

KURALLARIN KURALI: ANAYASANIN HUKUKİ BOYUTUNUN EVRENSEL SERÜVENİ

THE RULE OF THE RULES: UNIVERSAL ADVENTURE OF LEGAL SENSE OF THE CONSTITUTION

Faruk Y. TURİNAY*

Özet: Anayasa pek çok bilimde farklı anlama gelir. Bu kavram, örneğin, iktisatta mali politikaların uygulanmasının güçlü bir aracı, siyaset biliminde ise iktidarı sınırlandıran siyasal bir belge olarak kendini gösterir. Hukuka gelince, bağlayıcılık, alt düzeydeki kuralların kendisine uygun olması, devlet tüzel kişiliğini hukuken yaratan düzenleme oluşu gibi özellikleri ön plana çıkar. Bu çalışmada anayasa, hukuki kimliğiyle ele alınmış; anayasanın anlamını tasnif eden yazarların ve mahkemelerin görüşlerine evrensel ölçekte yer verilmiştir. Hukuki anlamdaki anayasanın çeşitli kavramlarla bağlantıları incelenmiştir. Önemi hiç de az olmamakla birlikte, son olarak, Avrupa Birliği örneğinin anayasa düşüncesi üzerindeki etkileri tahlil edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: anayasa, ulusüstü hukuk, anayasa kavramı, anayasanın tanımı, hukuki anlamda anayasa, anayasa kuramı, Avrupa Birliği

Abstract: Constitution means different sense in a lot of disciplines. For instance, the notion appear a powerful instrument of fiscal policy's practice; and also a political document which restrict power in political science. It's some characteristics loom large; such as legal binding, conformity of all 'lower' norms to constitution, being a norm what legally creat juridical personality of state. Constitution has handled in respect of legal attribution. They have been universally touched on that opinions of both courts and authors which classify meanings of constitution in the work. Connections between constitution in the legal sense and miscellaneous concepts have examined. The last but not the least, influences of European Union on constitution's conception have been tried to resolve.

Keywords: constitution, supranational law, the concept of constitution, definiton of constitution, , constitution in the legal sense, European Union

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma görevlisi

GİRİŞ

Anayasa hukuku bir yana, hukukun dahi sınırlarını aşmış bir kavram olarak anayasa, Yeni Çağ'dan bugüne, özellikle de siyasi gelenekleri bütünüyle kurumsallaşamamış hukuk düzenlerine sahip ülkelerde, dinmeyen tartışmaların odağında yer almıştır. Siyasal iktidarın sınırlandırılmasından en üst hukuki düzenleme oluşuna, devlet kavramıyla ilişkisinden meşruiyet sağlayıcı özelliğine kadar geniş bir fikir yelpazesinde gezinen anayasanın konumunu tespit etmenin kolay olmadığı takdir edilebilir. Tabii, 'anayasanın sadece anayasadan ibaret olmaması', gerçeklik payı yüksek bir klişe niteliğiyle araştırmacının önünde dururken kitaplara ve sonunda kaleme sarılmamak elde değildir.

Hiçbir kavram kendiliğinden düşünce evreninde var olamaz; kelimelerin ifade gücüne ihtiyaç duyar. Kelimeler olmadan kavramlar üzerine düşünülemez. Anayasa bir kavram olduğu gibi bir kelimedir¹. Fakat münhasıran 'kavram olan anayasa'yı inceleyebilmek için dil tartışmasına girmemekte yarar vardır. Diğer bir deyişle, kavram olan anayasa, kelime olan anayasadan koparılmalıdır.

Bir kavrama 'hukuki' açıdan bakmak, o kavramı kendiliğinden düzenli, sonuç odaklı ve 'mevzun' bir boyut kazandırır; bağlayıcılığını meydana çıkarır. Anayasayı bir hukuki kavram olarak ele alırken diğer düzenleyici hukuki işlemler ile karşılaştırmak, benzerlerinden ayırabilmek, hakkını teslim etmek için gereklidir. Fakat anayasa bir yönüyle uç bir kavramdır; düzenlemelerin düzenlemesi, kuralların kuralıdır. Zaten sorun bu özelliğinden doğmaktadır. Her normun sahip olmak istediği meşruiyet ihtiyacı kuşkusuz onun için de geçerlidir. Bu tartışma ise hukuk araştırmacısını ister istemez doğal hukuk anlayışına, hukukun başlangıcına götürür. Tartışma, gelinen genel kamu hukuku sahasının imkânlarıyla yetinmez; daha sonra siyaset bilimi ile sosyolojiye doğru sürükler. Fakat sürüklenişe bir yerde son vermek lazımdır; aksi halde kavramlar silsilesinin kaybolma/bozulma tehlikesiyle yüz yüze gelinir. Ne var ki, hukuki olanı hukuki olmayandan ayırmak, hele konu anayasa ise, hiç de basit değildir. Üstelik ayırıcı

¹ Anayasa kelimesi hakkında etimolojik-hukuki bir inceleme için bkz: Turinay, Faruk Y., "Bir Kelime Olarak Anayasanın Tarihsel Yolculuğu Üzerine Düşünceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2011, s.269-312

çizgi kalındır; altında kayda değer genişlikte, gri bir alan bırakır. Hukuki bir kavram olarak anayasa incelenirken esnekliğin benimsenmesi yararlı olacaktır.

A. ANAYASA KAVRAMININ HUKUKİ VE SİYASİ NİTELİKLERİNİN AYRIŞTIRILMASI

Yazıya dökülmüş eserlerin derinliklerine dalmadan, hukuk ve siyaset birbirinden ayrılmaya çalışıldığında, akla ilk gelen ayrım noktası siyasetin sebep, hukukun ise sonuç olduğu yönünde. Siyaset sayısız olayın zincirleme iç içe geçtiği bir alan iken, hukuk siyasetteki olayların neticesinde uzlaşılarak veya zora dayanarak ihdas edilen kuralları ifade ettiği sonucudur. Tabii, burada sözü edilen hukuk, yürürlükteki hukuktur, doğal hukuk değil.

Her kavramın birden fazla niteliği olabilir. Her kavram farklı bilimlerin lügatinde farklı anlamlara gelebilir. Anayasa kavramının birçok niteliği vardır: mali boyutta anayasa, iktisadi boyutta anayasa, uluslararası ilişkiler boyutuyla anayasa, insan hakları boyutuyla anayasa... Bu liste uzatılabilir. Anayasanın niteliklerinden karışmaya en müsait olanları hukuki ve siyasi nitelikleri olduğundan, hukuki kavram olan anayasa ile siyasi kavram olan anayasa incelenmelidir.

Anayasanın hukuki yönünü görebilmek için çok eski zamanların kurallarını bakmak gerekebilir. Roma İmparatorluğu Anayasası bunlardan biridir. Üstelik anayasanın varlık amaçlarından biri olan özgürlüğün hal ve şartları eski zamanlarda daha iyi anlaşılmuş bile olabilir². Marcus Tullius Cicero, Romalı devlet adamı Cato'dan aktararak der ki, Roma Anayasası, diğer devletlerinkine üstündür; zira o, bir kişinin değil pek çoğunun dehasının ürünüydü. Şöyle ki, Roma Anayasası, bir nesil için değil, yüzyıllar süren uzun bir zaman diliminde yaşayacak farklı çağların insanları için inşa edilmişti³. Bununla beraber, zamanın imtihanı ve fiili deneyimlerin yardımı olmaksızın; gelecek için gerekli

² Friedrich August von Hayek / Ronald Hamowy, *The Constitution of Liberty*, The Definitive Edition, The University of Chicago Press, Chicago, 2011, s.113

³ M. Tullius Cicero, *De Re Publica*, Oxford Classical Texts, Oxford University Press, 2006, Liber II, .1.2.; aktaran: Hayek / Hamowy, loc.cit., *The Constitution of Liberty*, s.113

tüm hükümleri yaşayan tüm insanların güçlerini birleştirerek yaratan, hiçbir şeyi gözden kaçırmayacak derecede dahi biri(leri) yaşamış olamaz⁴. Bu tutum, biraz, “Yeni Kıta” menşe’li, “yaşayan anayasa” (*living constitution*) kavramının hareket noktasını çağrıştırmaktadır. Gözden kaçırılabilir hükümlerin değişken yorumlarla makul kılınmasıyla...

Hans Kelsen, *Hukuk ve Devletin Genel Kuramı* adlı eserinde katı ve yumuşak anayasalardan söz ettikten sonra katı anayasanın var olduğu bir hukuk düzeninde, tıpkı anayasa gibi değiştirilmesi alelade kanunlardan daha yüksek şartlara bağlanmış kanunların mevcudiyetinden de bahseder. Bunlar öyle kanunlardır ki, ancak ve ancak özel usullere riayet edilerek değiştirilebilir yahut ilga edilebilir. Eğer bu kanunların anayasanın bir parçasını oluşturduğu düşünülürse *anayasa kavramı*⁵ saf şekli anlamda makes bulur⁶.

Anayasanın ne olduğunu kavramak, biraz da, bağımsız erkleri düzenleyen bir belge (anayasa) tarafından tahdidi şekilde çember içine alınan temsili yapının kudreti içinde, temsili hükümeti kavramak ile yakından ilişkili hale gelmiştir⁷. Ve tabii, biçimlendirilen şey, anayasanın yarattığı bir yapıdan başkası değildir. Anayasanın bağlayıcılığından kuşku duyulmadığına göre ve anayasanın hem neden hem sonuç oluşu görmezden gelinemezse hukuki olan anayasa teşekkül etmiş demektir.

Ma. Elena K. Parayno tarafından hazırlanan bir sunumda “anayasanın anlamı” denince “egemenlik kudretini kullananların uyguladığı kurallar bütünü”nün kastedildiği gözler önüne serilir. Anayasanın mahiyetini idrak etmeye yardım eden yaklaşım biçimleri, “anayasa işlevinin önemi, tabiatı ve amacı” başlığı altında incelenir. Buna göre, halk, iktidarı-

⁴ Hayek / Hamowy, loc.cit. *The Constitution of Liberty*, s.113. Hayek, yine de şunu söylemeden edememiştir: “Neither republican Rome nor Athens- the two free nations of the ancient world- could thus serve as an example for the rationalists.” (Ne cumhuriyet dönemindeki Roma ne de Atina -antik dünyanın iki özgür ulusu- gerçekçiler için (geçerli) bir örnek olamaz.) Hayek / Hamowy, loc.cit., s.113

⁵ Anayasa kavramını hukuki açıdan, üstelik idare hukuku penceresinden ele alan bir çalışma için bkz: Ender Ethem Atay, “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s.503

⁶ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, Third printing, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2009, s.260

⁷ Hayek / Hamowy, loc.cit. *The Constitution of Liberty*, s.265

nı anayasa vasıtasıyla (*through the Constitution*) kullanır. Öyle ki, halk, kendisini, adaletsizce icra edilen hükmetme gücünden, kendini temsil edecek görevlileri belli aralıklarla tekrarlanan seçimlerle seçmek suretiyle korur⁸. Bir anayasa, halkın bizatihi kendisinin yürürlüğe koyduğu, devleti⁹ yaratan üstün veya temel kanundur. Anayasanın amacı, hükümet/devlet düzeninin çerçevesini ya da ana hatlarını resmetmek ve bu çerçevenin içinde yer alan, devletin muhtelif erklerinin güç ve işlevlerini ayrıntılandırmaktır. Yazar, yumuşak / katı, yazılı / yazısız anayasalar gibi alışıldık kavramlaştırmalara yer vermekle birlikte, “*bir anayasanın kanunlardan nasıl ayırt edileceğini ilk akla gelen “değiştirilme usulü” farklılığına değil, onu ihdas eden organın farklılığına dayandırmak*” gibi ilginç bir yaklaşım tarzını kullanmaktadır. Bu son görüş bağlamında, yazara göre, kanunlar, halkın temsilcileri tarafından ihdas edilmekteyken; anayasa bizzat halk tarafından doğrudan koyulan kuralları ifade eder. Anayasa, diğer tüm mevzuatın kaynağını aldığı, devletin esas kanunudur¹⁰. Parayno’nun vurgusunun bağlayıcılık olduğu açık görüldüğüne göre, anayasayı hukuki bir kavram olarak ele aldığı söylenebilecektir.

Yönetilenlerin rızası ve meşruiyet konularında anayasa daha bir hukuki kimliğe bürünür. Barnett’a göre, anayasal meşruiyet fikrinin en ortak düzenleme mevzusunun *yönetilenlerin rızası* oluşu aslında yanlıştır¹¹. Çünkü bu, hiçbir anayasada sağlanmamıştır! Söz konusu ulaşılamaz ideal sınırlar dâhilinde anayasayı ele alma, anayasa metninin anlamının yerine geçer ve meşruiyetini baltalamış olur. Bu netice çelişkilidir. Zira oy hakkının büyük çapta genişlemesine rağmen, “*yönetilenlerin rızası*” tarafından meşrulaştırılabilmemiş hiçbir gelişmiş ve yeni anayasa yorumlanışı yoktur¹². Diğer yandan, hukukun pek çok

⁸ Ma. Elena K. Parayno, The Concept of Constitution, Scribd elektronik yazılı kaynak web sitesi, <http://www.scribd.com/doc/11535697/Concept-of-Constitution>, erişim tarihi: 22.9.2011

⁹ Yazar, İngilizce yayın yapan pek çok başka yazarın yaptığı gibi, *government* sözcüğünü günümüz Türkçesindeki *hükümet*’ten ziyade ‘*devlet*’ sözcüğüne yakın bir anlamda kullanmaktadır.

¹⁰ Ma. Elena K. Parayno, op.cit., The Concept of Constitution, Scribd elektronik yazılı kaynak web sitesi, <http://www.scribd.com/doc/11535697/Concept-of-Constitution>, erişim tarihi: 22.9.2011

¹¹ Randy E. Barnett, Restoring The Lost Constitution: The Presumption of Liberty, Princeton University Press, 2004, New Jersey, s.3

¹² Barnett, op.cit., Restoring The Lost Constitution: The Presumption of Liberty, s.3

yerde rıza ilkesini benimsediği bilinmektedir. Anayasanın konusu yönetenler ile yönetilenler arasındaki ilişkiyi de kapsadığına göre, meşruiyet ihtiyacı kaçınılmaz surette depreşecektir.

Anayasanın hukuki yönünü, birey, her zaman hissetmez. Ancak, Anayasa Mahkemesi kendini doğrudan ve dolayısıyla ilgilendiren bir karar verdiğinde, bir ceza mahkemesi tarafından anayasal ilkelere atıfta bulunarak serbest bırakılma kararı yüzüne okunduğunda ya da bireysel başvuru yolunu kullanarak bir hakkını korumayı başardığında ve bu gibi somut gelişmeler sayesinde hissedebilir. Teziç de anayasanın hukuki ve siyasi niteliğini isabetle ayırıştırır. Ona göre, “anayasa”nın biri hukuki öteki de siyasi olmak üzere iki anlamı vardır. Anayasa yalnızca bir devletin hukuki statüsü olmayıp, aynı zamanda devlet içinde siyasi iktidarı ve toplum içinde de devlet iktidarını sınırlayan bir belgedir¹³. Teziç’in değindiği “devletin hukuki statüsü” anayasanın hukuki niteliğini ifade etmekten, hem genel ölçekte devlet iktidarının hem dar ölçekte siyasi iktidarının sınırlanması anayasanın siyasi niteliğinin bir başka ifadesidir. Anayasanın devlet iktidarını sınırlayan, kişi haklarını güvenceye alan bir belge olması, aynı zamanda bir siyasi tercihi de yansıtır. 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin 16. maddesindeki “insan haklarının sağlanmadığı ve kuvvetler ayrılığının belirlenmediği bir toplumda anayasa yoktur” ilkesi, anayasanın siyasi niteliğini ortaya koymaktadır. İşte anayasanın bu siyasi niteliğidir ki, “anayasal devlet” ile “anayasalı devlet”i birbirinden ayırır. Çünkü tanımı gereği, her devletin bir anayasası vardır ama rejimi anayasal olmayabilir¹⁴. Gözler ise, siyasi-hukuki kavram ayırımına girmeksizin anayasayı fiziki ortamından ayırdıktan sonra, soyut düzlemde, sadece bir hukuk kavramı olarak inceler¹⁵.

Thomas’ın deyimiyle, anayasa, bir ülkedeki yazılı kurallar topluluğudur; öyle ki, hükümetin halk için yapması gerekenleri, halkın da hükümet için yapması gerekenleri söyler. Muhtemelen, hükümetin yapmaması gerekenleri de belirtir¹⁶. Dünyada hemen her milletin bir

¹³ Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 2009, s.4

¹⁴ Loc.cit.

¹⁵ “Anayasanın Tanımlanması Sorunu: Hangi Anayasa” bölümünde Gözler’in bu konudaki görüşlerine yer verilmiştir.

¹⁶ William David Thomas, What Is A Constitution?, Gareth Stevens Publishing, 2008, s.6

anayasaya sahip olduğunu vurgulayan yazar, bunların bir ya da birkaç belgeden mürekkep olduğunu ortaya koymaktadır. Muhtelif yollarla anayasa, halkın (yurttaşların) haklarını ve hükümetin sorumluluklarını açıklar. Pek çok anayasa, vatandaşların kendilerini temsil etmesi için pek az sayıda kişiyi seçeceklerini, bu kişilerin kanunları yapacaklarını ve kaldıracaklarını söylemektedir. Ayrıca bu temsilcilerin nasıl seçileceği, halkın mevcut temsilcilerin icraatlarından hoşlanmazsa bir daha seçmeme imkânı da anayasada yazılıdır. Mahkemelerin uyması gereken kurallar ile bu kuralları yorumlamak ve uygulamak zorunda oluşu da anayasalarda yer alır. Son olarak, anayasalar, kendi kurallarının nasıl değiştirilebileceğini de çoğu zaman düzenler¹⁷.

Felix Frankfurter ile *James M. Landis*, *Yale Hukuk Dergisi*'nde kaleme aldığı "*The Compact Clause*¹⁸ of *The Constitution: A Study In Interstate Adjustments*" (*Anayasanın Sıkı Yasağı: Eyaletlerarası Dengeleme*) başlıklı makalede, anayasanın işlevsel boyutundan söz eder. Anayasanın öyle bir işlevi olmuştur ki, Amerika'daki hukuki birliği sağlayabilmiştir. Buna göre, anayasa, doğal bir şekilde, eyaletler arasında işbirliğin sağlanması ve "*daha mükemmel bir Birliğin*" biçimlendirilmesi amacıyla tasarlanmış, devlet adamlarının bir başarısı olarak alkışlarla karşılanan¹⁹ belgenin ta kendisidir. Anglo-Sakson hukuk düzenlerine hâkim olmuş genel işlevselcilik/faydacılık ilkesi hatırlandığında, Amerika'daki anayasa algısının da bu ilke doğrultusunda olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Anayasanın toplumsal ve iktisadi olgulardan kopuk bir şekilde devletin üst düzey organlarını ve siyasi yaşamayı kurallarla düzenlemeyi öne çıkarttığı ileri sürülür. Klasik anayasacılık döneminin, hukuk kuralları aracılığıyla siyasal olguları engellemeye çalıştığı²⁰, buna karşılık iktidarı sınırlama aracı olarak anayasa, hukuki olmaktan çok

¹⁷ Thomas, op.cit., What Is A Constitution?, s.6

¹⁸ "*Compact Clause*" Türkçeye çevirmesi oldukça zor bir tabir olup Amerikan Anayasa Hukukuna mahsus kavramlardandır. Eyaletlerin, Amerikan Kongresi'nin rızası olmaksızın barış zamanda ordu besleyemeyeceğini, diğer bir devlet ya da yabancı bir güçle antlaşma veya sözleşme yapamayacağını... emreden Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 1. maddesinde yer alan kurallardan biridir.

¹⁹ Felix Frankfurter / James M. Landis, "*The Compact Clause of The Constitution: A Study In Interstate Adjustments*", *Yale Law Journal*, 34 *Yale L.J.*(1924-1925), s.625

²⁰ Turpin, *Droit Constitutionnel*, PUF, 1992, s.2-3, aktarma: Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, Legal Yayınevi, s.12

siyasal olduğu, mutlak hükümranlığı kayıtlama hedefi ile yazılı ve sert bir anayasanın kabulü arasında doğrudan bir ilişki bulunduğu dile getirilmektedir²¹. Bu görüş uyarınca, ilk dönem anayasacılığı, hukuken üstün ve bağlayıcı bir kural olmaktan çok yönlendirici bir metin özelliğine ilave olarak siyasal gerçeklik yerine 'olması gereken hukuk'un ağır bastığı bir zaman dilimi olarak değerlendirilmektedir. Devlet ve hükümetin daha çok olgulardan hareketle incelenmesinin siyaset biliminin doğuşu ile ve II. Dünya Savaşı'ndan sonra mümkün olduğu söylenmektedir²². Anayasa hukuku, siyasi hayatın gerçeklerini hukuki olarak çerçeveleyen ve bunları düzenlemekle görevli hukuk dalı olarak tanımlandığında, siyaset bilimiyle ortak ve ayrı noktaları göz önünde tutulursa, anayasa kavramının da hukuki ve siyasi noktaları ayrıştırılabilir. Anayasaya ilişkin olarak da iki bilim dalının konusu aynıdır; yalnız, yaklaşım tarzı farklıdır. Bu bilimleri de birbirinin tamamlayıcısı olarak görmek daha isabeti olabilir. Anayasanın hukuki ve siyasi yönlerinin ayrıştırılması, kavramın durumunu apaçık ortaya koymak dışında bir amaç gütmemekte; anayasanın siyasi boyutunun varlığını dolaylı olarak teyit etmektedir.

Anayasanın kavramsal boyutunu incelerken, devlet kavramını da düşünülme kaçınılmaz olmaktadır; devletlerin esas oyuncu olduğu uluslararası hukuku da... Göçer'e göre, az sayıda kavram anayasa kavramı kadar, devlet kavramı ile sıkı bir ilişki içindedir. Bununla beraber anayasa kavramı uluslararası hukuk düzeninde yer alan üst düzey kuralların bütünü tasvir etmek amacıyla yaygınca kullanılmaktadır. Ancak, uluslararası anayasa veya uluslararası anayasa hukuku kavramı, bu kavramın farklı yorumlara konu olmasından dolayı bir ölçüde belirsizdir. Gerçekten de bu kavram, uluslararası hukuka dair ulusal anayasa kurallarını belirtmek amacıyla kullanıldığı gibi, devletlerarası toplumun anayasal kurallarının bütünü ifade etmek amacıyla da kullanılmaktadır²³. Yazarın yaklaşımı bir başka anlatımla, uluslararası bir toplumun varlığını, anayasanın bu toplumun hukuki belkemiğini teşkil ettiği iddiasını esas almaktadır. Bu yaklaşım ışığında, anayasa kavramı, kökenleri daha eski bir tarihe dayanmasına rağmen, bugün-

²¹ Kaboğlu, loc.cit.

²² Kaboğlu, loc.cit., s.13

²³ Mahmut Göçer, "Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı: 57-2, s.2

kü anlamını devletin iç hukuk düzeninde kazanmıştır. Bu olgu, anayasa kavramının devletin iç hukuk düzenine mahsus bir kavram olup olmadığı sorunu ortaya çıkarmaktadır. Gerçekten de, anayasa kavramı geleneksel olarak münhasıran devlet kavramıyla iç içe girmiş bir kavram olarak sayılagelmiştir²⁴.

