articles of Confederation) denilen anayasal statüye sahip bir takım kurullarla idare edilmekteydi. Ancak, gerek bu kurullarla ortaya konan örgütlenmenin yetersizliği ve gerekse ekonomik, siyasi ve tarihsel nedenlerle, 1787 yılında fe-

24. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, s. 208.

25. Ibid., s. 210. Görüldüğü üzere, Kelsen olgu-norm ayırımına ilişkin paradoksu aşamamıştır.

26. Ibid., s. 209.

dere devletleri temsilen belirlenen temsilciler, ihtiyaçlara cevap vermeyen anayasayı *değiştirecek* bir metin üzerinde çalışmakla görevlendirilmişlerdi. Fakat daha sonra bu temsilcilerin ortaya koyduğu metin, bugünkü *yeni* (1787) Amerikan Anayasası olacaktı. Bu temsilciler, yeni (1787) anayasanın yürürlüğe girebilmesi için, 9 federe devlet (ki o zaman için toplam 13 federe devletin 3/4'ü çoğunluğuna tekabül ediyordu) tarafından kabul edilmesini yeterli görmüşlerdi (Şuanki Amerikan Anayasası madde 7). Oysa ki, 1787 Amerikan Anayasası yürürlüğe konmadan önce yürürlükte bulunan Konfederasyon Maddelerine göre (madde 13), yapılacak her türlü anayasal değişikliğin bütün federe devletler tarafından *oybirliğiyle* kabul edilmesi kurala bağlanmıştı. Bu açık anayasal kurala rağmen, 1787 Amerikan Anayasası, 1788'de 9 federe devlet tarafından onaylanıp kabul edilerek yürürlüğe girmiştir (anayasa daha sonra diğer dört federe devletçe de kabul edilmiştir). Görüldüğü üzere, kendinden önceki açık anayasa kuralına aykırı bir biçimde, 1787 Amerikan Anayasası, 3/4 çoğunluğunu (9 federe devlet şartını) getirebilmiş; buna anayasal statü vererek yeni anayasayı yürürlüğe koyabilmiştir.²⁷

Hukuk sisteminin nihai (tek) normatif kaynağı, bir Grundnorm altında objektif olarak geçerli olduğu varsayılan öznel bir iradenin ortaya koyduğu normlar mıdır- ki bu normlara asli kurucu iktidarın iradesinin ürünü olan anayasa da dahildir? Yoksa bunun dışında alternatif bir açıklama var mıdır? Bu durumları açıklamaya Kelsen'in teorisi gerçekten yetkin midir? Öyle olmadığını düşünen İngiliz hukuk felsefecisi H.L.A. Hart, farklı bir pozitivist hukuk teorisi geliştirmiştir- ki bu teori ele alınan konu açısından önemlidir.

HART'IN HUKUKİ POZİTİVİZMİ

Hart da Kelsen gibi asıl olarak, hukuk nedir sorusuna cevap bulmaya çalışmıştır. Daha özelden cevabını bulmaya çalıştığı sorular: Bir hukuk sistemi nasıl mümkündür?

27. Richard Albert, "Nonconstitutional Amendments," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* XXI-I, no. 1 (2009), s. 8; Bruce A Ackerman, "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution," *The Yale Law Journal* 93, no. 6 (1984), s. 1058. Öte yandan, konumuzla doğrudan ilgili olmamakla birlikte bir başka örneği düşünecek olduğumuzda benzer bir açıklama ihtiyacıyla karşı karşıya kaldığımız görülecektir. Buna göre, günümüzde anayasal demokrasiye dayanan birçok sistemde, yasaların anayasal denetimi (yazılı) anayasalar tarafından bir düzenlemeye bağlanmıştır. Peki, bu sistemin kaynağı olarak gösterilen yine Amerika Birleşik Devletleri uygulamasının bir anayasal kurala değil de Yüksek Mahkeme kararı olan *Marbury v. Madison* davasına (ve ondan sonraki uygulamaya) dayanması nasıl açıklanabilir? Bu kurumun normatif dayanağının, bu davayla belirlenen ve devam eden uygulamaya borçlu olması nasıl izah edilebilir? Hatırlatmak gerekirse Amerikan anayasasında, anayasallık denetimine izin veren açık ve net bir anayasa kuralı (halen) yoktur.

Hukukta normatifliğin nihai kaynağı nedir?²⁸ Bunu yaparken Hart, başta Austin'in olmak üzere, Kelsen'in pozitivist hukuk teorilerine, doğal hukuk anlayışına ve hukuki realistlere karşı çıkmış, kendi teorisini bunlara verdiği cevaplarla inşa etmiştir. Hedefinde olan teorilerden biri olmak bakımından Kelsen'in teorisinin Hart için özel bir önemi vardır.²⁹ İlerde görüleceği gibi, aslında Hart ve Kelsen'in teorileri benzeşmekte, ancak önemli bir yönde de farklılık arz etmektedir. Bu farklılık, daha sonra teorilerin ortaya koydukları çeşitli sonuçlar bakımından kendini göstermektedir ki biz de bu çalışmada bu hususun bazı yönlerine değineceğiz. Ancak, hemen belirtmek gerekirse, Kelsen'in ve Hart'ın teorileri arasındaki derin ayrılık, asıl olarak Alman ve İngiliz felsefe geleneklerinin (rasyonalizm ve ampirizmin) bir yansımasıdır, denilebilir.

