T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU BİLİM DALI

ANALİTİK HUKUKİ POZİTİVİZMDE YAPTIRIMIN ROLÜ

Doktora Tezi

FATİH GÜNEŞ

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

ANALİTİK HUKUKİ POZİTİVİZMDE YAPTIRIMIN ROLÜ

Doktora Tezi

FATİH GÜNEŞ

Tez Savunma Jürisi

1. Tez Danışmanı: Prof. Dr. Murat YÜKSEL
2. Üye: Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL
3. Üye: Prof. Dr. Turan YILDIRIM
4. Üye: Prof. Dr. Nihat BULUT
5. Üye: Doç. Dr. Şule ŞAHİN CEYLAN

İstanbul, 2024

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı: Fatih Güneş

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Programı: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Murat Yüksel

Tez Türü ve Tarihi: Doktora – Temmuz 2024

Anahtar Kelimeler: Yaptırım, Analitik Hukuki Pozitivizm, Hukukun Cebrîliği, Hukukta Yaptırımın Rolü

ÖZET

ANALİTİK HUKUKİ POZİTİVİZMDE YAPTIRIMIN ROLÜ

Çoğu kişi için yaptırımlar olmaksızın hukukun varlığının düşünülmesi dahi olanaksızdır. Yaptırımlar yaygın olarak bir hukuk sisteminin kurallarının etkinliğini sağlayan araçlar olarak görülmekte, bu anlamda hukuk için vazgeçilmez oldukları düşünülmektedir. Bu görüşün taraftarları arasında pozitivist, realist, doğal hukukçu ve sosyologlar bulunmaktadır. Bu görüşe muhalif olarak yaptırımın hukuk için asli bir unsur olmadığı ve zorunlu bir kavram olarak düşünülmesinin gerekmediğini ileri sürenler de bulunmaktadır. İlk görüşün savunucularının mensup olduğu hukuk teorilerindeki çeşitlilik benzeri bu görüş mensupları için de geçerlidir. Bu çalışmada ise yalnızca analitik hukuki pozitivizme göre hukuk için yaptırımın ne anlam ifade ettiği sorusuna cevap aranmıştır. Çekişen iki görüşün analitik hukuki pozitivizm çerçevesinde birbirlerine üstün gelen yanları ya da eleştirilmesi gereken yönleri ortaya konmuştur. Bu çaba gösterilirken ise ilk görüş için Jeremy Bentham ve John Asutin ikincisi için ise H.L.A. Hart ve Joseph Raz'ın görüşleri analiz edilmiştir.

Klasik dönem analitik hukuki pozitivistlerinden Jeremy Bentham ve John Austin yaptırımın hukukun asli bir unsuru olduğunu düşünmektedir. Bu çalışmanın birinci bölümünde bu iki düşünürün görüşleri sırasıyla hukuk kuramları, yaptırım hakkındaki görüşleri ve bu görüşlerine yönelik eleştirileri çerçevesinde ele alınmıştır. Hukuk ve yaptırım ilişkisine dair bu yaygın

kanaate muhalif olarak yaptırımın hukukun zorunlu bir kavram olmadığı görüşü de ileri sürülmüştür. Bu görüşün analitik hukuki pozitivizmdeki temsilcileri görüşün modern döneminin önemli isimleri H.L.A. Hart ve Joseph Raz'dır. Çalışmanın ikinci bölümünde bu iki düşünürün görüşleri sırasıyla hukuk kuramları, yaptırım hakkındaki görüşleri ve bu görüşlerine yönelik eleştirileri çerçevesinde ele alınmıştır.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname: Fatih Güneş

Field: Public Law

Programme: Public Law

Supervisor: Prof. Dr. Murat Yüksel

Degree Awarded and Date: Doctoral Thesis – June 2024

Keywords: Sanction, Analytical Legal Positivism, The Coerciveness of Law, The Role of Sanction in Law

ABSTRACT

THE ROLE OF SANCTION IN ANALYTICAL LEGAL POSITIVISM

For many, it is impossible to imagine the existence of law without sanctions. Sanctions are widely regarded as instruments that ensure the effectiveness of the rules of a legal system, and in this sense they are considered indispensable for law. Supporters of this view include positivists, realists, natural lawyers and sociologists. In opposition to this view, there are also those who argue that sanctions are not an essential element of law and should not be considered as a necessary concept. The diversity in the legal theories to which the proponents of the first view belong is also valid for the members of this view. In this study, only the question of what sanction means for the law according to analytical legal positivism is sought to be answered. Within the framework of analytical legal positivism, the superior aspects of the two competing

views or the aspects that need to be criticised have been put forward. In this endeavour, the views of Jeremy Bentham and John Asutin for the first view and H.L.A. Hart and Joseph Raz for the second view were analysed.

Among the analytical legal positivists of the classical period, Jeremy Bentham and John Austin think that sanction is an essential element of law. In the first part of this study, the views of these two thinkers are analysed within the framework of their legal theories, their views on sanction and their criticisms of these views. In opposition to this common opinion on the relationship between law and sanction, the view that sanction is not a necessary concept of law has also been put forward. The representatives of this view in analytical legal positivism are H.L.A. Hart and Joseph Raz. In the second part of the study, the views of these two thinkers are discussed within the framework of their legal theories, their views on sanction and their criticisms of these views respectively.

İÇİNDEKİLER

GENEL BİLGİLER ..... **i**

ÖZET ..... **i**

GENERAL KNOWLEDGE ..... **ii**

ABSTRACT ..... **ii**

İÇİNDEKİLER ..... **iv**

GİRİŞ **1**

I. BÖLÜM: YAPTIRIMI HUKUKUN ASLİ UNSURU OLARAK GÖREN GÖRÜŞLER **17**

1. JEREMY BENTHAM VE YAPTIRIM 18

1.1. Anahatlarıyla Bentham'ın Hukuk Kuramı 20

1.1.1. Common Law Eleştirisi ve Hukuk Reformu Düşüncesi 20

1.1.2. İnsan Psikolojisi ve Yaptırım İlişkisi 22

1.1.3. Kurgu ve Gerçeklik İlişkisi: Etik-Kurgusal Varlıkların Anlaşılması 23

1.1.3.1. Kurgusal Varlıkların Gerçek Varlıklarla İlişkilendirilmesi 23

1.1.3.2. Tanım Yerine Paraphrasis Yöntemi 26

1.1.4. Yasadaki Kötülük Unsuru 29

1.1.5. Bentham'ın "Bir Yasanın Gücü" Teorisi 31

1.1.5.1. Bentham'ın Yasa Tanımı 32

1.1.5.2. Yasanın Gücü Kavramı 36

1.1.5.3. Bir Yasanın Kısımları 37

1.1.5.3.1. Yönlendirici Kısım 38

1.1.5.3.2. Yaptırım Kısmı 41

1.1.5.3.3.Temel ve İkincil Yasalar Bütünü Olarak Hukuk 43

1.2. Bentham'ın Hukuk Kuramında Yaptırım 48

1.2.1. Haz ve Acının Kaynağı: Güdü Olarak Yaptırımlar 50
1.2.2. Yaptırımın Mahiyeti: Teşvik veya Kısıtlama 54
1.2.3. Cebri Yaptırımın Gerekliliği 58
1.2.4. Yaptırım ve Yükümlülük 59
1.3. Bentham'ın Yaptırım Anlayışına Yönelik Eleştiriler 67
1.3.1. Yasalar Dizisinin Sonsuza Kadar Uzayacağı Eleştirisi 67
1.3.1.1. Anayasa Hukukunun Mahiyeti 69
1.3.2. Hukuki Yükümlülükle İlgili Eleştiriler 72
1.3.2.1. Yükümlülük-Yaptırım-Geçerlilik İlişkisi 73
1.3.2.2. Olasılık Temelli Yükümlülük Yaklaşımı 74
1.3.2.3. Hukuki-Ahlaki Yükümlülük Ayrımı 76
1.3.3. Buyruk Kavramının Eksikliklerine Yönelik Eleştiriler 77
2. JOHN AUSTİN VE YAPTIRIM 80
2.1. Anahatlarıyla Austin'in Hukuk Kuramı 80
2.2.1. Austin'in Hukuk Biliminin Temelleri 80
2.2.1.1. Common Law Eleştirisi 81
2.2.1.2. Hukuku Bilimleştirme Projesi 83
2.2.1.3. Hukuk Biliminin Konusu 84
2.2.1.4. Yasa Türleri 85
2.2.1.3.1. Tanrı Yasaları 86
2.2.1.3.2. Pozitif Yasa 86
2.2.1.3.3. Pozitif Ahlak 87
2.2.1.3.4. Metaforik Yasalar 87
2.2.1.5. Hukuk ve Ahlakın Ayrılması 88
2.2.2. Pozitif Hukuk ya da Hukukun Austin Tarafından Belirlenmiş Alanı 90

2.2.2.1. Hukukun Kaynağı Olarak Egemen 91
2.2.2.1.1. Egemen ve Tebaa 91
2.2.2.1.2. İtaat Alışkanlığı 93
2.2.2.1.3. Mahkeme Kararları 95
2.2.2.1.4. Örf ve Adetler 97
2.2.2.2. Emredici Kural Olarak Buyruk 98
2.2.2.2.1. Ödev veya Yükümlülük 100
2.2.2.2.2. Yaptırım 100
2.2. Austin'in Hukuk Kuramında Yaptırım 101
2.2.1. Yaptırımın Mahiyeti ve İşlevleri 103
2.2.1.1. Salt Kötülük Olarak Yaptırım 103
2.2.1.2. Hukuka Geçerliliğini Veren Bir Unsur Olarak Yaptırım 105
2.2.1.3. Hukuka İtaati Sağlama Amacı Taşıyan Bir Güdü Olarak Yaptırım 107
2.2.2. Yaptırım Türleri 110
2.2.2.1. Hukuki Yaptırımın Diğer Yaptırımlardan Ayırt Edilmesi 112
2.2.2.2. Diğer Yaptırımların Hukuki Yaptırıma Etkisi 113
2.2.3. Hukuki Yaptırım Türleri 113
2.2.3.1. Medeni ve Cezai Yaptırım 113
2.2.3.2. Yaptırımın Amacı Bakımından Yaptırım Türleri 115
2.2.4. Yaptırım Unsurunu İçermediği Halde Hukuk Biliminin Kapsamına Dâhil Edilmesi Gereken Yasalar 117
2.2.5. Hukuk Biliminin Kapsamında Yer Alan Pozitif Ahlak Kuralları 118
2.2.5.1. Anayasa Hukuku 119
2.2.5.2. Uluslararası Hukuk 123
2.3. Austin'in Yaptırım Anlayışına Yönelik Eleştiriler 124

2.3.1. Silahlı Soyguncu Örneği ve Hukuk Mukayesesi 125
2.3.2. Yaptırım Uygulama Gücü ve Amacı – Yaptırım Tehdidi 128
2.3.3. Hukukta Yaptırımla Desteklenmeyen Pek Çok Yasanın Varlığı 131
2.3.3.1. Yetki Veren Kurallar 131
2.3.2.1.1. Bir Yaptırım Olarak Hükümsüzlük 132
2.3.1.2.2. Emredici Yasaların Parçası Olarak Yetki Veren Kurallar 136
2.3.4. Egemenin Hukuken Sınırlanamazlığı 140
2.3.5. Zımni Buyruk Problemi 142
2.3.6. Alışkanlıkla İtaat Kavramındaki Problemler 142
2.3.7. Egemenliğin Devri Problemi 144
2.3.8. Yükümlülük/Ödev Kavramına Dair Problemler 146
2.3.9. Olasılık Temelli Yaptırım Açıklaması 147
2.3.10. Yaptırımın Amacının Tanıma Dâhil Edilmesi 149
II. BÖLÜM: YAPTIRIMI HUKUKUN ASLİ UNSURU OLARAK GÖRMEYEN GÖRÜŞLER 152
1. H.L.A. HART VE YAPTIRIM 152
1.1. Ana Hatlarıyla Hart'ın Hukuk Kuramı 152
1. 1.1. Kural Fikri 152
1.1.2. Toplumsal Bir Pratik Olarak Kurallar 153
1.1.2.1. Kuralların İçsel-Dışsal Yönü/İçsel-Dışsal Bakış Açısı 154
1.1.3. Birincil ve İkincil Kuralların Birlikteliği: Bir Kurallar Sistemi Olarak Hukuk 160
1.1.4. Hart'ın Kuramında Güç, Cebir ve Yaptırım 163
1.2. Hart'ın Hukuk Kuramında Yaptırım 165
1.2.1 Yaptırımın Hukuki Geçerlilik Koşulundan Dışlanması 168
1.2.1.1.1. Hukuki Geçerlilik Bağlamında Tanıma Kuralı 168
1.2.1.1.2. Tanıma Kuralı Ne Türde Bir Kuraldır? 171

1.2.1.1.3. Geçerlilik Zinciri 172

1.2.1.1.3. Tanıma Kuralının Toplumsal bir Pratik Oluşu 173

1.2.1.1.4. Tanıma Kuralını Kim/ler Kabul Etmelidir? 175

1.2.1.1.5. Resmi Görevlilerin Tanıma Kuralını İçsel Bakış Açısıyla Kabul Etmelerinin Ahlaki Meşruiyet İle İlgisizliği 178

1.2.2. Hukuki Yükümlülük ve Yaptırım İlişkisi 179

1.2.2.1. 1958 Tarihli Açıklama 180

1.2.2.1.1. Hukuki Yükümlülük 180

1.2.2.1.2. Hukuki Yükümlülüğün Özellikleri 181

1.2.2.1.2.1. Bilinçli Olarak Yaratılma 181

1.2.2.1.2.2. Bir Toplumsal Grubun Pratiğine Bağlı Olma 183

1.2.2.1.2.3. İçerikten Bağımsız Olabilme 187

1.2.2.1.2.4. Cebir 188

1.2.2.1.2. Hukuki Yükümlülükten Ahlaki Yükümlülüğe 191

1.2.2.1.2.1. Hukuki ve Ahlaki Yükümlülüklerin Benzerlikleri 191

1.2.2.1.2.2. Hukuki ve Ahlaki Yükümlülüklerin Farkları 194

1.2.2.1.2.3. Yükümlülük Kavramının Ahlak Alanında Kullanılabilmesinin Gerekçesi 195

1.2.2.2. 1961 Tarihli Açıklama 196

1.2.2.2.1. Genel Olarak Yükümlülük 197

1.2.2.2.1.1. Toplumsal Bir Pratik Olarak Toplumsal Kural Kavramı 198

1.2.2.2.1.2. Yükümlülük Getiren Toplumsal Kuralların Ayırt Edici Özellikleri 202

1.2.2.2.1.3. Kuralların İçsel Yönünün Yükümlülük Kavramıyla İlişkisi 206

1.2.2.2.2. Hukuki Yükümlülük 209

1.2.2.2.2.1. Hukuki Yükümlülük ve Yaptırım Kavramları Arasındaki İlişki 210

1.2.2.2.2.2. Hukuki ve Ahlaki Yükümlülüğün Benzer Yönleri 211

1.2.2.2.2.3. Hukuki Yükümlülüğün Ahlaki Yükümlülükten Farkları 211
1.2.2.3. 1982 Tarihli Açıklama 212
1.2.2.3.1. Normatif Hukuki İfade 213
1.2.2.3.2. Otoriter Hukuki Sebep 217
1.2.2.3.2.1.Otoriter Hukuki Sebebin Mutlak Oluşu 219
1.2.2.3.2.2. Otoriter Hukuki Sebebin İçerikten Bağımsız Oluşu 221
1.2.2.3.3. Mahkemeler Tarafından Ayırt Edici Normatif Tutumun Benimsenmesi 223
1.3. Hart'ın Yaptırım Anlayışına Yönelik Eleştiriler 225
1.3.1. Hukuki Yükümlülükle İlgili Görüşlerine Yönelik Eleştiriler 225
1.3.1.1. Otoriter Hukuki Sebep Fikrine Yönelik Eleştiriler 226
1.3.1.2. Oladosu'nun Eleştirileri 227
1.3.1.3. Hill'in Eleştirileri 231
1.3.1.4. Blackman'ın Eleştirileri 236
1.3.1.5. Bernstein'ın Eleştirileri 237
1.3.1.6. Priel'in Eleştirileri 238
1.3.2. Hart'ın Hükümsüzlüğün Yaptırım Olamayacağı İddiasına Yönelik Eleştiriler 240
1.3.3. Kuralın İçsel Yönü- İçsel Bakış Açısı Kavramlarına Yönelik Eleştiriler 244
1.3.4. Hukuk Sisteminin Varlık Koşullarına Yönelik Eleştiriler 245
1.3.4.1. Birincil Kurallara Vatandaşların Genel Olarak Uyması 245
1.3.4.2. İkincil Kuralların Resmi Görevliler Tarafından İçsel Bakış Açısından Kabul Edilmesi 246
2. JOSEPH RAZ VE YAPTIRIM 247
2.1. Anahatlarıyla Raz'ın Hukuk Kuramı 247
2.1.1. Raz'ın Pratik Felsefesi ve Sebep Kavramı 249
2.1.2. Eylem Sebepleri 250

2.1.2.1. Eylem Sebeplerinin Olgular ve Kişilerle İlişkilendirilmesi 252
2.1.2.2. Eylem Sebeplerinin İfade Ediliş Biçimleri..... 257
2.1.2.3. Eylem Sebepleri Sınıflandırması 257
2.1.2.3.1. Tam Sebep-Eksik Sebep..... 258
2.1.2.3.2. Açıklayıcı Sebep-Normatif Sebep 262
2.1.2.3.3. Nihai Sebep-Mutlak Sebep-Prima Facie Sebep 263
2.1.2.3.4. Etkin Sebep-Yardımcı Sebep..... 264
2.1.2.4. Çatışan Sebepler ve Sebeplerin Gücü..... 267
2.1.2.5. Birincil/İkincil Düzey Sebepler ve Dışlayıcı Sebepler 269
2.2. Raz'ın Hukuk Kuramında Yaptırım..... 271
2.2.1. Hukuk Sistemleri ve Yaptırım 271
2.2.1.1. Kurumsallaşmış Normatif Bir Sistem Olarak Hukuk 271
2.2.1.2. Hukuk Sistemleri..... 273
2.2.1.2.1. Hukuk Sistemlerine Özgü Özellikler..... 274
2.2.1.2.1.1. Hukuk Sistemleri Kapsamlıdır..... 274
2.2.1.2.1.2. Hukuk Sistemleri Üstünlük İddiasında Bulunur 276
2.2.1.2.1.3. Hukuk Sistemleri Açık Sistemlerdir..... 277
2.2.1.3. Raz'ın Hukuk Sistemi Anlayışı ve Güç, Cebir ve Yaptırım..... 278
2.2.1.3.1. Eylem Sebebi Olarak Yasalar 279
2.2.1.3.2. Yaptırım Temelli Açıklama ve Yetersizliği 280
2.2.1.3.3. Yaptırımsız Bir Açıklama İhtimali: Melekler Topluluğu..... 283
2.2.2. Hukuk Normları ve Yaptırım 285
2.2.2.1. Ödev Yükleyen Yasalar ve Yaptırım 285
2.2.2.1.1. Hukuki Olmayan Ödev Yükleyen Kurallar ve Eleştirel Tepki..... 285
2.2.2.1.2. Yaptırımlar ve Eleştirel Tepki..... 287

2.2.2.1.3. Ödev, Yaptırım veya Eleştirel Tepkinin İnfazı 288

2.2.2.1.4. Yaptırımla Desteklenmeyen Bir Ödevin İmkânı 290

2.3. Raz'ın Yaptırım Anlayışına Yönelik Eleştiriler 291

2.3.1. Hukuk Sistemlerinin Diğer Normatif Sistemlerden Ayırt Edemediği Eleştirisi 291

2.3.2. Melekler Topluluğunun Kurallarının Bir Hukuk Sistemi Olmadığı Eleştirisi 292

2.3.3. Hukuk Sistemlerinin Özelliklerini Temellendirmesine Yönelik Eleştiriler 294

2.3.4. Melekler Topluluğu Üyelerinin Rasyonel Durumunun Yeterince Açıklanmadığı Eleştirisi 295

2.3.5. Farklı Toplumların Normatif Sistemlerini Hesaba Katmadığı Eleştirisi 296

2.3.6. Hukukun Temel Özelliklerinin Belirlenmesine Yönelik Eleştiriler 297

SONUÇ 299

KAYNAKÇA 306

GİRİŞ

Hukukun ne olduğu sorusu, hukuka yönelik teorik ilgisi bulunanların uzun zamandır yanıtlamaya çalıştığı ancak üzerinde mutabık olunabilecek bir tanıma halen erişilemeyen bir sorudur. Çeşitli felsefi, sosyolojik yaklaşımlar farklı hukuk tanımları ortaya koymuş, her birinin bazı yönlerden hukuka dair aydınlatıcı bir bilgi sunduğu bazı yönlerden ise hukuka dair bir hususu aydınlatamadığı ve hatta kararttığı dile getirilmiştir. Hukukun tanımlanmasının zorluğunun[1] hukukun tek boyutlu ya da katmanlı olmayan birden fazla veçhesi olan bir kavram olması ile ilgili olduğu söylenebilir. İlk bakışta hukuk normlar bütününden oluşan bir sistem olarak görünmektedir. Hukuku bu norm boyutu yönünden inceleyen yaklaşımlar hukuki pozitivizm ve normativist pozitivizmdir. Hukuk ayrıca toplumsal yaşamda meydana getirdiği etki yönünden de incelenebilir. Toplumsal olgu boyutu olarak nitelendirilebilecek bu husus daha ziyade hukuk sosyolojisi alanında çalışmalar yapan sosyolojik hukuk teorileri tarafından incelenmiştir. Hukuk bir diğer yönden ise adalet kavramı ile ilişkili olması itibarıyla etik değerle alakalıdır. Hukuku bu yönden ele alıp inceleyen felsefi yaklaşımlar doğal hukukçu olarak nitelendirilebilir. Hukuka dair bu yaklaşım türlerinin her birinin hukuk hakkında doğru ancak yetersiz bir bilgi sunduğu hukukun ancak bu boyutların ve belki de daha fazlasının tamamına ilişkin değerlendirme yapılmak suretiyle kavranabileceği dile getirilmektedir[2].

[1] Bazı hukukçular bu zorluğu vurgulayarak bir hukuk tanımı vermekten kaçınmışlardır. Bunun yerine hukuku anlamak için hukuk pratiğini analiz edilmesi gerektiğini öne sürmüşlerdir. Örneğin H.L.A. Hart bir hukuk teorisinin hukuka dair yanıtlaması gereken üç önemli soru olduğunu belirtmiştir. Bunlar "hukuk, tehditlerle desteklenen emirlerden nasıl farklıdır ve onlarla nasıl ilişkilidir?", "hukuki yükümlülük ahlaki yükümlülükten nasıl farklıdır ve onunla nasıl ilişkilidir?", "kurallar nedir ve hukuk ne ölçüde bir kurallar meselesidir?" sorularıdır. Bkz. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom 2012, s. 14. Hart bu sorulara , "*tanım olarak kabul edilebilecek kadar kısa hiçbir şeyin tatmin edici bir cevap veremeyeceğini*" düşünmektedir. Hukukun anlaşılabilemesi için kısa bir tanım yerine bu sorular üzerine ayrıntılı bir cevap arayışında olmak daha faydalı oalcaktır. Nitekim tarih baoyunca girişilen tanım denemelerinin başarısızlığı bize bunu göstermektedir. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 16.

[2] Tarık Özbilgen, *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Kollektif Şirketi, İstanbul 1976, ss. 3-4. Özbilgen hukukun tamamını kavramaya yönelik bir diğer yaklaşımın hukukun boyutlarına değil de işlevlerine odaklandığını belirtmektedir. Bu yaklaşıma göre hukuk adalete yönelmiş toplumsal bir yaşam düzenidir. Bu tanımda adalet kavramı ile etik değer, toplumsal yaşam ifadesiyle toplumsal olgu ve düzen ifadesiyle norm boyutuna denk düşen hukukun işlevleri odağa alınmıştır. Yazara göre bu bizlere hukuk hakkında son derece önemli bilgiler sunabielcek bir çaba olmakla birlikte hukukun bir bütün olarak varlığının saptanabilmesine ve hukukun bu çerçevede şematize edilmesine olanak sağlamamaktadır. Bu nedenle hukukun işlevlerinden ziyade boyutlarına odaklanılması daha yerinde olacaktır. Bkz. Özbilgen, *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 5.

Hukukun tanımlanması yolundaki girişimlerin isabetsizliği yönündeki eleştirilerin ise bu tanımların genellikle hukukun tek bir boyutuna odaklanmalarından kaynaklandığı söylenebilir. Bu çalışmada ele alınacak yaptırım da daha ziyade hukukun norm boyutuna karşılık gelen bir kavramdır. Yaptırım tıpkı hukuk gibi pek çok kez hukukçular ve düşünürlerce tanımı yapılmış ve bu tanımlar arasında tam bir mutabakata ulaşılamamış bir kavramdır. Tanım yapan kişilerin sahip oldukları hukuki ve felsefi perspektifin bunda etkili olduğu söylenebilir.

Çeşitli yaptırım tanımlarına göz atmak faydalı olacaktır. Yaptırım hakkındaki yapılan tanımlarda genellikle cebriliğe vurgu yapılmaktadır. Örneğin yaptırım, "kuralın ihlal edilmesi halinde uygulanacak cebir" olarak tanımlanmıştır[3]. Benzer bir tanıma göre yaptırım, bir hukuk kuralının ihlaline tepki olarak gösterilen ve hukuk düzeni tarafından öngörülmüş cebri bir uygulamadır[4]. Bu tanımlar çerçevesinde yaptırımın, bir hukuk kuralının ihlali için öngörülmüş olan ve uygulanacağı kişinin hoşuna gitmeyecek türde bir cebir niteliğinde olduğu söylenebilir. Yine benzer bir tanıma göre yaptırım, kurala uyulmasını sağlama amacı taşıyan zorlama araçlarıdır[5].

Yaptırım cebre vurgu yapmaksızın, ne tür bir hukuki sonuç olduğuna göre tanımlayanlar da vardır. Örneğin bir yazar yaptırımı yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde uygulanması gereken sonuç olarak tanımlamıştır[6]. Yaptırıma ilişkin başka bir tanım, tanınmış olan bir normun, politikanın, emrin, yasanın ihlali ya da ihmaline karşı bir grup ya da kuram adına bu tür bir ihlali ya da ihmali caydırmak ya da önlemek amacıyla ortaya konan tehdit, vaat ya da beyandır. Daha özlü bir ifadeyle bir normun ihlalini caydırma amacı taşıyan bir tehdittir[7]. Başka bir tanıma göre yaptırım gerek hukuk normlarında gerekse diğer toplumsal normlarda belirlenmiş olan ve bir kişiyi dezavantajlı bir konuma düşürme ya da kimi avantajlardan mahrum bırakma şeklinde ortaya çıkan olumsuz bir sonuçtur[8].

---

[3] Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2016, s. 46.
[4] Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2013, s. 365.
[5] Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 67.
[6] İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 785.
[7] Hans Oberdiek, "The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems", *American Journal of Jurisprudence*, C. 21 (1976), s. 75. Bu tanımda yaptırımın caydırıcılık amacını taşıdığı vurgusu dikkat çekmektedir. Bütün yaptırımlar caydırıcılık amacını taşımak durumunda mıdır? Yaptırımların caydırıcılıktan başka amaçlar taşıması mümkün değil midir? Yaptırım ve caydırıcılık amacının bu şekilde yaptırım tanımında birleştirilmesi pek uygun görünmemektedir.
[8] Bernd Rüthers, Christian Fischer, Axel Birk, *Hukuk Teorisi*, çev. Doğan İlyas, Rukiye Aldudak, Huri Eyman Aydın, Astana Yayınları, Ankara 2020, s. 88. Yazarlar aslında hukukta ödül niteliğinde teşviklerin de norma

Bu tanımların sayısı arttırılabilir. Dile getirilmiş tanımlara göz gezdirildiğinde hukuk kavramının tanımlanmasında karşılaşılan çeşitliliğe ve tartışmalara benzer tartışmaların burada da olduğu görülecektir. Hepsinde ortak olan yaptırımın bir normun ihlali ihtimaline ilişkin olarak var olduğudur. Kimi tanımlarda yaptırım ihlale yönelik bir tepki, kimi tanımlarda nahoş bir tepki, bir kötülük, kimi tanımlarda caydırıcılık gibi ihlali önlemeyi amaçlayan bir tepki olarak betimlenmiştir.

Yaptırım kavramı çoğu zaman cebir ve güç kavramları ile ilişkili olarak ele alındığı belirtilmişti. Esasında bunlar birbirinden farklı kavramlar olmakla birlikte aralarında anlam bakımından bir yakınlık bulunduğu da yadsınamaz[9]. Çoğu kişi için yaptırımlar olmaksızın hukukun varlığının düşünülmesi dahi olanaksızdır. Yaptırımlar yaygın olarak bir hukuk sisteminin kurallarının etkinliğini sağlayan araçlar olarak görülmekte, bu anlamda hukuk için vazgeçilmez oldukları düşünülmektedir. Özellikle ödev yükleyen kurallar söz konusu olduğunda ve hukukun süjeleri ödevlerini yerine getirmediğinde devletin cebri gücü devreye girmekte, süjeyi ödevini yerine getirmeye zorlamaktadır. Hukuk için esaslı bir unsur olarak görülen bu cebir araçları genel olarak "yaptırım" terimi ile özdeşleştirilmektedir[10].

Cebrin İngilizce karşılığı olan *coercion* kelimesi Latince *coercio* kelimesinden türetilmiştir. Yokluğunda yapılmayacak olan bir davranışı yapmaya zorlamak, süjede davranışı gerçekleştirmeye yönelik bir niyet oluşturmak amacıyla uygulanan baskı ya da kısıtlama olarak görülebilir. Bu bağlamda cebri uygulamalar cebredenin arzuladığı sonucu ortaya çıkarmak için süjenin özgür iradesini ihlal eden fiziksel ya da diğer türde şiddet tehdidi niteliğinde çeşitli zorlayıcı eylem türlerini içerir. Örneğin hapis cezası, tazminat kadar gasp, şantaj, işkence ve tehditler cebri uygulamalardır. Bu tür eylemlerle süje kendi çıkarlarına aykırı bir şekilde hareket

uyulmasını sağlamak için kullanıldığının farkındadırlar. Örneğin Alman Medeni Kanunun 971 maddesi kayıp eşyayı bulana ödül vaadinde bulunmaktadır. Ancak hukukta olumsuz nitelikte yaptırımların kullanımı ödül niteliğindeki teşviklerden çok daha yaygın bir biçimde uygulanmaktadır. Bkz. Rüthers, Fischer, Birk, *Hukuk Teorisi*, s. 88. Bu yazarlar hukuk normunun dört temel unsurunun bulunduğunu belirtmişlerdir. Her hukuk normunun bir muhatabı, bir konusu vardır. Ayrıca her hukuk normu bir olması gerekeni ortaya koyar ve her hukuk normunun ortaya koyduğu bir hukuki sonuç bulunmaktadır. Yazarlara göre hukuk normunun en klasik hukuki sonucu yaptırımlardır. Bkz. Rüthers, Fischer, Birk, *Hukuk Teorisi*, ss. 104-5.

[9] Yörükoğlu, cebri güç kullanma tehdidi olarak tanımlamaktadır. Esasında güç ve cebir ayırt edilebilir kavramlardır. Örneğin bir resmi görevli çevreyi rahatsız eden bir sarhoşu nezarette alıkoyduğunda cebir değil güç uygulamış olur. Buna mukabil resmi görevlinin yapmış olduğu işlem sarhoşu uyarmak ve çevresine rahatsızlık vermeyi durdurması halinde ona bir güç uygulayacağı tehdidinde bulunursa sadece cebir uygulamış olur. Bkz. Ömer Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 174.

[10] Abdullah Dinçkol, *Hukuka Giriş: Hukukun Temel Kavramları*, 19. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2023, s. 163.

etmeye zorlanmaktadır[11]. Bu çerçevede cebir, genel olarak bir kişinin maddi ya da psikolojik araçlarla kendi arzu ve isteğine rağmen belirli bir davranışta bulunmaya yönlendirilmesi olarak tanımlanabilir. Bu tanıma göre iki tür cebir bulunmaktadır: Maddi cebir ve manevi cebir. Maddi cebir, cebredenin cebrolunanı fiziksel bir baskı ile belirli bir biçimde davranmaya yönlendirmesi, manevi cebir ise cebrolunanın arzusu ya da isteğinin de cebredenin arzu ve isteği ile uyuştuğu durumlardaki yönlendirmedir[12].

Yaptırım bir cebir aracı olarak tanımlandığında, cebrin hukukun asli bir unsuru olup olmadığına ilişkin tartışma alanına da girilmiş olunur. Toplumsal yaşamın hukuk kuralları aracılığıyla sürdürülebilmesi için kurallarda öngörülmüş olan yaptırımların düzenli bir biçimde uygulanmasının gerekli olduğu belirtilmiştir[13]. Elbette hukuk kuralları her durumda sadece devletin cebri gücü sayesinde uygulanma kabiliyeti kazanmaz. Eğitim, gelenekler, insanların yetiştirilme tarzları ve başkaca topluma etkisi olan araçların da hukukun uygulanmasına katkıda bulunduğu söylenebilir. Nitekim bir hukuk sisteminde çoğu vatandaşın cebri tehdide gereksinim duymaksızın hukuk kurallarına gönüllüce uyum sağladığı gözlemlenebilmektedir. Ancak bu gözlemin yaptırımların yine de hukuk için kaçınılmaz birer zorunluluk olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği dile getirilmiştir[14].

Ayrıca hukuk kuralı bir "olan"ı değil "olması gereken"i ortaya koyduğundan insanların hukuk kuralına uyma ihtimalinin yanında uymama ihtimalinin de bulunması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle hukuk kuralı yürürlüğe girdiği andan itibaren ihlal edilebilme imkânı da ortaya çıkmış olur[15]. İnsanların önemli bir kısmı bu kurala kendiliğinden uysa bile azımsanamayacak bir kısmı

---

[11] Nicoletta Ladavac, "Coercion and Sanctions as Elements of Normative Systems", *The Force of Law Reaffirmed: Frederick Schauer Meets the Critics,* ed. Christoph Bezemek, Nicoletta Ladavac, Springer International Publishing, Cham 2016, s. 77.

[12] Yavuz Abadan, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1954, s. 92. Abadan'ın maddi ve manevi cebir ayrımına karşılık gelecek biçimde fiziksel ve psikolojik cebir adlandırmaları da yapılabilir. Bu cebir türleri hakkında ayrıntılı bir açıklama için bkz. Jerome Hall, *Foundations of Jurisprudence,* Bobbs-Merrill Company, Indianapolis 1973, ss. 108-20. Hirş ise cebir ve tehdit kavramları arasında bir ayrım yapmakta ve cebri fiziksel zorlama tehdidi ise ruhsal zorlama olarak tanımlamaktadır. Bkz. Ernst Hirş, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, ss. 151-53. Bu son değerlendirmeye göre cebrin manevi ya da psikolojik bir biçimi bulunmamaktadır. Hukukun cebriliğinin etik, soyolojik ya da benzeri cebriliklerden ayırt edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Hukuki cebir gerçekliklte karşılığı olan bir cebriliktir. Bkz. Ayşen Furtun, *John Austin'in Hukuk ve Devlet Teorisi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, ss. 17 ve dipnot 3.

[13] Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2018, s. 70.

[14] Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 71.

[15] Abdülhak Kemal Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1958, s. 192.

ise kurala uymayabilir, bunun için çeşitli mazeretler ileri sürebilir, kurala uymayışını meşru göstermeye çalışabilir. Bunun karşısında hukuk bu tür düşüncelere sahip kişilerin kurala uymasını sağlamak için bir takım cebri araçlar ile karşılık verecektir. Süje kurala uymak istemese dahi onun uyması zorla gerçekleştirilir. Bu anlamda hukukun özü itibarıyla cebri (zorlayıcı) bir karakteri olduğu söylenebilir. Hukukun zorlayıcı bir karakteri olduğu ifadesi, kuralların ihlal edilebilme olanağının bulunduğu ve bu olasılığın gerçekleşmesinin engellenmesi amacını ortaya koymaktadır[16]. Böylece cebrin hukuk için mantıksal bir gereklilik olduğu söylenebilecektir. Hukukun bu cebri niteliği onun ahlak ile ayırt edilmesini de sağlamaktadır[17]. Ahlak kurallarının ihlali için bir cebir öngörülmesi ve güç kullanımı söz konusu olamayacakken yukarıda izah edildiği üzere hukuk kuralında cebir bu amaca özgülenmiş asli bir unsurdur.

Yaptırım bir güç kullanımı vaadi midir? Bu anlamda yaptırım ve cebir ilişkili midir? Esasında yaptırım kavramının bir şekilde güç ve cebir kavramlarıyla ilişkili olduğu görülmektedir. Ancak bu ilişkinin mahiyetinin dikkatli bir biçimde ortaya konması gerekmektedir. Yaptırımın ya da hukukun cebriliğinin niçin hukuk kuramında sanıldığı kadar önemli bir rolü bulunmadığı eleştirilerinin anlaşılabilmesi için bu kavramlar arasındaki ilişkinin doğru bir biçimde tespit edilmesi gerekmektedir. Bu eleştirilerdeki ana fikir, hukukun sadece cebri yaptırımlar aracılığıyla açıklanmasının yeterli olamayacağıdır. Çünkü bir silahlı soyguncunun parasını almak istediği kişiye yönelik davranışları ya da bir abinin oyun oynarken kardeşine yönelik tutumunda da güce dayanan bir zorlama görülmektedir ancak bu durumlar hukuk çerçevesinde değerlendirilmez. Bu çerçevede kapsamı en geniş olan kavram güçtür. Nitekim güç istenilen etkinin üretilmesi olarak tanımlanmıştır. Güç, fiziksel bakımdan üstünlükten, ekonomik bakımdan üstünlükten ya da toplumsal konum ya da statü farklılığından kaynaklanabilir[18]. Cebir

[16] Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, ss. 66-67.
[17] Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 190.
[18] Hukukun esasında toplumsal sınıflar arasındaki güç ilişkilerinden ibaret olduğu şeklinde değerlendirmeler yapılmıştır. Nitekim demokratik sistemlerde dahi başta anayasalar olmak üzere çoğu hukuk kurulının oluşturulmasında toplum içinde daha güçlü olan grupların örneğin önde gelen bir ya da iki siyasi partinin programlarının etkisi söz konusu olabilmektedir. Bkz. Abadan, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, s. 93. Bu bağlamda gücün hukuktan üstün oldu ve hukuku da belirlediği, adalet kavramının zayıf olanların bir uyfurması olduğu ve toplumsal yaşamda hukukun değil gücün egemen olduğu dile getirilmiştir. Baka bir deyişle hukuk gücün süslü bir örtüsüdür. Bu görüşü savunanlar arasında bazı Sofistler, Machiavelli, Hegel gibi ismler zikredilebilir. Bu görüşlerin bir dereceye kadar haklılık payı kabul edilebilceği ancak hukuka yönelik felsefesi bir analiz açısından bunların hukuk idesinin ve adaletin yadsınması anlamına gelmesi needneiyle reddedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu görüşe göre hukuka felsefi değil toplumsal gerçekliklerin ortay konması bağlamında sosyolojik bir bakış

ise bundan daha dar kapsamlı bir kavram olarak insanları belirli bir biçimde davranmaya yönlendirmenin araçlarından birisidir. Hukukun kullandığı güç ise kaba güçten ayırt edilmelidir. Hukuk süjeleri üzerinde normatif bir güce sahiptir, bir otorite iddiasında bulunur ve davranışlara rehberlik etme amacı taşımaktadır. Oysa kaba güç uygulamasında bu durumların hiç birisi bulunmamaktadır[19]. Öte yandan hukuki sahada kullanılan cebir kavramının ya da hukukun cebriliğinin de diğer cebri uygulamalardan ayırt edilmesi gerekmektedir. Cebrin hukuki bir nitelik kazanabilmesi için silahlı soyguncu örneğinde olduğu gibi tesadüfi koşullardan arındırılması, hangi durumlarda hangi şartlarla kullanılabileceğinin önceden belirlenmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle hukuki cebir, hukuk kuralları aracılığıyla organize edilmiş cebirdir. Bu çerçevede "hukuk asla cebrin kör bir icrası" olarak nitelendirilmemelidir[20].

Yaptırımlar hakkındaki tartışmalardan birisi de yaptırımın hukuk için nasıl bire sahip olduğuna ilişkindir. Yaptırım kavramını hukukun tanımında bir zorunlu unsur olarak gören yaklaşımlar ve bunun karşısında yaptırımı hukukun bir unsuru olarak görmeyen yaklaşımlar mevcuttur. Bu görüşlerin hangi hukuk kuramları ile ilişkili olduğuna bakıldığında ise yelpazenin oldukça geniş olduğu görülecektir. Dolayısıyla "Yaptırımı hukukun esaslı unsuru olarak görenler pozitivistlerdir; görmeyenler ise pozitivizmi eleştirenlerdir" şeklindeki bir düşünce hatalı olacaktır.

Hukuk için yaptırımların önemli hatta vazgeçilmez olduğu görüşünü savunan yazarlar, genel olarak hukuk kurallarını diğer toplumsal davranış kurallarından ayırt ederken hukukun cebriliğine ve yaptırımlara atıfta bulunmaktadırlar. Hukuk kuralları diğer toplumsal düzen kuralları gibi süjelerin davranışlarını düzenlemektedir. Ancak diğer toplumsal düzen kurallarından farklı olarak hukuk kuralları, ona uygun davranılmasını süjelerin isteğine bırakmamıştır. Hukuk kurallarını ihlal eden kişiler devletin zorlayıcı gücüyle yüzleşmek durumunda kalmaktadır[21]. Hukukun diğer toplumsal düzen kurallarından farklılığını kuralın

açısından ele alındığında hukuk ile toplumdaki siyasi güç olguları arasındaki bağlantının varlığı inkar edilemeyecektir. Bkz. Hirş, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, ss. 289-90.

[19] Ekow Yankah, "The Force of Law: The Role of Coercion in Legal Norms", *University of Richmond Law Review*, C. 42, S. 5 (2008), ss. 1204-5.

[20] Abadan, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, ss. 92-93.

[21] Abdullah Dinçkol, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 44. Hukuk kurallarını diğer toplumsal kurallardan ayırt ederken örgütlü cebre ve yaptırımlara yapılan bu atfın hukuki işlemin nitelikleri arasında da yer aldığı ifade edilmiştir. Her hukuksal ilişki dört unsur içermektedir: İlk olay, hukuki mükellefiyet,

ihlali halinde cebri tedbirleri uygulama kapasitesi yönünden ortaya koyan görüşler bakımından, yaptırım ve cebir kavramlarının hukukun merkezinde konumlandırılması doğal görünmektedir.

Yaptırımı hukukun zorunlu bir unsuru olarak görenlerin ilk bakışta hukuki pozitivistler olduğunu düşünmek olasıdır. Nitekim azımsanmayacak sayıda hukuki pozitivist bu görüşü savunmuştur. Bunlar arasında Bentham, Austin, Kelsen[22] gibi önde gelen pozitivistler ilk anda akla gelenlerdir. Hukuku olgularla açıklamak yönünden pozitivistlere yakın bir pozisyonu benimsedikleri düşünülebilecek realistler arasında da hukukta yaptırıma merkezi bir rol belirleyenler bulunmaktadır. Meşhur realistlerden Holmes, Gray, Cohen gibi hukukçular ise hukukun etkinliğinin ancak devletin baskı yapma ve güç kullanma yetkisi ile mümkün olabileceğini ve bu yüzden hukuki yaptırımların hukuk pratiğinde çok yaygın olduğunu iddia etmişlerdir[23].

Bu görüşün taraftarları arasında doğal hukukçuların bulunduğu da söylenebilir. Örneğin bir Orta Çağ doğal hukukçusu olan Aquinas hukukun doğasını insan yapımı kurallardan oluşmak ve zorlayıcı güce sahip olmak şeklinde tanımlamaktadır[24]. Tartışmalı olmakla birlikte çoğunluk tarafından bir doğal hukukçu kabul edilen Kant, hukuki hak kavramının cebir unsurunu içerdiğini, bu bağlamda cebrin hukukun asli bir unsuru olduğunu düşünmektedir[25]. Yine bir Doğal hukukçu olmakla birlikte hukuk ve siyaset felsefesinde pozitivizmin habercisi olarak kabul edilen Hobbes "*Kılıcın zoru olmadıkça ahitler sözlerden ibarettir ve insanı güvence altına almaya yetmez.*"[26] sözleriyle hukukun cebriliğine, hukuk için yaptırımların önemine ve vazgeçilmezliğine atıfta bulunmuştur. Çağdaş doğal hukukçulardan da hukukun cebri niteliği

emir ve yaptırım. Bir hukuk kuralında yer alan emir unsurunun gereği yerine getirilmediğinde yaptırım devreye girecektir. Dolayısıyla yaptırımsız bir hukuk kuralı söz konusu olamaz. Bkz. Dinçkol, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, s. 45.

[22] Kelsen hukuku, kural ihlali durumlarında uygulanacak cebir tehdidi aracılığıyla hukuki süjeleri hukuk kurallarında öngörülmüş biçimde eylemde bulunmalarını sağlayan özel bir toplumsal teknik olarak tanımlamaktadır. Babil yasalarını ilkel kabile topluluklarının kurallarını, Amerika Birleşik Devleti yasalarını ve İsviçre Yasaları gibi birbiriyle aslında pek de alakası olmayan yapıları hukuk olarak adklandırmamaız sağlayan şey aralarındaki onca farka rağmen taşıdıkları ortak bir unsurdur. Bunları tamamı cebri züenlerdir ve hukuk da bir cebri düzendir. Bkz. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, New Jersey 2007, s. 19.

[23] Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, s. 173.

[24] Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, Christian Classics, Westminster, Md 1981, s. 1366.

[25] Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, ed. Lara Denis, Agnes Scott College, çev. Mary Gregor, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı Cambridge University Press, Cambridge 2017, s. 25. Giorgio Del Vecchio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, çev. Sahir Erman, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1952, s. 317.

[26] Thomas Hobbes, *Leviathan*, çev. Semih Lim, 6. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2007, s. 127.

olduğunu savunanlar mevcuttur. Örneğin Finnis hukuk düzeninin temel özelliklerinden söz ederken hukukun zorunlu olarak cebri nitelikte olduğunu; cebriliğin araçlarının ise cezalar, önleyici müdahale ve kısıtlamalar olduğunu ifade etmektedir[27].

Hukuku anlamaya yönelik çabalarını sosyolojik bir perspektiften temellendirenler arasında da bu görüşün taraftarları vardır. Örneğin *Pospisil* geliştirmiş olduğu analitik yöntem aracılığıyla hukukun altı özelliğinin bulunduğunu ileri sürmüştür. Bu altı koşuldan ikisi yaptırım ve yaptırıma maruz kalanın karşılık verme imkânının bulunmamasıdır. Bu özellikleri taşımayan bir yapı sosyolojik anlamda hukuk olarak nitelendirilemez[28]. Yine hukuku toplumsal mücadelenin bir ürünü olarak gören[29] ve bu çerçevede hukuku faydacı, realist ve sosyolojik bir bakış açısından ele almaya çalışan Jhering cebri hukukun temel unsurlarından biri sayanlardandır[30]. Yazara göre adalet, bir elinde hukuku tartan teraziyi diğerinde bu hukuku savunan kılıcı tutan bir figür olarak sembolize edilmiştir. Terazisiz kılıç kaba gücün, kılıçsız terazi ise acizliğin göstergesidir. Bu anlamda hukuk kuru bir teori değil canlı bir güçtür. Başka bir ifadeyle güç kullanımı olmaksızın hukuk düşünülemez[31]. Bu çerçevede Jhering için güç, cebir ve yaptırım kavramlarının hukuk için vazgeçilmez kavramlar oldukları söylenebilir. Anılan tüm bu yazarların yaptırımı hukuk için birer zorunluluk olarak gördükleri, cebrîliğin hukukun bir özelliği olduğunu düşündükleri anlamına gelmektedir. Görüldüğü üzere yaptırımın hukuk için esaslı bir unsur olduğunu düşünenler sadece pozitivistlerden ibaret değildir.

Bazı yazarlar ise yukarıdakilerin yaptırıma biçtikleri rolün, özellikle hukukun tanımlanmasında yaptırıma bu denli merkezi bir rol verilmesinin hatalı olduğunu düşünmektedirler. Bu doğrultuda hukukun zorunlu olarak cebri nitelik taşıdığı ifade edilmektedir. Bu eleştirilerin temel hareket noktası, hukuk süjelerinin büyük çoğunluğunun yaptırım korkusu nedeniyle değil eğitim, alışkanlık, yetiştirilme tarzı, ahlaki tutum gibi farklı gerekçelerle hukuk kurallarına kendiliklerinden uydukları iddiasıdır[32]. Bilhassa pozitivist hukuku tanımlama girişimleri dikkate alındığında hukukun maddesel "yaptırımla donatılmış" davranış kuralı olduğu dile

[27] John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 266.
[28] Mehmet Tevfik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 3. Baskı, Kavim Yayıncılık, İstanbul 2007, ss. 56-58.
[29] Nazime Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 145.
[30] Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 287; Hirş, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, s. 153.
[31] Rudolph von Jhering, *Hukuk Uğrunda Savaş*, 2. Baskı, Sinan Matbaası, İstanbul 1964, s. 7.
[32] Zeki Hafızoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 1996, s. 159.

getirilmiştir. Böylesi bir tanım, örf ve adetler ve yaptırımla doğrudan desteklenmeyen kuralların çoğunlukta olduğu anayasa hukuku ve uluslararası hukuk açısından problem teşkil etmektedir[33]. Bu noktada hukukun tanımlanmasında yaptırıma bir şekilde yer verilecek olsa dahi "yaptırımla donatılmış" ibaresi yerine "yaptırımla donatılmaya elverişli" ibaresinin konması gerekmektedir[34]. Aksi takdirde bir hukuk sisteminin tüm kurallarının yaptırımla donatılması gerektiği yanılgısına sebebiyet verilecektir. Oysa bir kural maddesel yaptırımla donatıldığı için hukuk kuralı olmaz; hukuk kuralı olduğu için yaptırımla donatılabilmektedir[35]. Benzer bir değerlendirme, cebir ve yaptırımı bir arada ele alıp bunların hukuk için sanıldığı kadar önemli kavramlar olmadığı iddia edilerek dile getirilmiştir. Hukukta cebir çoğu zaman yaptırım biçiminde görünmektedir. Bununla birlikte bu görüşe göre ne her hukuk kuralı için ne de her yaptırım türü için cebrin zorunlu bir unsur olduğu söylenebilir. Örneğin bir resmi görevliye ya da özel hukuk kişisine hukuki bir yetki veren bir kural yaptırımla desteklenmez. Bu tip kurallara uyulmamasının hukuki sonucu hükümsüzlüktür. Ancak bu görüşe göre hükümsüzlük bir yaptırım değildir. Kurala uyulmaması halinde yaptırım yerine kamuoyu baskısının söz konusu olduğu durumlar da bulunmaktadır. Basın aracılığıyla yapılan eleştiriler, bir sonraki seçimde seçmemek kamuoyu baskısına örnek olarak gösterilebilir. Kurala uyulmaması halinde karşı karşıya kalınacak bu tür sonuçlar organize edilmiş yaptırımlardan farklıdır. Uluslararası hukuk kuralları çoğu zaman bu tür organize edilmemiş uygulamalar aracılığıyla sürdürülmektedir. Ayrıca süjeler hukuki ödevlerine çoğu zaman doğacak olumsuz neticelerden korkmaları nedeniyle değil, hukuki ödevlerinin gereğini yapmalarının lazım geldiğini düşünmeleri

[33] Özbilgen, *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 17; Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri,* ss. 190-92.

[34] Özbilgen, *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri,* s. 18. Özbilgen'e göre Pozitivst tanımlarda yapıalcak bu tadilat iki fayda sunmaktadır. Birincisi maddesel yaptırımla donatılmaya elverişli olmayan kurallara yaptırım eklenmesinin onlara hukukilik vasfını kazandıramayacağı ortaya konmuş olur. İkincisi yaptırımla donatılmaya elverişli kurallar ibaresi hukuku salt yasama organı tarafından çıkarılmış olan pozitif hukuk kurallarından ibaret gören yaklaşımların aksine sosyolojik anlamda var olan ve yaşayan hukuk olarak adlandırılabilcek kural türlerinin de hukuki niteliğini ortaya konmasına katkıda bulunmaktadır. Bkz. Özbilgen, *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri,* ss. 28-29.

[35] Özbilgen, *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri,* ss. 18-19. Benzer bir değerlendirme Green tarafından yapılmıştır. Yazar bir hukuk sisteminde cebir kullanımı ve yaptırım uygulanmasının zorunlu olmadığını ancak buna gereksinim duyulduğunda söz konusu hukuk sisteminin cebir ve yaptırım uygulayabilme kapasitesine sahip olması gerektiğini belirtmektedir. Başka bir deyişle yazara göre bir hukuk sistemi zorunlu olarak cebri değildir ancak gerektiğinde cebri olabilmelidir. Meleklerden oluşan bir topluluğun hukuk sistemi bile icap ettiğinde cebri mekanizmaları derhal oluşturma ve işletme yetkisini mündemiçtir. Bu tür yapılarda cebre ve yaptırımlara başvurulmuyor olması ampirik bir meseledir ve bu yönüyle yaygın olarak gözlemlenen hukuk sistemlerine nazaran olağandışıdır. Bkz. Leslie Green, "The Forces of Law: Duty, Coercion, and Power", *Ratio Juris*, C. 29, S. 2 (2016), s. 167.

nedeniyle riayet etmektedirler. Dolayısıyla hukuk kurallarına uyulmasının sağlanmasında cebir ve yaptırımların payı sanıldığı kadar büyük değildir[36].

Yaptırımın hukuk için zorunlu bir unsur olmadığı görüşü bu şekilde ortaya konduktan sonra belirtilmelidir ki yaptırımı hukuk için esaslı bir unsur saymayan yazarlar arasında da ait oldukları hukuk kuramları bakımından benzer bir çeşitlilik söz konusudur. Hem hukuki pozitivistler[37] ve sosyologlar arasında hem de doğal hukukçular arasında hukuk için yaptırımı zorunlu değil olumsal bir özellik olarak görenler bulunmaktadır. Kimi görüşler yaptırımı hukuk için tali bir araç olarak görmekte, kimisi ise yaptırımların yokluğunda dahi bir hukuk sisteminin varlığından söz edilebileceğini belirtmektedir. Hukukun cebri nitelikte oluşu doğal hukukçular arasında büyük oranda kabul görmekle birlikte Fuller'in bunun bir istisnası olduğu söylenebilir. Fuller, cebir ve yaptırımın hukuk için zorunlu olmadığını ve kavramsal yönden hukuku cebri bir düzen olarak nitelendirmek zorunda olmadığımız konusunda Raz'ın melekler topluluğu düşünce deneyinde belirttiklerine benzer görüşleri ileri sürmüştür. Fuller kurallara yalnızca insanın bencil, geçimsiz ve kavgacı doğası nedeniyle gereksinim duyulduğu şeklinde yanlış bir yaygın kanaatin bulunduğunu belirtmiştir. Oysa bir melekler topluluğu varsayıldığında dahi bu meleklerin ilahi görevlerini etkili bir biçimde yerine getirebilmeleri için kurallara ve hukuka ihtiyaç duyulacaktır[38]. Böylece kuralı ihlal etme imkânı bulunmayan melekler topluluğunda yaptırımlara, cebre gereksinim olmamasına rağmen yine de kurallara ve hukuka ihtiyaç olduğuna göre yaptırımların hukuk için zaruri olduğu söylenemez ve hukuk mutlak suretle cebri bir düzen olarak nitelendirilemez.

Yaptırımı ve cebri hukuk için zorunlu bir unsur saymayan sosyologlar da mevcuttur. Örneğin Duguit hukuk kurallarının toplumsal uzlaşının neticesi olarak ortaya çıktığını, bu şekilde ortaya çıkan hukuk kuralı için cebir ya da yaptırımların yapay desteğine ihtiyaç bulunmadığını düşünmektedir. Duguit'ye göre hukuk kuralları insanların kendilerini uymak zorunda

[36] Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, ss. 174-75. Yavuz Abadan da benzer değerlendirmelerde bulunmuştur. Ona göre cebrin hukuk için son derece önemlidir. Özellikle kurallara uymama alışkanlığ içinde olan asosyal insanların kurala uymalarını sağlamak için cebre başvurmaın zaruri olduğunu belirtmektedir. Buna karşılık yazara göre hukuk için cebrin rolü abartılmamalıdır. Cebir hukuk için doğal olmakla birlikte asli ve zorunlu bir unsur değildir. Cebir ile desteklenmeyen hukuk kurallarının sayısının fazlalığı bu hususu ortaya koymaktadır. Bkz. Abadan, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, ss. 92-93.
[37] Örneğin bu çalışmanın ikinci bölümünde detaylı olarak incelenen Hart ve Raz'ın hukuk teorilerinde yaptırım hukukun asli bir unsuru olarak görülmemektedir.
[38] Lon L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, Tekin Yayınevi, İstanbul 2016, ss. 71-72; Hall, *Foundations of Jurisprudence*, s. 101.

hissettikleri, kuralın ihlal edilmesi halinde ihlalde bulunan kişiye tepki göstermelerinin gerektiğine inandıkları ya da bu tepkiyi bilinçaltı otomatik bir süreçle gösterdikleri türde kurallardır. Duguit cebir ve yaptırımı fiziksel zorlama olarak nitelendirmekte hukuk kuralları için böyle bir zorlamanın olanaksız olduğunu düşünmektedir. Hukuk için asli olan yaptırım ve cebir değildir. Onun yerini bir hukuk kuralı ihlal edildiğinde gösterilen toplumsal tepki almalıdır[39].

Görüldüğü üzere yaptırımın hukuk için asli bir unsur olup olmadığı tartışması hukuki pozitivizmin sınırları içerisinde kalmamış doğal hukukçu ya da realist görüşlere sahip hukukçular da tartışmaya dâhil olmuştur. Bu bakımdan yaptırımın hukukun anlaşılması için ne anlam ifade ettiği oldukça geniş bir literatür üretmiştir. Elbette bu görüşlerin tamamının incelenmesi böylesi bir çalışmanın sınırlarını aşacak boyuttadır. Bu görüşlerin her birisi hakkında hukukta yaptırımın rolüne ilişkin müstakil bir çalışma yapılabilir.

