

Anayasa Hukukunda "Yalancı": Alf Ross Paradoksu

Mehmet TURHAN*

ÖZET: Felsefi veya mantıksal paradokslara verilebilecek en iyi örneklerden biri “Yalancı Paradoksu”dur. “Yalancı Paradoksu”nda, “Bu cümle yanlıştır” ifadesi şartıtcıdır; çünkü eğer cümle yanlışa doğru, doğrusya yanlış olmaktadır. Bu tür cümleler rasyonel çözümlemelere direnen ifadelerdir. Alf Ross’a göre kendine atfta bulunan normlar anlamsızdır; bunun nedeni kendine atfta bulunan cümlelerin anlamsız olmasıdır. Bazı hukuk kuralları başka hukuk kurallarının nasıl değıştirmeceğini düzenler. Ama bu “değıştirmeyle ilgili kurallar” da çoğunlukla daha üstte yer alan ve bu kuralların nasıl değıştirileceğini düzenleyen kurallar tarafından değıştirilebilir. Anayasa değışikliğini düzenleyen kural gibi, değışikliğı düzenleyen kural, kendi sistemi içinde en üstte yer alıyorsa, bu kural sadece bu kuralın getirdiğı usule uyularak değıştirilebilecektir. Alf Ross paradoksu, anayasada anayasa değışikliğini düzenleyen hükmün kendisi, bu hükmün değıştirilmesinde kullanıldığında ortaya çıkmaktadır. Ross’a göre anayasa değışikliğini düzenleyen hükmün kendisinin değıştirilmesi kavramsal ve mantıksal güçlüklerle dolu olduğundan, bu paradoksun çözümü için değıştirilemeyen ve yazılı olmayan temel bir normun varlığının varsayılması gerekmektedir. Bu yazıda Alf Ross’un paradoksu incelenmiş ve bulunduğı çözüm eleştirilmiştir. Peter Suber’in doğrudan kabul teorisi bize hiçbir kuralın mutlak olarak değıştirilemez olmayacağını göstermektedir. Gerekli kabul sağlandıktan sonra halk her türlü yasayı değıştirebilir.

ANAHTAR KELİMELE: paradokslar, Yalancı Paradoksu, kendine atfta bulunan ifadeler, anayasa değışikliğı,

temel normların geçerliğı, değıştirilemez hükümler

THE LIAR IN CONSTITUTIONAL LAW: ALF ROSS’S PARADOX

ABSTRACT: One of the best examples, we may give for philosophical or logical paradoxes is the liar’s paradox. In liar’s paradox the statement, “This sentence is false” is puzzling; because if it is false, then it is true; if it is true then it is false. The liar’s sentence resists rational solution. Alf Ross argued that self-referring norms had to be meaningless since self-referring sentences are meaningless. Some legal rules govern the change of other legal rules. But even these “rules of change” are changeable, usually by higher level rules of change. When a rule of change is supreme within its own system as a constitutional rule of change, then it is changeable, if at all, only under its own authority. The paradox of self-amendment, in other words Alf Ross’s paradox arises when a rule is used as the authority for its own amendment. For Ross, amendments to the amending clause present conceptual difficulties that can be solved only by supposition of an unwritten basic norm that cannot be amended. Here I analyze Ross’s paradox and reject Ross’s own solution. I show that Peter Suber’s direct acceptance theory implies that no rule is absolutely immutable. With the requisite acceptance, the people can repeal any law.

KEY WORDS: paradoxes, liar paradox, self-referring sentences, amendment, validity of basic norms, immutable norms

* Prof.Dr. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

No law inherited from our ancestors is immutable; if unjust laws persist, we are responsible for them.

Peter Suber, “Paradox of Self-Amendment in Constitutional Law”

I- PARADOKSLAR¹

Felsefi paradokslara verilecek en iyi örneklerden biri “Yalancı Paradoksu”dur: Yalancı “şimdi yalan söylüyorum” dediğinde, söylenen acaba doğru mudur yalan mıdır? Eğer yalancının söylediği doğruysa, bu durumda yalancı yalan söylemektedir ve bu nedenle söylediği doğru değildir. Eğer yalancının söylediği yalansa, yalan söylemiyor demektir, o halde yalancının söylediği doğrudur; ama bu yalan söylediğinin doğru olduğu demektir. O halde yalancının söylediği doğru mudur yalan mıdır? Yalancı paradoksunun bir başka

şekli olan “bu cümle yanlıştır” ifadesi de şaşırtıcıdır. Eğer bu ifade yanlışa doğru; doğru ise yanlış olduğu sonucuna varmak durumunda kalmaktayız.² Bu ifadeler kendilerine atıfta bulunmaktadır ve bu nedenle de bunlar rasyonel çözümlere direnen ifadelerdir.³

Anayasa hukukunda çeşitli paradokslara rastlanmaktadır. Her şeyden önce anayasal devletin liberal anlaşılışı paradoksaldır. Liberal değerler sistemi egemen devleti hukuka bağlı tutarak iktidarını sınırlandırmak ister. Bunun yanında anayasacılığın liberal vizyonu ideal demokrasiye verdiği belirli biçim nedeniyle devleti hukukun kaynağı olarak da kabul eder. Devleti hukukun kaynağı olarak görmek ve devleti hukukla sınırlandırmak birbiriyle çelişkilidir. Bu iki vaat liberal anayasacılığı paradoks bir kavram haline dönüştürmektedir.⁴ Anayasa hukuku ve siyaset felsefesiyle ilgili önemli

- 1 Güncel Türkçe Sözlükte “paradoks” sözcüğünün tanımı şöyle yapılmaktadır: “1. Aykırı düşünce: “Başından beri çevremizde bize karşı bir kalabalık, gerçek dışı bir grup olarak kaldık, toplumsal bir paradoks olarak.” -A. İlhan. 2. Çelişki. 3. fel. Düşünceler arasında tartışmaya açık, kesin bir yargı içermeyen karşılıklı.” Bizi ilgilendiren felsefi paradokslardır: Felsefede paradoks düşünceler arasında tartışmayı, açık karşılıklı, çelişkiyi veya çatışkıyı ifade etmektedir.
- 2 Şu tür paradokslar da “yalancı paradoksu” nun aynıdır: “Bu cümleyi okumayın!” “Bu cümledeki harf sayısı otuz yedi değildir” (37 harfvar). Epimenides ilk çağ filozoflarından; Günün birinde “bütün Giritliler yalancıdır” der. Epimenidesde Giritlidir ve “ben yalancı söylüyorum” der. Peki, Epimenides doğruyu söylüyormu? Hayır, çünkü Giritlidir; o halde yalancıdır; ama ya “yalancı söylüyorum” derken yalan söylüyorsa? Yalancı paradoksu şöyle de açıklanabilir: Kral ülkenin yalancıları arasında bir yarışma açar. “İşte bu yalan,” diyebileceği bir yalan uydurana bir küp altın vaat eder. Yalancılar akın akın saraya gelip yalanlarını söylerler; fakat yalancılar ne kadar akıl almaz olursa olsun kral hep, “olabilir; niye olmasın ...” gibi cevaplar verir. Böylece kral hem eğlenmektedir hem de bir küp altından olmaktadır. Derken kahramanımız elinde boş bir küple huzura çıkar ve konuşur: “-Rahmetli dedem bir savaşta çıkacaktı, ancak o günlerde hazinede yeterli para yoktu. Dedeniz dedemden bu küple bir küp altın borç aldı ve ‘bu borcunu torunum torununa ödeyecektir,’ diye söz verdi. Ben de dedemin borcunu bana ödemeniz için buraya geldim.” Kral, “işte bu kuyruklu bir yalan!” deyince adam, “o halde ödülümü alayım,” dediğinde Kral, “hum şey doğru da olabilir” demek zorunda kalır. Bunun üzerine adam, “o halde borcunuzu ödeyin” der.
- 3 Felsefi paradokslar konusunda bakınız: Peter Cave, *This Sentence is False: An Introduction to Philosophical Paradoxes* (London: Continuum, 2009); Michael Clark, *Paradoxes From A to Z*, İkinci Baskı (London: Routledge, 2007). Felsefede ve mantıkta paradokslar önemli bir yere sahiptir. Çok çeşitli felsefi paradokslar söz konusudur. Bu felsefi paradokslardan birini aktarmak istiyorum: Plutark’ın aktardığı Yunan efsanesine göre, Girit’ten muzaffer dönen Theseus’un gemisi Atina’da hatıra olarak uzun süre muhafaza edilir. Zamanın geminin tahtaları çürüdükçe yenileriyle değiştirilir. Öyle ki, bir gün geminin değiştirilmedik hiçbir parçası kalmaz. Bu durumda gemi hala Theseus’un gemisi sayılır mı, yoksa başka bir gemi haline mi dönüşmüştür? Gemi, antik filozoflar için tartışma konusu olur. Paradoksun çözümü için çeşitli öneriler ortaya atılmıştır. Bunu hukuka uygulayabiliriz. Örneğin bir Anayasa’nın maddelerinin büyük bir çoğunluğu değiştirildiğinde bu anayasa yeni bir anayasa mıdır?
- 4 Oren Perez, “Law in the Air: A Prologue to the World of Legal Paradoxes”, *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, derleyenler Oren Perez ve Gunther Teubner (Oregon: Hart Publishing, 2006), s. 20.

bir paradoks da Richard Wollheim'in demokrasi paradoksudur. Wollheim bu paradoksu şöyle açıklamaktadır:

“Şimdi demokratik makinenin değerlendirmeler anlamında siyasal seçeneklerle beslendiğini kabul edelim. Değerlendirmeler daha önce belirlenmiş bir kurala göre bir araya getirilmekte ve bunun sonucunda makine kendi seçimini yapmaktadır. Bu durumda demokrasiyi kabul eden herkes makinenin belirleyeceği seçeneği kabul etmekle yükümlüdür.

Ama hemen bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bir vatandaşın demokratik makineye sunulmak üzere A'yı veya B karşısında A'yı tercih ettiğini düşünelim. Yapılan yoruma göre bu durumda vatandaşın, A'nın tercih edilmesi gerektiği konusunda düşüncesini ifade ettiği söylenebilir. Ve şimdi de bu ve diğer yapılan tercihlerle beslenen makinenin kendi seçimiyle ortaya çıktığını ve makinenin seçiminin B olduğunu varsayalım. Örneğimizdeki vatandaş, daha önce belirttiğimiz gibi açıkladığı düşüncesi A'nın kabul edilmesi gerektiği yolundayken; nasıl olur da, B'nin kabul edilmesi gerektiği biçiminde bir düşünmeyi gerektiren makinenin tercihi kabul edecektir?”⁵

Ülkemizde 12 Eylül 2010 günlü yapılan anayasa değişiklikleri ile ilgili halk oylamasında anayasa değişikliklerini doğru bulmayan bir vatandaşı düşünelim. Bilindiği gibi, halkoyuna sunulan anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girebilmesi için halk oylamasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması gerekmektedir. Halk oylaması sonucunda anayasa değişikliğine “evet” diyenler kazandığında, değişikliklere “ha-

yır” kişi birbiriyle uyuşmayan iki düşünceye sahip olmaktadır. Yani hem anayasa değişikliğinin reddedilmesini hem de halk oylamasında “evet” sonucu çıktığı için kabul edilmesini istemektedir.

Hiç kuşkusuz, anayasa hukukunda paradokslara verilecek en önemli ve en ünlü örneklerden biri de İngiltere'deki parlamento egemenliğidir. Ünlü anayasa hukukçusu A. V. Dicey İngiliz Anayasasına göre parlamento egemenliği ilkesini parlamentonun istediği her türlü yasayı yapmak veya yapmamak hakkı ve bunun yanında da hiç kimsenin ve organın parlamentonun çıkardığı yasaları geçersiz kılmak veya iptal etmek yetkisinin olmaması olarak tanımlamıştır. Parlamentonun egemenliği kuralı şöyle ifade edilebilir: “Parlamento istediği her türlü yasayı yapmak ve yapmamak yetkisine sahiptir.”⁶ İngilizler parlamentonun egemenliğini esprili bir biçimde bazen şöyle ifade etmektedirler: İngiltere'de parlamento kadını erkek ve erkeği kadın yapmak dışında her şeyi yapabilir. Parlamentonun egemenliği ilkesinin şu üç hususu kapsadığı ileri sürülmektedir: 1) Parlamento her konuda yasa yapabilir veya yapmayabilir. 2) Parlamentonun kabul ettiği yasalar mahkemelerce herhangi bir nedenle iptal edilemez. 3) Hiçbir parlamento gelecek parlamentoları bağlayıcı yasa yapamaz.⁷ Ancak nasıl olur da egemen olan parlamento gelecek parlamentoları bağlayıcı yasalar yapamaz? Tartışma, “parlamento istediği her türlü yasayı yapmak veya yapmamak yetkisine” sahip olduğu kuralının, parlamentonun kendisine atıfta bulunamayacağı; çünkü kendine atıf yapan cümlelerin mantıksal olarak anlamsız olduğu noktasında ortaya çıkmaktadır.⁸

5 Richard Wollheim, “A Paradox in the Theory of Democracy”, *Philosophy, Politics and Society*, derleyenler Peter Laslett ve W. G. Runciman (Oxford: Oxford University Press, 1962), s. 78.

6 A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, with introduction by E. C. S. Wade (London: Macmillan & Co Ltd, 1959), s. 39-40. Bu kitabın ilk baskısı 1885 yılında yapılmıştır. Ayrıca bakınız: H. W. R. Wade, “The Basis of Legal Sovereignty”, *The Cambridge Law Journal*, 13, (1955), s. 172-197.

7 Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s. 76-84.

8 Patrick Fitzgerald, “The ‘Paradox’ of Parliamentary Sovereignty”, *The Irish Jurist* (1972), s. 38.

Demek ki ortada, anayasalarda yer alan anayasaların nasıl değiştirileceğini düzenleyen hükümlerin değiştirilmesinde olduğu gibi, paradoksal bir durum vardır.