Hart'a göre bir hukuk sistemi, iki tür kuralın birleşiminden oluşur. Birincil kurallar (*rules of obligation*) dediği ilk grup kurallar, kişilerin haklarını ve ödevlerini belirleyen kurallardır. Aslında, hukuk denince ilk akla gelen kurallar bunlardır.³⁰ İşbölümünün fazla gelişmediği küçük ölçekli bir toplumda,³¹ bu kuralların varlığı, hukuktan söz etmek için yeterlidir. Esasen bu toplumlarda hukuk kurallarıyla, ahlak kuralları ya da örf-adet kuralları başta olmak üzere diğer sosyal kurallar arasında bir ayrım yoktur.³² Ancak günümüzün karmaşık yapıları modern toplumlarında bu birincil normlar hukuku açıklamada yetersizdir. Daha doğrusu, toplumlar karmaşıklaştıkça, birincil normlardan oluşan bir ilk(el) hukuk yapısı, hukuk alanında bir takım sorunlar çıkmasına sebep olur. Örneğin, toplum karmaşıklaştıkça neyin hangi durumda hukuk kuralı olduğuna dair bir *belirsizlik* oluşur ve ayrıca bu konuda belirsizliği giderecek bir yöntem de mevcut değildir. Küçük ölçekli basit toplumların hukuk kurallarında görülen *durağan* (statik) yapı, karmaşık yapıları toplumların sürekli ve hızla değişen gerekliliklerine cevap veremez. Öte yandan, bu basit sistemde hukuk normu ihlal edildiğinde, *etkin* bir yaptırım mekanizması olmadığından, kişiler sorunlarını kendi kendine çözmeye yoluna gidebilir ki bu-

28. Tabii pozitivist teori içinde kalan Hart, kendi hukuk teorisini inşa ederken Kelsen gibi, hukukla ahlak alanının farklı kategoriler olduğunu kanıtlamaya yarayacak bir hukuk teorisi kurmaya çalışmıştır. Bir başka deyişle, hukuki pozitivistlerin bu sorulara cevap aramadaki temel amaçlarından biri de, hukukun *özerk* bir toplumsal olgu/kurum olarak varlığını göstermeye çalışmaktır. Bu bakımdan Kelsen ile Hart'ın çabaları benzeşmekte, ancak hareket noktaları ve son durakları birbirinden farklılaşmaktadır.

29. Hart'ın Kelsen'in teorisi hakkındaki görüşleri için bkz. H.L.A. Hart, "Kelsen Visited," *UCLA Law Review* 10 (1962-63). S. 712-728. Ancak Hart'ın Kelsen'in Grundnorm kavramı hakkındaki görüşleri için bkz. H. L. A. Hart, *The Concept of Law- With a Postscript* (ed. Penelope A. Bulloch and Joseph Raz), 2nd edition (Oxford: Clarendon Press, 1994).

30. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, s. 82.

31. Hart için küçük ölçekli toplum tasviri, Durkheim'daki mekanik dayanışmaya dayanan toplum tipine veya Tönnies'in *Gemeinschaft*'ına tekabül etmektedir, denilebilir. Hart'ın bu toplum tipine yönelik olarak yaptığı betimleme için bkz. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, s. 92.

32. *Ibid*, s. 169.

nun istenmeyen sonuçları olabilir ve neticede sosyal düzen kontrol edilemez bir hal alabilir.

İşte Hart, günümüzün karmaşık yapılı (modern) toplumlarında, bu noksanları gidermek için ikincil kurallara ihtiyaç olduğunu söylemiştir. *Belirsizliği* gidermek için, bir durumda neyin hukuk kuralı olacağını gösteren ikincil normların en önemlisi Hart'a göre tanıma kuralıdır (the rule of recognition).³³

Tanım kuralı, bir hukuk sisteminde neyin hukuk kuralı olacağını gösterir, biçiminde basitçe tanımlanabilmekle birlikte, aslında karmaşık bir yapıya sahiptir ve bu karmaşıklığın çeşitli göstergeleri vardır. Bu bakımdan örneğin, Hart'ın üstün (supreme) ve nihai (ultimate) nosyonları arasındaki ayrımına dikkat çekmek ve bu ayrımı açıklamak gerekir. Üstün tanıma kuralı kriteri Hart için, Kelsen'de olduğu gibi, hukuk kurallarının geçerliliğini bulmak için takip edilecek zincirleme silsilede ortaya çıkar.³⁴ Buna göre, bir hukuk düzenlemesi, örneğin bir yönetmeliğin hukuki geçerliliği neye bağlıdır diye sorulduğunda verilecek cevap, yönetmeliğin geçerliliği, onu yapan iradenin yönetmelik yapmaya yetkili kılınmasından kaynaklanmaktadır, olacaktır. Devamında, yönetmelik yapma yetkisinin geçerliliği bir kanun maddesine ve kanun maddesi de nihai olarak bir anayasa hükmüne (ancak bunun yazılı bir anayasa olması gerekmez) dayanmaktadır. İşte bu örnekte anayasa, *üstün* tanıma kuralı kriteridir, ancak *nihai* tanıma kuralı değildir.³⁵

Anayasanın da üstünde yer alan *nihai* tanıma kuralı Hart'ın tanıma kuralı kavramına atfettiği asıl anlamdır. Üstün tanıma kuralı sistemden sisteme farklılık arz eder. Bazı sistemlerde üstün tanıma kuralı kriteri ile nihai tanıma kuralı örtüşebilir. Örneğin İngiltere'de hem üstün tanıma kuralı kriteri hem de nihai tanıma kuralı, *İngiltere'de hukuk, Avam ve Lordlar Kamarası tarafından ihdas edilip Kraliçe tarafından onaylanan (Queen-in-Parliament)*³⁶ her şeydir. Bu tanıma kuralının varlığının neye bağlı olduğu ise

33. Diğer ikisi, değiştirme kuralı (the rule of change) ve yargılama kuralı (the rule of adjudication)'dır.

34. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, s. 106.

35. Belirtmek gerekir ki Hart'da yer alan bu hiyerarşik anlayış zorunlu bir gereklilik değildir. Bu anlamda örneğin Hart'a göre hukuk kuralı olarak *örf-âdet* kurallarının veya common law sistemindeki *içtihatların* geçerlilikleri, yasa koyucunun, o kuralları (açık ve/ya zımni bir şekilde) hukuk kuralı olarak tanımasından değil, fakat tanıma kuralı tarafından örf-âdetin veya içtihadın hukuk olarak tanınmasından kaynaklanır. Ibid., s. 101.