Fransız kamu hukuku öğretisini takip eden yazar, bir yandan, bizim yaklaşımımıza yakın bir doğrultuda, anayasanın birkaç boyutunu birbirinden ayırarak ortaya koymaktadır. Bunlardan birincisi, hemen her topluluğun -dini, ticari vs.- temel bir hukuki temele sahip olduğunu ve bunun da anayasa olduğunu esas alarak kavramın nüfuz alanını olabildiğince genişletmektedir. İkincisi, anayasayı toplumun siyasal örgütlenmesine indirger. Sonuncu boyut ise, anayasa kavramını iktidar kavramı ile ilişkilendirerek, anayasayı, onun örgütlenmesini ve kullanım koşullarını düzenleyen kurallar bütünü olarak sunmaktadır. Ancak, anayasa her türlü erki değil, sadece siyasal iktidarı kurumsallaşmış bir şekil altında düzenleyebileceğinden, burada yeniden toplum kavramının veya kurum kavramının açıklanması ve tanımlanması gerekecektir. Göçer, bu üç yaklaşımda muhtelif eksikliklerin mevcudiyetinden dem vurarak anayasanın "*hukuk düzeni*" ve Kelsen'in söz konusu soruna dair tavrını çözüm olarak önermektedir²⁵ ki, bu, kanaatimizce "*hukuki anlamda anayasa*"yı ifade etmektedir.

Siyasi iktidarın kurumsallaştığı, hukuki bir çerçeveye alındığı, sınırlandığı anda, anayasanın bu iki niteliği birbirinden koparılamayan, ayrılmayan bir bütünü oluşturur. Çünkü siyasi iktidarı kullananlar, emretme yetkisini aldıkları gibi, kendi koymuş oldukları kurullarla da bağlı olurlar. Anayasa, kanunların, idari düzenleyici işlemlerin yapılmasına ilişkin temel ilkeleri, kuralları içerir. Anayasanın öngördüğü biçimde yapılan bu işlemler, herkes için olduğu kadar, bunları yapanları da bağlar. Zira bu işlemleri yapanlar, devletin hizmetinde olup, işlemleri hukuken, onlar üzerinde de otoritesini kabul ettiren devlete mal edilir. Yönetenler yaptıkları işlemleri aynı biçime uyararak değiştirebilirler. Ancak bu kurallara karşı gelemeyecekleri gibi, bunları diledikleri gibi, kişisel keyfi usullerle değiştiremezler. Aksi halde bu,

²⁴ Göçer, loc.cit., "*Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı*", s.3

²⁵ Göçer, loc.cit., "*Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı*", s.4 ve devamı, özellikle bkz: aynı yayının "*Hukuk Düzeninin Temel Unsuru Olarak Kabul Edilen Anayasa Kavramı*" başlığı

anayasal biçim dışında bir değiştirme olur ve anayasayı tanımamak, yadsımak sonucunu doğurur²⁶. Anayasanın hukuki ve siyasi niteliklerini bazı noktalarda ayırmak güçtür. Mesela “*hukuk devleti*” ve “*anayasanın üstünlüğü*” kavramları üzerine düşünüldüğünde, hukuk ile siyaset arasındaki sebep-sonuç ilişkisinin karmaşıklığı anlaşılabilir. İktidarın kurumsallaşması, Alman hukukçularının “*hukuk devleti*” diye adlandırdıkları, yani yönetenlerin de hukukla bağlı oldukları devlet anlayışıdır. Buna karşılık, yöneticilerin keyfi davranışlarına, yani kurallarla bağlı olmadan bir ülkeyi yönetmelerine de “*polis-devlet*” denir²⁷. İşte, anayasanın özellikleri, bireylere göre konumu, yapılış şekli, nasıl uygulandığı hep kavramın hukuki ve siyasi niteliklerinin tezahürleri arasındaki çizgide gezinmektedir.

Diğer yandan, hukukun konusu kaba şekilde, usul ve esas olarak ikiye ayrılırsa, esas’ın anayasa hukuku bakımından niteliği tartışmalı olsa da usul’ün bütünüyle hukuki vasıfta olduğu belirtilmelidir. Mesela, bir hukuki işlemin ne zaman, kim tarafından, ne surette yapılacağı usulî bir sorun ise ve işlemi yapacak olanın ‘ne yapacağı’, ‘tercihinin hangi yönde olması gerektiği’ açmazı esasa ilişkinse bunu anayasanın niteliklerini ayırıştırırken kullanmakta sakınca olmasa gerekir. Bu bağlamda, ‘anayasanın üstünlüğü’, ‘sert anayasa’, ‘tali kurucu iktidar’, ‘anayasa yargısı’ gibi anayasa hukuku meselelerinin hukuki yanlarının kuşkuyla yer bırakmayacak derecede ağır bastığı söylenebilir. O halde, herhangi bir konuda anayasanın hangi niteliğinin ağır bastığını tartışırken, usul’ün baskın hukuki vasfını göz önünde tutmak yararlı olabilecektir.

B. ANAYASANIN HUKUKEN TANIMLANMASI SORUNU: HANGİ ANAYASA?

1. Başlangıç

Bilimsel yaklaşım, hukuk, kavramlar ve tanımların yatay ve dikey keşiştiği bir durumda kavramı tanımlama gereği ortaya çıkmaktadır. Kavramın zihnin sınırları dâhilinde yer aldığı, soyut ve genel özellikte olduğu bir çırpıda söylenebilir. Diğer yandan kavram bir nesneye ait olabileceği gibi bir düşünceye de ait olabilir. Sonuçta düşünce mahsu-

²⁶ Teziç, op.cit. Anayasa Hukuku, s.144-145

²⁷ Loc.cit. s.145

lüdür. Anayasaya gelince yüzyılların süzgecinden geçerek damıtılmış sayısız düşüncelerin oluşturduğu, zihindeki tasarımlardan biridir²⁸. Anayasa hakkında birçok algı vardır. Bu algıları kapsayan yönüne anayasanın zihinsel imgesi ya da kavramsal boyutu denebilir. Anayasanın içeriğini, kapsamını işaretlerle, sözle anlatan soyut düşünceye ‘anayasa kavramı’ denmesinde sakınca yoktur.

Çağdaş hukuki düzenlerinin ezici çoğunluğu anayasayı en üst seviyedeki kurallar topluluğu olarak görmektedir. Anayasanın üstünlüğü ilkesi zımnen yahut yazılı yöntemlerle hemen her ülkede benimsenmektedir. O halde anayasa kuralların kuralıdır.

Anayasanın tanımlanması sorununu çözmeye çalışırken, anayasanın hukuki yönünü²⁹ diğer yönlerinden ayıran yazarlara bakmak gerekir. Aksi halde “*hukuki bir kavram olarak anayasa*”yı diğer “*anayasa*”lardan ayırırken, yapılan okumalar yeterince faydalı olmayabilir.

²⁸ Anayasanın kavram oluşu üzerine derinlemesine düşünmek için aşağıdaki parça kullanılabilir. Kavram sözcüğünün geçtiği yerlere anayasayı soyut olarak yerleştirmek yararlı olabilecektir. Buradaki kavram, İngilizcedeki conception veya notion’a tekabül eden anlamdadır: “*Nesnelerin ya da olayların ortak özelliklerini kapsayan ve bir ortak ad altında toplayan genel tasarım; tek bir nesnenin (bireysel kavram) ya da bir nesnelere sınıfının (genel kavram) özünü belirleyen, birbirleriyle bağlantılı niteliklerin ya da özel belirtilerin (özelliklerin) bir sözcükte düşünülmüş olan birleşimi. 2. (Klasik mantıkta) Yargı ile çıkarımın sonradan üzerinde kurulacağı en yalın, en temel öge. (Gerçekte ise kavram düşüncenin bir başlangıç noktası olmayıp, düşüncenin kendisini topladığı, yoğunlaştığı bir noktadır; düşüncenin bir bütüne, bir birliğe dönüşmüş biçimidir.) // Klasik mantık için kavramlar çoğunlukla nesne kavramlarıdır ama bunun yanında ilişki ve görev kavramlarından da söz edilebilir (de, üzerine, eğer, ancak vb.). Nesne kavramları: Bir nesnenin özünü, kurucu özelliklerini düşünce ile belirtip kavramaya çalışan kavramlar. Nesne kavramları bireysel olup tek bir nesneyi (Kızılırmak) göz önünde bulundurabilirler, o zaman bireysel kavramlar adını alırlar. Bir nesne öbeğinin ortak özellikleriyle ilintili olduklarında, bunlara tür kavramları denir (dere, çay, ırmak). Ortak özellikleri olan tür kavramlarından cins kavramı kurulur; her cins kavramı yeniden daha yukarı bir cins kavramının tür kavramı olabilir ve bu, böylece oluşan kavram piramidinin en yukarıdaki en son cins kavramına kadar gider. Bu piramit bir kavramlar dizgesidir. Bu dizgede boyuna daha yukarı, daha genel cins kavramına doğru yükselir. En son cins kavramında kavramlar dizgesi doruğuna ulaşır ve bundan kavram çözümlenmesiyle (Lat. divisio) tersine olarak daha aşağı cinslere, türlere inilir ve sonunda artık bölünemeyen bireylere ulaşılır.” (Türk Dil Kurumu Felsefe Terimleri Sözlüğü “*kavram*” başlığı, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, erişim tarihi: 31.3.2011)*

²⁹ Hukuki anayasa anlayışını dile getirirken ‘hukuki kurallar topluluğu olarak anayasa’ (constitution comme ensemble des règles juridique), ‘kural olarak anayasa (constitution comme norme), kuralı anayasa (constitution normative) ve anayasanın kuralı içeriği (lecture juridique de la constitution) gibi kavramların kullanıldığı görülmektedir. Bkz: Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınları, 2010, s.101, 72 numaralı dipnot

2. Anayasal Kuram

Anayasa hukukunu ele alan yeni çıkmış bir kitap şu sözlerle başlamaktadır: “Anayasa hukukunun sorunu, hiç kimsenin hangi görüşü benimseyeceğini bilmemesidir.”³⁰ En üst kanun olarak, anayasa, devletin meşru kuvvetinin mantıki başlangıç noktasıdır³¹. Kanun bilge bir seyyahın kendi yolunu bulması için, ipuçlarını aydınlatır. Anayasanın ötesinde ise kanunlar (gücü) tükenir ve seyyah, insan zihninin ayak basmadığı bir mekâna girer³². Anayasa hukuku araştırmacılarda ve siyaset yorumcularında en iyi gayretleri uyandırır; anayasa hukuku da... Kanunların soluğunun kesildiği yerde olduğundan, anayasal iddialar, incelikli, çözülmesi zor ve kaçamak yapmaya meyilli olur³³. Tarih, felsefe, din, siyaset, sosyoloji ve iktisat anayasanın üstünde gezinir, etrafında uçar. Araştırmacılar ile kamu görevlileri anayasanın uygulanması ve yorumlanmasında bu kaynakların nasıl kullanılacağı mevzuunda uzlaşamaz³⁴. Bu uzlaşmazlığa rağmen, bazı görüşler, herkeste saygı uyandırır. Siyasi anayasalar, uçsuz bucaksız bir genişliğe veya bir milletin özgürlüğü ve refahını sağlamak amacıyla bir devletin kurulmasına neden olabilir. Anayasanın yapımı, değiştirilmesi, yorumlanması üst düzey bir siyasi oyundur. İnsanların bu oyunu kazanmasına yardım etmek için, (anayasa) kuram, özgürlük ve refahın anayasal dayanaklarını izah eder. Temel kanunların sonuçlarını tahmin etmesi sayesinde, anayasal kuram, kamuyu, rehber siyasetçileri bilgilendirir; mahkemelerin hükümlerini geliştirir. Anayasanın alternatif kavrayışının insana sağladığı refahının sonuçlarının tahmin edilmesi, herkesçe önemsenabilir³⁵.

Hâlihazırda görüldüğü üzere, anayasal kuram, daha ziyade anayasal metinlerin tarihi ve felsefesini ihtiva etmektedir. Tarihte anayasa hukukunun kaynaklarını keşfeden bazı hukuk araştırmacıları, anayasaları, o anayasanın banilerinin (yapıcılarının) anlayışını ince eleyip sık dokumak suretiyle yorumlamaktadır. Geri kalan araştırmacılara ge-

³⁰ Gerhardt and Rowe, *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, Michie Co. (Charlottesville, Va.), 1993, s.1; aktaran: Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, New Jersey, 2002, s.1

³¹ Cooter, *The Strategic Constitution*, s.1

³² *The Beatles’ Magical Mystery Tour*, ; aktaran: Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, New Jersey, 2002, s.1

³³ Cooter, *op.cit.*, *The Strategic Constitution*, s.1

³⁴ Cooter, *loc.cit.*

³⁵ Cooter, *loc.cit.*, s.2

lince, onlar, bütün kanunları düz anlamları uyarınca açıklamaktadır. Yine de diğerleri, bir anayasa bakımından felsefi, ahlaki ve dini esinlenişleri sınamaktadır. Bu yaklaşımlar, anayasanın kuralımsı/hukuki taahhütlerini berraklaştırmaktadır; anayasal haklardan ilham alınarak bireysel özerkliği bulup çıkarmak gibi...³⁶ Anayasanın yorumlanış biçiminin incelenmesiyle bile anayasa hakkında hukuki-siyasi kavramsal ayrıştırmaya gitmenin mümkün olduğu ortaya çıkmaktadır.

Cooter'ın kitabında çizilen kurallar silsilesi resmi alışılmışların ötesindedir. Bir kere hukuk fakültesinin birinci sınıfında tahtaya çizilmenden edilemeyen ucu sivri piramit, yazarın kitabında ucu kesik bir vaziyette durmaktadır. Piramidin üzerinde ters çevrilmiş geniş fakat kısa bir bardak şekli vardır; şeklin içindeyse, yukarıda değinilen anayasal kaynaklar, tarih, felsefe, din, siyaset, sosyoloji ve iktisat öylece uçmaktadır. Geniş fakat kısa bardağın yanbaşıda "*kaynaklar*" yazmaktadır. Piramide gelince, her ne kadar ucu kesik olsa da, geri kalan gövdenin en üstünde, tahmin edileceği üzere, anayasa yer almaktadır. Onun altında tüzükler, tüzüklerin altında da düzenlemeler, kararnameler, emirler, politikalar bulunmaktadır. Ucu kesik piramidin hizasında yazan ise "*kanunlar hiyerarşisi*"dir³⁷.

Yazarın eserindeki konumuza ilişkin bir başka şekil, çeşitli düzenlemelerin işlem maliyetlerini³⁸ yansıtmaktadır. Buna göre, anayasa değişikliklerindeki işlem maliyeti, yasama işlemlerinin maliyetinin iki katı, idari emirlerin maliyetinin ise üç katıdır³⁹. Şekildeki diziliş, aynı zamanda, düzenlemelerin genellik niteliğindeki artışı ve oranları da göstermektedir. İşlem maliyeti yükseldikçe söz konusu düzenlemenin hukuki niteliği de güçlenmektedir. Nitekim en yüksek işlem maliyeti olan düzenleme çeşidi anayasa olarak arz-ı endam etmektedir.

Cooter'a göre, nasıl ki bir katedralde en üst otorite piskopos ise, bir devletin en üst kanunu da anayasadır. Anayasa, çeşitli şekillerde devletin en üst kanunudur. İlk olarak, diğer kanunlara göre daha genel-

³⁶ Cooter, loc.cit., s.3

³⁷ Cooter, loc.cit., The Strategic Constitution s.2 Fig. 1-1, Pyramid of State Law and its Sources

³⁸ Kuşkusuz burada maliyet'ten kasıt zaman, gerçekleştirilebilirlik gibi unsurları da havidir.

³⁹ Cooter, loc.cit., The Strategic Constitution s.2 Fig. 1-2, Transaction Costs of Changing Laws

dir. Anayasalar, kamu gücünü erklere paylaşır; vatandaşların temel haklarını tanır. Oysa daha ziyade siyasetin icrasını ve hareket tarzını düzenleyen erk, yasamadır⁴⁰. İkinci olarak anayasa, diğer kanunlara baskın çıkar; onları gölgede bırakır. Şöyle ki, diğer bir eyalet/devlet kanunuyla⁴¹ çeliştiğinde ona galip gelir. Üçüncü olarak, anayasa, değiştirilmesi zorluk sayesinde diğer kanunlara nazaran daha sağlama alınmıştır. Aslında, ilk iki özellik, üçüncüyle bağlantılıdır. Bir yasanın genelleşmesi ve kuvvetlenmesi, onun değiştirilmesinde karışıklığa, (süreç itibariyle) parçalanmışlığa sebep olur⁴². Karışıklığın, parçalanmışlığın engellenmesi için genel kanunlar hususi kanunlara oranla daha yavaş değişikliğe tabi tutulur⁴³. Anayasal istikrarın yokluğuyla ilgili bir fıkrası vardır: "1992'de bir müşteri kitapevine girer. Bir Rus anayasası ister. Kitabevi sahibi ona der ki, "çok üzgünüm, biz onu periyodik şekilde satışa sunmuyoruz." Fıkranın temas ettiği istikrarsızlık içinde, anayasanın hukuki niteliği söylenmesi pek de mümkün olan bir şey değildir. Kavramsal boyutta, anayasal istikrarı sağlayan zorlaştırmalar anayasanın hukuki hüviyetini inşa etmektedir. Netice itibariyle, bir anayasanın değiştirilmesi, bir kanun veya tüzük çıkarmaya göre daha külfetli bir usul zincirini gerektirmektedir⁴⁴. O halde değiştirilmesi daha zor olan düzenleme çeşidinin hukuki değerinin daha yüksek olacağı tahmin edilebilir ki bu, anasadan başka bir şey değildir.

3. Anayasanın Kaç Tane Tanımı Olabilir?

Bir görüşe göre, "Anayasa yargıçlar ne diyorsa odur!"⁴⁵ Anayasanın çağdaş hukuk düzenlerindeki 'hukuki' konumu, II. Dünya Savaşı'ndan sonra ülkelerde anayasa yargısının kurulmasıyla güçlenmiştir. Anayasa yargısı hukukun siyasete hâkim olmasını sağlamış, anayasa hukuku üzerindeki siyaset bilimi nüfuzunu azaltmıştır.

⁴⁰ Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, New Jersey, 2002, s.1

⁴¹ Cooter, "state law" tabirini kullanmaktadır. State, İngilizcede eyalet yerine de kullanılabilir. Dolayısıyla yazarın Amerikan örneğinde görüleceği üzere federal kanun-eyalet kanunu ayırımı baz aldığı söylenebilir.

⁴² Örneğin, Amerikan Anayasasının değiştirilebilmesi için Kongrenin değişiklik teklif etmesi, Kongrenin her iki meclisinin üçte iki çoğunluğu veya eyaletlerin üçte ikisinin yasama organlarının kabul etmesi gerekmektedir.

⁴³ Cooter, op.cit., *The Strategic Constitution*, s.1

⁴⁴ Cooter, loc.cit. *The Strategic Constitution*

⁴⁵ Barnum, *The Supreme Court and American Democracy*, St. Martin's Press, 1993, s.7

Gözler'in anayasanın ne olduğu hakkındaki sorusu ve ona verdiği yanıtlar zihin açııcıdır:

“Anayasa nedir? Bir Anayasa kitapçığını elinize alıp “anayasa nedir” sorusunu sorarsanız, bu soruya tasvirî bir cevap verebilirsiniz. Örneğin kullandığım anayasa kitapçığından hareketle ben şu cevabı verebilirim: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 9 cm x 13, 5 cm boyutlarında toplam 128 sayfadan oluşmuş bir kitapçıktır. Daha ileri giderek bu kitapçığın üzerinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası yazdığını, her sayfanın üzerinde siyah harflerle yazılar olduğunu, bu yazılara bakıldığında anayasa metninin kendi içinde kısımlara, kısımların bölümlere, bölümlerin de maddelere ayrıldığını söyleyebilirim. Keza maddelere daha dikkatli baktığımda her maddenin bir ya da birden fazla cümleden oluştuğunu, her cümlenin birden fazla kelimedenden oluştuğunu, her kelimenin de birden fazla harfin bir araya gelmesinden meydana geldiğini söyleyebilirim. Harflerin ise beyaz kâğıt üzerinde siyah mürekkeple basılmış çeşitli şekiller olduğunu ilâve edebilirim. Bu şekilde anayasanın fiziki ve dilbilimsel varlığını tanımlamış oluruz. Böyle bir yanıtın haliyle hukuk bakımından pek de bir değeri yoktur. O halde yukarıdaki soruyu tekrar soralım: Bir hukuki kavram olarak anayasa nedir? Anayasa kavramını en basit olarak şöyle tanımlayabiliriz: anayasa, anayasal nitelikteki hukuk kurallarının toplamıdır.”⁴⁶

Yazarın izlediği yola benzer bir akıl yürütmeye, mesela, Amerikan Anayasasını kastederek, anayasa için şöyle bir tanım yapmak mümkündür: *“Anayasa, Washington D.C.’deki Ulusal Arşivlerde özel cam mahfazalarda sergilenen, özgün, el yazımı bir belgedir.”* Şüphesiz böyle bir tanım, onlarca anayasadan birinin, Amerikan Anayasası'nın fiziki bir tarifi olmakla kalacaktır⁴⁷.

Yazar, anayasayı kısaca tanımladıktan sonra mantık kurallarını yaptığı tanıma uygulayarak kavramın hukuki yönüne ışık tutmaya devam etmektedir: *“Bu tanım şu iki önermeden oluşmaktadır: (1) Anayasa hukuk kurallarından⁴⁸ oluşur. (2) Ancak anayasa her türlü hukuk*

⁴⁶ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, op.cit., s.47

⁴⁷ Örnek bir resim ve bilgi için bkz: Thomas, op.cit., What Is A Constitution?, Gareth Stevens Publishing, 2008, s.5

⁴⁸ Hukuk kuralları, meşru hukuki güç olan devletin, egemenliğin işlevlerini yerine getiren anayasal yetkiye sahip organlarınca konulan, bağlayıcı, müeyyideli toplumsal kurallardır. Bu tanımda anayasal kelimesinin kullanılması zorunlu görülür. Zira çağdaş devletlerde anayasanın vermediği bir yetki kullanılmayacağı gibi, böyle bir

kuralından değil, sadece belirli nitelikteki (anayasal) hukuk kurallarından oluşur. Anayasanın hukuk kurallarından oluştuğu önermesi şüphesiz doğru bir önermedir. Anayasa, bir din, ahlak, örf ve adet, siyaset, ekonomi veya edebiyat belgesi değil, bir hukuk belgesidir. Anayasanın hukuk kurallarından oluştuğunun söylenmesi doğruluğu apaçık bir şeydir. Bunun ayrıca ispatlanmasına gerek yoktur.⁴⁹ Burada kadar hukuki olan, hukuki olmayandan keskin bir çizgiyle ayrılmıştır. Yazar, sözünü ettiği hukuk kurallarının anayasal niteliğine ise şu şekilde değinmektedir: Bir hukuk düzeninde binlerce, yüz binlerce ve hatta milyonlarca hukuk kuralı vardır. Anayasa ise bunların hepsinden değil, bazılarından, açıkçası birkaç yüzünden oluşur. Dolayısıyla bu anayasayı oluşturan birkaç yüz hukuk kuralı ile bir hukuk düzeninde bulunan milyonlarca hukuk kuralını birbirinden ayırmak gerekir. Anayasanın oluştuğu hukuk kuralları diğer hukuk kurallarından nasıl ayrılır? Diğer bir ifadeyle anayasallığın, yani bir hukuk kuralının anayasa kuralı olmasının ölçüsü nedir?⁵⁰ Anayasanın mantıki ve organik değerine temas eder hale gelen bu noktada, tartışma aşağıda daha ayrıntılı sürdürüleceği için, yazarın sorduğu son soruya verdiği cevabı öğrenmeden önce, soru üzerine düşünülebilir.