Hukuki pozitivist görüşler içerisinde özellikle İngilizce konuşulan dünyada 1960'lı yıllardan itibaren yaptırımın hukukun esaslı bir unsuru olmadığı şeklindeki görüşler yaygınlaşmış ve diğer görüşe kıyasla daha yaygın bir biçimde kabul edilmeye başlanmıştır. Bu gelişmede H.L.A. Hart'ın John Austin özelinde klasik hukuki pozitivizm eleştirisi bir dönüm noktası teşkil etmektedir. Bu çalışmanın konusu yalnızca analitik hukuki pozitivistler arasındaki hukukta yaptırımın rolüne ilişkin tartışma ile sınırlandırılmıştır. Bunun sebebi pozitivist cephede de yaptırımın hukuk için asli bir unsur olmadığının güçlü bir biçimde ileri sürülmesi ve bu alanda oldukça zengin bir tartışma ortamının bulunduğunun fark edilmiş olmasıdır. Oysa olağan beklenti, bir pozitivistin yaptırımı hukukun zorunlu bir unsuru olarak görmesidir. Ancak başını Hart ve Raz'ın çektiği çağdaş dönemin önde gelen pozitivistleri yaptırımın rolünün Klasik dönem pozitivistleri Bentham, Austin ve takipçilerince abartıldığını ve sundukları hukuk tablosunun çarpık bir bilgilendirme niteliğinde olduğunu iddia etmişlerdir. Bu çalışmanın ilk bölümü Bentham ve Austin'in yaptırımı hukukun merkezine yerleştiren yaklaşımlarını ve bunlara yönelik eleştirileri ikinci bölümü ise yaptırımı hukukun merkezinden dışlayan yaklaşımları ve bunlara yönelik eleştirileri incelemektedir.

[39] Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 6. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2014, s. 353.

Bu çalışmada özellikle Bentham ve Austin'e karşı Hart ve Raz'ın yaptırım anlayışları ele alınırken söz konusu yazarların yaptırım kavramına ilişkin tanımları da incelenmiştir. Bunlar içerisinde Bentham yaptırım kavramını en geniş çerçevede tasavvur edendir. Çünkü Bentham kısıtlayıcı düzenlemelerin yanı sıra ödüllendirici düzenlemelerin de yaptırım olduğunu düşünmektedir[40]. Austin bu noktada büyük hayranlık duyduğu hocasından ayrılır ve ödüllerin yaptırım olamayacağını yaptırımın ancak bir kötülük niteliğinde olabileceğini savunmuştur[41]. Çoğu hukukçu da bu kanaattedir; yaptırımı daha ziyade olumsuz bir uygulama olarak düşünmektedirler.[42] Ancak Hart ve Raz yaptırım kavramının kapsamını Austin'den de daha dar bir biçimde ele almıştır. Austin yetki veren kurallara uyulmaması halinde ortaya çıkan hükümsüzlüğü bir yaptırım olarak görmekte iken Hart ve Raz hükümsüzlüğün bir yaptırım türü olduğuna katılmazlar. Austin'in tüm kuralların yaptırımlarla desteklenmesi gerektiği iddiasını da hükümsüzlüğün bir yaptırım olmadığını belirterek eleştirirler[43]. Bu yazarlar yaptırımları daha ziyade ödev yaratan kuralların ihlali durumu için belirlenmiş olan tepkiler olarak nitelendirmektedirler.

Yaptırımı hukukun esaslı bir unsuru olarak gören Bentham ve Austin ve esaslı bir unsuru olarak görmeyen Hart ve Raz'ın görüşlerinin incelenmesinden önce yaptırım kavramı hem de onunla ilişkili olabilecek kavramlar hakkında bir genel bir bilgi verilmesi ve akabinde bu çalışmanın sınırlarını belirleyen analitik hukuki pozitivizmin ne olduğu hakkında kısa bir açıklama

[40] Bentham'ın ödülleri de yaptırım olarak görmesinin arka planında yaptırımları davranışlar için birer güdü olarak görmesi bulunmaktadır. Bentham insan davranışlarının iki yönlendirici olduğunu düşünmektedir: Haz ve acı. Ödüller haz ceza, tazminat gibi olumsuz niteikte uygulamalar ise acı vermektedir.

[41] Ödüllerin yaptırım olarak kabul edilmemesi gerektiği hususunda Austin'e katılan pek çok yazar bulunmaktadır. Gerekçe olarak ödüller aracılığıyla bir davranışta bulunmaya zorlanamaması sadece ödül vaadinde bulunulan bir kuralın bağlayıcılığını yetirmesine yol açacaktır. Ayrıca devletin davranışları ödüller ile güdülemesine mali güçlerinin yetemeyeceği de dikkate alındığında ödüllerin bir yaptırım türü olarak görülmemesi isabetli olacağı savunulmuştur. Bkz. Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, s. 47.

[42] Örneğin Jeremo Hall'e göre yaptırım bir yoksunluk niteliğinde olumsuz bir çervede ele alınmalıdır. Bkz. Hall, *Foundations of Jurisprudence*, s. 106.

[43] Hükümsüzlüğün bir yaptırım türü olmadığına dair Hart'ın görüşleri için bkz. Şule Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık 2021, ss. 45-47. Türkçe litaratürde de konu ihtilaflıdır. Hükümsüzlük ya da geçersizliği bir yaptırım türü olarak kabul eden pek çok yazar bulunmaktadır. Bkz. Dinçkol, *Hukuka Giriş: Hukukun Temel Kavramları,* ss. 167-68; Gözler, *Hukuka Giriş,* ss. 380-83; Aydın Aybay, Rona Aybay, Ali Pehlivan, *Hukuka Giriş*, 15. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2019, ss. 61-62; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, s. 46. Bununla birlikte hükümsüzlük ya da geçersizliği br yaptırım türü olarak görmeyen yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Orhan Münir Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş: Hukuk başlangıcı dersleri I-II.*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1966, s. 93; Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, s. 174.

yapılması ilerleyen bölümlerde ele alınan konuların kapsamının sınırlarının belirlenmesi ve tartışmanın taraflarının iddialarının tanıtılması açısından faydalı olacaktır.

Hukuki pozitivizm hukuku olgusal gerçekler temelinde açıklamaya çalışan bir hukuk teorisidir. Hukuk ve ahlak ilişkisi temelinde doğal hukukla çatışan bir kuram olarak zihinlerde yer tutmuştur. Hukuki pozitivistler doğal hukukun olması gereken hukuk ve olan hukuk ikiliğine dayanan ve olması gereken hukuku olan hukukun üzerinde gören görüşlerini hatalı bulmaktadır. Hukuki pozitivistlere göre hukuk hakkında doğru bir bilgiye ancak hukuk teorisinden fizik ötesi ve hukuk ötesi öğeleri ayıklamak aracılığıyla ulaşılabilecektir. Fizik ötesi öğelerin ayıklanması büyük ölçüde ahlak ve adalet gibi soyut kavramlardan türetilmiş değer içerikli kavramların hukuktan dışlanmasıdır[44]. Öte yandan hukuk teorisinden hukuk dışı kavramların dışlanması daha ziyade hukuki pozitivist görüşler arasındaki ayrılık noktalarını oluşturmaktadır. Bu ayrılık noktalarından bir tanesi de bir hukuk teorisinde yaptırım kavramının ne gibi bir rol oynadığına ilişkindir.

Analitik hukuki pozitivizm, daha ziyade İngiliz hukukçuların görüşleriyle şekillenmektedir. Diğer pozitivist yaklaşımlardan farklı olarak bu görüşün mensupları bir hukuk sistemini uygulandığı zaman ve zemin koşullarına göre ele almakta ve sahip olduğu temel kavramlarını çözümleyerek analiz etmektedirler[45]. Hukuk, analitik hukuki pozitivizmin klasik döneminde hak, yükümlülük, egemenlik gibi kavramların[46] modern döneminde ise bu kavramlara eklemlenen normativite, bağlayıcılık, otorite gibi kavramların analiz edilmesi aracılığıyla betimlenmeye çalışılmıştır. Bu analiz yöntemi, analitik yöntem olarak adlandırılabilir. Analitik hukuki pozitivistler bu yöntem aracılığıyla hukuku analiz etmek, açıklamak ve diğer toplumsal davranış kurallarından net bir biçimde ayırt edebilmeyi hedeflemişlerdir. Austin bu hedefi "hukuk biliminin sınırlarını belirlemek" olarak nitelendirmiştir. Anlamı belirsiz ve bilimsel

[44] Hukuki pozitivist görüşler bir ekolün çatısı altında dile geitirlmiş oldukça yakın düşünceler birlii değildir. Esasında her pozitivist düşünürün kendine has bir yöntemi ve bu yöntem çerçevesinde ulaştığı farklı sonuçlar bulunmaktadır. Hatta en az on farklı hukuki pozitivist yaklaşımın bulunduğu, bunun sonucu olarak kelimenin kavram kargaşına yol açtığı ve bu bağlamda pozitivizm tabirini kullanmaktan vazgeçmenin en makul çözüm olduğu dahi savunulumuştur. Bkz. Robert S Summers, "The New Analytical Jurists", *New York University Law Review*, C. 41, S. 5 (1966), s. 889. Ancak yine de hukuki pozitivistler arasında ortak kabul gören en azından iki önerme bulunmaktadır: i) hukuki yasaların geçerliliği içeriğinden, ahlakiliğinden bağımsızdır. ii) hukuki yasalar toplumsal olgular aracılığıyla varlık kazanmaktadır. Bkz. Onur Altunsu, *Analitik Pozitivizm Açısından Yargıcın Hukuk Yaratması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 67.

[45] Ertuğrul Uzun, "İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 2 (2003), s. 2.

[46] Altunsu, *Analitik Pozitivizm Açısından Yargıcın Hukuk Yaratması*, ss. 67-68.

nitelikten yoksun kelime ve kavramların hukuk biliminden dışlanması bu hedefe ulaşılmasında en önemli görev olarak belirlenmiştir[47].

Hukuki pozitivizmin klasik versiyonlarının Bentham ve Austin tarafından geliştirilen hukukun buyruk kuramı ya da iradeci[48] hukuki pozitivizm[49] ve Kelsen tarafından geliştirilen normativist pozitivizm olduğu söylenebilir. Bentham ve Austin'in kuramı daha sonra Hart tarafından dönüştürülmüş ve geliştirilmiştir. Analitik hukuki pozitivizmin Hart'ın açtığı bu alandan ilerlemeye, kimi zaman Bentham ve Austin'in görüşlerine yönelik kimi zaman ise Hart'ın görüşlerine yönelik eleştiriler üzerinden şekillenmeye devam ettiği söylenebilir[50]. Bu alana dair zikredilmesi gereken bir diğer önemli hukuk kuramcısı ise Raz'dır. Doktora tezini Hart'ın danışmanlığında yazan Raz analitik hukuki pozitivist görüş içerisinde yer alan ve özgün teorisini ortaya koymuş bir hukuk kuramcısıdır. Daha sonra ortaya konan kapsayıcı hukuki pozitivizm ve dışlayıcı hukuki pozitivizm türleri açısından, Hart birincisinin, Raz ise ikincisinin temsilcilerinden kabul edilmektedir[51].

---

[47] Max A. Shepard, "An Analysis of Analytical Jurisprudence", *The Journal of Politics*, C. 1, S. 4 (1939), ss. 371-72.

[48] Analitik hukuki pozitivizm, hukuki pozitivizmin iradeci kanadı olarak nitelendirilmektedir. Altunsu, *Analitik Pozitivizm Açısından Yargıcın Hukuk Yaratması*, s. 67. Oysa analitik hukuki pozitvist görüşler muhakkak suretle iradeci olmak durumunda değildir. Nitekim bu çalışmada analitik hukuki pozitivizmi Bentham ve Austin'in başını çektiği klasik dönem ve Hart ve Raz'ın başını çektiği modern dönem olarak iki başlıkta incelenmiştir.

[49] Analitik hukuki pozitivizmin kurucusu olarak hatalı bir biçimde Austin kabul edilmektedir. Bkz. Brian Bix, "John Austin", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta, Uri Nodelman, Metaphysics Research Lab, Stanford University 2023, https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/austin-john/. Burada Bix, Austin'i hukuk teorisine analitik olarak yaklaşan ilk kişi olduğunu belirtmektedir. Analitik hukuk bilimini ise hukuk, hukuki hak, hukuki ödev, hukuki geçerlilik gibi anahtar kelimelerin analizi olarak sunmuştur. Oysa bunları Austin'den önce Bentham çok daha ustalıklı bir biçimde gerçekleştirmiştir. Austin'in teorisinin hocası Bentham'ın teorisine göre çok daha yalın ve kolay anlaşılır olması ve belki de daha önemli olarak Bentham'ın hukuk teorisine ilişkin en önemli eserlerinin büyük bir kısmının oldukça geç gün yüzüne çıkarılmış olmasının böyle bir yanlış kanaatin oluşmasında etkisi olduğu belirtilmiştir. Bkz. Uzun, "İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin", ss. 2, dipnot 2. Bu görüşün haklılık opayı vardır. Bu yüzden çok daha sofistike bir hukuk teorisi inşa etmiş ve bu teorisini büyük oranda hukuki kavramların analizine ayırmış Bentham'ın analitik hukuki pozitivizmin kurucusu ve halefi Austin'in de bu alanın önemli isimlerinden olduğunu düşünerek bu çalışmanın birinci bölümünde hem Bentham hem de Austin'in görüşlerini yaptırımı hukukun asli unsuru olarak gören yaklaşımlar çerçevesinde inceledim.

[50] Hart'ın analitik hukuk biliminin üzerindeki ölü toprağının atılmasında son derece kritik bir rol oynadığı ve Hart'la birlikte analitik hukuki pozitivizmin sadık ve saygın bir müdafi kazandığı belirtilmektedir. Bkz. Clifford L. Pannam, "Professor Hart and Analytical Jurisprudence", *Journal of Legal Education*, C. 16, S. 4 (1964), s. 379.

[51] Analitik hukuki pozitivizmin Hobbes tarafından müjdelendiği Bentham tarafından geliştirilip Austin ve takipçileri tarafından en yetkin haline getirildiği belirtilmektedir. İkinci dünya savaşı sonrası ise analitik pozitivizm Hart ve takipçilerinin çabalarıyla analitik hukuki poztivizmin kapsamı genişlemiş, yöntemleri daha sofistike hale gelmiş doktriner ve pozitivist yönleri seyreltilmiştir. Bkz. Summers, "The New Analytical Jurists", s. 862. Bentham ve Austin'in öncülüğündeki ilk dönem klasik dönem, Hart'ın önderliğindeki ikinci dönem ise modern dönem olarak adlandırılabilir. Aralarındaki farklara rağmen hukukun açıklanmasında ahlaki değil biçimsel ölçütleri esas almaları, hukuka ve hukuk kurallarına yönelik bilimsel araştırma faaliyetini "olan hukuk"la

Bu çalışmada hukuki pozitivizmin özellikle İngilizce konuşulan dünyada yaygın olan versiyonu olan Analitik hukuki pozitivizm mensupları arasında uzun yıllardan beri tartışılmakta olan bir problem ele alınmıştır. Analitik pozitivist görüşler çerçevesinde yaptırım kavramının rolüne ilişkin tartışmalar bu çalışmada dört önemli ve kurucu hukukçunun görüşleri üzerinden değerlendirilmiştir. Bunlardan ilk ikisi Bentham ve Austin klasik hukuki pozitivizmin temsilcileri olarak yaptırıma hukuk teorilerinde oldukça önemli bir rol vermişlerdir. Diğer ikisi Hart ve Raz ise yaptırım kavramının hukuk teorisinde seleflerinin iddia ettiği kadar önemli bir rol oynamadığını düşünmektedir. Bu düşünürlerin görüşleri çerçevesinde analitik hukuki pozitivizmin yaptırım tartışması iki başlık etrafında şekillendiği söylenebilir. Hart ve Raz'ın, yaptırımın rolü hakkında hemfikir olmasalar da hoşa gitmeyen bir uygulama olarak görmek bakımından Austin'e katıldığı söylenebilir. Nitekim söz konusu yazarlar yaptırımın hukuk teorilerinde niçin merkezi bir konumu işgal etmediğini, cebir uygulaması olmaksızın da hukukun var olabileceğini belirtmek suretiyle izah etmektedirler.

Bu çalışmada analitik hukuki pozitivist görüşler çerçevesinde cereyan eden hukukta yaptırımın rolüne ilişkin tartışma iki bölüm halinde incelenmiştir. İlk bölümde yaptırımın hukuk teorisi için esaslı bir kavram olduğunu ileri süren Bentham ve Austin'in görüşleri ve bu görüşlere yönelik eleştiriler incelenmiştir. İkinci bölüm ise yaptırımın hukukun esaslı bir unsuru olmadığını iddia eden Hart ve Raz'ın görüşlerine ve bunlara yöneltilen eleştirilere ayrılmıştır.

Birinci bölümün birinci kısmında Bentham'ın görüşleri ve bu görüşlerine yönelik eleştiriler incelenmiştir. Bu kısım üç alt başlıktan oluşmaktadır. Birinci alt başlık Bentham'ın hukuk kuramını ana hatlarıyla ortaya koymaktadır. İkinci alt başlık teorisyenin hukuk kuramında yaptırımın rolünü izah etmeye ayrılmıştır. Üçüncü alt başlık ise Bentham'ın yaptırım hakkındaki görüşlerine yönelik eleştirilere ve bunların değerlendirilmesine ayrılmıştır. Birinci bölümün ikinci kısmı ise Austin'in görüşlerine ayrılmıştır. Bu kısım da üç alt başlıktan oluşmaktadır. İlk alt başlık ana hatlarıyla Austin'in hukuk kuramını ortaya koymaktadır. İkinci alt başlık Austin'in hukuk kuramında yaptırımın rolü üzerinedir. Üçüncü alt başlıkta ise

sınrılandırmış olmaları bakımından müşterek bir tavır benimsemektedirler. Bkz. Raymond Wacks, *Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisine Giriş*, çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver, Serdar Ünver, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2021, s. 121.

Austin'in yaptırım anlayışına yönelik eleştirilere yer verilmiş ve bunlar üzerine analizlerde bulunulmuştur.

İkinci bölüm de birinci bölüm gibi iki kısımdan oluşmaktadır. İlk kısım Hart'ın görüşlerinin incelenmesine ayrılmıştır ve üç alt başlıktan müteşekkildir. İlk alt başlıkta Hart'ın hukuk kuramı ana hatlarıyla ortaya konmuştur. İkinci alt başlıkta Hart'ın hukuk kuramında yaptırımın ne rol oynadığı hukuki geçerlilik ve hukuki yükümlülük hakkındaki görüşleri çerçevesinde ele alınmıştır. Üçüncü alt başlıkta ise Hart'ın yaptırım anlayışına ilişkin eleştirilere ve bunların değerlendirilmesine yer ver verilmiştir. İkinci bölümün ikinci kısmında ise Raz'ın görüşlerinin analiz edilmiştir. Bu kısım da üç alt başlıktan oluşmaktadır. İlk alt başlıkta ana hatlarıyla Raz'ın hukuk kuramı ortaya konmuştur. İkinci alt başlıkta Raz'ın hukuk kuramında yaptırımın rolü konu edinilmiştir. Üçüncü alt bölümde ise Raz'ın yaptırım anlayışına yönelik eleştirilere yer verilmiştir.

Bu çalışmanın sonuç bölümünde ise dört teorisyenin görüşleri kısaca özetlenmiş ve teorilerinde tarafımca haklı ve haksız bulunan iddialarına ilişkin son değerlendirmelerde bulunulmuştur. Her bir teorisyenin yaptırım analizinde iştirak edilebilecek ve karşı çıkılabilecek hususlar bulunmaktadır. Bunlara ilişkin kanaat sonuç kısmında belirtilmiştir. Özetle bu çalışmada üç iddia ileri sürülecektir. İlk olarak Bentham ve Austin'in teorilerinde ortaya konduğu haliyle yaptırımın hukuk sahasında bir rol oynadığının kabul edilemeyeceği, Bentham ve Austin'in hukuk için yaptırımın rolünü abarttıkları ileri sürülecektir. Bu hususta Hart'ın başını çektiği eleştirilerden istifade edilebilir. İkinci olarak Bentham ve Austin'in yaptırımın rolünü abartan yaklaşımları hatalı olmakla birlikte yaptırımın rolünü fazlaca indirgeyen Hart, Raz ve onların takipçilerinin görüşleri de hatalı olduğu iddia edilecektir. İkinci gruptakilerin sunduğu hukuk tablosu en az birinci gruptakilerin sunduğu kadar kusurludur. Üçüncü olarak bir hukuk normunun varlığı ve bir hukuk sisteminin varlığı açısından yaptırım kavramının sahip olduğu role dair farklı neticelere ulaşılmasını gerektirecek bir değerlendirmenin kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Buna göre yaptırım bir hukuk normu açısından zorunlu bir unsur değildir; ancak yaptırımsız bir hukuk sistemi ne kavramsal ne de ampirik yönden mümkün olabilir. İlk iki iddiaya, bu çalışmanın birinci ve ikinci bölümlerinde söz konusu yazarlara yönelik eleştirilerin bulunduğu alt başlıklarda yer verilmiştir. Üçüncü iddia ise çalışmanın sonuç bölümünde savunulmuştur.

I. BÖLÜM: YAPTIRIMI HUKUKUN ASLİ UNSURU OLARAK GÖREN GÖRÜŞLER

Hukuki pozitivizm doğal hukukun olan hukuk-olması gereken hukuk ikiliğini reddeden ve hukuktan metafizik ve hukuk ötesi kavramları dışlayarak, hukuku doğa bilimleri gibi somut olgulara dayanan bir bilim haline getirmeyi amaçlayan bir hukuk kuramıdır. Jeremy Bentham ve hem öğrencisi hem de halefi John Austin bu kuramın klasik halini ortaya koyanlar olarak görülmektedir[52]. Austin'e göre hukuk egemenin tehditle desteklenen buyruklarıdır. Öğrencisi Austin gibi Bentham da hukuk sistemini oluşturan yasaların egemenin iradesinin birer ifadesi (egemenin irade beyanı) olduğunu ve bu yasaların bir dizi cebri buyruk formunda olduğunu ileri sürmekte, hukuku buyruk kuramı ile açıklamaya çalışmaktadır.[53]. Ayrıca Bentham hukuk ve ahlak arasında zorunlu ve kavramsal bir bağlantı olmadığını ileri sürerek ayrım yapmaktadır. Bentham'ın hem buyruk kuramını benimsiyor oluşu hem de hukuk ve ahlak ayrımını benimsiyor oluşu onun hukuki pozitivizmin kurucularından biri olarak görülmesine neden olmuştur[54]. Bu bakımdan Bentham'ın hukuka yaklaşımı, egemen ya da buyruk odaklı olarak nitelendirilebilir ve görüşleri klasik hukuki pozitivist yaklaşım içerisinde değerlendirilebilir[55]. Ne var ki Bentham neyin yapılmasını gerektiğini ya da neyin yapılmasının yasak olduğunu ortaya koyan kuralların yanında Austin'den farklı olarak neyin yapılabileceğini ya da yapılmasının gerekmeyeceğini açıklayan "izin verici kuralları" da egemenin iradesinin ürünü olarak görür ve hukukun kapsamına dâhil eder[56]. Bu yaklaşımı sayesinde Bentham, Austin'den

[52] Ancak kuramın temelleri her ne kadar Bentham tarafından atılmış olduğu kabul edilmekle birlikte klasik hukuki pozitivizmin asıl kurucusunun Austin olduğu da iddia edilmiştir. Bkz. Philip Schofield, "Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence", *The Journal of Legal History*, C. 12, S. 1 (1991), s. 58.

[53] H. L. A. Hart, "Sovereignty and Legally Limited Government", *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, ed. H. L. A. Hart, Oxford University Press, Oxford 1982, s. 226.

[54] H. L. A. Hart, "Introduction", *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, ed. H. L. A. Hart, Oxford University Press, Oxford 1982, ss. 17-18.

[55] Bentham'ın hukuk kuramı için pozitivist nitelemesinin doğru olmayacağı onun faydacı bir hukuk kuramı inşa ettiği şeklindeki aksi görüş için bkz. Philip Schofield, "Jeremy Bentham and HLA Hart's 'Utilitarian Tradition in Jurisprudence'", *Jurisprudence*, C. 1, S. 2 (2010), s. 147-67.

[56] David Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", *Cornell Law Review*, C. 57, S. 3 (1972), s. 336.

daha fazla yasa tipini hukukun kapsamına alabilmiştir. Bu fark gerekçe gösterilerek Bentham'ın hukuk kuramının Austin'inkine kıyasla daha incelikli ve sofistike bir biçimde kurgulanmış[57], daha dikkat çekici ve daha savunulabilir olduğu ileri sürülmüştür[58].

Klasik hukuki pozitivizmin yaptırım hakkındaki değerlendirmeleri Bentham ve Austin üzerinden aktarılacaktır. Bu çerçevede ilk olarak Bentham'ın görüşleri açıklanıp eleştirilen yönleri üzerinde durulacak sonrasında Austin'in kuramı aynı çerçevede ele alınacaktır. Son olarak iki hukukçunun birbiri ile mukayesesi yapılacaktır. Bu mukayese yapılırken düşünürlerin görüşlerinin çağdaş hukuk kuramcılarının çeşitli eleştirileri karşısında ne derece ayakta kalabileceği yeniden yorumlama yapılması suretiyle test edilecektir.

1. JEREMY BENTHAM VE YAPTIRIM

Bentham'ın hukuk kuramı için araştırmacılarca buyruk kuramı, irade kuramı, emredici hukuk kuramı gibi farklı etiketler tercih edilmiştir. Bu adlandırmaların her birisinin Bentham'ın kuramında bir karşılığı bulunmakla birlikte Bentham'ın kuramı salt buyruk kuramları ya da emredici hukuk kuramlarının göstermiş olduğu özelliklerden daha zengin mahiyette ve onların çözüm bulmakta zorlandığı problemlere cevap verebilme kapasitesine sahiptir. Bu bakımdan Bentham'ın hukuk kuramını iradeci hukuki pozitivizm olarak nitelendirmek, buyruk ya da emir temelli kuramlardan ayırt edilmesini sağlamak bakımından faydalı olacaktır[59].

[57] H. L. A. Hart, "Bentham on Sovereignty", *Irish Jurist*, C. 2, S. 2 (1967), s. 327.
[58] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", s. 336.
[59] Xiaobo Zhai, "Bentham's Command versus Hart's Authoritative Reason: An Examination of the Principal Interpretations of Bentham's Imperative Theory of Law in Hart's 'Commands and Authoritative Legal Reasons'", *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham*, ed. Guillaume Tusseau, Routledge 2014, s. 170, d.n. 2. Karl Olivecrona da Bentham'ın hukuk kuramını hukuka dair irade kuramı olarak nitelendirir: *"Jeremy Bentham genç bir adamken Locke ve Hume'un felsefelerinden derinden etkilenmişti. Yirmi yaşına geldiğinde, hukuk hakkında bilimsel çalışma yapmak için avukatlık mesleğini terk ettiğinde, yol gösterici ilkesi, her bilimsel çalışmanın deneyime dayanması gerektiğiydi. Kendisinden önce hiç kimsenin bu ilkeyi hukuk teorisine uygulamadığını gördü. 1780 civarında yazdığı büyük bir eserde [yazar burada Of Laws in General'i kastediyor.], bir hukuk sisteminin tam bir tanımını olgusal ya da sosyolojik terimlerle sunmanın zorlu görevini üstlendi. Her yasanın bir devletteki fiili güç sahiplerinin iradesinin ifadesi olduğu şeklindeki temel tezinin sonuçlarını azami tutarlılıkla ortaya koymaya çalıştı. Böylece ilk büyük pozitivist oldu. Hukuka dair irade kuramı hiç bu kadar açık ve kapsamlı bir şekilde açıklanmamıştı. Bazen Bentham'ın vardığı sonuçlar, İngiltere'nin örf ve adet hukukunun gerçek hukuk olduğunu yadsıması gibi, modern zihne garip gelebilir. Ama bugüne kadar onun teorisi gerçek ilgiyi sürdürüyor çünkü tam da irade teorisinin içerimleri böylesine yılmaz bir açıklıkla ortaya çıkıyor."* Karl Olivecrona, "The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of 'A Law'", *American Journal of Jurisprudence*, C. 20, S. 1 (1975), s. 95.

Bentham hukuk kuramının önemli kavramlarından biri olan yaptırıma çalışmalarında sıklıkla atıfta bulunmakla birlikte, *Of the Limits of Penal Branch of Jurisprudence*[60] kitabının "bir yasanın gücü" (force of a law) başlıklı on üçüncü bölümünde bu kavramı detaylı ve titiz bir yaklaşımla analiz etmiştir. Bentham'a göre yasanın gücü kavramı, yasanın *"hedeflediği etkiyi üretmesini sağlamak için dayandığı güdüler ve bu güdüleri devreye sokmak için dayandığı diğer yasalar veya araçlar*[61]*"* ile ilgili olması nedeniyle önemlidir ve bu nedenle kavramı kitabında ayrı bir başlık altında incelemiştir. O halde Bentham'ın hukuk kuramında yaptırımın rolü belirlenmeye çalışılırken söz konusu kitabın bu kısmındaki temelden hareket edilmesi yerinde olacaktır.

Ancak Bentham'ın buyruk temelli hukuk kuramında yaptırımın ne anlam ifade ettiğinin anlaşılabilmesi için öncelikle hukuk düşüncesini inşasında etkili olan arka planın da ana hatları ile bilinmesi gerekir. Zira Bentham yasanın gücünü yasanın unsurlarından yalnızca biri olarak kabul eder ve bütün kuramının içinde bu kavramın yerinin anlaşılabilmesi için, yaptırım kavramını incelemeye başlamadan önce Bentham'ın kuramına kuş bakışı bakmak ve kuramı ana hatları ile ortaya koymak yerinde olacaktır. Bu çerçevede öncelikle sırasıyla Bentham'ın zihnindeki hukuk reformu, insan psikilojisi üzerine görüşleri ve faydacı yaklaşımı çerçevesinde hukuk kuramının temelleri kısaca izah edilecektir. Bundan sonra Bentham'ın yasanın yapısı hakkındaki görüşleri ve yasanın sahip olduğu güç olarak yaptırım kavramı incelenecek ve yaptırım kavramının Bentham'ın hukuk kuramındaki rolü açıklanacaktır.

[60] Jeremy Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford 2010. Bu kitap Bentham'ın el yazı notlarının sonradan düzenlenmesiyle Bentham'ın vefatından sonra gün yüzüne çıkarılmıştır. Hukukla ilgili en kapsamlı analizlerinin yer aldığı bu eserin geçmiş tarihlerde farklı editörlerce yapılmış iki farklı baskısı daha bulunmaktadır. Kitap ilk olarak 1945 yılında Charles Warren Everett tarafından *The Limits of Jurisprudence Defined* ismiyle yayımlanmıştır. (Jeremy Bentham, *The Limits of Jurisprudence Defined*, Ed. Charles Warren Everett, New York, Columbia University Press, 1945). İkinci edisyon H.L.A. Hart'ın editörlüğünde *Of Laws in General* ismiyle 1970 yılında yayımlanmıştır. (Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, Ed. H. L. A. Hart, London, The Athlone Press, 1970). Bu edisyon Bentham'ın çalışmalarını bir araya getiren Bentham Komitesinin çalışması olan The Collected Works of Jeremy Bentham içinde yer almıştır. Ancak Komite tarafından geçmiş edisyonlarda yapılmış hataların düzeltilmesi amacıyla yayımlanan eserin üçüncü edisyonu ile Hart edisyonu *Of Laws in General*'in yerini aynı zamanda komite başkanlığını da yürüten Schofield'ın editörlüğünü yaptığı *Of The Limits of Penal Branch of Jurisprudence* almıştır. Bu nedenle tezde en yeni edisyon olan ve Komite tarafından diğer edisyonlara tercih edilen bu çalışma esas alınmıştır.

[61] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 41.

1.1. Anahatlarıyla Bentham'ın Hukuk Kuramı

1.1.1. Common Law Eleştirisi ve Hukuk Reformu Düşüncesi

Bentham'ın hukuki kavramları titizlikle incelemek istemesinin, hukukun niteliğini kavrama girişiminin arka planında, gerçekleştirilmesini arzu ettiği toplumsal reform ve özellikle de hukuk reformu yer almaktadır[62]. Bentham içinde yaşadığı hukuk sistemini çok sert bir dille eleştirmiş İngiliz hukukuna hâkim olan "hukuki kurguların" hukuk sistemini zehirlemekte, çürütmekte olduğu iddiasında bulunmuştur. Bentham'ın yaşadığı dönemde İngiliz hukukunda doğal hukukun etkisi söz konusudur ve "*bozuk*" hukuk sisteminin ortadan kaldırılması ve yerine daha iyi bir hukuk sisteminin konulabilmesi için bir hukuk reformu yapılmalıdır. Bu hukuk reformunun yapılabilmesi için daha elverişli bir ortamın doğması ancak hukuk ile ahlakın birbirinden ayrılması ile mümkün olacaktır. Hukuk tanımının içine ahlaki bir ölçüt yerleştirmek tehlikeli bir kavramsal karmaşa belirtisidir. Zira Bentham'a göre hukukun varlığı ve hukukun ahlaki değeri birbirinden farklı konulardır. Zihninde tasarladığı hukuk reformu ancak hukukun ahlaktan ayrılması ile mümkün olabilecektir[63].

Bentham'ın amacı önce çürümüş olduğunu düşündüğü mevcut hukuk sistemini yıkmak sonra da köklü bir hukuk reformu aracılığıyla yeni bir hukuk sistemi kurmaktır. Bunu yapabilmek için öncelikle yıkmayı arzuladığı bozulmuş hukuk sistemini analiz etmekle işe başlamıştır. Bu çerçevede hukuki kavramların tanımlanması ve anlamlarının açıklanması için titiz bir çalışma içine girmiştir. Bentham'a göre hak, ödev, yükümlülük gibi hukuki kavramlar, gerçek karşılıkları olan varlıklar değildir, bunlar bir anlam taşıyabilmeleri için gerçek varlıklarla irtibatlandırılmaları gereken mantıksal faraziyelerdir[64]. Böylece tüm hukuki terimlerin içinde oldukları bağlam çerçevesinde analiz edilerek varlıklarının ampirik olarak ispat edilebilen haz ve acıya irtibatının gösterilmesi gerekmektedir. Haz ve acı biçiminde somut olguya

[62] Bentham bir yönüyle ahlak ve siyaset ve hukuk felsefesine ilişkin görüşleriyle faydacı düşüncenin kurucusu bir yönüyle de yaşadığı dönemin Common Law sistmine yönelik eleştirileri ve köklü değişim önerilerinde bulunması yönüyle teorik ve pratik bir reformcu olarak nitelendirilebilir. 19. Yüzyıl İngiltere'sinde gerçekleştirilen pek çok hkuk reformunun alt yapısını hazırlayan isimlerden birisi de Bentham olarak gösterilmektedir. Bkz. Ahmet Gürbüz, *Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1999, s. 45. Hatta Bentham'ın özellikle kodlaştırmaya ilişkin görüleri İngiltere dışında da etkili olmuş ve tüm dünyada kodlaştırma çabalarını hızlandırmıştır. Bkz. Gürbüz, *Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi*, s. 47.

[63] Frederick Schauer, *The Force of Law*, Harvard University Press, London 2015, ss. 12-13.

[64] Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, s. 171.

irtibatlandırılamayan kavramlar herhangi bir gerçekliği olmadığından metafizik niteliklidirler ve bu nedenle hukuktan dışlanmalıdırlar[65]. Böylece doğal hukukçuların ileri sürdüğü ve herhangi olgusal karşılığı bulunmayan ve hukuk sistemini çürüten kurgular hukuktan dışlanmış olacaktır. Bentham'ın kavramları açıklamak için yapmış olduğu tüm dil bilgisel analizlerin, söz konusu kavramların zihnindeki fayda ilkesi temelinde kurgulamış olduğu hukuk reformuna uygun bir biçimde yeniden inşa edilebilmesinin hazırlık aşaması olduğu ve bir araç olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır[66].

Bentham yaşadığı dönemdeki Common Law eleştirisini yaparken, İngiliz hukukunda gerçek varlıkların bulunmadığı, yalnızca bazı gerçek varlıklardan gelen hayali yansımalardan, insanların zihinlerindeki fikirlerden ibaret olduğunu düşünmektedir. Oysa ona göre hukuk denildiğinde gerçek varlığı olan şeyler buyruklar, yaptırımlar ve alışkanlıklardan oluşur. Dolayısıyla hukuki kavramların açıklanmasında bu gerçek varlıklarla ilişkileri kurulması aracılığıyla söz konusu kurgusal varlıkların bir anlamı ve hakikati söz konusu olabilecektir. Bentham'ın gerçeklik ve kurgusal olan ayrımını temelinde Common Law eleştirilerini geliştirdiği görülmektedir[67]. Nitekim bu yöndeki çabaları çerçevesinde "hukukun kendisini bir maske içinde gösterdiği" düşüncesini benimsemesi ile birlikte değerlendirildiğinde Bentham'ın hukuka dair gizemlerin ve ilüzyonların genellikle çıkar sahiplerinin yararına olacak bir biçimde toplumsal kurumlar etrafında kümelendiği ve bu kurumların sahip oldukların kusurların insan eseri olduğunu gizlediği, yol açtığı adaletsizlik ve sömürünün kaynağının ise yanıltıcı bir biçimde doğa olduğu şeklinde bir inancın oluşmasına zemin hazırladığını fark etmek hususunda en az Karl Marx kadar bir kavrayışa sahip olduğu ileri sürülmüştür[68].

Bentham bir yandan kavramları incelerken diğer yandan ne kadar problemler barındırıyor olursa olsun bir hukuk sistemini diğer toplumsal davranış kurallarından ayırt edici bir özelliği olarak muhataplarını kurallarına *itaate zorlama* yetisine sahip olduğunun herkesçe gözlemlenebileceğini ileri sürmüştür. Hukuk ampirik yöntemle analiz edildiğinde itaate zorlama yetisi hukukun görülecek en bariz gücüdür. Bentham'ın bozuk olduğunu düşündüğü

[65] Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, s. 172.
[66] Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, s. 167.
[67] Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2019, s. 290.
[68] Hart, "Introduction", s. 2.

İngiliz hukuk sistemini incelemeye başladığında tespit ettiği ilk olgu olan hukukun itaate zorlama yetisi, daha sonra kuramında, hukuku, büyük ölçüde zorlayıcı gücü çerçevesinde ele almasına ilham vermiştir[69].

1.1.2. İnsan Psikolojisi ve Yaptırım İlişkisi

Bentham'ın hukukun kavranmasında yaptırıma yaptığı vurgunun en temel sebebi insana dair psikolojik görüşleridir[70]. Ona göre insan davranışlarının belirleyicisi haz ve acıdır. İnsan doğası gereği sonuç olarak kendisine haz veren davranışları gerçekleştirirken, kendisine acı veren davranışlardan kaçınır[71]. Bunun aksini ispat etmeye yönelik her türlü girişim hüsranla sonuçlanacak ve insan davranışlarını yöneten tahtta oturan iki efendi olarak haz ve acının belirliyici etkisini daha bariz bir biçimde gözler önüne serecektir. Bentham bunu insan doğasına dair bir gerçeklik olarak kabul etmiş ve haz ve acı terazisi ile tartılabilen fayda ilkesi çerçevesinde ahlaki eylemin en büyük mutluluğu sağlayan eylem olduğu sonucuna ulaşmıştır[72].

İnsanların zaman zaman *yardımseverlik, duygudaşlık* gibi toplumsal, sık sık *ortak iyi* amaçlanarak bireylerin orantılı fayda elde edebileceği yarı toplumsal güdülerle eylemde bulundukları gözlemlenebilmekle birlikte, bunlar insanın doğrudan kendisini ilgilendiren ve kendi refah düzeyini maksimize etmeyi hedefleyen güdüsü yanında ikincil düzeyde kalır. Bir insan kendi kişisel çıkarları ile toplumun çıkarlarının çatışması halinde ortak iyi aleyhine kendi çıkarları lehine olan kötülüğü er ya da geç gerçekleştirecektir[73]. Bu nedenle ortak fayda ile çatışabilecek kişisel menfaat durumlarında bireylerin kişisel menfaatleri gereğince eylemde bulunmalarını engellemek için bir dış güç gereklidir[74]. İnsan iradesini etkileyen yegâne güç ise güdülerdir[75]. Bu güdülerin belirdiği ve yüksek düzeyde etkili olduğu alan ise hukuk sahasıdır. Başka bir deyişle bireysel menfaatlerle toplumsal menfaatlerin çatıştığı durumlarda bireylerin

[69] Schauer, *The Force of Law*, s. 13.
[70] Schauer, *The Force of Law*, s. 13.
[71] Jeremy Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, çev. Ömer Saruhanlıoğlu, Uğur Kaşif Boyacı, Litera Yayıncılık 2017, s. 16.
[72] Gürbüz, *Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi*, s. 49.
[73] Jeremy Bentham, *Constitutional Code*, Oxford University Press, New York 1983, C. 1, s. 119.
[74] Schauer, *The Force of Law*, s. 14.
[75] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 91.

davranışları, kişisel çıkarları aleyhine ortak çıkarlar lehine olacak bir biçimde düzenlenmek isteniyorsa, bu amaç için en elverişli araç yasalar toplamı niteliğindeki hukuk olacaktır.

Bir yasa koyucu muhataplarının koyduğu kurallara uymasını bekler ve yasa muhataplarının kurala uymalarını sağlayacak güdünün yasa koyucu tarafından sunulması gerekir. Bu güdü ise kurala uyulması halinde sağlanacak haz ya da kurala uyulmaması halinde maruz kalınacak acı olmalıdır. Bu güdüler Bentham tarafından hukuk kuramında cezbedici güdüler ve cebri güdüler olarak adlandırılır[76]. Yasa, bu iki güdüleme türünden birini içermiyorsa muhataplarını itaate zorlama yetisinden yoksun olacak ve varoluş amacıyla tezat bir durum arz edecektir. Böylece Bentham'ın hukuk kuramında yaptırım (teşvik ya da kısıtlama) yasanın muhatabının iradesini yönlendirici nitelikte güdülerden oluşur ve dahası yaptırım böylece bir yasanın kurucu unsuru olarak ele alınmıştır.

1.1.3. Kurgu ve Gerçeklik İlişkisi: Etik-Kurgusal Varlıkların Anlaşılması

İnsan doğasının haz ve acıya karşı duyarlılığı temelinde Bentham bir dil teorisi de geliştirmiştir. Bu hususta görüşlerinde çalışmanın odaklandığı hususu doğrudan ilgilendiren etik-kurgusal varlıkların anlam ve hakikatinin anlaşılmasına dair geliştirmiş olduğu açıklama (paraphrasis) yöntemidir. Bu yöntem hak, ödev, yükümlülük, mülkiyet gibi kurgusal nitelikte olan hukuki terimlerin açıklanmasında kilit rolü haiz olduğundan öncelikle ele alınması gereken konulardan birisidir. Öncelikle Bentham'ın gerçek ve kurgusal arasında yapmış olduğu ayrım sonrasında ise açıklama (paraphrasis) yöntemine değinilecektir.

1.1.3.1. Kurgusal Varlıkların Gerçek Varlıklarla İlişkilendirilmesi

Bentham varlıklar ve onlara nispet edilen adlandırmaları iki sınıfa ayırır: gerçek olanlar ve kurgusal olanlar. Bir gerçek varlığı işaret etmek amacıyla kullanılan adlar, kelimenin anlamının anlaşıldığı ölçüde anlaşılabilir ve kelimenin anlamı çerçevesinde varlıkla ilişkilendirilmesi doğru bir önermedir. Örneğin kalem adlandırması yazı yazmaya yarayan bir aleti işaret etmek için yapılmış bir adlandırmadır ve "Yazma, çizme vb. işlerde kullanılan çeşitli biçimlerde araç[77][78]" olarak tanımı yapılabilir. Kalem adlandırması somut olan, gözlemlenebilen bir gerçek

[76] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 142.
[77] "TDK Sözlük", **kalem**, (Çevrimiçi) https://sozluk.gov.tr/, 17.09.2022.
[78] TDK Sözlük, https://sozluk.gov.tr/, 17.09.2022, saat 11:27.

varlığa dair bir adlandırmadır. Bentham'a göre ancak öznesi gerçek bir varlık olan önermeler doğru önerme sayılabilir; öznesi kurgusal bir varlık olan önermelerin ne gerçekliği ne de bir anlamı bulunmaktadır[79]. Hak, ödev, yükümlülük, mülkiyet gibi hukukla ilgili çoğu kavramın kurgusal nitelikte olduğunu ileri sürdüğünden, Bentham'ın hukuk kuramının anlaşılabilmesi için kurgusal varlıklarla gerçek varlıklar arasında yapmış olduğu ayrımın anlaşılması, kurgusal varlıkların bizler tarafından nasıl anlaşılması gerektiğine dair geliştirmiş olduğu fikirlerinin bilinmesi gerekmektedir.

Kurgusal bir varlığın bir anlam ifade edebilmesi ancak gerçek bir varlıkla ilişkilendirilmesi sayesinde mümkün olmaktadır. Öznesi kurgusal varlık olan bir önerme, bu önermeye karşılık gelen öznesi gerçek bir varlık olan bir önermeyle ilişkisi aracılığıyla anlaşılabilir; kurgusal adlar ve önermelerin başka türlü bir anlam ifade etmesi mümkün değildir[80]. Bentham gerçekliği, hakikat, doğrulukla eş anlamlı olarak değerlendirmektedir. Zira hakikatin tek kaynağı algılara karşılık gelen gerçek varlıklardır. Dolayısıyla gerçek olan aynı zamanda doğru olandır; bu nedenle bir önermenin doğru olabilmesi için öznesinin gerçek bir varlık olması gerekmektedir[81]. Kurgusal bir varlık ve öznesi kurgusal bir ad olan önerme ise yalın haliyle doğru bir önerme olamaz, herhangi bir gerçekliği yoktur ve bir anlam ifade etmez[82]. Ancak gerçek bir varlık ve öznesi gerçek bir varlık olan bir önerme ile bağlantı kurulduğu takdirde bir anlam ve hakikati olacaktır; kurgusal varlık böylece gerçek varlık aracılığıyla bir hakikate ve anlama kavuşmuş olacaktır.

Kurgusal varlıklar ve adlandırmalar insan zihninin birer ürünüdür; diğer canlılara kıyasla kompleks nitelikli insan zihninin durum ve işlemlerini belirtmek için ortaya çıkmıştır ve vazgeçilemez nitelikte bir gerekliliktir. Kurgusal önermelerin gerçek varlıklarla ilişkilendirilerek anlam ve hakikat zeminine oturtulması, kurgusal varlıkların gerçek varlıklarla kıyaslanarak yerilmesi, kurgusal bir söylem kullananların eleştirilmesi anlamında bir değersizleştirmesi anlamına gelmemektedir. Kurgusal olanı gerçek olanla irtibatı çerçevesinde

[79] Jeremy Bentham, *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, Oxford University Press, Oxford 1983, s. 5.
[80] Bentham, *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, s. 74.
[81] Piero Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, Routledge 2018, s. 92.
[82] Jeremy Bentham, "Essay on Logic", *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring, William Tait, Edinburg 1843, C. 8, s. 246.

açıklamaya dayanan teorisinin amacı, *kurgusal varlıkları toplumsal ontolojiden veya kavramsal şemamızdan çıkarmak için bir gerekçe sağlamak değil, düşünceyi sistematik olarak düzene sokmak ve yönlendirmekti: kavramların meşru uygulama ve kullanımının kapsamının kesin olarak belirlenebileceği bir yöntem tanımlamaktı.*[83]" Kurgusal varlıklar ve kurgusal önermelerin kullanımı, insan dilinin vahşilerin dilinden ayırt edilmesini sağlayan, ona daha yüksek bir paye verilmesini sağlayan bir özelliktir[84]. Dolayısıyla tekrar pahasına Bentham kurgu teorisi aracılığıyla kurgusal olanı, lanetliyor, tamamen ortadan kaldırmak gibi bir amaç taşıyor değildir; amacı kurgusal varlıklar hakkında gelişigüzel, dağınık ve öznel değerlendirmeleri ortadan kaldırmak, bunların anlam ve hakikatinin belirlenmesini belirli esaslara tabi kılarak, kurgusal varlıklar, fikirler, kavramlar üzerinde birliği sağlamaktır.

Bentham kurgusal bir önermenin ne anlama geldiğinin soruşturulması esnasında önermenin öznesinin karşılık geldiği gerçek varlığın bulunması, bu gerçek varlığın özne olduğu karşılık gelen önermenin anlamı üzerinden kurgusal varlığın anlamının ortaya konması sürecini kurgusal bir varlık için kullanılan bir ada eklenmiş fikrin doğasını ve kökenini açığa çıkarma olarak betimler. Bu işlem kurgusal bir varlığın *soy kütüğünün* belirlenmesi olarak isimlendirilebilir. Bir kurgusal varlığın soy kütüğünün belirlenmesi o varlığı niteleyen adın anlamının bir ya da daha fazla gerçek varlık adıyla ilişkisinin ortaya konması suretiyle gerçekleştirilecektir[85]. O halde bu işlem yapılmadan kurgusal bir varlık insan zihninin hayal ürünü olan, gerçeklilikle irtibatı bulunmayan masalsı bir varlık olmaktan öte bir şey olamayacaktır[86].

Bentham özellikle insan davranışlarıyla ilgili olan ve nicelik, nitelik gibi genel bir anlamı olmayan arzu, istek, umut, korku, güdü, menfaat gibi kavramları kurgusal ve etik nitelikli adlar olarak listelemiştir. Tüm bu etik kurgusal adların karşılık geldiği ya da ilişkili olduğu gerçek varlıklar, soykütüğü analizi yapıldığında görülecektir ki haz ve acılardır. Haz ve acı tereddüde hiçbir mahal olmaksızın gerçek varlıktır, öyle ki haz ve acının duyumsandığı bedenin varlığından dahi daha dolaysız bir biçimde gerçeklikleri apaçık aşikârdır.

---

[83] Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, s. 291.
[84] Bentham, *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, s. 75.
[85] Jeremy Bentham, *Chrestomathia*, ed. M.J. Smith, W.H. Burston, Clarendon Press, Oxford 1993, s. 271, d.n (a). Atıf yapılan dipnot 271-273 sayfalarında yer alan uzun bir dipnottur. Tezde söz konusu dipnota başkaca refaranslarda bulunulmuştur ve atıf yapılan ifadeler hangi sayfadaysa o sayfaya atıf yapılmıştır.
[86] Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, s. 94.

Bentham'ın etik-kurgusal varlıkların haz ve acı temelinde anlaşılabileceği iddiasının arka planında insan anlayışının yapısını ortaya koymak yer almaz; onun amacı failliğin (agency) kuruluşudur[87].

Bentham etik-kurgusal kavramların açıklanmasında böyle kendine has bir yöntem geliştirmekle birlikte, çok sık bir biçimde terimlere genel kullanımından farklı bir anlam vermekteydi. Bu durum özellikle yerleşmiş hukuk terimlerinin anlamlarının Bentham tarafından önemli değişikliklere tabi kılınması sonucunu doğurmuştur. Modern terminolojide Bentham'ın bu yöntemi kavramların *rasyonel yeniden inşası* ya da *rafine edilmesi* olarak adlandırılmıştır[88]. Nitekim Bentham da kurgusal varlıkların anlamlarının ortaya konması için kullandığı yöntemin *öğretici* değil *düzeltici* nitelikte olduğunu ifade etmiştir[89].

1.1.3.2. Tanım Yerine Paraphrasis Yöntemi

Bentham kurgusal varlıkların cins farklılıklarını (per genus et differantiam) esas alan geleneksel tanımlama yöntemi ile açıklanamayacağını ileri sürer. Kurgusal varlıklar tanımlanmaya çalışıldığında kavramın eş anlamlısının ortaya konulmasından ileri gidilemez. Tanım yönteminin uygulanmasının uygun olduğu gerçek varlıklar genellikle ya kendilerinin alt sınıfını oluşturduğu bir üst cinse nispetle yapılmaktadır; başka bir deyişle tanım yapılabilmesi için tanımlanacak şeyin ait olduğu daha üst bir cinsin bulunması gerekmektedir. Oysa kurgusal varlıklar genellikle bir üst cinse ait değildir kendi başlarına bir genel cins "genus generalissimum" olarak kabul edilirler. İmtiyaz ve muafiyet gibi bazı kurgusal varlıkların bir üst cinse aidiyetleri söz konusu olsa da bunların da birden fazla üst cinse ait olmadıkları görülecektir. Dolayısıyla kurgusal varlıkların büyük oranda bağımsız varlıklar olduğu ve bu nedenle geleneksel tanım yönteminin kurgusal varlıklar için elverişli olmadığı söylenebilir[90].

---

[87] Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, s. 94.

[88] H. L. A. Hart, "Legal Rights", *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, ed. H. L. A. Hart, Oxford University Press, Oxford 1982, s. 164.

[89] Jeremy Bentham, "Pannomial Fragments", *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring, William Tait, Edinburg 1843, C. 3, s. 217.

[90] Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, s. 95. Hart burada Bentham'ın kastettiği şeyin öğrencisi Austin'in kurgusal bir varlığın tanım ya da analizi arayışında, tanım ya da analize gereksinim duymayan daha yüksek bir sınıfın olmadığı fikri olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. H. L. A. Hart, "Legal Duty and Obligation", *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, ed. H. L. A. Hart, Oxford University Press, Oxford 1982, s. 130.

Geleneksel tanım yönteminin etkisizliği nedeniyle kurgusal varlıkların tanımlanması mümkün olmamakla birlikte onların açıklanmaları mümkündür. Bentham kurgusal varlıklarda tanım yönteminin yerini açıklama (paraphrasis) yönteminin alması gerektiğini düşünmektedir. Açıklama yöntemi tanımın işlevini yerine getirerek varlığın anlaşılmasını sağlamakla birlikte biçimsel olarak kurgusal varlığın adının özne olduğu önerme ile örtüşmez[91]. Bentham açıklama (paraphrasis) yöntemini şöyle izah etmiştir:

> Paraphrasis, açıklanması gereken sözcüğü yani kurgusal varlığın adını almaktan ve onu bir cümleye dönüştürdükten sonra, aynı anlama sahip olan, asıl ve karakteristik sözcüğü için karşılık gelen gerçek varlığın adını taşıyan başka bir cümleyi ona uygulamaktan ibarettir. Bir tanımda, tek bir kelimenin açıklanması için bir cümle kullanılır: bir açıklamada (paraphrasis) ise, açıklanmaya çalışılan kelime için, asıl ya da karakteristik sözcüğü oluşturacak biçimde bir cümlenin açıklanması için bir cümle kullanılması söz konusu olur[92].

Görüldüğü üzere tanım yönteminden farklı olarak açıklama (paraphrasis) yöntemi kavramı daha dolambaçlı bir yolla açıklanmasıdır. Bir önermenin öznesinin gerçek mi yoksa kurgusal bir varlığın adı mı olduğu kavramının anlamının ortaya konmasında belirleyicidir. Açıklama yönteminin bu farklılığını başka bir eserinde *"öznesi için kurgusal varlıktan başka bir şey olmayan bir önermeyi, öznesi için gerçek bir varlığı olan bir önermeye dönüştürerek sağlanabilecek türden bir açıklama*[93]*"* olarak izah eder. Yine bir başka eserinde ise *"uygun olmayan bir adlandırmayı açıklamak, onu bir cümle haline getirmek ve o cümle için gerçek varlıkları gösteren kelimelerden oluşan eşdeğer bir cümle bulmaktır.*[94]*"* ifadesini kullanır.

Bentham'ın bu ifadelerinden ortaya çıkan sonuç şudur: açıklama (paraphrasis) yönteminin, öznesi gerçek varlık olmayan yani kurgusal varlık olan önermelerin anlamı ve hakikatinin ortaya konmasında, kurgusal varlığın soy kötüğünün araştırılıp karşılık gelen gerçek varlık ve bu gerçek varlığın özne olduğu bir önermenin, kurgusal varlığın özne olduğu önermeye

[91] Bentham, *Chrestomathia*, s. 272 d.n. (a).
[92] Bentham, *Chrestomathia*, s. 272 d.n. (a).
[93] Bentham, "Essay on Logic", s. 246.
[94] Jeremy Bentham, *Preparatory Principles*, Oxford University Press, Oxford, New York 2017, s. 386 [1230 nolu başlık]. Bentham gerçek varlıkların adlandırılmalarını uygun, kurgusal varlıkların adlandırmaları uygun olmayan olarak nitelendirir. Bir gerçek varlığın adı kendi başına kavram hakkında bir bilgi verir; ancak kurgusal varlıkların adları böyle bir bilgi sunmaz, bunların kendi başına bir anlamı bulunmamaktadır. O nedenle bir cümle içerisinde kullanılmaksızın bir şey ifade etmezler. Bir cümle içinde kullanıldıklarında bir anlam kazandıkları ne denli açıksa, gerçek varlıkların adları olan terimlerin kullanıldığı cümlelere denk oldukları da o denli açıklıkta görülür. Bkz. Bentham, *Preparatory Principles*, s. 401 [1272 nolu başlık].

uygulanması gerekmektedir. Başka bir deyişle bir gerçek varlığın anlamı ona karşılık gelen adın tanımının yapılması aracılığıyla, kurgusal bir varlığın anlamı ise ona karşılık gelen adın öznesi olduğu bir önermenin açıklanması yoluyla anlaşılabilmektedir. Başka bir deyişle bir gerçek varlığın anlamının belirlenmesinde bir kelimenin izahı yeterliyken, kurgusal bir varlığın açıklanmasında (söz konusu varlığın özne konumunda bulunduğu) bir önermenin açıklanması gerekmektedir.

Kurgusal bir varlığın anlam ve hakikatinin ancak bir gerçek varlıkla ilişkilendirilmesi, ampirik temeli olan gerçek varlığın kurgusal varlığa bir temel hazırlaması düşüncesinin arka planında Bentham'ın gerçekliği olguya eşitleyen yaklaşımı etkilidir. Bentham'a göre insan zihninin ürünü olan her şey duyulardan türetilmiştir. Bu nedenle fikirlerin sarih ve belirgin kılınmasının tek yolu, onları türetilmiş oldukları duyusal nesnelerle ilişkilendirmektir. Bu ise kurgusal varlıkların anlaşılmasında, cins ayrımına dayanan tanım yöntemiyle değil, kavramının soykütüğünün soruşturulduğu ve olgusal temellerinin keşfedilip onun üzerinden anlamı ve hakikatinin öğrenildiği açıklama (paraphrasis) yönteminin kullanımını gerektirmektedir. Bentham bu yöntemin ilk kez kendisi tarafından ortaya konduğunu, her ne kadaar sıkıcı açıklamalar gibi görünse de kurgusal avrlıkların anlaşılabilmesi için yegâne yöntem olduğunu savunur. Yasakoyucuların yaptıkları işin mahiyetini kavrayabilmeleri için bu yöntemi kullanmaları gerektiğini ancak bu yöntem henüz kendisince ortaya konabildiğine göre yasakoyucuların şimdiye değin yapmaları gerekeni asla olması gereken şekilde yapamamış olmalarının şaşırtıcı olmadığını söyler[95].