36. Her ne kadar Hart'ın da kullandığı ifadeyi Türkçeye yukarıdaki gibi çevirmiş olsak da, teknik bir ifade olan Queen-in-Parliament kavramını biraz açıklamak gerekiyor, zira kavram İngiliz anayasa hukuku bakımından teknik bir terim. Buna göre, Queen-in-Parliament kavramı, genel anlamda İngiliz Kraliyeti'nin Commonwealth ülkelerindeki yasama faaliyetine ilişkin yetkisini ifade etmektedir. İngiltere örneği üzerinde, Queen-in-Parliament temel olarak üç bileşenden oluşur: Kraliyet (veya Kraliçe), Lordlar Kamarası ve Avam Kamarası. Yasama faaliyetinde Kraliçe'nin yetkisi tamamen biçimsel bir yetki olup, Parlamento'nun iki kanadı olan Lordlar ve Avam Kamaraları tarafından kabul edilen bir kanuna Kraliçe'nin onay vermesi zorunludur. Bu yetki paylaşımında siyasi güç, ağırlıklı olarak Avam Kamarası'ndadır. Bu noktaya dikkati çeken ve bu açıklamayı ekleme ihtiyacı hissettiren Prof. Dr. Mehmet Turan'a teşekkür ederim.

açıklanmaya muhtaç bir husustur ve bu, Hart'ı Kelsen'den ayıran temel noktalardan biridir.

Hart'ın tanıma kuralının varlığı konusunda getirdiği açıklamaya göre tanıma kuralı, hukuk sistemi içinde yer alan, başta hakimler olmak üzere, hukuk aktörlerinin (buna sistem içindeki görevliler de dahildir, ama ondan ibarettir denilemez) birbiriyle uyumlu pratikleridir.³⁷ Yani, tanıma kuralı kendini, sistemdeki hukuk aktörleri tarafından, hukuk kurallarını tanımlamada başvurulan (tanıma) pratiklerde ve kullanılan ölçütlerde (standartlar, ilkeler vb.) ve bunların birbiriyle uyumunda gösterir. Eğer böyle bir uyumlu pratik yoksa diyebiliriz ki hukuk sistemi de yoktur.³⁸ Yani bir hukuk aktörü bir hukuk kuralını sistem içinde (geçerli olarak) tanı(mla)rken, diğerleri de bu yönde davranmalıdır.³⁹ Bir başka ifadeyle, bir hukuk kuralının geçerliliği, o kuralın sistem içinde ortadan kaldırılmasına veya iptal edilmesine kadar herkes için bağlayıcı kabul edilmelidir, aksi halde sistemin varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır.

Tanıma kuralı tıpkı Grundnorm gibi geçerli ya da geçersiz olamaz, onun varlığı, bu tanıma kuralının *kabul edilmesine* (acceptance) ve sistem içinde bu kabule uygun olarak gerçekleştirilen *uygulamalara* bağlıdır. Bu durum ise gözlenebilir bir sosyal olgudur. Yani, İngiltere'de geçerli olan "Avam ve Lordlar Kamarası tarafından ihdas edilip Kraliçe tarafından onaylanan her şey" hukuktur kuralı, sistemdeki görevli ve yetkililerin ve başta da mahkemelerin uygulamalarına bakılarak gözlemlenebilir bir gerçekliğe tekabül etmektedir. Bu kuraldan sapmalar sistemin içindeki hukuk aktörleri tarafından, kural olmak hasebiyle yöneltilecek eleştiri (veya yaptırımlarla) kendini gösterir. İşte tanıma kuralını Grundnorm'dan ayırt eden en belirgin fark budur.

Buna göre, Avam ve Lordlar Kamarası tarafından ihdas edilip Kraliçe tarafından onaylanan her şeyin İngiltere'de hukuk olduğuna yönelik tanıma kuralı, Hart'a göre varsayımsal bir niteliğe değil,⁴⁰ sistemdeki görevli ve yetkililerin (polisten hâkimlere, milletvekillerinde avukatlara ve hatta halka), hukuk kurallarının geçerliliğini araştırırken ve buna karar verirken ve ayrıca o kuralları uygularken) başvurduğu pratiklere, yani bir sosyal gerçekliğe dayanmaktadır. Bu nedenle de bu pratiklerin göstereceği özelliklere göre,

37. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, s. 110.

38. J. M. Eekelaar, "The Principles of Revolutionary Legality," in *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A. W. B. Simpson (Oxford: Oxford University Press, 1973; reprint, 1978), s. 25.

39. Ancak bu durum, Hart'a göre tanıma kuralında belirsizlikler olmadığı anlamına gelmez. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 109, 148. Ne var ki bu belirsizliğin düzeyi Hart için, sistemin anlamlı bütünlüğünü bozacak düzeyde olamaz, aksi halde tanıma kuralındaki değişiklikten bahsetmek gerekir. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, s.144.

40. Kelsen'i ve Grundnorm'u eleştirdiği kısımda Hart, tanıma kuralının varsayımsal olamayacağını kabul eder. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, s. 108.

tanıma kuralı sistemden sisteme değişir. Bu, Hart'ın teorisini sosyolojiye yaklaştıran önemli bir özelliğidir.