Anayasa dendiğinde, her şeyden önce, *bir devletin kuruluşunu, örgütlenişini, iktidarın el değiştirmesini ve bireylerin hak ve özgürlüklerini düzenleyen kurallar bütünü* anlaşılıyor⁵¹. Anayasalar, devletin biçimsel temelleridir. Kuşkusuz, biçimselden kasıt, hukuki özelliğidir. Dış dünyadan hukuk ile ilgili en başta gelen algıların, dava açma, duruşma, tanık dinlenmesi gibi usuli kurallara ilişkin oluşu tesadüf değildir.

Anayasa kavramını, anayasanın üstünlüğünü, anayasal değişiklikleri ve 4 Ekim 1958 Fransız Anayasası'nın genel özellikleri hakkında bilgi veren bir eğitsel siteye göre, anayasa kavramı (*la notion de constitution*), çağdaş siyasi düzenlerin tamamının işleyişinin temelini oluşturur⁵². Bu şu demektir ki, anayasa kavramının ne olduğu anlaşılmadan,

yetkiye dayanarak hiçbir hukuk kuralı da ihdas edilemez. O halde hukuk kuralı ile anayasa birbiriyle tanımlanan kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Yapılagelen tanımlar matematiksel bir dille, aksiyom olarak da değerlendirilebilir.

⁴⁹ Gözler, Loc.cit. s.47

⁵⁰ Loc.cit., s.49

⁵¹ Teziç, op.cit., s.142

⁵² Maxicours web site, ("*La Notion de constitution est a la base du fonctionnement de tous les regimes politiques contemporains*"), [http://www.maxicours.com/soutien-scolai-](http://www.maxicours.com/soutien-scolai)

çağdaş siyasi düzenlerin, çağdaş anayasaların sağlıklı bir şekilde anlaşılması ve yorumlanması mümkün olmayacaktır.

Amerika'da kadın hakları, işçi-işveren ilişkilerinde zayıf olan işçinin konumu, yönetim, düzenler arasındaki farklılıklar gibi konular özelinde anayasanın kavramsal kimliğini tartışmaya açan *Vivien Hart*, "*Bound by Our Constitution: Women, Workers, And Minimum Wage*" (*Anayasamızla Kısıtlananlar: Kadınlar, İşçiler ve En Düşük Ücret*) adlı eserinde Amerika'da ve İngiltere'deki anayasa algısına dair farklılıkları ayırt eden yazarlar olduğundan söz eder: Albert Venn Dicey, James Bryce (1. Vikont Bryce) ve Abbott Lawrence Lowell... Bunlardan *Dicey*, ilk kez 1898'de verdiği derslerde, İngiliz hükümeti üzerine düşünüp eksiklerini bularak, 'meclisin kâdir-i mutlak oluşu, her işe gücünün yetmesi meselesine işaret etmiştir. Kâdiri mutlaklık sorunu, özetle, "*eleştirmenin uysal hayranlığına hâkim olma*"yı ifade etmektedir. *Dicey*, diğer araştırmacıların aksine meselenin kuramsal yönüyle yetinmemiş, tatbiki etkileri de incelemiştir⁵³. Yazısız anayasaların varlığı inkar edilemeyeceğine göre, yasama makamının teamüli anayasaca düzenlendiği bilgisi esas alındığında, "*keyfiliği önleme vasıtası*" sıfatıyla anayasa, bu noktada hukuki kimliğiyle kendini göstermektedir.

Dicey'nin arkadaşı *Lord Bryce*, Amerikan hukuk düzenindeki yazılı anayasayla tahkim edilmiş bir 'popüler egemenlik' sorununu ortaya koymuştur. Bu, öyle bir sorundur ki, bilhassa "*demokratik tahakküm*"ü yaratabilir. Anayasa sadece temel bir kanun değildir; aynı zamanda değişmez kanundur; değişmezdir, yani ancak ulusal yasama makamınca, zorlu ve yavaş bir sürecin uygulanması yoluyla ve halk tarafından değiştirilebilir⁵⁴. Popülerlikten maksat, halkın çoğunluğu tarafından benimsendiği halde adaletsizce kullanılan yozlaşmış egemenliğin özelliğidir. Hukuki niteliği baskın olan yazılı anayasanın siyasi bir menfaati meşrulaştırma aracı olarak kullanılmasında anayasanın bu vasfının zayıfladığını, kanunilik-meşruiyet ayrımı ışığında söyleyebiliriz.

re/droit/concours-cat.-c/148207.html, erişim tarihi: 18.09.2011
⁵³ Vivien Hart, *Bound by Our Constitution: Women, Workers, And Minimum Wage*, Princeton University Press, 1994, New Jersey, Chapter One: Constitutional Politics, s.3

⁵⁴ Vivien Hart, op.cit., *Bound by Our Constitution: Women, Workers, And Minimum Wage*, Chapter One: Constitutional Politics, s.4

Abbott Lawrence Lowell, İngiltere'yi, esnekliğin en ileri derecesinde olduğundan, katılığın son noktası olan Amerika Birleşik Devletleri'nin tam zıddı tarafa yerleştirmektedir. İngiltere'de "hiçbir kanun "anayasal-anayasal değil" şeklinde ayrılmaz; bütün kanunlar meclis tarafından değiştirilebilir.". Lowell ayrıca, İngiltere'nin yazılı olmayan anayasal teamül kurallarına (*constitutional conventions*) riayet hususunda, esrarengiz bir şekilde vicdanlı ve titiz olduğunu belirtmektedir⁵⁵. İngiltere'deki bu tavırda anayasa kurallarına uyma ile hukuka riayet örtüşmüştür. Kavramsal olarak da, anayasanın hukuki yönü, 'esnekliğin en ileri derecesinde' ve yazısız olmasına rağmen, İngiltere örneğinde, olanca çıplaklığıyla görünmektedir.

Vivien Hart, uzun süre Harvard Üniversitesi rektörlüğü görevini yapan yazarın, Amerikan Anayasası'nın çifte işlevi olduğundan bahsetmektedir. Birincisi, (Amerikan) anayasa(sı), müesseseleri ve hükümet biçimini, kamu alanındaki siyaseti etkileyecek siyasal düzeni kurar. Kuvvetler ayrılığını esas alan anayasal çerçeve dâhilinde; federal yönetimin, siyasal partilerin, mahkemelerin, idari kurumların gelişimi, hepsi, düşük ücret gibi toplumsal politikaların önü açar ve genişletir. İkinci olarak, Amerikan Anayasası, kamu yararının tanımlanması uğraşında hükümetin neler yapabileceğini, hakların güvencelerini ayrıntılarıyla ortaya koyar. Devlet, toplum ve bireysel alan arasındaki ilişkilerin reçetesini yazar⁵⁶. Her ne kadar ilki, diğerine göre daha belirgin olsa da, gerek siyasal düzenin bağlayıcı kurallarını ihdas ederken, gerekse bireysel alanı mümkün olduğunca serbest bırakmaya eğilimli *ruhıyla* bir yaklaşım tarzını deruhte ederken, anayasanın 'usulî' rengini gözler önüne sermektedir.

Bir görüşe göre, anayasanın birden fazla anlamı vardır; bunlardan ilki anayasanın bir ülkedeki üstün hukuk gücüne sahip olan metni olduğunu ikincisi ise bir ülkede belli bir andaki fiili devlet düzenini, yaşayan anayasa olduğunu, dolayısıyla resmi anayasaya ek olarak diğer

⁵⁵ Hart, loc.cit., *Bound by Our Constitution: Women, Workers, And Minimum Wage*, s.4

⁵⁶ Hart, loc.cit., *Bound by Our Constitution: Women, Workers, And Minimum Wage*, s.4, s.5; Hart, aynı eserin 6. sayfası ve devamında "Hukuk, Siyaset ve Toplum" başlığı altında asıl konusunun anayasal süreç boyutunu incelemektedir. Kitabın genelinde cinsiyetler arası eşitsizlik gibi oldukça özel konular bağlamında İngiliz ve Amerikan hukuki düzenleri karşılaştırılarak ele alınmaktadır: bkz: Hart, loc.cit. s.6-223

tamamlayıcı mevzuatı, teamülleri, yargı kararlarını kapsadığını belirtir⁵⁷. İşte bu ilk iki görüş, anayasanın hukuki niteliğini yansıtmaktadır.

Birey ile anayasanın ilişkisini, bireyden hareketle anayasanın 'aslında' ne olduğunu, onca karmaşaya rağmen, öğrenmeye çalışmak faydalı olabilir. Karmaşıktır, çünkü anayasa kendi başına çelişkili bir kavramdır. Anayasanın bu ilginç yönüne değinen Kaboğlu şöyle demektedir:

*"Belli bir toprak parçası üzerinde yaşayan insan, anayasa karşısında iki bakımdan merkezi konuma sahiptir: bütün anayasal kurumları kendisi yaratmıştır; fakat bizzat varlık verdiği kurumlara karşı, koyduğu kurumlara kendini korumak durumunda kalmıştır. Bunu, kendi varlığını güvence altına almak için yapmıştır. Başka bir anlatımla, bedeni varlığını korumak ve toplumsal yaşayışını sürdürmek amacıyla siyasal örgütlenmeyi gerçekleştiren insan, bu örgüte karşı da kendini bireysel ya da toplu olarak güvenceleme gereksinimi duymuştur. İnsan eseri olan siyasal örgütlenmenin adı devlet; buna karşılık, kendini devlete karşı koruyan başlıca siper ise, hak ve özgürlüklerdir."*⁵⁸

İşte bu hak ve özgürlüklerin ancak anayasa tarafından güvence altına alınabilir olması, çelişkiyi artırmaktadır. Yazar, kavramsal tartışmaya coğrafiliği katarak yeni bir boyut kazandırmaktadır:

*"Bununla birlikte, belli bir yeryüzü parçası olarak insanın üzerinde yaşadığı mekân (ülke), anayasa hukuku kavramlarının belirlenmesinde ikincil konumda kalmıştır. Varlığını, üzerinde yaşadığı doğal ve çevresel ortama borçlu olmasına karşın insanoğlu, anayasa hukuku ekseninde, mücadelesini, daha çok kendisinin varlık kazandırdığı örgüte karşı vermiştir. Öyle ki, anayasa ya da anayasa hukuku, bir bilim dalı olarak ilkin devleti, sonra insanın kendisini akla getirmektedir; her ikisinin varlık ve geçerlilik ortamı olarak ülkeyi değil. XXI. yüzyılın başında anayasa hukuku, bu 'yaratılış veya varlık sıralaması'nı nasıl ele almaktadır?"*⁵⁹

Anayasanın kaç tane tanımı olduğu sorusunun cevabı bulunmasa da, mevcut tanımlardan hangisinin hukuki tanım niteliği taşıdığını söylemek mümkün olabilecektir.

⁵⁷ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 2010, s.3

⁵⁸ Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, 2009, s.1

⁵⁹ Kaboğlu, loc.cit., s.1

4. Mahkemelerin Dünyasında Kavramsal Boyut

Dünya genelinde anayasaların üstünlüğü ilkesinin tabii bir sonucu olarak, anayasal yargı makamlarının resmi isimleri, anayasanın hukuki kavramsal boyutunun aydınlatılmasına katkı verebilecektir. Kavram-kurum ilişkisini incelemek yararlı olabilecektir. Türkiye’de Anayasa Mahkemesi adını taşıyan bu makam, ABD’de *Supreme Court* olarak anılmaktadır; *court*’un adli anlamı göz önünde tutulursa yine ‘mahkeme’ sıfatı taşıdığı söylenebilir. Almanya’da bu işlevi *Bundesverfassungsgericht* görmektedir. Almancada *gericht* mahkeme demek olduğundan Almanya’daki anayasal makamın da taşıdığı yargısal işlevin adına yansıdığını söylemek mümkündür. Fransa isimlendirme konusunda farklı yol tutturmuştur: *Conceil Constitutionnel*. *Conceil* kurul, konsey olarak çevrildiğinde Anayasal Kurul gibi bir ad ortaya çıkmaktadır ki, bu yargısal bir işlevden çok danışma ya da icra görevini çağrıştırmaktadır. Fakat Kurul’un yapısı ve görevleri incelendiğinde işlevinin yargısal olduğundan şüphelenmek için bir nedene rastlamak güç olmaktadır. Adli ve idari yargının üzerinde yer aldığı belirtilen bir makam bir de hukuktaki anlamıyla ‘hüküm’lere etki edecek kararlar verebilmektedir⁶⁰. Yine de, hukuki anlamda anayasayı üstün noktaya taşıyan bir düzende en üst anayasal kurulun mahkeme olarak adlandırılması sıra-dışı olarak değerlendirilebilir. İspanya’ya gelince, *Tribunal Supremo de España*’nın anayasal yargı denetimi yaptığı⁶¹, *tribunal* sözcüğünün de ‘mahkeme’ anlamına geldiğini belirtmek gerekir. Anayasal yargı makamlarını ‘mahkeme’ olarak nitelendiren ülkeler kuralların kuralı olması yönüyle anayasa kavramını somutlaştırmış, günlük hayatın içine sokmuştur.

Anayasa mahkemelerinin verdikleri kararlar kimi zaman siyasi oldukları gerekçesiyle, anayasa hükümlerinin, dolayısıyla anayasanın tüzel varlığının hukuki olup olmadığının sorgulanması suretiyle eleştirilmesi nadir rastlanan bir durum değildir. Buna karşılık pek çok söz söylenebilir. En azından anayasanın kavramsal yönünü tehdit edebi-

⁶⁰ Conceil Constitutionnel Site Officiel, Présentation Générale, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html>, erişim tarihi: 7.6.2011

⁶¹ LLRX Web Site, Law and Technology Resources for Legal Professionals, A Guide to the Spanish Legal System, <http://www.llrx.com/features/spain.htm#court>, erişim tarihi: 7.6.2011

lecek durumda olup olmamasıyla ilgili olarak şunu söylemek gerekir: Hukuku hukuk yapan özelliğin bağlayıcılık olması ve mahkemelerin yaptığı yorumun siyasi içerikle doldurulması halinde dahi bağlayıcılığın değişmemesinden ötürü kararın hukuki olup olmadığından kuşku duymak pek de isabetli olmayabilir. Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Brennan'ın deyimiyle, "*Anayasanın dehası, artık yaşanmayan geçmiş bir dünyada sahip olduğu sabit anlamlara değil, onun büyük ilkelilerinin mevcut sorunlar ve ihtiyaçlarla başa çıkacak şekilde uyarlanabilirlik gücüne dayanır.*"⁶² O halde anayasanın gerektiğinde yargıçların şöyle veya böyle yorumlarıyla yaşayan düzenin şartlarına uyarlanmasının, onun hukuki niteliğini zayıflatmayacağı söylenebilir.

Bir işlem bir yargı makamınca yargılanabiliyorsa, gerektiğinde değiştirilebiliyor, geri alınabiliyor, iptal edilebiliyorsa o işlemin hukuki olma ihtimali daha güçlüdür. Bu bakımdan Dr. Bonham davası kırılma noktalarından birini teşkil etmektedir. İngiltere'deki *Court of Common Pleas* 1610 yılında Sir Edward Coke tarafından yazılan bir kararla yürütme ve yasama ile ilgili bir resmi işlemin bir mahkeme tarafından iptal edilebilmesi yolunu açan tarihi bir karar vermiştir⁶³. Cambridge Üniversitesi mezunu Dr. Bonham, çalışma ruhsatıyla ilgili olarak uygulanan işlemler neticesinde tutuklanmış, durum yukarıda adı geçen İngiliz mahkemesine intikal etmiş, mahkeme kendini yasama organının işlemini iptal etmeye yetkili görmüştür⁶⁴. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Marbury v. Madison* kararı da aynı yöndedir. Bu kararda Yüksek Mahkeme başkanı Marshall, hukuki ve mantıki gerekçelerle ABD Anayasası'nı ve onun şahsında kavramsal olarak anayasa'yı güçlü bir konuma çıkarmıştır. Marshall'ın gösterdiği gerekçe yer vermeye değerdir: "*Anayasa ya alelade kanunlar gibi değiştirilemeyen üstün bir kanundur yahut da yasama kuvvetinin dilediği zaman değiştirebileceği, alelade kanunlarla aynı seviyede bir tasarruftur. Bu şıklardan birincisi doğru ise yasama organının anayasaya aykırı olan tasarrufları kanun değildir. İkinci şık doğru ise yazılı anayasalar, mahiyeti itibarıyla sınırlandırılması imkânsız*

⁶² W.J. Brennan, "*My Life on the Court*", E.J. Rosenkranz & B. Schwatz, *Reason and Passion: Justice Brennan's Enduring Influence*, Newyork, W.W. Norton&Company, 1997, s.18'den aktaran Aktaran Arslan, *Anayasa Teorisi*, Seçkin yayınları, 2008, s.75

⁶³ Law Library -American Law and Legal Information, <http://law.jrank.org/pages/6484/English-Law-DR-BONHAM-S-CASE.html> erişim tarihi: 6.6.2011

⁶⁴ Loc.cit. <http://law.jrank.org/pages/6484/English-Law-DR-BONHAM-S-CASE.html>, erişim tarihi: 6.6.2011

olan bir kuvveti sınırlandırmak üzere milletlerin giriştiği manasız teşebbüslerdir. Eğer anayasa kanunlardan üstün ise, ki üstündür, Meclis alelade bir kanun ile anayasayı değiştiremiyorsa, bu halde anayasaya aykırı kanunların mahkemelerce tatbik edilmesi mümkün değildir.”⁶⁵ Anayasanın hukuki statüsünü bu denli güçler önüne seren bir başka karara erişmek güçtür.

Hukuk devleti ile anayasanın hukukiliği birlikte düşünüldüğünde hiçbir resmi makamın kendisine anayasal olarak tanınmayan bir yetkiye sahip olmadığı, dolayısıyla bununla ilgili bir sorun ortaya çıktığında hukuk yoluyla çözüm bulunacağı akla gelmektedir. Ancak hukuk devleti ilkesinin hukuki bir ilke olmaktan çok siyasi bir ideal olduğunu düşünen yazarlar da yok değildir⁶⁶.

Yine, soyut olarak hukuk hakkında beyin fırtınası yapıldığında şunlar ortaya çıkabilir: hukuk ve anayasa ‘yaratılan şey’dir, bu yüzden edilegendir, ‘gücün eseri’dir, asli kurucu iktidar da bu doğrultuda hukuk-dışıdır, hukuk-üstüdür; anayasa yargısı varsa yargıçlar negatif anayasa koyuculuk yetkisine sahip sayılır... Yargıçlar kendilerini hukuku bulan değil hukuku yaratan olarak görebilir⁶⁷. Pasif olan şeyin aynı zamanda bağlayıcı, zorlayıcı güce sahip olması bir çelişki ya da bir paradoks da olabilir. Anayasa, hem ‘konulan kural’dır, hem siyasi iktidarı kullananlar dâhil herkesi, en güçlü olanları dahi, bağlar.

Anayasanın hukuki durumunu teyit eden beyanlardan biri, Amerika Birleşik Devletleri anayasasının hazırlayıcılarından, alışılmış deyimle bir kurucu baba ve ülkenin ilk hazine bakanı Alexander Hamilton’a aittir. Hamilton, iki kişiyle birlikte kaleme aldığı Federalist Papers’ın yargı erkine ilişkin olan bölümün ilk maddede (madde 78) şöyle demektedir: “Burada apaçık ilkelere bağlı bir durumun olduğu söylenemez: yasama erkini kullananlar anayasaya aykırı bir karar verdiklerinde; geçersizdir. Bunu reddetmek vekilin asıldan, müstahdemden efendisinden, halkı temsil edenlerin halkın bizatihi kendisinden üstün olduğu anlamına gelir. Mahkemeleri, halk ile meclis arasında, ikincisinin (meclisin) kendisine verilen yetki sınırları dahilinde tutan bir ara müessese olarak tasarlandığını düşün-

⁶⁵ University of Missouri-Kansas City School of Law web site, <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marbury.html>, erişim tarihi: 6.6.2011

⁶⁶ Erdoğan, op.cit., Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 2010, s.21

⁶⁷ Sartori, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çeviren: T. Karamustafaoğlu-M. Turhan, Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, s.334

mek daha isabetlidir. Bir temel kanun olan Anayasanın ve yasama erkinin yaptığı diğer kanunların anlamını belirleme işi hâkimlere aittir. Eğer anayasa ile kanunlar arasında bir uymama hali varsa, kuşkusuz, daha üstün bağlayıcılığa ve hükme sahip olan ötekine, bir başka deyişle, anayasa kanuna, halkın iyi niyeti onu temsil edenlerin niyetine tercih edilmelidir."⁶⁸ Yazar burada anayasanın üstünlüğünü vurgularken, onun siyasi özelliklerini bir kenara bırakarak yalnızca hukuki işlevinin altını çizmektedir.

2011 yılı itibariyle dünya genelinde anayasası olmayan hemen hiçbir devletin kalmamış olması, her devletin sahip olması gereken bir kurallar bütünü olması bakımından anayasanın hukukiliğinin ağır bastığı bir meseledir. Otoriter, totaliter devlet düzenleri dahi, bu düzenleri yaratan kuralları açıkça ihdas etmek kaydıyla hukuki anlamda bir anayasaya sahiptir. Çünkü hukukun usul ve zorlayıcılık yönü, hatta edilgen kimliği, hukuk bilimi çerçevesinde araştırmacının meşruiyet tartışmasına girmesini zorlaştırmaktadır. Pek çok bilim adamının kullandığı anayasalı devlet-anayasal devlet ayrımı da bu tartışmaya teğet geçmektedir. Şöyle ki, 'anayasalı devlet'in hukuken daha somut ve gerçekçi bir özellik arz ettiğini itiraf etmek gerekir. Öte yandan anayasalı devletin kapsadığı alan anayasal devlete göre daha geniştir. Tercihe daha layık olan, müphem bir içerik kıstasından çok ayakları yere basan, yeryüzünün her yerinde uygulanabilmesi sayesinde evrensel olan hukuki anayasa ölçütüdür. Hem anayasalı devlet, hem anayasal devlette 'anayasa' adında resmi ve hukuki bir düzenleme vardır⁶⁹. İkisi arasındaki fark hukuki olarak belirlenemeyecek durumdadır. Tabii bir yandan şu soruyu sorma ihtiyacı doğmuştur: Bir hukuki normun hukuki olması uygulanabilirliğine mi bağlıdır? Soruyu Erdoğan'ın yaşayan anayasa-sözde anayasa ayrımını dikkate alarak cevaplamak daha isabetli olabilecektir. Yazar yaşayan anayasayı siyasal iktidarın keyfi kullanımını sınırlayarak bireysel özgürlükleri güvence altına alan anayasa olarak tanımlar; bu düzende siyasal sürecin gerçek işleyişi ile anayasa normları arasında uyum olduğunu belirtir. Ona göre, sözde anayasa ise yürürlükte olan ve fiilen uygulanan 'anayasacılığın gereklerine uygun olmayan', özgürlükleri güvence altına almayan anaya-

⁶⁸ Founding Fathers web site, The Federalist Papers Online, <http://www.founding-fathers.info/federalistpapers/fedindex.htm>, erişim tarihi: 7.6.2011

⁶⁹ Erdoğan, op.cit., Anayasal Demokrasi, s.40

sadır⁷⁰. Buradaki 'anayasacılığın gerekleri'nin yalnız siyasal bir anlam taşıdığını söylemekte sakınca olmayabilir.