Bir başka soruyla bu konuya devam edelim. Egemen otorite nasıl anlaşılacaktır? Egemen otoritenin anlaşılışı çok kolaydır. Siyasal sistemde en üstte yer alan otoritenin altında yer otoriteler, daha altta yer alan otoriteler üzerinde iktidara sahiptirler, ama kendileri üzerinde iktidarları yoktur; çünkü bu otoriteler üzerinde iktidara sahip olan otorite daha üstte yer alır. Böylece en üstte yer alan otoritenin altında yer alan otoritelerin kendileri üzerinde iktidara sahip olmadıklarını söyleyebiliriz. En üst otorite veya egemen otorite ise kendileri üzerinde iktidara sahip olmayan otoriteler üzerinde iktidara sahip olan otorite olacaktır. O halde egemen otorite şöyle tanımlanabilir: Sadece kendileri üzerinde iktidara sahip olmayan otoriteler üzerinde iktidara sahip olan otorite egemen otoritedir.⁹

Böyle bir otorite olamaz; çünkü yukarıda tanımlandığı biçimde bir otorite “Russell Paradoksu”nu içermektedir. Russell paradoksu şöyle açıklanabilir. “Kendi kendisinin üyesi olmayan tüm kümelerin kümesi, kendisinin bir üyesi midir?” Eğer “üyesidir” dersek, tüm kümelerin kümesinin bu kümede işi ne? Çünkü bu küme sadece kendisinin üyesi olmayan kümelerin kümesidir. Eğer “üyesi değildir” diyorsak, bu kez de tüm kümelerin kümesi kendine üye olmayan bir küme olur, o zaman da tüm kümelerin kümesini bu kümeye dâhil etmemiz gerekir, ama bu durumda da bu küme kendine üye olabilen bir küme olur. Yani ortaya bir kısır döngü çıkmaktadır.

Demek ki Russell paradoksunda yanıtımız ister evet ister hayır olsun, çelişkiye

düşmekten kurtulamayız. Bunu biraz daha açıklayalım. Siz bu makalenin okuyucususunuz. Bu nedenle bu makalenin okuyucularının oluşturduğu kümeye dâhil olabilirsiniz. Bu makalenin okuyucularının oluşturduğu küme geniş veya büyük de olabilir dar veya küçük de. Sizin okuyucu olmanız yanında birçok başka özellikleriniz de söz konusu olabilir. Ama bu makalenin okuyucularından oluşan küme bu makalenin okuyucusu olamaz. Çünkü küme makale okuyamaz. Küme aynen sayılar gibi soyut bir kavramdır. Okuyucular kümesinin öğelerinin bu kümenin üyesi olabilmeleri için gereken özelliği okuyucu olmalarıdır. Bireyin herhangi bir özelliği o kümeyi belirleyebilir. Kuzular kümesinin özelliği öğelerinin kuzu olmasıdır. Ama kuzular kümesinin kendisi kuzu değildir. Böylece ortaya “kendisinin üyesi olmadığı” küme kavramı çıkmaktadır. Kendi kendilerine üye olmayan kümelere “normal kümeler” denebilir. Kendilerinin üyesi olmama özelliğine sahip bireysel kümeler bir araya gelebilir ve bir küme oluşturabilir. Böylece kendisinin üyesi olmayan küme kavramı ortaya çıkar. Kümelerin çoğu kendilerinin üyesi değildir. Ancak bazı kümeler kendilerinin üyesidir. Çay içmeyenlerin oluşturduğu kümeyi düşünün. Bu küme bazı insanları, birçok başka yarattığı, ağaçları, sayıları ve kümeleri içerecektir. Böyle olduğunda çay içmeyenlerin kümesi kendini de kapsayacaktır; çünkü kendi kendisine üye olabilecektir. Kendi kendisine üye olabilen kümelere de “anormal kümeler” denebilir. Russell’ın kümesi tüm normal kümeleri içine alan kümedir. Russell’ın kümesinin temel özelliği “kendisinin üyesi olmayan” kümelerden oluşmasıdır. Böylece Russell’ın kümesi hayvanlar kümesini, teneke kutularını kümesini, inşaatçıların kümesi gibi kendi

9 Bakınız: J.C. Hicks “The Liar Paradox in Legal Reasoning”, *Cambridge Law Journal* 29 (2) (Nov. 1971), s. 281-283. Laurence Goldstein, “Four Alleged Paradoxes in Legal Reasoning”, *Cambridge Law Journal* 38 (2), (Nov. 1979), s. 377-378.

kendilerine üye olamayan kümeleri kapsayacaktır. Bu kümelerin kendisi hayvan, teneke kutu ve inşaatçı değildir. Kuşkusuz Russell'ın kümesi çay içmeyenler kümesi olamaz; çünkü bu kümenin kendisi kümenin üyesidir. Şimdi kaçınılmaz soruyla karşılaşılıyor: Russell'ın kümesinin kendisi nedir? Bu küme kendisinin üyesi midir? Russell'ın kümesinin kendisinin kümesinin üyesi olduğunu varsayalım. Bu durumda bu küme kendisine üye olabildiğinden kendisinin üyesi olamayacaktır. Şimdi de bu kümenin kendisinin üyesi olmadığını düşünelim. Bu durumda kendisinin üyesi olmayan öğelerin oluşturduğu kümenin üyesi olabilecektir. Ortaya kısır döngü çıkmaktadır. Demek ki Russell'ın kümesi gibi bir küme olamaz; çünkü ortada bir çelişki ve belirsizlik vardır.¹⁰

Russell paradoksunun daha anlaşılabilir şekli berber paradoksudur. Berber paradoksu da şöyledir: Bir berber, bulunduğu köydeki erkeklerden, yalnızca kendi kendini tıraş etmeyen erkekleri tıraş etmektedir. Bu durumda berberi kim tıraş edecektir? Kendini tıraş etmezse, kendini tıraş etmeyen herkesi tıraş ettiğinden, kendini tıraş etmeli. Kendini tıraş ederse, kendini

tıraş edenleri tıraş etmediğinden, kendini tıraş etmemelidir.¹¹

“Egemen otorite sadece kendileri üzerinde iktidara sahip olmayan otoriteler üzerinde iktidara sahip olan otorite” olarak tanımlanacak olursa, böyle bir egemen otoritenin olamayacağı söylenebilecektir. Egemen otorite sadece ve sadece kendi üzerinde iktidara sahip olmayan otoriteler üzerinde iktidara sahip olduğuna göre, egemen olarak nitelediğimiz bu otorite kendi üzerinde de iktidara sahip olamayacaktır. O halde bu otorite egemen otorite değildir; çünkü her şeyi yapabilecek bir iktidara sahip olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu ise bir paradokstur.¹²

Her şeyi yapabilen parlamentonun gelecekteki parlamentoları bağlayıcı yasa yapamaması bir paradokstur. Hemen anlaşılacağı gibi bu paradoks Tanrı paradoksunun benzeridir. Tanrı paradoksu şöyle ifade edilebilir: Her şeye gücü yeten Tanrı, kaldıramayacağı ağırlıkta bir kaya yaratabilir mi?¹³

HLA Hart İngiltere'de parlamentonun egemenliği dendiğinde, egemenliğin diğer nitelikleri yanında, parlamentonun gelecek

10 Bakınız: Peter Cave, *This Sentence is False: An Introduction to Philosophical Paradoxes* (London: Continuum, 2009), s. 48-49; Cemal Yıldırım, *Matematiksel Düşünme, Altıncı Basım (İstanbul: Remzi Kitapevi, 2010)*, s. 82-83. Russell'ın paradoksunun matematiksel olarak açıklanışı için bakınız: Ali Nesin, *Matematik ve Korku (İstanbul: Nesin Matematik Köyü Yayınları, 2008)*, s. 205-209.

11 İlk bakışta berber paradoksu yalancı paradoksuna benzemektedir: “Bu cümle yanlıştır.” Bu cümle eğer yanlışa doğru, doğruysa yanlıştır. Ancak berber ve yalancı paradoksları arasında önemli bir fark vardır. Berber paradoksundaki çelişkiden tanımlandığı bir biçimde berber olamaz diyerek kurulabiliriz. Bu paradokstaki çelişki bu tanımlandığı biçimde bir berber olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak yalancı paradoksunda bu şekilde reddedebileceğimiz bir varsayım bulunmamaktadır.

12 Goldstein, “Four Alleged Paradoxes in Legal Reasoning”, s. 379. Egemenlik tanımı yukarıdaki gibi yapıldığında paradoks da ortaya çıkmayacaktır. Russell, berber ve egemenlik paradokslarının içerikleri değil, biçimleri birbirine benzemektedir. Parlamento egemenliğinin tanımı yapılrken şu anki parlamentonun gelecek parlamentoların iktidarlarını sınırlandırabilmesi istenirken; aynı zamanda da gelecek parlamentoların şu anki parlamentonun sınırsız egemenliğinin aynısına sahip olması istenmektedir.

13 Tanrı paradoksu anayasayı değiştirme iktidarı gibi her şeye gücü yeten hukuksal iktidarlara da uygulanabilir. Nasıl olur da her şeye gücü yeten iktidar değiştirilemez bir biçimde kendini sınırlandırabilecektir? Mackie Tanrı paradoksunu basitçe şöyle ifade etmektedir: “Tanrının Gücü her şeye yeter; “Tanrı bütünüyle iyidir”; ama “kötülük de vardır”. Bu üç önerme arasında bazı çelişkiler vardır. Eğer bu üç önermeden herhangi bir biçimde ikisi doğruysa üçüncüsü yanlış olmak durumundadır. Bakınız: J. L. Mackie, “Evil and Omnipotence” *Mind*, 64 (April 1955), s. 200.

parlamentoları bağlayıcı yasa yapamaya-çağı biçiminde anlaşıldığını belirttikten sonra, ortaya çıkan paradoksun şöyle aşılabileceğini belirtmektedir:

“Ancak böyle bir Parlamentonun olması gerektiği yolunda ne mantıksal ne de doğal bir gereklilik bulunmaktadır. Söz konusu bu durum hukuksal geçerlilik kısıtası olarak kabul edebileceğimiz akla gelebilecek düzenlemelerden sadece biridir. Bu diğerleri arasında bir başka ilke vardır ki, aynı biçimde belki de daha iyi bir biçimde ‘egemenlik’ adını hak etmektedir. Bu ilke, Parlamentonun geri alınmaz bir biçimde gelecekteki yasama yetkisini sınırlandırma iktidarına sahip olmamasının yerine, geniş anlamda bu kendini sınırlandırma iktidarına da sahip olması gerektiğini söylemektedir. Böylece Parlamento en azından tarihinde bir kez şu anki doktrinin kabul ettiğinden daha geniş bir yasama yetkisi kullanabilecektir. Her ne olursa olsun, Parlamentonun varlığının her anında kendi koydukları dâhil olmak üzere her türlü hukuksal sınırlandırmalardan bağımsız olacağı, hukuksal olarak her şeye gücü yetme gibi müphem bir düşüncenin sadece bir yorumudur. İşin aslında gelecekteki Parlamentoların yasama yetkilerini etkilemeyen her türlü konuda *devam eden* (sürekli) egemenlik ile kullanılması sadece bir kez mümkün olabilen sınırsız ama *kendini kapsayan* egemenlik arasında bir seçim yapılmaktadır. Her şeye gücü yetmenin bu iki türlü anlaşılışı, iki türlü her şeye kadir Tanrı anlayışıyla paralellik göstermektedir. Bir yanda varlığının her anında aynı güçleri kullanan ve bu nedenle bu güçlerini azaltamayan Tanrı ile gelecekte her şeye gücü yetmeyi yok edebilecek güçlere sahip Tanrı anlayışı söz konusudur.

Parlamentomuzun hangi tür egemenliğe – devam eden veya kendini kapsayan- sahip olduğu sorusu hukuku tanımlamada en son ölçüt olarak kabul edilen kuralın biçimiyle bağlantılı ampirik bir sorudur. Bu hukuk sisteminin temelinde yatan kural ile ilgili bir soru olsa bile, yine de bu sorunun herhangi bir zamanda, en azından bazı noktalar açısından, oldukça belirli bir yanıtı söz konusu olabilir. Böylece şu an kabul edilen kuralın açıkça bir çeşit devam eden egemenlik anlayışı olduğu söylenebilir; bu nedenle şu anki Parlamento yaptığı yasaların gelecekteki Parlamentolar tarafından kaldırılmasını engelleyemez.”¹⁴

Tanrı ve egemenlik paradoksu çok gizemli değildir. Kendi iktidarını sınırlandıran bir parlamento veya kaldıramayacağı ağırlıkta bir taş yaratan Tanrı, böyle bir olaydan sonra da kendisinden daha üstün iktidara sahip olmama anlamında, yine en üstün iktidara sahip olacaktır. Ama her şeyi yapabilme iktidarına sahip olmayacaktır. Goldstein şöyle bir örnek vermektedir: Herhangi bir yerde en üstün otoriteye sahip bir diktatör düşünelim. Bu diktatörün ülkede kendisi dışında kendi kendini sakatlamayı yasakladığını varsayalım. Eğer diktatör kendi kendini sakatlayacak olursa, kuşkusuz bu sakatlığı oranında iktidarından kaybedecektir. Ancak bu tür bir iktidar kaybı diktatörün en üstün otorite olduğu olgusunu değiştirmeyebilir.¹⁵

İncelemeye çalışacağımız paradoks şöyle açıklanabilir: Bilindiği gibi bazı hukuk kuralları başka birtakım hukuk kurallarının nasıl değiştirileceklerini düzenler ve kural olarak değişiklikleri düzenleyen kuralların kendisi de değiştirilebilir. Genellikle bu değişiklikler daha üstte yer alan ve yapılacak değişikliği düzenleyen kural-

14 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2. Baskı (Oxford: Oxford University Pres, 1994) 149-150. Bu yapıtın ilk baskısı 1961 yılında yapılmıştır. Hart bu düşüncüyü J. L. Mackie’den esinlenerek geliştirmiştir. Bakınız: J. L. Mackie, “Evil and Omnipotence” *Mind*, 64 (April 1955), s. 211-212.

15 Goldstein, “Four Alleged Paradoxes in Legal Reasoning”, s. 379-380.

lar tarafından gerekçeleştirilir. Değişikliği düzenleyen kural hukuk sisteminde en üstte yer olan kural ise, bu kural bu kuralın getirdiği usule uyularak değiştirilebilir. Paradoks, değişikliği düzenleyen kuralın kendisi, daha doğru bir söyleyişle, bu kuralın getirdiği usul kullanılarak değiştirildiğinde ortaya çıkmaktadır. Değişikliği düzenleyen kural anayasa gibi en üstte yer alan bir kural ise paradoks daha göze batar bir hale gelmektedir. Eğer anayasada yapılan değişiklik orijinalinden farklıysa veya orijinal kuralla çelişiyorsa veya yapılan değişiklikle anayasa bir daha değiştirilemez bir duruma geliyor veya anayasa değişiklikleri yasaların değişiklikleriyle aynı düzeye getiriliyor ise paradoks en üst düzeyde olacaktır. Üzerinde durmak istediğimiz konu anayasalarda yer alan Anayasa'nın nasıl değiştirileceğiyle ilgili hükmün kendisinin değiştirilmesidir (self-amendment).