Tanıma kuralı'nın *kabulü ve sosyal olgu olması meselesini anlamak için Hart'ın sosyal kural teorisinden ve bu teori içinde önemli bir yere sahip olan içsel bakış açısından (internal point of view) söz etmek gereklidir. Zira daha sonra anlaşılacağı üzere, tanıma kuralı asıl olarak Hart'ın sosyal kural teorisinden kaynaklanan bir kuraldır.⁴¹*

Sosyal kural teorisini⁴² Hart, temelde John Austin'in hukuk anlayışının yetersizliğini ve noksanlarını kanıtlamak için geliştirmiş ve buradan hareketle kendi hukuk kavramının en önemli kavramına varmıştır: tanıma kuralı. Buna göre, hukukun normatifliğinin kaynağını, mutlak olan egemenin buyruklarına alışkanlık olarak boyun eğmede gören Austin'in görüşlerine karşı Hart, bu teorinin hukuk sistemini (ve hukuki yükümlülüğü) açıklamadığı gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Hart'ın burada karşı çıktığı temel kavram alışkanlıktır. Zira ona göre alışkanlık, bir emre, kural nitelemesiyle uymayı gerektirmediği, yani hukukun normatifliğini açıklamadığı gibi, hukuki otoritenin devamlılığını ve ayrıca hukuk kurallarının sürekliliğini de açıklamaya yetmez.⁴³ Bu nedenle, bu hususları açıklayacak daha başka bir izaha ihtiyaç vardır. İşte bu izah sosyal kural teorisinden gelir.⁴⁴

Buna göre, bir sosyal kuralla alışkanlığın ortak ve farklı yönleri vardır. Öncelikle, bir toplulukta hem (toplumsal bir) alışkanlıktan hem de bir sosyal kuraldan söz edebilmek için, çoğunluğun gözlemlenebilir ve örtüşen bir davranış örüntüsü sergilemesine ihtiyaç vardır. Ancak bir toplulukta, bir davranışın sosyal bir kural gereği mi yoksa bir alışkanlık olarak mı yapıldığını ayırt etmede başvurulan ilk ölçüt, alışkanlığa uyulmadığı takdirde herhangi bir yaptırım söz konusu değilken, sosyal bir kurala uyulmadığı takdirde bir eleştiri ve kuralın niteliğine bağlı olarak yaptırım söz konusu olmaktadır. Öte yan-

41. Burada John Finnis'in de işaret ettiği bir hususa değinmek gerekmektedir. Buna göre, her ne kadar Hart teorisinde ikincil kuralları yetki veren kurallar olarak ve tanıma kuralını da bir ikincil kural olarak tanımlasa da, tanıma kuralının yetki mi verdiği yoksa ödev mi yüklediği konusu tartışmalıdır. John M. Finnis, "Revolutions and Continuity of Law," in *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. A. W. B. Simpson (Oxford: Clarendon Press, 1973; reprint, 1978), dipnot 38, s. 58. Örneğin Joseph Raz'a göre tanıma kuralı ancak ödev yükleyen bir kural olabilir. Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System* 2ed. (Oxford: New York Clarendon Press; Oxford University Press, 1980), s. 92-93; s. 199. Aynı yönde görüş için ayrıca bkz. Neil MacCormick, *H.L.A. Hart*, 2 ed. (Stanford; California: Stanford University Press, 2008), s. 33 ve Kenneth Einar Himma, "The U.S. Constitution and the Conventional Rule of Recognition," in *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, ed. Matthew D. Adler and Kenneth Einar Himma (Oxford; New York: Oxford University Press, 2009), s. 98.

42. Hart'ın sosyal kural teorisini *uygulama teorisini* olarak da isimlendirilmektedir. Joseph Raz'ın kullandığı "practice theory of rules" ifadesini Türkçede daha iyi ifade edecek bir terim düşünülebilir, Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, 2 ed. (Princeton; New Jersey: Princeton University Press, 1990; reprint, revised edition of 1975 by Hutchinson Press), s. 49-.

43. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, s. 60.

44. *Ibid.*, s. 55-57.

dan, başvurulan yaptırım ya da eleştiri, o kurala uyanlar tarafından, kuraldan sapma olarak nitelenen davranışın kendisiyle veya kuralın bizatihi varlığıyla meşrulaştırılmaktadır. Bir başka ifadeyle, kuralın varlığı, kurala uyan çoğunluk bakımından kurala uymayan azınlığa yaptırım uygulanmasını meşrulaştırmaktadır. Daha önemlisi ise, o topluluk içindeki çoğunluk, kuralla kendini bağlı hissetmektedir. Zira onlar için o sosyal kural, uyum davranışı göstermek için iyi bir nedendir. İşte bu nokta Hart'ın içsel bakış açısı dediği unsur etkilidir. Buna göre, sosyal kuralın geçerli olduğu topluluktaki çoğunluk, kendilerini kuralla bağlı hissetmekte ve kurala uymayan azınlığa uygulanacak yaptırımı böylelikle meşru görmektedirler.

Bu noktada Kelsen ile Hart'ın ayrıldığı bir başka husus çıkar karşımıza; bu da Hart'ın kural kavramının ontolojisine dair olan farklı bakış açısıdır. Kelsen için *yaptırım* normun neredeyse ayrılmaz, kavramsal olarak zorunlu bir unsuru iken,⁴⁵ Hart için kural (veya norm), öncelikle, topluluğun davranışlarına yön vermek için, toplum tarafından içsel bakış açısıyla kabul edilmesinden doğar. Yaptırım, kuralın ancak ikincil unsurudur.⁴⁶ Ancak, Hart'ın bu kural anlayışını, hukuk alanında yalnızca (daha sonra *Postscript*'te kendisinin de kabul etmek zorunda kalacağı gibi), bir sosyal kural olan tanıma kuralıyla sınırlı olarak anlamak gerekir. Buna göre, Kelsen'in normu bir iradenin eylemi olarak görmesine karşın Hart kurala, sosyolojik bir anlam atfeder. Yani kural, Hart'a göre öznel iradenin (ihdas) eyleminin ürünü değil, fakat bir topluluk içinde ortaya çıkan ve anlam ifade eden bir kavramdır. Ancak belirtildiği gibi bunu sadece tanıma kuralıyla sınırlı olarak anlamak gerekir. Yoksa örneğin bir kanunu veya yönetmelik hükmünün normatifliğini sosyal kural teorisinde aramak yanlış bir çabadır. Hukuk kurallarının geçerliliği (veya normatifliği), meclis veya yetkili organ tarafından ihdas edilmesinden doğar;⁴⁷ bu anlayışta bir sakınca yoktur. Ancak, mesele tanıma kuralı olduğunda farklılaşır.