Toplumsal Sözleşme'nin anayasanın oturduğu meşruiyet zeminini gösteren bir kavram olduğu bilinmektedir. Genel anlamıyla, sözleşme'nin, en az iki tarafça yapılan tek taraflı, eksik iki taraflı veya iki taraflı olabilen, taraflardan en az birinin üzerinde hak ve borç doğuran hukuki bir işlem olduğuna da şüphe yoktur. Pekâlâ, anayasa, yukarıdaki bilgiler ışığında hukuken bir sözleşme olarak nitelendirilebilecek midir? Toplumsal sözleşme kuramcıları, bireylerin tabii haklarını, doğa halinde sahip oldukları güç kullanma haklarını (devlet adı verilen tüzel kişiliğe) devrettiğini, dolayısıyla anayasanın bir toplumsal sözleşme (fr. *contrat social*) olduğunu iddia etmişlerdir. Fakat siyasal toplumun bu biçimde oluştuğundan kuşku duyan, örneğin Locke'ın toplumsal sözleşmeden adeta gerçekmiş gibi bahsetmesine rağmen gerçekte toplumların bu şekilde oluştuğunun kesin kanıtı olmadığı düşünülmektedir⁷¹. Kanaatimce buradaki kuşku hem gerçekte söz konusu devrin olup olmadığına, hem de bu devir işleminin, sözleşme olması yönüyle hukuki nitelik taşıyıp taşımadığına yönelmelidir. İlk bakışta, geniş bir coğrafyada yaşayan milyonlarca insanın belli bir metni "evet" oyu kullanılarak kabul etmesi, ortada bir sözleşme, hukuki bir işlem olduğuna emare olabileceksin de, bu işleme katılımın çok geniş ve siyasal içerikli oluşu araştırmacıları tereddüde sevk etmektedir. Öte yandan, bir halk oylamasıyla kabul edildiği varsayılırsa, "hayır" diyenlerin durumu ne olacaktır? Hukukta, 'karşı tarafın iradesiyle uyuşan irade beyanı'nın sözleşmenin kurucu unsuru olduğu kabul edilmektedir. Yine de anayasanın hukuken de bir sözleşme olduğunu ileri sürenlere bir haklılık payı verilebilir. Zaten toplumsal bir işlem olduğu tartışılmamaktadır.

Bir ülkede anayasanın varlığından söz edebilmek için mutlaka yazılı ve değiştirilmesi özel koşullara bağlanmış bir üst kurallar topluluğunun bulunması şart mıdır? Eğer gerçekten bu şartsa İngiltere'de anayasa yok mudur? 1814 ve 1830 Fransız Nizamnamesi⁷², 1848 İtalyan Anayasası (*Statuto Albertino*) ve 1921 Türk Teşkilat-ı Esasiye Kanunu birer anayasa değil midir?

⁷⁰ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, op. cit., s.39

⁷¹ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, op.cit., s.15, 16

⁷² Buradaki nizamname, tüzüğün eş anlamlısı değildir; Fransızcadaki charte'in karşılığı olarak norm, kurallar bütünü anlamındadır.

Bir ülkede anayasanın varlığından söz edebilmek için anayasal kuralların yazılı olması, tek bir metinde mi toplanması ve aynı hukuki değere mi sahip olması gerekir? Eğer öyleyse günümüz İsrail’inde anayasa yok mudur? Yeni Zelanda bir anayasaya sahip değil midir? İşte bu tarz soruların tamamı, anayasadan bahsedildiğinde insan zihninde oluşan alacakaranlıkta bir meşale gibi yol gösterici olabilecektir.

C. HUKUKİLİĞİN GÖSTERGESİ: ANAYASANIN ÜSTÜNLÜĞÜ

Anayasaya sahip olan her devlet açıkça veya zımnen anayasanın üstünlüğü ilkesini kabul ederler. İlkenin iki anlamı olduğu iddia edilmektedir. Anayasanın üstünlüğünün birinci anlamı, bütün kamu idarelerinin işlem ve eylemlerinde anayasal kurallara uymak zorunda oluşudur⁷³. Anayasanın dışında/üzerinde yetki dağıtan bir düzenleme yoktur. Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin hukuki varlıkları anayasada, tabir yerindeyse, erimiştir. Anayasanın olmadığı yerde hukuken bir devletin olduğundan söz etmek mümkün değildir. Anayasanın bağlayıcılığı ilkesinin ilgilendirdiği taraf devlet ve resmi yetkiler kullanan organlardır. Kamu etkinlikleri anayasanın uygulanması da demektir. Bununla beraber anayasanın üstün oluşu tabiatı gereği vatandaşları doğrudan alakadar etmez. Anayasanın üstünlüğünün diğer anlamına gelince, o, anayasanın bütün hukuki işlemler arasında en üstün düzenleyici işlem oluşudur. Normatif üstünlük de denilen bu yorum bağlamında, yazarın deyişiyle *“hukuk normları hiyerarşisinde anayasa en üst kademedede yer aldığı için kanunların ve diğer hukuki işlemlerin anayasaya uygun olması gerekir. Kamu makamlarının anayasa dışında asli yetkili kaynakları bulunmadığı için, anayasaya aykırı işlemler teorik olarak geçersizdir. Bununla beraber bu tür işlemlerin geçersizliğinin hukuken tespit edilmesine de en azından pratik nedenlerle ihtiyaç vardır.”*⁷⁴

Anayasanın hukuki yönünü ele alırken kamu erklerini bağlayan kuralların varlığını iddia eden hukuki anayasa anlayışının tam zıddı olmasa da muhalifi olan bir kurama, realist yorum kuramına⁷⁵ göz at-

⁷³ Erdoğan, op.cit., s.81

⁷⁴ Erdoğan, loc.cit., s.83

⁷⁵ Bkz: Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınları, 2010, s.100; Göz-

makta yarar olabilir. Bu kurama göre, yorumlanan unsur, kural değildir; kuralın lafzıdır. Mesela, 1982 Anayasası'nın 1. maddesindeki "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" kural değil, kuralın metni, söze dökmüş halidir. Takdir edilir ki, bütün metinler gibi hukuki metinler de pek çok anlam taşıyabilir. Yorum, işte bu pek çok anlam arasından birinin yeğlenmesidir. Kuralın lafzı kendiliğinden yorumlanamayacağına göre, söz konusu yorumu birisi yapacaktır. Bu 'birisi' tercihini yaparken genellikle özgür olacaktır. Bu noktada şu iddia edilebilir: *Yorumcu genel-geçer mantık ilkeleriyle bağlı olmalıdır. Gai, lafzi, tarihsel veya sistematik yorum yöntemlerinden faydalanmak durumundadır.* Hemen belirtmek gerekir ki, bu iddia hukuki dayanaktan mahrumdur. Zira yorumcuyu gerek hukukten gerekse fiilen bağlayan bir şart ya da kural mevcut değildir. O halde kural, konumuz bağlamında da anayasa, yorumcu nasıl yorumlarsa odur. Bu da şu manaya gelir ki, hakiki kanun koyucu yorumcudur. Yukarıda Sartori'ye atıfta bulunularak belirtildiği üzere, yorumcu olan yargıç, kanun koyma yetkisini bu kurama istinaden kendisinde görebilecektir, görmektedir.

Hukuki anayasa anlayışının realist yorum kuramına neden muhalif olduğu meselesine dönülecek olursa, bağlayıcılık hususunun ayırım noktalarından olduğunu hemen tespit etmek mümkündür. Realist yorum kuramı, bir bağlayıcılığın olduğunu kabul etmekle birlikte, bağlayıcı kişi ya da merciin her zaman kuralda (mevzumuz gereği anayasada) belirtilen kişi ya da merci olmayabileceğini öngörmektedir. Oysa hukuki anayasa anlayışında, anayasa belirtilen organ ve herkes, kuralla bağlıdır ve yüksek ihtimalle ilgili anayasa kuralı anayasaya sadakatle yorumlanacaktır. İşte bu noktada hukuki anayasa anlayışı realist yorum kuramından uzaklaşır. Diğer yandan bu kuramlar birbirinin tam zıddı da değildir.

Hukuki anayasa anlayışının asıl karşıtı, mekanist anayasa anlayışıdır⁷⁶. Buna göre, anayasa devlet içinde siyasi iktidarın şekillendirilmesidir. Bu şekillendirme içinde anayasal organlar gerçek (hukuki)

ler, Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, cilt 15, s.207-249. Teorinin kurucularından en bilineni Hans Kelsen'dir. Yazar, bu kuramını "Saf Hukuk Kuramı" adlı eserinde ortaya koymuştur.

⁷⁶ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, op.cit. s.101

anlamda yükümlülükler altında değildir. Bu organların tabi olduğu şey, olsa olsa zorlamalar'dır⁷⁷. Anayasal organların davranışları bağlayıcı hukuk kurallarının uygulanması veya ihlali olarak değil, içinde anayasal düzenlemelerin ve karşılıklı ilişkilerin yer aldığı bir aygıtın (mekanizma) ürünü olarak telakki edilir. Sorun, kamu makamının yetkili olup olmama meselesi değil, neyi yapmasının mümkün olduğu sorundur⁷⁸. Bu aşamada realist yorum kuramını göz önünde bulunduran bir tetkike ihtiyaç oluşmuştur.

Mekanist anlayış açısından, yorum yetkisine sahip organın yorumlarının, bu organın iş ortağı konumundaki diğer organların tepkisi ile dengeleneceği iddia edilebilir. Yorum yapan yetki organ yapacağı yorumun her halükarda geçerli olduğunu varsayarak tamamen keyfi şekilde yorum yapma imkânı bulamayacaktır. Yorumu yaparken sadece hukuki değil fiili şartları da nazarı itibara almak, diğer organlarda yorumun yol açacağı tepkileri hesaba katmak durumunda kalacaktır. Çelişkili veya kimilerince kabul edilemez yorumlar yaparsa diğer organların tepkisini çekeceği söylenebilecektir. Bunların neticesinde, aşamalı şekilde, yorum yapan anayasal makamın yetkilerinde bir kısılma meydana gelebilir⁷⁹. Kuşkusuz söz konusu kısılma hukuki değil fiili nedenlerle gerçekleşecektir. Mesela, İngiltere'de Kraliçe'nin Lordlar ve Avam Kamarası'nın ihdas ettiği bir kanunu geri çevirmesine ülkedeki 'hukuki anlamda anayasa' bakımından bir engel yoktur. Fakat İngiltere'de Kraliçe'nin imza için saraya gönderilen bir kanunu veto ettiği yüzyıllardır görülmemektedir⁸⁰. Bu tavrın sebebi hukuki olmadığına göre siyasi olmalıdır. Daha açık bir deyişle, Kraliçe, kanunları

⁷⁷ Michel Troper, *La Constitution et ses représentations sous la Ve République*, Pouvoirs, n 4, 1978, s.62'den aktaran Gözler, loc.cit.; yazar bahiste geçen 'yükümlülük' terimini Fransızcadaki 'obligations', 'zorlamalar'ı ise 'contraintes' terimleriyle eşleştirmektedir. 'Obligation' İngilizcede de hukuki anlamda ifası zorunlu olan edim, 'borç' demektir. Nitekim bu dilde *Borçlar Hukukunu* ifade etmek için *Law of Obligations* terimi kullanılır.

⁷⁸ Troper, *Le Problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité*, *Recueil d'études en hommage a Charles Eisenmann*, Editions Cujas, 1975, s.150'den aktaran Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, op.cit. s.101

⁷⁹ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, op.cit. s.101

⁸⁰ En son 1707 tarihinde Kraliçe Anne, Scotch Militia Kanununu onaylamaktan kaçınmıştır. S.B. Chrimes, *English Constitutional History*, Oxford University Press, 1953, s.13'ten aktaran Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, op.cit., s.53

veto yetkisini kullanmamaktadır⁸¹; çünkü parlamentonun tepkisinden ve siyasi kuvvetinden çekinmektedir. Kolayca anlaşılacağı gibi, mekanist anayasa anlayışı, siyasi dengeleri dikkate alan anayasal organların mümkün olan her türlü işlemi, anayasaya aykırı olup olmadığına bakmaksızın, yapabileceğini de öngörmektedir. Pekâlâ, mekanist anlayış ışığında ‘hukuki anlamda anayasa’ nereye oturmaktadır? Hemen altını çizmek lazımdır ki, anayasanın üstünlüğü, burada, ihlal edilen/edilebilen bir şey değildir. O yüzden söz konusu yaklaşımla çelişmez. Ne var ki, anayasal organların siyasal dengeleri gözeterek yetkilerini kullanırken anayasadaki hukuk kurallarını çiğneyebildiği söylenemese de *intra constitutionem* biçimde her makamın yetkilerini aşmadığı; üstelik bazı yetkilerini kullanmaktan dahi imtina ettiği görülebilecektir.

D. FEDERALİZM İLE HUKUKİ ANLAMDA ANAYASA İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak

Federasyon, uluslararası kişiliği haiz merkezi bir devlet (ki bu federal devletin ta kendisidir) ile uluslararası kişiliği haiz olmayan bölgesel devletlerin (bunlar da federe devletlerdir) aralarında teminatlı bir yetki paylaşımı yapmak suretiyle oluşturdukları devlet topluluğudur⁸². Bir devlet biçimi olarak federal idarenin olmazsa olmazlarına bakıldığında, anayasanın hukuki yanıyla kaçınılmaz bağlantısını fark etmemek hemen hemen imkânsız gibidir. Nitekim Erdoğan’ın deyişiyle, “*federalizm başlangıçta anayasal devleti gerçekleştirmenin yolu olarak görülüyordu. Bunun temel nedeni federal devletin devlet iktidarını dikey olarak dağıtmak suretiyle merkezde aşırı güç toplanmasını önlemeye elverişli niteliğidir.*” İlk tahlilde anayasanın siyasi yönüne dairmiş gibi duran federalizm-anayasa bağlantısı, aslında federal devletin zorunlu unsurlarına bakıldığında kendiliğinden hukuki renge bürünecektir. Federal

⁸¹ De Smith & Brazier, *Constitutional and Administrative, ve Law*, Penguin Books, 1989, s.29’da, Albert Venn Dicey, *Introduction to Study of the Law of the Constitution*, 1959, s.417-422’den aktararak belirtilmektedir. (internette erişim: www.constitution.org/cmt/avd/law_con.htm, erişim tarihi: 10.8.2011) İlk belirtilen kaynakta başka örnekler de vardır. İlave etmek gerekir ki, İngiltere’de bu tarz hukuki değer taşıyan siyasi/anayasal geleneklere ‘constitutional conventions’ denmektedir.

⁸² Gözler, *op.cit.*, s.193

devlet birbirine karşı belli bir oranda özerk iki tür yönetime sahiptir: federe devlet-federal devlet. Fakat bundan başka federal devletin iki vazgeçilmez özelliği daha vardır: yazılı anayasanın olması ve anayasal yargının bulunması!

Dünyada bilinen ilk federal devlet Amerika Birleşik Devletleridir. Ne tesadüftür ki, dünyada günümüzdeki anlamıyla bilinen ilk anayasa da Amerikan anayasasıdır. Bu tablo, kaçınılmaz şekilde, hukuk dünyasına anayasayı armağan eden düzenin federalizm olduğuna işaret etmektedir. Tersinden söylemek gerekirse, dünyada federal düzene ihtiyaç duyulacak siyasi şartların oluşması geciktikçe anayasanın günlük hayata girmesi de gecikmiştir; ta ki 1787’de Amerikan anayasası ilan edilesiye kadar.

2. Federasyona Duyulan İhtiyaç

Burada şu soruyu sormamak elde değildir: Federasyona neden ve ne zaman ihtiyaç duyulur?

İlk olarak belirtmek gerekir ki, anayasa ile federalizmin bağı çift yönlüdür. Şöyle ki, anayasa hem federasyonun kaynağıdır; hem de federe devletler arasındaki bağın niteliğidir⁸³. Anayasanın federal devletin kaynağı oluşu, federal devletin bir anayasa olmaksızın kurulamaması, mecburen kanunların üzerindeki bu hukuki normu gerektirmesi olarak da ifade edilebilir. Anayasa, bir devlet topluluğu çeşidi olan federal devletin aynı zamanda niteliğini teşkil eder. Bunu açıklayabilmek için diğer bir devlet topluluğu olan konfederasyon ile karşılaştırmak faydalı olacaktır. Konfederasyonda üye devletleri bir arada tutan güç bir ya da birkaç ‘uluslararası sözleşme’ iken, federasyonda federe devletleri birleştiren hukuki bağ, tartışılmaz biçimde ‘anayasa’dır. Diğer bir tabirle, konfedere devletler arasındaki bağ *akdî* iken federal düzendeki federe devletler arasındaki bağ *anayasaldır*. İşte, federe devletleri birbirine bağlayan bağın anayasa haricinde başka bir hukuki müessese olamayışı, federasyonun olmazsa olmaz surette anayasal niteliğini apaçık ortaya koymaktadır. Bu sonuca ilave olarak, devlet ile anayasa arasındaki ilişki düşünüldüğünde, federasyon ile anayasa bağlantısı daha bir pekişmekte ve açığa kavuşmaktadır.

⁸³ Oktay Uygun, Federal Devlet, Çınar Yayınları, 1996, s.176 vd.; Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, op.cit., s.196-216

İkinci olarak, federal düzende yazılı anayasa şarttır⁸⁴; çünkü özerk iki tür yönetimin yetki paylaşımı ancak en üst hukuki norm olan anayasa ile ve açık seçik olması yönüyle yazılı surette yapılabilir. Ya tek tek federal devletin yetkileri sayılıp gerisi federe devletlere bırakılır, ya da her iki özerk idarenin yetkileri ayrı ayrı yazılır. Yazılı anayasa ile anayasanın hukuki yönü arasındaki yakın ilişkiye yukarıda değinilmişti. O halde şu denilebilir ki, yazılı bir anayasa olmaksızın federal devlet düzeni kurulması mümkün değildir.

Federal düzende katı anayasa şarttır⁸⁵; aksi halde federal devlet, sahip olduğu üstün federal yasama yetkisini kullanarak federe devletlerin yetkilerini keyfi şekilde tırpanlayabilir. Katı anayasa koşulu, yazılılık koşuluyla birlikte göz önünde bulundurulursa ve bu iki şartın aslında anayasaya asıl hukuki hüviyetini kazandıran unsurlar olduğu hatırlanacak olursa, hukuki anlamda anayasanın federalizm ile arasındaki karşılıklı perçinlenmiş durumu kendiliğinden gözler önüne serilecektir.

Dünyadaki federal devletlere bakıldığında, İsviçre, Belçika, Birleşik Arap Emirlikleri gibi bazı küçük federal devletler bir kenara bırakılırsa⁸⁶, kaydadeğer bir çoğunluğunun geniş yüzölçümüne sahip olduğu görülecektir. Rusya Federasyonu, Hindistan, Avustralya, Brezilya, Arjantin, Kanada, ABD, Sudan, Etiyopya gibi devletler milyonlarca kilometrekarelik geniş topraklara sahiptir. Ve ne tesadüftür ki, geniş topraklara sahip olup da federalizmi benimsememiş pek az devlet vardır. Topraklar genişledikçe ülkenin tek bir merkezden yönetilmesinin zorlaşması, birçok idari/bölgesel merkeze ihtiyaç duyulması federal düzeni doğuran başlıca sebeplerden biridir. Takdir edilir ki, bu kadar geniş coğrafyada ana merkez ile bölgesel merkezler arasındaki yetki paylaşımının öyle bir belgeyle yapılması gerekir ki bölgesel merkezlerin hakları ihlal edilmesin. İşte bu belge yazılı ve katı anayasadan başka bir şey değildir.

Federal düzende iki özerk idare arasında doğabilecek artık 'anayasal' olarak nitelenmesinde sakınca olmayan sorunları çözümleyecek, mümkün olduğunca tarafsız, kaçınılmaz olarak tek, bağımsız bir

⁸⁴ Gözler, op.cit., s.207

⁸⁵ Gözler, loc.cit.

⁸⁶ Gözler, op.cit., s.199

makama ihtiyaç vardır. Bu makam yargısal olmak mecburiyetindedir; aksi halde uyumsuzlukta son sözü söyleyemez. O halde ülke genelinde var olan eşi bulunmayan bu makam bir mahkemedir. Anayasa yargısı ile anayasanın hukuki vasfı hakkında yukarıda ortaya konan düşünceler de dikkate alınır, federal devlet düzeni, zorunlu olarak bir anayasal düzen yaratır; bu, hukuki, bağlayıcılığı olan, bir yargı makamu tarafından denetlenen bir düzendir; temel kurallarının tamamı yazılıdır; her kişi ve organ ancak bu 'kuralların kuralı'nda yer alan bir resmi yetkiyi kullanabilecektir.

E. ANAYASA KAVRAMININ DOĞUŞUNA HUKUKİ BAKIŞ

1. Genel Olarak

Anayasa kavramının doğduğu yıllar, tarihte imparatorlukların ve krallıkların yıkılmaya başladığı yerine ulus-devletlerin kurulduğu döneme tekabül etmektedir. Bu cümleye bakıldığında anayasanın siyasi niteliğine değinileceği düşünülmemelidir. Aksine buradaki anayasa, devletin temel kurallarını içeren hukuki bir kavram olan anayasadır. Tarihteki ilk anayasa 1787 tarihli *Amerika Birleşik Devletleri anayasasıdır*. ABD'nin İngiliz İmparatorluğu'ndan koparak bağımsızlığını ilan ettiği bilinmektedir. Tarihteki ikinci anayasa 1791 tarihli *Fransa anayasasıdır*; Fransız Cumhuriyeti Fransa Krallığı'nın külleri üstünde kurulmuştur. Anayasa, hukukun hem öznesi hem nesnesi olan devletin temel kaidesi⁸⁷ olarak bu devletlere hukuki varlık kazandırmıştır. Diğer bir deyişle, siyasi düzenin değişmesi hukuk düzenlerini de bir bir değiştirmiştir. ABD ve Fransa'dan önce, anayasaya sahip olan bir devlet yok değildir. MÖ 2300 yılında Sümer kralı *Lagaşlı*⁸⁸ *Urukagina*'nın yürürlüğe koyduğu ilk anayasadan Atinalılar, Romalılar, Cermenler, Medineliler gibi pek çok milletin benimsediği anayasal belgeler olmuştur. Yine örneğin, San Marino'nun, altı kitaptan oluşan *Leges Statutae Republicae Sancti Marini* anayasası, 1300 tarihli *Statuti Comunali* esas alınmak ve İmparator Justinianus'un *Codex*'inden ilham alınmak suretiyle Latin-

⁸⁷ Burada "kaide", hem kural hem dayanak anlamında kullanılmıştır.

⁸⁸ Lagaş, Fırat ve Dicle nehirlerinin birleşme yerinin kuzeybatısında Uruk'un doğusunda yer alır. Lagaş hem Sümerlilerin hem de daha sonraları Babillilerin en eski şehirlerinden biridir.

ce olarak⁸⁹, 1600 yılında kaleme alınmıştır; büyük ölçüde halen yürürlükte dir⁹⁰. 1639 *Kuzey Amerika Anayasası*, 1653 *İngiliz Hükümet Belgesi*⁹¹, 1657 *İngiliz Naçiz Tavsiye ve Dilekçe*⁹², 1710 *Pylyp Orlyk Anayasası*⁹³, 1755 *Korsika Anayasası*⁹⁴, 1772 *İsveç Anayasası*⁹⁵ bilinen anayasalardandır. Fakat günümüzdeki anlamıyla ilk anayasanın 1787 ABD Anayasası olduğu yaygın şekilde kabul etmektedir.