Bentham kurgusal varlıkların anlaşılmasında aslolanın kurgusal varlığın geri planında yer alan fikrin anlaşılması olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle dilbilimsel bir analizden çok farklı olan ve kendisinin geliştirmiş olduğu açıklama yöntemini tavsiye etmektedir. Bununla birlikte kurgusal bir varlığın açıklanmasında dilbiligisel ya da etimolojik analizin hiç bir faydası olmadığını da iddia etmez. Kurgusal bir varlığın fikir kökeninin araştırılması için açıklama (paraphrasis) yöntemi kullanılırken, kurgusal varlığın kelime kökeninin araştırılması için kullanılan arketipleştirme[96] (Archetypation) yönteminin yardımından istifade edilmelidir. Bentham tarafından arketipleştirme olarak adlandırılan yöntem aslında kurgusal varlığa karşılık

[95] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ss. 317-18.
[96] Bentham arketipleştirme yöntemini şöyle tanımlar: "Arketipleştirme, … kelime ilkel anlamıyla ele alındığında ifadesini içeren materyal görüntüyü belirtmekten ibarettir." Bentham, *Chrestomathia*, s. 272, d.n. (a).

olarak kullanılan kelimenin etimolojik kökeninin soruşturulmasıdır. Bir kurgusal varlığın anlamının ortaya çıkarılmasına yardımcı olduklarından bu iki yöntemin birden kullanılmasına Bentham *Rhizophantia* olarak tanımlamıştır[97].

Bentham fikir kökeni ve kelime kökenine dair soruşturmalar arasındaki farkı yükümlülük (obligation) kelimesi ile örneklendirir. Obligation kelimesinin etimolojik kökeni araştırıldığında bağlamak anlamına gelen Latince *ligo* kelimesinden türediği görülecektir. Sadece bu açıklama bize yükümlülükle ilgili çok az şey söyler. Oysa kavramın fikir kökü ortaya çıkarıldığında haz ve acı ile irtibatı aşikâr hale gelecektir. Kurgusal bir kavram olan yükümlülüğün haz ve acı ile bağlantısı ancak parahrasis yönteminin kullanılması ile görünür kılınabilecektir. Kurgusal bir varlık adı olan kelimelerin anlam ve hakikatlerinin anlaşılmasında arketipleştirme, paraphrasis'in yanında ancak yardımcı bir yöntem olabilir; kurgusal varlıkların açıklanılmasında tek güvenilir test açıklama (paraphrasis) yöntemidir[98].

1.1.4. Yasadaki Kötülük Unsuru

Bentham'a göre yasalar daima insanların mutluluğunu, refahını geliştirmek, onların menfaatleri için yapılmalıdır. Bunun amaç doğrultusunda öncelikle terazinin bir kefesine yasaların doğurduğu yararların diğer kefesine ise yasaların neden oldukları zararların konularak tartılması gerekir. Zira Bentham yasaların minimum seviyede de olsa zarar verici nitelik taşıdığını düşünmektedir[99]. Bentham, terminolojisine aşina olanların sıklıkla karşılaşabileceği *"kötülük"* (mischief) unsurunu, yasaların da içerdiğini düşünmekteydi. Dolayısıyla kötülük unsurunu her halükarda ihtiva eden bir yasanın uygulanması ancak barındırdığı bu kötülükten daha fazla fayda sunması halinde yerinde olacaktır.

Bentham'a göre kişilerin bir yasa ile ilgili olmaları ya da yasa tarafından etkilenmeleri üç şekilde söz konusu olur: 1. Yasa tarafından bağlı kılınmak ya da zorlanmak, 2. Yasa tarafından acıya maruz bırakılmak, 3. Yasa tarafından imtiyazlı kılınma ya da yasada kişiyi imtiyazlı kılma niyetinin bulunması. Bir kişi ya da bir kişi grubunun bir yasa ile irtibatlı olması ancak bu üç

[97] Bentham, *Chrestomathia*, s. 272, d.n. (a).
[98] Bentham, *Chrestomathia*, s. 273, d.n. (a). Bentham *"yükümlülük gibi kavramları kurgu, mantıksal anlamda kurgu olarak niteleyerek, kendinden çok sonra ortaya çıkacak mantık doktrinine ve bilhassa Russell'ın mantıksal yapılar, tamamlanmamış semboller ve tanımın kullanımı hakkındaki kuramını andıran, soyut varlıkların diline dair genel bir kuram geliştirmiştir."* Bkz. Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 128.
[99] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", s. 337.

ihtimalde mümkündür, başka bir ihtimal bulunmaz[100]. *"Kimsenin bağlı olmadığı bir yasa, kimseyi zorlamayan bir yasa, kimsenin özgürlüğünü kısıtlamayan bir yasa ifadelerinin tümü … çelişkili ifadeler olacaktır*[101]*."* Başka bir deyişle yasa ontolojik anlamda birilerini ortaya koyduğu kurallarla bağlı kılan, kurala uyulmasını sağlamak ve itaatsizliği cezalandırmak için öngörmüş olduğu yaptırım aracılığıyla zorlayan ve böylece kişilerin özgürlüğünü kısıtlayan bir kavramdır. Bu haliyle Bentham cebriliği ve yaptırımı yasanın varlık kazanmasını sağlayan birer unsur olarak ele almış görünmektedir.

Bentham yasanın varlık kazanabilmesi için buna ek olarak ve eşit derecede bir koşul olarak yasaya maruz kalması gereken ya da en azından yasadan etkilenen bir kişi ya da kişiler bulunması gerektiğini ileri sürmektedir. Zaten bu durum yukarıda zikredilen durumun doğal bir sonucudur. Yasa ile bağlı olmak, yasa tarafından zorlanmak, yasa aracılığıyla özgürlüğün kısıtlanması, yasanın muhataplarının deneyimleyeceği durumlar olduğuna göre ve yasanın bu etkilere maruz kalacak muhataplarının bulunmasının da bir zorunluluk olduğu kabul edildiğinde yasanın zorunlu olarak *"kötülük"* içerdiğini de kabul etmek gerekecektir. Çünkü normal koşullarda bir kişinin bir eylemin gerçekleştirilmesinin gerektiğini düşünmesi ve bunun hoşuna gidecek bir durum olması ile aynı eylemin o kişiye hukuk tarafından cebri olarak dayatılması durumları birbirinden farklıdır. Cebir fikrinin dahli bile tek başına söz konusu kişi üzerinde hoşlanmayacağı bir etkinin oluşmasını sağlamaya yetecektir[102]. Diğer bir ifadeyle cebir söz konusu olmasa kişi için yapılması haz verecek bir eylem, zorunlu kılınmasıyla birlikte artık yapılması haz veren bir eylem olmaktan çıkacaktır[103].

O halde denebilir ki; Bentham yasanın bireyin özgürlüğünü kısıtlayan bir yanı olduğunu düşünerek kişileri istediklerini elde etmekten uzaklaştırdığı için *kötülük* unsuru taşıdığını düşünür. Bentham'a göre bu kötülük her ne kadar *"gerekli bir kötülük*[104]*"* de olsa, onu bütün yasaların emredici, zorunlu kılıcı ve zorlayıcı olduğunu baştan kabul ettiği şeklinde göstermektedir. Ne var ki Bentham, emredici olmayan, yükümlü kılıcı olmayan ve cebri olmayan yasaların varlığından da söz etmektedir. Bir yandan yasaların zorlayıcı, yükümlü kılıcı

[100] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 75.
[101] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ss. 75-76.
[102] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 76.
[103] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", s. 340.
[104] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 76.

ve özgürlüğü kısıtlayıcı olduğu şeklinde genel bir ifade kullanıp öte yandan bunların aksi türden yasaların varlığını kabul ettiği için Bentham'ın bir çelişkiye düştüğü iddiasının ortaya çıkmasına neden olmuştur[105]. Kötülük unsurunu ihtiva eden yasalar Bentham'a göre doğaları gereği zorlayıcı yapıdadırlar[106] ve yasaların zorlayıcı yapısına yapmış olduğu bu vurgu, Bentham'ın hukuk kuramının, buyruk kuramı ya da iradeci hukuki pozitivizm olarak nitelendirilmesinde delil olarak sunulmuştur.

1.1.5. Bentham'ın "Bir Yasanın Gücü" Teorisi

Bentham hukuk kuramında hukuku egemenin tebasının uyması gereken kuralları açıklamış olduğu irade beyanları toplamı olarak görmektedir. Bu yönüyle kendinden önce gelen çoğu düşünürle söylediği şey örtüşmekte, Bentham yeni bir şey söylüyor gibi görünmemektedir. Gerçekten de Grotius, Pufendorf, Hobbes gibi pek çok düşünür de hukuku egemeninin irade beyanları toplamı olarak görmektedir. Tüm bu görüşler de hukuka dair irade kuramları, ya da iradeci hukuk kuramları olarak adlandırılabilir. Ancak Bentham'ın kendinden önce gelenlerden farklı olarak ortaya koymuş olduğu yenilik tüm yasalar toplamının "öyle beyan edilmelerinin uygun olup olmadığına bakılmaksızın" egemenin irade beyanlarından ibaret görmesiydi. Böylece doğal hukuk öğretisinin temel iddiası olan olan hukuk olması gereken hukuk şeklindeki hukuk betimlemesini reddetmiş oluyordu. Bentham hukuku tavizsiz bir pozitivist yaklaşımla ele almaktaydı ve bu sayede bir öncü, yenilikçi olarak görülmeyi hak ediyordu[107].

Bentham hukukun, benimsemiş olduğu bilgi teorisi çerçevesinde ele alınması gerektiğini düşünmektedi. Ona göre insanoğlunun bilebilecekleri, somut olguya dayanan duyu organları aracılığıyla algılanabilenlerle sınırlıydı, başka bir deyişle epistemoloji olarak ampirik felsefeyi benimsemişti. Bu çerçevede bilimsel ifadelerin, tanıklık, gözlem de deneyime dayanması gerekmekteydi. Tarihsel bakımdan kendinden hemen önceki dönemde yaşamış olan düşünürlerce benimsenmiş hukuk kavrayışında hâkim görüş olarak beliren toplumsal sözleşme temelli yaklaşımlar bu yönteme uygun düşmediği için Bentham'a göre Hume tarafından gözden düşürülmüştü. Toplum sözleşmesi ve doğal hukukun hukuk hakkındaki pek çok ifadesi aslında

[105] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", s. 340. Bu çelişki hakkında yasa türlerinin ele alındığı kısımda değerlendirmede bulunulacaktır.
[106] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", ss. 336-37.
[107] Olivecrona, "The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of 'A Law'", ss. 95-96.

hakikati çürütücü nitelikte kurgulardan ibaretti. Ancak Bentham hukuka dair kendi açıklamalarıyla birlikte artık hayali kurguların devrinin sona erdiğini iddiasındaydı. Bu çerçevede Bentham'ın kuramının, "yasa" kelimesinin karşılık geldiği olguların duyusal deneyim temelinde tutarlı bir açıklamasını vermek için büyük bir girişimi temsil ettiği söylenebilir[108].

Şimdi bu iddialı girişimin yaptırım kavramına hukuk kuramı içinde ne gibi bir rol verdiğini açıklamak üzere daha yakından bakmaya çalışalım.

1.1.5.1. Bentham'ın Yasa Tanımı

Hukukun ne olduğunu ortaya koymak isteyen biri hukukun bir yasalar toplamı olduğunu gözlemleyecektir. O halde hukukun ne olduğu ile münferit bir yasa arasında parça bütün ilişkisi bulunmaktadır. Bentham'a göre tek bir yasa fikri ile bütün bir yasalar toplamı arasında birbirinden koparılamaz bir bağlantı bulunmaktadır. Yasalardan oluşan bir gövde, diğer parçaları olmaksızın hiç bir parçasının işleyişi anlaşılamayan uçsuz bucaksız ve karmaşık bir mekanizmadır. Öyle ki bir yasanın ne olduğu ve bir yasalar bütünü gövdesinin içeriğinin ne olduğu soruları biri olmadan diğeri yanıtlanamayacak nitelikte sorulardır[109]. Bu nedenle hukukun kavranabilmesi için öncelikle kendi içinde bir bütün olan tek bir yasanın ne olduğunun anlaşılması gerekir.

Bentham İngiliz dilinde "law" kelimesinin biri soyut (hukuk) biri de somut (yasa) olmak üzere iki anlamı olduğunu düşünmektedir[110]. Münferit olarak herhangi bir konuyu düzenleyen her bir tekil yasanın, deneyimlenebilir olduğu için esasında gerçek bir varlık olduğunu, hukuk denilen soyut kavramın ise olsa olsa münferit her bir yasanın bir araya gelmesiyle oluşan bir küme[111]

[108] Olivecrona, "The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of 'A Law'", ss. 96-97.
[109] Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford University Press, New York 1996, s. 299, d.n. 2.
[110] Bentham bu iki kavram için kıta avcrupası ülkelerinin pek çoğunda iki ayrı kelime kullanıldığını ifade eder. Örneğin Latince'de somut anlamı için lex, soyut anlamı için ius; İtalyanca'da legge ve diritto; Fransızca'da, loi ve droit; İspanyolca'da ley ve derecho; Almanca'da gesetz and recht kelimeleri kullanılmaktadır. İngilizce'de geçmişte Almanca recht kelimesine karşılık gelen right kelimesi belki kavramın soyut anlamı için kullanılmışsa da, Bentham artık right kelimesinin bu anlamını yitirdiğini ileri sürer ve bu nedenle İngiliz dilinde her iki kavramın da tek bir kelime (law) ile ifade edilmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Bkz. Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 16, d.n. (b).
[111] Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, s. 270.

anlamına gelen kurgusal bir kavram[112] olduğunu ifade eder. Bentham yasa kelimesini hangi anlamdan kullandığını şöyle açıklar:

> "Tek bir onayla ve hükümdarın ağzından çıkan şey yasadan başka bir şey değildir. II. George'un geçmişteki bir nizamnameyi, "ve" yerine "veya" ifadesiyle değiştirmesi tam anlamıyla bir yasa, kanunların bütün kısımlarını kapsayan her yönüyle mükemmel bir nizamnamededir. O halde yasa kelimesi ile … nizamnamenin kendisi değil, o nizamname ile sergilenen ideal şeyler kastedilmektedir.[113]"

Mademki hukuk kavramı birer gerçek varlık olan münferit yasaların bir araya geldiği bir küme anlamına gelmektedir o zaman soyut anlamda "law" yani hukuk kavramının analizine münferit bir yasanın ne olduğuyla başlanmalıdır. Bentham bunu bir yasanın anlaşılması ile mekanik bir cihazın işleyişinin anlaşılması arasında bir analoji kurarak açıklar : *"Bir saat zembereğinin işleyişini anlayabilmek için saati parçalarına ayırmalısınız, bir yasanın yapısını anlamak için de tüm kodu (yasayı) parçalara ayırmalısınız*[114]*"*. Başka bir deyişle yasanın varlık kazanmasını sağlayan bileşenlerinin, yasa olarak nitelendirilen her şeyde bulunan ortak özelliklerin neler olduğunun analitik bir yöntemle analiz edilmesi gereklidir. Aslında bu husus hukukun abc'si olarak görünen ve çok önceden çözümler üretilmiş bir konu olması gerekirken Bentham hukuka dair yazılmış kütüphaneler dolusu kaynak içinde tatmin edici bir çözümlemenin bulunmadığını ve bunun şaşırtıcı olduğunu ifade eder ve bu girişimde yalnız başına olduğunu ve en başından başlaması gerektiğini ileri sürer[115]. Bu çerçevede hukuku anlama çabasına girişen Bentham, bu girişimin ilk adımı olarak yasayı şöyle tanımlar:

> "Bir yasa, bir devlette egemenin gücüne maruz kalan ya da maruz kaldığı varsayılan belirli bir kişi ya da kişi grubunun gözlenen davranışlarıyla ilgili olan, söz konusu devletin egemeni tarafından tasarlanan ya da benimsenen bir irade beyanının göstergeleri kümesi olarak tanımlanabilir: böyle bir irade beyanının başarısı, kendini gerçekleştirme araçlarına sahip olmasına ve davranışları söz konusu edilen kişiler üzerinde bir güdü olarak etkide bulunmasına bağlıdır[116]."

---

[112] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 38.
[113] Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, ss. 275-76.
[114] Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, s. 299, d.n. 2; Hülya Özkurt, *Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 125.
[115] Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, s. 299, d.n. 2.
[116] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ss. 24-25.

Bentham'ın bu tanımından hareketle egemen tarafından oluşturulan bir yasanın üç unsuru içerdiği söylenebilir. İlk olarak toplumun siyasi organizması olan devletin egemeni yasa koyucu olarak yasanın kaynağıdır. İkinci olarak egemenin yasayı bir irade beyanı aracılığıyla kamuya bildirmesi gerekir. Üçüncü unsur ise yasanın, amaçladığı etkinin doğmasını sağlayabilecek, muhataplarının davranışlarını yönlendirecek güdü niteliğinde bir güç (yaptırım) ile donatılması gerekir[117]. Böylece yasalar toplamından oluşan hukuk, egemenin yaptırımlarla desteklenmiş buyrukları olarak bir cümleye tanımlanabilir[118].

Bu tanım analiz edilecek olursa Bentham'ın bir devlette bir egemenin varlığına dair bir faraziyeyi kabul ettiği görülecektir. Ona göre Egemen ve devlet birbirinden ayrılamaz, birinin varlığı diğerine bağlı olan kavramlardır. Başka bir deyişle egemen varsa devlet vardır, egemen yoksa yoktur; devlet yoksa egemen de söz konusu olamaz[119]. Yasa tanımında egemenlik kavramına yer verilmiş olması bu kavramın ne kapsamda kullanıldığının sorgulanmasını gerektirecektir[120]. Bentham tanımına göre egemen, bir siyasi topluluğun tamamının başka herhangi birinin değil, onun iradesine itaat etme eğilimi göstermeyi tercih ettiği varsayılan kişi ya da kişiler topluluğudur[121].

Yasanın varlık kazanabilmesi için gereken ikinci unsur egemenin tebaasına yönelttiği *buyruk* formundaki irade beyanıdır. Egemen ya da yasa koyucu, süjelere belirli davranışların yapılması, belirli davranışlardan sakınılması yönünde bir irade beyanı yöneltebilir. Ya da bazı davranışların yapılıp yapılmaması hususunda bir irade beyanını belirtmemiş olabilir. Bentham egemenin iradesinin bu farklı biçimlerde tezahürlerini, aralarında zıtlık ve karşıtlık ilişkisi bulunan buyruk, yasaklama, izin ve gayrı buyruk olarak isimlendirir. Bu formlar arasında buyruk temel niteliktedir, diğer üçünün yeniden formüle edilerek buyruk forumunda ifade edilebilemesi mümkündü. Örneğin egemenin bir eylemin yapılmasına yönelik izni, bu eylemin yapılmasının yasaklanmaması anlamına gelmektedir. Bu görüşleri, Bentham'ın niçin buyrukların yasaların genel bir adı[122] olduğunu düşündüğünün ve yasa kavramının, dolayısıyla

[117] Özkurt, *Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi*, s. 126.
[118] Özkurt, *Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi*, s. 127.
[119] Olivecrona, "The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of 'A Law'", ss. 98-99.
[120] Özkurt, *Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi*, s. 138.
[121] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 42. Yasanın kaynağı olarak görmüş olduğu egemeni, Bentham "Bir yasanın kaynağı" başlıklı bölümün hemen ilk cümlesinde tanımlamıştır.
[122] Bentham, "Pannomial Fragments", s. 223.

yasalar toplamından müteşekkil olan hukuk kavramının anlaşılabilmesi için niçin buyruk fikrine kilit bir rol biçtiğini de izah etmektedir. Bir yasa ya doğrudan ya da dolaylı bir biçimde egemenin buyruğudur[123].

Bir yasanın varlık kazanabilmesi için üçüncü unsur ise buyruğa eklenmiş olan yaptırımlardır. Tezin inceleme konusunu oluşturduğundan yaptırımlara ilişkin detaylı incelemelere ileride değinilecektir. Özetlenecek olunursa bir yasa söz konusu olduğunda bu yasayı inceleyen bir kişi ilk etapta bir buyruk ve ona eklenmiş bir yaptırımla karşılaşacaktır. Söz konusu yasanın bir vaz edeni olduğu da derhal zihninde canlanacaktır. Bentham yasanın ilk etapta görünen bu iki yönünden egemenin irade beyanını yasanın yönlendirici kısmı, bu iradenin desteklenmesi için eklenen unsuru ise yaptırım kısmı olarak nitelendirir. Her ikisinin birleşimi ise buyruğu, başka bir ifadeyle yasayı oluşturur.

Yasanın yönlerini daha geniş bir bakış açısıyla da ele alan Bentham'a göre dikkatli bir analiz yapıldığında bir yasanın toplamda sekiz unsur ihtiva ettiği görülecektir. Nitekim *Of the Limits of Penal Branch of Jurisprudence*'da Bentham bu unsurların her birini ayrı birer başlık altında ayrıntılı bir şekilde ele almıştır. Bunlar yasanın;

1. Kaynağı dikkate alındığında, irade beyanı ile yasayı izhar eden kişi ya da kişiler (s.42-54)
2. Öznelerinin (muhataplarının) niteliği dikkate alındığında, yasanın hakkında uygulanacağı kişi ya da şeyler (s. 58-65)
3. Nesneleri dikkate alındığında, koşullar tarafından belirlenmiş yasanın uygulanabileceği fiiller (s.66-74)
4. Kapsamı dikkate alındığında, uygulanmasının ya da genişliğinin genelliği, davranışları düzenlenmek istenen kişilerin belirliliği, yasanın uygulanışından etkilenen kişilerin kapsamı (s. 75-93)
5. Yönleri dikkate alındığında, irade beyanının farklı biçimlerde ifade olunma tarzlarını (s. 115-141)

[123] Zhai, "Bentham's Command versus Hart's Authoritative Reason", s. 175.

6. Gücü dikkate alındığında, yasanın amaçladığı etkiyi üretmesini temin etmek için dayandığı güdüler ve bu güdülerin hayata geçirmek için dayandığı yasalar veya diğer araçlar (s. 142-160)

7. İfade edilişi dikkate alındığında, yasa koyucunun irade beyanının bilinmesini sağlayan işaretler (s. 161-164)

8. Yardımcı ekleri dikkate alınınca, temel yasaya eklenen yardımcı yasalardır[124].

Bir yasa ancak bu sekiz unsur yönünden incelendikten sonra anlaşılabilecektir. Bu çalışmada ise yaptırım kavramıyla ilişkisi hesaba katılarak yasanın gücü kavramı üzerinde durulacaktır. Ayrıca yasanın ifade ediliş tarzlarını ortaya koyan ve kapsamlı bir başlık olarak düzenlenmiş olan bir yasanın yönleri başlığı da yasanın yönlendirici kısmı başlığı açısından dikkate alınacaktır.

1.1.5.2. Yasanın Gücü Kavramı

Bentham'ın kuramında "yasanın gücü" kavramının özel bir anlamı izhar eden teknik bir terim olarak ele alındığı görülür. Yasanın gücü derken kastettiği, yasanın amaçladığı etkilerin üretilmesini sağlamak için dayandığı güdülerdir[125]. Yasa koyucunun yasa olarak tezahür eden irade beyanının hedeflediği sonucun gerçekleştirerek başarılı olabilmesi *"kendini gerçekleştirme araçlarına sahip olmasına ve davranışları söz konusu edilen kişiler üzerinde bir güdü olarak etkide bulunmasına bağlıdır.*[126]*"* O halde Bentham'ın kuramında bir yasanın gücü kavramının söz konusu yasanın hedeflediği etkinin oluşması için dayandığı güdüyle bir ilişkisi olduğu söylenebilir.

Yasanın gücü kavramı, yasanın düzenlemiş olduğu davranışın yapılmasını sağlamak ya da hedeflediği başkaca bir sonucu meydana getirmek olarak tanımlandığında, Bentham'ın yasaları insanları belirli türde davranışlarda bulunmaya motive eden birer araç olarak değerlendirdiği görülür. Bu noktada bir aşama geriye gidip Bentham'ın genel felsefesi ile özellikle de insan psikolojisine dair görüşleriyle irtibat kurmak gerekecektir. Daha önce de ifade olunduğu üzere Bentham'a göre insan davranışlarını yönlendiricisi konumunda iki efendi bulunur: haz ve acı[127].

[124] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ss. 40-41.
[125] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 142.
[126] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 25.
[127] Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, s. 16.

Hukuki çerçevede düşünülünce haz ve acı kaynakları sırasıyla ödüller ve cezalardır. Çünkü yasaların haz ya da acı doğurtacak etkiler yaratabilmesi ancak güdüler yaratması yoluyla mümkündür[128]. Hukuki çerçevede yasa aracılığıyla insan davranışlarını güdüleyecek güdüler ise ödül ya da ceza formunda olabilir. Bu iki türde güdü Bentham tarafından yaptırım üst başlığı altında ele alınan haz ve acı kaynaklarıdır[129].

1.1.5.3. Bir Yasanın Kısımları

Bentham yasa tanımını yaparken kelimeleri gelişi güzel bir şekilde değil bütün kelimelerini özenle seçmiştir. Dolayısıyla yasa tanımını unsurları belirlenirken ifade etmiş olduğu hiçbir şey gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin Bentham'ın yasa tanımına bakan modern bir göz Bentham'ın yasayı kabaca tehditle desteklenmiş emir olarak tanımladığını düşünebilir, ama bu doğru olmayacaktır. Titiz bir inceleme yapmaya gerek dahi olmaksızın bir yasanın bir yandan egemenin irade beyanı olduğu bir yandan bu irade beyanına uygun eylemde bulunulması için yaptırımla desteklenmiş olduğu görülecektir. Sadece bir kısmı dikkate almak Bentham'ın tanımının kavranamadığını gösterir. İrade beyanını içeren yönlendirici kısım yasa için ne oranda kurucu ise, yaptırım unsurunu içeren ikinci kısım da aynı derece kurucudur[130]. Sonuç olarak Bentham'ın "bir yasa" tanımına göre yasa, yönlendirici kısım ve yaptırım kısmı olarak iki ana unsurdan oluşmaktadır[131]. Bu iki ana unsuru Bentham şöyle ortaya koyar:

> "İnsan davranışına yön vermek amacıyla ceza ve ödül karakterinde kullanılan iyilik ve kötülükle olan bağlantısı ile ilgili olarak değerlendirilen Pannomion, birbirinden ayrılır ve iki kola ayrılır – yönlendirici ve yaptırımsal.
>
> Yönlendirici kısım aracılığıyla yasa koyucunun arzusu olan, söz konusu vesileyle kendisine tabi vatandaşlarının izlemesi gereken yolu belirtilir.
>
> Yaptırım kısmı aracılığıyla aynı yolları takip etmek için bulacakları teşvik hakkında onlara bilgi verilir.

[128] Jeremy Bentham, "Principles of the Civil Code", *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring, William Tait, Edinburg 1843, C. 1, s. 333.
[129] Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, s. 33.
[130] Olivecrona, "The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of 'A Law'", s. 99.
[131] Adnan Güriz, *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1963, s. 86.

> Bu teşvikin oluştuğu konu, ya yukarıdaki gibi bir iyilik ya da kötülüktür. İyilik olduğu ölçüde, yasaya ödüllendirici adı verilebilir: kötülük olduğu ölçüde, yasa ile verilen genellikle cezadır- bu yasaya da cezalandırıcı adı verilebilir.[132]"

1.1.5.3.1. Yönlendirici Kısım

Bentham, *Of the Limits of Penal Branch of Jurisprudence* kitabının "Aspects of a Law" başlığı altında yasaların ifade edilebilme biçimlerini analiz etmiştir[133]. Bu analize göre bir yasanın yönlendirici kısmı, muhataplarından sergilemeleri beklenen davranışı ortaya koyan bir yasa koyucunun irade beyanından oluşur[134]. Bentham üstünlük kelimesi ile bir dizi insanın kendisine

---

[132] Bentham, "Pannomial Fragments", s. 216.

[133] L. J. Lysaght, "Bentham on the Aspects of a Law", *Northern Ireland Legal Quarterly*, C. 24, S. 3 (1973), s. 383.

[134] Özkurt, *Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi*, s. 98. Egemenin tebaasının davranışlarını düzenlemek üzere ortaya koyduğu irade beyanı buyruk olarak nitelendirilmiştir. Burada egemen kendisine alışkanlıkla itaat edilen, kendisi ise başka bir üstüne alışkanlıkla itaat etmeyen üstün anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle üstün ibaresi ile kast edilen egemen ve onun yetkili kıldığı ona bağlı olan idarecilerdir. Bkz. H.L.A. Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, ed. H.L.A. Hart, Oxford University Press, Oxford 1982, ss. 244-45. Hart Bentham'ın buyruk kavramına yönelik bazı eleştirilerde bulunurken buyruğun yönlendirici kısmına odaklanmış ve yaptırım kısmını analizine dahil etmemiştir. Hart'a göre Bentham buyruk kelimesini teknik ya da sınırlı bir anlamda kullanmaktadır; bu anlam ise yasa koyucunun iradesinin gerçekleştirilmesi için istinat ettiği güdü ya da yaptırım dikkate alınmaksızın, iradesinin kararlaştırılmış yönüdür. Yasa koyucunun iradesinin kararlaştırılmış yönü belirli bir davranış biçiminin yapılmasına dair bir istek olarak tarif edilebilir. Bentham istek yerine zaman zaman "bir eyleme yönelik irade" ya da "zihnin eğilimi" olarak da isimlendirmiş olsa da Hart "istek" kelimesinin en makul olan adlandırma olduğunu düşünür. Ancak bu yasa koyucu ya da egemenin buyurduğu davranış biçiminin gerçekten yapılmasının gerekli olduğuna inandığı durumlar için geçerlidir ki çoğu durumda buyuran buyurduğu davranış biçiminin yapılması gerektiğine inanmaktadır. Bununla birlikte Hart, bazı durumlarda buyuran kişinin esasında buyurduğu eylemin yapılmasının gerekli olduğuna inanmaksızın emredebileceğini ifade eder ve bu tip durumları samimiyetsiz buyruk olarak adlandırır. Emrindeki askere başaramayacağını bildiği bir görev verip sonrasında onu cezalandırmak isteyen bir komutan bu duruma örnek gösterilebilir. Yine Tanrı'nın Hz. İbrahim'e oğlunu kurban etmesi şeklindeki buyruğu aslında sadece onun itaatini sınama amacı taşımaktadır; Tanrı gerçekte Hz. İsmail'in kurban edilmesini istememektedir. Hart bu durumlarda buyuranın vermiş olduğu görevin gerçekten gerçekleştirilmesi gerektiğini düşünmediklerini ama süjenin kendisi tarafından bunun amaçlandığına inanmasını hedeflediğini ifade eder. Sonuç olarak gerçek anlamda buyuranın bir isteği olmamasına rağmen, ortada yine de gerçek anlamda bir buyruk vardır; dolayısıyla buyruğun egemenin belirli bir davranışın gerçekleştirilmesine dönük isteğinin iradesi olduğu şeklindeki Bentham'ın buyruk tanımı isabetli değildir. Bkz. Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", ss. 246-47. Hart ayrıca yasa koyucunun ya da egemenin iradesinin beyan edilişi hakkında da Bentham'ın görüşlerine ilişkin tespitlerde ve eleştirilerde bulunmuştur. Hart'a göre Bentham buyruğu egemenin süjelerin davranışlarına dair bir gereklilik iddiası olarak ele aldığını belirtir. Başka bir ifadeyle egemen buyruk aracılığıyla diğer insanların nasıl davranması gerektiği hakkında kendi iradesini ya da inancını ifade etmiş olur. Buyrukta doğrudan konu alınan şey davranış biçimi olmasına ve kendi iradesinin ya da inancının da bu yönde olduğu belirtilmemiş olmasına rağmen Bentham dil bilgisel bir analiz aracılığıyla buyrukları eksiltili (eliptik) ifadeler olarak tanımlayarak egemenin niyeti, iradesi, inancına dair bu unsuru buyruk kavramının beyan edilme kısmına ekler. Hart bu analize katılmaz, ona göre buyrukları egemenin inancını yansıtan beyanlar olarak görmek hatalıdır. Birinin bir davranışın yapılmasının gerekli olduğuna inanması ile bir davranışın yapılmasının gerektiğini beyan etmesi birbirinden farklı ifade türleridir. Hart'a göre Bentham bir cümlenin ifade edilmesiyle belirtilen ya da kast edilen şey ile bir cümle ile açıkça ifade edilmese bile ima edilebilecek zihin ya da irade durumu arasındaki farkı kavrayamadığından buyrukları egemenin isteğini ya da niyetini ortaya koyan beyanlar olarak tanımlamıştır. Bkz. Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", ss. 248-49. Hart'ın Bentham'ın buyruk fikrine ilişkin

itaat alışkanlığı geliştirdiği, ancak kendisinin başka kimseye karşı bir itaat alışkanlığı içinde bulunmadığı bir kişi O halde irade kavramının Bentham için ne anlama geldiği üzerinde durulması gerekmektedir. Bentham iradeyi insanın sahip olduğu üç melekeden biri olarak görür. Diğer ikisi duyum (haz ve acıyı deneyimleme) ve algılama (haz ve acıyı deneyimlerken birbirinden ayırt etme) melekeleridir. Böylece Bentham irade kavramını psikolojik bir yaklaşım çerçevesinde ele almıştır ve bu anlamda irade kavramını psikolojik olmayan bir bakış açısından ele alan modern düşünürlerden ayrılmaktadır[135].

Elbette bu irade beyanın bir muhatabı da vardır. Bir yasanın nesnesi (konusu) bir kişi ya da bir şey olabilir. Yasanın konusu bir kişi olduğunda onun fail, bir şey olduğunda ayırt etme yetisine sahip olmayan bir canlı ya da cansız bir varlık olduğunu anlarız[136]. Yasakoyucu yasa olarak tezahür eden irade beyanını ayırt etme gücüne sahip bir canlı olarak insana yönelttiğinde insan doğasına dair bir takım yetileri dikkate almaktadır. İnsan zihninin üç yetisi vardır: haz ve acının algılandığı duyum (sensation), haz ve acının birbirinden ayırt edilmesini sağlayan algı (perception), ve irade. Bu yetilerden ilk ikisi salt pasif yeti iken, irade aktif bir yetidir. Bir eylem, bir şey tarafından ancak fiziksel etkiler vasıtasıyla ortaya konabilirken, bir kişi tarafından irade, duyum ya da algı aracılığıyla gerçekleştirilebilir[137]. Bu çerçevede Bentham bir yasanın yönlendirici kısmının, yasa koyucunun hâkimiyeti altında bulunan ve koymuş olduğu yasaların muhatabı olan kişilere, bir eylemin yapılması ya da yapılmaması hakkındaki tutumunu ve yasanın gereğini yerine getirmelerine dair beklentisini yansıtan irade beyanı olduğunu düşünür[138]. İrade beyanı yasa muhataplarının algı melekesine yönelmiştir ve yasanın ikinci kısmında yer alan yaptırım unsuru ise muhatapların iradelerini etkilemeyi amaçlar[139].

Bentham'a göre yasa koyucunun/egemenin iradesi, nesneleri ile arasında zorunluluk-zıtlık ilişkisi bulunan dört yoldan biri ile belirebilir: bir buyruk, bir yasak, bir gayrı-buyruk veya bir

bu eleştirilerinin buyruğun yaptırım boyutunu ihmal etmesinden ileri gelen bir hata olduğu, Bentham'ın görüşlerini yanlış bir biçimde yansıttığı ve Hart'ın Bentham okuyucuları için kendisini bir aracı olarak sunmuş olmasına rağmen esasında kendi hukuki poizitivist kuramını inşa edebilmek için Bentham'n görüşlerini çarpıttığı şeklinde Hart'a yönlendirilen eleştiriler de söz konusudur. Bkz. Zhai, "Bentham's Command versus Hart's Authoritative Reason", ss. 175-78.

[135] Olivecrona, "The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of 'A Law'", s. 100.
[136] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 58.
[137] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 59.
[138] Özkurt, *Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi*, s. 99.
[139] Güriz, *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, s. 86.

izin. Bentham bir aile reisinin silah taşıması eylemini bu irade beyanı türlerini örneklendirmek için kullanır:

- Buyruk: Her aile reisi silah taşıyacaktır.
- Yasak: Hiçbir aile reisi silah taşıyamaz.
- Gayrı buyruk/Serbestlik: Her aile reisi silah taşıyabilir.
- İzin: Her aile reisi silah taşımaktan kaçınabilir[140].

Bentham bir buyruğu bir eylemin yapılmasına dair yasa koyucunun olumlu tutumu, bir yasağı ise söz konusu eylemin yapılmaması yönündeki olumsuz bir tutumu olarak görmektedir.

Hukukun doğasını açıklamada yaptırımı merkezi rolde gören buyruk kuramcıları genel olarak (ve bunların en önde geleni Austin), iki tür yasa olduğunu düşünmektedirler: buyruklar ve yasaklar. Bentham ise bu kuramcılardan farklı olarak buyruk ve yasak tipinde yasa türlerine ilave olarak izin verici yasaların da hukuk sistemleri içinde var olduğunu kabul eder. Bentham'a göre ilk gruptaki yasalar, neyin yapılmasının gerektiğini ya da neyin yapılmasının yasak olduğunu ortaya koyan ve böylece insan davranışları üzerinde *kısıtlama* öngören buyruklardan (negatif kısıtlama) ve yasaklardan (pozitif kısıtlama) oluşmaktadır. İkinci grup yasalar ise insan davranışları üzerinde herhangi bir kısıtlama getirmeyen *izin verici* (daha sonra Hart'ın isimlendirmesiyle yetki verici) yasalardan oluşmaktadır[141].

Bentham bir yandan hukuk kuramının tıpkı Austin gibi hukuku egemenin iradesine dayandıran buyruk kuramı olduğunu iddia ederken, diğer yandan buyruk ve yasaklama formu dışında izin verici yasaların varlığını kabul etmesi ilk bakışta bir çelişki olarak görünmektedir. Bu çelişkinin giderilmesi ve izin verici yasalarla emredici yasaların nasıl Bentham'ın hukuk kuramı içinde tutarlı olarak bir arada bulunabileceğine dair bir yorum David Lyons tarafından ileri sürülmüştür. Bentham yasaları incelerken öncelikle kısıtlayıcı nitelikteki (buyruklar ve yasaklar) yasalarla başladı. Yasa koyucu bir davranışın yapılmasını arzuladığında bir buyruk, bir davranışın yapılmasını istemediğinde ise bir yasak koyar. Bentham böyle yasaların zıtlarının, bir şeyin yapılmasını emretmeyen ya da bir şeyin yapılmasını yasaklamayan yasaların da teorik olarak mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Bunun için buyruk (command),

[140] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 252.
[141] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", ss. 340-41.

yasak (prohibition), gayrı buyruk/serbestlik (non-command) ve gayrı yasak (non-prohibition) şeklinde dört tür yasa olacak biçimde yasa koyucunun yasaya dönüşen iradesine dair bir mantık ortaya koymuştur[142]. Bu anlamda yasalar ilk olarak kısıtlayıcı yasalar ve izin verici yasalar şeklinde iki ana başlığa sonrasında ise bu başlıkların alt başlığı olarak kısıtlayıcı yasalar, buyruk ve yasaklara; izin verici yasalar ise buyruk olmayan ve yasak olmayan yasalara ayrılır. Bentham bütün yasaların kısıtlayıcı nitelikte emir formunda olduğunu savunmamış buyruk benzeri olmayan yasaların varlığını da kabul etmiştir. Bu yönüyle eğer Austin'in kuramı klasik buyruk kuramı olarak kabul edilecekse, Bentham'ın hukuk kuramının yalın bir buyruk kuramı olmadığı ileri sürülmüştür[143].

Bu durumda yasaların ya zorlayıcı ya da zorlayıcı olmayan türde olduğu söylenebilir[144]. Buyruk ve yasaklar zorlayıcı, gayrı buyruk ve izinler ise zorlayıcı olmayan yasa türleridir. Ödev doğuran ve muhataplarına yükümlülük getiren yasalar zorlayıcı türde olanlardır. Zorlayıcı türde olmayanlar ise kısıtlama türünde bir yaptırımla desteklenmediğinden herhangi bir yükümlülük yaratıcı etkiye sahip olamazlar[145]. O halde Bentham'ın cebri nitelikte yasalar söz konusu olduğunda yaptırımı inşai bir olgu olarak ele aldığı söylenebilir. Zira bir buyruk ya da yasak şeklinde ortaya çıkabilen cebri nitelikte bir yasanının muhataplarına yükümlülük getirebilmesi yaptırımla donatılmış olmasına bağlanmıştır. Böylece yaptırım kavramı Bentham tarafından yasanın ve dolayısıyla hukukun esaslı bir unsuru olarak değerlendirilmiştir.

1.1.5.3.2. Yaptırım Kısmı

Bir buyruk egemenin irade beyanı olarak değerlendirilince, tek başına bu beyanın itaat için gereken güdüyü yaratmamış olduğu görülecektir. Zira buyrukla egemenin muhatabından bir davranışta bulunması ya da bir davranışı gerçekleştirmekten kaçınmasını isteyen bir dilek söz konusudur ve bu dilek muhataba *niçin* buyruk gereğince davranması gerektiğini bildirmemektedir. Dolayısıyla muhatabın itaati için egemenin dileğinden daha kuvvetli bir

[142] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 252.
[143] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", s. 341.
[144] Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, s. 276.
[145] Bentham'a göre bir yükümlülük oluşturulması için yaptırım gereklidir, bu nedenle yükümlülüğün olduğu yerde mutlaka onun temelini oluşturan bir yaptırım da vardır. Ancak bu her yaptırımın da bir yükümlülüğe yol açtığı şeklinde anlaşılmamalıdır; nitekim Bentham ödül niteliğindeki yaptırımların yükümlülük oluşturmadığının farkındadır. Bentham'ın yaptırım ile yükümlüğün bağı hakkındaki bu iddiası daha sonra Hart tarafından eleştirilmiş yükümlülüğün varlığının yaptırımdan bağımsız olduğu, yaptırımın yükümlülük nedeniyle oluştuğunu, dolayısıyla yükümlülük yaptırım ilişkisinde yükümlülüğün önce geldiğini ileri sürülmüştür.

güdüleyici gerekmektedir ki bu güdüleyici çoğu durumda itaatsizlik halinde muhatabın başına bir kötülük geleceği şeklinde bir ikazdır. O halde egemenin buyruğunun etkinliği ancak yaptırım tehdidi ile desteklenerek sağlanabilecektir. Elbette nadiren de olsa itaat edilmesi halinde muhataba ödül verileceği şeklinde bir güdüleme de görülebilir[146].

Bentham'ın yasa tanımından hareketle egemenin beyanlarından emredici nitelikte olanların kurala uyulmasını sağlamak için yaptırımlarla desteklendiğini başka bir deyişle muhatapların yaptırımlar aracılığıyla kurala uygun eylemde bulunmalarının motive edildiği düşüncesi dikkate alınınca, onun hukuk kuramı buyruk temelli bir hukuk kuramı olarak nitelendirilebilir. Elbette Bentham'ın görüşleri farklı perspektiflerce farklı biçimlerde yorumlanabilir ancak kuramının buyruk temelli olarak nitelendirilişi de Bentham'ın görüşlerine yabancı değildir ve bu yorum lehine başkaca deliller de gösterilebilir. Örneğin Bentham hukukun motive edici unsuru olarak güce atıf yapar, bu cebir kullanımı anlamına gelmektedir. Ayrıca her yasanın (iyi ya da kötü fark etmeksizin) zorunlu olarak kötülük (mischief) içerdiği iddiası da bu yaklaşımını destekler[147].

Bentham yasayı yalnızca bir davranışın yapılmasını yasaklayan, buyuran ya da bu davranışın yapılmasına izin veren bir rehber olarak görmez. Yasa, yasa koyucunun isteklerinin yerine getirilmesini sağlayacak bir unsuru da içinde barındırmaktadır ki Bentham bunu "*yasanın gücü"* (force of law) olarak isimlendirir. Yasanın *"amaçladığı etkinin oluşmasına olanak sağlamak için dayandığı güdüler*[148]*"* söz konudur ve yasanın gücü bu güdülerle doğru orantılıdır. Kısıtlama niteliğindeki yasalar ile izin verici yasalar arasındaki asimetri yasanın gücünü aldığı güdüleyici yönünden kaynaklanmaktadır[149]. Bentham bu iki yasa türünü itaati temin etmek için dayandıkları güdülerin farkını vurgulayacak biçimde cezalandırıcı yasalar ve ön ödüllendirici yasalar olarak da adlandırmaktadır. Egemenin belirli bir davranış biçiminin mutlak suretle sergilenmesini istediği durumlarda, yaptırım türü olarak kötülük niteliğindeki yaptırımlardan destek aldığı görülebilir; nitekim bu durumlarda egemenin irade beyanı da buyruk formunda tezahür eder. Başka bir ifadeyle buyruk ancak ceza, tazminat, fesih,

[146] Olivecrona, "The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of 'A Law'", s. 101.
[147] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", ss. 338-39.
[148] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 41.
[149] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", s. 357.

hükümsüzlük gibi süje açısından olumsuz bir durumun yaşanacağını haber veren bir güdünün bulunduğu durumlarda söz konusu olmaktadır[150].

Bir yasanın yönlendirici kısmına iliştirilen yaptırım kısmı böylece yasanın gücünü aldığı yer olmaktadır. Yasa muhataplarına yasaya itaat etmeleri için gereksinim duydukları güdüyü saplayan kısımdır. Böylece bir yasanın hangi davranışın yapılması ya da yapılmaması gerektiğini açıklayan yönlendirici kısmı ile arzu edilen davranışın ortaya konulmasını sağlayan yaptırım kısmı biri olmadan diğerinin bir anlamı olamayacak bir bütünün parçalarını teşkil etmektedir.

1.1.5.3.3.Temel ve İkincil Yasalar Bütünü Olarak Hukuk

Yasa koyucunun yalnızca iradesini izhar etmesi genelde yeterli olmaz. Yönlendirici nitelikteki bu kısma cebri ya da teşvik edici bir kısım eklenmelidir. Dolayısıyla bir yasanın yönlendirici kısmında yasa koyucu ne yapılması ya da yapılmaması gerektiğini açıklar; yaptırım kısmında ise yönlendirici kısmında belirtilenenin aksine bir davranışa ya da belirtilene uygun bir davranışa karşı nasıl karşılık verileceğini açıklar. Ancak iliştirilen yaptırım da yalın haliyle yalnızca bir öngörü ya da tahminden ibarettir. Henüz öngörülmüş olan yaptırımın infaz edileceğine dair yasa koyucunun ortaya koymuş olduğu bir şey yoktur[151]. Söz konusu yasaya uyulmaması halinde öngörülmüş olan yaptırımın gerçekleştirilmesi gerekir ki bu da başka bir yasa aracılığıyla olur. Bu ikinci yasa birinci yasanın tamamlayıcısı, etkin kılıcısı niteliğinde bir yasadır; Bentham birinci yasayı temel yasa ikinciyi ise ikincil ya da yardımcı yasa olarak isimlendirir[152]. İkincil yasalar yasa koyucu tarafından yargıçlar ve diğer infaz memurları gibi yargılama sürecindeki statüleri önceden mevzuat ile belirlenmiş kişilere yöneltilir, bu kişiler temel yasada öngörülmüş olanı gerektiğinde ya gerçekleştirir ya da gerçekleştirilmesini sağlar[153]. Temel yasanın etkin kılınması olarak özetlenebilecek amaç, yalnızca yargıçlar tarafından gerçekleştirilemeyeceği için yargıçlarla birlikte yargılama usulü prasedürü içinde yer

[150] Zhai, "Bentham's Command versus Hart's Authoritative Reason", s. 176.
[151] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 147.
[152] Guillaume Tusseau, "An Old English Tale? Bentham's Theory of the Force of a Law", *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham*, ed. Guillaume Tusseau, Routledge 2014, ss. 86-87.
[153] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 150.

alan başkaca aktörler de ikincil yasanın muhatabı kılınmalıdır[154]. Bentham, temel yasa ve ikincil yasa arasındaki ilişkiyi başka bir eserinde şu şekilde açıklar:

> "Bir yasanın bu iki kolu farklı iki kişi tanımına yöneliktir; yönlendirici kısım genel olarak kişilere yönelikken, yaptırım kısmı resmi kurum üyelerine yöneliktir. […] (Finansal olarak) Ödüllendirici yasaların yönlendirildiği kişiler, kendisine para kazandırılan ya da oluşturulan fayda konusu başka her neyse, söz konusu yönlendirici yasaya itaat etmesi karşılığında söz konusu maddeyi ihsan etme işini yürüten idari mercii görevlileridir. Ceza yasasının yönlendirildiği kişiler, hâkimler tarafından yönetilen ve başkanlık edilen yargı dairesine mensup resmi görevlilerdir.[155]"
>
> "Suçun yaratılmasıyla yetinen bir yasa ile böyle bir suçun işlenmesi halinde ceza verilmesini emreden bir yasa iki ayrı yasadır; (şimdiye kadar genel olarak kabul edildikleri üzere) tek ve aynı yasanın parçaları değildir. Buyurdukları eylemler tamamen farklıdır; yönlendirildikleri kişiler tamamen farklıdır. Örnek, Kimsenin çalmasına izin verme ve Hırsızlıktan hüküm giyen kimseyi yargıç astırsın.
>
> İlki basit bir emredici yasa ikincisi bir cezalandırıcı yasa olarak şekillendirilmiş olabilir; ancak cezalandırıcı olan, cezanın infazını buyuruyorsa ve yalnızca ona izin vermiyorsa, gerçekte diğeri kadar emredicidir: ikincisi cezalandırıcıyken diğeri cezalandırıcı değildir[156]."

Bentham'ın bu ifadeleriyle kastetmiş olduğu birinci yasa (*"kimsenin çalmasına izin verme")* bir temel yasadır. Bu temel yasada hırsızlık yapana ne yaptırım uygulanacağı da belirtilmelidir. Bu yaptırımın nasıl kimler tarafından uygulanacağı ise temel yasayı tamamlayan bir ikincil yasa aracılığıyla gösterilecektir: *"Hırsızlıktan hüküm giyen kimseyi yargıç astırsın."* Temel yasa ile buyurulan eylem çalmamak iken ikincil/yardımcı yasa ile buyurulan hırsızlık yapan kişinin asılmasıdır. Temel yasanın muhatabı toplumu oluşturan her bir birey iken; ikincil yasanın muhatabı bakmakta olduğu davada hırsızlık suçunun işlenmiş olduğu hükmünü veren yargıçlardır. Ancak burada iki ayrı yasa bulunmakla birlikte bunların birbirinden bağımsız olduğu da düşünülemez. Zaten temel yasanın yaptırım kısmı, ikincil yasanın yönlendirici kısmına dönüşmüştür. İkincil yasanın amacının temel yasanın etkinliğini sağlamak olduğu da hatırda tutulacak olursa bu paragrafta Bentham temel yasa ve onun yardımcısı niteliğindeki bir

[154] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ss. 150-51.
[155] Bentham, "Pannomial Fragments", s. 216.
[156] Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, s. 302.

ikincil yasayı örneklemiştir. Nitekim ceza tehdidini içeren yasanın emredicilik hususunun yer aldığı yönlendirici yasaya eklendiğini belirttiği şu pasaj bunu ortaya koymaktadır:

> "basit bir emredici yasa ve ona bağlı cezalandırıcı yasa farklı yasalar olsa da, birincisi ikincisinden hiçbir şey içermez ve ikincisi, doğrudan anlamında birincisinden hiçbir şey içermez; yine de zımni olarak ve gerekli olan, cezalandırıcı olan eklendiği basit emredici yasanın anlamını içerir. Yargıca, hukuka uygun olarak hırsızlıktan hüküm giyen kişiyi astırmak, doğrudan olmasa da, genel olarak insanlara çalmamaları gerektiğini söylemenin, onlara doğrudan Çalmayın! demek kadar dolaylı da olsa anlaşılır bir yoludur: …. Öyleyse, öyle görünmelidir ki, nerede basit bir emredici yasaya cezalandırıcı yasa eklenecekse, birincisi tamamen yedekte tutulabilir: bu durumda, böyle bir ek olmaksızın amacına cevap verebilecek yasalar istisnası dışında (ki böyle yasalara doğal olarak sık rastlanılmaz) cezalandırıcı yasa ya da diğer deyişle ceza yasası dışında yasanın bütününde başka bir durum olmamalıdır[157]."

Bu açıklamalar ışığında Bentham'ın kuramında temel yasa ve ona eklenen yardımcı yasalardan oluşan bir yasalar zinciri tablodaki gibi örneklendirilebilir:

I. YASA	**Temel Yasa** *Çalmayın, yoksa asılırsınız.*	*Çalmayın:* muhatabı toplumda yaşayan bireyler olan temel yasanın yönlendirici bölümü
		Yoksa asılırsınız: yaptırım bölümü
II. YASA	**1. Yardımcı Yasa** *Hırsızlık yapanı asın, yoksa bir ücret ödemek zorunda kalırsınız.*	*Hırsızlık yapanı asın*: muhatabı yargıçlar olan yönlendirici bölüm
		Yoksa bir ücret ödemek zorunda kalırsınız: yaptırım bölümüdür.
III. YASA	**2. Yardımcı Yasa** *Hırsızı astırmayan herhangi bir yargıç bir ücret ödesin, yoksa bir ücret ödemeniz gerekecektir.*	*Hırsızı astırmayan herhangi bir yargıç bir ücret ödesin:* muhatabı infaz memuru olan yönlendirici bölüm
		Yoksa bir ücret ödemeniz gerekecektir: yaptırım bölümü

[157] Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, s. 303.

	3. Yardımcı Yasa	……..
IV.YASA	…….	……..

Tablo I [158]

Tabloda görüldüğü üzere 1. Yasa açısından yardımcı yasa niteliğinde olan 2. Yasa, 3. Yasa açısından temel yasa niteliğindedir. Yasa dizisini oluşturan zincirde bulunan yasalar kendisinden sonra gelen açısından temel yasa kendisinden sonra geldiği yasa açısından ise yardımcı yasa olarak işlev görecektir. Birilerinin hukukun gerektirdiği eylemleri yapması için yasaların sürekli güdü sağlaması sonsuza uzanan bir yasalar dizisine yol açacaktır. O yüzden zincirin sonundaki yasanın kendisinden sonra gelen yardımcı nitelikte bir yasaya gereksinim duymaması bir zorunluluktur.

Bu açıklamalardan şu sonuç çıkacaktır: yasalar birliği, ilk unsuru temel yasa olan ve onu takip eden yakın ve daha sonra daha uzak nitelikli ikincil yasalardan oluşan bir zincir olarak gözlemlenebilir. Temel yasanın etkinliği kendisine iliştirilmiş olan ikincil yasalara bağlıdır. Örneğin "A" davranışının yapılmasını buyuran ve bu davranışın yapılması halinde "B" ödülünün verileceği vaadinde bulunan ya da yapılmaması halinde "C" cezasının uygulanacağı tehdidinde bulunan bir temel yasanın yönlendirici kısmı en genel çerçevede vatandaşları muhatap alırken, yasanın ikinci kısmı, ödülün verilmesi ile ilgili olarak görevli idari merciilere, cezanın infaz edilmesiyle ilgili olarak yargıç ve diğer ilgili resmi görevlilere bir talimat niteliğindedir. Bu yasanın etkin kılınabilmesi için idari mercileri muhatap alan bir dizi ikincil yasaya gereksinim duyulmaktadır. Örneğin, "A davranışını gerçekleştiren vatandaşa Z memuru B ödülünü X koşulları çerçevesinde takdim eder." şeklinde bir ikincil yasa temel yasanın etkin kılınmasını sağlayacaktır. İkincil yasalar dayanmış olduğu güdüye/yaptırıma itibarla, ödüllendirici ya da cezalandırıcı yasa olarak isimlendirilebilir.

İkincil nitelikli yasalar da etkinliğini başkaca bir ikincil yasa aracılığıyla temin eder. Bu yasalar dizisi ile muhatap alınan aktörlerden herhangi birinin kendi yükümlülüğüne uyması diğerlerinin de yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayacaktır:

[158] Tablo hazırlanırken yararlanılan kaynak için bkz. Tusseau, "An Old English Tale? Bentham's Theory of the Force of a Law", s. 96.

> "…buyruklar buyrukları takip etmelidir: çağrıda bulunulan ilk kişi itaat etmezse ikinci edebilir: ikinci de itaat etmeyebilir, ama üçüncü edebilir: üçüncü de itaat etmezse yine de dördüncü için bir ümit vardır. Eğer kimsenin itaat etmesi beklenmiyorsa, yasa açıkça acizdir [etkisizdir] ve [boş bir çuval gibi] yere yığılır: ancak, muhatap olunan herhangi birinden itaat beklenmekle birlikte, kendisine ilk hitap edilen kişiden ne kadar uzakta olursa olsun, bu beklenti tüm ara kişileri ödevlerine bağlı tutmak için yeterli olabilir.[159]"

Görüldüğü üzere Bentham hukuk sistemini bir dizi temel yasa ve onları etkin kılmaya özgülenmiş ve onlara iliştirilmiş ikincil yasaların kavramsal ve pratik dayanışması olarak gözlemlemektedir. Hukuk temel yasa ve ikincil yasaların halkalarını oluşturduğu bir zincirdir; halkalardan birinin eksik olmamasının zincirin bütünlüğü açısından elzem olması gibi temel yasa ve ilgili ikincil yasaların ahenkli işleyişi *"yasaların yere yığılmamaları*" başka bir deyişle yasaların etkinliği için elzemdir.

Bentham'a göre hukuk sistemini oluşturan yasalardan bir kısmı çift karakterli de olabilir. Bu tür yasalar hem temel yasa hem de başka bir temel yasa açısından yardımcı ya da ikinci yasa niteliğindedir. Salt ikincil yasa niteliğinde olanlar ise ancak atıfta bulunduğu temel yasa ile birlikte değerlendirildiğinde anlam ifade eder. Bu yasalar tek başlarına ayakta kalamayan, ancak bağlı oldukları bir başka yasadan önce gelmesi gereken yasalar olduğundan sıfat (adjevtive) ya da eklenen (enclitic) yasalar olarak da isimlendirilebilir. Kendi başlarına ayakta kalabildikleri için temel yasalardan farklı olan bu türde yasalara yargılama usulünün işleyişi hakkındaki tüm yasalar örnek olarak gösterilebilir[160].