II- ALF ROSS PARADOKSU

Hukuka içten baktığımızda hukukun kendi kendini yaşatan, yaratan, değiştiren ve meşrulaştıran ve kendi kendine referans ta bulunan kapalı bir sistem olduğu görülecektir. Yani modern hukuk kendine referans yapan, kendine başvuran bir sistemdir. Bu içsel perspektif açısından hukuk sadece kendi otoritesi altında değiştirilebilir veya meşrulaştırılabilir. Bu kapalı sistem paradokslar yaratır; çünkü bu, kendine referans yapan bir sistemdir. Bu sistemde hukuk kuralı kendi meşruluğu ve değişikliği için bir otorite olarak kullanılmaktadır. Hukuk filozofları bu tür bir sistemde ortaya çıkan çelişkiler, tutarsızlıklar ve çözümsüzlükler karşısında çok kez şaşkına dönmüşlerdir. İşte bu paradokslardan biri de “yalancı paradoksu”yla çok yakın akrabalığı olan Alf Ross paradoksudur. Anayasalarda Anayasa'nın kendisinin nasıl değişikliğini düzenleyen hüküm, yalancı paradoksunda

olduğu gibi, kendinden söz eden ve bu nedenle de çelişki yaratan bir hükümdür.

Sorun özet olarak şudur: Eğer bir anayasada anayasa değişikliği ile ilgili bir hüküm varsa, bu hükmün kendisi bu hükmün değiştirilmesinde kullanılabilir mi? Ortada paradoksal (çelişkili) bir durum var mıdır ve varsa bu yasal olabilir mi? Eğer bu durum yasal kabul ediliyorsa hukukun mantığı ne kadar mantıksal olmalıdır?¹⁶ Bu soruların yanıtlarını bulmaya çalışalım. Ancak bu sorulara yanıt bulmadan önce Alf Ross'un paradoksu açıklayışını inceleyelim.

Alf Ross'a göre kurallar *yetki (yetkilendirme) kurallarına (rules of competence) uygun olarak çıkarılır. Yetki kuralı yasalastırmanın geçerli olacağı yeterli ve zorunlu koşulları belirler. Her türlü yetki kuralı bir otorite (authority) oluşturur. Bir başka deyişle, her yetkilendirme kuralı yasa yapma sürecini belirleyen koşulların bütününi gösteren bir otorite oluşturur. Yetki kuralının kendisi bir başka otorite tarafından yasalastırılmış yazılı bir hukuk kuralı olabilir. Böyle bir otorite de bir başka otorite tarafından yaratılabilir. Öncekinin geçerliliği sonrakinden kaynaklandığından, sonrakinin hukuk sisteminde daha üstte yer aldığı kabul edilmelidir. Bu durum sonsuza kadar gidemeyeceğinden varlığı bir başka otoriteden kaynaklanmayan en üstte yer alan bir otoritenin olması gerekir. Bu durum Alf Ross tarafından şöyle gösterilmektedir (O otorite ve Y yetki kuralı olmaktadır):*

O1 Y1 tarafından oluşturulur; Y1 O2 tarafından çıkarılır;

O2 Y2 tarafından oluşturulur; Y2 O3 tarafından çıkarılır;

O3 Y3 tarafından oluşturulur; Y3 bir başka otorite tarafından çıkarılmamıştır.

16 Nir Kedar, “The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes”, *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, derleyenler Oren Perez ve Gunther Teubner (Oregon: Hart Publishing, 2006), s. 101.

Ross’a göre sistemdeki en üst otorite O3’dür ve Y3 bu otoritenin temel normudur. Ancak nasıl oluyor da Y3 bir başka otorite tarafından çıkarılmamaktadır? Ross’un sorusu ve paradoksun kaynağı Y3’ün hukuksal varlığıdır. Ross’a göre bu sorunun iki olası yanıtı vardır:

(1) Y3 hukuksal olarak bir yasadır; yani bir pozitif hukuk kuralıdır. Bu yetki kuralı bir başka otorite tarafından çıkarılmadığından O3 tarafından çıkarılmış demektir.

(2) Y3 bir pozitif hukuk kuralı değildir. Yani Y3’ün hukuksal geçerliliği bir başka normun geçerliğinden kaynaklanmamaktadır. Y3 olgusal bir gerçektir veya sistemdeki herhangi bir kuralın geçerliği için bir önvarsayımdır.¹⁷

Alf Ross bu her iki sonucun da kabul edilemeyeceğini belirttiikten sonra bu söylenenleri anayasa hukukuna şöyle aktarmaktadır: Ross’a göre her Anayasa’nın temel görevi yasama yetkisini belirlemektir. Eğer biz bunu yukarıda verilen örnekteki O2 olarak tanımlarsak anayasa yasa koyucunun yetkisini belirleyen kuralları (Y2) içerir. Eğer anayasada anayasayı değiştirme ile ilgili bir kural varsa bu kural (Y3) bir başka yasa-yapma sürecini saptar ve daha üstte yer alan otoriteyi ortaya çıkarır (O3). Buna anayasa hukukunda kurucu iktidar veya kurucu otorite denir. Eğer bir anayasa kendi koyduğu anayasayı değiştirme usulü dışında bir başka anayasayı değiştirme usulü ve otoritesi tanıımıyorsa, bu durumda O3 sistem içindeki en üst otoritedir ve Y3 de bu otoritenin temel normudur. Ross bu söylediklerine 1953 tarihli Danimarka Anayasasını örnek olarak vermektedir. Biz bu anlatılanları ülkemize uyarlıysak, 1982 Anayasasına göre, 175. maddede tanımlanan anayasayı değiştirme usulüne uygun olarak ortaya çıkan iktidar Türkiye’deki en

üst hukuksal otoritedir. Anayasa’nın 175. maddesi de Türk hukuk düzeninin temel normudur.

Temel sorun şudur: 1982 Anayasasının 175. maddesi, yani en yüksek otoriteyi (O3) oluşturan Y3 nasıl değiştirilebilecektir? Ross’a göre Y3’ün hukuksal varlığı sorusuna verilebilecek iki yanıt olabilir:

(1) 175. maddede yer alan usule uyularak, yani 175. maddenin ortaya çıkardığı kurucu iktidar (O3) tarafından değiştirilebilir veya

(2) Bu maddeyi değiştirmede kullanılacak herhangi bir hukuksal usul yoktur; çünkü 175. maddenin geçerliliği olgusal bir gerçekliktir ve hukuksal geçerliliğini bir başka normdan almaz. Bu söylenenler bu maddenin değiştirilemez olduğu anlamına gelmez. Nasıl ki bir hukuksal örf ve adet kuralının yerini bir başka örf ve adet kuralı alabiliyorsa; bir temel normun yerini bir başka temel norm alabilir. Ancak her iki durumda da bu geçiş hukuksal bir süreç veya usul içinde gerçekleşmemiş olacaktır. Bu bir olgudur. Yani bir başka örf ve adet kuralının veya hukuksal düzenin temel taşı olarak bir başka temel normun kabul edilmesi sosyo-psikolojik bir olgudur.¹⁸

Ross bu her iki yanıtın da kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür. İlk yanıt –temel normun en üstte yer alan otorite tarafından çıkarıldığı veya bir başka deyişle, temel normun kendi koyduğu kurallara göre değiştirildiği- kabul edilemez; çünkü bu “kendi kendine atf yapan cümle” veya “kendinden söz eden cümle” (özündergesel cümle) olmaktadır. Kendine atf yapan cümleler felsefede (mantıkta) anlamsız olarak kabul edilmektedir; çünkü bu tür cümleler çelişki yaratmaktadır. Bu nedenle temel normun kendi koyduğu kurallara

17 Alf Ross, “On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law”, *Mind* (January, 1969), s. 2-3.

18 *Ibid.*, s. 4.

göre değiştirilebileceği varsayımı çelişkiler içermektedir.

1982 Anayasası'na göre hukuksal sistemde en üstte yer alan otorite Anayasa'nın 175. ve 4. maddelerinde belirlenen anayasayı değiştirme iktidarındır ve bu maddeler Türkiye'deki hukuksal sistemin temel normudur. Temel normla belirlenen otorite bu otoritesini başkasına terk edemez; çünkü Ross'a göre bu mantıksal açıdan anlamsız olacaktır. Şöyle bir örnekle bu durumu açıklamaya çalışalım:

- Madde 175: Anayasa'nın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazılı teklif edilebilir. Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür. Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir. Anayasa'nın 4. maddesine göre de, Anayasa'nın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.¹⁹

- Yeni 175. madde, 175. maddedeki usule uyularak değiştirilmiştir. Madde şu şekilde bürünmüştür: Anayasa'nın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazılı teklif edilebilir. Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının salt çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür. Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderemez. Anayasa'nın 4. maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır.

- Sonuç: Yeni 175. madde geçerlidir ve 4. madde de kaldırılmıştır. Yani Anayasa değişiklikleri bundan böyle Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğuyla değiştirilebileceği gibi ilk üç maddede de değişiklikler yapılabilecektir.

Varılan bu sonuç ilk bakışta doğru gibi gözükmeyle birlikte, Ross bunun mantıksal olarak mümkün olamayacağını ileri sürmektedir; çünkü bu çıkarımda ortaya çıkan sonuç önermelerden biriyle (ilk öncülle) çelişmektedir. Bu durum mantıksal olarak anlamsızlık demektir; çünkü ortaya çıkan yeni 175. madde ilk öncülle çelişmektedir.²⁰

19 *Anayasa Mahkemesi E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı ve 5 Haziran 2008 günlü kararında şöyle demektedir: "Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzene değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez."*

20 Alf Ross, "On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law", *Mind* (January, 1969), s. 5. Herhangi bir kuralın belirli bir otorite tarafından geçerli olarak yasalaştırıldığını söylediğimizde yapılan mantıksal çıkarsamada ilk öncül yetki kuralına uygun olarak geçerli bir normun nasıl oluşturulacağını belirlemekte; ikincil öncül bu koşulların yerine getirildiğini göstermekte ve sonuç da geçerli bir normun yaratıldığını ortaya koymaktadır. Örneğin: C1, C2 ve C3 koşullarına uygun olarak ortaya çıkmış bir norm geçerlidir. N normu C1, C2 ve C3 koşullarına uyularak çıkarılmıştır. O halde N normu geçerlidir.

Ross'un verdiği daha az karmaşık bir örnekle bu konu daha iyi açıklanabilir. Eğer mutlak bir monarşide hükümdar ülkesine özgürlükçü ve demokratik bir anayasa yapacak olursa, bu hukuksal açıdan iki şekilde yorumlanabilir. Bu yeni Anayasa'nın hükümdarın sahip olduğu mutlak iktidar nedeniyle geçerlilik kazandığı ve bu nedenle de hükümdarın en üst otorite olmaya devam ettiği söylenebilir. Bu durumda hukuk sisteminde eski temel norm geçerli olmaya devam eder ve bu yeni düzen her an bu düzeni yaratan mutlak iktidar tarafından geri alınabilir. Sistemin arkasında yatan önvarsayım veya temel ideoloji değişmemiştir. Ya da yeni Anayasa'nın hükümdar tarafından bir daha geri alınamayacak bir biçimde yapıldığı düşünülebilir. Bu durumda bu Anayasa'nın hükümdarın mutlak iktidarından kaynaklandığı söylenemez. Mantıkta temel dayanaklarla çelişen bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Hükümdarın kendi elleriyle egemenliği elle tutulan bir obje gibi halka verebileceği düşüncesi tümüyle sihirli bir egemenlik düşüncesine dayanır. Sonuç olarak yeni anayasa ya eskisinden (eski temel normdan) kaynaklanmaktadır ve eğer durum böyleyse gerçekte yeni bir anayasa yok demektir ve hükümdarın mutlak iktidarı değişmeden sürmektedir. Veya yeni anayasa eskisinin yerine geçmiştir. Durum böyleyse bu yeni anayasa eskisinden kaynaklanamaz.²¹

Ross bu konuda başka bir örnek daha vermektedir: Anne-baba otoritesinin temel normunun şöyle olduğunu düşünelim: Ço-

cuklar (S) her açıdan mutlak bir biçimde babalarının (F'nin) iradesine uymak zorundadır. Eğer F, S'ye benim emirlerime artık uyma derse, bu serbest bırakma bu temel normdan kaynaklanamaz; çünkü sonuç (serbest bırakma) ilk öncülle (ebeveyn otoritesiyle ilgili temel normla) çelişmektedir. Bir başka deyişle, eğer S babası F böyle söylediği için babasının emirlerinden bağımsız olarak hareket edecek olsa dahi hâlâ ebeveyn otoritesini kabul etmektedir ve gerçek anlamda özgür olamamıştır; çünkü babasının vereceği yeni bir emirle bu özgürlüğü sonlanabilir. Benzer bir biçimde bir ülkede temel normun meclisteki milletvekillerinin yüzde 60'nın oylarıyla anayasa değiştirilebileceğini kurallastırıldığını varsayalım. Eğer bu çoğunluk gelecekte anayasa değişikliği için milletvekillerinin yüzde 70'nin çoğunluğunun oyunun gerekli olduğuna karar verecek olursa, bu yeni temel norm eskisinden kaynaklanamaz.²²

Ross'a göre ikinci yanıt da (yani temel normun (175. maddenin) pozitif bir hukuk kuralı olmadığı ve bu nedenle herhangi bir biçimde hukuksal bir süreçle değiştirilemeyeceği) sağlam değildir; çünkü anayasa değişikliğini düzenleyen kuralın kendi koyduğu kurallara uyularak değiştirilebileceği şeklinde toplumda var olan çok yaygın görüşle çelişmektedir. Anayasa'nın 175. maddesinin bu maddede yer almayan bir başka usulle değiştirilmesi halk, politikacılar ve mahkemeler tarafından yasal bulunmayacaktır.²³ Ancak Ross'a göre eğer halkın anlayışı rasyonel terimlerle ifade