Fransa'daki anayasanın macerasını öğrenmek için yeniden Teziç'e bakmak gerekiyor. Fransa'da "Eski Rejimde", 16. yüzyılda, milli devlete doğru gelişmede, devletin statüsünü düzenleyen "Krallığın Temel Kanunları" vardı. Fransa'nın ilk anayasası sayılan bu kurallara, monark karşı gelemiyordu. Fakat oluşma halinde olan bu kurallar açık değildi ve teamüli nitelikleri, kralın kişiliği ile devletin birbirinden ayrılmasına imkân vermiyordu. "Eski Rejimde", monarşi hukukçuları, devletin hukuki niteliğinin bütün sonuçlarını henüz ortaya koyamamışlardı. Bu bakımdan da, kral tarafından yapılan işlemler, devletin değil, fakat yalnızca kralın irade açıklamaları sayılıyorlardı. Monark'ın ölümünde, işlemleri yapan irade, iktidarını yitirdiği için işlemler bütün otoritesini ve bağlayıcılığını kaybediyorlardı. Bunların bağlayıcı olabilmeleri için, onun yerine geçen (halefinin) ayrıca bunları doğrulaması (teyit etmesi) gerekiyordu.

Anayasa arayışı, sözde anayasacılık hareketleri⁹⁶ bir kenara bırakılırsa, daima devlete hukukilik, süreklilik, kişilik kazandırma yönünde olmuştur. Anayasanın hukuki kavramsallığının şekillenmesi, anayasacılık hareketleriyle gerçekleşmiş, pekişmiş ve sürüp gitmiştir.

⁸⁹ San Marino Cumhuriyeti Portalı, <http://www.sanmarinosite.com/eng/statuti.html>, erişim tarihi: 6.4.2011

⁹⁰ Loc.cit.

⁹¹ Özgün adı The Instrument of Government'tır. Kısa süre yürürlükte kalmıştır.

⁹² Özgün adı The Humble Petition and Advice'tır. Kısa süre yürürlükte kalmıştır.

⁹³ Kiev Urban Adventures Web Site, <http://www.kieurbanadventures.com/did-youknow>, erişim tarihi: 6.4.2011

⁹⁴ Özgün adı Progetto di costituzione per la Corsica'dır. İtalyanca kaleme alınmıştır.

⁹⁵ Özgün adı 1772 års regeringsform'dur.

⁹⁶ "Pseudo-mouvements constitutionnels". Örneğin, Çarlık Rusya'sında, Çar 2. Nikola tarafından, gerçek anayasacılık hareketlerinin önüne geçmek için birtakım sözde önlemlerin alınmasında görülmüştür. "Ekimciler" ya da "17 Ekim Birliği" olarak bilinen bir grup aydın, bu sözde anayasacılık hareketleri için Çarın yaptığı çağrıya olumlu yanıt vermiştir. <http://fr.wikipedia.org/wiki/Octobriste>, http://en.wikipedia.org/wiki/Union_of_October_17, erişim tarihi: 6.4.2011

2. Ölümlü Hükümdar-Ölümsüz Devlet

Anayasaların varlık sebepleri üzerine düşünüldüğünde, hükümdar ile devletin birbirinden farklı olduğunun anlaşılmasının bir dönüm noktası olduğu görülmektedir. Hükümdar, her ne kadar kendisine ilahi kudret atfedilse, “Tanrının yeryüzündeki gölgesi” olarak anılsa dahi, ölümlüdür. Çünkü insandır. Herkes, buna hükümdarın tebaası da dâhil, hükümdarın günün birinde öleceğini bilmektedir. Peki devlet? Devlet nedir? Hükümdarın varlığından ayrı bir oluşum mudur? Buna mesela Fransız kralı “hayır” diye cevaplamıştır, “*l’etat, c’est moi!*”⁹⁷. O halde şu tespit yapılabilir: Belli bir döneme kadar devletin hükümdarın bedeninde somutlaştığı kabul edilmiş, hükümdarın her buyruğu devletin kuralı sayılmıştır. Zaten Osmanlı hükümdarlarının mesela yalnız başına yemek yemelerini öngören yazısız kurallar, onların insani özelliklerinin birileri tarafından görülmesini engellemeyi hedeflemiştir. Görüldüğü üzere, coğrafya, din, dil değişse de, anayasa öncesi hukuk ve devlet anlayışı değişmemektedir. Bu anlayışa göre, devlet hükümdardır; hükümdar devlettir. Bu mesele siyasi tarihi, siyaset bilimini ilgilendirdiği kadar hukuku da ilgilendirmektedir. Çünkü anayasaların hukuk arenasına girme sebebi tam da bu noktada saklıdır. Hükümdarın ölümlü, devletin ölümsüz olduğu, dolayısıyla ikisinin aynı şey olamayacağı, din ile hukuk arasındaki meşruiyet bağlarının zayıflamasıyla anlaşılmaya başladıktan sonra zihinlere zor bir açmaz düşmüştür: hükümdar devlet değilse, o halde devlet nedir? Devlet, hükümdarın kişiliği dışında bir şey olmak zorundadır. O halde kişilik dışı, soyut, tıpkı modernite öncesi dönemde olduğu gibi herkesi bağlayıcı bir iradeye veya kurallar manzumesine ihtiyaç vardır. Düşünce silsilesi, hukuk ile siyaset biliminin kesiştiği o belirsiz sahada, araştırmacıyı anayasaya götürmektedir. Devlet anayasadır. Hukukun kaynağı değişmiştir; bir insan olan hükümdarın yerini kurallardan ibaret olan kişilik dışı bir dayanak, anayasa almıştır.

Hukukun kaynağı açısından, evrensel anlamda somut ile soyutun ayrılması, kopmasını Teziç Fransız İhtilali’ne bağlar. Ona göre, 1789 Devrimi, devlet ile kralın şahsını birbirinden ayırır; böylece anayasa kavramı ortaya çıkar. 1791 Fransız Anayasasına göre kral artık “Fran-

⁹⁷ Fr. “devlet benim”

sızların" değil, "Fransa'nın" kralıdır⁹⁸. Devlet tüzel kişiliğinin bütün hukuki sonuçları ortaya konur. Bundan böyle, yönetenlerin yaptığı işlemler, devlet adına olur ve iktidarlarını yitirdikleri zaman devletin özerkliği nedeniyle, bu işlemler bağlayıcılığını korurlar⁹⁹.

Öte yandan, tüzel kişilik, eski tabiriyle hükmi şahsiyet kavramı ile anayasalar arasında güçlü etkileşimler vardır. Medeni hukuk ile anayasa hukuku arasındaki duvar kaldırıldığında, bir hakikat kendini gösterir: Hukuk, gerçek kişilik müessesesiyle yetinmeyip, tüzel kişilik kavramını bünyesine katmıştır. Fakat hukuk, aynı zamanda, tarihin belli bir evresinde, artık kaynağını ölümlü bir insana değil de, kalıcı bir varlığa dayandırmaya başlamıştır. İkisi, aynı dünya görüşünün eseridir: Aydınlanma. Hukukun en üst noktasındaki zihniyet değişimi, kuvvetli dalgalar halinde hukukun alt dallarına sirayet etmiştir. Hâkimiyet, gökyüzünden yeryüzüne, insanların düzeyine indirilmiştir. Tüzel kişiliğin tanınması da, meşruiyetin kaynağının gökyüzünden yeryüzüne indirilmesinin bir meyvesidir.

Devleti oluşturan unsurlarının yanı sıra, onun niteliklerinden biri hukuki bir varlığa sahip olmasıdır. Buna tüzel kişilik deniyor: Devlet bir kamu tüzel kişisidir; kendisini oluşturan bireylerin dışında, hukuken korunan hakları olduğu gibi, ödevleri de vardır. Tüzel kişi olmasının bir başka sonucu devletin sürekliliğidir. Tüzel kişiliğin özelliği, bunların ancak bir "statut"ye¹⁰⁰ sahip olmaları ile hukuki kişiliklerinin varolabilmesidir. Hukuki faaliyetlerde bulunabilmesi için tüzel kişinin bazı organları gereklidir. Bu organlar da ancak "statut" ile oluşabiliyor. Şu halde "statut" olmadan tüzel kişilikten söz edilemez. Devletin "statut"sü anayasadır. Yetkilerin tek kişide toplandığı durumlar hariç, her devletin bir anayasası vardır. Anayasa sözcüğü, öteki yasalardan daha geniş kapsamlı, onlara kaynaklık eden yasa demektir¹⁰¹.

⁹⁸ Görüldüğü üzere, somut "Fransızlar" deyiminden soyut "Fransa" deyimine geçilmiştir. Fransızlar sayısı, niteliği belli olan, belli bir bölgede yaşayan, yürüyen, yemek yiyen, uyuyan insanlardır. Halbuki "Fransa" bir devlettir, sınırı değişebilir, yöneticileri değişebilir, hatta hükümet şekli değişebilir; fakat hala Fransa olma özelliğini korur; ölümsüzdür, kalıcıdır, mücerrettir.

⁹⁹ Teziç, op.cit., Anayasa Hukuku, s.143

¹⁰⁰ "Statut" kurucu metin anlamında kullanılmıştır.

¹⁰¹ Teziç, op.cit., Anayasa Hukuku s. 142

F. ANAYASANIN MANTIKİ VE BİÇİMSEL DEĞERİ

1. Genel Olarak

Bütün toplumsal kuralların koyuluş amacı ve sebebi vardır. Kurallar; yaşamı kolaylaştırmak, adaleti sağlamak, insanların vicdanını tatmin etmek, yönetimi meşru halde getirmek gibi amaçları gerçekleştirmek üzere ihdas edilir. Diğer yandan insan tabiatının açmazları, sürekli değişen ihtiyaçlar ise kural koymanın sebebinin teşkil eder. Hukuk kuralları da, birer toplumsal kural olarak, tartışma götürmez şekilde mantıktan beslenir; kaynağını ondan alır. Anayasa, hukukun en kayda değer kavramlarından biri olduğuna göre o da mantıki bir değere sahiptir. Anayasanın mantıki değeri içeriğinin değeridir. Kavramın özüne ilişkindir. Anayasa hukukçularının 'maddi anlamda anayasa' olarak vasıflandırdığı bir düşünce ürünüdür.

Yazılı hukuk birden fazla norma sahiptir. Bunlar öyle normlardır ki, her biri hukuki değer olarak birbirinden farklıdır. Aralarında astlık-üstlük ilişkisi vardır. Anayasanın bir hukuki norm olduğu genel kabul gördüğüne göre o da düzenlemeler arasında bir yere sahiptir. Bu yer tüm düzenlemelerin en üstüdür. Bir benzetmeyle konuyu açıklamak gerekirse, hukuk birçok organlardan müteşekkil bir beden ise her bir norm bir organdır. Organlar arasında işlevlerinden kaynaklanan önem farklılığı vardır. Böbreksiz bir insan yaşayabilir; fakat kalbi olmayan bir insan yaşayamaz. O halde organlar ve dolayısıyla normlar arasında üstünlük ayırımının ayırtına varılmalıdır.

Anayasanın biçimsel/organik değeri bazı ölçütlere tabidir: yazıllık, sertlik, hukuki düzenlemeler arasında altlık-üstlük ilişkisinin varlığı, şekil şartlarına riayetkârlık... Dolayısıyla, bu bağlamda yapılacak tartışmalar, söz konusu ölçütler kullanılmak suretiyle yapılmalıdır.

Anayasanın organik değeri, yalnız ulusal hukuk düzeni bazında değil, uluslar arası hukuk düzeninde kullanılması mümkün olan bir kıstastır. Örneğin, Avrupa Birliği Anayasa Taslağı ile ilgili olarak, maddi değer sıfatıyla var olan anayasaya organik değer kazandırmak amacıyla, her ülkede farklı yöntemlerle hukukilik kazanacak şekilde çalışmalar yapılmış, yol haritaları hazırlanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği şekli bir anayasaya sahip olmadan önce de anayasal bir düzen kurmuştur. Diğer bir ifadeyle açık yargı kanalla-

rı ile hukuk devletinin ve yurttaşların hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı bir sistem söz konusudur. Bu doğrultuda Avrupa Toplulukları'nı kuran antlaşmanın bir anayasalaşma sürecinden geçtiğini ifade edebiliriz. Bu niteliğe sahip olmayan bir normun anayasal değere kavuşması ve söz konusu hukuk düzeninde diğer normların üzerinde yer alması olgusu öncelikle bu değer ulaşacak normun tartışmasız yorumunu yapacak bir kurumun da varlığını gerektirir. Bu kurum, Avrupa Adalet Divanı'dır. Bu süreç boyunca Divan'ın *Van Gend en Loos*, *Costa*, *Yeşiller*, *Simmenthal* kararları ile anayasal düzeni temellendirdiği görülmektedir. Bu süreç sonunda Antlaşma, bir 'hukuk topluluğu'nun Anayasası haline evrilmiştir¹⁰². Avrupa Birliği'nin bu anayasalaşma sürecinin yazılı hukuktaki yansıması tek bir metin haline gelerek Avrupa Anayasası'na dönüşmüştür. Önemli olan nokta Avrupa Birliği'nin konfederal-federal yapılanma tartışmalarının ötesinde Avrupa Birliği hukuk düzeninin süreç içinde oluşturduğu anayasal *corpus*'unu **yazılı bir anayasa** haline getirmesidir¹⁰³.

2. Aşkın (*transcendental*) Kaide ve Kurallar Silsilesinde Anayasa

Avusturyalı hukukçu Kelsen Devlet ve Hukukun Genel Kuramı¹⁰⁴ adlı eserinde normları astlık-üstlük oluşturacak şekilde sınıflandırır; 'tabakalar halinde biçimlendirilmiş hukuk doktrini'¹⁰⁵ veya yaygın bilinen adıyla 'normlar hiyerarşisi' kavramlarını gündeme getirir. İşte anayasanın bu organik değerine hukukçular 'şekli anlamda anayasa' demektedir.

Kurallar zinciri, kendiliğinden, normların çeşitliliğini, anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi farklı tür hukuk kurallarının varlığını gerektirir. Tabii şekli anlamda anayasayı diğer kurallardan farklı kılan, onun tek olmasıdır: onlarca kanun, yüzlerce tüzük, binlerce yö-

¹⁰² Karakaş, Avrupa Birliği Anayasası, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2005/1, s.99

¹⁰³ Karakaş, Avrupa Birliği Anayasası, loc.cit.

¹⁰⁴ General Theory of Law and State. Cambridge 1945; Théorie générale du droit et de l'État suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique, LGDJ - Bruylant, 1997, Paris, coll. La pensée juridique

¹⁰⁵ Kelsen, yazdığı özgün metinde bu kavram için Almanca "*Stufenbaulehre*" sözcüğünü kullanır, bkz: University of Maryland College of Behavioral and Social Sciences web site, <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/kelsen0307.htm>

netmelik vardır; fakat bir kural türü olarak anayasa bir tanedir. Diğer yandan, bu kuramda, üçlü bir farklılaşma olduğu, normu uygulayan organın onu koyan organdan ayrıldığı, hem yapım sürecinde hem uygulama esnasında denetleyen organın ilk ikisinden farklı olduğu söylenebilir. İşte, bu üç özelliğin ortaya çıkardığı ilişkiye 'üretim ilişkisi' denmektedir¹⁰⁶. Yasa anayasa tarafından, tüzük yasa tarafından yapılır. *"Bu bakımdan normların özellikleri geçerlilik ve uygunluk yönünden irdelenir. Diğer bir normun geçerlilik koşullarını belirleyen norm, ötekine göre hiyerarşik olarak üst konumdadır. Bu da 'temel norm'dur. Böylece birinci düzey norm (anayasa), ikinci düzey normların (kanunlar) ve üçüncü düzeydeki normların geçerlilik koşullarını belirtir; bu ilişki aşağıya doğru sürer gider."*¹⁰⁷ Anayasanın aşkın yönü, geçerlilik, uygunluk, normlar hiyerarşisinin diğer ilkeleri sayesinde belirginleşmektedir.

Geçerlilik şartlarının üretim şartlarından farklı olmadığı ileri sürülür¹⁰⁸. Bir görüşe göre, kademelenme ilkesi, bir düzenin bütün normlarının yapılanmasını mümkün kılar; düzenin her normu bakımından şartlarının tanımlanabilmesiyle onu teşkil eden normlar zincirini kurmak mümkün olabilir. Uygunluğun geçerlilikten farklı olduğu, bir normun geçerliliğinin üretimini düzenleyen şartlara saygıdan kaynaklandığı, diğer bir tabirle normun doğuşu ve yürürlüğe konma aşamalarına ilişkin olduğu, uygunluk sorunun ortaya çıkabilmesi için geçerlilik sorununun önceden çözülmesinin zorunlu olduğu, sadece geçerli bir normun 'uygun olup olmama' tartışmasının yapılabileceği savunulmaktadır¹⁰⁹. *"Bu söylenenler ışığında en üstte yer alan (temel norm varsayımı) anayasanın otoritesi, anayasaya saygı ile mümkündür. Bu da anayasallık ilkesinin güvencelenmesini gerekli kılar. Bu amaçla anayasaya üstünlük, Anayasa Mahkemesince sağlanır."*¹¹⁰ Anayasanın üstün norm oluşu bir bakıma, bir kabuldür; deyim yerindeyse, kanıksanmış bir aksiyomdur. Kant'ın aşkın (*transcendental*) sıfatının, pozitivist bir bakış açısının meyvesi olan normlar hiyerarşisinin en tepesindeki anayasa kaidesi için uygun düşün bir yakıştırma olması ilginç olsa da, isabetli görünmektedir.

¹⁰⁶ L. Favoreu - P. Gaia - R. Ghevontian - J.L. Mestre - A. Roux - O. Pfersmann - G. Scoffoni, Droit Constitutionnel, 4e éd., 2001, s.58, aktarma: Kaboğlu, op.cit., s.43

¹⁰⁷ Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, loc.cit.

¹⁰⁸ L. Favoreu - P. Gaia - R. Ghevontian - J.L. Mestre - A. Roux - O. Pfersmann - G. Scoffoni, Droit Constitutionnel, 4e éd., 2001, s.58, aktarma: Kaboğlu, op.cit., s.43

¹⁰⁹ Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, loc.cit. s.43

¹¹⁰ Kaboğlu, loc.cit.

G. ANAYASANIN AKİBETİ: AVRUPA ÖRNEĞİ

1. Başlangıç

Artık, anayasa hukuku alanında ulus-üstü düşünce ile anayasanın bağdaştırıldığı, gerek evrensel anlamda gerekse Avrupa'ya münhasır şekilde bu konuda eserler serdedildiği görülmektedir¹¹¹. Yalnız Batılı hukuki düzenlere dair değil, onlar dışındaki düzenler hakkında da ulus-üstü anayasa anlayışını ele alan çalışmalara erişilebilmektedir¹¹².

Ulusal anayasa ile uluslararası anayasa kavramları arasında basit bir benzetmeye gitmeksizin, bugün için çok fazla gelişmiş ve müteselsil bir örgütlenme düzeyine sahip olmayan uluslararası toplumun, her ne kadar şekli bir anayasası olmasa da, temel kurallar biçiminde

¹¹¹ Alec Stone Sweet, "What is a Supranational Constitution?: An Essay in International Relations Theory" *Review of Politics* 55 (1994): 441-474. Available at: http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/17; Alec Stone Sweet and Thomas Brunell. "Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community" *American Political Science Review* 92 (1998): 63-81. bkz: http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/15; Maas, William, a Supranational Constitution for European Citizens, Prepared for the conference "Supranational Political Community: Substance? Conditions? Pitfalls?" University of Victoria, Canada, 30 September - 2 October 2005. eserin sekizinci bölümünden, Avrupa vatandaşlığının siyasi gelişimini inceleyen Avrupa Vatandaşlığının Yaratılması adlı eserden, <http://www.law.uvic.ca/demcon/documents/Maas-Supranational%20constitution%20for%20European%20citizens.pdf>; John P. McCormick, Habermas, Supranational Democracy and the European Constitution, *European Constitutional Law Review* (EuConst), Volume 2, Issue 3, <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=586080>; Rachel A. Cichowski, Women's Rights, the European Court, and Supranational Constitutionalism, *Law & Society Review*, Volume 38, Number 3, September 2004, pp. 489-512(24), Publisher: Wiley-Blackwell; Constructing a supranational constitution: dispute resolution and governance in the European Community, Sweet, Alec Stone; Brunell, Thomas L., *American Political Science Review*, Publish date: March 1, 1998; Brian F. Havel, The Constitution in an Era of Supranational Adjudication, *North Carolina Law Review*, Vol. 78, No. 2, 2000, Özeti için bkz: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1667092, erişim tarihi: 9.6.2011

¹¹² Adalah Proposes Supranational Constitution for Palestine, <http://althayyib.wordpress.com/2007/12/22/adalah-proposes-supranational-constitution-for-palestine/>; Relations of national and supranational constitutional systems and alternatives of the improvement of Hungarian constitutional system with regard to EU accession, www.nefmi.gov.hu/research/national_projects/otka/abstracts/T038414.rtf; Yoav Stern, Arab rights group seeks 'supranational regime in all of historic Palestine', *Haaretz Gazetesi*, 20 Aralık 2007 nüshası, internetten erişim için bkz: <http://www.haaretz.com/print-edition/news/arab-rights-group-seeks-supranational-regime-in-all-of-historic-palestine-1.235600>

^erişim tarihi: 9.6.2011

kendini gösteren anayasal ilkelere, dolayısıyla bir anayasa hukukuna sahip olduğu ileri sürülmektedir¹¹³. Yazar bu noktadan sonra bir adım daha ileri giderek, anayasa kavramının uluslararası örgütlerin kurucu antlaşmalarını nitelemek amacıyla, “*anayasal antlaşma*” şeklinde kullanılmasının son derece geçerli bir yaklaşım olduğunu belirtir. Bu yaklaşım, özellikle evrensel düzeyde Birleşmiş Milletler Sözleşmesi bakımından geçerli olduğu gibi, bir “*Avrupa anayasasının*” temellerini oluşturan Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşmaları ve Avrupa Birliği (Maastricht) Antlaşması bakımından da aynı şey geçerli olabilir. Gerçekten de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve üye devletlerin anayasalarıyla birlikte düşünüldüğünde, bu antlaşmalar bir Avrupa anayasasının temellerini oluşturmaktadır¹¹⁴. Bu düşünceler, anayasasının ulusal kalıpları evrensel boyutta yıkıp geçtiğini, uluslararası alana sirayet ettiğini göstermektedir.