Bentham'a göre temel yasa ve onu etkin kılmaya özgülenmiş bağlı ikincil yasalar zincirinde temel yasanın ödüllendirici nitelikte olduğu durumlarda, ikincil yasaların tamamının ödüllendirici olması mümkün değildir. Tamamen ödüllendirici yasalardan oluşan bir zincir söz konusu olamaz çünkü en azından zincirde muhatap alınan aktörlerden en azından bir tanesinin temel yasada vaat edilmiş ödülü vermesinin etkinleştirilmesi için cebri nitelikli bir yaptırıma gereksinim doğacaktır[161]. Buradan çıkan sonuç etkinliği bir yasalar dizisi aracılığıyla sağlana hukuk kuralları görünüşte cebri nitelikli bir yaptırıma dayanmıyor olsa dahi, yasaya bağlı olan yardımcı nitelikli ikincil yasalardan en azından birinde cebri bir yaptırımın varlığı mantıksal bir

[159] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 152.
[160] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ss. 152-53.
[161] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ss. 155-56.

gerekliliktir. Bu anlamda cebir ya da cebri yaptırımın hukuk kavramı sınırları içinde yer aldığı, yasa bütüncül bir bakış açısıyla analiz edildiğinde görülecektir.

Bentham'ın yasa tanımı dikkate alınacak olursa; bir yasanın taşımış olduğu amacında başarılı olabilmesi için *"kendini gerçekleştirme araçlarına sahip olmasına"* ve yöneltilmiş olduğu kişiler üzerinde *"bir güdü olarak etkide bulunmasına"* bağlı olduğu görülecektir. Yasakoyucu temel yasa ve ikincil yasaların dayanışmasından oluşan bir yasalar zinciri aracılığıyla bir emreden olarak muhataplarının kendisine buyurulan şeyi yapmaması durumunda belirli sonuçların ortaya çıkacağını anlamasını istemekte ve bu anlayışın kendisine buyurulan davranışı gerçekleştirmesi için diğer her türlü güdüleyiciyi aşan üstün bir güdü olarak rol oynamasını hedeflemektedir. Muhatapların istek ve hedef doğrultusunda eylemde bulunmaları ise devletin resmi görevlileri tarafından gerçekleştirilecek bir dizi eyleme, yaptırımın infaz edilmesi ile mümkündür[162]. Başka bir deyişle yasanın etkinliği için bir yönlendirici kısımdan ve yaptırım öngören bir kısımdan oluşan yasanın tek başına varlığı yeterli olmayacak; yasa muhataplarında öngörülmüş olan bu yaptırımın uygulanacağı kanaatinin kuvvetlendirecek infaz mekanizmalarının varlığı gerekli olacaktır.

1.2. Bentham'ın Hukuk Kuramında Yaptırım

Bentham yaptırım kavramını oldukça geniş bir kapsamda ele almıştır, ona göre insan eylemlerini haz ya da acı vermek suretiyle etkileme gücüne sahip her şey yaptırım olarak sınıflandırılmalıdır. Başka bir deyişle yaptırım belirli bir miktar haz ya da acının üretilmesine neden olan bir davranış türünün sonucudur. Öyle ki bir insan herhangi bir eylemde bulunacağında bu eylemin neticesi olarak karşı karşıya kalacağı neticeyi hesaba katmadan, deneyimleyeceği haz ya da acıyı öngörüp bunu dikkate almadan eylemde bulunamaz. O nedenle her insan eylemi sonucunda ortaya çıkacak yaptırımla ilişkilidir[163].

Elbette bir kişinin yasa gereğince eylemde bulunması için motive edilmesi gerekliliği yalnızca kısıtlayıcı türde yasalar için söz konusudur, izin verici yasalar için doğal olarak bir güdüleyici gerekmez. Ancak bu hukuki yaptırımın salt kısıtlayıcı yasalar (buyruklar ve yasaklar) için gerekli iken izin verici yasalar (gayrı buyruklar ve izinler) için gerekli olmadığı anlamına

[162] Zhai, "Bentham's Command versus Hart's Authoritative Reason", s. 181.
[163] Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, s. 201.

gelmez. Bu durum daha ziyade izin verici yasalar herhangi bir kısıtlama içermeyen, ihlal edilmesi mümkün olmayan nitelikte yasalar olduğundan, bu türde yasalara itaat edilmesi için bir güdülemenin anlamsızlığı olarak anlaşılmalıdır. Kısıtlama niteliğindeki yasalar için ise yasanın gereğince eylemde bulunulmasının teşvik edilmesinin gerekmesi mantıksal bir sonuçtur. Zira güdüleme olmaksızın kuralın muhatabının kurala riayet etmede başarısızlığa düşmesi muhtemeldir. Bu nedenle Bentham'ın bir yasanın temel unsuru olarak görmüş olduğu güdü, kısıtlayıcı yasalar için önem arz etmektedir.

Bentham hukuku öncelikle bir toplumsal kontrol aracı olarak görmektedir. Elbette hukukun başkaca işlevleri de bulunabilir ancak hukukun diğer fonksiyonları öncelikli işlevi olan toplumsal kontrole indirgenebilir ya da ondan türetilebilir. Toplumsal kontrol, kurallara eklemlenmiş güdü aracılığı ile gerçekleştrilebilir. Dayanılan güdü tarih boyunca farklılık gösterse bile, kuralın düzenlemiş olduğu her türlü durumda bir güdüye dayanılması gerekir[164]. Bentham'ın yasa muhatabının itaatini elde edebilmek için ceza ya da ödül formunda güdüleyicilere, yani yaptırımlara dayanılması gerektiği düşüncesinin arka planında elbette insan doğasına dair sahip olduğu görüşün etkisi vardır: İnsan davranışlarının iki yönlendiricisi vardır; haz ve acı. İnsan doğası gereği haz veren eylemleri yapmak ister; acı veren eylemlerden kaçınmak ister[165].

Hukuk izin verici yasaları da içeriyor olmakla birlikte, insanların davranışlarını yönlendirici etkisi hesaba katıldığında davranışa rehberlik eden kısıtlayıcı nitelikteki yasalardır. Toplumsal kontrol kısıtlayıcı yasalar aracılığıyla sağlanır, izin verici yasalardan daha çok bu tür yasalar hukuka karakterini verir. Bu yönüyle Bentham hukuku bir kısıtlama sistemi olarak ele almıştır denilebilir[166]. Her ne kadar bir hukuk sisteminde izin verici yasalar bulunursa da bu tür yasalar *etkinlik* yönünden verimli yasalar değildir. Bentham'ın tüm yasaların bağlayıcı, zorlayıcı ve özgürlüğü sınırlayıcı olduğu ifadesi bu çerçevede değerlendirilmelidir. Hukukta elbette izin verici yasalar da vardır ve Bentham bunları inkâr etmez ancak hukuka karakterini veren

[164] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", s. 357.
[165] Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, s. 16.
[166] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", s. 357.

etkinliği olan kısıtlayıcı yasalar olduğu için hukuka dair genel bir değerlendirme yapılırken izin verici yasalar göz ardı edilebilir[167].

Bentham yaptırımların kaynakları ve mahiyetleri dikkate alınarak iki farklı şekilde sınıflandırılabileceğini belirtir. Haz ve acının kaynağı olarak yaptırımlar fiziksel, dini, siyasi/hukuki, ahlaki/yaygın, ödetmeci, sempatik ve antipatik yaptırımlar olarak sınıflandırılabilir. Mahiyetleri itibarıyla ise bir kötülük sonucunu doğuranlar cezalandırıcı, bir iyilik elde edilmesini sağlayanlar ödüllendirici yaptırımlar olarak sınıflandırılabilir. Bütün hukuk terimleri acı ya da haz verme niteliğine göre ayrışan yaptırım türlerinden birine referans vermelidir[168].

1.2.1. Haz ve Acının Kaynağı: Güdü Olarak Yaptırımlar

Bentham yaptırımı bir insanın belirli bir eylemde bulunmasını sağlayan güdü olarak değerlendirmektedir. Öyle ki yaptırımlar, haz ve acıyı ortaya çıkaran kaynaklardır. Yaptırımı, yasaya uygun davranışta bulunmaya ikna etme yetisi yönünden ele alarak, "yasa tarafından buyurulan bir davranış biçiminin oluşmasını sağlamak için tasarlanması aşamasında yasanın işleyişiyle üretilen bir güdü" kısacası "yasa tarafından sağlanan güdü" olarak tanımlamaktadır[169].

Bu çerçevede dört tür yaptırım (haz ve acı) kaynağı olduğu söylenebilir: Fiziksel yaptırım, ahlaki ya da halka ait (toplumsal) yaptırım, siyasi/hukuki yaptırım ve dini yaptırım[170].

> "II. Hazzı ve ıstırabı doğuran dört kaynak vardır: Ayrı ayrı ele alındığında bunlar fiziksel, siyasi, ahlaki ve dini olarak adlandırılabilir. Her birisine karşılık gelen

[167] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", s. 358.
[168] Bentham, *Preparatory Principles*, s. 247 [786 nolu başlık].
[169] Bentham, *Preparatory Principles*, s. 112 [296 nolu başlık].
[170] Bentham *Ahlak ve Yasamanın İlkeleri* (An Introduction to the Principles of Morals and Legislation) eserinden daha sonra 29 November 1821'de dostu Ettienne Dumont'a yazdığı mektupta, ödetmeci (retributivist), sempatik ve antipatik olarak adlandırdığı yeni yaptırım kaynaklarından söz etmiştir. Bkz. Amnon Goldworth, "The Sympathetic Sanction and Sinister Interest in Bentham's Utilitarianism", *History of Philosophy Quarterly*, C. 4, S. 1 (1987), ss. 69-70. Ancak yaptırımın kaynakları açısından Bentham'ın Ahlak ve Yasamanın İlkeri'nde ve yaşamı boyunca değindiği dört kaynağın dikkate alınması gereken en güçlü ve en önemlileri olduğunu ifade edilmiştir. Bkz. Ross Harrison (ed.), "The Sanctions of Utilitarianism", *Henry Sidgwick*, Oxford Univ. Press, Oxford 2001, s. 95. Nitekim Bentham'ın da sempatik yaptırımı, birey üzerindeki etkisinin daha az olması nedeniyle diğer yaptırım türlerinden ayırt etmek istediği görülmektedir. Bkz. Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, s. 202. Biz de bu çalışmada Harrison'u takip ederek Bentham'ın görüşlerini dört temel yaptırım kaynağı üzerinden ele almayı tercih ettik.

haz ve ıstırabın bir yasaya ya da davranış biçimine bağlayıcı bir mesnet teşkil etmesi bakımından bunların hepsine birden müeyyide denir.

III. Hayatın sıradan akışı içinde, bir insan eliyle ya da görünmez üstün bir varlığın eliyle kasıtlı olarak müdahale edilmemiş bir haz ya da ıstırap varsa ya da bekleniyorsa bunun fiziksel müeyyideye ait olduğu ya da ondan kaynaklandığı söylenebilir.

IV. Eğer devletin hükümranlığına ya da iktidarın iradesine uygun olarak adalet dağıtma gibi belirli bir vazifeyle görevlendirilmiş, hâkim gibi unvanlarla adlandırılan belirli kişi veya zümrelerin elindeyse buna siyasi müeyyide denir.

V. Toplumdaki sıradan insanların elindeki, mizaca uygun fakat müesses bir düzene bağlı olmadan hayatın normal akışında önemsenip dikkate alınan müeyyide için ahlaki ya da yaygın (popular) müeyyide denilebilir.

VI. İster bu dünyada ve şimdi isterse gelecekte, görünmeyen üstün bir varlıktan kaynaklanıyorsa buna dini müeyyide denir.[171]"

Bunlardan ilki olan fiziksel yaptırım, doğanın olağan akışında bir kaza ya da olumsuz bir sonuç, kişinin tedbirsizliği neticesinde başına gelen bir musibet olarak gözlemlenebilen türde bir yaptırım kaynağıdır. Örneğin bir kişinin yatmadan önce yanan mumu söndürmemesi neticesinden evinin yanması fiziksel yaptırım olarak nitelendirilebilir[172]. Bentham hukuka dair bir araştırmada fiziksel yaptırımın dikkate alınmayacağını, çünkü fiziksel yaptırımlarla ilgili gücün tasarımla (design) yönlendirildiği varsayıldığını ileri sürer[173]. Ancak ahlaki, hukuki ve bu dünyayla ilgili olmak kaydıyla dini yaptırımların işleyişi fiziksel yaptırımla irtibatlıdır. Zira bu yaptırımları ortaya çıkaran sırasıyla toplum, yasakoyucu ve Tanrı olarak gösterilebilecek pratik otoriteler fiziksel yaptırım, başka bir deyişle doğanın güçleri çerçevesinde hareket eder. Fiziksel yaptırımların diğerlerinden bağımsız olarak işlemesi mümkünken, diğer üçü ancak fiziksel yaptırım aracılığıyla etkinleşebilir[174].

Hukuki yaptırım ise kaynağı egemen olan ve egemenin astları tarafından uygulanan siyasi yaptırımlardır[175]. Bentham siyasi yaptırımların diğer yaptırımlara karşı pratik bir önceliğe sahip olduğunu ifade eder. Siyasi/hukuki yaptırım, yaptırım türleri arasında işleyişi açısından en

[171] Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, ss. 33-34.
[172] Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, s. 35.
[173] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 91. Bentham burada Tanrısal bir aşkın gücün tasarımını kastediyor ve bu nedenle bunu araştırma kapsamına dâhil etmiyor.
[174] Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, s. 35.
[175] Olivecrona, "The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of 'A Law'", s. 101.

güçlü ve en güvenilir olandır. Bu nedenle hukuki yaptırımdan kaynaklanan bir hukuki yükümlülük de diğerlerine nazaran en güçlü, etkili ve en verimli olan yükümlülüktür[176]. Ne var ki "hukuk bilimi"[177] ile uğraşan biri araştırma sahasını salt hukuki/siyasi yaptırımla sınırlı tutamaz; hukuki yaptırımla birlikte ahlaki/toplumsal (moral/popular) yaptırım ve dini yaptırımın da dikkate alması gerekir. Hukuki yaptırımın yanında bu ikisi, yardımcı (auxiliary) yaptırım niteliğindedir. Egemen yasalarına etkinlik kazandırmak istiyorsa önünde iki yol vardır; ya yasama gücü aracılığıyla yaptırımı kendisi yaratır (hukuki yaptırım) ya da yardımcı yaptırımlardan istifade eder[178].

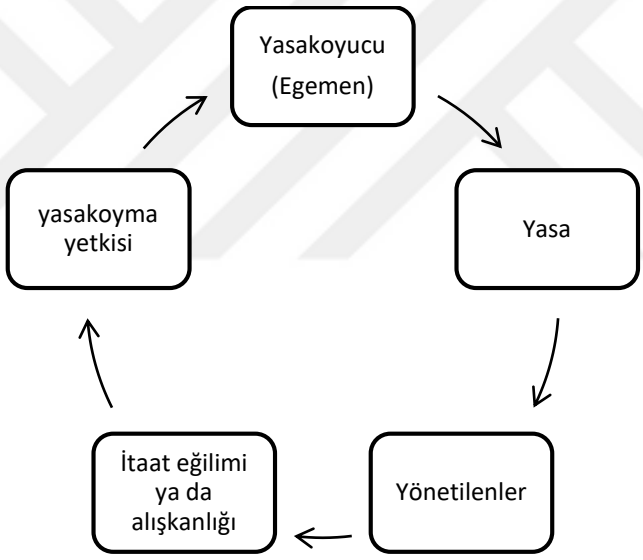
Ahlaki ve dini yaptırımlar, yani yardımcı yaptırımlar Bentham'ın anayasa hukuku kavramını inşa ederken temel almış olduğu yaptırımlardır. Bu yardımcı yaptırımlar bir egemene yönelik yasaları uygulamanın tek yoludur[179]. Anayasa hukuku kabaca egemenin yetkilerinin sınırlanması olarak değerlendirilirse egemenin yetkilerini sınırlayacak kuralların kaynağının egemen olmaması gerekir. Zira kendi kendisini sınırlaması mantıken kabul edilebilir bir şey değildir ve egemenden böyle bir beklentiye girilmemelidir. Her bir yasanın bir yaptırım ile desteklenmesi gerektiği için ve hukuki/siyasi yaptırımlar da egemenin irade beyanı niteliğindeki buyruklarından ibaret olduğu için anayasa hukuku kuralları ancak egemenle bu şekilde ilişkisi olmayan yardımcı yaptırımlardan destek alabilir. Bu nedenle Bentham'ın leges in principem (egemene yönelik yasalar) olarak adlandırdığı bu hukuk dalının temelinde ahlaki ve dini yaptırımlar yer alır[180].

Hukuku oluşturan irade bazen bunlarla yan yana bazen de bunların karşısında tezahür edecektir. Bentham'ın ifadeleriyle, ahlaki ve dini yaptırımlar, *"... kendisine yabancı olan bu iki müeyyide bir kanun koyucuya mesleğinin her aşamasında ya destek ya da köstek olur. Bunlardan birisi veya her ikisi, mutlaka onun yanında ya da karşısındadır. Bunları hesaplamalarının dışında tutması mümkün müdür?*[181]*"* Dolayısıyla Bentham'a göre her halükarda bunların etkisinin yasa koyucu tarafından görmezden gelinmesi mümkün değildir. Her ne kadar siyasi yaptırımla

[176] Jeremy Bentham, "A Fragment on Ontology", *The Works of Jeremy Bentham,* ed. John Bowring, William Tait, Edinburg 1843, C. 8, s. 206.
[177] Bu çalışmada "jurisprudence" kelimesinin Türkçe karşılığı olarak "hukuk bilimi" ibaresi kullanılmıştır.
[178] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 142.
[179] Olivecrona, "The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of 'A Law'", s. 101.
[180] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 92.
[181] Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, s. 36.

kıyaslayınca ahlaki ve dini yaptırımın gücü oldukça az görünse dahi hukuk sisteminin genel etkinliği açısından bu iki yardımcı yaptırımın oldukça önemli bir rolü bulunmaktadır. Bu nedenle ahlaki ve dini yaptırımların etkinliğini bütünüyle yadsımak ve salt siyasi/hukuki yaptırıma itibar etmek hatalı bir tutum olacaktır[182].

Ahlaki ve dini yaptırımları egemen üzerinde etkili kılan tebaanın itaat eğilimidir. Bentham yönetilenlerin yöneticilere itaat eğilimi göstermesini iki yönlü bir ilişki olarak değerlendirmiştir. Yönetilen çoğunluk yönetici azınlığa itaat eğilimi göstererek bir yandan egemenliği tesis eder, sürekliliğini temin eder, sahip olduğu gücü bahşeder ve bu gücü sınırlandır[183]. Dolayısıyla halkın egemene itaat etme eğilimi taşıması yönetici ve yönetilenler arasındaki ilişkiyi kuran önemli bir toplumsal olgudur; egemen ve toplum arasındaki döngüsel bir ilişkidir. Toplumdaki yetki/güç dolaşımı olarak nitelendirilebilecek bu durum şöyle şematize edilebilir:



İnsanların yasaya uymanın kendisine sağlayacağı menfaat ile yasayı ihlal etmenin kendisine sağlayacağı menfaati kıyaslarak eylemini seçmesine benzer bir şekilde, egemen de bir

[182] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 93.
[183] Egemenin *"kişiler üzerindeki tüm yetki gücünün nihai etkin nedeni, bu kişilerin itaat etme eğilimidir: O halde, egemenin gücünün etkin nedeni, halkın itaat eğiliminden ne fazla ne de eksiktir."* Bkz. Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ss. 42, dipnot b. *"Egemen organa sahip olduğu gücü veren tek şey itaat alışkanlığıdır. Aynı gücü sınırlayabilecek tek şey, aynı itaat alışkanlığıdır."* Bkz. Bentham, *Preparatory Principles*, s. 180 [560 nolu başlık]. *"Bir yanda güç, diğer yanda itaatten oluşur ve az ya da çok itaatle orantılıdır. İtaatle doğru, direnişle ters orantılıdır."* Bkz. Jeremy Bentham, "Securities Against Misrule", *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring, William Tait, Edinburg 1843, C. 8, s. 572.

yükümlülük getireceği zaman ya da tanımış olduğu haklara riayet edeceği ya da bunları ihlal edeceği zaman, bu eylemlerinin yönetimi altındaki insanlar üzerinde nasıl bir etki doğuracağını dikkate alır. Başka bir deyişle egemen, eylemi karşısında halkın itaati olasılığı ile itaatsizliği olasılığını değerlendirecek itaatsizliğe uğrama ihtimalinin yüksek olması halinde tebaasına tanımış olduğu haklara, imtiyazlara riayet edecek, uyulmayacağı baştan belli olan yükümlülükler koymak istemeyecektir. Böylece yönetilenlerin kurallara itaat etme eğilimi ya da itaatsizlik eğilimi taşıması egemene hem gücünü veren hem de onu sınırlandıran bir kavram olarak anlaşılabilecektir.

Yardımcı yaptırımları hukukun etkinliğine katkıda bulunan ve hukuki olana genel bir saygı çerçevesi ile sınırlı yaptırımlar olarak görmek gerekir[184]. Bu çerçevede insan eylemine yön veren yaptırım türlerinden fiziksel olan hukukçunun araştırma sahası dışında olup asli olan hukuki (başka bir deyişle siyasi) yaptırımlardır, ahlaki ve dini yaptırımlar da bunlara yardımcı konumdadır.

1.2.2. Yaptırımın Mahiyeti: Teşvik veya Kısıtlama

Bentham'ın yaptırım kavramını bir bireyin belirli bir davranışta bulunması yönünde zorlayan ya da teşvik eden bir güdü olarak görmektedir. Yaptırımı güdü olarak gördüğü için çoğu kişinin aksine yaptırımı ceza, tazminat gibi salt cebri nitelikli türlerden ibaret görmez, yasanın belirlemiş olduğu davranış biçimleri ödül tarzında güdüler/yaptırımlar aracılığıyla da cezbedici hale getirilebilir. Zira insan eylemini acıdan kaçınmak gibi hazza erişmek de güdüleyecektir. Bu nedenle ödüllerin de cezalar gibi yaptırım türü olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak Bentham ödüllerin cezalar kadar arzu edilen neticeye ulaşılmasını sağlayıcı *etkinlikte* güdüler/yaptırımlar olmadığını düşünmektedir[185]. Bu görüşü uygulamada da cebri yaptırımların

[184] Tusseau, "An Old English Tale? Bentham's Theory of the Force of a Law", s. 110.

[185] Acı veren yaptırımların haz veren yaptırımlara kıyasla daha etkin ve bu nedenle de daha yaygın oluşuna dair şu ifadeleri kullanmıştır: "Oluşturdukları duyumun doğası açısından bakıldığında, yaptırımlar iki türdür: acı veren ve haz veren –devletin uygulaması düşünüldüğünde, cezalandırıcı ve ödüllendirici-, ilk belirtilen acı verici olan, en etkili ve evrensel olarak yerinde ve uygulanabilir olandır." bkz. Bentham, *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, s. 175. "Acı beklentisi, bir insan [man] üzerinde hazdan daha fazla kuvvetle etki eder. Bunun diğer nedenlerinin yanı sıra: Bir insan sunulan hazzı almazsa, başka bir haz alabilir; ama eğer acı çekerse, bu sürerken, herhangi bir hazdan neredeyse hiç etkilenmez. Acı içindeyken kendisine uygulanan herhangi bir haz nedeni, etkisini ancak çok kusurlu bir şekilde gösterir." Bkz. Bentham, *Preparatory Principles*, s. 231 [728 nolu başlık].

ödül niteliğindeki yaptırımlara kıyasla oldukça yaygın olması gerçeğiyle de desteklenmektedir[186].

Böylece Bentham hukuk üzerine kafa yoran çoğu kişinin aksine yaptırım kavramını salt negatif yönden bir güdülemez aracı olarak görmez; cezanın ve benzeri negatif güdülerin yanında ödül niteliğinde pozitif güdülerin de yaptırım başlığı altında bulunduğunu ileri sürer. Her ne kadar yaptırımı ödül niteliğindeki yasaları ödüllendirici veya ikramiyeli yasalar olarak isimlendirerek cebri yaptırımla donatılan cezalandırıcı yasalardan ayırt etmiş olsa da her iki tür yasa da aynı yasakoyucunun buyruğu niteliğinde olduğundan, aynı amaçlara yöneldiğinden, hiç bir ihtilaf olmaksızın "yasa" olarak isimlendirilen irade beyanlarıyla aynı ciltte kaydedildiğinden teknik anlamda birinin diğerinden bir farkı söz konusu değildir[187]. Başka bir deyişle ödül de en az ceza, tazminat, fesih ve benzeri cebri nitelikli yaptırımlar kadar güdüleme gücüne sahiptir ve bu nedenle cezalandırıcı yasaların yanından ödüllendirici yasaların var olması mümkündür.

Yasakoyucu yasaya itaati sağlayabilmek için bazı durumlarda kısıtlamalar yerine daha faydalı olduklarından teşvikleri tercih eder. Örneğin yapılması ya da kaçınılması istenen belirli bir eylemin ancak toplumda belirli meziyetlere sahip kişiler tarafından gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu, başka bir deyişle pek çok kişinin söz konusu davranışı gerçekleştirmesinin mümkün olmadığı durumlarda yaptırım olarak kısıtlama yerine teşvik öngörmek daha makuldür. Yapılması bazı insanlar için mümkün olmayan bir davranış türünün kısıtlama ile desteklenmesi bir anlam teşkil etmeyecektir. Zira kaçınmak herkesin gösterebileceği bir tutumken, bir eylemde bulunmak herkesin her zaman gerçekleştirebileceği bir davranış değildir[188]. Ancak yetenekleri ortaya çıkarmada iyilik beklentisinin her durumda kötülük korkusundan daha etkili olacağı kesin olarak ifade edilemez. Farzımahal iyi bir yazarın ortaya

[186] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 143.
[187] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 146.
[188] Bentham, *Preparatory Principles*, s. 89 [188 nolu başlık]. Meridyenin keşfedilmesi için Avrupa devletlerinin ödül vaaadinde bulunması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Meridyenin keşfedilmesi herkes tarafından gerçekleştirilebilecek bir eylem değildir, bu keşfi yapabilmek için sıradışı bir yeteneğe sahip olmak gerekmektedir. Hal böyle iken bir hükümetin, ülkesindeki matematikçileri ve filozofları bir araya getirip, onlara belirli bir süre içerisinde meridyeni keşfetmeleri gerektiğini aksi takdirde asılacaklarını söylemeleri oldukça saçma olacaktır. Ancak bu faydasız ve akıllıca olmayan bir yöntem olmakla birlikte, hiç uygulaması olmayan tamamen hayal ürünü de değildi. Geçmişte Kral Nebuchadnezzar'ın rüyalarını tabir etmeleri için büyücülerine bu yöntemi uyguladığı görülmekteydi. Ancak rüya tabirine kıyasla oldukça teknik, bilimsel bir mesele olan meridyenin keşfinde kısıtlamanın bir güdü olarak kullanılması her halikarda faydasız ve saçma bir tavır olacaktır. Bkz. Bentham, *Preparatory Principles,* ss. 89-90 [188,189, 190 nolu başlıklar].

çıkabilmesi için içinde bulunduğu yoksulluğun etkili olduğu da gözlemlenebilir[189]. Ödüllerin kısıtlamalara nazaran tercihe şayan oluşu bazen de kanıt elde etmenin zorluğundan ileri gelebilir. Belirli bir davranışın sergilenmesi ya da serglenmekten kaçınılması için bir kısıtlama, ceza öngörülmüş olduğunda, bu cezanın uygulanabilmesi için yasanın aksine davranılmış olduğunun kanıtlanması gerekmektedir[190]. Böylesi bir isbatın çok güç olduğu durumlarda yasakoyucu açısından teşvik kısıtlamadan daha cazip hale gelecektir.

Bu istisnai durumlar bir tarafa bırakıldığında Bentham hukuk alanında teşviklerden ziyade ceza ve benzeri kötülük içeren kısıtlama niteliğinde güdüleyicilere daha fazla başvurulduğunun farkındadır. Bunun bazı gerekçeleri bulunmaktadır ve Bentham bunları uzun uzadıya açıklar:

> "1. Her şeyden önce, herhangi biri her zaman hazdan daha çok acıyı yönetmenin daha güvenilir olduğunu düşünür.
>
> 2. Hukuk (yani yasa koyucu tarafından bu amaçla istihdam edilen kişiler kümesi), hazzı yönetme konusunda belirli kişilerin sahip olduğundan daha az güce sahiptir: bu durumlarda yasa herhangi bir şekilde uyarıcı değildir. Kısacası, yasanın kendi doğrudan etkinliği aracılığıyla herhangi bir kişiye yönelik olarak haz yönetimine dair hiçbir araca sahip olmadığı görünmektedir: yapabileceği tek şey aracı onun yoluna koymak ve uygun olduğunu düşünürse onu bu amaç için uygulamak üzere özgürlüğüne bırakmaktır: buna göre bir kişiye maddi bir ödül verdiği söylenirse yasa bu olacaktır.
>
> 3. Gerçekte uygulandığını varsayarak, haz ölçeğinin çok kısa ve sınırlıdır: acı ölçeği karşılaştırmalı olarak sınırsızdır.
>
> 4. Haz kaynakları azdır ve çok geçmeden tükenir: acı kaynakları sayısız ve tükenmezdir. Yasanın bir kişşiye yönelik hazzı yönetmesinin tek yolunun, onun araçlarını erişilebilir kılmak olduğu gözlemlenmiştir. Ancak bu enstrümanların sayısı ve değeri son derece sınırlıdır. Doğada herhangi bir nesne bir acı aracına dönüştürülebilir: Karşılaştırmada az ve nadir olan, haz aracı olarak hizmet etmek için hesaplanan nesnelerdir.
>
> 5. Hukuk aynı anda acı üretmeden haz üretmenin bir aracına sahip değildir: hangi haz ve hangi acının kendi etkilerinden ayrı olarak ele alındığı, acı zevkle eşdeğer değildir. Çünkü bir haz aracının bir kişiye verilmesinden önce, diğerinden alınmış olması gerekir: ve ceteris paribus (diğer bütün şartlar eşitken), verilen bir meblağı kaybetmek onu kazanmaktan daha çok haz verdiğinden daha acı vericidir, meblağın kişinin elinden alınmasının sebep

[189] Bentham, *Preparatory Principles*, s. 90 [192 nolu başlık]. Bentham burada yazar John Dryden'in yoksullukla geçen yaşamını ve bunun onun yazarlığına esin kaynağı oluşunu örnek olarak belirtmektedir.
[190] Bentham, *Preparatory Principles*, s. 90 [194 nolu başlık].

olduğu acı ortalama olarak daima o meblağın kişiye verilmesinin yarattığı hazdan daha fazladır.

6. Ödüllerin yetersizliği, olumsuz türde davranışlara uygulandığında özellikle dikkat çekicidir. Performanstan faydalanmak için gerekli olan olumlu tür eylemler her zaman belirli duygulu öznelere atfedilebilir ve belirli bir zaman dilimine dâhil edilir: örneğin belirli bir kişiye belirli bir durumda para ödemek gibi: belirli bir gün boyunca belirli bir yolun onarımına yardım etmek ve benzerleri. Ancak olumsuz türde eylemler genellikle böyle sınırlamalardan oluşmaz. Örneğin, çalma ve yollara zarar vermeme durumlarını ele alalım. Şimdi çalma emri herhangi birinden çalınabilir herhangi bir şeyi hiçbir zaman çalma anlamına geliyor: ancak insanlar çok sayıdadır, çalınabilir şeyler yine çoktur ve zaman belirsiz olarak bölünebilir. O halde örneğin Paul çalmamasına karşılık olarak ödüllendirilmiş olsaydı, şu gibi durumlar söz konusu olacaktı: Peter'den saat 12 de bir çeyrek peni (metelik) çalmaması için bir şilin, aynı Peter'den aynı zamanda bir başka çeyrek peniyi çalmaması için bir şilin, aynı Peter'den saat 12'den sonra başka bir çeyrek peniyi çalmaması için bir şilin, saat 12'de John'dan aynı yerde bir çeyrek peni çalmaması için bir şilin, aynı meblağların da Peter ve John'a Paul'den çalmadıkları için verilmesi gerekmektedir ve bu böyle sonsuza kadar gider.[191]"

Bu ifadelerinden de anlaşılacağı üzere Bentham' a göre insan psikolojisi dikkate alındığında cezanın ödüle nazaran yasa muhatapları üzerinde daha etkin bir güdü aracı olduğu söylenebilir. Bentham'ın "mental patoloji" olarak isimlendirdiği insan doğasının niteliğinden ötürü yasa aracılığıyla insanlara hazza nazaran acı daha kolay empoze edilebilir. Böylece en fazla sayıda kişinin mutluluğunu gerçekleştirme peşindeki yasa koyucunun bu amacında başarıya ulaşabilmesi için muhataplarını iradesine uygun eylemde bulunmak hususunda acı verme tehdidinde bulunmak bir ödül vaadinde bulunarak teşvik etmeye nazaran daha güvenli bir yol olarak görünmektedir[192].

[191] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ss. 144-145 dipnot a. Bentham'ın bu görüşünü destekleyen başkaca yorumları da bulunmaktadır: "Acı veren yaptırımların haz veren yaptırımlara kıyasla daha etkin ve bu nedenle de daha yaygın oluşuna dair ayrıca şu ifadeleri kullanmıştır: "Oluşturdukları duyumun doğası açısından bakıldığında, yaptırımlar iki türdür: acı veren ve haz veren –devletin uygulaması düşünüldüğünde, cezalandırıcı ve ödüllendirici-, ilk belirtilen acı verici olan, en etkili ve evrensel olarak yerinde ve uygulanabilir olandır." Bkz. Bentham, *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, s. 175. "Acı beklentisi, bir insan [man] üzerinde hazdan daha fazla kuvvetle etki eder. Bunun diğer nedenlerinin yanı sıra: Bir insan sunulan hazzı almazsa, başka bir haz alabilir; ama eğer acı çekerse, bu sürerken, herhangi bir hazdan neredeyse hiç etkilenmez. Acı içindeyken kendisine uygulanan herhangi bir haz nedeni, etkisini ancak çok kusurlu bir şekilde gösterir." Bkz. Bentham, *Preparatory Principles*, s. 231 [728 nolu başlık].

[192] Tusseau, "An Old English Tale? Bentham's Theory of the Force of a Law", s. 86.

1.2.3. Cebri Yaptırımın Gerekliliği

Bentham'ın hukuka itaat edilmesi için genellikle güdüye gereksinim duyulması ve etkili (kısıtlayıcı) yasaların mantıken zorlayıcı olduğu iddiaları arasında bir boşluk bulunmaktadır. Bu boşluk nasıl doldurulacaktır? Zorlayıcı bir yaptırım kişiyi bir acıya maruz kılma ya da bir haz beklentisini ortadan kaldırma şeklinde etkiye sahiptir. Ayrıca kişinin haz beklentileri açısından cezbedici olan ödül niteliğinde yaptırımlar da söz konusu olabilir. Dolayısıyla bir yasanın cezbedici (ödül) ya da acı verici (ceza) olmak üzere dayanabileceği iki tür güdü bulunmaktadır[193]. Görülmektedir ki Bentham yaptırım kavramını bir güdü kaynağı olarak ele almaktadır. Dolayısıyla Bentham zorlayıcı yaptırım kavramını kullandığında hukuki bir yaptırım türü olan cezadan ziyade yasanın muhatabında oluşturulan hoşnutsuzluk şeklindeki psikolojik duruma vurgu yapmaktadır[194]. Ayrıca bir yasanın zorunlu olarak zorlayıcı yaptırımlar içermesi de gerekmez, zira yasa güdü kaynağı olarak cezbedici bir ödüle (ki Bentham'a göre bu da bir yaptırım türüdür) de dayanabilir. Ancak yasaya itaatin sağlanması amacı için zorlayıcı yaptırımlar daha etkin araçlardır ve bu nedenle faydacılığı temel felsefe olarak benimseyen bir yasa koyucunun yasalar aracılığı ile isteklerini yerine getirilmesi amacı için bu tür yasaları tercih etmesi mantıklıdır. Bununla birlikte yasaya itaati her durumda yaptırımlar sağlamaz, bazen itaat alışkanlığı bazen de insanların yasalara uyma konusunda genel eğilimleri[195] bazen de din veya geleneksel ahlak temelli yaptırımlar[196] hukuka uygun eylemde bulunulmasının nedenini oluşturmaktadır.

Gürülmektedir ki Bentham yasanın her durumda kendisine uyulmasını sağlayacak güdüyü de içermesi gerektiğini düşünmemektedir. Ancak ona göre faydacılık çerçevesinde düşünülünce yasakoyucunun zorlayıcı yaptırımlarla desteklenmiş yasaları tercih etmesi akla uygun düşer. Başka bir deyişle zorlayıcı yaptırımların varlığı fayda prensibi dikkate alınarak yapılmış rasyonel bir tercihtir. Bu açıklamalar ışığında Bentham'ın hukuk kuramı yeniden ele alınacak olursa onun yaptırımların genellikle zorlayıcı oluşunu hukuk sisteminin rasyonel bir biçimde inşa edilmesine bağladığı görülecektir. Ancak bu bakış açısıyla Bentham'ın kuramı

[193] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 142.
[194] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", s. 359.
[195] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 266.
[196] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 233.

yorumlanınca onun tüm yasaların kısıtlayıcı nitelikte ve dolayısıyla zorlayıcı olduğu iddiası, izin verici yasaları kabul etmesi arasında çelişki giderilmiş olacaktır[197].

Zorlayıcı yaptırımlara dayanan kısıtlayıcı bir yasa (buyruk veya yasak) bir eylemin ya yapılmasını ya da yapılmamasını emreder. Bu tür yasalara uygun davranışlar yasal, aykırı davranışlar ise yasadışı olarak nitelendirilir. Ancak ödül niteliğinde yaptırımla desteklenmiş bir yasayı ele alacak olursak bu tür yasalara uygun eylemler yasal olsa da aykırı eylemlerin yasadışı olarak nitelenmesi mantıklı olmayacaktır. Bu yünüyle ödül niteliğinde yaptırıma dayanan bir yasanın bir yükümlülük inşa etmediği sonucu ortaya çıkacaktır. Her ne kadar etkili olmayacağı için ödül niteliğindeki yaptırımları bir hukuk sisteminde nadir görülen tipte yaptırımlar olarak görse de Bentham'ın yaptırımları salt bir güdü aracı olarak ele almasındaki problem bu noktada ortaya çıkmaktadır. Bu haliyle Bentham'ın yükümlülük kavramının hukuk sistemindeki konumunu problemsiz bir şekilde saptayamadığı eleştirisi yapılmıştır[198].

1.2.4. Yaptırım ve Yükümlülük

Bentham yükümlülüğün gerçek değil kurgusal bir kavram olduğunu savunur ve her kurgusal kavram için geçerli olduğu üzere, anlaşılmasının tanımlama değil açıklama (paraphrasis) yöntemi aracılığıyla mümkün olabileceğini belirtir. Bu çerçevede kelimenin dilbilgisel ve etimolojik kökenine dayanan analiz ancak yardımcı mahiyettedir. O halde paraphrasis yöntemi gereğince yükümlülük kavramının temelinde bulunan gerçekliğe erişilmeli ve onun üzerinden kavram açıklanmalıdır. Bentham'a göre kurgusal bir kavram olarak yükümlülüğün temelinde hazza erişme ve acıdan kaçınma niteliğindeki insan doğasının gerçekliği bulunmaktadır. Haz ve acının hukuki evrendeki karşılığı ise kısıtlama ya da teşvik niteliğindeki yaptırımlardır. Böylece kurgusal bir kavram olan yükümlülüğün, gerçek bir kavram olan yaptırım aracılığıyla açıklanması, ne olduğunun doğru bir şekilde ortaya konması imkânına kapı aralanmış olunur.

Yükümlülük kavramının açıklanabilmesi için onun ampirik kaynaklarının, yani ona anlamını ve hakikatini veren temellerin keşfedilmesi gerekmektedir. Yükümlülük hazlar ve acılarla irtibatlı bir kurgusal kavramdır, ne kadar haz ve acı kaynağı varsa bir o kadar yükümlülük

[197] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", s. 360.
[198] Lyons, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", ss. 360-61.

kaynağı da var demektir. Dolayısıyla yaptırımlar için yapılana paralel şekilde yükümlülük türleri hukuki/siyasi, yaygın/ahlaki, dini, sempatik ve fiziksel yükümlükler olarak anılabilir[199].

Yükümlülük (obligation) kelimesini etimolojik açıdan analiz eden Bentham, "mecbur etmek" "bağlamak" anlamına gelen Latince *obligare* kelimesinden türediği tespitini yapar. Bir kişiyi bir şey yapmaya mecbur kılmak için onun aksini yapmasından alıkonulması gerekmektedir ki bu da yaptırımlar aracılığıyla gerçekleştirilebilir[200]. Dolayısıyla yaptırım aracılığıyla sağlanan acı ya da hazzın, yükümlülük kavramının kurucusu olduğu görülecektir. Yükümlülük "*araçsal akılcılık tarafından yürütülen ve bir koşul biçiminde davranışın yerine getirilmesini iradi ve algısal unsurlara, yani acıdan kaçınma ve haz arzusuna bağlayan yapıcı bir süreçten kaynaklanan kurgusal bir varlıktır*[201]". Böylece kurgusal bir varlık olan yükümlülüğün kökeni gerçek varlık olan haz ve acı ile temellendirilmiş, *paraphrasis* yöntemi aracılığıyla yükümlülük kavramının doğru açıklaması yapılmış olunur.

Hak ve yükümlülük kavramları, özellikle de yükümlülük kavramı, etik-kurgusal varlıkların anlaşılması açısından son derece önemlidir; zira yükümlülük tüm etik-kurgusal kavramlar yükümlülük kavramını içerir. Bu yönüyle yükümlülük açıklama yönteminin en öğretici örneğini teşkil eder[202]. Bentham'ın bu nedenle diğer hukuka dair diğer etik-kurgusal kavramlara kıyasla yükümlülük kavramının açıklanması üzerinde daha titizlikle durduğu görülebilir. Yükümlülük kavramı bir kere açıklandıktan sonra haklar ve diğer etik-kurgusal kavramların anlaşılması kolaylaşacaktır[203]. Zira yükümlülük kavramı etiğin temelinde yer almaktadır; özellikle hukuk sahası dikkate alındığında çeşitli konuların düzenlendiği yasa maddelerinin ortak özelliği, emirler vermeleri ve bu emirler aracılığıyla ödevler/yükümlülükler yaratmalarıdır. Dolayısıyla yasaya dair her şey ödevle ilgilidir sonucuna ulaşılabilir[204].

Kurgusal bir varlık olan yükümlülük ile onun gerçeklikteki karşılığı olan haz ve acı, dolayısıyla yaptırım arasındaki ilişkiyi Bentham şöyle belirginleştirmektedir:

---

[199] Bentham, *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, ss. 7-8.
[200] Jeremy Bentham, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, New York 2008, s. 31.
[201] Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, s. 31.
[202] Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, s. 99.
[203] Bentham, "Essay on Logic", s. 248.
[204] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 317.

> "Bir yükümlülük (yani, belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü), bir kişiye aittir (yani, bir kişinin yükümlü olduğu söylenir), şu kadar ki, bu şekilde davranmaması durumunda, acı veya haz kaybı, onun tarafından deneyimleneceği kabul edilir."[205]

Görüldüğü üzere Bentham için yükümlülülük bir yükümün bir kişiye yüklenmesi ve yükümlünün yükümlülüğünün gereğini yerine getirmemesi halinde makul olan herkes tarafından acıya maruz kalması ya da haz kaybı yaşayacağının makul olan herkesçe düşünüleceği anlamına gelmektedir. Yükümlülük salt yükümün yüklenmesinden ibaret değildir; gereğinin yerine getirilmemesi halinde mükellef için bir zarar doğacağının öngörülmesi de yükümlülük kavramında kapsanılmaktadır. Burada ortaya çıkan acı ya da haz kaybı yükümlülüğün yerine getirilmemiş olmasının sonucudur. Yükümlülüğün gücü sonucunda ortaya çıkacak zarara, maruz kalınacak acı ya da haz kaybının şiddetine bağlıdır; başka bir ifadeyle yükümlülüğün bağlayıcılığı, sonucu olarak öngörülmüş yaptırımın şiddeti ile orantılıdır. Bir kişinin bir yükümlülüğünün bulunması, onun yükümlüğünün gereğini yerine getirmemesi halinde bir yaptırıma uğrama riski altında olduğu anlamına gelmektedir. Ancak burada hemen eklenmesi gereken bir husus daha vardır. Yükümlülüğün yükümlü üzerinde etkisinin söz konusu olabilmesi için yükümlünün yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde karşılaşabileceği kötülükten haberdar olması gerekmektedir. Yükümlünün yükümlülüğü ihlali halinde maruz kalacağı yaptırımdan bihaber oluşu yükümlülüğün etkisiz olmasına neden olacaktır[206].

Yöntemin uygulanışına dair en öğretici örneklerden biri olarak gördüğü yükümlülük kavramının açıklamasını Bentham aşama aşama ifade etmiştir. Açıklaması yapılan kelimenin yükümlülük olduğunu ifade ettikten sonra, yükümlülük kurgusal bir kavram olduğudan tanım değil paraphrasis ile açıklanmaya elverişli olduğu söyler. Akabinde paraphrasis yönteminin yükümlülük kavramına uygulanabilmesi için yükümlülük kavramının özne olduğu kurgusal bir önermenin formüle edilmesi gerekir. Bu önermenin *öznesi* yükümlülük, *yüklemi* bir insana yüklenen yüküm/ödev ve bu ikisini birbirine bağlayan bağ/copula olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. Bu üç unsur bir araya geldiğinde "*bir yükümlülük bir kişinin üzerine düşen görevdir."* önermesi oluşmuş olacaktır. Bu önermenin öznesi yükümlülük, yüklemi bir kişinin

[205] Bentham, "Essay on Logic", s. 247.
[206] Bentham, "Essay on Logic", ss. 247, dipnot (*).

üzerine düşen görev, copulası ise "–dir" ekidir. Bentham kurgusal varlığın böylece bir önerme olarak ifade edilmesi sürecini Phraseoplerosis, önermenin tamamlanması olarak nitelendirmektedir[207].

Bu noktada kavramın açıklaması için arketipleştirme yönteminden de istifade eder. Bir kişinin bir yükümlülük altında olması, onun, yükümlülüğün gereğince eylemde bulunmasını sağlamak amacıyla ya belirli bir şekilde davranmasını sağlayacak ya da o belirli şeklin dışında davranmasını engelleyecek bir yaptırım desteği gereklidir; burada yükümlünün durumu, üzerine ağır bir kütlenin bastırıldığı bir adama benzer. Bentham böylece yükümlülük kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için "üzerine ağır bir kütlenin bastırıldığı kişi" arketipini, sembolünü "bir kişiye yüklenen şey" ile özdeşleştirmektedir[208]. Burada Bentham arketipleştirme yöntemini kelimenin ilkel anlamının hala bizler üzerinde etkisinin olabileceği ve daha önemlisi kelimenin günümüzdeki kullanımının imgenin ilkel durumunun analojik bir uzantısı niteliğinde olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle bizler yükümlülük kelimesinin etimolojik kökeninde bulunan bir ağırlık altında bulunma, sınırlanmış olma halini, günümüze taşıyarak "bir yükümlülük altında olmak", "bir yükümlülük taşımak" ya da "bir yükümlülükten kurtulmak" benzeri ifadeler kullanırız[209].

Praphrasis yöntemi ile yapılan bu açıklamanın kaynağı ise "*farklı ve zıt duyu tarzlarının adlarıyla ifade edilen muhtemel nihai duyum fikridir; yani acı ve haz*" dır. Başka bir ifadeyle kurgusal bir varlığın açıklanması, ancak karşılık gelen gerçek varlıktan anlam ve hakikatini alması yoluyla mümkün olabilmektedir. Yükümlülüğün gereğinin yerine getirilmemesi halinde acı duyumunun gerçekleşmek üzere olduğunun düşünülmesine yol açan olay, yükümlülük kavramının anlam ve hakikatini almasını sağlayan gerçekliktir[210]. O halde şu sonuca varlılması gerekcektir: haz ya da acı beklentisinden oluşan nihai duyum fikri kurgusal yükümlülük kavramına karşılık gelen gerçekliktir ve dolayısıyla yükümlülük kavramının açıklayıcısıdır[211]. Dahası acı ve haz yükümlülük kavramı açısından *"tek doğru ve sarih kaynak"* ve yükümlülüğün *"doğasının tek doğru ve anlaşılır"* açıklamasıdır[212].

[207] Bentham, "Essay on Logic", s. 247.
[208] Bentham, "Essay on Logic", s. 247.
[209] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 131.
[210] Bentham, "Essay on Logic", s. 247.
[211] Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, s. 101.
[212] Bentham, "Essay on Logic", s. 248.

Böylece Bentham *normatiflik* olarak adlandırabileceğimiz hukuk kurallarının bağlayıcılığı meselesini yükümlülük ve yaptırım kavramlarının ilişkisi çerçevesinde açıklamaktadır. Ona göre yaptırım normatif bir karaktere sahiptir. Haz ve acı kaynakları, ancak "*bir yasa ya da davranış biçimine bağlayıcı bir mesnet teşkil etmesi bakımından*"[213] yaptırım olarak sınıflandırılabilir. Dolayısıyla yaptırımın varlık koşullarından birisi bağlayıcı bir güç sağlıyor olmasıdır, bu yönüyle her türlü haz ve acı kaynağı yaptırım olarak anılmamalıdır. Bentham yaptırım (sanctio) kelimesinin etimolojik kökeni üzerinden yaptığı yorum (arketipleştirme) aracılığıyla da kavramın bağlayıcılık kavramıyla ilişkisini ortaya koymaya çalışmıştır. Ona göre Latince *sanctio* kelimesi gramatik olarak birini bağlamaya yarayan şey anlamına gelmekte ve bağlayıcı bir eyleme karşılık olarak kullanılmaktadır[214].

Yaptırımın insanlar üzerindeki bağlayıcı etkisi failde haz ya da acı yaratan dış olaylara karşılık gelmesi ile ilgilidir. Failin bir eylemde bulunacağı zaman eyleminin neticesinde kendisi üzerinde etki doğuracak yaptırıma dair farkındalığı, onun pratik muhakemesini etkileyen bir haz ya da acı beklentisini tetiklemektedir. Bir yandan eylemi gerçekleştirmesi ya da gerçekleştirmemesi için bir güdü işlevi gören yaptırım, bir yandan da faili bağlayıcı bir güç olarak tebarüz etmektedir. Böylece Bentham yaptırımın güdüleyici ve bağlayıcı yönlerini ilişkilendirerek incelemektedir[215]. Nitekim Bentham bunu *"bir yaptırım, zorunlu güçlerin veya güdülerin, yani acıların ve zevklerin kaynağıdır; bunlar, şu ya da bu davranış tarzlarıyla bağlantılı olmalarına göre işlerler ve gerçekten de güdüler olarak işleyebilen yegâne şeylerdir*"[216] ifadesiyle açıkça ortaya koymuştur.

---

[213] Bentham, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, s. 33.

[214] Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ss. 34-35, dipnot (a). Bentham *sanctio* kelimesinin etimolojik incelemesini şöyle sürdürür: *"Latince bir gramer uzmanına göre, kelimenin anlamı sanguis, yani kan kelimesinden (...) oldukça zoraki bir süreçle türetilmiştir: çünkü Romalılar arasında, şu ya da bu davranış biçiminin, benim dinsel yaptırım (yani, söz konusu davranış biçimine uymada başarısız olursa, üstün bir varlığın olağanüstü müdahalesiyle acı çekmesine neden olacak) dediğim şeyin gücüyle bir adama zorunlu kılınacağı inancını halka aşılamak amacıyla, rahipler tarafından bazı törenler düzenlendi: törenlerde kurbanların kanından yararlanıldı. O halde bir yaptırım, zorunlu güçlerin veya güdülerin, yani acıların ve zevklerin kaynağıdır; bunlar, şu ya da bu davranış tarzlarıyla bağlantılı olmalarına göre işlerler ve gerçekten de güdüler olarak işleyebilen yegâne şeylerdir."* Bentham'ın burada referans verdiği Latin dili gramer bilgininin Robert Ainsworth (1660-1743) olduğu, Bentham'ın, atıf yaptığı eser olan Latince sözlükte yer aldığı şekliyle sancio fiiline değil de sanctio ismine hatalı bir atıfta bulunduğu editör dipnotunda açıklanmıştır. Bkz. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ss. 33, dipnot 1.

[215] Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, s. 204.

[216] Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ss. 34-35, dipnot (a).

Kişiyi kurala/yasaya uymaya ikna etme yetisi itibarıyla güdüleyici, kişiye görev yüklemesi yönünden ise bağlayıcı bir güç olarak ele alındığında yaptırım, failin acıdan kaçınmak ve hazza ulaşmak arzusu ve buna karşılık gelen kendisine yüklenmiş ödevi doğurmaktadır. Bentham arzuların normatif bir güce sahip olduğu görüşündedir. Bir failin bir eylemi yapması ya da yapmaması yönünde harekete geçmesini bir güdünün sağladığı varsayıldığında, o kişi için söz konusu eylemi yapmasını ya da yapmamasını emreden kendisine yönelik bir yasa ya da kuralın varlığını kabul etmek gerekmektedir[217]. Böylece failin hazza erişme ve acıdan kaçınma arzusu kendisine yönelik "*içsel bir görevin*"[218] ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu görevin ortaya çıkmasıyla birlikte fail hazza erişmek ve acıdan kaçınmak arzusunu yerine getirebilmek için elverişli araçları, yolları seçmesini gerektirmektedir. Zira failin haz elde etme veya acıdan kaçınma şeklindeki menfaati bu sonucun elde edilebilmesi için en uygun yolun seçimini zorunlu kılmaktadır[219]. Bu da kişinin kendi kendisine arzusunun yönlendirmesi aracılığıyla bir görev yüklemiş olduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bir kişiye bir yükümlülük yüklenebilmesi, salt harici bir otoritenin dayatması aracılığıyla gerçekleştirilemez; esasında kişiye yüklenmek istenen görev insanın arzularının güdülerle yönlendirilmeye elverişli doğası temeli üzerinden inşa edilebilmektedir. İnsanların belirli davranış kurallarına itaat etme alışkanlıkları, hazza ulaşma ve acıdan kaçınma şeklindeki güdüye bağlıdır[220].

Yaptırımın yönlendirmesi çerçevesinde failde oluşan arzu ne denli güdüleyici ise, bundan kaynaklanan yükümlülük de o denli güçlü olacaktır. Dini, ahlaki ya da hukuki olması farketmeksizin davranışları düzenleyen bir kural, bizatihi normatif olarak nitelenemez; kural koyucu otoritenin failin iradesini yönlendirmeye yönelik olarak kuralla birlikte sağlamış olduğu güdü, kuralın kişiyi uyma davranışı göstermeye yönlendirme yetisi çerçevesinde normatifliği söz konusu olabilir. Buradan çıkarılacak sonuç bir yükümlülüğün normatif yanının bir yaptırım tarafından yürürlüğe konan güdüleme mekanizmasına bağlı olduğudur[221]. Bir failin eylemde

[217] Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ss. 116-17, dipnot (t).
[218] Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, s. 205.
[219] Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, ss. 205-6. Bentham'a göre insanın menfaati olmayan şeyin onun görevi olmadığı her zaman mutlak bir doğru olarak söylenemese bile, menfaatinin olmadığı bir durumda bir görevinin olduğunu söylemek ya da ona menfaati olmadığı bir görev yüklemeye çalışmak beyhude bir çaba olacaktır. Bkz. Bentham, *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, ss. 174-75. O halde menfaatin olduğu yerde bir görevden söz edilebileceğini, menfaatin olmadığı yerde ise bir görevden söz edilemeyeceğini söyleyebiliriz.
[220] Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, ss. 206-7.
[221] Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, ss. 204-5.

bulunması için onun bir güdü tarafından harekete geçirilmesinin bir zorunluluk olduğu kabul edildiğinde, failin davranışını etkilemenin, ya faili etkileyecek herhangi bir şey yapmadan, görevini yapmasının zaten kendi menfaati gereği olduğuna onu inandırmak ya da sonucunda failin menfaati haline gelen bir eylemde bulunmak şeklinde iki yolu bulunmaktadır. İlk durum fail için güdülerin gösterilmesi ikincisi ise güdülerin yaratılmasıdır[222].

Yaptırımın normatif karakterini bu şekilde açıklayan Bentham böylece yaptırımı yükümlülüğün kurucu bir unsuru olarak değerlendirmektedir. Bir kişinin belirli bir davranışta bulunmak yükümlülüğü altında olabilmesi için onun bir yaptırım tehdidi altında bulunması gerekmektedir: *"Bunu yapmak görevimdir, yapmazsam yasaya göre cezalandırılmak sorumluluğu altındayım: bu görev sözcüğünün özgün, sıradan ve gerçek anlamıdır."*[223] Bu ifadeden çıkan anlam bir kişinin bir yükümlülük altında olabilmesi için kendisinden gerçekleştirmesi beklenen davranışı sergilememesi halinde bir yaptırıma maruz kalma mesuliyeti altında olması gerektiğidir.