Hart'ın tanıma kuralı, açıklanan sosyal kural modeline uyan bir sosyal kuraldır, en azından Hart'ın iddiası budur. Daha önce de vurgulandığı gibi, Hart'ı Kelsen'den ya da tanıma kuralını Grundnorm'dan ayıran temel özellik de, tanıma kuralının ampirik olarak sosyal bir gerçekliğe dayanmasıdır. Buna göre, bir anayasanın geçerliliği, öncelikli ve zorunlu olarak sistemdeki hukuk aktörlerinin, o anayasayı kabul etmelerine ve o anayasa ile kendilerini bağlı görmelerine bağlıdır. Bir başka ifadeyle, bir anayasanın normatifliği, temelinde içsel bakış açısıyla *kabul* edilen bir sosyal kural ve bu kabule ve kurala uygun pratikler yer alır.

45. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, s. 33.

46. H. L. A. Hart, *Essays on Bentham- Studies in Jurisprudence and Political Theory* (London; New York: Clarendon Press- Oxford University 1982), s. 135.

47. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, s. 256.

Hart'a göre, tanıma kuralının değeri meselesi ile onun varlığı farklı konulardır. Bu konu, hukuki pozitivizmin ana ilkelerinden olan ayrılabilirlik tezinin de temelidir. Buna göre, her kim tanıma kuralının iyi mi kötü mü, adil mi değil mi olduğunu değerlendirmeye kalkarsa, hukuk alanından ayrılmış, etik ve/veya siyaset alanına girmiş olur.⁴⁸ Yani, bu görüşte belirleyici olan unsur, tanıma kuralının sadece sosyolojik olarak (etkin bir şekilde) var olmasıdır. Onun *nasıl* bir tanıma kuralı olduğu, sistemde geçerli olan ahlaki, siyasi vb. değer yargılarıyla ilgilidir. Neil MacCormick'in de belirttiği üzere, adil (buna demokratik sıfatı da eklenebilir) bir sistemde tanıma kuralı, hem sistem görevlileri ve hem de vatandaşlar tarafından kabul edilecektir, ancak onun *varlığı* için görevliler tarafından kabul edilip uygulanması yeterlidir.⁴⁹

Tanıma kuralının vurgulanması gereken bir diğer özelliği, onun sosyal bir olgu/kural olması nedeniyle değişebilir nitelikte olmasıdır. Bu bakımdan tanıma kuralı, o kurala dair geçerli olan kabullenmenin ve uygulamanın, yani o alandaki sosyal gerçekliğin değişmesiyle, kısmen ya da tamamen değişebilir. Bir başka ifadeyle, sosyal bir kural olan tanıma kuralı, onu doğuran ve devam ettiren sosyal gerçekliğin değişmesine bağlı olarak değişebilir.⁵⁰ Ancak, bu sosyal gerçekliğin öyle kolay değişir bir gerçeklik olmadığı da açıktır. Eğer Gözler'in uykü metaforunu tanıma kuralına uyarlayacak olursak, bir tanıma kuralının, etkililiği, adilliği ve demokratikliği, o hukuk sisteminin ve dolayısıyla anayasanın devamlılığını sağlayan temel etkenlerden biridir diyebiliriz. Bu nedenle, Amerikan Anayasası'nın devamlılığını, asli kurucu iktidarın uzun süren uykusunda değil, tanıma kuralının niteliğinde aramak daha doğru olacaktır. Dolayısıyla, bir anayasanın geçerliliğine ilişkin olarak var olan ve uygulanmakta olan tanıma kuralının değişmesi, o anayasanın da değişmesi (veya değiştirilebilmesi) anlamına gelebilecektir.

48. Ibid., s. 107-108

49. Neil MacCormick, H.L.A. Hart, 1 ed. (London: Edward Arnold, 1981), s. 109, Hart'ın kendisini de dahil ettiği soft (veya inclusive ya da Türkçeye çevrildiği üzere kapsayıcı, bkz. Kenneth Einar Himma, Hukukun Ahlaki Kriterleri- Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma, çev. Saim Üye, (Ankara: BilgeSu Yay., 2010)) hukuki pozitivistler olarak adlandırılan bir kesim, tanıma kuralının ahlak kurallarına yer verebileceğini (kapsayabileceğini), ancak bunun kavramsal olarak bir zorunluluk olmadığını savunmaktadırlar. Öte yandan, katı (exclusive) hukuki pozitivistler ise buna karşı çıkarak, tanıma kuralının ahlak kurallarına hiçbir şekilde yer veremeyeceğini, aksi halde hukukla ahlak arasında bir ayrım kalmayacağını, aksinin kabulünün, hukuki pozitivistlerin temel tezlerinden olan ayrılabilirlik tezinin (separability) reddi anlamına geleceğini savunmaktadırlar.

50. Tanıma kuralının değişir nitelikte olduğunu vurgulayan görüşler için bkz. Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 94; Neil MacCormick, "Beyond the Sovereign State," *The Modern Law Review* 56, no. 1 (1993), s. 5; Richard H. Fallon, Jr., "Precedent-Based Constitutional Adjudication, Acceptance, and the Rule of Recognition," in *The Rule of Recognition and the Us Constitution*, ed. Matthew D. Adler and Kenneth Einar Himma (New York; Oxford: Oxford University Press, 2009), s. 66-67.

DEĞERLENDİRME

Hukuki geçerliliğin bir (Grundnorm) varsayım(ın)a dayanmadığı, tersine sosyal bir olgudan kaynaklanabileceği yukarıda Hart'ın teorisi kapsamında gösterildi. Dolayısıyla hukuki normatifliğe ilişkin nihai kaynağın bir sosyal olgu olması hasebiyle, bu olgunun değişimine bağlı olarak normatifliğin nihai kaynağının da değişebileceği, bu bakımından, işleyen bir hukuk sisteminde (etkili olmakla birlikte aksak olan) anayasaların değiştirilebileceği teorik düzeyde söylenebilir. Ancak fiili bir durumda bunun yapılıp yapılamayacağı, sosyolojik bir meseledir ve bu bakımdan Hart'ın teorisine bir ekleme yapmak ve/ya bir açılım getirmek gerekli görülmektedir.