21 Alf Ross, *On Law and Justice* (London: Stevens & Sons Limited, 1958), s. 82-83.

22 Ross, "On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law", *Mind* (January, 1969), s. 5.

23 17/5/1987 günlü, 3361 sayılı "7/11/1982 Tarih ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 67, 75, 175. Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici 4. Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün Anayasa'nın 104, 175. ve geçici 9. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali istenmişti. Dava dilekçesinde iptal istemine gerekçe olarak, özetle; Anayasa'nın geçici 4. maddesinin yürürlükten kaldırılmasını öngören 3301 sayılı Kanunun 4. maddesi, Anayasası'nın değiştirilme usulünü saptayan, işbu değişiklikten önceki 175. maddenin öngördüğü telif ve kabul çoğunluklarına uyularak konulmuş olduğuna ve Cumhurbaşkanlığı tarafından da geri gönderilmediğine göre, Resmi Gazete'de yayımlandığı gün yürürlüğe girmesi gerekirken, söz konusu maddenin "Bu hükmün onaylanarak yürürlüğe gire-

bilmesi için halkoyuna sunulması zorunlu olup halk oylaması, Anayasa'nın 175. maddesinin bu Kanunla değişik hükümlerine göre yapılır." biçimindeki ikinci fıkrası hükmü ile, maddenin yürürlüğe girebilmesi, halk oylaması sonucunda onaylanmış bulunması koşuluna bağlanmıştır. Bu hususun Anayasa'nın değişikliğinden önceki, 175. Cumhurbaşkanına Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunmak yetkisini veren 104. ve keza Cumhurbaşkanı'na, elli süre içerisinde yapılmış olan Anayasa değişikliklerini TBMM'ne geri gönderme yetkisi veren Geçici 9. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi şöyle bir karar vermiştir: "Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasa'nın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 21. Maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir." E. 1987/9, K. 1987/15, k.t. 18.6.1987. Yekta Güngör Özden bu karara yazdığı karşı oy yazısında şöyle demektedir: "Anayasa değişiklikleri, 1982 Anayasası'nın bu konuya özgün 175. Maddesine uygun biçimde yapılır ve ayrıca, ilk altı yılda, Geçici 9. Madde'nin öngördüğü yonteme uygun gerçekleştirilir. Daha açık ve yalın bir anlatımla, yürürlükteki 175. Maddeye aykırı bir değişiklik geçerli olmaz. 175. Madde değiştirilmeden, değiştirilebilecek sürekli ya da geçici öbür maddeler bu maddeye aykırı içerikte değiştirilemezler. Değiştirme ancak yürürlükteki kaynak dayanak -özel maddeye uygun biçimde yapılabilir. Ancak; Anayasada bulunmaması gereken bu yasakları düzenleyen Geçici 4 maddenin yukarıda özetlediğim 175. ve Geçici 9. Maddelere göre değiştirilmesi açık -seçik bir anayasal zorunluluktur. Bu maddelere aykırı değişiklikler, kanunca, "yok" sayılmalıdır. Olayda, Anayasa'nın Geçici 4. Maddesi, "Anayasa'nın değiştirilmesi" başlıklı Anayasa'nın 175. maddesi değişikliği yürürlüğe girmeden, onunla birlikte değiştirilmiştir. Değişiklikleri içeren 17/1987 günlü, 3361 no'lu Yasa'nın 3. maddesi Anayasa'nın 175. maddesini değiştirmekte, 4. maddesi de Anayasa'nın Geçici 4. Maddesini kaldırmaktadır (Birinci fıkra), Yasa, böylece, 18 Mayıs 1987 günlü, mükerrer 19464 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Daha sonra, 23/5/1987 günlü, 3376 no. lu "Anayasa Değişikliklerinin Halk Oylamasına Sunulması Hakkında Kanun" 23/5/1987 ile yürürlüğe konulmuştur. 175. madde, tüm Anayasa değişikliklerinin özel maddesi olduğundan içeriği yasama organınca 4. madde gözetilerek istenildiği gibi değiştirilip daha önce yürürlüğe konulsa idi, ona uygun değiştirilmesi zorunlu Geçici 4. madde de şimdiki gibi değiştirilir ve bir aykırılık oluşmazdı. Şimdi ise, iptali istenen yasanın 4. maddesinin birinci fıkrasının Geçici 4. madde'yi kaldırmasına karşın, ikinci fıkrası bu hükmün "onaylanarak yürürlüğe girebilmesi"ni önceden bulunmayan zorunlu halk oylaması koşuluna bağlamıştır. Böyle "zorunlu" bir halk oylaması koşulu ve kendisine dayanılması zorunlu Anayasa'nın önceki 175. maddesinde, ne yeni 175. maddede, ne de Geçici 9. maddede vardır. Dayanaklarda olmayan koşul, bunlara uygun biçimde yasalasması zorunlu 4. maddede hiç olamaz. Olursa, Anayasa'ya aykırılık oluşur; incelenen 4. madde önceden olmayan sonra da öngörülmeyen zorunlu halk oylaması koşulunu yapınsında taşıdığına, kendisi böyle yeni bir öğeyi getirdiğine göre bu aykırılık nasıl getirilmiştir, getirilmesi özlemi, biçimle mi ilgilidir, biçimle ilgili ise Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasıyla sınırlanmış üç koşuldanda birisi ya da ikisi kapsamında mıdır? Sorunun çözümü bu irdelemeyle olanaklıdır. 175. maddeye göre değişiklikler, kabul oyuyla tamamlanmaktadır. Cumhurbaşkanı isterse halkoyuna sunacaktır. Tutanaklar teklif çoğunluğu olduğunu, ivedilikle görüşülemeyeceği koşuluna uyulduğunu ve zorunlu bulunan üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunu çok aşan 376 oyla kabul edildiğini göstermektedir. Bir yasanın yasama organında kabulü ile yasalasma evresi tamamlanır. Yasama organı, yürürlüğünü de belirler. Cumhurbaşkanı'nın yayımlama (Anayasa mad. 89/1) işlemleri kalır ki bunlar biçimsel gereklere dir. Geri gönderilmedikçe yasalasmanın doğal sonuçlarıdır. O halde, Anayasa'nın Geçici 4. maddesini kaldırarak, incelenen 4. madde yeterli koşullarına uygun biçimde kabul edilmekle yasalasması tamamlanmış olmalıdır. Oysa, zorunlu halk oylaması yolu açılarak yasalasma ona bırakılmıştır. Bu, olağan bir "onama" değildir. Öyle olsa, olumsuz biçimi bulunmazdı. Anayasa'nın 87. maddesiyle TBMM'ne tanınmayan, temsili sisteme, katılımcı, çoğulcu demokrasiye ters düşen, salt hukuksal, teknik konularda halkı bir ceza yargıncı yerine koyarak kimi yurttaşların en doğal hakları konusunda gereksiz bir karar vermeye zorlayan, 175. ve Geçici 9. maddelerde yer almayan zorunlu halk oylaması hükmü yasalasmayı TBMM dışına çıkarıp bir ek koşula bağlamakla kalmamış, yasama organının kabul oyunu Halk oylamasına değin askıya alarak geçerli ya da geçersiz olmasını, yürürlüğünü halk oylaması'nın olumlu sonucuna ertelemiştir. Böylece yasama organının kabul oyu, varlığını, etkinliğini yitirmiştir. Kabul oyu yasalasmayı tamamlayıcı, bitirici öge olmaktan çıkarılmaktadır. Bu durum. Anayasa değişiklikleri için Anayasa'nın 148. maddesinin inceleme-denetleme yetkisini tanıdığı "oylama çoğunluğu"yla doğrudan ilgilidir. Oylama çoğunluğunu değiştiren, eretenen, kaldıran, TBMM dışı yeni ve gereksiz bir yonteme bağlayan, Anayasa'nın 175. ve Geçici 9. maddesine aykırı hüküm kesinkes sakattır. Bu saptama, biçim yönünden iptali gerektirir."

edilemiyorsa çelişki ortadan kalkmış değildir. Böylece Ross ilk yanıtın mantıksal olarak imkânsız olduğunu ve ikinci yanıtın ise kimse tarafından savunulmadığını ispatladığını ileri sürerek paradoksun bu yanıtlarla çözülemeyeceğini belirtmektedir.

III- ALF ROSS'A GÖRE PARADOKSUN ÇÖZÜMÜ

Ross paradoksun çözümünü, çözüm için önerilen ilk yanıtı değiştirerek gerçekleştirmeye çalışmıştır. Ross bu konuda şunları belirtmektedir:

“Çözüm için her türlü girişimin bir normun geçerliğinden temel normla *N ile çelişen başka* bir normun geçerliliğini sağlamanın imkânsız olduğu ilkesini terk etmemesi gerekir. Bu nedenle, bir hukuk sisteminin temel normu herhangi bir hukuksal usulle değiştirilememelidir. Eğer bir sistemin temel normu gerçekte değiştirildiyse, bu değişiklik sistemde yer alan herhangi bir yetki kuralından (anayasa değişikliğini düzenleyen hükümden) kaynaklanamaz. Bu görüş çıkarsamayla ilgili teorilerle tam bir uyum içinde olduğundan çok olağanüstü bir görüş olarak düşünülemez. Nedenler ve kanıtlar zinciri bir yerde durmak zorundadır; bütün çıkarımların en son temelini oluşturan bazı aksiyomlar (temeller) olmalıdır ve bu nedenle bunların kendisi sistem içinde gösterilemez.

Eğer yetki normundan bu norma aykırı hiçbir normun elde edilemeyeceği kabul edilecek olursa, bu yetki kullanılarak *yetkinin terk edilmesi düşüncesinin kendisi* de sakattır. Temel norm en üst otoriteye sınırsız yetki verse dahi, bu durumda en üst otoriteye iktidarını bir başka otoriteye terk etme veya genel olarak yetkisini sınırlandırma iktidarlari verilmiş olmaz. Eğer bu anlaşılmadıysa, herkesin çok iyi bildiği her

şeye gücü yetme paradoksuna başvurabiliriz: Tanrı kaldıramayacağı ağırlıkta taş yaratabilir mi?”²⁴

Bu söylenenler şöyle basitleştirilebilir: Ross iki öncül geliştirmiştir: (a) Bir normun geçerliliği kendisiyle çelişen normdan kaynaklanamaz (bu bize yukarıda belirtilen öncüllerle sonuçların arasındaki çelişkilerin çözümünü bize açıklamaktadır). (b) (a) öncülü nedeniyle sistemin temel normu hangi anayasa değişikliği yöntemi kullanılırsa kullanılsın aynı kalacaktır.²⁵

Yukarda belirlenen koşullara uyulduğunda, Ross, çözümün Danimarka Anayasasının 88. maddesinin –yani, genel olarak belirtilecek olursa, en üst otoriteyi oluşturan ve bu durumda kurucu otorite olan norm- sistemin temel normu olmadığı düşüncesine dayanması gerektiğini belirtmektedir. Her ne kadar, anayasa değişikliği usulünü belirleyen daha yüksek bir norm yoksa da (eğer olsaydı bu en üst otoriteyi ortaya çıkarırdı); yine de 88. maddeye koşullu geçerlilik veren ve daha üstte yer alan bir norm daha vardır. Bu norm sistemin değiştirilemeyen temel normudur.²⁶

Ross'a göre hem bu öncüllere uyum hem de Anayasa'nın 175.maddesini değiştirebilmek için şu çözüme başvurmak gerekmektedir: Yapılacak ilk şey Anayasa'nın 175. maddesini Türk hukuk sisteminin temel normu olarak kabul etmemek olacaktır. Ross'a göre ancak böyle düşünüldüğünde, 175. madde mantıksal sorunlarla karşılaşmadan değiştirilebilir.

Ross bunu anne-baba otoritesi örneği vererek açıklamaktadır. Anne-baba otoritesi gibi mikro bir sistemde temel Norm (No) şöyle olacaktır: “Ebeveynlerine itaat et”. Daha önce gördüğümüz gibi, Ross ebeveynlerin bu otoritelerini veya yetkile-

24 Ross, 1969, s. 21.

25 Virgilio Afonso da Silva, “A Fossilised Constitution?”, *Ratio Juris*, Vol. 127 No 4 (December 2004), s. 464.

26 Ross, 1969, s. 22.

rini başkalarına devredemeyeceklerini düşünmektedir. Ancak bu onların bu konuda başkalarına yetki veremeyecekleri anlamına gelmez. Yani ebeveynler yetki verebilir (delegation) ama yetkilerini devredemezler (transfer). Ebeveynler şu tür kurallar koyabilirler: (N1) “Yokluğumuzda A’ya itaat edin” veya (N2) “yokluğumuzda A’ya itaat edin; eğer A bir başka yere giderse biz gelene kadar B’ye itaat edin.” Sonuç olarak şu normu kabul etmek mümkündür: “Bizim yokluğumuzda A, B’yi halefi olarak belirleyene kadar A’ya; B halefini belirleyene kadar B’ye itaat edeceksiniz.” Bu böyle sürüp gidebilir. Bu ortaya çıkan normlar geçerlidir; çünkü bu normların geçerliliği temel normdan (No) kaynaklanmaktadır ve bu normlar temel normla da çelişmemektedir. Ebeveynler yetkilerini terk etmeyip, sadece yetki verdikleri için temel norma (No) aykırılık söz konusu değildir. (No) temel norm olarak kalmaktadır. Bir başka deyişle, N1 ve N2 geçerlidir; çünkü temel normdan (No) kaynaklanmaktadır.²⁷

Alf Ross’a göre paradoks eğer biz yukarıda verdiğimiz örnekteki gibi anayasa hukukunda da anayasa değişikliği ile ilgili kuralları içeren hukuk düzeninin geçerliğinin en son temeli olan bir temel normun varlığını varsayarsak çözülecektir. O halde Türk hukuk sisteminin temel normu Ross’a göre şöyle olmalıdır:

No: 175. maddede oluşturulan otoriteye bu otorite halefini (ardılını) *yani yerine geçen otoriteyi belirleyene kadar ve ondan sonra da bu otorite yeni halefini belirleyene kadar ve buna benzer biçimde süresiz olarak devam etmek üzere itaat edin.*

Böyle olduğunda Anayasa’nın 175. maddesindeki biçim kurallarına uyularak Anayasa’nın değiştirilebilmesi ve bu değişikliğin 175. madde nedeniyle değil, temel

norm (No) nedeniyle geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa değişikliğinin nasıl yapılması gerektiğini hükme bağlayan 175. maddenin değiştirilmesi sistemin temel normunu değiştirmemektedir. No’nun kendisi hukuksal olarak sistemin değiştirilemez temel normudur. Bu hipotez sayesinde anayasayı değiştirmeyi düzenleyen kurallar konusunda yaptığımız yorumlar herhangi bir düşünümlülük (reflexivity), yani hükmün kendinden söz etmesi durumunu içermemekte ve bu nedenle yeni 175. maddenin eski 175. maddeden kaynaklanması da bir çelişki oluşturmamaktadır.²⁸

Böylece Ross bize hukuk sisteminin Kelsenci *grundnormu gerektirdiğini ve grundnormun* bu hukuk sistemini bir arada tuttuğunu söylemektedir. Ross önemli bir sorunu, temel normların geçerliliği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Ross’un bulduğu çözüm kabul edildiğinde *grundnorm dışında yer alan bütün hukuksal normlar değiştirilebilecektir.*

IV- ALF ROSS PARADOKSUNUN VE ÇÖZÜMÜNÜN ELEŞTİRİSİ

Baştan şunu belirtmek gerekir ki, Peter Suber’in belirttiği gibi, mantıksal olarak imkânsız olanın hukuksal olarak da imkânsız olacağını söylemek felsefi olarak küstahça bir tavır olacaktır. Ayrıca böyle bir sav hukuk tarihini bilmemek demektir; çünkü anayasa değişikliklerini düzenleyen hükümler bu hükümlerin getirdiği usullere uyularak değiştirilmişlerdir. Bugün de anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün bu hükmün getirdiği usule uyularak değiştirilmesine karşı çıkılmamaktadır. Bu nedenle Alf Ross’un düşünceleri teorik kalmaktadır. Bu söylenenlerin yanında, Suber’in belirttiği gibi, mantıksız olanın hukuksal olarak da geçersiz olması gerektiği görüşü, değişik ve yeni bir doğal hukuk görüşüdür.