Bentham'ın yükümlülük hakkındaki görüşleri ile ilgili belirtilmesi gereken hususlardan birisi de güdü olarak yalnızca ödüle (hazza) dayanan bir yasanın, zorlayıcı/yükümlü kılıcı olamayacağıdır. Bir yasa yükümlü kılıcı, ödev yükleyici ya da zorlayıcı nitelikte ise ceza (acı) niteliğinde bir yaptırımla desteklendiği sonucuna ulaşılacaktır. Ayrıca bir ödül aracılığı ile güdülenen bir istek, buyruk olarak nitelendirilemez, isteğe uygun davranmak yönünde bir davet olarak görülmelidir[224]. O halde yaptırımın mahiyetine göre ortaya çıkan sonuç yükümlülük ya da teşvik olarak adlandırılabilecektir. Yaptırım bir kısıtlama türündeyse bir yükümlülükten, ödül türündeyse bir teşvikten söz edilebilir[225]. O halde bir yükümlülük ya da ödev yaratılmak isteniyorsa, bir eylemin sonucunun acı verici bir hale getirmek gerekmekte, dolayısıyla ceza türünde yaptırımlara başvurulması gerekmektedir[226]. Örneğin hırsızlık yapılması istenmiyorsa, hırsızlık yapana hapis cezası verileceğinin açıklanması, hırsızlık yapma düşüncesini taşıyan kişilerin pratik muhakemesinde etkili olacak ve o davranışı gerçekleştirmekten kaçınmayı arzu etmelerini sağlayacaktır. Bu da acı çekmemek için o kişini kendini kısıtlanmış hissetmesine yol

[222] Bentham, *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, s. 175.
[223] Bentham, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, s. 496.
[224] Bentham, *Preparatory Principles*, s. 91 [197 nolu başlık].
[225] Bu noktada bir teşvik söz konusu olduğunda kişinin kuralın gerektirdiği davranışı gerçekleştirmeyip vaad edilen ödülü alamamış olması da o kişi için bir acının deneyimlenmesi olacaktır şeklinde bir yorumlanabilir.
[226] Bentham, *Preparatory Principles*, s. 102 [258 nolu başlık].

açacaktır. Sonuç olarak acı, kendisini doğuran davranışı gerçekleştirmemek şeklinde içsel bir görev dayatmakta ve böylece itaat edilmesini sağlamaktadır[227]. Kişinin kuralda öngörülen davranış biçimine uyarak yaptırımın uyandırdığı arzunun yerine getirilmesi, acıdan kaçınmak ve hazza ulaşmak için gerekli olan araçtır. Böylece kuralda yapılması istenen ya da kaçınılması istenen davranış, acı ve hazla olan ilişkisi nedeniyle fail açısından bağlayıcı hale gelir. Sonuç olarak acı ve haz algısı bu davranış biçimine hem güdüleyici hem de normatif bir güç vermektedir[228].

Son olarak görev, yükümlülük kavramını böylece acı ile ilişkilendiren Bentham, "görev sevgisi", "görev duygusu", "görevle ilgili fedakârlık", "menfaatle çatışan görev" ifadelerinin anlamsız olduğunu ifade eder. Bir kişinin görevini sevmesi, kendisine yöneltilmiş acı tehdidini, cebri sevmesi anlamına gelir ki bunun saçmalık olduğu aşikârdır. Bentham'a göre bir fail yapmaya zorlandığı bir şeyden haz alamaz. Normalde haz alabileceği bir davranış kendisine bir yaptırım aracılığıyla bir yükümlülük olarak dayatıldıktan sonra, artık haz veren bir davranış olmaktan çıkar. Benzer muhakeme yukarıdan zikredilen "görev duygusu" için de yapılabilir. Bir kişinin diğerini yapmaya zorladığı eylemi o kişi yapmaktan hoşlanıyor olabilir ancak zorlanmaktan hoşlanmayacaktır[229]. Burada görev duygusunun karşılığı kişinin görevini ihmal etmesi halinde karşı karşıya kalma ihtimali olan, hukuki ceza, bir kişinin dostluğunu kaybetmek, Tanrının gazabına uğramak gibi kötü sonuçlardan doğacak acıdan korkması olabilir[230]. Benzer çıkarımlar "görevle ilgili fedakârlık" ya da "menfaatle çatışan görev" ifadeleri için de yapılabilir. Bir kişinin görevinin gereğini yapması bir fedakârlık olarak görülemez, zira kişi zaten görevini menfaati icabı yerine getirmektedir, görevini yapmak kişinin menfaatinedir. Dolayısıyla kişinin menfaati ile çatışan bir görevi olduğu da söylenemeyecektir.

[227] Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, s. 207.
[228] Tarantino, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, s. 210.
[229] Bentham, *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, s. 20.
[230] Bentham, *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, s. 114.

1.3. Bentham'ın Yaptırım Anlayışına Yönelik Eleştiriler

1.3.1. Yasalar Dizisinin Sonsuza Kadar Uzayacağı Eleştirisi

Bentham'ın hukuk kuramının yaptırımla ilgili hususlarına dair eleştirilerden biri temel yasaya iliştirilmiş ikincil yasalar dizisinin mantıksal olarak sonsuza kadar devam edeceği bunun ise imkânsız bir hukuk kurgusu olacağı şeklindedir[231]. İlk bakışta, yüzeysel bir yaklaşımla eleştirinin haklı olduğu düşünülebilir. Zira Bentham her bir yasanın yönlendirici kısım ve yaptırım kısmı olmak üzere iki ana kısımdan oluştuğunu iddia eder. Ayrıca yasanın yaptırım kısmı onu takip eden yasanın yönlendirici kısmına karşılık gelir ve bu ikinci yasa da bir yaptırım kısmı ortaya koyar ve bu yaptırım kısmı da yasalar zincirinin üçüncü yasasının yönlendirici kısmını oluşturur. Örnekle açıklamak gerekirse, kasten adam öldürmeyi yasaklayan ve kasten adam öldürenlere müebbet hapis yaptırımını öngören bir temel yasayı ele alalım. Bu yasanın etkinlik kazanabilmesi için yasayı ihlal edenlerin öngörülmüş olan yaptırıma çarptırılması gerekecektir. Bu ise ikincil/yardımcı bir yasanın desteğini gerekli kılmaktadır. Temel yasanın yaptırım kısmı, yardımcı yasanın yönlendirici kısmını oluşturacaktır. Örneğin, yasayı uygulayan yargıçlara "Kasten öldüren kişiyi müebbet hapse mahkûm et; aksi takdirde hakkında görevi kötüye kullanmak ya da görevi ihmal suçlaması ile yargılanacaksın!" şeklinde bir hüküm ile temel yasanın desteklenmesi gerekir. Sorun şu ki bu yardımcı yasanın da etkinlik kazanması için bir yardımcı yasaya ihtiyacı söz konusu olacaktır ve bu böylece sonsuza kadar gidecektir. Yasalar dizisinin sonsuza dek uzamaması için yasalar zincirinin son halkasının yardımcı bir yasaya gerek duymayan bir yasa olması gerekecektir. Acaba bu şekilde bir yasaya Bentham'ın kuramında yer verilmiş midir? Yapılan bu eleştiri neticesinde yanıtı aranması gereken soru budur.

Bentham'a göre bir yasalar dizisindeki en son yasa pekâlâ emredici türde bir yasa olabilir. Yasaları dizisinin sonsuza gideceği şeklindeki benzer eleştiriye karşı örneğin Kelsen zincirin son yasasının emredici değil yetkilendirici bir norm olduğunu ileri sürmüş, problemi bu şekilde aşmaya çalışmıştır. Bentham için ise teorisinde bu tür bir fedakârlık yapmaktan kaçınmasını sağlayacak olanaklar söz konusudur. Kelsen'e kıyasla Bentham yaptırım kavramını daha geniş bir çerçevede ele almış, yaptırımı salt hukuki olanlardan ibaret görmeyip ahlaki ve dinsel

[231] Olivecrona, "The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of 'A Law'", s. 104.

yaptırımları, siyasi (hukuki) yaptırımlara ilave olarak hukuk için yardımcı yaptırımlar olarak belirlemiştir[232]. Böylece temel yasa ve onun yardımcı yasalarından teşekkül eden bir yasalar zincirinin son halkası olan yasa hukuki bir yaptırımla desteklenmemiş olmasına rağmen yardımcı yaptırımlardan almış olduğu destekle emredici bir nitelik gösterebilmektedir. Ahlaki ve/veya dini yaptırımlar bu son yardımcı yasanın muhatapları için yasaya uygun eylemde bulunmalarını teşvik edecek güdüyü sağlayabilir[233].

Bir temel yasa ve onun uygulanmasını sağlamak için ona eklemlenmiş ikincil yasalardan oluşan bir yasalar dizisi bir noktada nihayete ermelidir. Bu problem Bentham tarafından açıkça yanıtlanmamıştır. Bunun sebebi olarak günümüzde kitap olarak elimizde bulunan metnin aslında Bentham'ın el yazı notlarından ibaret olması, kamuya bir başka deyişle eleştirel değerlendirmelere kapalı olmasından kaynaklanmış olabilir. Bentham bu problemi yanıtlamış olmasa dahi ortaya koymuş olduğu sofistike kuramı problemin yanıtlanabilmesi için gereken entelektüel donanımı haizdir[234].

Bentham'ın kuramı üzerinden probleme cevap aranırken, belirlemiş olduğu yasa türlerinden bir tanesine odaklanılması gerekecektir. Bentham dört model yasa olduğunu ifade eder:

> "Farklı tamlık derecelerine sahip farklı yasa kalıplarının var olduğu daha önce gözlemlenmiş olabilir: Bu nedenle tam bir yasanın tanımı hangi kalıpta olduğu ile alakalı olacaktır. *1. Güdüleyici bir bölümü olmaksızın sadece yönlendirici bir bölümden oluşabilir: bu durumda kendisine ait ikincil yasalar bulunmadığından sahip olduğu tüm güç, yardımcı yaptırımlardan elde ettiği şeye bağlıdır.* 2. Yönlendirici olduğu kadar güdüleyici bir bölümü de olabilir: bu güdüleyici bölüm, gördüğümüz gibi, ya tek başına bir tehdit bölümünden ya da tek başına bir cezbedici bölümden ya da her ikisinin birlikteliğinden oluşabilir. 3. Ona ekli geçici hükümler olabilir; bu da, gösterildiği gibi, hafifletici veya ağırlaştırıcı olabilir. 4. Bazı durumlarda kendisine ekli tatmin edici fıkralar olabilir; ekleri için bir dizi ıslah edici yasaya sahip olduğunda

[232] Bentham yaptırımı yasanın muhatabının yasa gereğince eylemde bulunması için bir güdü olarak ele almaktadır. Bu anlamda ödül niteliğindeki teşvikler de yaptırım kavramına dâhil olur. Ayrıca Bentham için yaptırımın muhakkak hukuki bir çerçevede belirlenmiş olması da gerekmez. Önemli olan failin yasaya uygun eylemesini sağlayacak güdünün sunulmasıdır. Bu çerçevede Bentham yasaların hukuki/siyasi yaptırımın yanı sıra yardımcı yaptırım olarak isimlendirmiş olduğu ahlaki ve dini yaptırımlarca da desteklenebileceğini kabul etmektedir. Bir taraftan ödülleri bir yandan da hukukça belirlenmiş olmayan yaptırımları da yaptırım kavramına dâhil ettiği için Bentham'ın yaptırım kavramını oldukça geniş bir yelpazede ele aldığı görülmektedir. Bu değerlendirmenin ne ölçüde uygun, ne ölçüde modern hukuk sistemlerindeki yaptırım kavramı ile örtüştüğü ayrı bir tartışma konusudur ve Bentham bu yönden eleştirilebilir.

[233] Tusseau, "An Old English Tale? Bentham's Theory of the Force of a Law", s. 105.

[234] Tusseau, "An Old English Tale? Bentham's Theory of the Force of a Law", s. 106.

> durum böyledir: daha önce gösterildiği gibi, yasalar telafi edici, katapostik veya metafilaktik nitelikte olabilir."[235]

Temel yasa ve onun yardımcıları niteliğindeki ikincil yasalardan oluşan bir zincirin sonsuza kadar uzamasının mantıken imkânsız olması, bizi yasa kalıpları (law patterns) hakkında Bentham'ın belirlemiş olduğu birinci modeli daha yakından incelemeye yönlendirir. Birinci kalıpta olan bir yasa kendisine uyulması için herhangi bir güdü sunmaksızın salt yönlendirici kısımdan ibarettir. Tam da ikincil yasalar zincirinin son halkasındaki yasada bulunması gereken özellik olarak bu kalıpta yasalar başkaca ikincil yasalara sahip değildir ve yasanın muhatabı bu yasaya ancak yardımcı yaptırımlar olan ahlaki ve/veya dini yaptırım yardımıyla uymaya güdülenebilirler.

Bu kalıpta yasalar egemene yöneltilmiş onun yetkilendiren, yetki sınırlarını belirleyen, başka bir deyişle egemeni sınırlandıran yasalardır. Bu nitelikleri nedeniyle bunların egemen tarafından vaz edilmeleri söz konusu olamaz. Zira yasanın gücü muhatabının iradesine dayanamaz, başka bir yerden gücünü almalıdır[236]. Bunlar aslında egemene bir yandan itaat eğilimi taşıyan tebaanın/halkın egemene itaatinin gücü vesilesiyle ortaya çıkan ve egemen üzerinde bir karşı güç oluşturan ilke niteliğinde yasalardır. Günümüzdeki anlamıyla esasında anayasal hükümlerdir. Öyle ki halk bir yandan egemene itaat eğilimi taşımaktadır. Ancak bu itaat eğilimi tek taraflı bir ilişki değildir. Egemen de koymuş olduğu kurallara itaat edilmesi ölçüsünde etkili bir yasa koyucu olabilecektir. Bentham'ın ifadeleriyle "*Egemen organa gücünü veren tek şey boyun eğme alışkanlığıdır. Aynı gücü sınırlayabilecek tek şey aynı boyun eğme alışkanlığıdır.*"[237] Yine başka bir yerde "*bir tarafta yer alan güç, diğer tarafta yer alan itaatten oluşur ve az ya da çok itaatle orantılıdır. İtaatle doğru, itaatsizlikle ters orantılıdır.*"[238] ifadesini kullanmıştır. Yasalar dizisinin sonsuza dek uzayacağı eleştirisi böylece Bentham'ın egemenin sınırlarını ortaya koyduğu anayasa hukukuna dair görüşleri ile yanıtlanmıştır.

1.3.1.1. Anayasa Hukukunun Mahiyeti

Bentham'ın kuramında yasalar dizisinin sonsuza uzanacağı eleştirisine yönelik yukarıda izah edilen yeniden yorumlama niteliğindeki cevap arayışına karşı Bentham'ın anayasal hükümleri

[235] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 168. İtalik vurgu eklenmiştir.
[236] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 90.
[237] Bentham, *Preparatory Principles*, s. 180 [560 nolu başlık].
[238] Bentham, "Securities Against Misrule", s. 572.

gerçek anlamda yasa kabul etmediği itirazı yapılarak bu çözüm yolu tenkit edilebilir. Gerçekten de Bentham'ın çeşitli yerlerde anayasal hükümlerin gerçek anlamda yasa olmadığına dair ifadeleri bulunmaktadır. Ancak Bentham'ın el yazı notlarının yeniden incelenip *Of Laws in General*'in yerini alacak *Of the Limits of Penal Branch of Jurisprudence* ile birlikte anayasal hükümlerin gerçek anlamda yasa olmadığı önermesinin Bentham tarafından başlangıçta savunulan ancak sonra vazgeçmiş olduğu bir fikir olduğu ortaya çıkmıştır.

Bentham'ın anayasa hukukuna dair gerçek anlamda yasa olmadığı fikrini savunduğu görüşü Of Laws in General'de yer alan ifadelere dayanmaktadır. Ancak *Of Laws in General*'in el yazı notlara ne derece sadık kalınarak hazırlandığı, ne derece editörünün ideolojik tutumunun metne yansıdığı gibi hususlar sonradan yapılmış olan düzeltme çalışmaları ve nihayetinde Bentham Komitesi tarafından eserin yeniden basılmasının uygun görülüp *Of the Limits ofPenal Branch of Jurisprudence* adıyla neşredilmesi ile sorgulanır hale gelmiş metnin Bentham'ın görüşlerini yansıtma anlamında sıhhatinin şüpheli olduğu ortaya konmuştur[239].

Bentham'ın anayasa hukukuna dair görüşleri el yazısı notlarının yeniden titiz bir inceleme yapılması neticesinde ortaya konabilmiştir. Hart'ın editörlüğünü yapmış olduğu Of Laws in General'de Anayasa hukukuna ilişkin olarak Bentham birbiri ile çelişen iki görüş ortaya koymuştur. İlk görüşü, daha önce yazmış olduğu *A Fragment on Government* eserinde

[239] Esasında H.L.A. Hart da Bentham'ın başlangıçta tereddüt etse de sonradan anayasa hukuku hükümlerini gerçek anlamda yasa olarak kabul ettiğinin farkındadır. Bkz. Hart, "Legal Duty and Obligation", ss. 142-43. Ne var ki bu farkındalık Bentham'ın yapmış olduğu düzeltmeleri *Of Laws in General*'de belirtmemiş olmasının Bentham'ın anayasa hukuku hakkındaki görüşlerinin yanlış yorumlanması neticesini değiştirmemektedir. *Of Laws in General*'de yer alan transkripsiyon hataları ve bu çerçevede metnin editörü H.L.A. Hart'a yönelik eleştiriler için bkz. Philip Schofield, *Bentham: A Guide for the Perplexed*, Continuum, London ; New York 2009, ss. 39-43. Philip Schofield, "Editorial Introduction", *Of The Limits of Penal Branch of Jurisprudence*, The Collected Works of Jeremy Bentham, Oxford University Press, Oxford 2010, ss. v-xxxıv. Bentham Komitesi Hart'ın editörlüğünü yaptığı Of Laws in General için bir düzeltme metni "Corrigenda" yayınlamıştır. Bu metinde Of Laws in General'de yer alan binden fazla transkripsiyon hatası listelenmiş, iki paragraf ve üç sayfa kenarı notundan ibaret olmak üzere küçük ilaveler yapılmıştır. Corrigenda'ya göre Of Laws in General'de yapılan hatalar küçük çaplıdır ve Bentham'ın kuramnın yanlış yorumlanmasına yol açacak mahiyette değildir. Ancak Bentham Komitesi tarafından Of Laws in General'in yerini alması için Schofiel editörlüğünde *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* yayımlanmıştır. Schofield, Corrigenda'nın bu iddiasını yalanlar ve kendi çalışması sırasında Corrigenda'da yer almamış pek çok transkripsiyon hatasını ve kitabın bölüm içi sıralamalarında pek çok yanlışın bulunduğunu ileri sürer, kendi editörlüğünü yaptığı metnin de benzer bir düzeltme gereksinimi doğurmaması için Bentham'ın el yazı notlarını titizlikle incelediği vurgusunu yapar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Philip Schofield, "Constructing the Text: Jeremy Bentham's Of the Limits of The Penal Branch of Jurisprudence", *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham: Essays on "Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence"*, ed. Guillaume Tusseau, Routledge, New York 2014, ss. 30-40.

benimsemiş olduğu görüşüne paralel olan ve tıpkı halefi Austin'in de ileri sürmüş olduğu gibi Anayasal hükümlerin gerçek anlamda yasa olmadığıdır:

> "Az önce hukuki bir direktife [mandate] ilişkin verilen tanımda, egemenin direktifi ne olursa olsun yasa dışı olamaz: zalim olabilir; uygunsuz olabilir; hatta anayasaya aykırı olabilir: ancak yasa dışı olamaz. Örneğin, etkisi altındaki insanlara tanınmış her hangi bir muafiyete karşı olması nedeniyle anayasaya aykırı olabilir: ama buna yasadışı demek saptırıcı bir dil ve kafa karıştırıcı fikirler olurdu: çünkü muafiyet tanınması direktif değildir: bunlar ne buyruktur ne de [bir buyruğu geçersiz kılmak anlamında] fesihtir: kısacası yasa değildirler. Bunlar olsa olsa egemenin herhangi bir yasa çıkarmayacağına, direktif vermeyeceğine, buyruk irad etmeyeceğine ya da fesihte bulunmayacağına, bunları yapmasının ise ancak şu veya bu şekilde veya belki de şu veya bu kişilerin mutabakatı ile olacağına dair insanlara vermiş olduğu sözlerdir." [240]

İkinci görüşüne ise göre Bentham'ın yasaların yöneltildiği kişiler açısından bir ayrım yaptığı görülmektedir: Laws in principem (egemene yönelik yasalar) ve laws in popullum (insanlara/umuma yönelik yasalar). Egemene yönelik olan yasalar yaptırım unsurunu siyasi/hukuki yaptırımdan alamaz. Zira bunlar zaten egemen/yasakoyucu tarafından çıkarılmaktadır ve egemenin kendisini bağlayacak bir yaptırım sağlaması mantıksız olacaktır. Dolayısıyla egemene yönelik yasalar ahlaki ya da dini yaptırımlar tarafından desteklenebilir.

Of Laws in General'de Bentham'ın her iki görüşü de Hart tarafından eşit statüde sunulmuştur. Başka bir deyişle Of Laws in General'de sunulduğu haliyle iki görüş de Bentham'ın belirli bir zaman noktasındaki düşüncesini temsil ediyor gibi görünmektedir. Oysa söz konusu kitabın editörü olan Hart'ın okuyucusuna anlatamamış olduğu şey Bentham'ın bu görüşlerden birincisini hukuka dair düşüncelerinin gelişim aşamalarının başlarında diğerini ise daha sonra benimsemiş olduğu ve ikinci görüşü benimsemekle birlikte birinci görüşü terk etmiş olduğu gerçeğidir. Bu sonuca Bentham'ın anayasa hukukunun gerçek anlamda yasa olmadığına dair el yazısı notlarına sonradan eklemiş olduğu iki yorumdan varılabilir[241].

[240] Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, ed. H. L. A. Hart, University of London The Athlone Press, London 1970, s. 16; Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, s. 38. Koyu renk vurgular ve köşeli parantez içindeki ifadeler tarafımızca vurgulanmıştır.
[241] Schofield, *Bentham: A Guide for the Perplexed*, s. 40.

Bentham yukarıda anılan paragrafın kenar boşluğuna daha sonra şöyle bir düzeltme notu yazar: "*Değiştir: Bunlar aslında topluma yönelik yasalar (laws in populum) değil, egemene yönelik yasalardır (laws in principem).*[242]"

> "İmparatorluk kapitülasyonlarının başlıca içeriği, İmparatorun çeşitli dönemlerde diğer devletlerle ilişkisi olarak kabul ettiği ilişkiye göre, ya imtiyaz tavizleri ya da anlaşmalardır. Onları bu özel bakış açısıyla incelemeden, zorunlu türden herhangi bir konuyu içerdiklerinden emin olamam." [243]

Bu paragrafın kenarına Bentham şu notu eklemiştir: "…*onlar kayırılan tarafın ya bir tabii olan ya bir ortak emreden ya da bağımsız bir prens olduğu, egemene yönelik yasalardır* (*leges in principem).*" [244]

Bentham'ın bu düzeltmeleri yapmasındaki sebep, öyle anlaşılmaktadır ki, el yazı notları üzerinde çalışırken *laws in populum* ve *laws in principem* ayrımını keşfetmiş olması ve bunun neticesinde anayasal hükümlerin gerçek anlamda yasa olmadığına dair eski görüşünden vazgeçmiş olmasıdır[245]. Böylece Bentham'ın kuramında temel yasa ve ikincil yasaların birlikteliğinde, dayanışmasından oluşan yasalar zincirinin sonsuza kadar uzayacağı eleştirisine karşı Bentham'ın anayasa hukukuna dair görüşlerinden ilham alınarak yanıt bulmak yerinde ve gerekçelendirilebilir bir girişim olacaktır.

1.3.2. Hukuki Yükümlülükle İlgili Eleştiriler

Bilindiği üzere Bentham hak, ödev, yükümlülük, mülkiyet gibi hukuki kavramların gerçek varlıklar olmadığını insan zihni tarafından oluşturulmuş kurgusal adlar olduğunu iddia etmektedir. Bu kurgusal adların ancak karşılık geldikleri olgularla ilişkilendirilmeleri suretiyle anlam ve hakikati ortaya çıkarılabilir. Bentham'ın bu çerçevede ele almış olduğu kavramlardan yaptırımla en yakından ilişkili olanın yükümlülük kavramı olduğu daha önce ifade olunmuştu.

---

[242] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ss. 38, dipnot 3.
[243] Bentham, *Of Laws in General*, ss. 17, dipnot 1; Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ss. 39-40, dipnot (b).
[244] Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ss. 40, dipnot 4.
[245] Schofield, Hart'ın editörlüğünü yapmış olduğu Of Laws in General'den sonra Bentham'ın el yazmalarını yeniden inceleyerek bu metnin kendi editörlüğünde *"Of The Limits of Penal Branch of Jurisprudence"* başlığıyla niçin yeniden basıldığını açıklarken, Hart'ın Bentham tarafından yapılmış düzeltmeleri okuyucuya sunmamasını ve bunun Bentham'ın Anayasa hukukuna dair görüşlerinin anlaşılmasında ciddi bir kusur olduğunu ileri sürer. Kendisinin edisyon yöntemini de şöyle açıklar: *"Metinleri düzenlerken benimsediğim yöntem, onları yazarken Bentham'ın taşıdığı niyete mümkün olduğunca yakın bir şekilde yeniden inşa etmek, ancak belirli bir çalışmanın taslağı sırasında Bentham'ın niyetinin de pekâlâ değişebileceğini kabul etmektir."* Schofield, *Bentham: A Guide for the Perplexed*, s. 41.

Bentham'ın yükümlülükle ilgili analizi hakkında en çok eleştirilen hususlar; birincisi yükümlülüğün ihlaline yönelik olarak yaptırım öngörülmüş olmasını zorunlu gören, dolayısıyla yaptırımı yükümlülüğün geçerlilik koşulu olarak gören yaklaşımı, ikincisi yükümlülük kavramına olasılık unsurunu dâhil ederek yükümlülüğü hukukçuların gündelik kullanımından farklı bir şekilde izah etmiş olmasıdır[246].

1.3.2.1. Yükümlülük-Yaptırım-Geçerlilik İlişkisi

Bentham'ın hukuki yükümlülük hakkındaki görüşlerinde eleştirilecek en temel yönün, bir hukuk sistemindeki öznelerin bir hukuki yükümlülüğü belirli bir eylemi gerçekleştirmek için bir gerekçe ve diğer öznelerin davranışlarını eleştirmek için bir standart olarak görmelerini, mahkemelerin de hukuki yükümlülüğe aykırı eylemleri cezalandırma sebebi olarak kabul ettiklerini açıklayamaması olduğu ileri sürülmüştür. Bir kişinin *bir hukuki yükümlülüğünün bulunması* ile bir kişinin hukuki yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde *acıya maruz kalma olasılığının bulunması* ayrı şeylerdir. Bir kişinin *belirli bir eylemi gerçekleştirmek şeklinde bir hukuki yükümlülüğü* olması ile eğer *bu eylemi gerçekleştirmezse bazı hukuki yaptırımlara maruz kalacağı* ifadesi arasında da aynı anlam farkı bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuki yükümlülüğü belirten emredici hükme, yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde yaptırım uygulanacağı hükmünün eklenmesi gereksiz ya da laf kalabalığı niteliğinde olmayacaktır[247]. Daha açık bir söyleyişle yükümlülük kavramı, ihlal halinde bir yaptırım uygulanma ihtimalini kendinde içermez; bunun yasa koyucu tarafından eklenmesi ise yükümlülüğün varlığını etkileyen bir husus değildir; yaptırım öngörülmemiş olsa dahi yükümlülük var olabilir. Yükümlüğe eklenen yaptırım onu geçerli kılma değil etkin kılma işlevi görür.

Hart'ın hukuki yükümlülükle ilgili temel düşüncesi herhangi bir yaptırım tehdidi olmaksızın hukuki yükümlülüğün var olabileceği şeklindedir. Bunu ispatlayabilmek için meşhur silahlı soyguncu örneğini verir. Ona göre hukuki yükümlülüğü yaptırım ile temellendirmek, bir yasa ile silahlı soyguncunun mağdura yöneltmiş olduğu talimatın farkını ortaya koymada başarısızlığa uğrayacak bir girişim olacaktır. Oysa açıktır ki hukuki buyruklar silahlı soyguncunun talimatlarından farklıdır.

[246] Hart, "Legal Duty and Obligation", ss. 134-35.
[247] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 135.

1.3.2.2. Olasılık Temelli Yükümlülük Yaklaşımı

Bentham'ın yapmış olduğu yasa tanımı ve hukuk bilimine dair diğer yazdıkları ele alındığında hukuki yükümlülük kavramına dair karma bir yaklaşım geliştirdiği ileri sürülmüştür[248]. İddiaya göre Bentham'ın kuramında yasanın egemenin irade beyanı olan kısmı buyruk formunda iken, yasaya uyulmaması halinde maruz kalınacak kötülüğü ya da yasaya uyulması halinde elde edilecek hazzı işaret eden kısmı, bir yaptırımın uygulanma *olasılığını*[249] ortaya koyar. Böylece Bentham'ın hukuki yükümlülük yaklaşımı bir ayağı emredicilik, bir ayağı olasılık olan karma bir teori olarak nitelendirilmiştir.

Hart'a göre Bentham'ın kuramında hukuki yükümlülük kavramına dair merkezi unsur son derece basit bir fikirdir: bir eylemin yapılması ya da bir eylemden sakınılmasında başarısızlığa düşülmesi durumunda acıya maruz kalma olasılığı. Bu yönüyle hukuki yükümlülük diğer yükümlülük türlerinden yalnızca yaptırımının *hukuken yetkili kılınmış resmi görevlilerce* uygulanıyor olması yönüyle ayrılır. Başka bir deyişle bir kişinin belirli bir davranışta bulunması için bir hukuki yükümlülüğü bulunduğunu söylemek, bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde hukuken yetkili kılınmış resmi görevliler eliyle bir acıya maruz kalmasının *olası* olduğunu söylemektir[250]. Oysa Hart'a göre hukuki yükümlülüğün varlık kazanması açısından itaatsizlik halinde yaptırıma maruz kalma ihtimali ne gerekli ne de yeterli bir unsurdur. Hukuki yükümlülüğün varlığı için önce süjeye ne yükümlülüğü olduğunun ve buna aykırı davranması halinde hakkında yaptırım infaz edileceğinin bildirilmesi gerekmektedir. Ancak Hart, Bentham'ın olasılığa dayanan hukuki yükümlülük betimlemesinde hukuki bir yaptırım meydana getirmek için temel yasaya uyulmaması halinde bir cezanın uygulanmasının gerekli olduğuna ilişkin açık bir atıf bulunmadığını ileri sürer. Böylece Bentham'ın kuramında hukuki yükümlülük açısından *yaptırımın uygulanması* değil, *yaptırımın uygulanma ihtimali* kurucu rol oynayacaktır ki bu Hart'a göre hatalı bir betimlemedir[251].

---

[248] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 134.

[249] Hart'ın Bentham'ın yükümlülük anlayışının emredicilik ve olasılık temelli karma bir teori olduğu iddası, yükümlülünün yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde *"acı veya haz kaybı, onun tarafından deneyimleneceği düşünülüceği"* biçimindeki Bentham'ın ifadeleri ile temellendirilmiştir. Bkz. Bentham, "Essay on Logic", s. 247.

[250] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 132.

[251] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 133. Hart Bentham'ın hukuki yükümlülük kavramını betimlemesine dair buyruk-olasılık yorumu dışında Peter Hacker tarafından "Sanction Theories of Duty" makalesinde üç farklı görüş daha olduğunu söyler. Bunlar sıfır yaptırım teorisi, çift yönlü emredicik teorisi ve olasılık teorileridir. Hart, Bentham'a dair bu yorumların yerinde olmadığını, emredicilik ve olasılıktan oluşan karma teorinin kabul

Hart'a göre Bentham'ın kuramındaki öncelikli sorun hukuki yükümlülüğün kaynağı olarak egemenin irade beyanına dayanılmasında yatmaktadır. Bir buyruk/emir ve alışkanlık gereği itaat fikri, hukuki yükümlülükleri yaratan yasa türlerini açıklayamaz. Bazı hukuk sistemlerinde egemenin irade beyanı hukuki yükümlülükleri yaratan tek hukuki ölçüt olarak kabul edilmiş olsa bile, hukuki ölçüt kavramı egemenin irade beyanı olarak bir buyruk ya da yasaktan daha farklı bir açıklamayı gerektirmektedir. Hukuki ölçüt kavramı ancak hukuk sistemini oluşturan kuralların tanınması için kriterler sağlayan, o hukuk sisteminin mahkemeleri tarafından kabul edilen kurallarla, yani "tanıma kuralı" ile açıklanabilir. Daha başlangıçta böyle bir temel üzerine inşa edilmediği için Hart'a göre Bentham'ın hukuki yükümlülük açıklaması da problemli hale gelmiştir[252].

Hart'a göre Bentham'ın hukuki yükümlülüğü buyruğa ve itaat alışkanlığına indirgeyerek açıklaması, hukuki yükümlülüğe dair bir başka özelliği de ortaya koyamamasına neden olmaktadır. Bu özellik modern hukuk biliminde artık hukuka dair ifadelerin ya da bireylerin hukuk kapsamındaki konumlarının normativitesi olarak isimlendirilir. Hukukun normatifliği bağlamında bir hukuki yükümlülüğün varlığı, belirli bir şekilde davranılmasına dair bir yasa ifadesi olmasına rağmen belirli bir eylemin gerçekleştirileceği ya da gerçekleştirmekten kaçınılacağı anlamına gelmez[253]. Hukuki yükümlülük, daha ziyade, hangi davranışların izin verilebilir olduğu, kendisine hukuki yükümlülük yüklenen kişiden hangi taleplerde bulunulabileceği ve yükümlülüğüne uyması için baskı araçlarının nasıl belirleneceği sürecinde hukuku bir rehber ve değerlendirme ölçütü kabul eden mahkemeler tarafından benimsenmiş bir bakış açısından, nelerin yapılacağı ya da yapılmayacağının belirlenmesi anlamına gelir. Hukuki yükümlülük bildiren ifadeler, hukuk sistemine tabi olanların veya resmi görevlilerin eylemlerini, tutumlarını, inançlarını ortaya koyan tarihsel ya da olgusal ifadeler değildir; bireylerin hukuken ne yapması ya da ne yapmaması gerektiğine dair ifadelerdir[254]. Başka bir deyişle hukuki yükümlüğü ortaya koyan bir yasa, egemenin irade beyanı olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim hukukçular ve sıradan vatandaşların gözünde yasanın

edilmesinin yerinde olduğunu savunur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hart, *Legal Duty and Obligation*, s. 138-143. Bentham'ın yükümlülük kavramının paraphrasis yöntemi ile açıklaması örneğinde yükümlülüğü, bir kişinin bir şeyi yapma ödevi altında olduğunu ifade etmekle yetinmesi bir eksiklik olarak görülmüştür. Ondan beklenen "*bu kişi ödevini yerine getirmezse acı çekecek ya da haz kaybı yaşayacaktır"* ifadesini de eklemesidir.

[252] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 143-44.

[253] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 144.

[254] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 144.

içeriğine dair en yaygın değerlendirme de kavramın bu normatif yönüne vurgu yapar mahiyettedir[255] ve Bentham'ın hukuki yükümlülük hakkındaki yaklaşımı bu yaygın değerlendirme ile ters düşmektedir[256].

Hart'ın bu eleştirisi Bentham'ın yükümlülükle ilgili görüşünün, kavramın bireylere ödev yükleyen normatif yönünü dikkate almadığı şeklinde formüle edilebilir. Oysa Bentham yükümlülüğün normatif yönünün farkındadır, ona göre yükümlülük bildiren buyruğa iliştirilmiş olan yaptırım, yükümlülüğün hem güdüleyici hem de bağlayıcı, normatif bir etkiye sahip olmasını sağlamıştır. Kanaatimizce Hart'ın Bentham hakkındaki bu eleştirisinde, kendi kuramında yaptırımın rolünü tahfif eden yaklaşımının etkisi bulunmaktadır. Oysa Bentham yaptırımı salt bir geçerlilik unsuru olarak görmez; yaptırımın, yükümlülüğün bağlayıcılığını tesis eden bir işleve sahip olduğunu da iddia etmektedir[257].

1.3.2.3. Hukuki-Ahlaki Yükümlülük Ayrımı

İkinci olarak Bentham'ın hukuki yükümlülük ile ahlaki yükümlüğü birbirinden ayırt etmediği eleştirisinde bulunulmuştur. Bentham'ın yükümlülük ya da yaptırım türlerini bunları yaratan irade açısından birbirinden ayırt ettiği ifade olunmuştu. Dolaysıyla Bentham'a göre hukuki yükümlülük dayanmış olduğu yaptırım ne türde ise o türde olmalıydı. Bu yönüyle hukuki yükümlülüğün ahlaki yükümlülükten kavramsal bir farklılığı bulunmamaktaydı. Bentham'a göre hukuki yükümlülük ve ahlaki yükümlülük aynı ortak özelliklere sahipti ve böylece yükümlülük kavramının iki alt başlığı niteliğindeydi[258]. Bentham'ın hukuki yükümlülük ve ahlaki yükümlülüğü aynı cinsin birer alt başlığı olarak kabul ettiği bu görüşü, *"ahlaki yükümlülükten oldukça bağımsız olan güçlü pozitivist hukuki yükümlülük kavramının özüne değinmeyen, oldukça yüzeysel*[259]*"* bir görüş olduğu gerekçesiyle Hart tarafından eleştirilmiştir.

Hart ödev, hak, yükümlülük gibi ahlak ve hukuk alanları ve diğer başka alanlarda yaygın bir biçimde kullanılan kavramların zorunlu olarak birbirleri ile ilişkili olmadığını savunur. Bu bağlamda ona göre hukuki yükümlülük ile ahlaki yükümlülük aynı cinsin farklı türleri ya da

[255] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 145.
[256] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 134-35.
[257] Bu çalışmanın I. bölümünün "1.7.5. Yaptırım ve Normatiflik" başlığına bakınız.
[258] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 127.
[259] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 143.

birinin diğerini içerdiği kavramlar olarak görülmemelidir. Hak, ödev, yükümlülük ibarelerinin başına hukuki nitelemesi getirilince ortaya çıkan anlam ile ahlaki nitelemesi getirildiğinde ortaya çıkan anlam farklıdır. Daha açık bir söyleyişle bu ifadeler hukuki ve ahlaki bağlamlarda farklı anlamlara sahiptir[260].

1.3.3. Buyruk Kavramının Eksikliklerine Yönelik Eleştiriler

Hart, bir hukuki gereklilik beyanı söz konusu olduğunda kural koyucu ve muhatabı arasındaki ilişkinin buyruk kavramı aracılığıyla ortaya konamayacağı itirazını dile getirmiştir. Bentham'ın buyrukları, davet, öğüt, rica ve tavsiye gibi belirli irade beyanları ile aynı kategoride yer alan bir iletişim biçimi olarak gördüğünü ifade eder[261]. Bu kelimelerin aynı kategori içerisinde sınıflandırılmalarını sağlayan ortak yönleri her birinin ifade edilişinde özel bir dilsel araçtan, "emir kipi"nden istifade ediliyor olmasıdır.

Bentham'ın buyruk kavramının hukuka dair bazı önemli özellikleri sunduğunun birtakım destekleyici yorumlarla savunulabileceğini belirten Hart, ancak ne kadar iyiniyetli ve lehe yorum yapılsa da bir buyruk aracılığıyla buyuranın muhatabının salt belirli bir davranışta bulunmasını sağlamaktan öte bir amacı olduğu şeklindeki "oldukça temel bir öneme" sahip hususu yanlış ve beceriksizce ifade etmiş olmaktan kurtaramayacaktır. Hart bir davranışta bulunulma gerekliliğini ortaya koyan bir buyruk, örneğin "Evine git" ile ev sahibinin evine gitmesini sağlamaya yönelik olarak ona "evin yanıyor" şeklinde haber verilmesi arasında bir fark bulunduğunu belirtir. Her ikisinde de konuşan dinleyeni belirli bir davranışta bulunmaya yönlendirmektedir. Ancak dinleyicinin belirli bir eylemde bulunmaya yönlendirmek amaçlanmış olmakla birlikte buyruk durumu salt bu yönlendirmeden ibaret değildir[262].

Hart, açık olarak ortaya koymamış olmasına rağmen insaflı bir yorum yaparak Bentham'ın buyruk kavramıyla, buyuranın buyruk formunda ifadelerinin muhatabını bir yandan belirli bir davranışta bulunmaya yönlendirme amacı, bir yandan da muhatabın buyuranın bu yönlendirme amacını taşıdığını anlaması ve bu anlayışının eylemde bulunmasının bir sebebi olarak işlev

[260] Hart, "Legal Duty and Obligation", ss. 146-47. Hart hukuki yükümlülüğün ahlaki yükülülükten farklılığını vurgularken, aksi görüşte olan çağdaşlarından Dworkin ve Raz'ın görüşlerini analiz ederek eleştirmektedir.
[261] Hart, Bentham'ın bu ifade türlerinin tümü için genel bir ad bulunmayışı bir eksiklik olduğunu ve buyruğun tüm bunların bir üst başlığıymışçasına kullanılması yerinde olmadığını doğru bir biçimde ortaya koyduğunu ifade eder. Bkz. Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 251.
[262] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 250.

görmesini de amaçladığının öngörmüş olduğunun söylenebileceğini ifade eder. Görüleceği üzere buyuran burada üç farklı amaç gütmektedir. Ancak insaflı yorumun Bentham'ın buyruk kavramı lehine sunabilecekleri bu kadardır. Hart'a göre Bentham'ın buyruk kavramını kullanırken hataya düştüğü husus, buyuranın yalnızca buyurduğu eylemin yapılmasını istemesi değil, daha sofistike bir biçimde buyururken taşıdığı amacın muhatabının bu niyetle konuştuğunu anlaması aracılığıyla eylemde bulunmasını sağlamak olduğunu görememesi ya da en azından açık bir biçimde ifade edememesiydi[263]. Hart'ın burada eksikliğini vurguladığı şey buyuranın buyururken belirli bir davranışta bulunulmasını istediğinin muhatabı tarafından anlaşılmasını amaçlamasının yanı sıra muhatabından öznel eylem sebepleri yerine kendisinin sunmuş olduğu eylem sebebi çerçevesinde eylemde bulunmasını amaçladığıdır. Bu husus Hart'a göre önemlidir ve ayırt edici bir özellik olarak görülmüştür. Hart bu ayırt edici özelliği en temel yönleri *mutlaklık* ve *içerikten bağımsızlık* olan "otoriter eylem sebebi" olarak tanımlamıştır[264].

Hart'ın Bentham'ın buyruk kavramına yönelik ikinci eleştirisi, Bentham'ın buyruk kavramının eksiltili (elliptical) bir ifade olduğuna yönelik görüşüne ilişkindir. Bentham'a göre egemen ya da yasa koyucu, örneğin, "Her vatandaş evinin önünü süpürsün!" şeklindeki bir buyruğu dile getirirken, herkesin evinin önünü süpürmesini gerçekten arzuladığını da belirtmiş olur. Bu durumu her ne kadar buyruğunda dile getirmemiş olsa bile, tebaa irade beyanına itibarla bu arzuyu taşıdığına inanacaktır. Bentham buyruklara ilişkin bu hususiyeti dilbiliminde tamamlanmamış bir cümleden çıkarım yoluyla tam anlamın çıkarılabildiği eksiltili cümle yapısına benzetir. Örneğin iki kişi arasında geçen bir diyalog olarak birinci kişi "ben bu sabah okula geç kaldım" dese ve ikincisi de buna "Ben de." şeklinde karşılık verse ikincinin kurmuş olduğu cümle tamamlanmamış olmakla birlikte bizler onun "Ben de bu sabah okula geç kaldım." demek istediğini anlarız. İşte egemenin buyrukları açısından da benzer bir durum söz konusudur. Yukarıdaki örnek dikkate alınacak olunduğunda egemenin herkesin evinin önünü temiz tutması gerektiğine inandığını görebiliriz. Bu çerçevede Bentham buyrukları eksiltili cümle örnekleri olarak sunmuştur.

[263] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", ss. 251-52.
[264] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 254. Hart'ın bu hususdaki görüşleri için bu çalışmanın II. bölümünde yer alan "*1.3.3.2. Otoriter Hukuki Sebep*" başlığına bakınız.

Hart ise Bentham'ın buyruk kavramını egemenin tebaası tarafından belirli davranışları gerçekleştirmesine yönelik arzusunun ifade edilmesi olarak gören yaklaşımını hatalı bulur. Buyruklar emredenin bir şeyin yapılmasını dilediğini belirtmesinin bir yolu değildir. Zira emreden dileğinin ya da niyetinin içeriğinden bahsetmekle birlikte bu dilek ya da niyete sahip olduğunu beyan etmemektedir. Buyruğun muhatabı emredenin kendisinden emrettiği eylemi gerçekleştirmesini istediğini, iradesinin bu yönde olduğu sonucuna inanç aracılığıyla değil çıkarım aracılığıyla ulaşmaktadır. Örneğin odasına giren bir yabancının çıkmasını isteyen kişi onu fiziksel olarak iterek oda dışına çıkarabilir ya da "Lütfen odamdan çık" diyebilir. Her iki durumda da oda sahibinin kendisinin odasından çıkmasını arzuladığının yabancı tarafından çıkarılması amaçlanmıştır. İlk durumda doğal ikinci durumda ise dilsel bir araç kullanılmıştır[265].

Hart'a göre Bentham'ın emreden kişinin buyruğunun belirli bir eylemin gerçekleştirilmesini arzuladığına dair iradesinin eksiltili bir ifadesi olarak tanımlanması yerine buyruğun emredenin iradesinin başkaca sebeplerin tümünü dışlayan mutlak bir eylem sebebi olarak buruğun muhatabı tarafından algılanmasını amaçladığı şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu tür bir açıklamanın Hobbes'ta temellerinin bulunabileceğini ifade eden[266] Hart'a göre buyruklar muhatapları açısından "mutlak" ya da "diğer eylem sebeplerinin tamamını dışlayan" eylem sebepleridir[267].

[265] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 252. Hart'ın yükümlülük, hukuki yükümlülük ve ahlaki yükümlülükle ilgili analizleri hakkındaki açıklamalar için bu çalışmanın II. Bölümünün *1.3. Hukuki yükümlülük ve Yaptırım İlişkisi* başlığına bakınız.

[266] Hart *Leviathan*'da geçen şu buyruk tanımına atıfta bulunmuştur: "Emir, onu söyleyenin iradesinden başka bir neden beklemeksizin, bir kimse *bunu yap,* veya *bunu yapma* dediği zaman olur." Bkz. Hobbes, *Leviathan,* s. 183. Hart emredenin iradesini bir mutlak eylem sebebi olarak alınmasının bir buyruğun karakteristik özelliği olduğunu vurgulamıştır. Bentham'ın buyruğun eksiltili bir ifade olduğuna dair iddiaları bu perspektiften bakıldığından reddedilmelidir.

[267] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 253. Egemenin buyruklarının ya da Hart'ın teorisindeki haliyle hukuk kurallarının bir eylem sebebi olarak diğer ayırt edici özelliği ise içerikten bağımsız olmalarıdır. Bu özellik hakkında detaylı açıklamalar için bu çalışmanın II. Bölümünün "*1.3.3.2.2. Otoriter Hukuki Sebebin İçerikten Bağımsız Oluşu*" başlığına bakınız.

2. JOHN AUSTİN VE YAPTIRIM

2.1. Anahatlarıyla Austin'in Hukuk Kuramı

2.2.1. Austin'in Hukuk Biliminin Temelleri

John Austin (1790-1859) kendisinin tek amacının Jeremy Bentham'ın öğretilerini yaymak şeklinde mütavazi bir beyanda bulunmasına rağmen 19. Yüzyıldaki en etkili İngiliz hukukçu olduğu söylenebilir[268]. Ne var ki etkinliğini ve meşhur oluşunu hayattayken deneyimleyememiştir. Eşiyle birlikte gittiği Almanya'da Kıta Avrupası hukuk felsefesi ile ilgili araştırmalar yapmış ve daha sonra vereceği derslerin alt yapısını buradaki çalışmalarından beslenerek oluşturmuştur. Austin kodifiye edilmiş Roma hukukunu kendi hukuk sistemi olan Common Law ile kıyaslayarak Roma hukukunun üstün yanları olduğunu gözlemlemiştir[269]. Almanya'dan İngiltere'ye döndükten sonra 1829 yılında Londra üniversitesinin hukuk bilimi ve Ulusların Hukuku kürsü başkanlığını yürütmeye başlamıştır. Ne var ki dersleri yalnızca 1833 yılına kadar oldukça düşük bir öğrenci teveccühü ile devam ettirebilmiştir. Kürsü başkanlığını yürüttüğü bu kısa dönemde daha sonra hukuk pozitivizm için önemli bir mihenk taşı kabul edilecek hukuk bilimi hakkındaki *"The Province of Jurisprudence Determined"* isimli eserini yayımlamıştır. Bu eser Austin'in 1859 yılında vefatına dek yeniden basılmamıştır ve vefat ettiği sene ikinci baskısı yapılmıştır. Austin'in eseri bu ikinci basımından sonra önemli bir etki yaratmıştır. Austin'in itibarı kendisinin 30 yıl önce hazırlamış olduğu ders notlarından, eşi Sarah Austin'in çabalarıyla derlenen *Lectures on Jurisprudence*'ın yayımlanmasıyla daha da artmıştır. Bu dönüm noktasından sonra Austin'in iki eseri hukuk okuyucularının önemli ölçüde dikkatini çekmiştir ve hukuk eğitimi gören öğrenciler için okunması gereken standart eserler konumuna erişmiştir[270].

Austin'in hukuk kuramı çoğunlukla sade ve anlaşılması kolay bir kuram olarak nitelendirilmektedir. Bunun yanı sıra kuramının sunduğu en önemli fayda hukuku hukuk dışı terimler aracılığıyla analiz edebilmesidir. Austin'in kuramı hukuki kavramların daha temel

[268] Michael Lobban, "The Age of Bentham and Austin", *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: Volume 8: A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600–1900*, ed. Michael Lobban, Springer, Dordrecht 2016, s. 173.
[269] Furtun, *John Austin'in Hukuk ve Devlet Teorisi*, s. 49.
[270] Lobban, "The Age of Bentham and Austin", s. 173.

kavramlara nasıl indirgenebileceğini ortaya koyan bir açıklama niteliğindedir[271]. Austin'in kuramında hukuku izah etmek için incelediği kavramlar egemen, buyruk, yaptırım, güdü, niyet gibi hukuk tarafından tanımlanmamış pek çok hukuk dışı kavramlardır[272]. Austin'in bu kavramlar üzerinden bir hukuk bilimi inşa etme çabasında olduğu görülmektedir. Bunlara ilerleyen başlıklarda değinilecektir, ancak bunların ele alınmasından önce Austin'in hukuk kuramının arka planını, temellerini oluşturan hususlara değinmek yararlı olacaktır. Bu temeller Austin'in Common Law eleştirisi ve eleştirdiğinin yerine daha iyisini koymayı hedeflediği bir hukuk bilimi kurma çabasıdır.

2.2.1.1. Common Law Eleştirisi

Bentham gibi Austin'in hukuk kuramının da yaşadıkları dönemde uygulanan ve köklü bir tarihi olan Common Law sistemine yönelik eleştirileri çerçevesinde değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Çünkü ortaya koymuş olduğu buyruk temelli hukuk kuramı aslında bir eleştiri, tepki niteliğindedir ve görüşlerinin anlaşılabilmesi için neyi eleştirdiğini bilmek evleviyetle gerekmektedir[273]. Austin de Bentham gibi mevcut Comman Law yapısını eleştirmekle birlikte, eleştirileri Bentham'dan ciddi anlamda farklıdır. Örneğin Bentham mahkemeler eliyle hukuk yapımını tamamen yadsırken ve hatta aşağılarken, Austin mahkemelerin de hukukun yaratıcısı olabileceğini kabul eder. Ancak hukuk yapımı hususunda Austin'in problem olarak gördüğü esas nokta Common Law'ın rasyonel ilkelerin hâkim olduğu sistematik bir organizasyondan yoksun olmasıdır. Dolayısıyla ona göre yapılacak hukuk reformunun amacı yasa koyucu ve yargıçlar eliyle yapılan hukuku kapsayacak rasyonel ve bilimsel bir yaklaşımla kusurlu Common Law sistemini tadil etmektir. Böylece bu yönüyle Austin Bentham'dan keskin bir biçimde farklılaşır. Zira Bentham'a göre yargı kararlarının hukukun kaynakları arasında gösterilmesi doğru değildir ve bunu savunanları sert bir şekilde tenkit eder[274].

---

[271] Scott J. Shapiro, *Legality*, 1. Baskı, Belknap Press, Cambridge 2011, s. 54.

[272] Bu kavramların çoğu daha sonra elbette hukuk tarafından tanımlanmıştır ve bir hukukçu artık bu kavramları hukukun tanımladığı çerçevede ele almalıdır. Ancak Austin'in kuramı açısından bu kavramlar hukuk biliminin sınırlarını belirlenmesi için yapılacak analizde incelenecek kavramlardır ve bunların tanımını Austin kuramı çerçevesinde kendisi belirlemiştir. Başka bir ifadeyle Austin için hukuk belirleyen değil belirlenen bir kavramdır. Hukuka dair bu bakış açısı pek çok hukuki konuda etkili olmuştur; örneğin ona göre egemen, hukuki olanın belirleyicisidir ve hukuk tarafından belirlenmesi (sınırlanması) mümkün değildir.

[273] Schauer, *The Force of Law*, s. 17.

[274] Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, çev. Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 90.

Austin hocası Bentham'dan çok büyük ölçüde etkilenmiş ve teorisinin merkezinde Bentham'ın fayda ilkesine yer vermiş olmasına rağmen mevcut hukuk sistemine dair değerlendirmesinde onun kadar katı bir tutum benimsememiştir. Bu anlamda Bentham bir devrimci Austin ise bir reformcu olarak nitelendirilebilir. Ayrıca Bentham'ın Austin üzerindeki etkisinin zamanla azaldığı da gözlemlenebilir. Bentham'ın çevresinde yetişen Austin'in bu dönemlerde Bentham gibi devrimci görüşleri benimsediği, ancak zaman geçtikçe görüşlerinde daha ılımlı bir eğilime yöneldiği görülmüştür. Bu farklılaşmada iki düşünürün hukuku analiz etme biçimlerinin etkili olduğu söylenebilir. Bentham'ın odak noktası yaşadığı dönemdeki mevcut hukuk sistemini özellikle de yasama prensipleri üzerinden değerlendirip eleştirmek ve daha iyi bir hukuk sisteminin oluşturulması için gereklilikleri ortaya koymaktır. Austin ise pozitif hukuku eleştirmekten çok onu doğru bir biçimde betimlemeye odaklanmıştır. Ona göre hukuk bilimi "iyi ya da kötü olduğuna bakılmaksızın"[275] pozitif hukukla ilgilidir. Pozitif hukukun iyiliği ya da kötülüğüne dair ahlaki değerlendirmeler hukuk biliminin sınırları dışına itilmiştir. Başka bir deyişle hukuk ve ahlak ayrılığı Austin'in hukuk kuramının merkezinde yer alır. Bunun en önemli hukuki sonucu pozitif hukuka dair ahlaki bir değerlendirmenin hukuki geçerlilik koşulu olmaktan çıkarılmasıdır[276].

Özetlemek gerekirse Austin'in içinde bulunduğu hukuk sistemini analiz etmesi, doğal hukukçu yaklaşımların eleştirisi niteliğindedir. Esasında Common law ve Blackstone'un görüşleri özelinde hukuki geçerliliğin ahlaki ölçütlere göre saptanmasına karşı çıkmakta, hukukun varlığı, geçerliliği, bağlayıcılığı ile hukukun adil olup olmaması, taşıdığı erdemler ya da kusurları gibi ahlaki değerlendirmelerinden birbirinden keskin bir biçimde ayrılması gerektiğini ortaya koyma gayretindedir. Bentham için de aynı durumun söz konusu olduğu söylenebilir ve bu anlamda Austin ve Bentham common law eleştirilerini ortaya koyarken klasik hukuki pozitivizmin temel tezlerinden olan hukuk ve ahlakın ayrılığı tezini de ortaya koymuş olurlar.

Hukuk ve ahlak ayrılığı benimsedikten sonra Austin, hukuka odaklanır ve bir egemen ve onun kendisine tabi olanlara yöneltmiş olduğu iradesini bir hukuk kuralının varlık kazanabilmesinin temel koşullarından biri olarak belirler. Egemenin tebaasının davranışlarını düzenlemeye yönelik buyruğu niteliğindeki bu beyanı, buyruğun yerine getirilmemesi ihtimali için

[275] John Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s. 108.
[276] Lobban, "The Age of Bentham and Austin", ss. 173-74.

öngörülmüş yaptırım tehdidi ile desteklenir. Bir hukuk bilimi inşa etme çabasında olan Austin, metafizik ve hukuk dışı konuları hukuk alanından arındırarak yol alacaktır.

2.2.1.2. Hukuku Bilimleştirme Projesi

Austin hukuku bir bilim haline getirmeye çalışırken olabildiğince kesin sonuçlar verecek, herkes için kabul edilebilir bir yöntemle hareket etmesi gerektiğini düşünmüştür. Bu düşünceyi benimsemesinde Hobbes'un şu pasajının etkili olduğu söylenebilir:

> "Filozofların kitaplarında bulunanlardan daha saçma bir şey olamaz Bunun nedeni açıktır. Çünkü onlardan bir teki bile muhakemesine kullanacağı adların tanımlarından veya açıklamalarından hareketle başlamaz; ki bu sadece geometride kullanılmış bir yöntemdir ve işte bu nedenle geometrinin sonuçları tartışılmaz kesinliktedir.[277]"

Austin'in bir hukuk bilimi tarifi yapma girişiminde temel arayışı, bu pasajda belirtildiği gibi tartışılmaz kesinlikte bir yapı ortaya koymaktır. Bunun için kendinden önce gelen Hobbes'un da benimsemiş olduğu geometrik yöntemi benimser. *The Province of Jurisprudence Determined* (Hukuk Biliminin Belirlenmiş Alanı) adlı yapıtında işe öncelikle bir bilim alanı olarak hukukun sahasını belirlemekle başlar. Amacı hukuka dair en basit ve temel tanımlamalar ve sınıflandırmalardan yola çıkarak daha karmaşık ve soyut kavramları açıklamaktır. Bunu yaparken de mümkün mertebe dilsel kesinlik içerisinde ilerleme titizliğini göstermiştir[278].

İlk iş olarak hukuk bilimini siyasal olarak üstün olanların siyasal olarak tabii olanlara koymuş olduğu kurallar olan pozitif hukukla sınırladıktan sonra Austin ikinci olarak hukuk biliminin sınırları içerisinde olan yasa kavramının ne olduğu üzerinde durdu[279]. Ona göre gündelik hayatta yasa kelimesi bazen uygun bir şekilde bazen ise uygun olmayan bir şekilde kullanılır. Eseri boyunca neredeyse bıktıracak derecede sıkça kullandığı bir kalıp olan "uygun bir biçimde adlandırılan" (proporly so called) ifadesi ile yasaları sınıflandırır. Bu sınıflandırmaya göre bazı yasalar uygun bir biçimde yasa olarak adlandırılmıştır ki bunlar pozitif yasa olarak isimlendirilir. Bu yasalar hukuk biliminin inceleme konusudur. Bir de uygun olmayan bir biçimde yasa olarak adlandırılanlar vardır: pozitif ahlak ve mecazen yasa olarak adlandırılanlar.