Buna göre, Hart her ne kadar tanıma kuralını bir sosyal kural olarak tanımlamış ve bu noktada sosyolojiye kapı aralamış olsa da, tanıma kuralına yönelik olarak asıl hedefi felsefi ve kavramsal bir analiz yapmak olduğundan, detaylı ve somut sosyolojik tespitlerde bulunmamıştır. O sadece İngiltere'de o an geçerli olan tanıma kuralını vermiştir.

Tanıma kuralının niteliğine ve nasıl ortaya çıktığına ilişkin olarak Hart, *The Concept of Law*'ın ikinci baskısına eklenen ve teorisine yönelik eleştirilere cevaplarını içeren *Postscript*'te bu kuralın konvansiyonel (konsensüse dayalı) bir kural olduğunu ifade etmiş,⁵¹ ancak buna ilişkin olarak da tam bir açılım getirmemiştir. Hart'ın bu açıklamasının peşinden gidip tanıma kuralını konvansiyonel bir kural olarak değerlendirenler kadar,⁵² onun böyle konvansiyonel bir kural olmadığını, sadece uygulamaya dayanan bir sosyal kural olduğunu savunanlar⁵³ da vardır.

Bu bakımdan, tanıma kuralına yönelik Hart'ın çizdiği genel çerçeve kabul edilebilir olmakla birlikte, kuralın ortaya çıkışı noktasında onun da kafasında net olmayan çerçeveden ayrılmak ve bu noktada sosyolojik bir açıklama teşebbüsünde bulunmak mümkündür. Böylelikle Hart'ın araladığı sosyolojik kapıdan içeri girerek, her bir hukuk siste-

51. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, s. 256.

52. Andrei Marmor, tanıma kuralının konvansiyonel bir kural olduğunu ısrarla vurgulamakta ve buna ilişkin kaleme aldığı çeşitli eserlerinde konuya ilişkin özel bir tanıma kuralı teorisi geliştirmektedir. Andrei Marmor, "On Convention," *Synthese* 107, no. 3 (1996), s. 349-371 ; Andrei Marmor, "Legal Conventionalism," in *Hart's Postscript- Essays on the Postscript to the Concept of Law*, ed. Jules Coleman (New York: Oxford University, 2001), s. 193-218 ; Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values* (Oxford : New York Clarendon Press ; Oxford University Press, 2001) ; Marmor, *Social Conventions*. Tanıma kuralının konvansiyonel bir kural olduğuna dair farklı bir görüş için bkz. Gerald J. Postema, "Coordination and Convention at the Foundation of Law," *Journal of Legal Studies* 11 (1982).

53. Tanıma kuralının konvansiyonel bir kural olmadığına dair bir görüş için bkz. Julie Dickson, "Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?," *Oxford Journal of Legal Studies* 27, no. 3 (2007).

mi için tanıma kuralı belirleme uğraşına girilebilir. Ancak biz de, sadece bunun genel çerçevesini tespit etmekle yetineceğiz, yoksa sosyolojik yöntemler kullanılarak tespit edilmesi gereken⁵⁴ tanıma kuralını ve onun değişip değişmediğini burada tespit etmeye olanak yoktur.

Bu bağlamda denilebilir ki, Andrei Marmor'un konvansiyonel bir kural olduğunu savunduğu tanıma kuralı açıklaması yanında, sosyolojik anlamda *çatışma* kavramı da bir sosyal kural olarak tanıma kuralının ortaya çıkması bakımından bir açıklama aracı olarak değerlendirilebilir. Ve anayasaların tümden değiştirilmeleri esnasında veya çabasında bu kavrama başvurmak neredeyse kaçınılmazdır. Ayrıca bu şekilde, daha sonra tanıma kuralında ortaya çıkması muhtemel belirsizliklerin giderilmesi hususunda fikir sahibi olunabilir.

Buna göre, Hart'ın sadece liberal bir görüşe meyilli olan evrimsel ve uzlaşmacı tanıma kuralı anlayışı karşısında, siyaset ve güç ilişkilerini ve daha özeldede *çatışma* kavramını tanıma kuralının ortaya çıkması bağlamında ele alarak teoriye bir eklemede bulunabiliriz. Bu belirlemenin doğal sonucu olarak, bir ülkede tanıma kuralının nasıl ortaya çıktığını bulmaya yönelik çabalar, sosyolojik (ve tarihsel) bir analiz gerektirmektedir. İşte bu noktada, yeni anayasa tartışmaları çerçevesinde Türkiye'de görülen süreç, bir bakıma ortaya konan bu görüş noktasında bir test imkanı sağlayacaktır.⁵⁵

Şuana kadar Türkiye'de yapılan tartışmalar bağlamında, tanıma kuralının bir bakıma uzlaşma zemininde değiştirilmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir. Ancak, tanıma kuralının da temel bileşenleri olan, anayasanın kimliği veya temel yapısına ilişkin hususlar üzerinde bir *çatışma* yaşanması da kaçınılmaz görünmektedir. İşte bu temel konular üzerinde uzlaşma sağlanıp sağlanamayacağı, tanıma kuralının değişip değişmeyeceği konusuyla yakından ilgili olacaktır ve bu da uzlaşma üzerinden değil ancak *çatışma* üzerinden anlaşılabilir.