Öte yandan, anayasanın ulus düşüncesi ile bağının zayıflaması münhasıran Avrupa’da görülen bir durum değildir. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nın¹¹⁵ kabulü, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi’nin kurulması ve faaliyete başlaması¹¹⁶ Afrika gibi bir kıtada da yukarıda değinilen gelişmelerin görüldüğünün emareleridir. Güney Afrika devletleri de bu konuda geri kalmamaktadır. Hâlihazırda iki üyesi ve iki gözlemci üyesi olan Güney Amerika Milletler Birliği¹¹⁷, 2004’te gerçekleşen Cusco Bildirgesi ve ardından

¹¹³ Göçer, op.cit., “*Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı*”, s.15

¹¹⁴ Göçer, loc.cit., s.15

¹¹⁵ Şartın özgün metni için bkz: Afrika Birliği resmi sitesi, http://www.africa-union.org/official_documents/treaties_%20conventions_%20protocols/banjul%20charter.pdf; ; Bu Şarta Ek Afrika Kadın Hakları Protokolü’nün (Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa) özgün

metni için bkz. <http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Sources%20of%20Law/Women/PROTOCOL%20women%20eng.pdf>; bu ekin Türkçedeki bir çevirisi için bkz: İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi web sitesi, http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/temel_belgeler/temel_belgeler_afrika_kadin_haklari_protokolu.pdf, erişim tarihi: 9.6.2011

¹¹⁶ Mahkemenin işleyişi, yapısı ve baktığı davalarla ilgili ayrıntılı bilgi için Mahkemenin resmi web sitesi: <http://www.african-court.org/en/>, mahkemeyi kuran antlaşma (Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples’ Rights) için bkz: <http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Court/Court%20Establishment/africancourt-humanrights.pdf>, erişim tarihi: 9.6.2011

¹¹⁷ Birliğin resmi web sitesi Sitio Oficial de la Union de Naciones Suramericanas için

2008’de imzalanan Kurucu Antlaşma ile şekillendirilmiştir; tıpkı Birleşmiş Milletler gibi bir genel sekreter tarafından temsil edilmektedir ve bir parlamentoya sahiptir. Kurucu antlaşma 11 Mart 2011’de yürürlüğe girmiştir. Güney Amerika ülkelerinden pek çoğu, farklı derecelerde, Güney Amerika Milletler Birliği lehine bazı yetki fedakârlıklarında bulunmuş ve bulunmaktadır; Birlik lehine bir irade belirtmektedirler. Mesela Brezilya Anayasası’nın dördüncü maddesinin ikinci fıkrası Brezilya Federatif Cumhuriyeti’nin bir Latin Amerika Milletler Topluluğu yaratmak amacıyla, Latin Amerika halkları ile iktisadi, siyasi, toplumsal ve kültürel bütünleşme sağlamak için çabalayacağını hükme bağlamaktadır¹¹⁸. Yine Surinam Anayasası egemenlik ve Surinam Cumhuriyeti’ne ayrılmış birinci bölümü, madde 2’de, Surinam devletin yer aldığı, tarihi olarak tanımlanan Güney Amerika kıtasına atıfta bulunmaktadır¹¹⁹. Görülen o ki, ulus-üstü anayasaya doğru yönelen hareketlenmeler Avrupa coğrafyasıyla sınırlı değildir.

Uluslararası alanda anayasa kavramının kullanılışı, gerçeklik meselesini gündeme getirmektedir. Devletlerarası ilişkilerin yüzyıllar boyunca ördüğü bir yumak olan uluslararası alanda, anayasadan söz etmek ne kadar gerçekçidir? Soruya cevap arayan yazarlardan Mahmut Göçer’e göre, uluslararası hukukta anayasa kavramının kullanılması bir yandan uluslararası toplumun anayasası anlamında, diğer yandan ise uluslararası örgütlerin kurucu antlaşmalarının anayasal niteliğini belirtmek için olmuştur. Her iki durumda da bir uluslararası hukuk düzeninin veya uluslararası örgütlere özgü hukuk düzenlerinin varlığı kabul edilmektedir. Gene, her iki durumda da anayasa kavramının iç hukuktan uluslararası hukuka intikali söz konusudur¹²⁰. Uluslararası toplumun bir anayasaya sahip olabileceği tezi, öğretilerde özellikle anayasa kavramının siyasal toplum kavramından ayrılmaz bir kavram olarak gören bazı yazarlarca ileri sürülmüştür. Bu yazarlar, uluslararası anayasayı yazılı

bkz: <http://www.pptunasur.com/inicio.php?menu=30&idiom=1>, erişim tarihi: 9.6.2011

¹¹⁸ Constitution of Brazil in English, Article 4 (International Relations) (1), International Constitutional Law web site, http://www.servat.unibe.ch/icl/br00000_.html, erişim tarihi: 8.6.2011

¹¹⁹ Constitution of Suriname in English, Article 2, (Territory), Constitution Society web site, National Constitutions, <http://constitution.org/cons/suriname.htm>, erişim tarihi: 8.6.2011

¹²⁰ Göçer, op.cit., “Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı”, s. 6-7

olmayan maddi bir anayasaya benzeterek, mevzubahis anayasanın teamül niteliğinde ve kendini zımnen ifade eden bir anayasa olduğunu belirtmişlerdir. Ancak, uluslararası toplumun şekli anlamda bir anayasaya sahip olmaması, onun temel kurallar şeklinde bir anayasa hukukuna sahip olmasını engellemez. Bu anlamda bazı yazarlar, uluslararası toplumun teamül niteliğinde anayasasını oluşturan ve büyük bir bölümünün Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde hukuki varlık kazandırılan anayasal ilkelerin bulunduğunu belirtmektedir. Gerçekten de, bir temel kuralın "anayasal" bir kural olarak nitelenebilmesi için, bir yandan maddi olarak anayasa kuralı niteliği arzemesi, diğer yandan da bağlayıcı olması gerektiği düşünüldüğünde, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi bu iki şartı "evrensel düzeyde" yerine getiren tek antlaşma niteliği tebarüz eder. Zira Birleşmiş Milletler Sözleşmesi evrensel niteliğiyle günümüzde evrensel örgüt nitelemesine hak kazandığı gibi, maddi olarak anayasal hükümler de içermektedir. Birleşmiş Milletler'in amaçlarının ve ilkelerini tanımlayan 1. ve 2. maddeleri bu tür hükümler oluşturduğu gibi, Sözleşmenin 103. maddesi gereğince, Sözleşme, diğer uluslararası antlaşmalar karşısında üstün bir değeri haizdir¹²¹.

2. Ulus-üstü Yapıya Doğru Anayasa

Anayasanın devletin temel kaidesi oluşu, birden fazla egemen devletin tek bir anayasaya tabi hale getirilmesi süreciyle birlikte düşünüldüğünde oldukça tuhaf bir durum ortaya çıkmaktadır. Anayasa egemenliği tanımlama kudretine sahip yegâne belge olarak kabul edilmektedir. Bir ülkeler topluluğu, hepsinde geçerli ve bağlayıcı olacak bir anayasa yaratmak isterlerse, anayasayı yeniden tasvir etme ihtiyacı doğacaktır. Böyle düşüncelerin ortaya çıkmasının sebebi, kolaylıkla tahmin edilebileceği gibi, Avrupa Birliği için hazırlanan anayasadır. 15 Aralık 2001'de Laeken Zirvesi'nde alınan karar doğrultusunda bir Kurultay oluşturulmuştur. Bu Kurultay'a üye ülke temsilcileri, Avrupa Parlamentosu üyeleri, ulusal parlamento üyeleri, AB Komisyonu temsilcileri iştirak etmiştir¹²². Kurultay, Avrupa Birliği Anayasa Taslağını

¹²¹ Göçer, loc.cit., "Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı", s. 9; Genel olarak uluslararası antlaşmaların anayasal nitelikleri hakkında bir inceleme için bkz: Göçer, loc.cit., "Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı", s.13-15

¹²² Bozkurt/Özcan/Köktaş, Avrupa Birliği Hukuku, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2004, s.54-55

hazırlayarak 2003 Haziran'ında tamamlamıştır. Taslak hakkında egemenlik yetkilerinin ulus-devletten Birliğin ulus-üstü varlığına devrini sağlayan son merhale olduğu, AB hukukunun kanunlaştırma belgesi niteliği taşıdığı düşünülmektedir¹²³.

Bu aşamada Avrupa Birliği anayasa taslağına dair bazı bilgilerin belirtilmesi gerekmektedir. Taslak, "*Avrupa İçin Anayasa Yapımına Dair Sözleşme*"nin, 29 Ekim 2004'te o gün için Avrupa Birliği'nin yirmi beş üyesinin¹²⁴ devlet ve hükümet başkanlarının katılımıyla imzalanmasıyla belirlilik kazanmıştır. Eşit derecede, dört ana başlığa ayrılan Taslak, tıpkı ulusal bir anayasaymışçasına bir başlangıç bölümü ile başlamaktadır. Bu bölümde, yine tıpkı ulusal anayasalar gibi Avrupa'nın tarihi ve mirası hatırlatılmaktadır. Yukarıda değinilen dört ana başlığın içeriğinden bahsetmek gerekirse, birinci kısım Birliğin tanımı ve amaçları, Birlik vatandaşlığı ve tanıdığı temel haklar, Birliğin yetkileri, mali yapısı ve kurumları, Birliğin demokratik yaşamı, komşu devletlerle ilişkileri ve nihayet Birliğe üyelik konularını kapsamaktadır. İkinci kısım, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'ni¹²⁵ ihtiva etmekte, kısımda bir başlangıç metninin ardından yedi başlıkta insanlık haysiyeti, özgürlük, eşitlik, dayanışma, vatandaşlık hakları, adalet ve özel hükümlere yerilmektedir. Üçüncü kısım, Birliğin işlevlerinin ve politikalarının nasıl idare edileceğini düzenlemekte, iç ve dış siyaset, iktisadi ve parasal birlik, hürriyet sahası, güvenlik ve adalet, ortak güvenlik ve dış politika, kurumların görevlerine dair hükümler içermektedir. Bu kısımda biçimsel olarak genel uygulama, ayrımcılık yasağı ve vatandaşlık, iç siyaset ve faaliyet, denizaşırı ülkeler ve bölgelerle işbirliği, Birliğin dış faaliyetleri, işleyişi ve ortak hükümlerden oluşan yedi başlık bulunmaktadır. Dördüncü ve son kısım ise anayasanın yürürlüğe girmesi, değiştirilmesine dair usul, önceden imzalanmış sözleşmelerin feshine ilişkin hükümlere yer vermektedir. Bu kısımda beş sözleşmenin anayasanın ilavesi olduğu belirtilmektedir¹²⁶. Sözü edilen sözleşmeler

¹²³ Yazıcı, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, s.278

¹²⁴ 2004 yılı itibariyle Avrupa Birliği'nin yirmi beş üyesi var iken, hâlihazırda, Birliğin üye sayısı yirmi yedidir. Avrupa Birliği Resmi Sitesi, http://europa.eu/about-eu/member-countries/index_en.htm, erişim tarihi: 4.5.2011

¹²⁵ Belge için bkz. Avrupa Parlamentosu Resmi Sitesi, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf, erişim tarihi: 4.5.2011

¹²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Avrupa Birliği Resmi Sitesi, <http://europa.eu/scadplus/>

şunlardır: Avrupa Birliği'nde Ulusal Meclislerin Konumuna Dair Sözleşme, Orantılılık ve Yerellik İlkelerinin Uygulamasına Dair Sözleşme, Avro Grubuna Dair Sözleşme, Euratom Antlaşmasının Tadiline Dair Sözleşme, Birliğin Tedrici Yapısı ve Organlarına Dair Sözleşme.

Bu noktada şu gündeme getirilebilir: “Avrupa Birliği Anayasası” taslağı, anayasadan başka bir şey midir? Kullanılan terim açısından bakıldığında “*The Treaty Establishing A Constitution For Europe*”, “*The Constitutional Treaty*” ya da “*European Constitution*” isimlendirmele-riyle karşılaşılacaktır. Avrupa Birliği anayasa taslağının yukarıda resmedilen yapısına bakıldığında, isminin anayasa (*constitution*) oluşuna ilaveten, onun bir uluslararası sözleşmeden çok gerçek bir anayasaya benzediği gerçeği teslim edilmelidir. Şekli anlamda, Amerikan, İspanyol, Alman, Brezilya, Fransız, Türk anayasaları dâhil pek çok ulusal anayasanın Dibace/Başlangıç/Preamble denilen bir bölüme, kendi tarihine ve mirasına atıfta bulunacak şekilde sahip olduğu, bunun Avrupa Birliği anayasa taslağında aynı niteliklerle yer aldığı görülmelidir. Taslağın temel hak ve özgürlükleri, Birliğin organlarının yetki ve sorumluluklarını, tam olarak böyle kayda geçirilmese de gerçek anlamda Birlik ile üye devletler arasındaki yetki paylaşımını, en önemli siyasi ilkeleri, güvenlik, dış ve iç politikaları içermesi, bu kanaati güçlendirmektedir. **Taslak ile herhangi bir ülkenin anayasası yan yana koyulduğunda, Birlik yerine o ülkenin isminin kullanılması ve ulusal özellikler bir kenara bırakılırsa, gerek maddi gerekse şekli açılardan iki anayasa arasında pek az farkın olduğu görülecektir.** Bu keyfiyetin, anayasa kavramının ulusal bağlarla ilişkisini zayıflatmış olduğu gerçeği takdir edilecektir.

Diğer yandan “Avrupa Birliği Anayasası” taslağının henüz yürürlüğe girmemesinin anayasanın evrensel serüveninde oluşabilecek bir değişimi geciktirdiği veya engellediği düşüncesi akla gelebilir. Fransa ve Hollanda halklarının taslakla ilgili halkoylamasında olumsuz görüş serdettiği bilinmektedir¹²⁷. Fakat geriye kalan üye devletlerin meclis onayı ya da halkoylaması gibi muhtelif yöntemlerle taslağı kabul etmesi halinde reddeden ülkelerde yapılan halkoylamalarının tekrarlanması, küçümsenebilecek bir ihtimal değildir. Bu ihtimal gerçekleşirse o

¹²⁷ constitution/introduction_en.htm#FUTURE, erişim tarihi: 4.5.2011
Yazıcı, op.cit., Demokratikleşme Sürecinde Türkiye, s.282

ülkelerde halkın görüşünü değiştirmesi için ikna çalışmaları yapılır ve bu süreç olumlu sonuçlanırsa taslak, anayasallaşacaktır. Şu var ki, bu ihtimal gerçekleşme bile, yani taslak yürürlüğe girse de girmese de, adı konulmamış bir Avrupa anayasal düzeni devam edecektir. **Zira bu düzen, İngiltere'deki teamüli anayasa geleneğine benzer şekilde, Avrupa Birliği'nin maddi anlamda anayasası özelliği gösteren antlaşmalar, sözleşmeler ve Birliğin çeşitli organlarının yayınladığı düzenlemeler, Avrupa Adalet Divanı'nın pek çok birleştirici kararı sayesinde yıllar yılı oluşmuş ve pekişmiştir.** Ki, devam eden serüvenin bir yerinde, şekli olarak da anayasayı meydana getirecek gelişmeler ile bambaşka bir anayasa modelinin ortaya çıkışı hukuken tahkim edilebilecek, kanıtlanabilecektir.

Avrupa Birliği özelindeki üstün hukukun hangisi olduğu tartışması bir kenara bırakılsa bile, bu mesele esasında evrensel bir hikâyenin bir parçasıdır. Cooter'ın anlattığına göre, bazı araştırmacılar, haklı olarak, uluslararası hukukun ulusal anayasalara baskın çıktığını düşünmektedirler. Belki de uluslararası hukuk ulusal anayasaların üzerindedir; papanın piskoposların üstünde yer alması gibi¹²⁸.

Anayasanın akıbetini kestirebilmek için, öncelikle kavramda eklen kayması oluşumunu akla getiren uluslar topluluğunun hikâyesine bakmak gerekmektedir. Anayasal düzen olarak Avrupa Birliği kurulduğu günden beri, tüm dinamik yapıların bir özelliği olarak, sürekli gelişerek uluslarüstü bir anayasal düzene doğru ilerlemiştir. Kömür-Çelik Topluluğu'ndan Tek Pazar'a¹²⁹, Tek Pazar'dan Maastricht Antlaşması ile ortak güvenlik ve dış politika, tek para, adalet ve içişlerinde işbirliğine, Amsterdam Antlaşması ile insan hakları ihlallerinin yaptırımılandırılması, Nice Antlaşması ile genişlemenin hazmedilmesi söz konusu olmuştur. Bugün Avrupa'da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulamasının esaslı katkıları ile oluşmuş bir ortak anayasa sahası söz konusudur. Bu anayasal saha Avrupa hukuk kültürünün ifadesi olarak bir ortak anayasal düzen, bir yeni *jus commune*¹³⁰ oluşturmaktadır. Anayasa, bir ulus-kurucu iktidar birlikteliği olarak ele alındı-

¹²⁸ Cooter, op.cit., The Strategic Constitution, Princeton University Press, New Jersey, 2002, s.1'deki 1 numaralı dipnot

¹²⁹ Ortak Pazar olarak da bilinir. Mal, hizmet, sermaye ve kişilerin serbest dolaşımı ile ortak politikalarla aynı işlevdedir.

¹³⁰ Latince ortak hukuk demektir.

ğında Avrupa'da kurucu iktidarı oluşturabilecek ne tarihsel olgu ne de hukuki varlık düzeyinde bir Avrupa ulusunun mevcut olduğunu söylemek olası değildir. Avrupa Birliği de devlet ya da uluslar arası örgüt niteliği taşımamaktadır¹³¹. Avrupa Birliği'nin uluslararası örgüt olmadığı yönündeki bir görüş, eleştiriye açık olmakla birlikte anayasanın kavramsal çerçevesinin yeniden çizilmesine katkıda bulunacak niteliktedir.

Yazarın deyimiyle, vurgulanması gereken, anayasanın, D. Rousseau'nun ifade ettiği üzere, artık sadece kurumlar arası ilişkileri, kuvvetler ayrılığını belirleyen bir belge olmadığı hususudur. Anayasa artık Vatandaş-Devlet arasındaki ilişkilerin tanımı, yaptırım mekanizmaları ile güvenceye bağlanmış bir hak ve özgürlükler şartı niteliği göstermektedir. Diğer bir tabirle, sadece iktidarı kuran ve dağıtan bir belge olmaktan çıkmıştır¹³². Bir açıdan, bu düşünce anayasanın hukuki niteliğini siyasi boyutuna karşı güçlendirmektedir.

Kaboğlu, yirminci yüzyılın anayasacılık bakımından bir başka özelliğinin ulus-üstü anayasacılık hareketini başlatmış olması olduğunu, ilk adımın Birleşmiş Milletler Şartı'yla atıldığını, somut anayasal gelişmelerin kıtalar düzleminde kaydedildiğini, Avrupa ve Amerika'nın hak ve özgürlükler aracılığıyla böyle bir hareketin öncüsü olduğunu, fakat bu sürecin 18. yüzyıl sonu anayasacılık hareketlerine benzemediğini, bunun sebebinin bu kıtalarda meydana gelen şeyin öncelikle hak ve özgürlükleri güvenceleme mekanizmalarının kıta ölçeğinde ulusal-üstü düzeye çıkarılmış olmasında saklı olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, 1949'da kurulan Avrupa Konseyi nezdinde hazırlanan, 1953'te yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanıp uygulanmadığını denetleyen F.T.) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 47 yargıcıyla dünyanın en büyük insan hakları mahkemesi özelliği kazanmış, böylece dolaylı bir ulusal-üstü anayasa mekanizması kurulmuştur¹³³. Görülen o ki, anayasayı hukuki anlamda da ulus-üstü olabilen ve olan bir kavram olarak görmektedir. Bu bakış açısı, makalede savunulmaya çalışılan düşünceyi destekler mahiyette olarak değerlendirilmektedir. Nitekim yazar, Birleşmiş Milletler Şartı-

¹³¹ Karakaş, op.cit., s.97

¹³² Karakaş, loc.cit., s.97-98

¹³³ Kaboğlu, op.cit., s.10

nın bir “dünya anayasası” olup olmadığını anayasal açıdan inceleyen, Sandra Szuret’in kaleme aldığı “*La Charte des Nations Unies Constitution Mondiale?*” adlı bir çalışmanın varlığından söz etmektedir¹³⁴. İnsan haklarının uluslararası hale gelmesinin anayasa açısından kimi zaman açık olarak, bazen örtülü ve dolaylı bir şekilde ulusal-üstü düzeyde bir gelişme olarak görülebileceğini söyleyen yazar, bu sürecin Hukuk Yoluyla Demokrasi ya da bilinen adıyla Venedik Komisyonu’nun Orta ve Doğu Avrupa devletleri tarafından referans kaynağı sayılmasıyla devam ettiğini ileri sürmektedir¹³⁵.

3. Anayasa-üstü Kural, Anayasa-üstü Hukuk

Devlet-Ulus(asli kurucu iktidar)-Anayasa üçgeni Avrupa Birliği’nde anayasa problematiğine cevap oluşturmamaktır. Zaten anayasa da artık Burdeau’nun ifade ettiği gibi sadece bir fikir değil, siyasal, toplumsal, kurumsal, yaşamı bir hukuk korsesi içine alan, hak ve özgürlükleri pozitif hukuk çerçevesinde koruyarak sürekli değişim içeren dinamik bir yapıdır. Avrupa’da ortak bir anayasa hukukunun ortaya çıktığı görülüyor. Bu olgunun esas nedeni, Avrupa anayasalarının temel hak ve özgürlükleri benzer şekilde ifade etmeleri ve koruma altına almaları dışında, yargıçların hak ve özgürlüklerin yorumunu benzer şekilde yapmalarıdır. Ulusal-üstü alanda ise, bu ortak anayasa kültürü farklı hukuk sistemlerinde farklı ilkeler bütününden oluşmakla birlikte, Avrupa alanında bu ortak birikim birleştirici bir özellik olarak paylaşılan değerlerden ve farklılıklara saygı ilkelerinden oluşmaktadır. Dolayısıyla burada söz konusu olan ulusal olmayan, anayasal bir Avrupa kimliğidir. Avrupa kimliği ise ulus kimliği gibi birleştirici değil, ancak ortak anayasa kültürü doğrultusunda uyumlaştırıcıdır. Bu olgu, Avrupa’da anayasal yurtseverlik (*patriotisme constitutionnel*) kavramıyla ifade edilmektedir. Bu kavram çerçevesinde siyasal birliğin, ulusal değil, rasyonel bir unsur üzerine kurulduğu dile getirilmektedir¹³⁶. Bu tespit, harika bir şekilde, ulus-üstü anayasayı, çağdaş ve bilinen anayasanın geçmişine götürmekte; krallıklar-imparatorluklar döneminden akılcı bir yöntemle anayasal düzenlere geçişi hatırlatmaktadır.

¹³⁴ “*La Charte des Nations Unies Constitution Mondiale?*” adlı başka bir çalışma daha vardır: Régis Chemain, Alain Pellet, Collectif, Editions A. Pedone (1 février 2006) Cahiers internationaux, 237 pages

¹³⁵ Kaboğlu, op.cit., s.11

¹³⁶ Loc.cit., s.98

Yazara göre, ulusal-sonrası bir kimlik olarak nitelendirilebileceğimiz bu yeni aidiyet etnik köken, din, dil ve kültürel özellikler gibi öğelerden bağımsız olarak şekillenmekte; yurttaşlar kimliklerini anayasada bulmaktadır. Demokrasi, insan hakları üzerinde yükselen Avrupa, ulusal farklılıklarla uyum içinde bütünleşmeye çalışmaktadır. Avrupa’da tek bir *demokratik* değil, ortak değerler etrafında bütünleşmiş Avrupa halkları vardır. Bu halklar, Avrupa kimliğini oluşturan Avrupa anayasal birikimi uyarınca ortak bir hukuk düzeni çerçevesinde bütünleşmektedir. Bu doğrultuda Avrupa teknik bir bütünleşme hareketi olduğu ölçüde bir değerler topluluğudur. Aradaki bağlar etnik, dinsel, dilsel, kültürel değil; demokrasi, hukuk devleti, insan hakları gibi etik kriterler temelindedir¹³⁷. Böylelikle, anayasa, kavramsal köken itibariyle, Avrupa örneğinde taçlanarak; kültürelde tekniğe, somuttan soyuta doğru, antropolojik birliktelikten ilke birliğine ve nihayet yerelden evrensele doğru evrilmektedir.