---

[277] Hobbes, *Leviathan,* s. 43.
[278] Ahmet Ulvi Türkbağ, "Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansıması Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, thk. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, C. 12, s. 54.
[279] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı,* s. 27.

Bunlardan bir kısmı hukuk biliminin kapsamına dâhil edilebilirken bir kısmı tamamıyla kapsam dışındadır.

2.2.1.3. Hukuk Biliminin Konusu

Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı* adlı eserinin henüz giriş kısmında yapılması gereken ilk şeyin eserin adıyla da uyum gösterecek şekilde hukukun ne olduğuna dair çalışma alanının, hukuk biliminin sınırlarını belirlemek olduğunu ifade eder. Austin'e göre hukuk bilimi pozitif hukuku incelemekle sınırlı bir alandır. Pozitif hukuk siyaseten üstün olanların siyaseten tabii olanlara yönelik olarak çıkarmış olduğu yasalardan müteşekkildir[280]. Bu çerçevede Austin'in hukuku zaman içinde evrilerek oluşan bir yapı olarak gören geleneksel common law düşüncesinden farklı bir şekilde bir iktidar faaliyeti olarak ele aldığı söylenebilir[281]. Ne var ki insanlar yasa adını sadece pozitif hukuku nitelemek için kullanmaz; başka durumlar da yasa adı ile anılır. Bu durum hukuk biliminin sınırlarının muğlaklaşmasına yol açabilir. O halde yapılması gereken hukuk biliminin sınırları kapsamında yer alan yasalar ile bu sınırlar dışında kalan yasalar arasındaki ayrımı açık bir biçimde ortaya koymaktır.

Üzerinden onca zaman geçmesine karşın Austin'in hukuk kuramı için halen dikkate değer bir kişi olmasında, ahlaki açıdan tarafsız olmasını hedeflediği bir dizi analitik kavram üzerinden şekillendirdiği biçimsel hukuk bilimi girişimidir. Austin'in hukuk kuramı bir hukukçuya hukuku diğer toplumsal düzen kurallarından ayırt edebilmesini sağlayacak özellikleri sunmak için tasarlanmıştır. Bu amacı gerçekleştirebildiği ya da bunu gerçekleştirilmede başarısızlığa düşmüş olarak görülse dahi en azından böyle bir ayrımın değeri ve öneminin ortaya konulması ve gelecekte bu amacın gerçekleştirilmesin öncü bir rol oynaması kuramını değerli kılmaktadır. Birçok eleştiriye maruz kalan ve bunların önemli bir kısmının da haklılık payı taşıdığı kabul edilebilecek kuramı hukuk sisteminin diğer sistemlerden farkını keşfetme arayışı bağlamında önemli bir entelektüel yeniliktir[282].

Austin hukuku diğer benzerlerinden ayırt ettikten sonra hukuk biliminin sınırları içindekilere dair incelemelerini herhangi bir toplumda hukuk olarak anlaşılan şeyler üzerinden değil de daha

[280] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 27.
[281] Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası*, s. 95.
[282] Michael Lobban, "John Austin", *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, ed. Patricia Mindus, Torben Spaak, Cambridge Companions to Law, Cambridge University Press, Cambridge 2021, ss. 225-26.

ziyade modern bir toplumda hukuk olarak anlaşılan şeyler üzerinden yapmak istemiştir. Bu amacını gerçekleştirmeye çalışırken parçadan bütüne ulaşılacak şekilde bir analitik metot benimsemiştir. Ona göre bir hukuk sistemi ancak kurucu parçaları, unsurları analiz edilerek anlaşılabilir. Bu çerçevede hukuk kavramı denilince akla gelen hak, ödev, özgürlük, ceza, zarar, tazminat vb. kavramların tanımlarının tek tek belirlenmesi gerekmektedir. Austin'in bu amacı ve benimsemiş olduğu analitik yöntem hesaba katılınca inşa ettiği hukuk kuramı, ilk olarak modern bir devleti oluşturan bağımsız siyasi toplumun tanımlandığı ve arkasından modern devletlerin ayırt edici özelliği olan hukuk yapılarının tanımlanmasını gerektiren bir kuram olarak görülebilir. Hukuka dair berrak bir tasavvur oluşması için bu tanımların mantıksal sonucu olan kavramları ortaya çıkarmak ise hukukçunun görevidir[283].

Özetle Austin'in hukuk bilimi projesi iki aşamalıdır. İlk aşamada hukuk benzerlerinden farklı yanları vurgulanarak ayırt edilmelidir. Austin'in ifadeleriyle hukuk biliminin alanının sınırları belirlenmelidir. Bu dışsal belirlemeden sonra hukuk biliminin alanı içinde yer alanlar analize tabii tutularak hukuk hakkında sağlıklı bir kanaatin oluşması sağlanmalıdır. Austin ilk görevi yasa türlerini birbirinden ayırıp hukuk biliminin sahasına giren yasa türlerini saptayarak yerine getirmeye çalışır. İkinci görevi ise hukuk kavramı ile ilgili olan hak, mülkiyet, ödev, yükümlülük, yaptırım, ceza, tazminat, hükümsüzlük gibi hukuk kavramının çağrıştırdığı kavramları analiz ederek ifa etmeye çalışır. O halde Austin'in hukuk kuramının bu iki çaba açısından özetlenmesi, yaptırım hakkındaki görüşlerinin incelenmesine geçilmeden önce faydalı olacaktır.

2.2.1.4. Yasa Türleri

Bir şeyin tanımı yapılırken şeye dair nesnelerin benzer özellikleri üzerinden yola çıkılır, farklı özellikler ise bu benzer özelliklere kıyasla dışlanır. Austin'e göre ele alınan nesneler arasındaki benzerlik neredeyse aynılık anlamına gelebilecek kadar dar bir anlamda olabilir ya da

[283] Lobban, "John Austin", s. 226. Austin'in hukuku bazı kavramların tanımları üzerinden açıklama teşebbüsü, kürsü halefi Sir Henry Maine tarafından hukuka dair kavramların değişen ve evrimleşen toplumsal ilişkiler ve yapılarla birlikte zaman içerisinde gelişebileceği ileri sürülerek eleştirilmiştir. Maine'e göre Austin, hukuku tarihsel bağlamından koparıp, salt güç kullanımını odak noktaları haline getirip analizlerini tüm zamanların hukuk sistemleri için geçerli kabul ettikleri için hatalıdır. Tarihsel bağlamında kopuk bir hukuk analizi, hukuk hakkında insanları kusurlu, yanlış bilgilendirecektir. Ayrıntılı değerlendirmeleri için Bkz. Charles Crozat, "On Dokuzuncu Asırdan Zamanımıza Değin İngiliz Amme Hukukunda Egemenlik Kavramı", *Journal of Istanbul University Law Faculty,* C. 11, S. 1-2 (2011), ss. 43-44.

benzerliğin konusu bir şeyin diğerine analojik yakınlığı olabilir. İlki, iki nesnenin, onları açıkça veya zımnen atıfta bulunulan bir sınıfa yerleştiren tüm özelliklere sahip olduğu durumlarda ortaya çıkar. Yalnızca biri tüm bu özelliklere ve diğeri yalnızca bazılarına sahip olduğunda benzerdirler. Bu durumda, ikincisi yanlış bir şekilde ilkinin ait olduğu sınıfın adıyla anılır. Benzer özellikler analoji vasıtasıyla değerlendirildiğinde eğer benzetilen iki şey arasında ortak özellikler fazlaysa güçlü bir analoji, azsa zayıf bir analoji söz konusu olacaktır. Bunların dışında herhangi bir ortak özellik bulunmamakla birlikte, bir şeyin bir sınıfın adıyla anılmasının yalnızca mecazi ya da figüratif nedenleri söz konusu olabilir. Aslında bu son durumda o şeyin söz konusu sınıfın adıyla anılması uygun olmayan bir kullanımdır[284].

Yukarıdaki bilgiler doğrultusunda yasa, bütün türlerini kapsayacak biçimde "akıl sahibi bir varlığa yol göstermek için, onun üzerinde gücü olan akıl sahibi (diğer) bir varlıkça koyulan bir kural olarak tanımlanabilir.[285]" Bu tanım çerçevesinde yasa türleri olarak şunlar zikredilebilir: Tanrı yasaları, beşeri yasalar ve mecazen yasa olarak adlandırılanlar.

2.2.1.3.1. Tanrı Yasaları

İlahi yasa olarak da adlandırılabilecek bu yasalar Tanrı tarafından insanlar için konulmuş yasaları kapsar ve bunların yasa olarak adlandırılmaları uygun bir kullanımdır. Austin bu yasaları büyük oranda fayda ilkesinin gerektirdiklerini açıklamak için kullanır[286].

2.2.1.3.2. Pozitif Yasa

Siyaseten üstün olanlar tarafından siyaseten tabi olanlara yönelik olarak konulan ve hukuk biliminin konusunu oluşturan yasalardır[287]. Başka bir deyişle her pozitif yasa –uygun bir biçimde yasa olarak adlandırılan her yasa- niceliği belirli bir kişi ya da kişi grubundan oluşan egemen tarafından kendisine tabii olan, onun astı konumundaki bağımsız bir siyasi toplumun üeylerine yönelik olarak vaz edilir[288].

---

[284] William Loutit Morison, *John Austin*, Stanford University Press, Stanford, California 1982, s. 73.
[285] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 27.
[286] Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası*, s. 95.
[287] Bu başlık Austin'in hukuk bilimi girişiminin tamamını oluşturan alana işaret eder. Austin yasa ile buyruk kavramları arasında ayrılmaz bir bağ kurar. Emir formunda olmayan ve hukuk sahası içinde olan bir yasa düşünülemez. Her yasa bir emirdir ya da buyruktur. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında Austin'in pozitif yasayı/hukuku nasıl ele aldığı detaylandırılacaktır.
[288] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 36.

2.2.1.3.3. Pozitif Ahlak

Siyaseten üstün olmayanlar tarafından konulan, dar anlamıyla olmasa bile yasa olarak adlandırılmaları uygun olan türde yasalar ve uygun olmayan bir şekilde ancak yakın bir benzerlikle yasa olarak adlandırılan yasalardan oluşur. İlk durum için moda yasaları, şeref yasası gibi örnekler zikredilebilir. İkinci durum belirli insanlar tarafından oluşturulan yasalardan ziyade salt kanaat tarafından oluşturulan yasalardır; Austin uluslararası hukukun bu türün örneği olduğunu söyler[289]. Bu tür yasalar beşeri nitelikleri gereği Tanrısal yasadan ayrılarak pozitif unvanını hak etmekle birlikte, ahlaki niteliği gereği pozitif hukuktan ayrışmaktadır[290]. Bunlar insanın insana koyduğu yasalar olması yönünden pozitif yasaya benzer; ancak bir egemenin buyruğu niteliğinde olmamaları ve hukuksal yaptırımla donatılmamış olmaları nedeniyle pozitif yasa niteliğini kazanamaz[291]. Başka bir deyişle pozitif ahlakın hem kaynağının hem de uygulama yöntemlerinin belirsiz oluşu pozitif hukuktan farklı olan yanı olarak görünmektedir[292].

2.2.1.3.4. Metaforik Yasalar

Austin'e göre bu tür yasalar zayıf bir anoloji kullanılmak suretiyle yasa olarak adlandırılmıştır ve dolayısıyla bunların uygun olmayan bir şekilde yasa olarak adlandırıldıkları söylenebilir. Akıl sahibi olmayan varlıkların hareketlerini düzenleyen ya da belirleyen yapılar olarak tarif edilebilecek bu yasalara yer çekimi yasası gibi evrendeki fiziksel gerçekliği açıklayan yasalar örnek gösterilebilir[293]. Bu tür yasalar, şeylerin gözlemlenebilen seyrini açıklarlar, herhangi bir kişinin davranışını düzenleme amacı taşımaz, dolayısıyla bir buyruk formunda olmazlar. Bu yasalar herhangi bir hak, ödev ya da yükümlülük kurmazlar. Örneğin Newton'un yer çekimi yasası kişileri belirli bir şekilde davranmaya sevk eden herhangi bir güdü sağlama amacı taşımaz[294]. Bunlar bütünüyle hukuk biliminin ilgi kapsamı dışında yer alırlar.

Austin mecazen yasa olarak adlandırılan ancak esasında hukukun sahasına girmeyen bu tür yasaların doğal hukukçular tarafından bu figüratif kullanımını dikkate almaksızın hukukun

[289] Morison, *John Austin*, s. 64.
[290] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 28.
[291] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 35.
[292] Lobban, "John Austin", s. 238.
[293] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 29.
[294] Mark Tebbit, *Philosophy of Law: An Introduction*, 3. Baskı, London, New York 2017, s. 29.

sahasına dâhil edildiğini hukuk bilimi ve ahlak alanını kafa karıştırıcı hale getirdiğini düşünür[295]. Amacı hukuk bilimini bu spekülasyonları ayıklayarak gerçek bir bilim haline dönüştürmektir.

2.2.1.5. Hukuk ve Ahlakın Ayrılması

Hukuk biliminin alanını pozitif hukuk ile sınırlandırırken Austin'in amacı esasında hukuk ve ahlakı birbirinden ayırmaktır. Zira Tanrı yasalarının vazedeni Tanrı olduğundan ve metaforik yasalar ise esasında davranış düzenleme amacı gütmediğinden kolaylıkla hukuki yasadan ayırt edilebiliyorken asıl zorluk hukuki yasa ve ahlaki yasanın birbirinden ayrılmasında ortaya çıkmaktadır. Hem ahlaki hem de hukuki yasanın beşeri kaynaklı olması ve davranışları düzenleme amacını taşıması bu iki yasa türünü birbirine benzer kılıyordu. Ne var ki hukukun bir bilim haline getirilmesi için ahlakilik ile hukukilik arasındaki ayrımın belirginleştirilmesi gerekmekteydi.

Austin'in hukuk ve ahlakın ayrılması gerekliliği fikri Bentham'ın Blackstone eleştirilerinden beslenmiştir. Bentham doğal hukukçu Blackstone'un hukuk kuramının hukuku açıklama bahanesi altında kişisel ahlaki yargılarını ortaya koymasına yol açan bilim dışı bir girişim olarak betimlemişti. Bu eleştirilerden etkilenen Austin kendi hukuk kuramını başka bir deyişle hukuk bilimini, hukuk ve ahlakın ayrılması temeli üzerinden kurguladı. Ahlaki meselelerin önemsiz olmadığını bunların fayda ilkesi çerçevesinde ele alınması gerektiğini savunmakla birlikte bu girişimin hukuk biliminin sınırları dışında kaldığını düşünüyordu[296].

Austin'in hukuk ile ahlak arasında yapmış olduğu ayrım felsefi olmaktan ziyade pratik bir ayrımdır. Austin'e göre "uygun bir şekilde yasa olarak adlandırılan" şey belirli bir rasyonel varlık tarafından dile getirilmiş yaptırım tehdidi ile desteklenmiş bir buyruktur[297]. Bu tanımla, hukukun doğuştan gelen bir ahlaki duygu ile bilenebileceği iddiasına karşı çıkmayı ve egemenin iradesini merkeze alan bir hukuk açıklaması sunmayı hedeflemiştir. Austin doğal hukukçu açıklamalara dayanan Common Law'ı, Bentham gibi, Tanrı yasalarının beşeri

[295] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 29.
[296] Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası*, s. 95.
[297] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 39.

yasalardan üstün olması nedeniyle beşeri yasaların Tanrı yasalarına uymamaları halinde geçersiz olduğunu iddia eden Blackstone üzerinden eleştirir:

> "Ancak Blackstone'un bu pasajının anlamı, eğer bir anlamı varsa, daha ziyade şu gibi görünüyor: Tanrısal hukuk ile çelişen hiçbir insan yasası bağlayıcı değildir. Şimdi, bunu söylemek düpedüz saçmalıktır. En kötü ve dolayısıyla Tanrının iradesine en aykırı yasalar hep var oldular ve yargı organları tarafından yasa olarak sürekli olarak icra edildiler. Zararsız veya olumlu biçimde faydalı bir eylemin egemen tarafından ölüm cezası ile yasaklandığını varsayın; eğer bu eylemi gerçekleştirirsem yargılanır ve suçlanırım; eğer hükmün geçerliliğine Tanrının yasasına aykırı diye itiraz edersem, nihai adalet bakanı (başka bir deyimle, cellat) benim akıl yürütmemin sonuç verici olmadığını gösterecektir.[298]"

Ona göre bir hukuki yasa ahlaka, Tanrısal yasaya ya da benzeri aşkın bir yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz bir yasa olarak nitelendirilmemelidir; nitekim böyle bir nitelendirme yapıldığında bunun hukuk pratiğinde ciddiye dahi alınmadığı aşikârdır. O halde genelde hukukun ne olduğu, özelde hukuki geçerlilik ya da bağlayıcılık için bilimsel ölçütlere uygun bir koşul ortaya konmalıdır. İşte Austin tam da bu eleştirisindeki hareket noktası üzerinden kuramını inşa edecektir. Ona göre hukukun varlığı bir şeydir, iyi ya da kötü oluşu başka bir şeydir[299]. Yasanın iyi ya da kötü oluş varlık kazanmasını engelleyen bir durum oluşturmaz. Bu ayrımı yaparken Austin elbette mevcut yasanın iyi ya da kötü oluşuna dair yapılacak bir değerlendirmenin yanlış olduğunu, faydasız olduğunu düşünüyor değildir. Yapmak istediği yapılacak bu türde bir değerlendirmenin, hukuki geçerliliğe etkisinin olmadığını ortaya koymaktır.

Ona göre hukukun varlığı, kaynakları, hukuka dair kavramların incelenmesi hukuk biliminin konusunu oluştururken, hukukun iyi ya da kötü oluşu, bir ahlaki kriter çerçevesinde eleştirilmesi ise normatif hukuk biliminin sahası içerisindedir[300]. Austin'in söyleyişiyle:

> "Var olan bir yasa, ondan hoşlanmasak veya o benimsediğimiz standartlardan ayrılsa bile, bir yasadır. Bu doğru, soyut bir önerme olarak şeklen dile getirildiğinde, öyle basit ve apaçıktır ki, onu vurgulamak gereksiz görünür; ancak onun unutulduğu durumların sayılması bir cildi doldurabilir.[301]"

[298] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, ss. 126-27.
[299] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 126.
[300] Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı*, s. 28.
[301] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 126.

Bu apaçık hakikatin unutulduğu örneklerden biri olarak yukarıda değinilen Blackstone'un görüşlerini inceler. Ona göre Blackstone common law'ı (pozitif hukuku) doğal hukuktan sapması halinde geçerliliğini yitirir şeklinde doğal hukukçu bir yaklaşımla ele almaktadır. Blackstone doğal hukuku pozitif hukukun belirli standartları sağlamaya davet eden bir yapı olarak ele almış olasaydı itiraz edilecek bir durumun olmadığını ifade eder. Ne var ki Blackstone ilahi yasa ile çelişen pozitif yasaların geçerli ve bağlayıcı olmadığını ileri sürer gibi görünmektedir ve eğer böyleyse bu açık bir saçmalıktır. Bu iddianın saçmalığı şu örnekle gösterileblir: Mahkemede yargılanıp mahkûmiyeti sabit olan kişi, mahkûmiyetine esas alınan mevzuatın Tanrı yasalarına aykırı olduğu itirazında bulunursa, mehkeme o kişinin cezası neyse onu infaz ettirerk bu savunmanın beyhude oluşunu ortaya koymuş olur[302].

Hukuk ve ahlakın birbirinden ayırt edilmesinin Austin için önemi tekrar vurgulanacak olunursa, Austin hukuk biliminin sınırlarını belirleme girişiminde temel olarak, hukuk biliminin tek konusu olarak görmüş olduğu pozitif yasayı diğer yasa türlerinden ayırt etmeyi hedeflemiştir. Ona göre pozitif yasa ile diğer yasa türleri, güçlü ya da zayıf düzeyde benzerleri olan diğer yasa türleriyle sıklıkla karıştırılmaktadır[303]. Hukuku gerçek bir bilim haline getirmek için bu karışıklıkların giderilmesi, hukuk biliminin konususun apaçık bir biçimde ortaya konması gerekmektedir. Bu amaç için yasa olarak adlandırılması uygun olanlar ile uygun olmayanların ele alınması, hukuk biliminin konusu olan pozitif hukukun özellikle diğer uygun bir biçimde yasa olarak adlandırılmış olan yasa türlerinden ayırt edilmesi gerekmektedir.

2.2.2. Pozitif Hukuk ya da Hukukun Austin Tarafından Belirlenmiş Alanı

Austin'e göre hukuk biliminin konusunun siyasi bakımdan üstte olan(lar) tarafından siyasi bakımdan tabii olanlara yönelik olarak konmuş yasalardan, pozitif yasalardan ibaret olduğu daha önce ifade edilmişti. Austin pozitif yasayı karışıklıklara mahal verilmemesi için benzerlerinden ayırt ettikten sonra, pozitif yasanın özellikleri üzerine düşüncelerini dile getirir. Ona göre pozitif yasa, başka bir deyişle ve onun diline pelesenk ettiği ifadesiyle "uygun bir biçimde yasa adlandırılan" kural, bir buyruk formundadır. Başka bir deyişle yasa veya kurallar buyruk türleridir[304]. Austin böylece yasanın bir buyruk formu olduğunu ileri sürerek Hobbescu

[302] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, ss. 126-27; Tebbit, *Philosophy of Law: An Introduction*, s. 27.
[303] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 29.
[304] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 37.

bir tavır benimsemiştir[305]. Bununla birlikte her buyruk bir yasa değildir, örneğin ahlak kurallarında da bir buyruk söz konusu olabilir ancak bu kurallar Austin tarafından "uygun olmayan bir biçimde yasa olarak adlandırılmış" olarak nitelenmektedir. O halde hukuki buyruğun özelliklerinin ortaya konması diğer buyruk türlerinden ayırt edilebilmesi için gereklidir. Pozitif yasalardan ibaret olarak belirlediği hukuki alanın kuralları Austin'e göre egemen tarafından çıkarılan, buyruk niteliğinde yani kişilere ödevler yükleyen ve kurala uyulmaması halinde yaptırım öngörülmüş olan kurallardır. Ödevler yükleyen ve kendisine yaptırımlar iliştirilmiş olan buyruk niteliğinde kurallar ahlak, din ve örf-adet kurallarında da söz konusu olabilir. Ancak hukuki olanı hukuki olmayandan ayırt edilmesini sağlayan hukuki buyrukların egemenlik unsuru ve yaptırımın mahiyeti olacaktır. Bu hususların anlaşılabilmesi için pozitif yasanın, hukukun belirlenmiş alanının en önemli parçalarının, unsurları ayrı ayrı ve detaylı olarak incelenecektir.

2.2.2.1. Hukukun Kaynağı Olarak Egemen

2.2.2.1.1. Egemen ve Tebaa

Austin pozitif hukukun kaynağının egemen olarak belirler. Pozitif hukuku oluşturan egemenin buyrukları, onun iradesinin tezahürü niteliğindedir. Şu halde hukuk biliminin konusunu oluşturan pozitif hukukun varlık kazanabilmesi için egemenin varlığı birinci koşuldur[306]. Egemenin karşısında hâkimiyeti altında olan insanlar konumlanmaktadır. Böylece yöneten-yönetilen ayrımı üzerinden Austin'in kuramında egemen ve tebaası belirir. Egemen siyasi bakımdan üstün konumdadır, tebaa ise siyasi bakımdan egemenin hâkimiyeti altında, ona kıyasla alt konumdadır. Başka bir ifadeyle tabi olanlar ve hükmeden arasında bir astlık-üstlük ilişkisi vardır. Egemenin toplumun geri kalanından (tebaasından) üstün olması, isteklerini güç kullanmak suretiyle yaptırabilme yetisine bir atıftır. Ne var ki bu özelliğe sahip bir otorite figürü pozitif hukuk düzeninden başka normatif yapılarda, örneğin pozitif ahlak açısından da söz konusu olabilir. O halde egemenin tebaasından üstünlüğü ile asıl kast edilen, isteklerini buyruklar aracılığıyla dile getirip yaptırımlarla destekleyerek yaptırabilme kudretinden ziyade pozitif hukukun yaratıcısı olarak diğerlerinden ayırt edilenin egemen olması olsa gerektir[307].

[305] Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası,* s. 97.
[306] Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı,* s. 30.
[307] Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı,* s. 30.

Egemenin tabiiyeti altındaki kişilerden belirli şekilde davranmaları ya da belirli davranışları yapmaktan kaçınmaları talebi, tebaasına buyruk formunda iletilir. Egemenin yap ya da yapma şeklindeki buyruk/emir/talimat formundaki iradesi yönetilenler açısından yükümlülüklerin doğmasına yol açar. Burada Austin askeriyedeki komutan-er ilişkisine benzer bir kurguda yöneten-yönetilen ilişkisini ele almaktadır[308]. Egemenlik ise kendi buyrukları ile bağlı olmayan yani hukuken sınırlanamaz, bölünemez, devredilemez nitelikte bir kavramdır. Egemen kural koyar, tebaa ise konulmuş kurallara ya uyar ya da uymaz. Uymaması halinde egemenin buyruğunda öngörülmüş olan yaptırıma, egemenin yetkili organları tarafından çarptırılması muhtemel olacağından, tebaa açısından egemenin buyruklarına uymalarını sağlamak için buyruğun ihlali durumu için öngörülmüş olan yaptırım tehdidi bir teşvik işlevi görmektedir.

Egemenlik kavramını ahlaki bir ilke ile açıklamaya çalışan sözleşmeci kuramcıların aksine Austin, Bentham gibi egemenlik kavramını toplumsal bir olgu olan itaat alışkanlığı ile temellendirmeye çalışır[309]. Ona göre pozitif hukukun yaratıcısı olan bağımsız bir siyasi toplumun egemeni, diğer otorite türlerinden iki yolla ayırt edilir: 1. Egemen, verili bir toplumda tebaa tarafından kendisine alışkanlıkla itaat edilendir; 2. Egemen, kendisine benzer başka bir üste itaat alışkanlığı içinde olmayandır[310]. Burada egemenin ikinci özelliği, o toplumun bağımsız bir siyasal toplum olduğunun göstergesidir. Bir toplumun bağımsız bir siyasal toplum olma vasfını yitirmesi, iç savaş, bir devletin diğeri karşısında savaşta mağlup olması gibi durumlarda gündeme gelecektir ve bu büyük ölçüde bir yorum meselesidir. Ancak çoğu durumda siyasal toplumun bağımsızlığını belirlemek son derece güçtür[311]. Özetle Austin'in

[308] Austin'in böyle bir hukuk teorisi geliştirmesinde bir süre orduda çalışmış olması ve orada edindiği disiplin ve eğitim anlayışının etkisiyle Common Law'a yönelik eleştirilerinin etkisinin bulunduğu söylenebilir. Bkz. Furtun, *John Austin'in Hukuk ve Devlet Teorisi*, s. 9.

[309] Lobban, "John Austin", s. 233.

[310] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, ss. 139-40.

[311] *"Ancak uç noktalar arasında bulunan bağımsız toplumların üyelerinin genel olarak tek ve aynı üste itaat edip etmediğinin ya da tek ve aynı üste itaatin alışkanlık olup olmadığının mutlak bir kesinlikle belirlenmesinin pek de mümkün olmadığını anlarız. Örneğin, I. Charles ile Parlamento arasındaki çekişmenin zirve yaptığı dönemlerde, İngiliz ulusu iki farklı topluma bölünmüştü; her iki toplum kesinlikle siyasal olarak adlandırılabileceği gibi, belki bağımsız olarak da adlandırılabilirdi. Çekişmenin sona ermesinin ardından bu birbirinden farklı toplumlar sıraları gelince ortadan kalkmış ve ulus, Parlamentonun ortak yönetimi altında yeniden tek bir bağımsız ve siyasal toplum halinde birleşmişti. Ancak çekişme sona erdikten sonra tam olarak hangi noktada, bu birbirinden farklı toplumlar tamamıyla ortadan kalktı ve ulusta tek bir siyasal toplum olarak yeniden bir araya geldi? Ne zaman ulusun büyük bir bölümü Parlamentoya itaatini sundu ve ne zaman bu genel itaat bu kadar yoğun ve sürekli hale gelerek, ulusun çoğunluğunun egemenlik iddiasındaki organa itaati alışkanlık haline geldi? Ve bu arada İngiliz halkı tarafından kurulan toplumun türü neydi? Bunlar, örnekle ilgili tüm gerçekler tam olarak biliniyor olmasına karşın, kesin bir yanıt vermenin imkânsız olduğu sorulardır."* Bkz. Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, ss. 146-47.

hukukun kaynağı olarak gördüğü egemenlik, tebaa ve bağımsız siyasal toplum kavramlarını da beraberinde getiren, bu kavramlarla karşılıklı ilişki içerisinde bir kavramdır[312]. Bunlar arasındaki ilişkinin kurulmasını sağlayan anahtar kavram ise itaat alışkanlığıdır.

2.2.2.1.2. İtaat Alışkanlığı

Austin itaat alışkanlığını egemenin gücünü aldığı bir kavram olarak tasavvur etmiştir. Kendisine toplumun büyük çoğunluğu tarafından alışkanlıkla itaat edilmeyen bir kişi ya da kişiler topluluğunun egemenlik vasfını haiz olması mümkün değildir. Tebaanın egemenin buyruklarına alışkanlıkla itaat etmeleri, egemenlik kavramının normatif yönünün toplumsal bir mesele olarak görüldüğünün göstergesidir. Yaptırım ve itaat alışkanlığı kavramlarının ilişkisi incelenecek olursa, yaptırım kavramının amacının hukuka itaati temin etmek olduğu, itaat alışkanlığının ise egemenin varlık kazanmasını sağlayan bir kavram olduğu dikkate alındığında, itaat alışkanlığının yaptırımdan önce geldiği söylenebilir[313]. Austin'in kuramında itaat alışkanlığı egemenin gücünün halk tarafından tanınmasını sağlayan bir kavram olarak kurgulanmıştır[314]. Ancak itaat alışkanlığının egemenin sınırlanmasını sağlayan bir etmen olduğu fikrini kabul etmez[315]. Bu sınırlı kapsamıyla itaat alışkanlığı, aslında Austin'in yasa olarak adlandırılmasını uygun görmediği ve pozitif ahlak olarak nitelendirdiği anayasa hukukunu temellendiren bir kavramdır.

Tebaanın egemene itaat alışkanlığı içerisinde bulunmasının çeşitli sebepleri olabilir. Ancak en temelde egemenden tebaa adına beklenen insanların mutluluğunu mümkün olan en yüksek düzeye çıkarmasıdır. Bu çerçevede tebaa kendi faydasına olduğunu düşündüğü için egemene itaat alışkınlığı geliştirecektir. Örneğin egemenin yönetiminin mükemmel olduğuna ve toplumsal mutluluğu tesis ettiğine inanmaları halinde ona itaat ederlerdi. Egemenin yönetiminin bu denli başarılı olmadığı durumlarda ise tebaa ideal olmasa da egemenin sağlamış olduğu

[312] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 139.
[313] Ülker Yükselbaba, "Eserin Türkçe Baskısına Sunuş", *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. xxi.
[314] Lobban, "John Austin", s. 235. İtaat alışkanlığı her ne kadar egemenin gücünün hallk tarafından tanınmasını açıklasa da bu gücün nasıl varlık kazandığını ve nasıl sınırlanabileceğini açıklamaktan uzaktır ve bu yönüyle Austin'in itaat alışkanlığı fikri eleştirilmiştir. Bkz.Hart, *The Concept of Law*, ss. 51-61.
[315] İtaat alışkanlığı kavramı bu çalışmanın bir önceki kısmında Bentham bahsinde de ele alınmış, Bentham'ın hukuk kuramında tebaanın itaat alışkanlığının hem egemenliğin varlığını hem de sınırlandırılmasını sağlayan bir etmen olduğu açıklanmıştı. Ancak Austin itaat alışkanlığına egemenin sınırlanmasını sağlayacı bir rol biçmez. Ona göre egemen sınırlandırılamaz; sınırlandırıldığı anda egemen olma niteliğini yitirir ve kendisini sınırlandıran daha üstün egemene tabi olur. Egemenin sınırlanması kavramın tanımında içerilen düşünceyle çelişik bir ifadedir. Bkz. Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 171.

düzen ile egemenin olmadığı bir kargaşa durumunu kıyaslayarak yine de egemene itaat etmeye devam edebilirlerdi. Bu ikinci durumda daha kötü koşullara düşme korkusu egemene itaatin gerekçesi olurdu. Egemenin yönetiminden memnun olmamaları ve ona direnerek, isyan ederek daha iyi bir toplumsal düzen kuracaklarına dair bir kanaate sahip olunması halinde ise egemene itaat etmeyi sürdürmezlerdi[316].

Egemene itaatin rasyonel gerekçelendirilmesi bu şekilde olmakla birlikte Austin'e göre hakikatte toplumlar yeterli düzeyde bilgilendirilmedikleri için böyle bir rasyonel gerekçeye dayanarak itaat alışkanlığı içerisinde olmazlar. Bu durumda tebaanın itaat alışkanlığının çeşitli gerekçeleri olabilir. Austin bunları üç başlıkta toplar: gelenek, önyargı ve fayda ilkesi. Egemen ve faaliyetleri hakkında yeterince bilgilendirilmemiş toplumlarda egemene duyulan itaat alışkanlığının gerekçesi çoğunlukla gelenektir, alışkanlık geleneksel olarak kazanılmıştır. Bir diğer ihtimal genel fayda ilkesi ile temellendirilemeyecek ister monarşiye isterse halk egemenliğine dayansın mevcut yönetimin en iyi yönetim tarzı olduğuna dair tebaada bir kanaatin varlığı ve bu kanaat doğrultusunda iktidarın elde ediliş ve devrediliş biçimlerine duydukları memnuniyete dayanan önyargıdır. Bir başka ihtimal ise fayda ilkesinin sunduğu gerekçe olabilir. Tebaa belirli nedenlerle mevcut egemene bağlılık gösterebilir ancak nihayetinde bunun kendi fayda hesapları açısından da tutarlı bir durum olması gereklidir. Başka bir ifadeyle mevcut yönetime gelenekler ve/veya önyargılar nedeniyle itaat alışkanlığı geliştirmiş olan toplumda mevcut yönetimin kendileri için aynı zamanda faydalı olduğuna dair bir kanaatin de oluşması gerekmektedir. Toplumun çoğunluğunda mevcut yönetimin faydalı olduğuna dair algı veya böyle bir algı olmamakla birlikte mevcut yönetimi anarşiye kıyasla tercih edilebilir bulmaları alışkanlığa dayalı itaatin tek sebebidir ve çıkarım neredeyse tüm toplumlar için geçerlidir[317].

Yöneten yönetilen ilişkisi, alışkanlıkla itaatin işlevi ve bağımsız siyasal toplum kavramı çerçevesinde genel hatlarıyla bu şekilde izah edilebilecek egemenlik kavramı, Austin'in buyruk odaklı hukuk kuramının anlaşılması açısından son derece önemlidir. Austin'in kuramında betimlendiği haliyle hukukun buyruklarının silahlı bir soyguncunun buyruğundan pek de farklı olmadığı ithamına, ancak Austin'in egemenlik kavramı aracılığıyla karşı konulabilir. Hukuki

[316] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 194.
[317] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, ss. 194-95.

buyruklar diğer tür buyruklardan ancak bağımsız bir siyasi toplumda insanların çoğunluğu tarafından kendisine alışkanlıkla itaat edilen ve kendisi de başka bir siyasi üstüne itaat alışkanlığı olmayan bir kişi ya da kişi topluluğu, yani egemenin irade beyanı olması yönüyle ayırt edilebilir. Egemenlik kavramının hukuki olan ve olmayan buyruğu birbirinden ayırmadaki bu rolü gözden kaçırılmamalıdır[318].

2.2.2.1.3. Mahkeme Kararları

Austin'in buyruk kuramı açısından içtihatların hukukun kaynağı olarak nasıl kabul edilebileceği bir problem olarak ortaya çıkar. Austin mahkeme kararlarıyla verilen emirleri (örneğin davalıya tazminat ödemesi emri, gardiyana sanığı hapsetmesi vb.) soyut ve genel nitelikte olmadıklarından yasa niteliğini haiz olmadıklarını savunur. Mahkeme kararları bu şekilde değerlendirildiğinde özellikle common law sisteminde mahkemelerin hukuk yaratımındaki etkin rolleri nasıl buyruk kuramı içerisinde ele alınabilecektir sorusu gündeme gelecektir. Austin bu problemi öngörmüş ve mahkeme kararlarının hukukun kaynağı olarak kabul edebilmek için bir hayli dolaylı bir çözüm yolu önermiştir.

Austin'e göre hukuk egemenin iradesinin tezahürü niteliğindeki yaptırım tehdidi ile desteklenen buyruklarından oluşmaktaydı. Mahkeme kararları ise hukukun kaynağı olarak değerlendirildiğinde egemenin iradesinin son derece kusurlu tezahürleridir. Zira mahkemeler aracılığıyla ortaya çıkarılmış bir hüküm gerekçesinin bir kural olarak belirlenmesi, söz konusu kuralın geçerliliğinin tespit edimesini sağlayacak bir test yoktur[319]. Dolayısıyla esas olan yaptırımla desteklenen doğrudan buyruklardır. Mahkeme kararlarının özel ve somut olaylara özgü niteliği onun bir buyruk olarak görülmesini zorlaştırır. Ancak bu noktada Austin mahkeme kararından ziyade mahkeme kararının gerekçesinin (ratio decidenci) hukuk yaratımında dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Ona göre bir mahkeme kararı yasa olmamakla birlikte *ratio decidenci* dolaylı da olsa bir yasadır:

> "Mahkeme kararının gerekçesi (ratio decidenci) bir yasadır: ya da en azından başka bir mahkemenin ya da mahkemelerin kararlarının genel bir temeli veya

[318] Schauer, *The Force of Law*, ss. 16-17. Austin'in egemenlik kavramında kendisine alışkanlıkla itaat edilmesi pozitif, kendisinin kimseye itaat alışkanlığının olmaması ise negatif varlık koşuludur. Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*'nda itaat alışkanlığı kavramını detaylı olarak analiz etmiştir.

[319] "*Yargı eliyle yapılan bir kuralın geçerliliğinin kanıtlanabileceği herhangi bir test olduğunu bilmiyorum.*" Bkz. John Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol II*, 5. Baskı, John Murray, Londra 1911, s. 655.

> ilkesidir. Bir yasa hükmünün bulunmayışından dolayı genel bir kural ya da davranış rehberi işlevi görür. Biçimsel bir kural olmasa da, egemenden veya devletten ya da yetkili astlarından herhangi birinden gelen genel bir buyrukla eşdeğerdir. Zira belirli veya özel bir davaya ilişkin kararın genel gerekçesinin, gelecekteki benzer davalara ilişkin kararlara hükmedeceği bilindiği için, tebaa, (böyle bir karar vesilesiyle) devletten, kendi egemen iradesini, davranışlarını [mahkeme kararının] gerekçesine veya ilkesine göre şekillendireceklerine dair bir ifade veya ima alır." [320]

Austin mahkeme kararlarının yasa koyucunun yasama işlemlerindeki genellikten ve soyutluktan yoksun olduğunun, kararların somut olaya dair ve özel nitelikli olduğunun elbette farkındadır. Ancak bir mahkemenin önüne gelen somut uyuşmazlığa ilişkin verdiği kararının gerekçesi ele alınacak olursa gelecekte yapılacak yargılamalarda mahkemelerin bu gerekçeyi dikkate alma ihtimalinin yüksek olduğu tebaa tarafından bilinmektedir ve bu nedenle tebaa egemen ve onun yetkili organlarından bu mahkeme kararındaki gerekçe ile yakın bir davranışta bulunmasını bekleyecektir. Böylece oldukça dolaylı bir yolla da olsa mahkeme kararlarının gerekçesi hukuk yaratımında dışlanmamış olur.

Bir mahkeme önüne gelen uuşmazlıkla ilgili kararına esas olarak emsal bir kararların gerekçesini alabilmesi için bir araştırma içerisine girmesi gerekiyordu. Mahkeme yasanın ne anlama geldiğinin açık olmadığı durumlarda lafzi yorum yaparak yasakoyucunun amacını dikkate alarak yasanın anlamını ortaya çıkarılabilirdi. Ancak emsal kararların gerekçesini araştırırken lafzi yorum yapılması, davada kullanılan dil çoğu zaman ilkenin ortaya çıkarılmasını sağlayacak zayıf izler niteliğinde olması nedeniyle, söz konusu araştırma ile uzun bir zaman aralığında çok sayıda emsal kararın gerekçesinden çıkarılacak bir ilkeyi bulmak, bir yorum değil tümevarım niteliğindedir[321]. Başka bir ifadeyle emsal kararların gerekçelerinden

[320] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol II*, ss. 627-28.

[321] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol II*, s. 630. Yasakoyucunun çıkardığı yasa ile neyi kastettiğinin mahkeme tarafından anlaşılmaya çalışıldığı süreç şu şekildedir: *"Yorumlama sürecinde (tam anlamıyla deyim yerindeyse), amaç, bu nedenle, yasa koyucunun niyetini iletmeye çalıştığı ifadelerin anlamına ulaşmaktır. Zira bir kanun hükmünün soyut biçimi nedeniyle, onun ifade edildiği terimlerin ta kendisi, zorunlu olarak, kanun koyucunun amacının ana göstergesidir."* Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol II*, ss. 629-30. Emsal mahkeme kararlarının incelenerek karar gerekçelerinden bir kural çıkarılması ise şöyledir: *"Ancak, yargı kararlarından bir hukuk kuralının çıkarıldığı benzer tümevarım sürecinde, yasa koyucu yargıcın kullandığı dile bu kadar titiz bir şekilde dikkat edilmesi, genellikle sürecin gerçekleştirildiği amacı bozar. Kararın içerdiği genel önermeler genelde önceden düşünülerek ifade edilmediğinden ve onlar davanın tüm özellikleri ile bağlantılı olarak ele alınması gerektiği için, bu önermelerin giydirildiği terimlerin, - bu kararın ortaya koyduğu ve çözüm bekleyen davanın ana ilkesi olan genel kural veya ilke olan "ratio decidenci"nin temel göstergesi olmadığı sonucu çıkar."* Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol II*, s. 630.

hareketle bir kural ortaya çıkarılması süreci, söz konusu mahkemenin yargıçlarının emsal kararlar arasındaki benzerlikleri araştırmasını ve bu çerçevede ortaya çıkardığı karar gerekçesi, ya da karara esas olan ilke çerçevesinde bakmakta olduğu davadaki uyuşmazlığa uygulacağı kuralı belirlemesini gerektirmektedir.

Austin böylece mahkeme kararlarını hukukun kaynağı olarak görmeyen ve esasında içtihadi nitelikte olan Common Law'ın bu yapısını eleştiren Bentham'dan ayrılmaktadır. Bununla birlikte Austin Bentham gibi common law'ın içtihadi yönünün ağır basması ve bu özelliği aracılığıyla gelişmesinin belirsizliği iddiasına katılmaktadır. Mahkeme kararların gerekçesinin hukukun gelişimine nasıl etki edeceğinin kodlarla (yasalar aracılığıyla) belirlenmesinin daha iyi olacağını iddia eder. Fakat yine de içtihatların hukukun kaynağı olarak görülmesi gerektiğini düşünür. Kesin olarak ortaya konamadığı için common law bir hukukçu tarafından mahkemeler aracılığıyla uygulanan kurallar bütünü olarak tanımlanmalıdır[322].

Austin'in mahkeme kararları aracılığıyla hukuk yapılmasını kabul etmiş olması, yargısal yasakoymanın zımni buyruk olarak kabul edilmesi şeklinde yapay bir sonuca yol açtığı ve ısrarla ortaya koymaya çalıştığı hukuk-ahlak ayrılığını baltaladığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Mahkemenin geçmiş mahkemelerin emsal kararlarındaki hüküm gerekçesini kendisi için bir kural olarak görmesi nihayetinde öznel bir değerlendirme sürecinin katkısını gerektirmektedir ki bu da yargıcın ahlaki görüşlerinin yasalara sızmasına neden olabilecek bir durumdur[323].

2.2.2.1.4. Örf ve Adetler

Austin örf ve adetlerin doğrudan yasa koyucu tarafından ya da bir mahkeme kararı aracılığıyla zımnen benimsenmesinden sonra pozitif hukuka dönüşmektedir[324]. Örf ve adet, ilk durumda egemenin dolaysız bir buyruğu, ikinci durumda ise zımni bir buyruğu haline gelmiş olacaktır. Örf ve adetlerin bu benimsenmeden önce de tebaa zaten bunlara riayet ettiği için hukuken bağlayıcı olduğu ve egemenin de bunlar bağlayıcı olduğu için bu yasaları uyguladığını savunanların görüşüne katılmaz. Bu görüşe göre örf ve adetler egemen tarafından benimsendiğinden değil de tebaa tarafından riayet edildiğinden pozitif hukuk olarak görülmektedir. Oysa bu, bir kuralın hukuki nitelik kazanması için egemenin buyruğu niteliğinde

[322] Lobban, "John Austin", s. 252.
[323] Lobban, "John Austin", ss. 244-45.
[324] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 49.

olması gerekliliği fikri ters düşer[325]. Dahası bu görüşün benimsenmesi halinde tebaanın alışkanlıkla uyduğu her örf ve âdetin pozitif yasa olarak nitelendirilmesi gerekecektir ki egemenin zaman zaman örf ve adetle karşıt olan yasalar çıkarması da dikkate alındığında görüşün yanlışlığı aşikâr hale gelmektedir. Örf ve âdeti pozitif hukuk kılan Egemen tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak benimsenmiş olmadır.

Austin'in örf ve adetlerin hukuki nitelik kazanabilmesi için egemen tarafından benimsenmiş olma koşulunu arıyor olması Austin'in yaşadığı dönem de dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Onun yaşadığı dönemde toplum tarafından benimsenip alışkanlıkla itaat ediliyor olsa bile, bir örf ya da adetin yasama organı tarafından yasalarda kapsanıncaya ya da mahkemeler tarafından uygulanıncaya kadar hukuk sisteminin bir parçası olup olmadığı bilinememekteydi. Austin için toplumda belirli kurallara düzenli olarak uyuluyor olması, bu kuralların uzun süredir uygulanıyır olması, makullükleri, onları ipso facto pozitif hukuk haline getirmiyordu. Bu koşulların yanında yasama düzenlemesi ya da özellikle de mahkemeler tarafından kendilerine dayanıldığında, başka bir deyişle Common Law'ın bir parçası haline geldikleri bariz olduğunda pozitif hukuk olarak nitelendirilebiliyorlardı[326].

2.2.2.2. Emredici Kural Olarak Buyruk

Hukuku (pozitif hukuku) hukuk yapan şey tebaanın çoğunluğu tarafından alışkanlıkla itaat ettiği ve kendisinin alışkanlıkla kimseye itaat etmeyen birisi ya da birilerinin (egemenin) genel nitelikli buyruklarıdır[327]. O halde pozitif hukukun ne olduğunun anlaşılabilmesi için egemenin buyruğunun nitelikleri üzerinde durulması gerekmektedir.

Austin'e göre buyruk kavramı yasa kavramını içeren daha geniş bir kavramdır. Başka bir deyişle her yasa aslında bir buyruktur, ancak her buyruğun yasa olması zorunlu değildir. Dolayısıyla yasanın ne olduğunun anlaşılabilmesi için öncelikle buyruk kavramının anlaşılması gerekir. Buyruk öncelikle bir isteğin ifade edilmesidir. Ancak buyruk dışında rica, yalvarma, dua gibi pek çok istek ifadesi söz konusu olabilir. Bir buyruk diğer istek ya da dilek ifadelerinden, buyuran tarafın buyruğunun gereğinin yerine getirilmemesi ihtimali için itaatsizlikte bulunanlara bir kötülük yapma ya da onu bir acı maruz bırakma amacı ve bu

[325] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 48.
[326] Lobban, "John Austin", s. 240.
[327] Shapiro, *Legality*, s. 54.

kötülüğü uygulayabilme gücü taşıyor olması yönüyle farklılaşır. O halde buyruğu buyruk yapan, emir kipinde ifade edilmiş olması değil, buyuranın buyruğuna uygun olmayan davranışta bulunanlara zarar verme amacına ve gücüne sahip olmasıdır. Austin ifadeleriyle buyruk şöyle açıklanmıştır:

> "Benim bir hareketi gerçekleştirmemi veya bundan sakınmamı istediğinizi ifade ederseniz veya bunu ima ederseniz ve sizin isteğinizi yerine getirmediğim takdirde bana bir kötülük yapacaksanız, sizin isteğinizin ifade veya ima edilmesi bir emirdir. Bir emir, diğer arzu ifadelerinden, arzunun ifade edilme tarzıyla değil, emri veren tarafın arzusunun dikkate alınmaması halinde bir kötülük yapma veya acı verme amacında olmasıyla ayrılır. Sizin isteğinizi yerine getirmediğim takdirde bana zarar vermeyecekseniz veya veremeyecekseniz, sizin isteğinizin ifadesi, bunu emir kipinde bir cümle ile söylemiş olsanız bile, bir emir değildir. Sizin emrinizi yerine getirmediğim takdirde bana zarar verme gücünüz ve iradeniz varsa, bunu bir rica şeklinde söyleme kibarlığında bulunsanız bile, sizin isteğinizin ifadesi bir emir olacaktır[328]."

Bu tanım çerçevesinde buyruk kavramının üç unsurdan teşekkül ettiği söylenebilir: 1. Akıl sahibi bir varlık tarafından başka akıl sahibi varlıklara yönelik yapması ya da kaçınması gereken davranışlar olarak tasarlanmış bir istek ya da arzu; 2. Bu istek ya da arzu kendisine bildirilen(ler)in itaat etmemeleri halinde, istek ya da arzu sahibinden kaynaklanan bir kötülüğe ya da acıya maruz kalacak olmaları; 3. İstek ya da arzunun sözcükler ya da başkaca yollarla ifade ya da ima olunması[329].

Austin egemenin tebaasının davranışlarını yönlendirme amacı taşıyan arzularını zımnen de buyurabileceğini ileri sürer. Egemenin hiyerarşik olarak astı niteliğindeki makamlar tarafından çıkarılan mevzuat bu çerçevede değerlendirilmelidir. Daha düşük statüdeki bu kişilerce çıkarılmış mevzuat egemenin daha önceden vermiş olduğu bir izinden gücünü alır. Egemen çıkarılmış olan mevzuatın bir kısmından haberi dahi olmamış olabilir; ancak bu durum onun iradesi hilafına düzenleme yapıldığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Burada egemenin müdahalesizliği zımni buyurma olarak görülmelidir[330].

[328] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, ss. 37-38.
[329] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 39.
[330] Tebbit, *Philosophy of Law: An Introduction*, s. 31.

2.2.2.2.1. Ödev veya Yükümlülük

Austin buyruk kavramını itaatsizliğe karşı bir kötülük yapma ya da acıya maruz bırakma amacı ile ilişkilendirdikten sonra buyruğun muhatabının bir kötülüğe ya da acıya maruz kalma ihtimali nedeniyle buyruğun onun hakkında bağlayıcı olduğunu, başka bir deyişle buyruğun gerektirdiklerini yapma ödevinin ya da yükümlülüğünün doğduğunu ifade etmektedir. Böylece buyruk ve ödev/yükümlülük birlikte ele alınması gereken kavramlar olarak betimlenmiş olur. Ona göre ödevin olduğu yerde muhakkak onu yaratan bir buyruk vardır; buyruk söz konusu ise muhakkak birilerine bir ödev yüklenmiştir[331]. Böylece Austin ödev kavramını buyruk, daha ayrıntıda ise yaptırım ve yükümlülük kavramları üzerine inşa etmiştir. Bu durumu şöyle ifade eder:

> "Sizin ifade ettiğiniz bir isteği yerine getirmediğim takdirde bir kötülüğe uğrayacak olmam nedeniyle, emriniz beni bağlar veya yükümlü kılar veya bu emre itaat etme ödevi altına girerim." [332]

Bu ifadeden çıkarılacak sonuç ödev ya da yükümülülük kavramının yasanın temel bir unsuru olduğudur. Böylece yaptırım tehdidinin varlığı ödev ya da yükümlülüğün varlık kazanmasını sağlayan bir koşul olarak betimlenmiş olur. Başka bir deyişle bir hukuki yükümlülük altında olmak, yaptırım tehdidi ile desteklenmiş bir buyruğun nesnesi olmak ile aynı anlama gelmektedir[333]. Hak kavramı ise birilerine yüklenmiş olan bir ödevin sonucu olarak ortaya çıkan bir kavramdır. Bir kişinin bir başkasına yönelik bir hak ileri sürebilmesi için hak ileri sürülecek kişiye bu çerçevede yasa tarafından bir ödev yüklenmiş olması gerekmektedir. Hakların ödevlerden türediği şeklindeki bu önerme Austin'in hukuku yasa koyucu ve yasa uygulayıcıları açısından "idarenin bakış açısından" ele almasından doğan bir sonuçtur[334].

2.2.2.2.2. Yaptırım

Buyruk aracılığıyla buyruğun muhatabına yüklenmiş olan ödev yerine getirilmezse, ödev gereğince davranışta bulunmamış olan muhataba uygulanacak kötülük çoğu zaman yaptırım

[331] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 38.
[332] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 38.
[333] Schauer, *The Force of Law*, s. 16.
[334] Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası*, s. 101.

olarak adlandırılır. Başka bir deyişle buyruk ya da ödev bir kötülüğe maruz kalma yaptırımına bağlanmıştır[335].

Austin'in kuramında yaptırımın ne gibi rol oynadığı ilerleyen başlıkta detaylı olarak incelenecektir. Ancak burada Austin'in buyruk, ödev ve yaptırım kavramlarını nasıl ilişkilendirdiğini açıklamak, bu kavramların her birinin nasıl diğerlerini çağrıştırdığını ifade etmek faydalı olacaktır. Austin, buyruk-ödev-yaptırım kavramları arasında ayrılmaz bir ilişki olacak şekilde kuramının temelini atar. *"Bir kişinin tasarladığı ve bir başkasına ifade veya ima ettiği bir istek ve isteğin dikkate alınmaması halinde bir kötülüğün yapılacağı ve kötülüğe maruz kalınacağı"* ifadesi buyruk, ödev ve yaptırım kavramlarını ima eder. Ancak bu kavramlardan her biri bu ifadeyi kendi veçhesinden ele alır. Buyruk sözcüğü buyuranın isteği ya da arzusuna işaret ederken, ödev sözcüğü buyurulanın/muhatabın yükümlüğüne ve yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde başına gelebilecek kötülük ihtimaline işaret eder. Yaptırım sözcüğü ise doğrudan kötülüğün kendisine odaklanmıştır. Bu kavramlar kendi ana odaklarına evleviyetle işaret etmekle birlikte diğer kavramları da daha dolaylı bir yolla ima ederler. Austin'in söyleyişiyle "*bu kavramların her biri aynı nosyonu ifade eder; ancak her biri bu nosyonun farklı bir kısmına işaret eder ve diğer kısımlarını da akla getirir*.[336]"

2.2. Austin'in Hukuk Kuramında Yaptırım

Austin yaptırım kavramını, hukuka dair diğer kavramlardan buyruk, ödev ve yükümlülük kavramları ile ayrılmaz bir ilişki içinde görür. Bu kavramlara ek olarak güdü, niyet, ihmal, dikkatsizlik, acelecilik kavramları da yine yaptırımla ilişkilendirilebilecek kavramlardır[337]. Bu nedenle Austin yaptırım hakkındaki görüşlerini bu kavramlara da yer yer değinecek şekilde serdetmeye özen göstermiştir.

Austin' göre yaptırım, egemenin iradesinin eseri olan buyruğa itaat edilmemesi halinde maruz kalınacağı öngörülmüş olan nihai ya da koşullu kötülüktür. Başka bir deyişle egemenin buyruğu kötülük tehdidi ile desteklenir ve bu kötülük tehdidi yaptırımdır[338]. Austin yaptırımı belirli bir

[335] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 38.
[336] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 40.
[337] John Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, 5. Baskı, John Murray, Londra 1911, s. 443.
[338] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, ss. 443, 444, 507.

kişi ya da kişiler topluluğu (egemen) tarafından tasarlanan belirli bir davranışın yapılmasını sağlamak ya da belirli bir davranışın yapılmasından vazgeçirmek için muhatabını bir zarar ya da maliyete maruz kılmak anlamında kullanmaktadır[339]. Buradan çıkan sonuçlardan biri hukukun süjeleri açısından yaptırım kavramının tümüyle olumsuz bir anlamı, bir kötülüğü ihtiva ettiğidir. Başka bir deyişle Austin yaptırım kavramının içine birer teşvik aracı olarak ödülleri dâhil etmez. İkinci sonuç yaptırımın itaati sağlayan bir işlevi olduğudur, Austin'in faydacı felsefe ile ilişkisi düşünüldüğünde yaptırımı sonuççu bir yaklaşımla ele alması doğaldır. Austin'in yaptırıma biçtiği en önemli rol ise buyruğa eklenerek yasanın varlık kazanmasına sağlayan tamamlayıcı bir unsuru oluşudur. Bunların her biri ilerleyen başlıklarda detaylandırılacaktır.

Yaptırım kavramının yukarıda zikredilen özellikleri ele alınmadan önce Austin'in yaptırım kelimesinin etimolojisi ile ilgili analizlerine değinmek de yararlı olacaktır. Austin yaptırım kavramının çoğunlukla kendi kullandığı manada kullanıldığını düşünür. Yani yaptırım itaat ve uyumu sağlamak için yasaya eklenen bir kötülüktür. Ancak terimin geçmişteki kullanılış şekline bakıldığında örneğin Roma hukukçularının yaptırımı itaati sağlamak için yasaya eklenen bir kötülük olarak değil, ceza yasasında cezayı belirleyen ve ilan eden bir madde olarak ele alındığını söyler. Digest'te 'sanctum' kelimesinin Roma büyükelçilerinin kıyafetlerinde taşıdıkları ve dokunulmazlık işareti olan bitkilere verilen isim olan 'sagmina'dan türediği belirtilmiştir. Terim daha sonra dokunulmazlığın nedeni olan ceza kelimesine karşılık gelecek bir dönüşüm geçirmiştir. Terim bazı durumlarda ise hukuki otorite tarafından onaylanma anlamına gelir, örneğin bir parlamento bir yasa tasarısını kabul ettiğinde onu onaylamış olur. 'Sanctum' burada yasanın onaylanması anlamını taşır. Bu kelime ile yakın olan sancire ise yasa çıkarmak anlamına gelmektedir[340]. Terimin geçmişte farklı farklı anlamlara karşılık gelecek şekilde kullanıldığı bir gerçek olmakla birlikte artık Austin için anlamının yasaya itaati temin etmek için eklenen bir kötülük olduğu apaçık bir gerçektir.