²⁷ *Ibid.*, s. 22-23.

²⁸ *Ibid.*, 1969, s. 24.

Bu görüşe göre insanların yaptığı yasaların ahlak yasalarına uygunluğu değil, mantık yasalarına uygunluğu aranmaktadır. Bu nedenle geleneksel doğal hukuk görüşüne yapılan itirazlar bu yeni doğal hukuk görüşü için de geçerlidir. Eğer insanların yaptığı yasalar ahlak kurallarına aykırı olmalarına rağmen, hukuksal olarak geçerli kabul edilebiliyorsa, mantık kurallarına aykırı olduklarında da hukuksal olarak geçerli kabul edilebilmelidir. Aşkın veya üstün bir ahlak veya mantık testinin hukuk testlerinin yerini aldığı ve yasa olup olmamanın bu teste göre belirlenmesi durumunda ise hukuk ahlak veya mantık haline gelmiş olacaktır. Kuşkusuz hukuk her zaman mantıksal ve ahlaksal eleştirilere açıktır. Mantık kuralları veya ahlak kuralları göz önüne alınarak hukuk eleştirilebilir. Ancak hukuk mantık veya ahlak da değildir.²⁹

Alf Ross’un görüşlerine yapılan eleştiriler genellikle iki noktada toplanmıştır. Bunlardan ilki kendinden söz eden cümlelerin her zaman anlam yoksunluğuna neden olmayacağı,³⁰ ikincisi de usa vurmada ortaya çıkan sonucun öncüllerden biriyle çelişmesinin mutlaka varılan sonucun yanlış olduğunu göstermediği şeklinde olmuştur.³¹ Yapılan eleştirilerin tümünün incelenmesi mümkün değildir. Biz burada bu eleştirilerden bazılarını aktarmaya çalışacağız.

Profesör Ross önermelerin veya cümlelerin kendilerine atıfta bulunmamaları gerektiği yolundaki mantıksal doktrinin genel olarak mantıkçılarca kabul edildiği-

ni söylemektedir. Bu iddiaya iki türlü karşı gelinebilir. Her şeyden önce yasaların ve anayasaların dil bilgisindeki cümleler olmadıkları ve bu nedenle bu kuralın yasalara uygulanmasının kabul edilemeyeceği iddia edilebilir. Kendine başvurmanın mantıkçılarca toptan reddi de söz konusu değildir. Bazı kendine başvurma biçimleri, örneğin “Bu cümle Türkçedir”, “Bu cümleyi fısıldayarak söylüyorum”, “Bu cümlede beş sözcük vardır” veya “Bu cümle 30 Haziran 2010 günü yazılmıştır” ifadeleri mantıksal olarak sakıncalı değildir. Karl Popper bize mantıksal olarak herhangi bir sakınca taşımayan birçok örnek cümlelere vermekte ve ünlü matematikçi ve mantıkçi Kurt Gödel’in modern zamanların en önemli mantıksal keşiflerini kanıtlarken kendine başvuran bir önerme olan, “Bu ifade iyi oluşturulmuş bir formüldür” biçimindeki cümleyi kullandığını hatırlatmaktadır.³²

Laurence Goldstein, Alf Ross’un görüşlerini eleştirmektedir. Yukarıda açıklandığı gibi, Profesör Ross Anayasa değişikliğini düzenleyen 1953 tarihli Danimarka Anayasasının 88. maddesinin Danimarka hukuk düzeninin temel normu olduğunu söylemektedir. Ross, Danimarka Anayasasının 88. maddesinin geçerliliğinin nasıl sağlandığı veya 88. maddenin nasıl değiştirileceği sorulup da bunlara yanıt bulunmaya çalışıldığında paradoksun ortaya çıktığını iddia etmektedir.

Madde 88: Anayasa C1, C2 ve C3 koşullarına uygun bir usulle ve sadece bu usulle değiştirilebilir.

29 Peter Suber, “Paradox of Self-Amendment in Constitutional Law”, s. 2. <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psaessay.htm> Bu yazı ilk olarak şu dergide yer almıştır: *Stanford Literature Review*, 7, 1-2 (Spring-Fall 1990) 53-78. Bu makale yazarın “*The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*” (Peter Lang Publishing, 1990) adlı kitabının özeti.

30 Joseph Raz, “Professor A. Ross and Some Legal Puzzles”, *Mind* 81 (1972), s. 415-421.

31 Norbert Hoerster, “On Alf Ross’s Puzzle in Constitutional Law”, *Mind* Vol. 81, No. 323 (Jul., 1972), s. 422.

32 Karl Popper, “Self-Reference and Meaning in Ordinary Language”, *Karl Popper, Conjectures and Refutations* (London: Routledge, 2002), s. 409-418. Bu yazı ilk olarak şu dergide yayımlanmıştır: *Karl Popper, “Self-Reference and Meaning in Ordinary Language”, Mind*, 63 (1954) s. 162-169. Ayrıca bakınız: *Patrick Fitzgerald, “The ‘Paradox’ of Parliamentary Sovereignty”, The Irish Jurist* (1972), s. 38-39.

Madde bu biçimde kısaltıldığında bu cümlelerin süjesi (konusu) 88. maddenin bir parçası olduğu anayasa olduğundan cümle kendine başvuran (referans yapan veya işaret eden) cümle olmaktadır ve bu da söz konusu paradoksu yaratmaktadır. Goldstein kendine başvuran cümle söz konusu olduğunda iki tür paradoksun ortaya çıktığını belirtmektedir. Güçlü paradoksal durumda karşıtlık, zıtlık veya çelişki söz konusudur. Örneğin, “Bu cümle yanlıştır” ifadesinde güçlü bir paradoksal durum söz konusudur. Oysa “Bu cümle doğrudur” ifadesinde ise bu denli bir karşıtlık veya çelişki yoktur; ama hâlâ anlamsızlık söz konusudur. Yani bu cümlede zayıf bir paradoksal durum vardır. Goldstein kendine başvuran cümlelerin mutlaka çelişkili olacağını söylemeyeceğini iddia etmektedir. Goldstein bu durumun Alf Ross tarafından da kabul edildiğini ve yazarın “gerçek kendine başvurma” ile “sahte kendine başvurma” arasında ayırım yaptığını belirtmektedir. “Bu cümle yanlıştır.” ifadesi gerçek anlamda kendine başvurmaz; çünkü bu durumda kişi aynı cümlelerin anlamına başvurarak, o cümlelerin anlamlarını ifade etmeye çalışmaktadır. Alf Ross’a göre “sahte kendine başvurma” zararsızdır ve bir paradoks ortaya çıkarmaz. Ama Ross Danimarka Anayasasının 88. maddenin paradoksal bir durum ortaya çıkardığını iddia etmektedir.³³

Goldstein Alf Ross’un söylediklerini eleştirmek için şöyle bir örnek vermektedir:

C Bu makaledeki herhangi bir cümle sadece yayımcının izniyle yazarı tarafından değiştirilebilir.

C bu makaledeki cümlelerden biri olduğu için C kendine başvurmaktadır. C kendisinin de değiştirilebileceğini söylemektedir. C bilgi veren bir cümledir. Yani C hangi değişikliklerin hangi usulle yapıla-

cağını açıklamaktadır. Danimarka Anayasasının 88. maddesi de, C gibi kendi kurallarına göre Anayasa’nın ve kendisinin nasıl değiştirilebileceğini bize göstermektedir.³⁴

Alf Ross bizden 88. maddenin içerdiği kurallara göre değiştirildiğini ve içeriği farklı yeni 88. maddenin de kabul edildiğini varsaymamızı istemektedir. Böyle bir varsayım yazara göre mantıksal anlamsızlığa yol açacağından reddedilmelidir. Yeni 88. maddenin geçerliliği aşağıdaki gibi sağlıksız bir çıkarıma veya usa vurmaya dayanmaktadır.

Madde 88: Anayasa sadece C1, C2 ve C3 koşullarına uygun bir usulle ve sadece bu usulle değiştirilebilir.

Yeni Madde 88: (Anayasa sadece C1’, C2’ ve C3’ koşullarına uygun bir usulle ve sadece bu usulle değiştirileceği belirtilecek) C1, C2 ve C3 koşullarına uygun olarak anayasa değişikliği sonucunda bu kural ortaya çıkmıştır.

Sonuç:

Yeni Madde 88 geçerlidir; yani anayasa sadece C1’, C2’ ve C3’ koşullarına uygun bir usulle ve sadece bu usulle değiştirilebilir.

Alf Ross’a göre Danimarka Anayasasının 88. maddesi *sadece anayasadaki usule uygun olarak değiştirilebileceğini gösterdiğine göre, sonuç öncüllerden biriyle çelişmektedir. Bu durum mantıksal olarak anlamsızdır* ve kabul edilemez.

Goldstein’a göre bu çıkarımdaki yanlış anayasa ile kuralları arasındaki ilişkiyle ilgili yanlış bir görüşten kaynaklanmaktadır. Biz anayasa şu kuralları içerir dediğimizde dikkatsiz bir kişi aynen paraların içinde bulunduğu cüzdan gibi, Anayasa’nın da kurallardan bağımsız bir varlık olduğunu düşünebilir. Oysa anayasa, kuralları tara-

³³ Laurence Goldstein, “Four Alleged Paradoxes in Legal Reasoning”, *Cambridge Law Journal* 38 (2), (Nov. 1979), s. 374-375.

³⁴ *Ibid.*, s. 375.

findan belirlenir veya oluşur. Farklı anayasal kurallar farklı anayasaları oluşturur. Eğer biz 88. maddenin bir parçası olduğu ANAYASA ve Yeni 88. maddenin bir parçası olduğu Yeni ANAYASA dediğimizde çıkarımdaki sonuç öncüllerle çelişmeyecektir; çünkü sonuç ve ilk öncül karşıt şeyleri; ama farklı objelerle ilgili karşıt şeyleri belirlemektedir. Danimarka Anayasasının 88. maddesindeki kurala göre anayasa değiştirildiğinde, yeni 88. maddenin de bir parçasını oluşturduğu yeni bir anayasa yaratılmış olmaktadır.³⁵

Alf Ross’a yöneltilen eleştirilerden biri de şöyledir: Bilindiği gibi Alf Ross bize sunduğu paradoks için oldukça basit bir çözüm önermektedir. Ross’a göre Danimarka Anayasası’nın 88. maddesi sistemin temel normu olması nedeniyle Anayasa’nın diğer maddeleri gibi bu maddede düzenlenen usulle değiştirilemeyeceğinden, bu maddeyi sistemin temel normu olarak kabul etmemek gerekir ve bu nedenle bu tür değişikliklere izin verecek ve süresiz bir biçimde kullanılacak hipotetik bir temel norma başvurulmalıdır. Bu çözümün birçok zayıf yanı bulunmaktadır. Her şeyden önce Ross bu temel normu (No) gerekçelendirememektedir. Böyle bir temel norma başvurmak sonsuz olasılıklara kapı açar. Örneğin, da Silva’ya göre şöyle bir temel norm düşünme olasılığı da mümkündür:

No: Madde 88. tarafından oluşturulan otoriteye itaat edin; eğer bu otorite kendine bir halef belirlerse her vatandaşın buna direnmeye hakkı vardır.³⁶

Alf Ross’un paradoksun çözümü için bulduğu yol Norbert Hoerster tarafından da eleştirilmiştir. Hoerster, Ross’un paradoksu çözmek için bulduğu temel norma “ıssız ada örneği” vererek bir başka eleştiri

getirmektedir. Hoerster böyle ıssız adaya bir topluluğun geldiğini, bir anayasa yaptıklarını ve No’yu hukuk siteminin değiştirilemez normu olarak kabul ettiklerini söylemektedir. Yazar 100 kuşağın geçtiğini ve her bir kuşağın No’ya uygun olarak yeni bir otorite (Danimarka Anayasası’nın 88. maddesi anlamında olmak üzere) ortaya çıkardığını varsaymaktadır. Yani 88. maddedeki kural 99 kez değiştirilmiştir. Hoerster bundan sonra 101 kuşağın No’yu hâlâ anayasayı değiştirmede temel norm olarak kabul edip etmeyeceklerini sormaktadır. Yazara göre bunun yanıtı olumsuz olmak zorundadır. Çünkü bu topluluğun anayasal ve siyasal evrimindeki herhangi bir belirsizlik No’nun içeriğini tam olarak bilmeyi imkânsız bir hale getirebilir ve bu nedenle de anayasal değişikliklerin geçerliliği denetlenemez. Günümüzdeki siyasal toplulukların hemen hepsinde durum böyledir; çünkü bu toplulukları yaratan “orijinal olguyu” tam olarak belirlemek güçtür. Hoerster topluluğun anayasal gelişimini ve bu yolla da No’nun içeriğini tam olarak bilmek mümkün olsa dahi verilecek yanıtın yine de olumsuz olması gerektiğini söylemektedir. Çünkü yazara göre hipotetik temel normun içeriği, konuyla bütünüyle ilgisiz olarak görülebilir. Hoerster’a göre önemli olan 88. maddenin 100. şeklinin topluluk tarafından kabul edilip edilmemesidir.³⁷

Peter Suber de, Ross’un çözüm çabası sonucunda ortaya çıkan kuralın *ad hoc*, *uydurma* ve *gereksiz olduğunu söylemektedir*. Suber’e göre kuşkusuz zaman zaman anayasa değişikliği hükmünü değiştiren düzenlemeyi savunmada yargıçlar zorda kaldıklarında böyle bir kural icat edebileceklerdir; ancak yazara göre Ross’un üstü örtülü kuralın, yani bulduğu çözüm anayasa değişikliğini düzenleyen maddenin de-

35 *Ibid.*, s. 376.