Avrupa Birliği Anayasası hazırlama düşüncesi, anayasanın ‘devleti kuran belge’ sıfatını taşıma gibi kurucu unsurlarını sarsmaktadır. AB Anayasası’nın içeriğine kısaca değinmek gerekirse, üç sütunlu yapı diye bilinen; birinci sütun Avrupa toplulukları, ikinci sütun Ortak Güvenlik ve Dış Politika, üçüncü sütun Adalet ve İçişlerinde İşbirliği’nden oluşan yapı kalkmakta, tüm sütunlar tek bir çatı altında, Avrupa Birliği adı altında birleşmektedir. Avrupa Birliği’nin hukuki kişiliği de sağlanmaktadır. Konsey Başkanlığı makamı tanınmaktadır. Hıristiyanlığa atıfta bulunulmamakta; fakat kültürel, dini¹³⁸, insanlık mirası ifadeleri yer almaktadır. Oybirliğinin saklı tutulduğu hassas alanlar varlığını devam ettirmektedir. Vergilendirme, sosyal politikalar, dış politika ve güvenlik, öz kaynaklar, mali düzenlemeler, anayasanın değiştirilmesi hassas alanlardandır. Avrupa Birliği’nde yerleşen hukuki işlemlerin adları değişmektedir; tüzük “*Avrupa yasası*”, yönerge ise “*Avrupa çerçeve yasası*” adını almaktadır. Kurumsal düzeydeki ufak tefek değişiklikler, sistemin daha kolay işletilir hale getirilmesi yanında Anayasa’nın somut olarak getirdiği en önemli konu Anayasa’ya

¹³⁷ Loc.cit.

¹³⁸ Kuşkusuz bir din ile o dinle ilgili miras farklı şeylerdir. Din, tartışmasız şekilde, bir inanç ve kurallar manzumesini ifade ederken; dini miras, dinin toplumda uzun süre yaşanarak bıraktığı izler, davranış biçimleri, çeşitli kültürel değerleri de kapsayan oldukça geniş bir kavramdır.

yerleştirilmiş Temel Haklar Şartı'dır. AB vatandaşlarının Birlik iktidarı ile ilişkilerinde doğrudan dayanacakları bağlayıcı bir metin söz konusudur. Bu metin ekonomik birliğin ötesinde değerler topluluğunun somut yüzünü oluşturmaktadır¹³⁹. Yaratılan tablo, gerçekleştirilmese bile¹⁴⁰, bambaşka bir anayasa kavramı oluşturulduğuna işaret etmektedir. Yine de Anayasa'nın ulus-devlet anayasasını andıran yönleri yok değildir. Liberal demokratik haklarla, sosyal ve ekonomik hakları aynı metinde yer alması ile modern anayasalara benzeyen bir düzenleme yapılmıştır. Anayasa, Avrupa Birliği'nde temel hak ve özgürlüklerin korunmasında yeni bir normatif temel getirmektedir. Anayasa'da Temel Haklar Şartı'nın anayasa hükmü olması, sütunların birleştirilmesi gibi bütünleşmeye yönelik düzenlemeler yanında, dış politika ve ortak güvenlik gibi konularda gösterdiği hükümetler arası unsurlar varlığını sürdürmektedir. Bu doğrultuda Anayasa'nın ikili yapıyı sürdürdüğünü tespit etmekle birlikte, Avrupa anayasal birikimi çerçevesinde, bireyin eksen olduğu bir hukuk anlayışının Avrupa Anayasası ile netleştiğidir¹⁴¹. Bütün bu hususiyetler göz önünde bulundurulduğunda; AB Anayasa taslağı, bazı özellikleriyle 'uluslararası sözleşme' izlenimi vermekteyken; birtakım unsurlarıyla anayasa kavramıyla yaklaşmaktadır. AB Anayasa taslağı, ulus-üstü (*supra national*) hukuk düzeni ile birlikte incelendiğinde, yaratılan hukuk normuna **anayasa-üstü** (*supra-constitutional*) **norm** adının verilebileceği ve yaratılan normu inceleyen sahaya da **anayasa-üstü hukuk** (*supra-constitutional law*) denebileceği kanaatindeyim. Nitekim "ulusal-üstü hukuk" veya "ulusal-üstü anayasa hukuku", "ulus-üstü hukuk" gibi kavramlar bazı yazarlar tarafından tercih edilmekte, üstelik anayasa ile birlikte ele alındığına rastlanmaktadır¹⁴².

¹³⁹ Karakaş, op.cit., s.101-102

¹⁴⁰ Aralarında Fransa'nın da olduğu bazı AB ülkeleri, yapılan halkoylamaları neticesinde, AB Anayasası'nı reddetmiştir.

¹⁴¹ Karakaş, op.cit., s.102

¹⁴² Stella-Eirini Vetsika - Vassilis P. Tzevelekos In Integration We Trust? The Reception of Supranational Law in the Greek Legal Order: "a Tale of Love and Darkness", Sant'Anna School of Advanced Studies Department of Law <http://stals.sssup.it> ISSN: 1974-5656, internetten erişim için bkz: http://stals.sssup.it/files/stals_Vassilis_052010.pdf; Martin F. Polaschek Implementation of International and Supranational Law by Sub-national Units, Published by the Forum of Federation, internet erişimi için bkz: <http://www.forumfed.org/libdocs/IntConfFed02/StG-ws-Polaschek.pdf>; John Erik Fossum & Agustín José Menéndez, The Theory of Constitutional Synthesis. A Constitutional Theory for a Democratic European Union,

4. Uluslararası Hukuk Yerine Topluluk Hukuku İkame Edilirken Anayasa

Ulus ve anayasa kavramları arasında sıkı bir bağ vardır. Uluslararası hukuk, eşitler arası hukuktur. Devletler birincil hukuki kişilikler olarak kabul edilir. Bunlar, eşit-egemen devletlerdir. Devletler, ulusları tarafından bir anayasa yapılmak suretiyle kurulmuştur. Bir devletin en önemli unsurlarından biri egemenliktir. Fakat ulus-üstülük telaffuz edildiğinde ve egemenliğin de anayasadan ayrılmazlığı dikkate alındığında, egemenlik yetkisinin durumu anayasa kavramını nereye götürmektedir?

Uluslararası hukuka geri dönmek gerekirse, uluslararası toplumun hukuku olduğu öncelikle belirtilmelidir. Hukuki açıdan ulusüstülük, topluluk normlarının milli normlara üstün geldiği mutlak bir hiyerarşiyi gösterir. Diğer bir deyişle, bu hiyerarşide topluluk hukuku hem doğrudan uygulanabilir¹⁴³ hem de milli hukuklar üzerinde üstündür¹⁴⁴.

Uluslararası hukuk ile topluluk hukuku arasındaki farkların bilinmesi, anayasa kavramının evrensel serüveninin nasıl devam ettiği hakkında bazı ipuçları verebilir. Zira uluslararası hukukta, farklı ulusların hukukten var olduğu isminden de anlaşıldığı üzere peşinen kabul edilmekteyken, topluluk hukukunda 'topluluk' (*community*) gibi **alışılmamış ve ulus-üstü** bir hukuki yapının varsayıldığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, uluslararası hukuk, devletlerin egemen eşitliği üzerine kurulmuştur. Egemenlik uluslararası hukukta devletlerarası 'eşitlik', iç hukukta ise 'en yüksek otorite' anlamına gelir. Ulusüstü nitelik taşıyan Topluluk hukuku ise 'bu hukuk düzenine taraf olan devletlerin egemen yetkilerinin kısmen devri' olgusu üzerine kurulmuştur. Bu hukuksal çerçeve içinde, uluslararası hukukta kararlar istisnai du-

özetine erişmek için bkz: <http://ideas.repec.org/p/erp/reconx/p0082.html>, Aralık 2010, RECON Online Work Paper' dan aslına erişmek için bkz: http://www.reconproject.eu/main.php/RECON_wp_1025.pdf?fileitem=3653824, erişim tarihi: 9.6.2011; Kaboğlu, kitabının "Yöntem ve Plan" başlıklı bölümünde şöyle bir cümle kurmaktadır: "...Bu da, ulusal hukuk verileriyle yetinmeksizin, ulusal-üstü ve karşılaştırmalı anayasa hukuku verilerinden yararlanmayı zorunlu kılar", Kaboğlu, op.cit. s.48

¹⁴³ "The direct principle" olarak ifade edilir.

¹⁴⁴ "The supremacy principle" olarak ifade edilir. Başlar, "Avrupa Birliği'nin Normatif Supranasyonalitesi", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 30, Sayı 3, 1997 s.4-5

rumlar dışında oybirliği ile alınırken, Topluluk hukukunda Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Roma Antlaşması'nın 148. maddesine göre, 'oyçokluğu' ile alınabilmektedir. Uluslararası hukuk ile ulusüstü nitelik taşıyan Topluluk hukuku arasındaki bir başka fark da her iki hukuk dalının özneleri ile ilgilidir. Uluslararası hukukun özneleri devletler ve uluslararası örgütler olduğu halde, Topluluk hukukunun özneleri üye devletler, Topluluğun organları ve üye devlet uyruğunda bulunan özel ve tüzel kişilerdir¹⁴⁵. Her iki hukuk dalının kaynakları da birbirinden farklıdır. Uluslararası hukukun kaynakları, uluslar arası antlaşmalar, örf ve adet kuralları, hukukun genel ilkeleri, mahkeme içtihatları ve öğretilerdir. Buna karşılık, ulusüstü nitelik taşıyan Avrupa Topluluğu'nun kaynakları **anayasal nitelik taşıyan** kurucu anlaşmalar, Topluluk organlarının kabul ettikleri tüzük, yönerge ve kararlar, Adalet Divanı kararları ve bu kararlarla kabul edilen hukukun genel ilkeleri, Topluluğun üye olmayan devletlerle yaptığı uluslararası antlaşmalardır¹⁴⁶. Bu iki hukuk alanında kural koymaya yetkili olan kurumlar, organlar ve makamlar da birbirinden farklıdır. Uluslararası hukukta kural koyma yetkisi esas olarak devletlere, sınırlı ölçüde ise uluslararası örgütlere aittir. Topluluk hukuk düzeninde ise kurucu antlaşmalar dışında tüzük ve yönetmelik gibi işlemler Topluluğun yetkili organları tarafından yaratılmaktadır. Öte yandan, uluslar arası hukukun kuralları, devletler ve uluslararası örgütler gibi uluslar arası kişileri bağladığı halde, Topluluk hukuku bireyleri ve iç hukuk kişilerini bağlamaktadır. Bundan başka, uluslararası hukuk düzeninde zorunlu bir yargı organı ve yaptırımları uygulayacak bir mekanizma olmadığı halde, Topluluk hukuk düzeninde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve yaptırımları uygulayacak kurumlar mevcuttur¹⁴⁷. Uluslararası hukuk ile topluluk hukuku arasındaki diğer önemli farklı özellikler şunlardır:

- a) Uluslar arası hukukun kaynaklarından olan uluslararası antlaşmalar, bu antlaşmalara taraf olan devletlerin yetkili organlarının onayıyla yürürlüğe girerler; devlet başkanı, parlamento veya bakanlar kurulu... Buna karşılık, topluluk hukukunun kaynakları arasında

¹⁴⁵ Günüşur, Avrupa Topluluğu Hukuku, Tarhan Basımevi, 1993, s.3; Yazıcı, op.cit. s.259

¹⁴⁶ Yazıcı, op.cit. s.259

¹⁴⁷ Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 2005, s.11; Yazıcı, op.cit. s.259-260

yer alan tüzükler, Birliğin bu işlemi yapmaya yetkili organlarınca kabul edildikten sonra Birlik resmi gazetesinde yayımlanarak ve üye devletlerin herhangi bir işlemi olmaksızın bu devletlerin hukuk düzenleri üzerinde doğrudan doğruya etki doğururlar¹⁴⁸.

- b) Uluslar arası hukuk kuralları doğrudan sadece üye devletleri bağlar; üye devletlerin hukuk düzenlerindeki gerçek ve tüzel kişileri bağlamaz. Bunların uluslararası hukuk kurallarıyla bağlı kılınması, bu kuralların söz konusu devlet tarafından iç hukuka uyarlanması ve yeni düzenlemeler yapılmasıyla sağlanabilir. Hâlbuki topluluk hukukunun birincil ve ikincil kurallarının pek çoğu üye devletlerdeki gerçek ve tüzel kişilere doğrudan uygulanabilmektedir. Örneğin Roma Antlaşması'nın 12, 30, 31, 48, 59. ve başka bazı maddeleri Avrupa Adalet Divanı'nca sözü edilen gerçek ve tüzel kişilere uygulanmıştır.
- c) Uluslararası hukukun öznelerinden olan uluslar arası örgütler işbirliği, eşgüdüm gibi bir başka eşit iradenin varlığını benimseyen yönetim araçlarına istinat eder; yetki devri görülmemektedir. Topluluk hukukuna gelince, o, bütünleşme esasına dayanır; üye devletlerden Birliğe pek çok kaydadeğer yetki devrine tanık olmak mümkündür. Gerek bu bağlamda, gerekse genel kavramsal bağlamda **"Birlik üyesi ülkelerin vatandaşlarının tamamı ulusun yerini, topluluk düzenini kuran antlaşma anayasa yerini almıştır" önermesi, ciddiyle tartışılması gereken bir önermedir.**
- d) Topluluk hukukunu yarattığı ulusüstü hukuki varlık, yani Birlik, varlığın kurucu unsurlarından, devletlerden bağımsız bir tüzel kişiliğe sahiptir. Avrupa Birliği, Belçika'dan, İspanya'dan, Almanya'dan ya da bir başka Avrupa devletinden bağımsız olarak, güçlü bir hukuki bir meşruiyetle var olmakta ve hukuki kişiliğini sürdürmektedir. Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması'nın 6. maddesine göre, *"Topluluk, uluslar arası ilişkilerde işlevlerini yerine getirebilmek ve amaçlarına ulaşabilmek için gerekli olan hukuksal kişiliğe ve kapasiteye sahiptir."* Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşması'nın 184. maddesine göre *"Topluluk hukuki bir kişiliğe sahiptir."*

¹⁴⁸ Pazarıcı, Uluslar arası Hukuk Açısından Otuzuncu Yılında AET, İktisadi Kalkınma Vakfı Dergisi, No: 49, 1987, s.31-32; Yazıcı, op.cit., s.260

Görülen o ki, Avrupa Birliği Anayasası adı verilen düzenleme, hiç yürürlüğe girmeyecek olsa bile, Avrupa Topluluğu'nun kurulmasından bugüne, anayasa kavramı esaslı bir şekilde, ilk halinden başka bir hale bürünmüştür. **Artık, ulus ile birebir bağlantılı bir anayasa yoktur; ulus yerine evrensel değerleri ilham kaynağı ve menşe sayan, ulusüstü insan topluluğunun yarattığı kabul edilen bir esas teşkilat, bir anayasa vardır.**

Uluslararası hukuktan topluluk hukukuna doğru evrilen hukuki süreçte, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın¹⁴⁹ bazı içtihatları önem arz etmektedir. Divan'ın 1963 tarihli *Van Gend en Loos* kararına göre, AET antlaşmasının işleyişi, Topluluk içerisindeki ilgili tarafları doğrudan doğruya ilgilendiren bir Ortak Pazar kurmak olan amacı, bu antlaşmanın sadece âkit devletler arasında karşılıklı yükümlülükler yaratan bir sözleşmeden ibaret olmadığını ifade etmektedir. Bu görüş, antlaşmanın sadece hükümetlere değil, aynı zamanda halklara da atıfta bulunan Dibacesiyle doğrulanmaktadır. Bu aynı zamanda, kullanılması gerek üye devletleri, gerek onların vatandaşlarını etkileyen egemen haklarla donatılmış kurumların kurulmuş olmasıyla da daha özgül biçimde doğrulanmaktadır. Bundan çıkarılacak sonuç, Topluluğun, devletlerin sınırlı alanlarda da olsa onun lehine egemen haklarını sınırlandırmış oldukları, yeni bir uluslararası hukuk düzeni oluşturduğu ve bunun öznelerinin sadece üye devletleri değil aynı zamanda onların vatandaşlarını içine aldığıdır. Dolayısıyla, üye devletlerin ulusal hukuklarından doğan bağımsız olarak Topluluk hukuku, sadece bireylere yükümlülükler yüklemekle kalmaz, aynı zamanda onlara, hukuki miraslarının bir parçası haline gelen haklar bahşetme amacını güder. Antlaşmanın ruhuna, sözüne ve genel yapısına göre, 12. maddenin, ulusal mahkemelerin korumak zorunda oldukları bireysel haklar yaratacak ve doğrudan doğruya etki doyuracak şekilde yorumlanmalıdır. Eğer üye devletlerin vatandaşları haklarını doğrudan talep edebiliyorsa burada birtakım egemenlik yetkilerinin ulus-devletten ulus-üstü topluluğa devredildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ya da kısaca Avrupa Adalet Divanı, AAD (İngilizce: European Court of Justice) Avrupa Birliği (AB) bünyesi içinde yer alan yüksek mahkemedir. Avrupa Birliği üyesi ülkeleri arasında, Avrupa Birliği hukukunu ilgilendiren konularda son sözü söyleyen kurumdur.

¹⁵⁰ Tartışma ile ilgili olarak Bkz: Serap Yazıcı, Demokratikleşme Sürecinde Türkiye,

Eğer egemenlik yetkileri devrediliyorsa, egemenliğin hukuki temeli olan anayasa'nın kavramsal boyutunun keskin, belirgin bir değişime uğraması kaçınılmaz hale gelmiş demektir.

Simmenthal kararı¹⁵¹, Divan'ın anayasa kavramının içeriğini etkileyecek güçte bir başka içtihadını teşkil etmektedir. Divan'a göre, herhangi bir kuralın doğrudan doğruya uygulanabilmesi, Topluluk hukuku kurallarının da yürürlüğe girdiği tarihten ve yürürlükte kaldığı sürece bütün üye devletlerde tam ve yeknesak şekilde uygulanmalarını ifade eder. Bu yüzden söz konusu hükümler hem üye devletlerin hem bireylerin Topluluk hukukundaki hukuki işlere taraf olan ve bunlardan etkilenen herkesin hak ve ödevlerini tanımlama kudretindedir. Topluluk hukukunun üstünlüğü ilkesine uygun olarak bir yandan Antlaşma'nın hükümleri ve kurumların doğrudan tatbik edilmesi mümkün olan tedbirleri ile üye devletlerin hukuk düzeni arasındaki ilişkiye bakmak gerekir. Bu ilişkide topluluk hukukunun hüküm ve tedbirleri sadece yürürlükte olan ulusal hukuk kurallarını uygulanamaz hale getirmekle kalmaz; bir de yeni yürürlüğe girecek ve Topluluk hukukuyla çelişen iç hukuk kurallarının uygulanmasını da imkânsızlaştırır. Topluluğun yasama yetkisini kullandığı alana tecavüz eden, topluluk hukukunun hükümleriyle herhangi bir surette bağdaşmaz olan ulusal yasal önlemlerin hukuki etkiye sahip olmalarını kabul etmek, üye devletlerin Antlaşma uyarınca kayıtsız, şartsız, geri alınmaz biçimde üstlendikleri yükümlülüklerin etkinliğinin inkârı demektir ve böylece Topluluğun temellerini tehlikeye atar. Her ulusal mahkeme, görevine giren bir uyuşmazlıkta Topluluk hukukunu tümüyle uygulamalıdır. Onun bireylere sağladığı hakları korumalı, ulusal hukukun onunla çatışan herhangi bir hükmünü önce ya da sonra, ne zaman kabul edilmiş olursa olsun, ihmal etmelidir¹⁵². Topluluk

İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009 s.262 vd.; Ercüment Tezcan, Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku, Beta Yayınevi, 2001, s.96. vd.

¹⁵¹ Simmenthal kararıyla ilgili bkz. European Navigator The Authoritative Multimedia Reference On The History of Europe Web Site, Judgment of the Court of 9 March 1978 1 Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal S.p.A., erişim tarihi: 4.5.2011

¹⁵² Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasındaki hüküm ve onun ifade ettiği anlam ile anayasa ve egemenlik yetkisinin devri meselesi akla gelebilir. Hüküm şöyledir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık

hukukunu uygulamaya yetkili ulusal mahkemeden uygulama anında Topluluk hukukunun tümüyle etkili olmasını engelleyen ulusal yasal tedbirleri ihmal etme yetkisini esirgemek suretiyle Topluluk hukukunun etkinliğine zarar verebilecek bir iç hukuk kuralı ve her türlü yasal, idari, yargısal uygulama Topluluk hukukunun bizatihi özünü oluşturan gerekçelere aykırıdır. Topluluk hukukunun bir hükmü ile daha sonraki bir iç hukuk kuralının çatışmasının çözümü, takdir yetkisine sahip bir başka mahkemeye bırakıldığı takdirde topluluk hukukunun tam etkinliği üzerindeki böyle bir engelin varlığının geçici oluşu dahi durumu değiştirmez¹⁵³. Topluluk hukukunu uygulamakla görevli mahkeme, sonradan kabul edilen bir iç hukuk kuralını topluluk hukukuyla çatışması halinde göz ardı etmelidir. Divan, Topluluk hukukunu tüm iç hukuk kurallarına karşı müdafaa etmektedir. *Lex superior derogat legi inferiori* (Üst kanun ast kanunu ilga eder) gibi temel bir hukuki ilke ile birlikte, Divan'ın *Simmmenthal* içtihadı birlikte ele alındığında, kaçınılmaz şekilde, Topluluk hukukunun üst kanun (norm) iç hukuk kurallarının ast kanun olarak kabul edilmekte; böylece Topluluk hukukuna anayasa işlevi gördürülmektedir. Bu içtihat, anayasa kavramının içeriğinin şekillendirilmesinde, sözü edilen kuralı uygulaması sayesinde pay sahibi olmuş, anayasayı bilinen tanımlarının dışına çıkarmıştır. Egemenliğin üç emaresinden biri olan yasama yetkisini dahi sınırlamaktadır. Topluluğun ulusüstü hukuk düzeninin üye devletlerin milletlerarası antlaşma yapma yetkisini sınırlandırdığı Avrupa Adalet Divanı'nın *Erta* kararıyla daha bir belirginlik kazan-

iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." Bu hüküm, Türkiye'nin egemenlik yetkilerini sınırlamakta mıdır? Egemenlik yetkilerini devredilmesine neden olmakta mıdır? Sorun, belki de ortaya bir uyuşmazlık çıktığında başvurulacak, bağlayıcı karar almakla yetkili bir yargı mercinin olup olmaması kistasıyla çözülebilecektir. Ortada böyle bir yargı mercii yoktur. Türkiye, konuyla ilgili bir egemenlik yetkisini, anayasadaki kısıtlamayı aşacak şekilde kullandığında, onu durdurabilecek ulus-üstü bir yargı mercii bulunmaktadır. Nitekim Türkiye Avrupa Birliği üyesi olmadığından, Avrupa Adalet Divanının bu tür kararlarıyla da bağlı değildir. Türkiye'nin anayasasındaki bu hükme rağmen, egemenlik yetkilerini anayasal düzeyde muhafaza ettiği ve bu hükmün Türkiye bakımından, anayasanın kavramsal yönünü değiştirebilecek kudrette olmadığı düşünülmektedir.

¹⁵³ Yazıcı, op.cit. s. 266

mıştır. 1971 tarihli bu karara göre Topluluğun Antlaşma'nın öngördüğü politikaları yürürlüğe koymak için kabul ettiği kuralların türü ne olursa olsun, üye devletler üçüncü ülkelerle bireysel veya toplu olarak bu kuralları etkileyen veya bunların kapsamını değiştiren yükümlülükler üstlenemeyecektir¹⁵⁴. Herhangi bir yasama işleminin yapılması, o işlemi yapmaya yetkili organ tarafından dahi sınırlamaz iken, o ülkenin dışındaki bir başka irade tarafından sınırlandırılması ulusal düzeyde egemenlik yetkisinin sınırlandırıldığını ve ulusüstü bir yapıya devredildiğini göstermektedir. **Egemenlik ile anayasa arasındaki karşılıklı bağımlılık ve hukuki ilişki düşünüldüğünde, Divan'ın bu kararının anayasanın evrensel serüveninde rol oynadığı, su götürmez bir gerçek olarak belirmektedir.** Divan'ın *Factortame ve Italy v. Commission*¹⁵⁵ kararları da aynı doğrultudadır.