Yaptırım kelimesinin etimolojik kökenine dair Austin'in bu açıklamalarından sonra sırasıyla hukuki geçerliliğin unsuru olarak, hukuka itaati temin eden bir araç olarak ve salt bir kötülük olarak yaptırım kavramı incelenecektir.

[339] Russell Hardin, "Sanction and Obligation", *The Monist*, C. 68, S. 3 (1985), s. 413.
[340] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 507.

2.2.1. Yaptırımın Mahiyeti ve İşlevleri

2.2.1.1. Salt Kötülük Olarak Yaptırım

Yaptırım, tıpkı hukuk, adalet ya da hukuka dair başka kavramlarda olduğu gibi düşünürlerce farklı kapsamlarda ele alınmış bir kavramdır. Austin'in yaptırım kavramını kendi kuramında kendisinden önceki düşünürlere kıyasla daha dar bir kapsamda ele aldığı söylenebilir. Ona göre kavramın kapsamının gündelik hayatta kullanılan çerçeveyi aşmayacak şekilde belirlenmesi isabetli olacaktır. Kavramın bu çerçeveyi aşacak biçimde genişletilmesini ise eleştirmiştir. Austin'e göre yaptırım kavramı mutlak surette bir olumsuzluğa, maruz kalınacal bir kötülüğe işaret eder. Bu nedenle ödül niteliğindeki teşviklerin yaptırım olarak adlandırılması isabetli değildir.

Austin'e göre yaptırım, ancak bir kötülük ya da acıya maruz bırakma şeklinde buyruğun muhatabı açısından olumsuz bir nitelik arz etmelidir. Ona göre yaptırım kavramının doğası bu olumsuz niteliği ihtiva eder. Her ne kadar Locke ve çok saygı duyduğu, hayranı olduğu hocası Bentham, ödül niteliğinde yaptırımların varlığını kabul etseler de, Austin onlara bu hususta katılmaz. Elbette bir ödül vaadinde bulunarak insanların belirli davranışlarda bulunmaları sağlanabilir. Bu yönüyle ödül de yaptırım gibi bir güdüleyicidir. Ancak bir buyruğa iliştirilmiş olan salt kötülük niteliğindeki yaptırım bir ödevin doğmasına neden olurken, bir ödül öngörüldüğü zaman ne bir buyruktan ne de bir ödevden söz edilebilir. Başka bir ifadeyle bir ödül vaadinde bulunulduğunda insanların o davranışı muhakkak suretle yapması gerektiği sonucu ortaya çıkmaz. O halde yaptırım kavramını, kapsamına ödüllendirmeyi de alacak şekilde genişletmek, kavramın gündelik dildeki kullanımına uygun düşmeyen bir hareket olur; zahmetli ve muhtemelen başarısız olacak bir girişimdir[341].

Bir yasada bir davranışın yapılmasını teşvik etmek için ödül vaadinde bulunulması halinde, davranışı gerçekleştirmesi beklenen kişilerin bir yükümlülüğünden değil onlar lehine doğacak bir haktan söz edilebilir. Yapılması gereken davranış yasada emredici bir formda davranışı gerçekleştiren ve ödülü almayı hak eden kişilere ödülü takdim etmekle görevli kişilere yönlendirilmiştir[342]. Dolayısıyla ödül vaadinde bulunan bir yasanın yükümlüsü ödül gerektiren

[341] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 39.
[342] John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University press, Newyork 1995, s. 24.

davranışı gerçekleştiren kişi değil bu ödülü verme görevi altında olan kişidir. Bu kişinin bu görevini yerine getirip getirmemesi, ya da görevini yerine getirmesi için kendisine bir güdü sunulup sunulmadığı ayrı bir bahistir. Örneğin kapısının önünü ya da sokağını temizleyen, temiz tutan sakinlere belirli bir meblağ ödül verilmesini düzenleyen bir yasa varsayalım. Bu yasa ile herkesin kendi kapısının önünü ya da sokağını temiz tutması şeklinde bir ödev, yükümlülük yaratılmış olmayacaktır. Kapısının önünü ya da sokağını temiz tutan mahalle sakinleri yasa gereğince vaadedilmiş ödülü almaya hak kazanmıştır. Burada yükümlülük ancak ödülü almaya hak kazanan mahalle sakinlerine ödülü takdim etme görevi üzerinde olan memurlar hakkında söz konusu olabilir. Bu ise ayrı bir yasa ile düzenlenen bir hususdur. Ödül vaadinde bulunulan bir yasa ile ancak bu şekilde dolaylı yoldan, ödülü verme görevi üzerinde olan memur hakkında bir yükümlülüğün doğması söz konusu olacaktır. Ancak farazi örneğimizde ödül yerine bir yaptırım öngörüldüğünü düşünelim. Kapısının önünü ya da sokağını temizlemeyen, temiz tutmayan mahalle sakinleri belirli bir meblağ para cezası ödeyecektir şeklinde örneğimizi dönüştürelim. Bu ikinci ihtimalde yasada kendisinden bir davranışta bulunması beklenen kişiler üzerinde, kapısının önünü ya da sokağını temiz tutmak biçiminde bir ödev ya da yükümlülük doğacaktır. Bu örnek üzerinden düşünüldüğünde ödül veren yasaların bir hukuki yükümlülük yaratmadığı gerçeği dikkate alınarak Austin'in yaptırımı bir kötülük tehdidi olarak görmesi, hak verilesi bir değerlendirmedir. Buradan çıkarılması gereken sonuçlardan birisi de Austin'in yaptırımın olduğu her yerde bir ödev ya da yükümlülüğün de varlık kazanacağını düşündüğüdür. Tersinden düşünülecek olunursa ödev ya da yükümlülüğün bulunduğu her yerde muhakkak yaptırım da vardır; yaptırım olmaksızın bunların varlık kazanması mümkün değildir.

Yaptırım kavramını salt bir kötülük tehdidi olarak belirleyip, ödül vaadini yaptırım kavramının dışında tutan Austin, sıradan bir fiziksel cebir ya da kısıtlama ile yaptırım niteliğindeki bir cebri, kötülüğü de birbirinden ayırt eder. Ona göre hukuki yaptırım öyle bir davranış hakkında düzenlenmiştir ki bu davranışın aksinin yapılması fiziksel olarak mümkün olmalıdır. Aksi takdirde zaten yaptırımın öngörülmüş olması abes olacaktır. İnsanların yapmasının mümkün olmadığı bir davranışı gerekli kılan ve bu davranışı gerçekleştirmeyenlere için yaptırım öngören

bir yasa ancak aptal ve zalim bir yasa koyucunun elinden çıkmış olabilir zira tebaanın söz konusu yasada öngörülen eylemi gerçekleştirmesi mümkün değildir[343].

Fiziksel zorlama ile hukuki zorlama arasındaki farkı Austin şu örnek üzerinde açıklığa kavuşturmak istemiştir:

> "Örneğin: Kapısı kilitli bir hücreye kapatılırsam bedenime fiziksel kısıtlama uygulanır. Hücremden çıkmak istesem de hücremden çıkamıyorum. Bırakıp bırakmayacağım ya da hücremde kalıp kalmayacağım, arzularıma bağlı değil.
>
> Yine: Ben kaçabileceğim bir hücrede tutukluyum ama cezalandırılabileceğimi bildiğim halde, kaçmaya kalkışırsam, muhtemel ceza korkusu beni orada kalmaya yönlendiriyor veya buna meylettiriyor.
>
> Şimdi bu örnekte bana uygulanan kısıtlama fiziksel kısıtlama değil, hücremde kalmaya mecburum (be obliged). Kaçma arzum, dış engeller tarafından kontrol edilmiyor veya engellenmiyor. Muhtemel cezadan kaçınmak için zıt veya çatışan arzum tarafından kontrol edilir veya engellenir. Bırakıp bırakmayacağım ya da hücremde kalıp kalmayacağım arzularıma bağlıdır." [344]

Alıntılanan bu pasaja göre Austin hukuki bir yaptırımın ancak aksinin yapılmasının mümkün olduğu bir davranışla ilgili olarak öngörülebileceğini, böylece hukuki cebrin başkaca fiziksel zorlama türlerinden ayırt edilebileceğini düşünmektedir. Hücrede kalmaya mahkum olan bir kişinin hücreden kaçmasının fiziksel olarak imkansız olması halinde fiziksel bir kısıtlama, kaçma ihtimalinin olmasına rağmen mahkumun yakalanması halinde daha ağır bir cezaya çarptırılacağından korkması nedeniyle kaçmaması ise hukuki bir cebrin varlığını göstermektedir.

2.2.1.2. Hukuka Geçerliliğini Veren Bir Unsur Olarak Yaptırım

Austin hukuk kurallarının buyruklardan oluştuğunu, buyruğun ise arzusunun yerine getirilmemesi halinde bir kötülük yapma tehdidi ile desteklenen, tehdidi gerçekleştirme amacı ve gücü bulunan biri tarafından beyan edilmiş bir istek ifadesi olarak tanımlamıştır[345]. Yasada öngörülmüş olan yaptırım buyruğun ihlal edilmesinden kaynaklanan daha önce yasa ile öngörülmüş olan bir kötülüktür. Her yasa buyruk olmakla birlikte her buyruk yasa niteliğinde değildir, bu anlamda buyruk yasadan daha geniş bir kavramdır. Austin'in yasa, buyruk ve

[343] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 450.
[344] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 454.
[345] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, ss. 37-38.

yaptırım arasında kurmuş olduğu bu ilişki çerçevesinde düşünülecek olunursa, bir kişinin çocuğuna oyuncaklarını toplamasını söylemesi buyruk niteliğinde olmayacaktır, ancak çocuğundan oyuncaklarını toplamasını isteyip bu isteğini yerine getirmemesi halinde ona ciddi bir ceza vereceğini ifade etmesi halinde bir buyruk söz konusu olacaktır[346]. O halde yaptırım, Austin'in kuramı çerçevesinde bir buyruğun ve dolayısıyla bir yasanın varlığından söz edilebilmesi için bir geçerlilik koşulu olarak belirlenmiştir. Ayrıca ceza (yaptırım) tehdidi çocuğun ebeveyninin isteğini yerine getirmesine neden olan bir etkendir ve bundan çıkacak sonuç yaptırımla desteklenen her buyruğun bir yükümlülük yarattığıdır.

Bir yaptırımın varlığından söz edilebilmesi için en küçük düzeyde de olsa bir kötülüğün uygulanacağına dair en ufak bir ihtimalin varlığı gereklidir. Yaptırımın şiddetli bir acı ya da kötülüğün uygulanması olarak öngörülmesi belki buyruğun, yasanın daha etkin olmasını sağlayabilir. Ancak buyruk etkinliği sağlamayan bir yaptırımla desteklenmiş de olsa, yine de bir yasadır. En küçük düzeyde bir kötülük uygulanacağına dair en küçük bir ihtimal, yaptırımın varlığını gösterir ve bu durumda bir buyruk vardır dolayısıyla bir yasa da vardır[347].

Austin Paley'in yaptırımın varlığını, buyruğu etkin kılmasına bağlayan görüşü ise reddeder. Dolayısıyla Austin'in etkinliği bir geçerlilik koşulu olarak gördüğünü söylemek yanlış bir Austin yorumu olacaktır. Etkinliği sağlayamayacak olsa dahi en küçük düzeyde bir kötülük uygulanacağına dair küçücük bir olasılık yaptırımın varlığı için yeterlidir. Austin'in hukuk kuramında yaptırım hukuka geçerlilik kazandıran bir unsurdur, hukukun etkinliğini tesis edip etmemesi şeklindeki pratik problem hukuk tanımında, hukukun alanını belirleme çabasında öncelikli ve ehemmiyetli bir konu değildir. Belki bu durumda öngörülmüş olan en küçük düzeyde yaptırım yasanın etkin olamamasına yol açmış olabilir, ancak burada yine de bir yasa vardır[348]. En küçük düzeyde dahi olsa bir kötülük öngörülmemişse, burada bir yaptırım olmadığından söz konusu metin bir tam yasa örneği teşkil etmeyecektir.

Austin'in yaptırımın rolüne dair görüşlerinden kendi teorisi açısından hem en önemli olan hem de daha sonra en fazla eleştiri olan ve savunulması en zor olan görüşü yaptırımı hukukun

[346] Shapiro, *Legality*, s. 53.
[347] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, ss. 38-39. Austin burada Paley'in yaptırımın varlığını buyruğu etkin kılmasına bağlayan görüşünü reddettiğini belirtmektedir. Dolayısıyla Austin'in etkinliği bir geçerlilik koşulu olarak gördüğünü söylemek yanlış bir Austin yorumu olacaktır.
[348] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 39.

geçerlilik koşulu olarak görmesidir. Yaptırımla desteklenmeyen pek çok yasanın varlığı en sık dile getirilen itirazlardandır. Yaptırıma kuramında merkezi bir konum vermesi, yaptırımsız bir kuralın bir anlam ifade etmeyeceğini düşünmesi hukuk kurallarının en önemli kısmının emredici kurallardan oluştuğunu düşünmesi nedeniyledir. Emredici nitelikte olmayan kuralların elbette farkındadır, ne var ki ona göre bunlar bir bütün olarak hukukun içerisinde emredici kurallara kıyasla öylesine az bir yer kaplar ki bunların göz ardı edilerek hukuku emredici kurallardan müteşekkil görmekte bir beis görmez[349].

2.2.1.3. Hukuka İtaati Sağlama Amacı Taşıyan Bir Güdü Olarak Yaptırım

Austin her yaptırımın buyruğa eklenen nihai bir kötülük olduğunu ifade eder. Bununla birlikte her nihai kötülük bir davranış güdüsü olarak işleyebilmesine rağmen, yaptırım olarak nitelendirilmesi için salt bu özelliğe sahip oluşu kâfi değildir. Bir kötülüğün yaptırım olarak nitelendirilebilmesi için bir buyruk aracılığıyla belirli bir şekilde bir davranışta bulunulmasının ya da bir davranışı yapmaktan kaçınılmasının emredilmesi ve bu buyruğa itaat edilmesini sağlamak için nihai bir kötülüğün buyruğa kasten eklenmiş olması gerekmektedir[350]. Austin yaptırım ve caydırıcılık ilişkisine dair yaptırımın tanımını yaptığı başka bir yerde, yaptırımın buyruğa itaat edilmesini sağlayan veya buyruğun yüklediği ödev ya da yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayan bir işlevi olduğunu ifade etmiştir[351]. Böylece Austin yaptırımın itaati sağlamak ya da başka bir ifadeyle buyruğun ihlal edilmesini önlemek amacını taşıdığını, dahası bu amacın yaptırım kavramı tarafından içerildiğini düşünmektedir. Başka bir ifadeyle yaptırım sıradan bir kötülük değildir, itaati sağlama amacıyla yasa koyucu tarafından bilinçli olarak belirlenmiş ve buyruğa eklenmiş bir kötülüktür.

Austin'in yaptırımların tüm caydırıcılık amacını taşıdığını düşünmesinin arka planında faydacı görüşleri benimsemesinin etkili olduğu aşikârdır[352]. Bir kişi hukuki yükümlülüğünü yerine getiriyorsa ve hukuki yükümlülüğünü yerine getirmesinin gerekçesi yaptırımsa, bu kişinin ödevini ihlal etmesi halinde buyrukta öngörülen yaptırıma maruz kalacağını öngördüğü ve

[349] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 50.
[350] Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 118.
[351] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 443.
[352] Austin medeni ve cezai olarak sınıflandırdığı tüm yaptırım türlerinin nihayetinde caydırıcılık amacını taşıdığını düşünmektedir. Ayrıntılı bilgi için bu çalışmanın *2.3.5.2. Yaptırımın Amacı Bakımından Yaptırım Türleri* başlıklı bölümüne bakınız.

hukukun tehdit ettiği kötülükten sakındığı için buyrukta emredilen eylemi, hukuki yükümlülüğünü yerine getirdiği söylenebilir[353]. Böylece egemenin buyruğa eklediği ve caydırıcı etki sağlamasını beklediği kötülük mahiyetindeki yaptırım, beklenilen etkiyi doğurmuş olacaktır. Ancak bu noktada Austin için yaptırımın varlığı için muhakkak suretle etkinlik sağlamasının gerekmediği hatırlanmalıdır. Yaptırımın varlığı için söz konusu olan caydırıcılık sonucunun elde edilmesi değil buyruğa eklenen yaptırımla caydırıcılığın hedeflenmiş olmasıdır.

Yaptırımın caydırıcı etkiyi sağlaması salt kötülük mahiyetinde oluşu ve insanın doğası gereği kötülükten kaçınmayı istemesi ile ilgilidir. Başka bir ifadeyle egemen insanın doğası gereği kendisine acı, üzüntü, sıkıntı veren şeylerden kaçınması gerçeğini dikkate alarak, buyruk formunda iletmiş olduğu istekleri ile tebaasının uyumlu davranmasını sağlamaya çalışmaktadır. Buradan çıkan sonuçlardan birisi de yaptırımların insanların iradesine göre değil de arzularına göre işlediği gerçeğidir. Normalde buyruğun emrettiği bir eylemi yapmayı arzulamayan ya da yasakladığı bir eylemi yapmayı arzulayan bir kişi, buyrukta öngörülmüş olan yaptırım tehdidini, buyruğa itaat etmemesi halinde maruz kalabileceği kötülüğü ve bunun sonucunda deneyimleyeceği acı ya da üzüntüyü kıyaslayarak buyruk gereğince eylemde bulunup hukuki yükümlülüğünü yerine getirir. Burada iradi bir seçimden ziyade arzulara göre işleyen bir zihinsel süreç söz konusudur[354]. O halde bir kişi hukukun yasakladıklarını arzuladığında ya da hukukun emrettiklerine karşı gönülsüzlük hissettiğinde dahi hukuki yükümlülüğünü yerine getirmişse yaptırım tehdidi ile öngörülmüş olan kötülüğe maruz kalmaktan kaçınması arzusuna galip gelmiş demektir[355].

---

[353] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 446.

[354] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, ss. 445-46.

[355] Austin hukuki yükümlülük ile arzuların çatışması halinde kişinin arzusuna göre değil iradesine göre eylemde bulunduğu, iradesi aracılığıyla arzularının üstesinden geldiği fikrini benimsemez. Arzu ve iradenin çatışması hakkında şunları ifade eder:
"Bunlarda ve benzer durumlarda, arzu ile irade arasında bir çatışma olduğunu varsaymak olağandışı değildir. Arzulamadığımız bir şeyi istediğimiz (will) için arzularımıza rağmen istediğimiz zannedilir. Gerçek şu ki, tutarsız arzular arasında bir çatışma olmasına rağmen, arzu ve irade arasında bir çatışma yoktur.
Yasanın emrettiği şeylerden sakınmak veya Yasanın yasakladıklarını yapmak istiyorum. Ama aynı zamanda Yasanın beni tehdit ettiği kötülükten de kaçınmak istiyorum. Ve bu kötülükten sakınma arzum, karşıt arzumdan daha kuvvetli olduğu için, Yasanın emrettiğini isterim veya Kanunun yasakladığından kaçınırım. Arzularıma karşı irad etmem veya kaçınmam, ancak daha zayıf bir arzuya göre irad etmek ya da kaçınmak yerine, daha güçlü bir arzuya göre irad eder veya kaçınırım." Bkz. Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 447.

Bir yaptırım aracılığıyla bir kişinin bir şeyi arzu etmemesi sağlanamaz, kişi örneğin ceza yasasında suç sayılan ve yaptırım olarak hapis cezası öngörülmüş bir eylemi yapmayı arzulamaya devam edecektir. Bununla birlikte eylemi yapmaktan kaçınmasının gerekçesi hapis cezasından kaçınma arzusu söz konusu eylemi gerçekleştirmeye yönelik arzusundan daha ağır basmasıdır. Bununla birlikte bir yaptırım aracılığıyla suç ya da zararlı olan bir eyleme yönelik duyulan arzu tamamen yok edilemese de zamanla yavaş yavaş azaltılabilir, etkinliği zayıflatılabilir. Yasanın suç ya da zararlı bir eylem için öngörmüş olduğu yaptırımdan kaçınma arzusunun söz konusu eylemi gerçekleştirmeye yönelik arzuya ağır basması, zamanla daha zayıf olan arzuyu söndürecektir. Yaptırımdan kaçınma hususundaki güçlü arzu yavaş yavaş nedene aktarılır. Suç ya da zararlı eylemi yapmaya yönelik arzu, bu eylemin yapılması nedeniyle maruz kalınacak kötülükten kaçınma arzusu tarafından etkisizleştirilir. İnsanlar bir zaman sonra yasaca suç ya da zararlı eylem olarak tarif edilen eylemi maruz kalacağı kötülüğün sebebi olarak görmeye başlar ve ondan artık hoşlanmaz. Böylece yasa olmasa hoşa gidecek eylemler nahoş, yapılması arzulanmayan eylemler arzulanır hale gelmiş olur[356].

Yaptırımların kötü arzuların söndürülmesindeki bu kademeli etkisinin Austin'in kuramı açısından önemli bir sonucu bulunmaktadır. Yaptırımların bu etkisi ile Austin'in kuramında egemenin gücünü temellendiren itaat alışkanlığı kavramı arasında bir ilişki kurulabilir. Austin yaptırımların bu etkisinin Hobbes tarafından *"alışılmış ceza korkusunun insanları adaletli kıldığı"* şeklinde ifade olunduğunu söyler ve bu etkinin bilinen bir şey olduğunu ifade eder[357]. Bu demektir ki insanlar zamanla yaptırım tehdidinden duydukları korku nedeniyle kötü eylemleri yapmayı daha az arzulayan insanlara dönüşeceklerdir. Yaptırımların insanların hukuka daha çok itaat eden bir birey olmasında zamana yayılan kademeli bir etkisi vardır. Burada ilk etapta hukukça emredilen bir eylemi yapmaktaki gönülsüzlük veya yasaklanan bir eylemi yapmaya yönelik bir arzu, maruz kalınacak bir kötülüğün sebebi olarak görülerek hukuka uygun eylemde bulunulmaktadır. Ancak zaman geçtikçe hukuka itaat edilmesi bir alışkanlık haline gelecek ve söz konusu hukuka aykırı eylem artık arzu edilmeyen bir eylem haline dönüşecektir. Artık insanların çoğu hukuka aykırı eylemleri yaptırım korkusu nedeniyle değil arzu edilmeyen türde eylemler olmadığı için, buna alıştıkları için yapmayacaklardır.

[356] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 449.
[357] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 449.

İtaat alışkanlığı ve yaptırım arasındaki ilişki o halde şöyle özetlenebilir: Bir hukuki yükümlülük ile bir arzunun çatışması halinde yaptırım doğrudan ve kısa bir süre içerisinde bu arzuyu ortadan kaldıramaz. Lakin zaman içerisinde yaptırıma maruz kalma korkusu söz konusu arzuyu söndürebilir. Hukuk tarafından tehdit olarak öngörülen kötülüklerden yani yaptırımlardan kaçınılması, çoğu zaman bu kötülüklerin başımıza gelmesinin nedeni olarak söz konusu arzuya hissedilmeksizin aktarılır. Böylece yaptırım korkusu, hukuka aykırı olandan nefrete dönüşür. Bu dönüşüm anından sonra insanlar hukuki yükümlülüklerini yaptırım korkusu nedeniyle değil, alışılmış yaptırım korkusunun zaman içinde yavaş yavaş oluşmasını sağladığı hukuka aykırı olandan kaçınmak vasıtasıyla yerine getireceklerdir[358]. Austin bu görüşleriyle insanların çoğunun nasıl *gönüllü* olarak hukuka itaat ettiğini, aslında yaptırım korkusun onlar için dikkate alınmadığını ortaya koymuş olmaktadır. Bununla birlikte Austin kurallara gönüllü olarak itaat eden insan profilinin oluşumunda yaptırımlara tek etmen olarak da görmez. Adaletin sağlayacağı faydadan ileri gelen adalet sevgisi ya da adaletsizliğe duyulan nefret de bu iyiliksever eğilimin oluşumuna katkı sağlar. Yaptırım korkusu ve adalet sevgisinin işbirliği ile zaman içerisinde kurallara gönüllü itaat eden insan profili oluşur. Austin amacının bu profilin nasıl oluştuğunu göstermek değil daha ziyade yaptırımların bu profilin oluşumundaki etkisini ortaya koymak olduğunu söyler. Amacı, yaptırım korkusuna dayanmayan hukuka uyma alışkanlığında yaptırımın etkisini gösterek, yaptırımın doğrudan etkilerinin yanısıra bu dolaylı etkisinin de olabileceğini göstermektir[359]. Kanaatimce itaat alışkanlığının oluşmasında yaptırımın rolüne dair yapmış olduğu bu analiz son derece önemlidir; bilhassa Austin'in yaptırım vurgusunun, kurallara gönüllü olarak itaat eden insanları dikkate almadığı eleştirisine, en sert tenkitçilerinden Hart'a cevap verilebilmesini sağlaması itibarıyla dikkate alınması gereklidir.

2.2.2. Yaptırım Türleri

Austin üç tür yaptırım olduğunu söyler: Tanrısal yaptırım, hukuki ya da siyasi yaptırım ve ahlaki yaptırım. Bunlardan ilk ikisinin yaptırım olarak adlandırılmasının doğru olduğunu düşünür. Ancak ahlaki yaptırımlar bir benzetme yapmak suretiyle yaptırım olarak isimlendirilmiştir ve bunların esasında yaptırım kavramıyla nitelendirilmeleri uygun değildir.

[358] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, ss. 449-50.
[359] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 450.

Austin bunların yanına fiziksel yaptırımı da ekleyen Bentham'ı kusurlu görmektedir. Austin'e göre Bentham'ın fiziksel yaptırım olarak ele aldığı durumlar, metaforik anlamda yasa örneklerinin sonucu olarak ortaya çıkan 'kötülük', 'acı' ya da 'istenmeyen durum' örnekleridir[360].

Austin'e göre Bentham fiziksel yaptırım ifadesiyle bir acıya maruz kalan kişinin bu neticeye kendi eylemleri nedeniyle katlanmak durumunda olduğunu anlatmak istemiştir. Bu bakış açısına göre örneğin bir kişi yakmış olduğu ateşi söndürmeyi unutsa ve daha sonrasında ateşin evini sarması neticesi evi yansa, ortaya çıkan zarar o kişinin ihmali davranışının fiziksel ya da doğal bir yaptırımı niteliğindedir. Ne var ki bu ihmali davranış bir günah olarak görülemez ve ortaya çıkan sonuç Tanrı eliyle icra edilmiş bir ceza, bir yaptırım olarak nitelendirilemez[361]. Oysa yaptırım bir ödevin ya da yükümlülüğün ihlal edilmesi ihtimaline yönelik olarak öngörülmüş bir kötülük niteliğindedir. Dolayısıyla bu örnekteki ihmali davranış neticesinde ortaya çıkan olumsuz neticenin, kötülüğün, acının yaptırım olarak nitelendirilmesi Austin'e göre kavramın kapsamını genişleten bir kafa karışıklığının eseridir.

Austin önce Bentham'ın niçin fiziksel yaptırımlar şeklinde bir yaptırım türü belirterek hataya düştüğünün sebebini izah etmeye çalışır. Austin'e göre fiziksel yaptırım olarak adlandırılanlar iki yönden yaptırımlara benzer. Birincisi, fiziksel yaptırımlar, Austin'in yaptırım türleri arasında belirlediği tanrısal, hukuki ve ahlaki yaptırımlarda olduğu gibi akıl sahibi varlıklar tarafından kendi eylemleri ya da ihmallerinin neticesi olarak ortaya çıkarlar. İkinci olarak fiziksel yaptırımlar tıpkı Austin'in belirlediği yaptırım türleri gibi henüz meydana gelmeden önce ya da meydana gelme olasılığı esnasında sonuçla ilgili akıl sahibi varlıkların iradelerini etkiler, kişiler kötülükten (fiziksel yaptırım) kaçınmayı sağlayacak şekilde eylemde bulunmaya teşvik edilirler[362].

Bu benzerliklere rağmen Austin fiziksel kötülükleri bir yaptırım türü olarak kabul etmenin yerinde olmadığını savunur. Zira fiziksel yaptırımlar akıl sahibi bir varlığın, yine taleplerine uymamasının bir sonucu olarak akıl sahibi bir varlığın ortaya çıkmasını sağladığı bir kötülüktür.

---

[360] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 137.
[361] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 137.
[362] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, ss. 137-38. Daha önce belirtildiği üzere Bentham zaten yaptırımları insanların eylemlerini yönlendirici birer güdü olarak tanımlamaktadır. Güdü ile yaptırımı eşitleyen Bentham'ın fiziksel yaptırımı da dinsel, ahlaki ya da hukuki yaptırım gibi bir yaptırım türü olarak görmesi kendi içerisinde tutarlı görülebilir.

Oysa fiziksel kötülükler akıl sahibi bir varlığın bir cezalandırması olarak görülemez. Ayrıca Austin'in kullanmış olduğu dar anlamıyla yaptırım, emredici nitelikte ve yasa olarak adlandırılması uygun olan yasalara uymamaktan kaynaklanan (hukuki yaptırım) ve kanaat tarafından yaratılan ve dayatılan (ahlaki yaptırım) kötülüklerin, diğer tür kötülüklerden ayırt edilmesini sağlar. Fiziksel kötülüğü de yaptırım kavramının kapsamına dâhil ederek kavramı genişletmek bu avantajın ortadan kalkmasına yol açacaktır. Şu halde yaptırım terimi bir kişinin iradi eylemi neticesinde maruz kalabileceği her türlü kötülüğü kapsayan bir kapsamda olacaktır. Bu Austin'e göre yerinde bir yaklaşım değildir ve bir hatadır[363].

2.2.2.1. Hukuki Yaptırımın Diğer Yaptırımlardan Ayırt Edilmesi

Yaptırımlar dini, ahlaki ve hukuki/siyasi yaptırımlar olarak tasnif edildikten sonra, sıra hukukbiliminin sahasında olan hukuki yaptırımların diğer yaptırım türlerinden ayırt edilmesine gelir. Austin'in yaptırım sınıflandırması esasında yasa türleri sınıflandırması ile paralellik gösterir. Nasıl ki Tanrı yasası ve hukuki yasa tam yasa niteliğinde, ahlaki yasa ise tam yasalara benzerliği nedeniyle yasa olarak adlandırılan yasa olarak nitelendirilmişti.

Yaptırım türü olarak da tanrısal yaptırım ve hukuki/siyasi yaptırım tam anlamıyla yaptırım olarak adlandırılmayı hak eden yaptırım türleridir. Hukuki yaptırım tanrısal yaptırımdan yaratıcısı yönüyle ayrılmaktadır. Hukuki yaptırımın yaratıcısı akıl sahibi bir varlık olarak bir insandır. Elbette burada söz konusu olan toplumu oluşturan diğer insanların kendisine alışkanlıkla itaat ettiği ve kendisinin başka bir kişiye karşı itaat alışkanlığı içinde olmadığı egemendir. Tanrısal yaptırım ise Tanrısal yasalara eklenen ve Tanrını n buyruklarına uyulmamasının neticesi olarak ya bu dünyada ya da öteki dünyada maruz kalınacak kötülük ve acıya işaret eder[364].

Ahlaki yaptırım ise bu yaptırım türlerine akıl sahibi varlıkların bir başkasının talebine uymaması halinde bir kötülüğe maruz kalmayı hak edecek olması yönünden benzerlik gösterir. Ahlaki yaptırım tam anlamı ile yaptırım kavramını karşılayamıyor olsa da dini ve hukuki yaptırıma giçlü bir benzerlik gösterir. Ne var ki ahlaki yaptırım belirli bir kişi tarafından değil kanaat tarafından dayatılmaktadır. Ahlaki yaptırımın yaratıcısı olan kanaat sahiplerinin istek ve

[363] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 138.
[364] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 51.

talepleri açıkça ifade olunmaz, istek ve taleplerinin yerine getirilmemesi halinde bir kötülüğün uygulanacağına dair biçimlendirilmiş bir iradeleri söz konusu değildir. Ahlaki yaptırımın tam anlamıyla yaptırım olarak adlandırılamamasının nedeni de bu eksikliğidir[365].

2.2.2.2. Diğer Yaptırımların Hukuki Yaptırıma Etkisi

Tanrısal yasalar ve ahlak yasalarının hukuki yasa ile örtüştüğü durumlarda ilk ikisince öngörülmüş olan yaptırımlar hukuki yaptırımların etkisini güçlendirebilir. Bu sonuç ahlaki ya da dini yasanın buyruğunun hukuki yasanın buyruğu ile örtüştüğü durumlarda ortaya çıkar. Aksi takdirde hukuki yasa, nihai kötülük niteliğinde yaptırımlarla desteklendiğinden çatışan yasalar birbirlerinin etkinliğini azaltabilecektir. Ancak örtüşme halinde hukuki yasaya eklenmiş olan yaptırımın yanında diğer yasaların yaptırımları da hukuki yasaya itaat edilmesine katkıda bulunacaklardır.

Bilgece hareket eden bir yasa koyucu pozitif yasa ile ahlaki ve dini yasa arasındaki bu ilişkinin farkında olarak yasalarını çıkarır. Bazı yasa koyucular ise kendi beğeni ya da nefretlerinin perdelemesiyle bilgece hareket etmeyerek, toplumda etkin olan ahlaki ve dini yasalarla çatışacak ve ne yaptırım öngörmüş olursa olsun etkisi bu diğer yasalar tarafından büyük oranda ya da tamamen kırılacak yasalar çıkarır. Hesaplamadıkları şey bazı ahlaki ya da dini yaptırımların ne kadar şiddetli kötülük de içerse hukuki yaptırımlara nazaran baskın gelebilmesi ihtimalidir. Benzer bilgece tavra pozitif yasa ile ahlak yasası ya da dini yasanın örtüştüğü durumlarda da gereksinim duyulacaktır. Bu ihtimalde de yasa koyucu dini ya da ahlaki yasanın sağladığı yaptırımın desteğini hesap ederek, çıkaracağı pozitif yasaya bu hesap doğrultusunda bir yaptırım tehdidi koyması faydalı olacaktır[366].

2.2.3. Hukuki Yaptırım Türleri

2.2.3.1. Medeni ve Cezai Yaptırım

Austin yaptırımları cezai-medeni ya da kamusal-özel yaptırımlar olarak iki gruba ayırır. Aslında birine karşı yapılmış bir hukuki yanlış ya da haksızlık söz konusu olunca yanlışlığı ya da haksızlığı yapan kişiye uygulanacak kötülük olan yaptırımların tümü birer ihlal olarak

[365] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 131.
[366] Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 140.

zararlıdırlar (mischievous). Ayrıca ister medeni ister cezai olsun tüm ihlaller ve bunlara yönelik olarak öngörülen yaptırımlar bir açıdan kamusal nitelik gösterir. Zira bu ihlallerin tamamı egemen ya da devlet tarafından doğrudan ya da dolaylı bir biçimde vaz edilmiş yasalara aykırılık durumlarıdır ve bu ihlaller için yaptırımlar da egemen ya da devlet tarafından belirlenmiştir[367].

Ancak medeni ve cezai yaptırımlar arasında bir ince ayrım da bulunmaktadır. Nisbi ödevlerin ihlali niteliğinde, nisbi haklara karşı gerçekleştirilen ihlal durumlarının bazılarında, zarar veren kişiye yaptırımın uygulanması zarar gören kişinin isteğine ya da takdirine bağlıdır. İhlalden doğrudan etkilenen kişi dilerse yaptırımın infaz edilmesini sağlayabilir, dilerse zarar verenin vermiş olduğu zarardan sorumluluğunu kaldıracak bir bağışlamada bulunabilir. Bu durumların tamamında yapılan ihlal ve karşılığında uygulanacak yaptırım, medeni ya da özel etiketiyle adlandırılır. Nisbi ödevlerin ihlali halinde zarar görene takdir yetkisi veren durumlar dışındaki diğer ihlal durumları ve mutlak ödevlerin ihlali durumlarında bunlara uygulanacak yaptırım egemen ve devletin takdirindedir; bu durumlarda uygulanan yaptırım cezai ya da kamusal olarak nitelendirilir[368].

Bununla birlikte nisbi ödev-mutlak ödev ayrımı üzerinden ifade olunan bu fark cezai ve medeni yaptırımların farklarının ortaya konması için yeterli olmaz. Çünkü bazı medeni zarar durumlarında zarar gören tarafa, zarar verenin ne aleyhine ne de lehine bir işlemde bulunma yetkisi tanınmaz. Örneğin bir bebeğe karşı gerçekleştirilmiş medeni zarar niteliğindeki bir ihlal için ne bebeğin dava açma veya zarar vereni bağışlama yetkisi söz konusu değildir. Dava ancak zarar verenin sorumluluğunu bağışlama yetkisi olmayan bebeğin vasisi tarafından açılabilir[369].

Kamusal zarar ve kamusal yaptırım durumlarının söz konusu olduğu ve genellikle ceza hukukunu ilgilendiren durumlarda ise dava açılması yetkisi egemen ya da devlete aittir. Ancak egemenin ya da devletin buradaki yetkisi keyfi bir yetki olmayıp hukuk sınırları içinde belirlenmiş bir yetkidir. Dolaysıyla bir monarşide hükümdarın keyfi bir emri aracılığıyla zarara uğrayanların zarardan doğan haklarından onları yoksun bırakması söz konusu olabilirse de bu hukuki çerçevede egemenlik yetkisinin kullanılması olarak nitelendirilemez. Bu tip keyfi

[367] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 501.
[368] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 501.
[369] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 502.

uygulamalara Austin devlet tarafından borçlulara verilen ve borçluyu alacaklının takibinden kurtaran koruma mektuplarını örnek olarak gösterir. Ona göre bu uygulama aptalca ve zararlı olmakla birlikte nadir de olmayan bir uygulamadır[370]. İyi bir hükümet asla bu tür yollara başvurmaz; örneğin buyurgan mizacına ve iktidar sevgisine rağmen Büyük Frederick kendi davranışlarını daima kendi koyduğu yasalara uyumlu kılardı[371]. Bir zarar neticesinde doğan bir haktan hak sahibinin faydalanmasına engel olan koruma mektupları gibi muaf tutucu işlemler keyfi uygulama niteliğinde olduğundan yasadışı olarak yaftalanır. Anayasa ile Krala suçluları bağışlama hakkı tanınmış olsa bile bu onun zarar gören tarafı medeni dava açma hakından mahrum bırakarak yasayı göz ardı etmesi yetkisi sağlamaz[372].

Austin'in cezai yaptırımlardan kastının ceza hukuku yaptırımları olduğu açıktır. Ancak Austin her ne kadar yaptırımların büyük kısmını cezai nitelikte olduğunu düşünse de özel hukuk yaptırımlarının varlığının da farkındadır. Cezanın yanı sıra haksız fiilden doğan tazminat, hükümsüzlük, eserlerinde örnekleri üzerinde durduğu yaptırım türlerindendir. Hükümsüzlük hakkında ayrı bir başlıkta görüşlerini dile getiren Austin, bazı yasaların hükümsüzlükle yaptırımlandırıldığını ifade eder. Yasama organı bazen bir yasa ile bir hakkın doğmasını belirli bir şarta bağlı kılabilir. Şartın yerine getirilmemesi halinde kişinin yapacağı işlemin herhangi bir geçerliliği olmayacaktır. Şartın yerine getirilmemiş olduğu bazen mahkemeler tarafından doğrudan tespit edilirken bazen yargılama esnasından taraflardan birinin ileri sürmesi ile tespit edilebilir. İlk durum geçersizlik ikincisi ise iptal edilebilirlik olarak adlandırılır ki bu ayrım İngiliz hukukuna Roma hukukundan gelmiştir. Roma hukukunda geçersizlik "*null ipso jure*" (yasa marifetiyle geçersizlik), iptal edilebilirlik ise "*ope exceptionis*" (def'i itirazı) olarak adlandırılmıştır[373].

2.2.3.2. Yaptırımın Amacı Bakımından Yaptırım Türleri

Austin yasaya aykırılık şeklinde ortaya çıkan zararın, medeni ya da cezai olduğu tespitini yaptıktan sonra zararın cezaya tabi bir suç olduğu durumlarda yaptırımın amacının gelecekteki zararların önlenmesi olduğunu söyler. Zarar veren kişiye yaptırım olarak uygulanan kötülük,

[370] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 502.
[371] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, ss. 502-3.
[372] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 503.
[373] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, ss. 505-6.

onu cezalandırmak için ya da uyarı ve ibret alınması amacını taşır. Başka bir deyişle cezai yaptırımın amacı, diğerlerinin yasaya uymalarını sağlamak, caydırıcılıktır. Oysa zararın medeni olduğu durumlarda, yaptırımın amacı zarar gören tarafın zararının tazmin edilmesidir[374].

Hukuk, cezai yaptırımlar bir yandan faili cezalandırırken diğer yandan bu suçu işleme potansiyeli olan kişileri suça karşı öngördüğü yaptırımların beyhude ve içi boş olmadığını göstermiş olur. Böylece cezalandırılan fail topluma ibret de olmaktadır. Bu işlevi yerine getiremeyen bir cezanın caydırıcılık sonucunu sağlayamayacağı söylenebilir[375].

Medeni zarar durumlarında öngörülen yaptırımın yakın amacının zarar görenin zararının tazmin edilmesi olduğu ifade olunmuştu. Bununla birlikte medeni yaptırımın uzak ve daha önemli amacı genel olarak ihlallerin önlenmesidir. Örneğin bir kişinin diğerinin bir malına zarar verdiği durumda bu zararın tazmin edilmesi yasada öngörülmüş yaptırımla sağlanır; ancak tazminat ödeme yükümlülüğü, zararın telafi edilmesi gerekliliği benzer zararların tekrar edilmesini önleme eğilimi de taşır. Malına zarar verilen taraf dava açtığında yapılan yargılamanın doğrudan etkisi zarar gören tarafın uğradığı zararının karşılanması, davalının bu zararı tazmin etme yükümlülüğü altına girmesidir. Ancak bu yargılama ikaz işlevi de görmektedir. Zira mala zarar veren kişi verdiği zarar neticesinde elde ettiği her türlü menfaatten mahrum bırıkılır ve dava masrafları ve diğer külfetleri üstlenmek durumunda kalır. O halde medeni yaptırımın iki amacı vardır: yakın amaç zararın tazminidir, bu yakın amacın yerine getirilmesi uzak ve en önemli amaç olan ikinci amacın caydırıcılığın da gerçekleşmesini sağlayacaktır[376].

Bu açıklamalar ışığında cezai yaptırımın yegâne amacının caydırıcılık olduğu, medeni yaptırımın ise zararın tazmini ve caydırıcılık şeklinde birbiriyle irtibatlı iki amacının olduğu söylenebilir. O yüzden cezai yaptırım ve medeni yaptırımları amaçları açısından birbirinden ayırt etmeye çalışmak pek bir anlam ifade etmeyecektir. Öyle ki bazı medeni davalar aynı zamanda cezai bir davayı da içerir. Örneğin hırsızlık kamusal değil özel bir hakkın ihlal edilmesidir. Ancak hırsızlık yapan hem malını aldığı kişinin malını iade etmek ya da zararını

[374] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 503.
[375] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 503.
[376] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 504.

başkaca şekilde karşılama yükümlülüğü altındadır hem de hapis ya da başka bir cezai yaptırıma çarptırılacaktır. Burada yaptırımın caydırıcılık amacını taşıdığı açıktır[377].

2.2.4. Yaptırım Unsurunu İçermediği Halde Hukuk Biliminin Kapsamına Dâhil Edilmesi Gereken Yasalar

Austin hukuku emredici nitelikte yasalar olarak betimleyen bir hukuk tablosu sunarken bu durumun belirli istisnaları olduğunu da ekler. Ona göre bazı emredici nitelikte olmayan yasaların hukuk bilimi sahasına dâhil edilmesi gerekmektedir. Austin bunları sırasıyla açıklar.

Bunlardan ilki tanımlayıcı veya yorumlayıcı nitelikteki açıklayıcı yasalardır. Bu yasalar insanların ödevlerinde ya da yükümlülüklerinde herhangi bir değişikliğe yol açmazlar, ödevlerin ne olduğunu bildirirler. Bir buyruk niteliğinde olmadıkları için her ne kadar yasa olarak isimlendirilmeleri uygun olmasa da, pozitif hukukla oldukça yakın bir ilişkileri olduklarından hukuk bilimi alanı içinde kabul edilmeleri gerekir. Esasında bu tip yasalar etkisi bakımından emredici bir rol de üstlenirler, betimleme görünümünde yeni bir yasa olarak karşımıza çıkarlar[378].

Emredici nitelikte olmayan ve hukuk biliminin kapsamında olan ikinci yasa türü yürürlükten kaldırıcı ya da mevcut ödevleri ortadan kaldıran yasalardır. Mevcut bir ödevin ortadan kaldırılması bir buyruk değil, bir buyruğun iptal olunmasıdır. Bu yasalar izin veren yasalar olarak da anılabilir. Bu yasaların aslında dolaylı olarak emredicilik nitleiğini haiz olduğu düşünülebilir. Bir kişinin ödevinin iptal edilmesi ona bir serbestlik tanınması anlamına gelir ve böylece söz konusu kişi daha önce ödevle sınırlanmış olan eylemi gerçekleştirebilme hakkına sahip olmuş olur. Bu durum hakkın gereğince davranma ödevini doğuruyor olarak kabul edilebilir[379].

---

[377] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 505.
[378] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, ss. 45-46.
[379] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 46. Austin'in izin verici yasaları bu şekilde emredici nitelikli olarak gösteren yorumu doğru anlaşılmalıdır. Austin hak kavramını ödevi ima eder şekilde ters yüz etmesi hak sahibinin hakkının gereğince hareket etmek gibi bir yükümlülüğü olduğu anlamına gelmese gerektir. Hak sahibi dilerse hakkının kullanır dilerse de kullanmaz. Ancak ifadelerini izin verici yasalar neticesinde hak sahibi olan kişinin hakkının gereğine diğer kişilerin saygı göstermesi yükümlülüğünden bahsettiği şeklinde yorumlayabilirsek ifadesi makul hale gelecektir.

Üçüncü yasa türü ise eksik yasalar ya da eksik yükümlülük yasalarıdır. Terimin Roma hukukçularının kullandığı biçimde anlamı yaptırımla desteklenmediği için bağlayıcı olmamasıdır. Bir eylemi suç olarak tanımlayıp, bu suçu işleyenler için herhangi bir ceza öngörmeyen bir yasa bir eksik yasa örneği olarak gösterilebilir. Roma hukukunda bu şekilde tarif edilmiş olan eksik yasa örneklerinin, kendi hukuk sisteminde, İngiliz hukukunda örneğinin bulunmadığını ileri sürer. Zira İngiliz hukukunda belli bir yaptırıma bağlanmamış olan yasalar mahkemeler tarafından geçmişten beri davalarda hâkim olan ilkeler doğrultusunda yaptırımlandırılır[380]. Burada yasa koyucunun bırakmış olduğu boşluğun mahkemelerce doldurulması örneği söz konusudur. Ödevin davranışı düzenleyici kısmı yasa koyucu organ tarafından çıkarılırken, yaptırım kısmı yargı organları eliyle oluşturulmaktadır[381].

Austin her ne kadar bu yasa türlerinin de hukuk biliminin kapsamı dâhilinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiş olsa da hukuka karakterini verenin yine de emredici yasalar olduğunu savunur. İstisna niteliğindeki bu tam olmayan yasalar hukuk biliminde oldukça az bir yeri işgal eder ve tam yasalara nazaran önemsizdir. Austin bu nedenle yasa terimi ile kastının çoğu durumda emredici yasalar olduğunu, bu istisnai yasalardan bahsedecek olursa bunu ayrıca belirteceğini ifade eder[382]. Bu açıklama aslında Austin niçin hukuku emredici kurallar bütünü olarak değerlendirmektedir sorusuna da bir cevap niteliğindedir.

2.2.5. Hukuk Biliminin Kapsamında Yer Alan Pozitif Ahlak Kuralları

Austin pozitif ahlak kurallarının pozitif yasaya en çok benzeyen kural türü olduğunu, bu nedenle dini ya da metaforik yasalara kıyasla pozitif yasalarla karıştırılma tehlikesi en fazla olan yasa türü olduğunu düşünmektedir. Pozitif ahlak kuralları beşeri kaynaklı oluşu ve davranışlara yöne verme amacı taşıyan normatif bir karakter taşımaları itibarıyla pozitif hukuk kuralları ile benzerlik gösterir. Bununla birlikte pozitif yasadan farklı olarak pozitif ahlak

[380] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 46.
[381] Bu yorum açıkçası Austin'in hukuk kuramı için problemli özellikler teşkil etmektedir. Bir kere Austin Bentham gibi yasayı beyan edici kısım ve ikaz edici kısım gibi iki ana unsura ayırarak analiz etmemiştir. Bu yorumu Bentham yapmış olsa onun kuramı açısında kabul edilebilir bir yorum olarak değerlendirmek mümkün olabilirdi. Austin ise bir tam yasanın analizini bu şekilde yapmamıştır. Israrla vurguladığı şey yaptırımla desteklenmiş bir talimatın tam anlamıyla yasa olarak adlandırılmasının yerinde olmadığıdır. Başka bir ifadeyle yaptırım yasaya geçerliliğini veren unsurlardandır. Yasanın beyan edici kısmı ve yaptırım kısmı şeklinde iki parçadan oluştuğuna dair en azından Bentham'a bir atfı söz konusu olmuş olsaydı bu yorumu kendi kuramı açısından tutarlı bir biçimde değerlendirilebilirdi.
[382] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 50.

belirsiz bir insan grubu tarafından ya da toplumun genel kanaati tarafından yaratılır ve yaptırımı hukuki değil ahlaki niteliktedir. Oysa pozitif yasanın vaz edeni egemen ve yetkili kıldığı astları ve yaptırımı ise hukuki niteliktedir. Bu özellikleri itibarıyla pozitif ahlak pozitif hukuktan ayırt edilebilmektedir[383].

Austin hukuk biliminin alanını egemenin buyruğu niteliğinde yaptırım tehdidi ile desteklenen kurallarla, pozitif hukukla sınırlandırmak ister. Bununla birlikte bazı pozitif ahlak kuralları yasa olarak adlandırılması uygun olan pozitif yasalara yakın bir benzerlik gösterirler ve bu nedenle pozitif yasa olmamalarına rağmen hukuk biliminin inceleme kapsamında yer alırlar. Bu pozitif ahlak kuralları genellikle anayasa hukuku ve uluslararası hukuk alanına dair kurallardır. Aşağıdaki alt başlıklarda sırasıyla bu alanlara dair Austin'in görüşleri ele alınacaktır.

2.2.5.1. Anayasa Hukuku

Austin, bir monark olarak tek kişiden oluşan ya da belirli sayıda kişiden oluşan egemenlik erki üzerinde hukuki bir sınırlama getirilemeceğini düşünür. Zira her hangi bir hukuki yükümlülük ya da ödevle bağlı kılınmış bir egemen, esasında kendisini bu yükümlülük ya da ödevle bağlı kılan daha üst bir merciye tabii konumdadır ki bu haliyle onun egemen olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır[384]. Hatırlanacak olursa egemen tebaa tarafından kendisine alışkanlıkla itaat edilen ve kendisi kimseye itaat alışkanlığı geliştirmemiş olan bir organdır; dolayısıyla egemenin sınırlanması terimin tanımı açısından bir çelişki oluşturacaktır.

Bu yönüyle Austin'in kuramı modern anayasal demokrasileri öngöremeyen bir kuram ortaya koymuştur. Onun egemeni hukuken sınırlanamaz nitelikte olduğundan anayasa kuralları egemenin gücünü nereden aldığını izah eden ve egemene yönelik ancak ahlaki yükümlülüklerden ibaret olarak görülebilecek bazı ilkelerden oluşmaktadır. Anayasa kuralları hukuki bir yaptırım içermediği için de pozitif hukuk olarak adlandırılamayacak bir alana, pozitif ahlaka dâhil olan kurallar içermektedir. Ona göre egemeni zorlama işlevine sahip bir yasanın otoritesi analiz edilecek olunursa, bu yasanın egemenin nasıl eylemde bulunacağına dair yol gösteren bir ilke olarak yalnızca metafor niteliğinde olduğu görülür. Bu yasa gereğince eylemde bulunup bulunmamak tamamen egemenin ihtiyarındadır ve onu gerçek anlamda sınırlanması

[383] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 111.
[384] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 171.

söz konusu değildir. Bu yasa, "*yasayı yapanın hatırasına saygı duyanların veya bu yasanın ilkesini (haklı veya haksız) beğenenlerin düşüncesinde, en fazla bir pozitif ahlak kuralından ibarettir*.[385]"

Anayasal kuralların hukuki yaptırımla desteklenmemesinin bir sonucu da egemenin anayasa kurallarını ihlal etmesine yapılacak nitelemede ortaya çıkar. Egemen bir buyruğu aracılığıyla yerleşik anayasa kurallarına aykırı bir düzenleme yapacak olursa bu düzenleme anayasaya aykırı olmakla birlikte yasaya aykırı, illegal olarak nitelendirilemez[386]. Bu durum Austin'in örneğiyle açıklıkla ortaya konabilir:

> "…Kardinal Richelieu'nun bakanlığından Büyük Devrime kadar olan zaman diliminde Kral, Fransa'da fiilen egemendi. Ancak aynı ülkede ve aynı dönemde, ülkenin yüksek mahkemelerinin çok değer verdiği ve halkın çoğunluğunun gönlünde yerleşmiş bir ilke vardı ve buna göre tahta geçişin Salic Yasası adı verilen veraset yasası uyarınca yapılması öngörülüyordu. Yani kral konumundaki kişi bir kraliyet emri veya yasasıyla tahtı tek çocuğu olan kızına bırakmaya karar verse, söz konusu kraliyet emri veya yasası tam bir uygunlukla anayasaya aykırı olarak ifade edilirdi. Ancak buna kimse yasa dışı olarak adlandıramazdı: çünkü fiili olarak kral egemen olduğu sürece, kaçınılmaz olarak her türlü yasal yükümlülükten bağımsızdı.[387]"

Austin bu örnekte pozitif hukukun kaynağı olarak gördüğü egemen olarak kral ile anayasa kuralı olarak tanımladığı hükümdarlığın devir usulünü düzenleyen Salic yasasının çatışması durumunu ele alır ve anayasaya aykırılık ile yasadışılığın farkını izah etmeye çalışır. Egemenin düzenlemesinin anayasaya aykırı oluşu onun hukukiliğini ortadan kaldırmaz, anayasa kurallarının yasalar üzerinde hiyerarşik bir üstünlüğü yoktur, bu nedenle pozitif hukuk değil pozitif ahlak olarak adlandırılmalıdırlar. Bu noktada Austin için hukuk dışı ve yasa dışı aynı anlama gelmektedir. Austin anayasal bir devlet modeli öngörmediğinden çağdaş hukuk kuramlarında geçen hukukilik-yasallık ayrımı kuramında yer almaz.

---

[385] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 172.

[386] Austin, anayasaya aykırılık ifadesinin iki anlama gelebileceğini ifade eder. Anayasaya aykırılığın genel bir anlamdaki ilk türü, egemenin kendisinin benimsemiş olduğu anayasal ilkeleri, yapmış olduğu bir yasa ile ihlal etmesidir ki bu düzenlemenin anayasal olmadığı anlamına gelir. Örneğin egemenin mahkeme kararı olmaksızın bir sanığı vatan hainliği ile suçlaması ve cezalandırması anayasal değildir ama yine de yasadışı olarak nitelendirilemez. Zira yasakoyucu egemendir ve her buyruğu yasa niteliğindedir. Anayasaya aykırılığın daha özel ve belirgin anlamda olan ikinci türü ise anayasa hukuku ile çatışan egemen düzenlemeleri için kullanılır. Bkz. Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, ss. 173-74.

[387] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 175.

Austin egemenin hukuki sınırlamalardan muaf olduğunu ileri sürerken, egemeni oluşturan kişilerin hukuk karşısında bütünüyle dokunulmaz olduğunu kastetmemektedir. Egemenliği üstlenen kişileri bir bütün olarak düşünüldüğünde ya da kurumsal karakterleri dikkate alındıklarında hukuki sınırlamalara tabii değildirler; ancak bunlar birer birey olarak ele alındıklarında parçasını teşkil ettikleri egemene karşı hukuken sorumludurlar. Başka bir ifadeyle egemen organ hukuken sorumsuz olmakla birlikte organı oluşturan üyelerin hukuki sorumluluğu bulunmaktadır. Örneğin egemenin bir organı tarafından üyelerine yönelik olarak düzenlenmiş ve yaptırımla desteklenmiş bir yasa açıktır ki bir pozitif hukuk kuralıdır. Bu yasanın ihlal edilmesi halinde yasanın devlet teşekkülüne karşılık gelen kısmıyla ilgili ihlal anayasaya aykırılık, yasanın hukuki usulünün uygulanmasına dair aykırılık yasaya aykırılık olarak nitelendirilebilecektir[388].