36 *da Silva*, 2004, s. 467.

37 *Norbert Hoerster*, “*On Alf Ross’s Puzzle in Constitutional Law*”, *Mind Vol. 81, No. 323 (Jul., 1972)*, s. 426.

ğiştirilmesindeki çelişkiyi ortadan kaldırmamaktadır. Ross'un bulduğu çözüm anayasa değişikliğini düzenleyen maddenin değiştirilmesinden tümüyle kaçınmakta ve anayasa değişikliğini düzenleyen hükümlerin değiştirilmesini sağlayacak başka bir yol bulmaktadır. Anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün değiştirilmesini gereksiz bir duruma sokmak demek, mutlak olarak değiştirilemez bir kural yaratmak demektir. Ross'a göre biri dışında her türlü değişikliği düzenleyen hüküm değiştirilebilir. Değiştirilmesi mümkün olmayan ise en üstte yer alan değişiklik hükmüdür. Bunun nedeni, bu hükmün değiştirilmesine izin veren daha üstte yer alan bir değişiklik ile ilgili bir hükmünün olmamasıdır. Bu sonuç Alf Ross'un bütün yasal değişikliklerin hiyerarşik olarak daha üstte yer alan ve daha önce çıkarılmış olan değişikliği düzenleyen kural tarafından yetkilendirilmesi yolundaki görüşünün bir sonucudur. Ross'un çözümü yani bütün normların üstünde yer alan No normu hukuk sistemini bir arada tutmaktadır. Ancak Suber'e göre bu bir arada tutmanın maliyeti biraz pahalı olmaktadır; çünkü hukuk sisteminde değiştirilemez bir hüküm ortaya çıkmaktadır.³⁸

Kanımcı Ross'un temel hatası No normunu sosyolojik değil mantıksal bir norm olarak kabul etmesidir. Bu durum biraz ironiktir de çünkü Alf Ross hukuki realistler arasında yer almaktadır. Ross'un bu tutumunu anlamak güçtür. H.L.A. Hart'ın bir sosyal kural olarak tanıma kuralıyla ilgili yaptığı çözümler, hukuksal sistemde hukuksal sistemin geçerliliğini *a priori* olarak biçimsel ve mantıksal bir kuraldan

elde etme çabalarının bir kenara konmasını gerektirmektedir. No yani *grundnorm* ne ölçüde hukuksal bir kural ise, aynı zamanda o ölçüde de sosyal bir kuraldır.³⁹

V- ALF ROSS'UN ÇÖZÜMÜNÜN H.L.A. HART TARAFINDAN ELEŞTİRİSİ

Çıkarımsal model olarak adlandırılacak olan Ross'un modeline göre, her yeni kural daha önce çıkarılmış ve daha üstte yer alan bir kural tarafından yetkilendirilmelidir. Bu modelde hiçbir kural kendi kendini yetkilendiremez. Bu görüş bizi hukuk kurallarının sonsuz bir silsileye sahip olması gerektiği sonucuna götürecektir. Böyle bir sonsuzluk olamayacağına göre hukuk kuralları geçerli bir biçimde ortaya çıkamayacaktır. Çıkarımsal model hukuk sistemlerinin hukuksal kökenlerini açıklayamadığı gibi, devrimci rejimlerin de yasal rejimlere dönüşmesine imkân tanımamaktadır. Bunların olabilmesi zaman zaman istisnai olarak kendi kendini yetkilendiren bir kurala izin verilmesini gerektirmektedir.

HLA Hart, Alf Ross'un görüşleriyle ilgili eleştirisine Hans Kelsen'in *General Theory of Law & State* (Hukukun ve Devletin Genel Kuramı) adlı ünlü yapıtında yer alan "Hiç Bitmeyen Yaptırımlar Serisi" başlıklı bölümü anlatarak başlamaktadır. Kelsen, N. S. Timasheff'e dayanarak şöyle bir açıklama yapmaktadır: Timasheff'e göre eğer belirli bir davranışı emreden bir norm bunun etkililiğini bu norma uyulmaması durumunda bir başka normun belirleyeceği yaptırımla güvence altına almak durumundaysa, ortaya hiç bitmeyen yap-

38 Peter Suber, "Paradox of Self-Amendment in Constitutional Law", s. 9. <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psaessay.htm> Bu yazı ilk olarak şu dergide yer almıştır: *Stanford Literature Review*, 7, 1-2 (Spring-Fall 1990) 53-78. Bu makale yazarın "The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change" (Peter Lang Publishing, 1990) adlı kitabının özeti.

39 Hamner Hill, "Self-Reference, Self-Amendment, Self-Empowerment and the Validity of Basic Norms", *Pluralism and Law: Proceedings of the 20th IVR World Congress Amsterdam, Arend Soeteman (editor)*, (München: Franz Steiner Verlag, 2004), s. 96-103.

tırımlar serisi, *regressus ad infinitum*, *çıkacaktır*. Çünkü “inci” derecedeki kuralın etkililiğini garanti altına almak için n+1 aşamasında yer alan bir kural gereklidir. Hukuk düzeni sadece belirli sayıda kurallardan oluşabileceğine göre, yaptırımları belirleyen normlar yaptırımları öngörmeyen normları varsayar. Bu nedenle de Timasheff’e göre zorlama hukukun zorunu değil, ama sadece olası bir unsurudur.⁴⁰

Hans Kelsen bu akıl yürütmenin doğru olduğunu; ancak hukuk kurallarının mutlaka yaptırım getiren bir başka kural tarafından etkililiği sağlanan kurallar olmadığını belirtmiştir. Kelsen’e göre bir kural yaptırım getiren bir başka kural tarafından etkililiği sağlandığı için bir hukuk kuralı haline gelmez. Bir kural yaptırım getirdiği için hukuk kuralıdır. Zorlama (yaptırım, cebri) kuralların etkililiğini sağlama sorunu değildir; kuralların içeriğinin sorunudur. Bir hukuk düzeninde bütün kuralların etkililiğinin yaptırımlar getiren kurallarca sağlanabilmesinin imkânsızlığı gerçeği, sadece yaptırım koyan kuralların hukuk kuralları olarak kabul edilmesi olasılığını ortadan kaldırmaz. Hukuk düzeninin bütün normları cebri normlardır. Yani hukuk normları yaptırım getiren normlardır; ama bu normlar arasında etkililiği diğer cebri normlar tarafından sağlanmayan normlar da vardır. Bir norm *n* şöyle bir hüküm getirmektedir: *Eğer bir kişi hırsızlık yaparsa, toplumun bir organı, bir başka kişi, onu cezalandırır*. Bu normun etkililiği n+1 normu tarafından güvence altına alınmıştır. Eğer mahkeme hırsız cezalandırmaz ise, bir başka organ hırsız cezalandırmayarak görevini yapmayan bu organı cezalandıracaktır.

Norm n+1’in etkililiğini sağlayan n+2 normu yoktur. Ama yine de hukuk düzeninin normlarının hepsi cebri normlardır.⁴¹

H.L.A. Hart, Kelsen’in *sonsuz geri-leme (infinite regress) görüşünü* doğru olarak kabul etmesine katılmakta ve yine Kelsen’in zorlamanın veya cebri hukukun temel bir unsuru olduğu yolunda yaptığı açıklamaların bu tartışmadan etkilenmediğini söylemesini de doğru bulmaktadır. Ama Hart’a göre bu sorunu sonlandırmamaktadır. Hart’a göre, John Austin veya bir başka filozof ihlal edilmesi durumunda bir yaptırım gerektirmeyen kuralın hukuk kuralı olmadığı noktasında ısrarlı olmak istediklerinde, bu gerekliliği sonsuz gerilemeyi işe karıştırmayacak bir biçimde ifade edebilir. Bir kuralın ihlalini yaptırıma bağlayan bir başka kural bulunması gerekliliği şart değildir. Bir kuralın hem başka kuralların hem de kendinin ihlalini yaptırıma bağlamaması için hiçbir neden yoktur.⁴²

Hart bu önerinin ilk bakışta garipsenebileceğini; ancak Austin’in kuramı gibi bir kuramı anlamsız bularak reddetmeden önce, bu söylenenlerin dikkate alınması gerektiğini, böyle kuramsal bir olasılık olduğunu belirtmektedir. Hart, Kelsen’in örneğinden hareketle şu şemayı çizmektedir:

1. Kural- Hırsızlık yasaktır.

2. Kural- Toplumun organı (yargıç) bu kural dâhil herhangi bir yasayı ihlal edeni cezalandırır.

Sorulması gereken 2. Kuralın içeriğinin ne olduğudur. Bu soru en iyi biçimde söz konusu kuralda ortaya çıkabilecek olası görevler serisinin öncül öğeleri sergilenecek yanıtlanabilir.

40 Bakınız: Kelsen bu gözlemi Timasheff’in *An Introduction to the Sociology of Law (1939)* adlı yapıtının 264. sayfasından aktarmaktadır. Bakınız: Hans Kelsen, *General Theory of Law & State (New Jersey: Transaction Publishers, 2006)*, s. 28-29. Bu yapıt ilk olarak 1945’de Harvard Üniversitesi Yayınları tarafından yayımlanmıştır.

41 Hans Kelsen, *General Theory of Law & State (New Jersey: Transaction Publishers, 2006)*, s.29.

42 H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy (Oxford: Oxford University Press, 1983)*, s. 171-172.

1. Örnek- Hırsızlık yapan herkesi yargıç cezalandırmalıdır.

2.Örnek- Hırsızlık yapan kişiyi cezalandırmayan yargıcı bir başka yargıç cezalandırmalıdır.

3. Örnek- Yargıç hırsızlık yapan kişiyi cezalandırmayan bir yargıcı cezalandırmayan bir yargıcı bir başka yargıç cezalandırmalıdır.

Ve bu böyle devam eder.

Kuşkusuz bu sonu gelmeyen bir seridir; ama bu görevler ve verilen görevlerin ihlal edilmesi serisi olup, kuralın ihlali değildir. 2. Kural okunduğunda bu kuralın her birinin ihlalinin (birinci dışında) serideki öncekilerin ihlalinin varsayan sonsuz ödevler serisine atf yaptığı görülecektir. Bu durumda her hukuk kuralının bir başka hukuk kuralı tarafından yaptırıma bağlanması gereğinden farklı olarak, ortaya kuralların habis bir biçimde sonsuz gerilemesi çıkmamaktadır. Bir kuralın uygulanmasının bu biçimde birbiriyle ilişkilendirildiği sonsuz örnekler serisine atıfta bulunmasının mantıksal olarak yanlış bir yanı bulunmamaktadır. Mantık söz konusu olduğunda neden doğal sayılar serisinde herhangi biri tarafından yazılmış en büyük sayının takipçisini yazmayı yasaklayan bir kural olmasın. Bu kuralın her ihlalinde bu kuralın bir başka biçimde ihlal edilebilmesi olası hale gelecektir ve 2. Kuralda olduğu gibi bu kuralın her ihlal edilişi ilki dışında kuralın daha önceki ihlallerini varsayacaktır.⁴³

Hart'a göre 2. Kuralın bir özelliğine dikkat edilmelidir. Bu kural kendine atf yapmakla birlikte, sadece kendine atıfta bulunmamakta; aynı zamanda kendisiyle birlikte bir yasalar sınıfına da atıfta bulunmaktadır. Hart'a göre mantıksal açıdan sorunlu olan sadece kendine atf yapan kural-

dır. Yani yaptırım konusunda sadece kendine yollama yapan kural mantıksal olarak eksik bir kuraldır. Bunu 2. Kuralı saf bir biçimde kendine atf yapan bir kural haline getirdiğimizde rahatlıkla görürüz.

2. Kural A- Bu kuralı ihlal eden herkesi yargıç cezalandırır.

Saf bir biçimde kendine atıfta bulunan bu formülde ortaya çıkabilecek olası ödevler ve bu ödevlerin ihlalinin gösterme olasılığı yoktur. 2. Kural ile 2. Kural A arasındaki bu farklılığın nedeni kendine atf konusundaki anlaşılması zor mantıksal doktrinde bulunmamaktadır. Bunun açık yanıtı, verdiğimiz bu örnekte (2. Kural A) bir kuralın ihlalinin cezalandırılması olgusunun esas olarak eksik kalmasıdır. Bu eksikliğin nedeni ise, bu kuralın sadece ceza getirmesi ama hangi davranışın cezalandırılacağını belirtmemesidir. Bu şu anlama gelir: Cezalandırmadaki başarısızlık serisi için cezalandırma serisi getirmek doğrusa da, en sonda yer alacak başka bir şey için cezalandırmaya da referans yapmak gerekir. Bu Hart'a göre kopya kavramının kopya olmayan bir başka düşünce olmadan güdük kalacağıyla karşılaştırabilir. Kopyaların kopyalarının kopyalarını isteyebiliriz. Ama bunun olabilmesi için serinin orijinalinin kopyasıyla işe başlanması gerekir.⁴⁴

HLA Hart anayasa hukukunda kendine atf yapan kuralların bulunabileceğini belirtmektedir. Anayasalarda bazı hükümlerin değiştirilmesini önlemek veya güçleştirmek için bu hükümlerin ya değiştirilemeyeceklerini ya da daha zor bir yöntemle değiştirilebileceklerini hükme bağlamak gerekebilmektedir. Eğer anayasada değişiklik yapmayı yasaklayan veya güçleştiren hükmün kendisi değiştirilebilecek olursa, korumanın bir anlamı da kalmayacaktır. Bu nedenle zaman zaman

⁴³ *Ibid.*, s. 172.