Değiştirilemez maddelere ilişkin olarak da, yukarıda aktarılan tespitleri uyarlayabiliriz. Buna göre değiştirilemez maddelerin nihai normatiflik kaynağı, onların anayasa da değiştirilemez olarak yazılmış bulunmasından değil, fakat onların, sistem aktörleri (ve halk) tarafından değiştirilemez olduğunun *kabul* edilmesinden (ve bu kabule yönelik güç ilişkilerinden) kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda Hart'ın, bir hukuk sistemindeki en üstün kural koyucunun, yani egemenin gücünün *hukuki olarak sınırlı* olabileceğine dair verdiği örneği hatırlatmak faydalı olacaktır. Bu örnekte Hart, monarşik bir Rex krallığı-

54. Kenneth Einar Himma, "The U.S. Constitution and the Conventional Rule of Recognition." s. 99.

55. Bu tes(pit), hem Hart'ın hem de Kelsen'in *etkililik* kavramına atfettiği önem üzerinden de inceleme konusu yapılabilir.

nı varsayar. Bu krallıkta eğer kralın, kişileri yargılamadan sınır dışı edemeyeceğine veya yargılama olmaksızın onlara hapis cezası veremeyeceğine dair *kabul edilmiş* bir kural varsa (ki bu tanıma kuralının bir bileşenidir), aksi yönde davranan Kral Rex'in koyacağı kural yok hükmünde olacak ve bu (sistemdeki) herkes tarafından o şekilde değerlendirilecektir. İşte bu kapsamda, Kral Rex'in egemenliği yasal olarak sınırlı olacaktır ve bu yasal sınır, bahsedilen kuralın *kabulüne* ve fiilen *uygulanmasına* bağlı kalacaktır.⁵⁶ Eğer bu *kabul* (ve ona bağlı uygulama) ortadan kalkarsa, Kral'ın yetkisi sınırsız (veya değiştirilemez maddelerin değiştirilebilmesi mümkün) olacaktır. Bu noktada Hart'ın bu örnekte göz ardı ettiğini düşündüğümüz husus, Kral'ın yasal sınıra aykırı olarak ihdas edeceği kuralı yok saymaya sistem içindeki karar mercilerinin (sistem içindeki görevlilerinin ve başta da mahkemelerin) gücünün yetip yetmeyeceğidir.⁵⁷ Ancak bu husus, hukukla sosyolojinin birbirine geçtiği bir alandır. Kelsenci anlamda bir hukuk anlayışının, o sosyolojiyi engellemeye muktedir olup olmayacağı sınanacak bir durum olacaktır.

Bu sosyolojinin güç ilişkilerinin bir yansıması olduğu gerçektir. Şuana kadar bu konu üzerinde yapılan tartışmalardan, sosyolojik düzeyde değiştirilemez maddelerin değiştirilemez olduğuna yönelik kabulün ortadan kalkmadığı; bu yönde bir uzlaşmanın olmadığı görülmektedir. Buna rağmen değiştirildiği noktada ise, değişikliğin *etkililik* seviyesine yükselip yükselmemeyeceği testini beklemek gerekecektir. Bu bakımdan, temelde Kelsen'in Grundnorm kavramından farklı olmayan asli kurucu iktidar kavramı üzerinden yürütülen tartışmayı, aslında bu çatışmanın bir türevi olarak anlamak da mümkündür.

Yukarıda aktarılan bütün teorik saptamalarla uyumlu olarak, Gözler'in belirttiği bir hususun, farklı bir noktadan hareketle kabul edilebileceğini ifade edebiliriz. Buna göre Gözler, asli kurucu iktidar olmayan mevcut Meclis tarafından yapılacak (teknik anlamda) yeni bir anayasanın iptalinin Anayasa Mahkemesi'nden istenebileceğini belirtmektedir. Her ne kadar iptal kararı verilebileceğini açıkça ifade etmese de, böyle bir anayasanın yok hükmünde bile kabul edilebileceğini söylemesinden, onun, Anayasa Mahkeme-

56. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, s. 68-69.

57. Darbe sonucu kabul edilen bir dizi yeni anayasanın geçerliliğinin tartışıldığı ve bu kapsamda Grundnorm'un değişip değişmediğinin sorgulandığı çeşitli mahkeme kararları hakkında bir makale için bkz. J. W. Harris, "When and Why Does the Grundnorm Change?," *Cambridge Law Journal* 29, no. 1 (1971). Buradaki Grundnorm kavramı yerine tanıma kuralı kavramı da konulması da düşünülebilir. Ancak, her ne kadar Kelsen'in Grundnorm kavramı mahkeme kararlarında bir argüman olarak kullanılmaya elverişli ise de aynı şeyi Hart'ın tanıma kuralı için söylemek zordur. Zira tanıma kuralının kendisi uygulamaya dayandığı için, böyle bir durumda mahkemenin vereceği nihai karar, tanıma kuralının değişmiş olup olmadığı noktasında değerlendirme konusu yapılacaktır. Bu bakımdan aslında, etkililik, kabul ve güç kavramları arasındaki ilişkilerin tanıma kuralı bahsinde tam bir çözümlemesinin yapılması gerekmektedir.

si'nin iptal kararı verebileceğini de savunuyor diye varsayabiliriz. İşte bu görüşe katılabiliriz. Ancak bu görüşe katılmamız, yeni bir anayasa yapılamayacak olması fikrinden değil, tanıma kuralının güç ilişkileri kapsamında değişip değişmeyeceği fikrinden kaynaklanmaktadır.

Dolayısıyla, Hart'ın teorisine ilişkin olarak yapılan genel değerlendirmeye ve ortaya konan teorik sonuca rağmen, bu teorinin Gözler'in savına uyarlanabilir bir tarafı olduğunu belirtebiliriz. Buna göre, eğer sistemdeki aktörler tarafından mevcut olan tanıma kuralının değişmediği yönünde genel bir (çoğunluk) kabul(ü) hakimse, (böyle bir durumda halkın bu güç ilişkilerini etkileme potansiyelini de ekleyebiliriz), bu durumda yeni anayasa yapılamayacağı veya yapılacak bir anayasanın iptalinin istenebileceği ve iptal istemine dair yapılacak değerlendirmeye göre ortaya çıkacak anayasa metninin iptalinin mümkün olabileceği söylenebilir. Bunu ifade ederken, bir kez daha Gözler ile ayrıldığımız noktanın, bu sonucu doğurması bakımından sunulan açıklama modeli olduğunun altını çizmemiz gerekiyor. Yani, bir anlamda eğer sosyal olgu düzeyinde Kelsenci bir hukuk anlayışı Türkiye'deki tanıma kuralının belirleyici bir parçası ise, Gözler'in belirttiği sonucun ortaya çıkması, yani yeni bir anayasanın yapılması durumunda iptal edilebilmesi teorik olarak mümkün gözükmektedir.⁵⁸

58. Bu bakımdan, değiştirilemez nitelikte olmayan dördüncü maddeyi bile doğal olarak değiştirilemez statüsünde gören Anayasa Mahkemesi'nin, ortaya çıkacak yeni bir anayasa karşısında nasıl bir yorumda bulunacağı veya kabul edilecek bir anayasayı değiştirilemez maddeler ışığında esas bakımından denetleyip denetlemeyeceği önemli bir sınav olacaktır.