Avrupa Adalet Divanı'nın 1964 tarihli *Costa Enel* adlı kararına göre, alelaide uluslararası antlaşmaların aksine, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, yürürlüğe girmekle, üye devletlerin hukuk düzenlerinin ayrılmaz bir cüzü haline gelen ve onların mahkemelelerinin uygulamaya mecbur oldukları kendi hukuk düzenini yaratmıştır¹⁵⁶. Kendi kurumlarına, kendi kişiliğine, kendi hukuk ehliyetine ve uluslararası düzeyde temsil ehliyetine ve daha özel olarak egemenliğin sınırlandırılmasından veya devletlerden Topluluğa yetkilerin devredilmesinden kaynaklanan gerçek yetkilere sahip, sürece sınırsız bir Topluluk yaratmışlardır. Üye devletler sınırlı alanlarda dahi olsa egemenlikten doğan haklarını sınırlandırmışlar ve böylece vatandaşlarını, bizatihi kendilerini de bağlayan bir hukuk düzeni yaratmışlardır. Topluluk'tan kaynaklanan hükümlerin tüm üye devletlerin kanunlarıyla bütünleşmesi ve daha genel olarak antlaşmanın şartları ve ruhu,

¹⁵⁴ Commission c/Conseil, 22/70, Rec. 1971; Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz.: Yazıcı, op.cit. s.268; Karakaş, op.cit., s.76; Bozkurt, Özcan, Köktaş, op.cit., s.111

¹⁵⁵ Bu kararda Divan şöyle demektedir: "Üye devletlerce Antlaşma hükümlerine uygun olarak hak ve yetkilerin Topluluğa devredilmiş olması, onların egemen hakları üzerinde kesin bir sınırlamayı içerir ve ulusal hukukun hiçbir hükmü bu sınırlamayı bertaraf etmez üzere ileri sürülemez." Yazıcı, loc.cit. Case c-213/89, Factortame Ltd and others v. United Kingdom, 1990, 20, 21, 22. paragraf

¹⁵⁶ Avrupa Adalet Divanı'nın *Costa Enel* kararıyla ilgili incelemeler için bkz. Jan Herman Reestman, Primacy of Union Law, The European Constitutional Review, c.1, 2005, s.104

zorunlu olarak, devletlerin tek taraflı ve daha sonraki bir tedbire kendilerince müteakabiliyet temelinde kabul edilmiş bir hukuki düzen karşısında öncelik tanımalarını imkânsız hale getirmektedir. Dolayısıyla böyle bir önlem o hukuki düzenle uyumsuzluk halinde olamaz. Topluluk hukukunun icrai gücü daha sonraki iç kanunlara bağlı olarak bir devletten diğerine değişmez¹⁵⁷. Biraz geriye çekilip resmin tamamına bakıldığında şu görülecektir: Bir hukuk düzeni bir başka hukuk düzenine aykırı olamıyorsa, aslında ortada iki değil sadece bir tane hukuk düzeni mevcut demektir. Çünkü bir hukuk düzenini diğerinden ayırt eden hususlardan biri de, benzerlerine karşı bağımsız olmasıdır. Bu durumda Avrupa örneğine mahsus olarak, Topluluk hukukunun, neredeyse ulusal düzeydeki hukuku ya da bilinen deyimiyile her ülkenin anayasal hukuk düzenini kapsadığı söylenebilecektir. Nitekim anayasa kavramının tarihsel yolculuğuna bakıldığında, yurttaşların, güvenlik, adalet gibi belli konularda elinde tuttuğu haklardan ‘devlet’ lehine vazgeçtiği, mülkiyet, kişi hak ve hürriyetlerini muhafaza ettiği, sözü edilen konularla ilgili sorumlulukları devlete yüklediği, bu vazgeçişin ve ‘devrin’ anayasa ile hukukileştirildiği bilinmektedir. **Yurttaş-devlet arasında görülen hak devrinin bir benzerinin enteresan bir şekilde devlet-Topluluk arasında yaşanmakta olduğu tespitini yapmak mümkün olacaktır.**

Divan’ın üye devletlerin egemenlik yetkisinin Topluluğa devri sonucunu yaratan daha pek çok kararı olduğu bilinmektedir. Topluluk hukukunun üye devletlerde doğrudan doğruya uygulanma özelliğini vurgulayan söz konusu tüm kararlar, bu ulusüstü hukuk düzeninin ulus devletin egemenlik yetkilerinin devri temelinde şekillendiğini¹⁵⁸ ve her bir ülkenin yürürlükte olan anayasasını dahi bir kenara bırakacak şekilde bir hukuk düzenini yarattığını göstermektedir.

Avrupa örneğinde, görüldüğü üzere, topluluk hukuku ‘anayasa’ yerine tedrici şekilde ikame edilmektedir. Yapılan bu ikamenin kanıtları yalnız Avrupa Adalet Divanı’nın kararlarından ibaret değildir. Belli başlı Avrupa devletlerinin anayasaları da “*anayasa-üstü norm*”un varlığını teyit edecek niteliktedir. Bu bağlamda Avusturya

¹⁵⁷ Yazıcı, op.cit. s. 264

¹⁵⁸ Yazıcı, loc.cit.

Anayasası'nın 9. maddesi oldukça dikkate şayandır. *"Uluslararası hukukun çoğunlukla kabul görmüş olan kuralları, Federal hukukun ayrılmaz bir parçası olarak sayılır. Kanun veya 50. maddenin birinci fıkrası gereğince kabul edilmesi gereken bir antlaşma belli federal yetkileri uluslararası örgütlere ve onların makamlarına devredebilir ve uluslararası hukuk çerçevesinde yabancı devletlerin görevlilerinin Avusturya içindeki faaliyetleriyle, Avusturyalı görevlilerin ülke dışındaki faaliyetlerini düzenleyebilir."*¹⁵⁹ Fransız Anayasası'nın *"Avrupa Birliğine Dair"* başlıklı 15. bölümündeki 88-1 numaralı maddeye göre, *"Cumhuriyet, kendilerini kuran antlaşmalar yoluyla, bazı yetkilerini birlikte kullanmayı özgürce seçmiş olan Devletlerce kurulmuş Avrupa Topluluklarına ve Avrupa Birliği'ne katılır."* Aynı metnin madde 88-2'si ise şu şekildedir: *"Karşılıklılık ilkesine bağlı olarak ve 7 Şubat 1992'de imzalanmış olan Avrupa Birliği hakkındaki Antlaşma hükümleri uyarınca Fransa, Avrupa ekonomik ve parasal birliğinin kurulması için gerekli yetkilerin devrini kabul eder. Aynı çekinceye bağlı olarak ve 2 Ekim 1997'de imzalanmış Antlaşma ile yeniden düzenlenmiş olan Avrupa Topluluğunu kuran antlaşma hükümleri doğrultusunda, kişilerin dolaşım hürriyeti ve diğer ilgili kuralların tespiti için gerekli yetkilerin devri kabul edilebilir. Avrupa Birliği'ne ilişkin Antlaşma uyarınca kabul edilmiş olan kanunlara göre Avrupa tutuklama müzekkeresine ilişkin kurallar, kanunlarla belirlenir."*¹⁶⁰ Portekiz Anayasası'nın 8. maddesinde yer alan benzer bir hüküm ise şöyledir: *"Genel ve olağan uluslararası hukukun kuralları ve ilkeleri, Portekiz hukukunun ayrılmaz parçasıdır. Portekiz'in üye olduğu uluslararası örgütlerin yetkili organlarınca konulan kurallar, tatbik edilecek kurucu antlaşmalarca öngörüldüğü ölçüde, iç hukukta doğrudan doğruya uygulanır."*¹⁶¹ Bir başka cesur düzenleme ise İngiltere'ye aittir. 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Senedi'nin 2/1. maddesine bakıldığında şu hüküm görülmektedir: *"Antlaşmalardan ve bu antlaşmaların uygulamasından doğan haklar, yetkiler, mesuliyetler, yükümlülükler, kısıtlamalar ile yine antlaşmaların tatbiki neticesinde ortaya çıkan davalar ve yargısal usul, herhangi bir iç hukuk*

¹⁵⁹ ICL, Austria Constitution, http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html, erişim tarihi: 3.5.2011

¹⁶⁰ ICL, France Constitution, http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000_.html, erişim tarihi: 3.5.2011

¹⁶¹ ICL, Portugal Constitution, http://app.parlamento.pt/site_antigo/ingles/cons_leg/Constitution_VII_revisao_definitive.pdf, erişim tarihi: 3.5.2011

belgesine gerek olmaksızın, bu Senet hükümleri uyarınca Birleşik Krallık tarafından tanınır ve uygulanır."¹⁶² Buna benzer hükümler Almanya, Norveç, Belçika, Lüksemburg, İsveç, Danimarka, İspanya, Hollanda, Yunanistan ve İtalya gibi pek çok devletin anayasa veya düzenlemelerinde mevcuttur.

Avrupa Topluluğu, Avrupa Birliği hukuk düzeninin ulusüstü tabiatının bir gereği olarak üyelerinin yetkisinin devri esasına dayanmaktadır. Genel manzara böyle olmasına rağmen, bu ulusüstü hukuk düzeni üyelerinin evvelce sahip olduğu egemenlik yetkilerinin tümünü ortadan kaldırmamıştır¹⁶³. Hâlâ, Avrupa ülkelerinin meclisleri, yargı organları, hükümetleri hukuki ve fiili varlıklarını sürdürmektedir. Üye devletlerin Topluluğa devredilen yetkilere saygılı olmak koşuluyla ulusal düzenlemeleri yapmakta özgür olduğu söylenmektedir. Başka bir deyim kullanmak gerekirse, yetki devri sınırsız değildir ve antlaşmalarla bu olgu belirlenmiş olduğu görülmektedir. Topluluk kurumlarına gelince, antlaşmalar tarafından kendilerine bırakılan yetkilerin sınırları içinde hareket etmek durumunda olduğu dile getirilmektedir¹⁶⁴. Bununla beraber söz konusu devletlerin, egemenlik yetkilerinin hiç de azımsanmayacak bir bölümünü, cömertçe ve anayasal düzeyde hukuki güvenceler göstermek suretiyle, bir başka iradeye, Topluluğa ve onun makamlarına devrettiğini göz ardı etmek isabetli olmayacaktır.

Bütün bu örneklerle ve emarelere bakıldığında, *anayasa-üstü hukuk ve anayasa-üstü norm'un* belirgin üstünlüğü görüldüğünde "*hangi anayasa?*" sorusunu sormak kaçınılmazdır.

SONUÇ YERİNE

Anayasanın, hukuki bir kavram olarak, günümüzdeki anlamına kavuşmasının üzerinden çok zaman geçmemiştir; bir ya da birkaç yüzyıl... Hâlbuki kavramlar dünyasında devlet, millet, ülke, iktidar

¹⁶² İngiltere Yasama Organı Resmi Sitesi, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/section/2>, erişim tarihi: 3.5.2011

¹⁶³ Yazıcı, *op.cit.*, s.277

¹⁶⁴ Günüçür, "*AB'nin Son Genişlemesi, Yeni Üye Devletlerde Yapılan Anayasal Düzenlemeler ve Türkiye*", *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*", c.12, n.1-2, 2004, s.87

gibi çok daha eski unsurlar vardır. İktidarların en kuvvetlisi olan siyasi iktidarın kâğıda dökülmüş birtakım cümlelerle sınırlanabilir hale gelişinin, hukuk tarihinde parlak bir dönüm noktası olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. İşte o parlak noktadan itibaren, anayasa, emsallerinin önüne geçen olağanüstü bir güç kazanmıştır: hukuki bağlayıcılık. Hukuki bağlayıcılıkta, bir “kılıç-tutan” a ihtiyaç duyulacaktır. Kılıcın sahipleri bellidir: anayasa mahkemesi ve yüksek mahkemeler... Anayasanınki, öyle bir güçtür ki, devlet’i de tanımlayabilir, iktidar’ı da... Adalet, eşitlik, kurallara riayetkâr devlet, fırsat eşitliği, vatandaşlık, haklar ve özgürlükler, yaptırımlar ve sınırlamalar, ormanlar, denizler, kıyılar, vatandaşlar, hatta yabancılar, kamu idareleri, erklerin yetkileri, hepsi anayasa kılıcının gölgesi altındadır. İnsanoğlunun yaşam boyunca peşinden koştuğu pek çok gücü paylaşırma yetkisi, ölümlü insanlar yerine kalıcı olabilecek bir eşyaya, bir kitapçığa terk edilmiştir. Kitapçığın eline, yetkilerin en can acıtanı olan yönetme yetkisini tevdi etme gücü de geçmiştir. O, dilediğine icrai yetkileri bağışlar; Bir insana verebilir ki bu hükümdardır. Bir kurula verebilir ki bu bakanlar kuruludur. Ve nihayet halka da verebilir ki bu “site devleti”nden başka bir şey değildir... O arzu ettiğine, kural koyma yetkisi verebilir, kuralları yorumlama yetkisini de... Siyasi tarih boyunca, bu üç yetki elden ele gezmiş, kimi zaman bir elde temerküz etmiş, bazen de sabit kalmayacak şekilde paylaşılmıştır. İşte anayasa, bu belirsizliğe ve istikrarsızlığa son verme hususunda bulunan en gelişmiş hukuki icattır.

Bir ülkede herhangi bir kuralın değeri uygulanma derecesiyle ölçülebilir. Bu yüzden, anayasa gibi, kuralların kuralı konumunda yer alan bir hukuk metninin tarihsel yolculuğu boyunca kat ettiği mesafe ve geldiği evreyi sağlıklı şekilde tespit edebilmek için uygulamasına bakmak gerekmektedir. Hele, pek çok ülkenin anayasaları, bizzat başka birtakım değerlere, kurallara, hukuk düzenlerine berak bir dil kullanarak atıfta bulunuyorsa, o anayasaların temsil ettiği hukuki anlayıştaki “anayasa”nın “kuralların kuralı” olup olmadığı, kurallar silsilesinde hâlâ en üstte yer alıp almadığı sorgulanmalıdır. İşte bu yolla anayasanın aldığı yeni konum tespit etmek mümkün olabilecektir.

KAYNAKLAR

Basılı Kaynaklar

- Arslan, Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayınları, 2008
- Atay, Ender Ethem, "Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s.503
- Barnett, Randy E., *Restoring The Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, 2004, New Jersey
- Barnum, David G., *The Supreme Court and American Democracy*, St. Martin's Press, 1993
- Başlar, Kemal, "Avrupa Birliği'nin Normatif Supranasyonalliği", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 30, Sayı 3, 1997
- Bozkurt, Enver / Mehmet Özcan / Arif Köktaş, *Avrupa Birliği Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, 2004
- Brunell, Thomas L., "Constructing a supranational constitution: dispute resolution and governance in the European Community", *American Political Science Review*, Publish date: March 1, 1998
- Cicero, M. Tullius, *De Re Publica*, Oxford Classical Texts, Oxford University Press, 2006
- Cichowski, Rachel A., *Women's Rights, the European Court, and Supranational Constitutionalism*, *Law & Society Review*, Volume 38, Number 3, September 2004, pp. 489-512 (24), Publisher: Wiley-Blackwell
- Cooter, Robert, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, New Jersey, 2002
- De Smith & Brazier, *Constitutional and Administrative, ve Law*, Penguin Books, 1989
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, 2010
- Frankfurter, Felix / Landis, James M., "The Compact Clause of The Constitution: A Study In Interstate Adjustments", *Yale Law Journal*, 34 Yale L.J.(1924-1925), s.625
- Gerhardt, Michael J., / Rowe, Thomas D., *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, Michie Co. (Charlottesville, Va.), 1993 (citation)
- Göçer, Mahmut, "Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Anayasa Kavramı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Sayı: 57-2
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Yayınları, 2010

- Gözler, Kemal, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, cilt 15, s.207-249
- Günuğur, Haluk, Avrupa Topluluğu Hukuku, Tarhan Basımevi, 1993
- Günuğur, Haluk, "AB'nin Son Genişlemesi, Yeni Üye Devletlerde Yapılan Anayasal Düzenlemeler ve Türkiye", Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi" Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, c.12, n.1-2, 2004
- Hart, Vivien, Bound by Our Constitution: Women, Workers, And Minimum Wage, Princeton University Press, 1994, New Jersey
- Hayek, Friedrich August von/ Hamowy Ronald, The Constitution of Liberty, The Definitive Edition, The University of Chicago Press, Chicago, 2011
- Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayıncılık, 2009
- Karakaş, Işıl, Avrupa Birliği Anayasası, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2005/1
- Kelsen, Hans, General Theory of Law and State, Translated by Anders Wedberg, Third printing, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2009
- Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 2005
- Pazarıcı, "Uluslar arası Hukuk Açısından Otuzuncu Yılında AET", İktisadi Kalkınma Vakfı Dergisi, No: 49, 1987
- Sartori, Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çeviren: T. Karamustafaoğlu-M. Turhan, Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, 1996
- Sweet, Alec Stone, "What is a Supranational Constitution?: An Essay in International Relations Theory" *Review of Politics* 55 (1994): 441-474
- Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 2009
- Thomas, William David, What Is A Constitution?, Gareth Stevens Publishing, 2008
- Troper, Michel, Le Problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité, Recueil d'études en hommage a Charles Eisenmann, Editions Cujas, 1975 (citation)
- Turpin, Dominique, Droit Constitutionnel, PUF, 1992, s.2-3, (citation)
- Uygun, Oktay, Federal Devlet, Çınar Yayınları, 1996
- Yazıcı, Demokratikleşme Sürecinde Türkiye, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009

İnternet Kaynakları

Afrika Birliği resmi sitesi, http://www.africa-union.org/official_documents/treaties_%20conventions_%20protocols/banjul%20charter.pdf

Avrupa Birliği Resmi Sitesi, http://europa.eu/about-eu/member-countries/index_en.htm, erişim tarihi: 4.5.2011

Avrupa Parlamentosu Resmi Sitesi, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf, erişim tarihi: 4.5.2011

Adalah Proposes Supranational Constitution for-Palestine, <http://althayyib.wordpress.com/2007/12/22/adalah-proposes-supranational-constitution-for-palestine/>

Alec Stone Sweet, "What is a Supranational Constitution?: An Essay in International Relations Theory" *Review of Politics* 55 (1994): 441-474. Available at: http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/17

Alec Stone Sweet and Thomas Brunell. "Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community" *American Political Science Review* 92 (1998): 63-81. bkz: http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/15

European Navigator The Authoritative Multimedia Reference On The History of Europe Web Site, Judgment of the Court of 9 March 1978 1 Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal S.p.A., erişim tarihi: 4.5.2011

İngiltere Yasama Organı Resmi Sitesi, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/section/2>, erişim tarihi: 3.5.2011

(Türk Dil Kurumu Felsefe Terimleri Sözlüğü "kavram" başlığı, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, erişim tarihi: 31.3.2011)

Conceil Constitutionnel Site Officiel, Présentation Générale, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html>, erişim tarihi: 7.6.2011

ICL, Austria Constitution, http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html, erişim tarihi: 3.5.2011

ICL, France Constitution, http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000_.html, erişim tarihi: 3.5.2011

ICL, Portugal Constitution, http://app.parlamento.pt/site_antigo/ingles/cons_leg/Constitution_VII_revisao_definitive.pdf, erişim tarihi: 3.5.2011

- Founding Fathers web site, The Federalist Papers Online,
- John P. McCormick, Habermas, Supranational Democracy and the European Constitution, *European Constitutional Law Review (EuConst)*, Volume 2, Issue 3, <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=586080>, erişim tarihi: 7.6.2011
- Brian F. Havel, The Constitution in an Era of Supranational Adjudication, *North Carolina Law Review*, Vol. 78, No. 2, 2000, Özeti için bkz: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1667092, erişim tarihi: 9.6.2011
- Relations of national and supranational constitutional systems and alternatives of the improvement of Hungarian constitutional system with regard to EU accession, www.nefmi.gov.hu/research/national_projects/otka/abstracts/T038414.rtf; erişim tarihi: 9.6.2011
- International Constitutional Law web site, http://www.servat.unibe.ch/icl/br00000_.html, erişim tarihi: 8.6.2011
- Constitution Society web site, National Constitutions, <http://constitution.org/cons/suriname.htm>, erişim tarihi: 8.6.2011
- Constitution of Brazil in English, Article 4 (International Relations) (1), International Constitutional Law web site, http://www.servat.unibe.ch/icl/br00000_.html, erişim tarihi: 8.6.2011
- Constitution of Suriname in English, Article 2, (Territory), Constitution Society web site, National Constitutions, <http://constitution.org/cons/suriname.htm>, erişim tarihi: 8.6.2011
- Yoav Stern, Arab rights group seeks 'supranational regime in all of historic Palestine', *Haaretz Gazetesi*, 20 Aralık 2007 nüshası, internetten erişim için bkz: <http://www.haaretz.com/print-edition/news/arab-rights-group-seeks-supranational-regime-in-all-of-historic-palestine-1.235600>, erişim tarihi: 9.6.2011
- <http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/fedindex.htm>, erişim tarihi: 7.6.2011
- İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi web sitesi, http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/temel_belgeler/temel_belgeler_afrika_kadin_haklari_protokolu.pdf, erişim tarihi: 9.6.2011
- Kiev Urban Adventures Web Site, <http://www.kieurbanadventures.com/didyouknow>, erişim tarihi: 6.4.2011
- LLRX Web Site, Law and Technology Resources for Legal Professionals, A

Guide to the Spanish Legal System,

Maxicours web site, ("La Notion de constitution est la base du fonctionnement de tous les regimes politiques contemporains"), <http://www.maxicours.com/soutien-scolaire/droit/concours-cat.-c/148207.html>, erişim tarihi: 18.09.2011

<http://www.llrx.com/features/spain.htm#court>, erişim tarihi: 7.6.2011

Library -American Law and Legal Information, <http://law.jrank.org/pages/6484/English-Law-DR-BONHAM-S-CASE.html>, erişim tarihi: 6.6.2011

Ma. Elena K. Parayno, The Concept of Constitution, Scribd elektronik yazılı kaynak web sitesi, <http://www.scribd.com/doc/11535697/Concept-of-Constitution>, erişim tarihi: 22.9.2011

Maas, Williem, a Supranational Constitution for European Citizens, Prepared for the conference "*Supranational Political Community: Substance? Conditions? Pitfalls?*" University of Victoria, Canada, 30 September - 2 October 2005. eserinin sekizinci bölümünden, Avrupa vatandaşlığının siyasi gelişimini inceleyen Avrupa Vatandaşlığının Yaratılması adlı eserden, <http://www.law.uvic.ca/demcon/documents/Maas-Supranational%20constitution%20for%20European%20citizens.pdf>

San Marino Cumhuriyeti Portalı,

Sitio Oficial de la Union de Naciones Suramericanas için bkz: <http://www.pptunasur.com/inicio.php?menu=30&idiom=1>, erişim tarihi: 9.6.2011

<http://www.sanmarinosite.com/eng/statuti.html>, erişim tarihi: 6.4.2011

University of Missouri-Kansas City School of Law web site, <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marbury.html>, erişim tarihi: 6.6.2011

University of Maryland College of Behavioral and Social Sciences web site, <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/kelsen0307.htm>

Wikipédia-Française, Wikipedia-English, "*Octobriste*" ve "*17 Ekim Birliği*" başlığı, <http://fr.wikipedia.org/wiki/Octobriste>, http://en.wikipedia.org/wiki/Union_of_October_17, erişim tarihi: 6.4.2011