⁴⁴ *Ibid.*, s. 173.

koruma getiren hükmün kendisi de koruma altına alınabilmektedir. Böylece bu hüküm hem kendisini hem de anayasadaki bazı hükümleri güvence altına almış olur. Hart 1909 tarihli Güney Afrika Yasası'nın 152. maddesini örnek olarak vermektedir. Britanya Parlamentosu Güney Afrika Yasası ile Güney Afrika için bir anayasa yapmıştı. Bu metinde madde (35. ve 137. maddeler) ırk ve renk temeline dayanan ayrımcılığı engellemek ve İngilizce ve Felenkçe dillerinin eşit statüsünü gerçekleştirmek amacıyla konmuştu. Bu nedenle de bu hükümlerin normal yasama süreciyle değiştirilmeleri önlenmek istenmekteydi. Bu güvence altına alma, Anayasa'nın 152. maddeyle gerekçeleştiriliyordu ve 152. madde aynı zamanda kendini de koruma altına almaktaydı. Profesör Hart'a göre bu kendini koruma biçimi, kendini yaptırma bağlayan kural gibi, hem kendine hem de diğer maddelere atıfta bulunduğu için bu mümkün olabilmektedir. Ancak bütünüyle kendine atıf yapan kural, yani sadece kendinin değiştirilmesini engelleyen kural, aynen sadece kendini yaptırımla koruyan hüküm gibi, aynı nedenlerle mantıksal olarak eksik veya yetersizdir.⁴⁵

Alf Ross ne yasaların ne de anayasaların nasıl değiştirileceklerini düzenleyen hükmünün, bu hükmün getirdiği usule uyarak değiştirilemeyeceğini iddia etmektedir. Ross'a göre bu tür bir “düşünümlülük” mantıksal olarak imkânsızdır ve bu nedenle kendisi dâhil Anayasa'nın değiştirilmesini düzenleyen Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın V. Maddesi bu maddedeki usule uygun olarak değiştirilemez.⁴⁶ Ancak Alf Ross kendine atıfta bulunan yasaların anlamsız olduğunu da iddia etmemektedir. Hatta kendine atıfta bulunan yasaların

anamlı olabileceklerini de söylemektedir. Bütün politikacıların V. Maddedeki usule uyularak bu maddenin de değiştirilebileceği varsayımından hareket ettiklerini de kabul etmektedir. Fakat Ross'a göre bu sadece “sosyal ve psikolojik bir gerçekliktir”. Anayasa'nın V. Maddesinin bu maddedeki usule uyularak değiştirilebileceği dışında, bir başka türlü düşünmenin mümkün olmayacağı yolundaki düşünceyi, Alf Ross *sihirli bir formül* olarak ifade edilebilecek düşüncelerin egemenliğine bağlamaktadır. Anayasa'nın V. Maddesinde belirlenen usul bu maddenin kendisi tarafından oluşturulan ilişkiyi çözebilecek *sihirli bir formül* olmaktadır.

Hart, Ross'un Amerikan Anayasası'nın V. Maddesinde öngörülen usul dışında bir başka usulle bu maddenin değiştirilmesinin düşünülemeyeceğini, bunun politikacılar tarafından da böyle kabul edildiğini belirttiikten sonra, mahkemelerin böyle düşüneceğini eklemektedir. Hart mahkemelerin, V. Maddedeki usule uyularak, V. Maddede yapılan değişiklikler ile bu usul dışında bir başka usulle yapılan değişiklikleri birbirinden ayırıp, bunlardan birincisini hukuken geçerli ve diğerlerini ise geçersiz kabul edeceklerini ileri sürmektedir. Bu nedenle de, Hart'a göre bu durum sadece olgusal bir durum, yani sosyal ve psikolojik bir değişiklik olarak kabul edilmez.⁴⁷

Alf Ross yukarıda aktardıklarımız dışında, bir başka görüş daha ortaya koymaktadır. Ross, eğer V. Maddenin kendisi kendi getirdiği şekle ve yöneme uygun olarak değiştirilecek olursa, yeni V. Maddenin eskisinden kaynaklandığını veya eskisinden kaynaklandığı için geçerli olacağını kabul edemeyiz demektedir. Böyle bir kaynak-

45 *Ibid.*, s. 173-175.

46 Bakınız: John Ferejohn, “The Politics of Imperfection: The Amendment of the Constitutions”, *Law and Social Inquiry*, American Bar Foundation (1997), s. 510.

47 H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1983), s. 175.

lanma, Ross'a göre, daha üstte yer alan normun geçerliliğini varsayar; dolayısıyla üstte yer alan normun varlığının devamı gerekir ve kaynaklanma kaynaklanmanın kaynağıyla çelişen yeni bir normun ortaya çıkmasına neden olamaz. Bunun nedeni de mantıkta bir cümlenin veya bir ifadenin kendine atıfta bulunamaması kuralıdır.

Hart, Ross'un ileri sürdüğü bu tezde iki hususun tartışılabilirliğini söylemektedir. Bunlardan ilki yeni normun elde edilmesinin sadece üst normun geçerliliğini değil; aynı zamanda yeni norm ortaya çıktıktan sonra da varlığının devamını ileri sürmesidir. İkincisi eğer V. Madde kendi koyduğu usule uygun olarak değiştirilecek olursa bu şekilde ortaya çıkan yeni normun elde edilme biçiminin kaynağı ile çelişecek olması yolundaki iddiadır. Hart'a göre Ross bu her iki savda da şu noktayı göz önüne almamaktadır. Eğer V. Madde kendi değişikliğini de gerçekleştiren bir hüküm olarak yorumlanıyorsa, bunun etkisi belirli bir usulün bu usul eski usulle getirilen yeni usul kabul edilene kadar kullanılmasını öngörüyor demektir. Hart'a göre kuşkusuz biz bunu geçerli bir değişiklik olarak kabul ederiz. Bazı durumlarda ortaya çıkan yeni normun kaynağı ile çelişmesi durumunda ortaya çıkamayacağı veya yeni normun bu yolla elde edilemeyeceği doğrudur. Ama eğer V. Madde kendi kurallarına göre değiştirilecek olursa çelişki yok demektir. Orijinal V. Madde ve değiştirilmiş madde zamanın değişik dönemlerine aittir. Orijinal usul yenisiyle değiştirilene kadar ve yeni usul de bundan sonra anayasa değişikliklerinde kullanılacak demektir.⁴⁸

Bilindiği gibi Alf Ross bu konuda bir başka örnek daha vermektedir. Bu mutlak bir hükümdarın kendi yaptığı yeni bir anayasayla yetkilerini sınırlandırması ve bu

sınırlandırmanın da bir daha değiştirilemez olması örneğidir. Profesör Ross'a göre bu durumun hükümdarın mutlak iktidarından kaynaklanması mümkün değildir. Ross'un bunu söylemesinin nedeni geçerli bir tündengelim çıkarımının sonucunda ortaya çıkan sonucun tündengelim öncülleriyle çelişki içinde olmaması biçimindeki mantık kuralıdır. Hart Ross'un bu düşüncesine yasama yetkisinin yeni normlar çıkarmak için kullanılmasının mantıksal bir tündengelim çıkarımı olmadığını ve bu mantıksal ilkenin yasama işlemlerine nasıl uygulanacağına da müphem olduğunu söyleyerek itiraz etmektedir. Hart bu eleştiriden vazgeçilip, bu söylenenlerin hiçbir normun çelişki içinde bulunduğu normdan kaynaklanamayacağı biçimindeki eski sav olarak düşünüldüğünde bile hiçbir çelişkinin ortaya çıkmayacağını belirtmektedir. Hart'a göre bir hükümdarın yetkilerini sınırlandırana kadar sınırsız yetkilere sahip olduğu biçimindeki söylemin, hükümdarın kendi yetkilerini sınırlandırdıktan sonra yetkilerinin sınırlandırıldığı ifadesiyle uyum içinde olduğu söylenebilir.⁴⁹

Hart'a göre bu söylenenler mutlak monarşinin nasıl anlaşıldığına bağlıdır. Eğer mutlak monarşi hükümdarın varlığının *devam eden (süren) her anında kendi yetkilerini sınırlandırmak dışında*, istediği her konuda düzenleme yapabilmesi biçiminde anlaşılacak olursa, hükümdarın geri dönüşüme bir biçimde iktidarını sınırlandırmayacağı kabul edilmek zorundadır. Ama mutlak iktidarın kendini kapsayıcı biçimde anlamlandırılması da olasıdır ve böyle anlaşıldığında, hükümdarın kendi yetkilerini geri alınamaz biçimde sınırlandırabilmesi dâhil, her konu üzerinde yasal düzenlemeler yapabileceği kabul edilecek demektir. Anayasal bakımdan mutlak iktidarın bu al-

48 *Ibid.*, s. 176-177.

49 *Ibid.*, s. 177.

ternatif iki biçimi, *devam eden* ve *kendini kapsayan iktidar anlayışları*, anlaşılabilir düzenlemelerdir.⁵⁰

Ross önermelerin kendi kendilerine yollama veya atıf yapamamaları gerektiği biçimindeki kuralın mantıkçılar tarafından genellikle kabul edildiğini söylemektedir. Hart ise bu söylenenlerin yasalar için geçerli olamayacağını; çünkü yasalarda yer alan ifadelerin mantıkta yer alan önermeler olmadığını ileri sürmektedir. Ayrıca Hart’a göre kendine atıf yapan yasalar çoğunlukla V. Madde olduğu gibi başka hükümlere de yollamada bulunmaktadır. Kendine atıfta bulunmanın mantıkçılar tarafından bütünüyle de reddedilmediğini söyleyen Hart, Karl Popper’in ünlü makalesinden hareketle çok çeşitli kendine atıf biçimleri olduğu ve bunların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmektedir. “Bu cümle Türkçedir” veya “Bu açıklamamı fısıldayarak söylüyorum” örneklerinde yapılan kendine atıfta mantıksal bir bozukluk bulunmamaktadır. Kuşkusuz bunlar karşısında, “Bu yanlıştır” önermesi boş, anlamsız ve eksiktir. Yine “Bu doğrudur” önermesi de hem boş hem eksiktir. Ancak Hart’a göre Güney Afrika Yasasının 152. maddesi ve Amerikan Anayasasının V. Maddesi ne bir çelişkiye yol açmamakta ne de anlam bakımından eksik kalmaktadır.⁵¹

Vurgulanması gereken önemli bir husus da mantıksal olarak imkânsız olanın hukuksal olarak da imkânsız olması gerektiğini ileri sürmenin, felsefi bakımdan küstahça olduğu ve gerçeklere uymadığıdır. Bu görüşün yeni doğal hukuk görüşü olduğu söylenebilir. İnsanların yaptığı hukukun geçerliliğinin ezeli ve ebedi olarak geçerli

olduğu düşünülen bir ahlak kuralına bağlamak yerine, bu kez insanların yaptığı hukuk kuralları ezeli ve ebedi olarak geçerli olan mantık kurallarına bağlanmaktadır. Geleneksel doğal hukuk görüşüne yapılan eleştiri bu yeni biçimine de yapılabilir. Hukuk kuralları ahlak kurallarına aykırı olmalarına rağmen geçerliliklerini sürdürebildiklerine göre, mantık kurallarına uymamasına rağmen de hukuk kuralları varlıklarını sürdürebilir. Hukukun ne olduğu konusunda hukukun kendi testleri vardır ve bu testler çok sayıda ahlak veya mantık kurallarına aykırı kuralları hukuk kuralı olarak kabul etmemize neden olmaktadır. Bir takım soyut ahlaksal ve mantıksal testlerin hukuksal testleri ortadan kaldırdığı ve hukuksal testlere göre hukuk kuralı kabul edilenleri geçersiz kılabildiği kabul edilecek olursa hukuk, ahlak veya mantığa dönüşecektir.⁵²

VI- PETER SUBER’İN KABUL TEORİSİ

H. L. A. Hart, *The Concept of Law (Hukuk Kavramı) adlı yapıtında* hukukun birincil (primary) ve ikincil (secondary) kurallar olmak üzere iki tür kuraldan oluştuğunu ve birincil kuralların kişilerin davranışlarıyla ilgili ödev ve yükümlülükler getiren kurallardan oluştuğunu söylemektedir. Ancak bir hukuk sistemi sadece birincil kurallardan oluşamaz; çünkü bu durumda hangi kuralların hukuk kuralları olduğunu belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle Hart, hukukun birincil kurallar yanında ikincil kuralları da içermesi gerektiğini belirtmektedir. Hart’ın sisteminde en önemli ikincil kural tanıma kuralıdır (rule of recognition). Hart’a göre, tanıma kura-

50 *Ibid.*, s. 177.

51 *Ibid.*, s. 178.