KAYNAKÇA

- Ackerman, Bruce A. "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution." *The Yale Law Journal* 93, no. 6 (1984): 1013-72.
- Albert, Richard. "Nonconstitutional Amendments." *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* XXII, no. 1 (2009): 5-47.
- Delacroix, Sylvie. "Hart's and Kelsen's Concepts of Normativity Contrasted." *Ratio Juris* 17, no. 4 (2004): 501-20.
- Dickson, Julie. "Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?" *Oxford Journal of Legal Studies* 27, no. 3 (2007): 373-402.
- Eekelaar, J. M. "The Principles of Revolutionary Legality." In *Oxford Essays in Jurisprudence*, edited by A. W. B. Simpson, 22-44. Oxford: Oxford University Press, 1973. Reprint, 1978.
- Fallon, Richard H., Jr. "Precedent-Based Constitutional Adjudication, Acceptance, and the Rule of Recognition." In *The Rule of Recognition and the Us Constitution*, edited by Matthew D. Adler and Kenneth Einar Himma, 47-68. New York; Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Finnis, John M. "Revolutions and Continuity of Law." In *Oxford Essays in Jurisprudence*, edited by A. W. B. Simpson, 44-77. Oxford: Clarendon Press, 1973. Reprint, 1978.
- Gözler, Kemal. "Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: Tbbm Yeni Bir Anayasa Yapabilir Mi? ." (2011), http://www.anayasa.gen.tr/tbmm-yeni-anayasa.htm#_ftn5.
- Green, Leslie. "Positivism and Conventionalism." *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 12, no. 1 (1999): 35-52.
- Harris, J. W. "When and Why Does the Grundnorm Change?" *Cambridge Law Journal* 29, no. 1 (1971): 103-33.
- Hart, H. L. A. "Kelsen Visited." *UCLA Law Review* 10 (1962-63): 712-28.
- . *Essays on Bentham- Studies in Jurisprudence and Political Theory*. London; New York: Clarendon Press- Oxford University 1982.
- . *The Concept of Law- with a Postscript* Edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Himma, Kenneth Einar. "The U.S. Constitution and the Conventional Rule of Recognition." In *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, edited by Matthew D. Adler and Kenneth Einar Himma, 95-122. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2009.
- Jaume, Lucien. "Constituent Power in France: The Revolution and Its Consequences." In *The Paradox of Constitutionalism Constituent Power and Constitutional Form*, edited by Neil Walker and Martin Loughlin, 67-86. Oxford - New York: Oxford University, 2007.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*, translated by Anders Wedberg: Russell&Russell, 1945.
- . *Pure Theory of Law*, translated by Max Knight. 2nd ed. Gloucester, Mass: Peter Smith, 1989, reprint, translation from: *Reine Rechtslehre*. 2nd rev. and enl. ed. Vienna: Deuticke 1960; First published 1967.
- . *General Theory of Norms*. translated by Michael Hartney. Oxford ; New York: Oxford University Press, 1991.
- . *Introduction to the Problems of Legal Theory- a Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford ; New York Oxford University Press, 1992.
- MacCormick, Neil. *H.L.A. Hart*. 1 ed. London: Edward Arnold, 1981.
- . "Beyond the Sovereign State." *The Modern Law Review* 56, no. 1 (1993): 1-18.
- MacIntyre, A. C. "Hume On "Is" And "Ought"." *The Philosophical Review* 68, no. 4 (1959): 451-68.
- Martindale, Don. *The Nature and Types of Sociological Theories*. 2 ed. Boston: Houghton Mifflin 1981.

- Postema, Gerald J. "Coordination and Convention at the Foundation of Law." *Journal of Legal Studies* 11 (1982): 165-203.
- Preuss, Ulrich K. "Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations between Constituent Power and the Constitution." *Cardozo Law Review* 14 (1992-1993): 639-60.
- Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System : An Introduction to the Theory of Legal System* 2ed. Oxford: New York Clarendon Press; Oxford University Press, 1980.
- . *Practical Reason and Norms*. 2 ed. Princeton ; New Jersey: Princeton University Press, 1990. Reprint, revised edition of 1975 by Hutchinson Press.
- Schauer, Frederick. "Amending the Presupposition of a Constitution." In *Responding to Imperfection : The Theory and Practice of Constitutional Amendment* edited by Sanford Levinson, 145-63. Princeton: Princeton University, 1995.
- TBMM. "TBMM Başkanı Cemil Çiçek Başkanlığında Anayasa Hukuku Profesörleri İle Toplantı." Ankara: TBMM, 2011. <http://yeniayanayasa.tbmm.gov.tr/docs/anayasa-hukukculari-ile-toplanti.pdf>
- Turan, Mehmet "Anayasanın Ön Varsayımlarını Değiştirmek: Frederick Schauer'in Hukuk Sisteminin Hukuksal Olmayan veya Hukuk Dışı Temellerinin Değişimi Konusundaki Görüşleri." *Çankaya University Journal of Law* 6, no. 1 (2011): 1-20.
- Yalden-Thomson, D. C. . "Hume's View of 'Is-Ought'." *Philosophy* 53, no. 203 (1978): 89-93.