52 *Bakınız: Peter Suber, Paradox of Self-Amendment. <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psal/index.htm> Bu kitap Peter Lang Publishing, tarafından 1990 yılında basılmıştır. Şu an bu kitabın baskısı tükenmiştir. Yazar bu önemli kitabını İnternete koyarak araştırmacılara büyük bir iyilikte bulunmuştur. Bu nedenle kendisine teşekkür ederim.*

lı ve birincil kurallar, bir hukuk sisteminin varlığı için asgari koşullardır. Hart'ın hukuk sistemindeki en üstte yer alan ve tek olan tanıma kuralı, diğer hukuk kurallarından farklı özellikler taşımaktadır. İlk olarak, tanıma kuralının varlığı *sosyal olgu* konusudur; bir başka deyişle, *sosyal kabule dayanır*. Diğer kurallar ise, tanıma kuralındaki ölçüte göre, geçerli veya geçersizdirler. İkinci olarak, tanıma kuralı, hukuk sistemindeki diğer kurallarla ilişkilidir. Bu ilişki çerçevesinde ise, hukuk sistemindeki diğer kuralların, tanıma kuralı altında tanındıkları için var oldukları belirtilebilir. Diğer bir ifadeyle tanıma kuralı, kurallar hakkındaki kural olma özelliğini taşımaktadır. Hart, birincil kurallardan oluşan bir rejimin hukuk kurallarındaki belirsizliğini önlemek için tanıma kuralının ortaya çıktığını ileri sürmektedir.⁵³

Peter Suber, Hart'ın teorisinden yola çıkarak Alf Ross Paradoksunu çözümlenmeye çalışmıştır. Suber, Hart'ın tanıma kuralının sosyal kabule dayandığını bizlere anımsatmakta ve Hart'ı yorumlayanların sadece temel kural olan tanıma kuralının sosyal kabul ile yetkilendirildiğini ve bundan sonra tanıma kuralının sistemdeki diğer bütün kuralları koyduğu ölçüte göre onayladığını bizlere söylediklerini aktarmaktadır. Bu yorumculara göre, tanıma kuralı ile sistemin diğer kuralları arasındaki ilişki hiyerarşik ve biçimsel bir ilişkidir. Peter Suber, Hart'ı böyle anlamadığını, belirli bazı kuralların ve bazı hükümlerin mantıksal veya hukuksal olarak tanıma kuralıyla belirlenmeden doğrudan sosyal kabul ile belirlenebileceğini belirtmiştir. Yapılan bu yorum sonunda Suber, tanıma kuralı dışında bazı

kuralların da doğrudan sosyal kabul yoluyla yetkilendirilebileceği ve sosyal kabulün her zaman tanıma kuralının geçersiz kıldığını geçerli veya geçerli kıldığını ise geçersiz bir duruma getirebileceği sonucuna varmaktadır. Bu görüşüne doğrudan *kabul teorisi adını veren yazar*, bu teorisinin kuralları hiyerarşisini ve üstteki kuralın alttaki kuralı yetkilendirdiği görüşünü reddetmediğini söylemektedir. Ancak bu durum bu teoriye göre kabul koşuluna bağlıdır. Suber çoğu kuralın çoğu zaman üstte yer alan kural tarafından yetkilendirildiğini, sosyal kabulün ise nadiren araya girdiğini belirtmektedir.⁵⁴

Doğrudan kabul teorisine göre Alf Ross paradoksunun iki çözümü vardır. Bu çözümlerden ilki, anayasada anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün kendisinin değiştirilmesinde çelişki olmasına rağmen, bu yolla yapılan değişikliklerin kabul edilmesidir. Suber'e göre çelişkinin çözümlenebilir çözümlenememesi önemli değildir; çünkü sosyal kabulün biçimsel mantıkla bir bağlantısı yoktur. Eğer halk ve resmi görevliler bu tür değişikliği çelişkilerine rağmen kabul ederlerse, ortaya çıkan değişiklik yasal kabul edilmelidir. İkinci çözüm, anayasa değişikliğinin nasıl yapılacağını düzenleyen yeni hüküm eski anayasa değişikliğini düzenleyen hüküm kullanılarak ortaya çıkmış olsa bile, otoritesini ve geçerliliğini doğrudan sosyal kabulden aldığı söylemektedir. Yeni anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün otoritesini doğrudan sosyal kabulden kaynaklandırmak, anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün değiştirilmesindeki çelişkiyi inkâr etmek demektir. Bir başka deyişle, çelişki

53 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, İkinci baskı (Oxford: Oxford University Press, 1997), s. 94-99. Gülriz Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 3, s. 148-149.

54 Peter Suber, "Paradox of Self-Amendment in Constitutional Law", s. 11. <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psaessay.htm> Bu yazı ilk olarak şu dergide yer almıştır: *Stanford Literature Review*, 7, 1-2 (Spring-Fall 1990) 53-78. Bu makale yazarın "The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change" (Peter Lang Publishing, 1990) adlı kitabının özettir.

bu çözümlenmeyle “bypass” edilmektedir. İlk yöntemde anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün değiştirilmesindeki çelişkiye izin verilmekte ve süreçteki çelişki dikkate alınmamakta veya bu durum “mazur” görülmektedir. İkinci yöntemde ise, anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün değiştirilmesindeki çelişki asılsız ve aldatıcı görülmekte ve eski anayasayı değiştirme hükmündeki yöntem ve usul izlense bile, yeni hükmün otoritesini gerçekte sosyal kabulden aldığı söylenmektedir.⁵⁵

Peter Suber’e göre ikinci çözüm, klasik terimlerle ifade edilirse, daha akla yakın değilse de, daha saygın bir çözüm olarak düşünülebilir. Anayasa değişikliğini düzenleyen hükmü karşılayan veya bu hükme paralel olarak kabul edilebilecek özel hukuktaki sözleşmeler, herhangi bir paradoks söz konusu olmadan, sözleşmenin taraflarınca değiştirilebiliyor ve sözleşmeye konan yeni hükümler geçerliliklerini tarafların anlaşmasından alıyorsa, anayasa değişikliğini düzenleyen hükümler de, eğer anayasayı değiştirme süreci sözleşmenin taraflarının bir işlemi olarak yorumlanacak olursa, herhangi bir çelişki olmadan değiştirilebilir. İşin aslında sosyal kabul teorisi klasik rıza veya sözleşme teorisinin değişik bir biçimidir. Sosyal kabul teorisi halkın kararlarının her türlü yasanın üstünde olduğu anlamına da gelmektedir. Sosyal kabul teorisi hukuksal otoriteyi sözleşme kavramının içine yerleştirmemekte; bunun yerine hukuksal otoriteyi daha az açık, daha az kural-benzeri, daha belirsiz, daha değişken ve daha çok sosyal pratiğin duyarlı bir aracı haline getirmektedir.⁵⁶

Doğrudan kabul teorisi bize hiçbir kuralın mutlak olarak değiştirilemez nitelikte olamayacağını söylemektedir. Bundan

her türlü anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün ve hatta kabulün kendisinin devam eden bir tür her şeye *gücü yetme özelliğine* sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. Herhangi bir kural değiştirilmezlik özelliği taşıyor olsa dahi, eğer gereken kabul elde edilirse değiştirilebilecektir. Bu değiştirilemez kuralın değiştirilebilir kurala dönüşümü demektir. “Değiştirilemez hükümler” ile bağlı olduğu düşünülen gelecek kuşaklar değiştirilmezlikle bağlı olmayacaklarına karar verebilirler ve değiştirilemez olduğuna inanılan kuralı veya kuralları ortadan kaldıracırlar. Bu değiştirilemez olma amacında olan kuralların değiştirilme olasılığının olduğu anlamına gelmektedir. Gerekli kabul ile halk her türlü kuralı değiştirebilir veya ortadan kaldırabilir. Değişiklik için gerekli kabulün elde edilebilip edilemeyeceği ise tarihsel koşullara bağlıdır. Bazı değiştirilemez kurallar değiştirme veya ortadan kaldırma konusunda kabul olasılığının veya koşullarının ortaya çıkmadığı için değiştirilemezler. Ama hiçbir kural bütünüyle değiştirilemez de değildir. Değişiklik veya ilga olasılığı sürekli vardır.⁵⁷

Peter Suber’in bu söylediklerinin doğruluğunu kanıtlamak için ülkemizden bir örnek verebiliriz. 1982 Anayasası’nın 4. maddesi 1982 Anayasası’nın ilk üç maddesindeki hükümlerin değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğini ifade etmiştir. Anayasa’nın 2. maddesi, Cumhuriyetin niteliği olarak başlangıçta belirtilen temel ilkelere de gönderme yapmaktadır. Yani başlangıçta belirtilen temel ilkeler de değiştirilemez niteliktedir. Ancak başlangıcın ilk iki paragrafı dolayısıyla bu iki paragrafta yer alan ilkeler, 23 Temmuz 1995 tarih ve 4121 sayılı kanunla Anayasadan çıkarılmıştır. Bu değişiklik toplumda genel olarak kabul gördüğü için

55 *Ibid.*, s. 11-12.

56 *Ibid.*, s. 12.

57 *Ibid.*, s. 14.

kimse bu konuyu tartışmamıştır ve böylece değiştirilemez olarak kabul edilen bazı ilkeler ilga edilmiştir.

Eğer koşullu olarak her şeye gücü yetme devam eden her şeye gücü yetme anlamına geliyorsa, bu aynı zamanda kendini kapsayan her şeye gücü yetme anlamına da gelir. Koşullu olarak her şeye gücü yeten anayasa değişikliğini düzenleyen hüküm, yapıldığı zaman değiştirilemez olarak düşünülen sınırlamalar dâhil, kendi kendini her zaman sınırlandırabilir; ama aynı zamanda da değiştirilemez olarak kabul edilen her türlü sınırlandırmayı da istediği zaman kaldırabilir.⁵⁸

Peter Suber'in görüşleri demokratik kuram ile de uyumludur. Demokrasilerde halkın yasa yapma hakkı kategorik olarak sınırlandırılmaz veya ortadan kaldırılamaz. Bunun nedeni halkın egemenliğini terk edememesidir (*delegata potestas non potest delegari*). **İşin aslında egemenlik, koşullu olarak devredilebilir; ama devretme koşullu olarak** geri de alınabilir. Gelecek kuşakların eşit egemenliği ve yasalarını yapma ve değiştirmedeki eşit hakları yine koşullu olarak kutsaldır. Eğer bizler gelecek kuşakların yasa yapma veya değiştirme haklarını ihlâl edecek olursak, onlar da bu haklarını her zaman geri alabilir. Hiçbir kuşak kategorik olarak değiştirilemez kurallar ile kendinden sonra gelenleri bağlayamaz.⁵⁹

Doğrudan kabul teorisi hukuk kurallarının koşullu değiştirilmezlik ve anayasayı değiştirmeyi düzenleyen kuralların da koşullu her şeye gücü yetme özelliğine sahip olduğuna işaret etmektedir. Bu bizi iki zorlu ikilemden kurtarmaktadır. Bunlardan ilki çelişki (paradoks) ile değiştirilemezlik arasında seçim yapmaktır. İkincisi de devam eden, yani sürekli her şeye gücü yetme

ile kendini kapsayan her şeye gücü yetme arasındaki tercihtir. Bu teori anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün kendisinin değiştirilebilmesini Alf Ross'un "uyduruk" sayılabilecek doğrusal bir operasyona başvurmadan açıklayabilmektedir. Yine bu teori anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün kendisinin de değiştirilmesini açıklayarak, yasaların nasıl sayısız soyacağına başvurmadan geçerli ve yasal olabileceklerini ve böylece de meşruluğun nasıl var olabileceğini gösterebilmektedir. Son olarak bu teori bize kötü yasaların yapılmasını engelleyemeyeceğimizi ve iyi yasaların önüne de değiştirilemez engeller koyamayacağımızı hatırlatmaktadır. Hukuk çok kısa bir süre için bizi kendimizden kurtarmada ve engellemede yeterli olabilirse de, kötü eğilimlerimizi durdurmada ve başarılarımızı korumada son söz bizim irademizdedir.⁶⁰

KAYNAKÇA

- Cave, Peter, *This Sentence is False: An Introduction to Philosophical Paradoxes* (London: Continuum, 2009).
- Clark, Michael, *Paradoxes From A to Z*, İkinci Baskı (London: Routledge, 2007).
- da Silva, Virgilio Afonso, "A Fossilised Constitution?", *Ratio Juris*, Vol. 127 No 4 (December 2004), s. 454-473.
- Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, with introduction by E. C. S. Wade (London: Macmillan & Co Ltd, 1959).
- Ferejohn, John, "The Politics of Imperfection: The Amendment of the Constitutions", *Law and Social Inquiry*, American Bar Foundation (1997), s. 501-530.

58 *Ibid.*, s. 15.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*, s. 16.

- Fitzgerald, Patrick, “The ‘Paradox’ of Parliamentary Sovereignty”, *The Irish Jurist* (1972), s. 28-48
- Goldstein, Laurence, “Four Alleged Paradoxes in Legal Reasoning”, *Cambridge Law Journal* 38 (2), (Nov. 1979), s. 373-391.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law, İkinci baskı* (Oxford: Oxford University Press, 1997).
- Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1983).
- Hicks, J.C., “The Liar Paradox in Legal Reasoning”, *Cambridge Law Journal* 29 (2) (Nov. 1971), s. 275-291.
- Hill, Hamner, “Self-Reference, Self-Amendment, Self-Empowerment and the Validity of Basic Norms”, *Pluralism and Law: Proceedings of the 20th IVR World Congress Amsterdam*, Arend Soeteman (derleyen), (München: Franz Steiner Verlag, 2004), s. 96-103.
- Hoerster, Norbert, “On Alf Ross’s Puzzle in Constitutional Law”, *Mind* Vol. 81, No. 323 (Jul., 1972), s. 422-426.
- Kedar, Nir, “The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes”, *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, derleyenler: Oren Perez ve Gunther Teubner (Oregon: Hart Publishing, 2006), s. 101-117.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law & State* (New Jersey: Transaction Publishers, 2006).
- Mackie, J. L., “Evil and Omnipotence” *Mind*, 64 (April 1955), s. 200-212.
- Nesin, Ali, *Matematik ve Korku (İstanbul: Nesin Matematik Köyü Yayınları, 2008)*.
- Perez, Oren, “Law in the Air: A Prologue to the World of Legal Paradoxes”, *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, derleyenler: Oren Perez ve Gunther Teubner (Oregon: Hart Publishing, 2006), s. 3-38.
- Popper, Karl, “Self-Reference and Meaning in Ordinary Language”, Karl Popper, *Conjectures and Refutations* (London: Routledge, 2002), s. 409-418. Bu yazı ilk olarak şu dergide yayımlanmıştır: Karl Popper, “Self-Reference and Meaning in Ordinary Language”, *Mind*, 63 (1954), s. 162-169.
- Raz, Joseph, “Professor A. Ross and Some Legal Puzzles”, *Mind* 81 (1972), s. 415-421.
- Ross, Alf, “On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law”, *Mind* (January, 1969), s. 1-24.
- Ross, Alf, *On Law and Justice* (London: Stevens & Sons Limited, 1958).
- Suber, Peter, “*The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*” (Peter Lang Publishing, 1990).
- Suber, Peter, “*Paradox of Self-Amendment in Constitutional Law*”, s. 11. <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psaessay.htm> Bu yazı ilk olarak şu dergide yer almıştır: *Stanford Literature Review*, 7, 1-2 (Spring-Fall 1990) 53-78. Bu makale yazarın “*The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*” (Peter Lang Publishing, 1990) adlı kitabının özettir.
- Suber, Peter *Paradox of Self-Amendment*. <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psa/index.htm>
- Wade, H. W. R., “The Basis of Legal Sovereignty”, *The Cambridge Law Journal*, 13, (1955), s. 172-197.
- Wollheim, Richard “A Paradox in the Theory of Democracy”, *Philosophy, Politics and Society*, derleyenler Peter Laslett ve W. G. Runciman (Oxford: Oxford University Press, 1962), s. 71-87.
- Uygur, Gülriz, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 3*, s. 145-176.
- Yıldırım, Cemal, *Matematiksel Düşünme, Altıncı Basım (İstanbul: Remzi Kitapevi, 2010)*.