Egemeni oluşturan üyelerle ilgili analizine kendi ülkesindeki meşruti monarşik aristokratik devlet yapısı örneğini analiz ederek sürdürür. Ona göre İngiltere'de egemen parlamentodur, parlamentonun bir üyesi olan kral hukuki ve siyasi yükümlülüklerden tamamen muaftır. Hatta kralın hata yapma kabiliyetinin olmaması İngiliz hukukunda benimsenmiş bir ilkedir. Bununla birlikte bu ifade kralın kendisinin de bir üyesi olduğu egemene tabii olmadığı anlamına gelmez. Başka bir ifadeyle kral da parlamentoya tabidir. Bunun bir takım sonuçları olacaktır. İlk olarak kralın pozitif hukuk karşısında muaf oluşu, aslında hukuki yükümlülüğü olmadığı anlamına gelmez. Kendisinin de üyesi olduğu parlemonto kral hakkında yükümlülük tesis eden bir yasa çıkarabilir. İkinci olarak kralın anayasa ile belirlenen yetkisini aşan bir buyruğuna karşı tebaa tarafından itaatsizlik gösterilmesi yasa dışı addedilemeyecek; dahası kralın anayasaya aykırı buyruğu yerine getiren görevliler, bu anayasaya aykırı eylemlerinden ötürü hukuken sorumlu olacaklardır. Üçüncü olarak kralın egemen organ olan parlamentonun yaptığı yasalara uyma alışkanlığını geliştirmesi bir gerekliliktir; aksi takdirde daha itaatkâr bir halefe yerini bırakması gerekir. Kralın itaatsizlikte direnmesi ya da itaatsizliği bir alışkanlık haline getirmesi halinde yerinden edilmesi için pozitif hukukta, hatta pozitif ahlakta (anayasa hukuku) dahi yer almayan tedbirlere başvurulması söz konusu olacaktır[389]. Austin'in kralın anayasal yetkilerini aşmasının pratikte meydana gelmesi olası sonuçlarını bu şekilde ortaya koyması, kralın hukuken ve siyaseten muaf oluşunun egemene tabii olmadığı sonucunun çıkarılmamasını sağlamak için

[388] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, ss. 176-77.
[389] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, ss. 178-79.

sunulduğu görülmektedir. Amacı kral ile egemeni birbirinden ayırt ederek mutlak anlamda hâkimiyetin sahibinin egemen organ olduğunu göstermektir. Kral bir yönüyle egemeni oluşturan üyelerden biri iken bir yönüyle ona tabii olan bir bireydir. Ne var ki kralın anayasayı ihlalleri karşısında hukuki bir koruma da öngörmemiştir, bu ihlaller belirsiz bir şekilde engellenecektir. Benzer bir durum parlamento üyelerini seçen seçmenler ile onların parlamentodaki temsilcileri arasındaki ilişkide de mevzubahistir. Austin egemen niteliğinde gördüğü parlamento üyelerini seçen seçmenlere yönelik olarak temsilcilerin yükümlülüklerinin ancak pozitif ahlak tarafından belirlenebileceğini düşünür[390]. Daha açık bir söyleyişle temsilcilere seçmenlerine yönelik yükümlülükler getirebilmenin tek yolu seçmenlerin anayasal bir uzlaşım gibi daha üstün bir yasama organının parçaları olarak kabul edilmeleri halinde mümkün olabilecektir[391]. Yine bu yükümlülük de hukuki bir yaptırımla desteklenmediği için ahlaki bir yükümlülük niteliğindedir.

Austin devletin yetkili mercileri tarafından çıkarılan yasalarla devletin esaslarını belirleyen yasaların birbirinden farklı olduğunun idrakindeydi. İlki pozitif hukuk, ikincisi egemenin buyruğu olmadığı ve hukuki yaptırımlarla desteklenmediği için pozitif ahlak olan anayasa hukukuydu. Bu ayrımı ortaya koyduktan sonra Austin'in asıl odağında olan egemenin (kral ve parlamentonun) sınırsız gücünü ortaya koymak olduğundan devletin temel esaslarını belirleyen anayasa hukuku hakkında pek de gelişmiş sayılamayacak görüşler sunmuştu. Austin'in anayasa hukuku farklı anayasaların var olduğu çeşitli toplumlarda hukuk sisteminin temelini oluşturan toplumsal kural ya da alışkanlık ile söz konusu devletin yasama organı tarafından çıkarılan yasalar arasında başka bir katmanın daha olduğunu fark edemedi[392].

Austin'in kuramında hukuku, devleti nihai olarak tanımlayan şey egemenin isteklerini cebri yasalar vasıtasıyla uygulayabilmesiydi ve bu yönüyle kuramı devletin şiddet tekelini meşru gören Weber'le benzerlik gösteriyordu. Bu nedenle Austin devletin temelini oluşturan kuralları, devlet görevlilerinin yetkilerini nereden aldığı kuralların hukuki niteliğini incelemek yerine devlet tarafından oluşturulan hukuku tanımlama çalışmıştır. Hart tarafından ortaya konulmuş herhangi bir yaptırım söz konusu olmaksızın halkın egemenin otoritesini kendilerine rehberlik etmesi amacıyla benimsediği ve yasalara gönüllü olarak itaat ettikleri bir toplumun da tasavvur

[390] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 160.
[391] Lobban, "John Austin", ss. 236, dipnot 50.
[392] Lobban, "John Austin", s. 237.

edilebileceği fikri Austin tarafından kabul edilebilecek bir görüş değildi. Austin'in Hart'ın bu betimlemeye ilişkin görüşü muhtemelen buyuran bir egemenin bulunmadığı ve dolayısıyla buyruk niteliğinde yasalardan yoksun anarşist bir yapı şeklinde olurdu[393].

2.2.5.2. Uluslararası Hukuk

Uluslararası hukuk kuralları, egemenin buyruğu niteliğinde değildirler ve hukuki yaptırımlarla desteklenmezler. Bu nedenle pozitif hukukun değil pozitif ahlakın kapsamındadır[394]. Austin uluslararası hukuku, pozitif ahlakın bilimsel ve sistematik biçimde ele alınan yegâne dalı olarak görmektedir:

> "Pozitif ahlak, iyiliği veya kötülüğü dikkate alınmaksızın, hukuk bilimine benzer bir bilimin konusu olabilirdi. "Olabilirdi" diyorum, çünkü bu şekilde anlaşılan pozitif ahlak, yazarlar tarafından, sadece onun bir branşında (yani ulusların hukuku veya uluslararası hukuk) bilimsel veya sistematik bir tarzda konu edildi. [395]"

Bilimsel olarak incelenen yegâne pozitif ahlak dalı olan uluslarası hukuk Austin tarafından *"uluslar arasında kabul görmüş kanaatler tarafından uluslara veya egemenlere dayatılan bu türden yasalar veya kurallar"* şeklinde tanımlanmıştır[396]. Bu kurallara dair yapılan incelemeler her ne kadar bilimsel nitelikli de olsa yukarıda ifade olunan hukukun kaynağı ve yaptırımın türü testlerini geçemediği için pozitif hukuk dışında kalmaktadır. Austin'in uluslararası hukuku hukuk biliminin inceleme sahasında kabul etmesine rağmen pozitif hukuktan ayrı olarak incelemesinin nedeni, uluslararası hukuk kurallarının, egemen tarafından çıkarılan ulusal nitelikli kurallardan farklı bir norm türü olduğunu göstermeyi amaçlamasıydı. Daha önce de belirtildiği üzere uluslarası hukuk kurallarının temel farkı elinde hukuki yaptırım silahını bulundurmuyor oluşuydu. Bu nedenle Austin uluslararası hukuk için "*uluslararası pozitif ahlak*" bilimi ibaresinin kullanılmasını yerinde görüyordu[397].

---

[393] Lobban, "John Austin", ss. 237-38.
[394] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 28.
[395] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 108.
[396] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 114.
[397] *"Söz konusu bilimin uluslararası hukukla ilgili bölümü, ünlü yazar Von Martens tarafından fiilen "positives öder practisches Volkerrecht", yani "uluslararası pozitif hukuk" veya "uluslararası pratik hukuk" olarak ifade edildi. Eğer bilime "uluslararası pozitif ahlak" bilimi demiş olsaydı, bu ad anlamı tam bir doğrulukla karşılamış olacaktı."* Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 108.

2.3. Austin'in Yaptırım Anlayışına Yönelik Eleştiriler

Austin'in hukuka dair buyruk kuramına çok sayıda eleştiri yapılmıştır. Austin'in kuramını özellikle yaptırım kavramını ele alışı üzerinden eleştiren Collin Tapper'in nüktedan söyleyişiyle Austin'in kuramına "*öyle nişan alınmıştır ki artık hedeften daha fazla delik var.*[398]" Bununla birlikte Austin'in kuramının etkisini bütünüyle yitirdiği iddiası da doğru değildir. Her ne kadar Austin'in kuramı çokça eleştirinin odağında yer almışsa da, yapılan eleştirilerin kuramın savlarını bütünüyle çürüttüğü söylenemez. Austin'in kuramı yapılan onca eleştiriye rağmen modern hukuk kuramlarına etkisinin olduğu özellikleri halen taşımaktadır[399].

Austin eleştirileri Hart öncesi ve sonrası şeklinde ikiye ayrılsa yeridir. Hart'tan önce de Austin'in kuramı ciddi eleştirilere konu olmuşsa da Hart'ın eleştirileri hem sistemli olması hem de kendi kuramına bir temel oluşturacak şekilde belirleyici olması yönüyle önceki eleştirilerden farklılaşmaktadır[400]. Hart'ın kuramının hukuki pozitivizmde önemli bir dönüm noktası olması da hesaba katılırsa Hart kendisinden sonra gelen Austin eleştirilerini de ciddi anlamda yönlendirdiği söylenebilir. Austin hakkında yaygın ve biraz da karikatürize edilmiş kanaatin en önemli müsebbibi olarak Hart'ın gösterilmesi mümkündür.

Austin'in kuramına yönelik eleştiriler çeşitli alt başlıklara ayrılarak sınıflandırılabilir. Kimi eleştirmenler Austin'in egemenlik kavramını hukukun yegâne kaynağı olarak ele alışını[401], kimisi hukuk kurallarını salt ödev/yükümlülülük yükleyen kurallara indiregemesini, kimisi hukuku yaptırımla desteklenen buyruklardan ibaret görüp uluslararası hukuk ve anayasa hukuku gibi alanları pozitif hukukun dışında konumlandırması nedeniyle eleştirmiştir. Bu çalışmada odak noktası bir hukuk kuramında ya da bir hukuk sisteminde yaptırımların konumunu belirlemek, yaptırımların ne gibi roller üstlendiğini belirlemek olduğu için, Austin'in hukuk kuramının yaptırım kavramı ile ilgili savlarına yönelik eleştirileri analiz etmekle yetinilecektir.

[398] Colin Tapper, "Austin on Sanctions", *The Cambridge Law Journal*, C. 23, S. 2 (1965), s. 271.
[399] Engin Arıkan, "John Austin'in Hukuki Pozitivizmdeki Yeri ve Yarattığı Tartışmalar", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 189-190 (2020), s. 550.
[400] Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı*, s. 34.
[401] Lobban, "John Austin", ss. 237-38.

2.3.1. Silahlı Soyguncu Örneği ve Hukuk Mukayesesi

Austin'in hukuk kuramı yaptırımı merkeze alması ve kendisine yaptırım iliştirilmemiş istek ifadelerinin buyruk niteliğinde olmayacağından bunları pozitif hukuk sınırlarında görmemesine istinaden hukuki buyrukları bir silahlı soyguncunun tehditlerinden ayırt edemediği iddiasıyla eleştirilmiştir[402]. Hart, Austin'in kuramını hukuku basitçe zorlamaya ya da egemene tabiiyete indirgediği eleştirisine cevap olarak silahlı soyguncu durumu ile Austin'in tehditle desteklenen buyrukları arasında karşılaştırma yapar. "Ya paran ya da canın" diyerek elinde bulunduğu silahla tehditte bulunan bir silahlı soyguncunun bu ifadesi ilk bakışta Austin'in buyruk açıklamasının gerekliliklerini karşılıyormuş gibi görünür. Silahlı soyguncu muhatabına bir isteğini yöneltmiştir ve bu isteğini yerine getirmemesi halinde onu öldüreceği tehdidinde bulunmaktadır. Austin hukuku egemenin tehditle desteklenen buyrukları olarak gördüğüne göre silahlı soyguncunun muhatabından parasını vermesi aksi takdirde silahıyla onu öldüreceğini ifade etmesi bu tanımla uyum göstermekte midir? Silahlı soyguncunun isteğini bir kötülük yapma tehdidiyle destekliyor oluşu soruya olumlu bir yanıt vermeye meylettirir. Zira soyguncu ve muhatabı arasında tehditle desteklenmiş bir emir aracılığıyla zorlayıcı bir ilişki söz konusudur[403].

Silahlı soyguncu ve Austinci hukuk tanımı arasındaki benzerlik ilk etapta dikkati çekmekle birlikte aralarında farklar da bulunmaktadır. Aralarındaki farkların ortaya koyulması ile bir hukuk sisteminin salt zorlayıcı nitelikte emirlere indirgenemeyeceği açıklığa kavuşur. İlk olarak soyguncu ve muhatabı arasında dolaysız ve derhal gerçekleşen 'yakın' bir ilişki söz konusudur; oysa hukuki buyruklar çoğunlukla böyle bir özellik arz etmez. Hukuki sahada buyuran ve buyurulan arasında böylesine yakın bir ilişki örnekleri bulunmakla birlikte, bunlar gerekli sayıda resmi görevlinin var olmasının mümkün olmamasından ötürü hukukun işleyişinin standart yolu olamaz. Hukuk kuralları ya da hukukun buyrukları genel bir davranış türünü belirtir ve genel bir insan sınıfına uygulanır. Dolayısıyla basit silahlı adam modelinin hukuka benzetilebilmesi için ona eklenmesi gereken ilk özellik kuralların genel nitelikte oluşudur[404].

---

[402] Hart, *The Concept of Law*, s. 7,19-24,82-85. Ayrıca bkz. Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap 2018, ss. 42-43.
[403] Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı*, s. 35.
[404] Hart, *The Concept of Law*, s. 21.

İkinci olarak soyguncu muhatabına arzusunu seslenerek ulaştırmaktadır, etkinleştirmektedir; oysa hukuki buyruklar muhataplarına bu şekilde ulaştırılmamış olmaları halinde dahi geçerlidirler. Elbette davranışları yasalarla düzenlenen insanlar açısından yasanın ilan edilmiş olması önemlidir ve çoğu hukuk sistemi yasama faaliyetlerinin yasa hüviyetini kazanmasından sonra ilan sürecini ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Bununla birlikte bir yasa usulüne uygun alarak kabul edildikten sonra henüz ilan edilmemiş olsa bile geçerli bir yasadır Burada emrin emreden tarafından emrolunana "yöneltilmesi" ile bir hukuk kuralının ilan edilmesi arasındaki fark ortaya çıkar. Bir istek, karşı tarafa yöneltilmedikçe buyruk ya da emir niteliğini kazanamayacaktır, başka bir ifadeyle muhataba yöneltilmiş olma buyruk açısından bir varlık koşuludur, oysa yasa veya kanun açısından ilan bir varlık, geçerlilik koşulu değildir[405].

Üçüncü olarak silahlı soyguncunun muhatabı üzerindeki hâkimiyeti geçici niteliktedir, o esnada gerçekleşen tehdit dışında aralarında bir astlık üstlük ilişkisi söz konusu değildir. Buna karşın hukuki emirlerin muhatapları üzerinde daimi bir etkisi vardır; hukuki yasalara itaat süreklilik arz etmektedir. O halde yasa tehditle desteklenmiş genel bir emir olarak düşünülecekse, bu buyruğun yasalara benzer biçimde kalıcı bir karaktere sahip olacak bir biçimde belirlenmesi gerekecektir. Genel emirlerin muhatabı olanlar açısından, emir ile itaatsizlik hali için öngörülmüş olan yaptırım tehdidinin gerçekleştirilmesinin muhtemel olduğuna dair genel bir kanaatin varlığı, emir iptal edilene ya da geri çekilene değin sürekli olarak var olması gerekmektedir. Ancak yasaların süreklilik özelliğinin bu basit terimlerle izah edilmesi oldukça güçtür. Yaptırım tehdidinin uygulayacak bir merciinin yetkisi ise ancak nüfusun önemli bir bölümünün tehdit korkusundan bağımsız bir biçimde gönüllü olarak itaat etmesi ve itaat etmeyenlere yönelik olarak yaptırımların uygulanmasında işbirliği yapmaya hazır olmaları halinde var olabilecektir[406].

Dördüncü olarak silahlı soyguncu ve muhatabı arasındaki ilişki belirli bir zaman ve kişiyle sınırlıdır; oysa hukuki buyrukların/yasaların muhatapları üzerinde daha geniş bir zaman diliminde ve daha genel bir kitle üzerinde geçerli olan bir etkisi vardır. Austin ifadeleri kullanılacak olunursa, tebaa egemene karşı bir itaat alışkanlığı edinmiştir ancak silahlı soyguncu ve muhatabı arasında böyle bir itaat alışkanlığından bahsedilemez. Her ne kadar itaat

[405] Hart, *The Concept of Law*, s. 22.
[406] Hart, *The Concept of Law*, s. 23.

alışkanlığı kavramı belirsiz ve kesinlikten uzak bir kavram[407] da olsa silahlı soyguncu durumu ile kıyaslandığında bir hukuk sisteminde egemenin otoritesinin sürekliliğini gösteren bir kavramdır[408].

Beşinci olarak silahlı soyguncudan farklı olarak Austin'in egemeni kendisine alışkanlıkla itaat edilmesinin yanında, kendisi başka her hangi bir üstüne itaat alışkanlığı olmayan bir kişi ya da kişi grubudur. Oysa silahlı adamın böyle bir bağımsızlığı söz konusu değildir, diğer vatandaşlar gibi o da tabii olduğu egemenin kuralları ile bağlıdır[409]. Hatta çoğu hukuk sisteminde silahlı soyguncunun eylemleri, emirleri cezaya tabii bir suç olarak düzenlenmiştir, bir hukuk kuralının ihlali niteliğindedir ve yaptırıma tabidir. Oysa modern bir hukuk sistemi geçerli olduğu devletin sınırları içerisinde bir üstünlüğe sahiptir ve bu üstünlük diğer hukuk sistemlerinden bağımsızlık olarak nitelendirilmektedir[410]. Örneğin Sovyetler Birliğinin yasama organı Britanya Parlamentosunun yasalarına itaat alışkanlığı taşımaz ve Britanya Parlamentosunun Sovyet meselelerine dair çıkardığı yasalar İngiliz topraklarında bağlayıcı bir etkiye sahip olsa dahi Sovyet hukukunun bir parçası niteliğinde değildir; ancak bir devletin diğerinin yasalarına alışkanlıkla itaati söz konusu olmuş olsaydı, söz konusu yasalar itaat edenin hukukunun bir parçası olurdu[411]. Bu yönüyle de hukuk sistemi silahlı soyguncu örneğinden farklı bir özelliğe sahiptir.

Hart silahlı soyguncu örneği ile hukuk sistemini karşılaştırıp basit silahlı soyguncu örneğine eklemeler yaparak hukuk sistemine benzer bir yapının ortaya çıkarılabilip çıkarılamayacağını saptamaya çalışır. Ancak bu hususta görüşü henüz buna girişmeden nettir. Silahlı adam durumundan hukuk fikrini inşa etme düşüncesinde Austin'i takip ettiğini ama ondan farklı olarak bu inşa sürecinin nihayetinde bir başarı ummadığını, aksine niçin başarısız olunduğundan ders almayı hedeflediğini ifade eder[412]. Başka bir ifadeyle Hart'ın amacı basit silahlı soyguncu durumuna silahlı soyguncunun tehditleri, genellik, gayrı şahsilik, süreklilik,

[407] Hart için itaat alışkanlığı kavramı belirsiz ve kesinlikten uzak olması nedeniyle hukuk kuramını açıklayan bir kavram olarak kullanılmasında problemler barındırmaktadır. Bir yasanın varlığında söz edilebilmesi için söz konusu yasaya ne kadar insanın ne süre ile uyması gerektiği itaat alışkanlığı kavramınca net bir biçimde cevaplanamamaktadır. Burada, "Bir kişinin başında ne kadar az saç teli olursa kel olarak nitelenebilir?" sorusunun cevabındakine benzer bir belirsizlik durumu söz konusudur. Bkz. Hart, *The Concept of Law,* ss. 23-24.
[408] Hart, *The Concept of Law*, s. 24.
[409] Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı*, s. 38.
[410] Hart, *The Concept of Law*, s. 24.
[411] Hart, *The Concept of Law*, s. 25.
[412] Hart, *The Concept of Law*, s. 20.

kalıcılık ve bağımsızlık özellikleri eklenmiş olsa dahi yetkin bir hukuk sistemi betimlemesi olamayacaktır. Bununla birlikte silahlı soyguncu örneği ve Austin'in tehditle desteklenen buyruk kavramı arasında ortaya konan bu farklar bize Austin'in hukuk kuramının basit bir cebir kullanımı ya da tabi olma ilişkisi olarak betimlenmeyeceğini, kusurlu yanları olmakla birlikte Austin'in kuramının silahlı soyguncu durumundan daha çok bir hukuk sistemine benzediği görülmelidir, dolayısıyla Austin'in hukuk kuramı basitçe silahlı adam durumuna benzetilmemelidir[413]. Dolayısıyla Austin'in hukuk kuramını basitçe silahlı soyguncu durumuna indirgemek hatalı olacaktır, Austin'in kuramı pek çok yönden eleştirilebilir ancak onun bir silahlı soyguncu modeliyle örtüşen bir hukuk kuramı geliştirdiğini iddia etmek, aşırılığa yol açan bir eleştiridir.

2.3.2. Yaptırım Uygulama Gücü ve Amacı – Yaptırım Tehdidi

Yaptırımla ilgili olarak dile getirilen eleştirilerden birisi, Austin'in yaptırım kavramını buyruk tanımında kullanma şekline yönelik olarak ileri sürülmüştür. Austin buyruğun bir arzu ya da istek ifadesi olduğunu, diğer arzu ifadelerinden ise buyuranın buyruğuna itaat edilmemesi halinde itaatsizlikte bulunanlara kötülük yapma ya da zarar verme gücü ve amacına sahip olması olduğunu ileri sürmüştür[414].

Bu tanıma göre buyruğu buyruk yapan şey itaatsizliğe karşı egemenin yaptırım uygulama amacı olması ve bu yaptırımı uygulayabilme gücüne sahip olmasıydı. Austin'in bu buyruk tanımı, Tapper tarafından analiz edilerek eleştirilmiştir. Tapper'e göre bu kısa paragraf birçok problemi bünyesinde barındırır. Problemlerden biri egemenin buyruğunun gereği, tebaa olan biri tarafından yerine getirilmezse egemenin o kişiye zarar verme gücüne sahip olması hangi an için var olması gerektiğiyle ilgilidir. Egemen yaptırımı uygulayabilme gücüne buyruğunu beyan ettiğinde mi, muhatabın bu beyandan haberdar olduğu anda mı, yaptırımın öngörüldüğü anda mı ya da bu anlardan herhangi birinde mi sahip olmalıdır? Egemen emrederken bu güce sahip olduğunu bilmeli midir, egemen güce sahip olmasına rağmen gücünün olmadığına inanıyorsa istek ifadesi bir buyruk olmayacak mıdır? Paragrafta kötülük yapma gücünün yanından böyle bir amaca sahip olunması gerektiği de ifade olunduğundan benzer problemler amaçla ilgili olarak da gündeme gelecektir. Buyruğunun ihlali halinde bir zarar verme amacı taşımak ile bu

[413] Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı*, s. 39.
[414] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, ss. 37-38.

zararı uygulayabilme gücüne sahip olmak arasındaki ilişki nedir? Burada her bir buyruk açısından ihlal için öngörülen kötülüğü yapma amacı ayrı ayrı taşınmalı mı, yoksa genel bir kötülük yapma amacı yeterli olur mu? Buyuranın amacı uygulama gücüne sahip olduğu kötülüğü yapmak mı olmalıdır? Olaya buyruğun muhatabı açısından yaklaşılacak olunursa muhatabın buyuranın öngördüğü kötülüğü gerçekleştirme gücüne sahip olduğuna inanması bir önem taşımakta mıdır? Tüm bu soruların yanında acı, kötülük, bunların infaz edilmesi, (buyruğu) "dikkate alınmama" gibi belirsiz ifadeler de pasajda yer alan problemlerdendir. Tapper Austin'e ait sadece bu paragrafın bile incelenmesiyle ortaya çıkan soru işaretlerinin kesinlik ve belirlilik testinden geçemediğini düşünür. Bu pasajın Austin'in inşa etmeye giriştiği hukukbilimi için temel niteliğinde oluşu dikkate alındığında, henüz temel aşamasında ortaya çıkan belirsizlik kuramın tamamına sirayet etmiştir. Austin bazı hukuk kurallarının kendi kuramı içerisindeki konumunu belirlemede yaşadığı güçlük, henüz temeli atarken görüşlerinin kesinlikten yoksun olması ve temeldeki belirsizliğin farkına varmadan kuramını buradaki görüşlerinin geçerli olduğunu varsayarak kurgulamasından kaynaklanmaktadır. Böylece başlangıçtaki belirsizlik Austin'in kuramının tamamına sirayet etmiştir[415].

Belki burada Tapper'in ayrıntıda boğulduğu, Austin'in ifadelerinde hatalar bulunmakla birlikte iyiniyetli bir yaklaşımla Austin'in metnin yeniden daha doğru ve tutarsızlıklara yer bırakmayacak şekilde ifade olunabileceği savunması yapılabilir. Austin'in birinci odak noktasının bağımsız bir hukuk bilimi inşa etmek olduğu dikkate alındığında ve yaşadığı dönemdeki diğer kuramlardaki son derece nesnel ve belirsiz yaklaşımlar da hesaba katılacak olunursa Austin'in bu hoşgörüyü hak ettiği söylenebilir. Gerçekten de Austin'in metni bir egemenin yasa yapmak istediğinde arzularını, muhataplarına bir buyruk formunda iletmesi, buyruğuna uyulmaması halinde ise bir kötülük/acı/zarar uygulanacağını öngörmüş olması şeklinde anlamak daha yerinde olur. Egemenin/buyuranın kötülük uygulama niyeti taşıması ve bunu uygulama gücüne sahip olması buyruk kavramının anlaşılmasını güçleştirmektedir. Pasajın özüne bakıldığında Austin'in vurgulamak istediği şey, bir buyruğun bir davranışın yapılması ya da yapılmaması isteğini ve bu isteğine uyulmaması halinde bir yaptırım uygulanacağını bildirmesi olarak görülebilir. Bu yorum elbette kılı kırk yararcasına titizlikle bütün kavramlarını tanımlayarak kuramına inşa etme iddiasındaki bir kuramcı için fazla

[415] Tapper, "Austin on Sanctions", ss. 272-73.

hoşgörülü bir yaklaşım olarak da görülebilir. Austin'in metnini oluştururken daha titiz davranmasını beklemek bu iddiası karşısında insafsızlık olmayacaktır. Kaldı ki yukarıdaki iyiniyetli yorum, Austin'in metnini önemli ölçüde değiştiriyor. Zira Austin yaptırım öngörülmesinden değil açıkça yaptırım uygulama niyetinin ve bu yaptırımı uygulayabilme gücünün varlığından söz ediyor.

Austin'in hem *Hukukun Belirlenmiş Alanı* hem de *Lectures on Jurisprudence*'da buyrukla ilgili diğer pasajları da dikkate alınınca eleştirinin bu nevi bir hoşgörü ile karşılanamayacağı daha da belirginleşiyor. Buyruğun varlık kazanma koşulu olarak itaatsilik halinde yaptırım uygulama amacı ve gücünün taşınması fikri Austin tarafından herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin terkediliyor ve bunun yerine yaptırım tehididinde bulunulması koşulu getiriliyor. Austin yaptırım kavramını ele aldığı XXII. derste şu ifadeleri kullanıyor:

> "Hukuk eylemde bulunabilmemiz için bizi yaptırımla tehdit ediyor ve eylemde bulunabilmemiz için irade ortaya koymalıyız. Açıktır ki, 'iradelerimizle eylemde bulunmaya mecburuz' önermesinin anlamı budur! **Yükümlülüğün gücü, tehdit edilen kötülükten kaçınma arzumuzda yatar.** Ancak bu kötülükten sakınmak için yükümlülüğü yerine getirerek buyurulan işi yaparız.[416]"

Bu pasajda Austin yaptırımın bir tehdit olarak yasada yer almasını yeterli görmektedir. Bu durumda yasanın muhatapları açısından yaptırım buyruğa itaat etmemeleri halinde maruz kalma olasılığı olan bir kötülük olarak belirlenmiş olur. Bu ise egemenin itaatsizlik halinde yaptırımı uygulama amacı ve niyetinin olması gerekliliğini gölgede bırakan onunla çelişen bir yaptırım açıklaması olarak görünmektedir.

Tapper yaptırımın konumunu tayin etme açısından ilk pasaja göre bu pasajın daha kabul edilebilir olduğunu düşünür ancak iki pasaj arasında bir tutarsızlık olduğu ve hangisinin tercih edileceği Austin tarafından belirlenmiş de değildir. İlk pasajda belirtilen egemenin yaptırım uygulama amacı ve gücüne sahip olması daha önce de ifade olunduğu üzere pek çok probleme gebe bir metindir. Bu da Austin'in yaptırım açıklamalarından kötülük uygulama amacı ve gücünün varlığı koşuluna kıyasla yaptırım tehdidinin varlığı koşulunu tercih etmek için çokça

[416] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 447. Koyu renk vurgu eklenmiştir.

gerekçenin olduğu anlamına geliyor. Ne var ki Austin niçin bu şekilde dümen kırdığının gerekçesini açıklamamıştır ve hatta bunun farkında dahi değildir[417].

2.3.3. Hukukta Yaptırımla Desteklenmeyen Pek Çok Yasanın Varlığı

Austin'in hukuk kuramı hukuku salt yaptırımla desteklenen emredici kurallara indirgediği, emredici nitelikte olmayan yetki veren kurallar, tanımlayıcı kurallar, yargılama usulüne ilişkin kurallar gibi farklı yasa türlerini dışladığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu eleştirilere göre Austin'in kuramı en iyi ihtimalle bir ceza hukuku açıklaması olarak görülebilir ki bu dahi iyimser bir yorumdur. Zira yaptırımla desteklenen emredici kurallar şeması ceza hukukunu bile tam olarak betimleyememektedir. Hukukun ceza hukuku dışındaki anayasa hukuku, idare hukuku, medeni hukuk gibi diğer dalları hesaba katıldığında ve bunların bir hukuk sisteminde kapladıkları alan dikkate alındığında Austin'in oldukça eksik, kusurlu bir hukuk tablosu resmettiği ileri sürülmüştür. Austin'in kuramının önemli bir alan kaplayacak boyutta yasa türlerini kapsayamadığı eleştirisi için en çok değinilen kural türü yetki veren kurallardır. Şimdi Austin'in yetki veren kurallar hakkındaki görüşleri ve bu görüşlerine yönelik eleştiriler incelenecektir.

2.3.3.1. Yetki Veren Kurallar

Austin tüm hukuk kurallarının bir buyruk niteliğinde olduğunu iddia ettiğinde tüm hukuk kurallarının ödev yükleyen türde kurallardan olduğunu da dolaylı olarak söylemişti. Tüm hukuk kurallarının tek tip bir kurala, ödev yükleyen kurallara indirgenmesi Austin'in ve diğer buyruk kuramcılarının eleştirilen iddialarından birisi olmuştur. Yetki veren kurallar hukuk dünyasında önemli yer tutan kural türlerinden olduğundan Austin'in tüm hukuk kurallarını ödev yükleyen kural tipine indirgemesine karşı öne sürülen eleştirilerde sıklıkla atıf yapılan bir kural türüdür.

Austin tüm hukuk kurallarının emredici nitelikte olduğunu iddia ederken aslında başkaca bazı kural türlerinin de farkındadır. Örneğin yetki veren kurallar bunlardan birisidir. Emredici kurallar belirli bir şekilde davranmayı gerektiren kurallardır ve itaatsizlik hali için yaptırım öngörürler. Oysa yetki veren kurallar belirli şekilde davranmayıp gerektirmeyen, ödev

[417] Tapper, "Austin on Sanctions", s. 275.

yüklemeyen kurallardır. Dolayısıyla bu yasaların hukuk bilimi sınırları içinde ya da dışında konumunun Austin tarafından izah edilmesi gerekmekteydi.

Austin'in çalışmalarında yetki veren kurallar problemine iki farklı yanıt sunmaya çalıştığı görülmektedir. Birincisi yetki veren kuralların hükümsüzlük yaptırımı ile desteklendiğini ve böylece bu kuralların da ödev yükleyen kurallarla benzerlik arzettiği iddiasıdır. İkincisi ise yetki veren kuralların bir tam yasa niteliğinde olmayıp, tam yasa niteliğindeki ödev yükleyen kuralların eklentisi/uzantısı, parçası niteliğinde olan izin verici yasalar olduğu iddiasıdır[418].

2.3.2.1.1. Bir Yaptırım Olarak Hükümsüzlük

Hükümsüzlüğün bir yaptırım türü olduğuna dair iddiası incelenecek olursa Austin'in şu ifadeleri dikkate alınmalıdır:

> "Yasama organı belirli işlemlere haklar ekler; örneğin, sözleşmelere bu işlemlere belirli koşulların eşlik etmesini şart koşabilir. Koşulun sağlanmaması halinde işlem hükümsüzdür, yani herhangi bir hak doğmaz veya bir hak doğmakla birlikte işlemin feshedilmeye ya da hakkın iptal edilmesi ihtimaline dair iptal edilebilirlik söz konusu olur."[419]

Austin'in bu yaklaşımına göre yetki veren kurallar ilk görünüşte belirli bir ödev/yükümlülük yüklemiyor gibi görünebilir. Örneğin bir vasiyetname düzenlenmesi ile koşulları belirleyen yetki verici bir kural miras bırakana bir vasiyetnameme düzenleme ödevi yüklemez. Ancak biraz dolaylı da olsa bu tür kurallar bir kişi yetki veren kuralla söz konusu edilen hukuki fiili gerçekleştirmeye kalkıştıktan sonra kuralın çizdiği sınırlar içerisinde hareket etmekle yükümlü olduğu yorumu yapılabilir. Vasiyetname düzenlenmesine dair yetki veren kural örneğinde, miras bırakan bir kere vasiyetname düzenlenmesine karar verdikten sonra artık söz konusu kuralın vasiyetname düzenlenmesi için belirlediği koşullara uygun hareket etmesi gerekecektir. Aksi takdirde yapmış olduğu düzenleme hukuk nezdinde geçerli bir vasiyetname etkisini haiz olamayacak, başka bir deyişle hükümsüz olacaktır. Nitekim bu hükümsüzlük de vasiyetname düzenlenmesine ilişkin yetki veren kuralın yaptırımı olarak görülebilecektir.

Yetki veren kuralların yaptırımının hükümsüzlük olduğu iddiasına yönelik olarak hukuk kuramcıları tarafından bir dizi eleştiri dile getirilmiştir. Yetki veren kuralların dolambaçlı bir

[418] Lobban, "John Austin", s. 229.
[419] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 505.

yorumla emredici yasa kategorisine indirgenmesi, emredici kurallar ile yetki veren kurallar arasındaki bir farkın gözden kaçmasına yol açacaktır. Emredici kurallar vatandaşın basitçe yapması ya da yapmaması gereken eylemleri ortaya koyup, itaatsizlik halinde uygulanacak yaptırımı göstermektedir. Yeki veren kurallarda ise vatandaşın belirli bir seçim aralığında serbestliği söz konusudur ve kural esasında bu seçim aralığını düzenlemektedir. Emredici kurallar yasaklar ve gerekliliklere odaklanırken, yeki veren kurallar seçmeli ve isteğe bağlı davranışlara odaklanmaktadır. Austin'in hükümsüzlük yorumu bu ayrımı gözden kaçırmaktadır. Dahası yetki veren kuralların emredici kurallardan farklı bir boyutu daha söz konusudur. Yetki veren kurallar var olmasaydı bir takım hukuki kurumlar da varlık kazanamayabilirdi. Nasıl ki "şah mat" satranç kurallarının, "köşe vuruşu" futbol kurallarının sayesinde varlık kazanmışsa, bazı davranış olasılıkları da yetki veren kurallar aracılığıyla yaratılmaktadır[420].

Hükümsüzlüğün yaptırım olarak kabul edilmesi ve yetki veren kuralların da ödev yükleyen kurallara benzer olduğu iddiasına yönelik en yetkin eleştirilerden birisi de Hart tarafından yapılmıştır. Hart Austin'in cebri bir özellik göstermeyen yetki veren kuralları, hükümsüzlüğün bir yaptırım türü olduğunu iddia ederek emredici kurallara benzetmesini eleştirmiştir[421]. Yetki veren kurallar modern hukuk sistemlerinde bireylerin arzularını gerçekleştirmeleri için çeşitli hukuki düzenlemeler yapmalarını *kolaylaştırıcı* bir işlev gören önemli yasa türlerindendir[422]. Bunların dolambaçlı yollarla yaptırımla desteklendiği ileri sürülerek yapılacak bir hukuk betimlemesi Hart'a göre önemli eksiklikler barındıran bir tablo olacaktır. Hart eleştirilerini dile getirirken ceza yasalarındaki yaptırım unsuru ile yetki veren yasalardaki hükümsüzlük durumunu kıyaslayıp bunların farklı durumlar olduğunu aralarında bir benzerlik bulunmadığını savunarak sürdürür. Hükümsüzlüğün bir yaptırım olduğu iddiası, yaptırım bir kötülük ya da hoşa gitmeyen bir şeyle tehdit edilme olarak kabul edilecek olursa, bir kişinin yapmış olduğu hukuki işlemin geçerli olacağına dair taşıdığı umut çerçevesinde hükümsüzlükle karşılaştığında hayal kırıklığı yaşayacağı inkâr edilemez bir durumdur. Ancak bazı durumlarda hükümsüzlük

[420] Frederick Schauer, "Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law", *Ratio Juris,* C. 23, S. 1 (2010), s. 5.
[421] Hart bu eleştirisinde Buckland'ın Austin'in hükümsüzlüğü yaptırım olarak kabul etmesine yönelik eleştirisini esas almıştır. Buckland yaptırımın olduğu yerde bir ödevin de varlık kazanacağını, oysa yetki veren kuralların yaptırımı olarak hükümsüzlüğün kabul edilmesi halinde bir ödevin varlık kazanmadığını ileri sürerek Austin'in yaklaşımını eleştirmiştir. Bkz. Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı,* ss. 46-47.
[422] Hart, *The Concept of Law,* s. 27.

neticesinde işlemi geçersiz hale gelen kişiler üzerinde olumsuz bir psikolojik sonucun doğmayabileceği itirazında da bulunulabilir. Örneğin bir yargıcın vermiş olduğu kararın geçersizliği, yasama organının yaptığı düzenlemenin geçersizliği, reşit olmayan bir kişinin velisinin rızasının eksikliği nedeniyle yapmış olduğu sözleşmenin geçersizliği gibi durumlarda bir kötülük olarak herhangi bir acı deneyimlenmemesi olasıdır. Hart'a göre bu itiraz biraz ustalıklı yorumla karşılanarak hükümsüzlük ve yaptırım kavramları yine de bağdaştırılabilir[423].

Ancak Hart ceza yaptırımı ile hükümsüzlük arasında daha çarpıcı bir farka işaret ederek bir yaptırım olarak hükümsüzlük fikrine hücum eder. Ceza yasalarından yaptırım kısmı çıkarıldığında belirli bir davranış standardı belirleyen ifade yine de bir anlam ifade edecektir. Örneğin öldürmeyi suç olarak belirleyen ve bu suçu işleyenlere müebbet hapis cezası öngören bir ceza yasası hükmü, müebbet hapis öngörülen kısım olmasa da öldürmenin suç olduğunu belirten bir ifadedir. Ancak yetki veren kurallardan hükümsüzlük olgusunun çıkarılması halinde geriye anlam ifade edecek bir şey kalmayacaktır. Örneğin vasiyetnamenin iki tanığın imzası ile hazırlanmasını öngören bir yetki verici yasadan iki tanığın imzasının olmaması halinde düzenlemenin hükümsüz olacağı ifadesi çıkarılamaz, vasiyetname hazırlanmasına dair kural bu hükümsüzlük olgusu ile birlikte bir anlam taşımaktadır. Başka bir deyişle hükümsüzlük koşulu, ödev yükleyen kuralın yaptırımından farklı olarak yetki veren kuralın bir parçasıdır[424]. İkincisi ceza yasalarında yaptırım suç işlenmesini caydırmayı hedefler, oysa yetki veren yasalarda hükümsüzlüğün ceza yasalarına benzer bir şekilde bir caydırma amacı bulunmamaktadır. Yetki veren yasaların doğası birbirleri ile hukuki ilişkiler kurmak isteyen kişilere yol göstermek, yapacakları işlemler için elverişli yolları göstererek işlerini kolaylaştırmaktır. Bu kuralları, örneğin geçerli bir sözleşmenin kurulmasının şartlarını belirleyen bir yasayı, insanları belirli şekilde davranmaya zorlayarak yönlendiren yasalar gibi yorumlayarak emredici yasalar sınıfına dâhil etmek, yetki veren kuralları belirli şekillerde davranmaya zorlamak için tasarlandığını ve hükümsüzlüğün de itaati sağlamak için var olduğunun kabul edilmesini gerektirecektir ki bu hem zorlama hem de yetki veren kuralların niteliğiyle örtüşmeyen bir yorum olacaktır[425].

Bu eleştirilere karşı yetki veren yasaların, cebri yönü olmayan diğer yasalarla birlikte emredici yasalarla resmi ve güçlü bir ilişkisinin olduğu savunması da yapılmıştır. Bu ilişki ortaya

[423] Hart, *The Concept of Law*, ss. 33-34.
[424] Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı*, s. 47.
[425] Hart, *The Concept of Law*, s. 34.

konabilirse hukuka dair bir buyruk kuramı, emredicilikten farklı türde yasaları kapsamadığı eleştirisini göğüsleyebilecektir. Örneğin hırsızlığı yasaklayan bir ceza yasası hükmü, neyin hırsızlık sayıldığına, bununla irtibatlı olarak mülkiyet kavramının ne olduğuna, geçerli bir mülkiyet devrinin nasıl olacağına dair tanımların yapılmasına gereksinim duymaktadır. Dahası mülkiyetle ilişkili olan yasaların da bir anlamı olabilmesi için sözleşme, vasiyetname gibi uygulamaların hukukça düzenlenmesi gerekmektedir. Bütün bunların yanında hukuk uygulamasında yer alanlar bu kavramları hukukun belirlemiş olduğu çerçevede kullanmak durumundadırlar. Dolayısıyla hukuki yasaların büyük çoğunluğunun tanımlayıcı nitelikte olması gerekmektedir. Ancak yapılan bunca tanımlayıcı yasa hükmü aslında yaptırımla desteklenen emir niteliğindeki yasaların uygulamasının hizmetinde olacaktır. Söz gelişi geçerli bir vasiyetnamenin koşullarını ortaya koyan bir yasa hükmü, hangi belgenin geçerli bir vasiyetname olarak dikkate alınacağı hususunda yargıçlar için gerekli bir hükümdür[426].

Vasiyetname düzenlenmesinin geçerlilik koşulları Türk Medeni Kanunu açısından ele alındığında örneğin resmi vasiyetname düzenlenebilmesi için belgeyi resmi bir memurun düzenlemesi ve bu aşamada iki tanığın da katılımı şart koşulmuştur[427]. Bu örnekte devletin yetkili memurunun belgeyi düzenlemesi resmî, tanıkların vasiyetçinin mirasını belgede belirtildiği şekilde paylaştırmak isteği taşıdığına dair tanıklıkları ise stratejik bir gerekliliktir[428]. Sözleşmelerin, vasiyetnamelerin vb. özel hukuk düzenlemelerinin amacı tarafların serbestçe mülklerinde tasarruf yapabilmelerini sağlamak, Hart'ın tabiriyle bu amaçları için elverişli hukuki araçlarla işlerini kolaylaştırmaktır. Ancak dikkatlerden kaçmaması gereken bir husus da şudur: mülkleriyle ilgili serbestçe tasarruflarda bulunmayı tasarlayanların, bu planlarını bozmaya kalkışacak kişilere karşı güvence altına alınması, ancak yaptırımlar yoluyla mümkün olabilmektedir. Hırsızlığa karşı konmuş olan ceza yasaları örneğin mülkiyeti korumayı amaçlamaktadır. Bu açıklamalar göz önüne alındığında yaptırımla hiçbir ilgisinin bulunmadığı düşünülebilecek yetki veren yasalar ya da tanımlayıcı yasaların aslında yaptırımla ve emredici yasalarla tamamen ilgisiz olmadıkları görülebilecektir. Hukukun genel anlamda cebri bir yapıya sahip oluşu, münferit yasa düzenlemeleri üzerinde öylesine ustaca çalışmaktadır ki ilk bakışta cebri ve emredici nitelikte görünmeyen yasalar için herhangi bir cebriliğin söz konusu olmadığı

[426] Hardin, "Sanction and Obligation", s. 407.
[427] *Türk Medeni Kanunu,* m. 532.
[428] Hardin, "Sanction and Obligation", s. 407.

düşünülerek hataya düşülebilir. Bu husus dikkate alındığında yetki veren yasaların emredici nitelikte olmadığı gerekçesiyle, yaptırımın hukukun merkezi bir unsuru olamayacağını ileri sürerek buyruk temelli hukuk kuramlarını eleştirmek yerinde olmayacaktır[429].

2.3.1.2.2. Emredici Yasaların Parçası Olarak Yetki Veren Kurallar

Austin'in yetki veren kurallara dair ikinci cevabı onların yasa olarak adlandırılmalarının yerinde olmadığı ancak yine de hukuk biliminin sahası içinde kabul edilmesi gereken izin verici yasalar olduğu şeklindedir. Austin'e göre yasakoyucu ya da yargıç tarafından belirlenen uyulması gereken bir davranış kuralı ya bir şeyin yapılmasını ya da bir şeyin yapılmasından kaçınılmasını gerektirdiğinden zorunlu olarak emredicidir. Ancak bir de bir hak veren yasalar vardır ki bunlar izin verici yasa olarak adlandırılır. Bu tür yasaların özünde yaptırım yer almaz. Zira böyle bir yasa aracılığıyla bir yükümlülük tesis edilmez, bunun yerine basitçe bir yükümlülüğün ortadan kaldırılması söz konusu olabilir. Austin belki de bu izin verici yasa kategorisinin teorisinde sıklıkla vurguladığı her yasanın bir buyruk niteliğinde olduğu ve ödev yükleyici nitelikte olduğu iddiası ile çeliştiğinin ileri sürülebileceğini öngörür ve izin verici yasalar hakkında şu yorumu ilave eder: *"Şimdiye değin her yasanın bir yükümlülük getirdiği varsayılmıştı. İzin verici yasalar bunun görünüşteki istisnasıdır. Ancak bu sadece görünürde istisnadır. Bir yükümlülüğü kaldırmak, bir hak bahşeder ve bu hakka karşılık gelen bir yükümlülük getirir.*[430]" Austin izin veren yasaları başka yasaları yürülükten kaldıran ya da mevcut ödevleri ortadan kaldıran yasalar olarak görmektedir. Bir yasa ile getirilmiş bir ödevin kaldırılması niteliğinde olduklarından buyruk değil bir buyruğun iptali formundadır. Bu çerçevede izin verici yasalar görünüşte bir yükümlülük getirmez gibi görünse de ödevlerinden kurtulanlar sonuç olarak hak ya da yetkilerine yeniden kavuştuklarından dolaylı da olsa emredici yasa olarak nitelendirilebilirler[431]. İzin verici yasaların yeniden canlanan hak ya da yetkinin kullanımını teminat altına alan yasalarla desteklenmeleri söz konusu olacaktır ki izin

[429] Hardin, "Sanction and Obligation", ss. 407-8.
[430] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 355. Burada Austin'in izin verici yasaları bir yükümlülüğü ortadan kaldıran yasalar olarak tanımlaması pek yerinde değildir. Zira izin verici yasa bazen hukukça hiç düzenlenmemiş bir alanı ilk kez düzenliyor da olabilir. Austin yükümlülüğü kaldırıcı yasa olarak tanımlamasında Bentham'ın emredici bir yasayı yürürlükten kaldıran yasalardan (discoercive laws) esinlenmiş olabilir. Bkz. Lobban, "John Austin", s. 230,dipnot 25.
[431] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 46.

verici yasanın iade ettiği hak ya da yetki, devletin emredici yasalarla kullandığı cebir gücünün koruması altındadır.

Austin'in izin verici yasalarla ilgili kısa açıklamaları bunlardan ibarettir ve ne "*Hukukun Belirlenmiş Alanı*"nda ne de "*Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*"da bu yasa türlerine ilişkin daha detaylı açıklamalar bulunmaktadır. Austin'in bu açıklamalarını yaptığı yerde Bentham'a atıfta bulunmaktadır ve izin verici yasalarla ilgili onun görüşlerini benimsediği ileri sürülebilir. Bentham'ın izin verici yasalarla ilgili görüşleri hatırlanacak olursa[432], Bentham'ın bir tam yasanın zorlayıcı emirlerden oluştuğunu iddia ettiği, izin verici yasaları ise bir hak bahşeden yasalar olarak tanımlayıp, hak sahibi olmayan diğer kişilerin bu hakka saygı göstermeleri, bu hakkı ihlal etmemelerini sağlayan başka emredici yasalarla birlikte düşünülmesi gerektiğini savundu. Bentham özellikle mülkiyetin devrine dair hak ve yetki veren emir ve yasak türünden kuralların çok farklı biçimlerde olabileceğini ve bu hususun en iyi biçimde hukukun medeni dalı çerçevesinde anlaşılabileceğini belirtti. Bir yandan medeni hukuk çerçevesinde bir hak yaratılması söz konusu olurken bu hakkın korunması ise hukukun ceza dalı tarafından emredici yasalar aracılığıyla sağlanmaktaydı. Ceza ve medeni dallarının ayrı ayrı incelenmesi faydalıydı, ancak bu dallar mantıksal bir bütününün parçaları niteliğindeydi. Bütüncül bir yaklaşımla izin verici ve emredici yasalar bir mantıksal bütünün parçaları, bu parçaların işlevleri açısından ele alındığında örneğin bir gayrımenkulle alakalı olarak malik dışındaki kişilerin müdahalelerinin engellenmesi, örneğin gayrımenkule maliğin izni dışında girmelerinin yasaklanması bir ceza yasası iken, bu yasa ancak mülkiyetin ne anlam ifade ettiğini belirleyen yasa ile birlikte değerlendirildiğinde bir anlam kazanacaktır. Bu çerçevede Bentham'a göre izin veren yasalar hukuki alanın parçasıdır ancak daha spesifik konumu ceza yasası olarak uygulanan bir tam yasanın parçası niteliğindedirler[433]. Başka bir deyişle ilk görünüşte emredici hukuk terorisinin istisnası olarak görülebilecek izin verici yasalar hukuk bütüncül bir anlayışla kavrandığında emredici yasaların birer parçası niteliğinde oldukları görülecektir.

Austin, Bentham gibi açık bir şekilde kendi tam yasa tanımını ortaya koymuş değildir. Ancak *"Tazminatı ya da cezayı belirleyen yasa mutlak olarak gerekli tek yasadır. Çünkü tazminat ya*

[432] Bu çalışmada I. bölümün "*1.5.3.1. Yönlendirici Kısım*" başlığı altında yer alan izin verici yasalara yönelik açıklamalara bakınız.
[433] Lobban, "John Austin", s. 230.

da ceza, önceden belirlenmiş bir zararı ima eder ve önceden belirlenmiş bir zarar, birincil bir hakkın ya da görevin ihlal edildiğini gösterir."[434] şeklindeki ifadesini Bentham'ın tam yasa ve onun parçaları şeklindeki emredici yasalar ve izin verici yasalar ilişkisine dair görüşlerinden etkilenerek dile getirdiği söylenebilir. Austin bu ifadesinde yer alan birincil haklar Bentham'ın hukukun medeni dalına karşılık gelmektedir. Austin birincil hakları yaratan ve ortadan kaldıran mülkiyete dair kuralların çoğunluğunun bir buyruk türü olarak betimlenemese de açıkça hukuk biliminin kapsamında olduğunu kabul eder. Bu birincil haklar veya ödevlerin mantıksal olarak iç içe olmasına rağmen kolaylık sağlamak için ayrıldığı bir de ikincil haklar vardı. Her birincil hak kendisini destekleyen ikincil hak ve ya da ödev olmaksızın kendi başına bir hak veremez veya yükümlülük getiremez. İşte burada söz edilen ikincil hak ya da ödev cezai nitelikte olandır. Dolayısıyla hukukun medeni dalı cezai dalı ile destekteklenmeden ya da izin verici yasalar emredici yasalarla desteklenmeden bir anlam ifade edemezler. Dolayısıyla Austin Bentham gibi tam yasa anlayışını etraflıca izah etmemişse de Bentham'a yapmış olduğu atıf ve kısa açıklamalarındaki benzerlik onun izin veren kurallar hakkında Benthamla aynı kanaatte olduğu ve izin veren kuralları emredici kuralların parçası olarak gördüğü yorumu yapılmıştır[435].

Yetki veren ya da Bentham ve Austin'in isimlendirmesiyle izin veren yasaların emredici yasaların birer parçası olarak kapsanılması eleştirilmiştir. Hart yetki veren kuralların bu şekilde emredici kurallar sınıfına dâhil edilmesinin en az emredici kurallar kadar önemli olan yetki veren kuralların işlevlerinin ve değerinin anlaşılmasını engelleyeceğini öne sürmüştür. Yetki veren kurallar emredici kurallardan farklı bir mantıkla konulmuşlardır. Bu tür kurallar kendisine yetki verilenlerin bakış açısından ele alındıklarında anlaşılabilirler. Yetki veren kuralların doğası incelenecek olursa bunların belirli şekilde davranmaya zorlamaktan ziyade *toplumsal yaşama hukukun getirdiği ek bir unsur* olarak anlam taşıdıkları görülecektir. Ayrıca yetki veren kurallar vatandaşları emredici kurallarla kendisine ödevler yüklenen kişiler olmaktan farklı olarak bir hukuki işlemin yaratıcısı, söleşmeler, vasiyetnameler ve benzeri hukuki işlemler düzenleyerek hukukun seyrini belirlemeye yetkili kılınan kişiler konumuna yükseltmektedir. Mutlak monarşilerde salt itaat yükümlüsü niteliğindeki tebaadan modern

[434] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol II*, s. 767. Pasaj Austin'in yaptırımları hukukun asli unsuru olduğunu açıkça ifade ettiği şu cümle ile devam eder: *"... Ayrıca birincil hak veya ödev, varlığını bir takım fiillerin emredilmesi veya yasaklanması kadar, itaatsizlik halinde uygulanacak tazminat veya cezaya da borçludur."*

[435] Lobban, "John Austin", ss. 230-31.

devletin yükümlülüklerinin yanısıra haklar ve yetkilerle donatılmış vatandaşı büyük ölçüde yetki veren kurallar sayesinde ortaya çıkabilmiştir. Böylesi önemi haiz bir kural türünün, ortaya çıkışı kısmen bu kuralların uygulanması neticesinde gerçekleşen emredici kurallar sınıfına indirgenmesini gerekli kılacak olan şey nedir? Toplumsal hayatta yetki veren kuralların emredici kurallardan farklı düşünüldüğü, kullanıldığı, farklı bir anlam ifade ettiği dikkate alındığında iki kural türünün birbirinden ayrı değerlendirilmesinin yerinde olduğu görülecektir[436].

Yetki veren kurallardan kamusal nitelikli olanlar ele alındığında, tektipleştirmenin çarpıklığı daha bariz bir şekilde gün yüzüne çıkar. Yasama ve yargı faliyetleri ile ilgili yetki veren kurallar, örneğin bir yasanın nasıl hazırlanıp hukukileşeceğini belirleyen yasalar ya da yargılamanın hangi usullerle yapılacağını belirleyen yasalar birinci durumda yasama organı diğerinde ise yargıçlar açısından ödev yükleyen emeredici kurallar olarak değerlendirilemez. Yasama organının temsilcileri ya da yargıçlar söz konusu kurallar çerçevesinde bir cebrilik altında ödevlerini yerine getiriyor değillerdir. Bu anlamda yasama ve yargılamaya ilişkin yetki veren kuralları ödev yükleyen kuralların parçası olarak sunmak özel hukuktakinde daha aşırı bir çarpıtmaya, hukukun ayırt edici özelliklerinin karartılmasına neden olacaktır. Zira bu kuralların topluma tanıtılması toplum için tekerleğin icadı kadar önemli bir adımdır ve hukuk öncesi dünyadan hukuk dünyasına geçişi sağlayan bir adım olarak değerlendirilebilir[437].

Kanaatimce Austin için bu savunmanın yapılması isabetli olmayacaktır. İzin verici yasaları böylesine dolaylı bir yolla emredici yasaların bir parçası haline indirgeyen Austin'e ödülleri niçin benzer bir dolaylı yolla yaptırım olarak kabul etmediği sorusu yöneltilebilecektir. İzin veren yasaları emredici yasaların birer parçası olarak görmek ne kadar dolaylı ve zorlama bir yorumsa, ödül vaadinde bulunan yasalarla ödülü almaya hak kazanan kişiye bir memurun ödül verme yükümlülüğü altında olduğu, memure görevini yapmasını buyuran aksi takdirde kendisine yaptırım uygulanacağını öngören aşka bir yasanın gündeme geleceği ileri sürülebilir. Ödüllendirici yasanın bu ikinci yasayı gerektireceği bu nedenle ödülün de bir yaptırım olabileceği şeklinde bir dolaylı yorum yapılabilirdi. Her iki yorum da zorlama ve yanlış olurdu.

[436] Hart, *The Concept of Law*, s. 41.
[437] Hart, *The Concept of Law*, s. 41. Yetki veren kuralların emredici kurallara indirgenmesine yönelik eleştirilerini Hart'tan önce dile getiren Frederick Harrison'ın benzer eleştirileri için bkz. Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı*, ss. 49-51.

Austin'in ödüller hakkındaki görüşleri gibi izin veren yasalar hakkında da böylesi bir yorumu yapmaması kendisinden beklenmelidir, ne var ki kısa bir yer vermiş olsa da Austin izin verici yasalar hakkında böylesi dolaylı bir yorum yapmış ve izin veren yasaları emredici yasaların parçaları olarak tanımlamıştır. Ancak bu hatalı bir indirgemedir ve yetki veren kuralların doğasının gözden kaçırılmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla yetki veren yasaların yaptırımının hükümsüzlük olduğu şeklindeki ilk ihtimal, bu yasa türünün de Austin'in kuramında kapsanabilmesi için daha kabul edilebilir bir yorumdur.

2.3.4. Egemenin Hukuken Sınırlanamazlığı

Austin egemeni kendisine alışkanlıkla itaat edilen ve kendisi de kimseye itaat alışkanlığı olmayan bir kişi ya da kişi topluluğu olarak tanımlar. Bu tanım çerçevesinde egemen, kurallar koyan, koyduğu kuralları yaptırımlarla destekleyen, başka bir deyişle yaptırımlar aracılığıyla tebaasının davranışlarını yönlendiren bir yapı olarak betimlenmektedir. Ne var ki bu tanım günümüz modern demokrasilerinde hukukla bağlı egemen fikriyle çelişki gösterir. Bir kere Austin'in egemeni herhangi bir hukuki sınırlandırmaya tabi olamaz, olduğu anda egemenlik vasfını yitirir. Dolayısıyla egemen üzerinde etkili olan her hangi bir hukuki yaptırımdan söz etmek de mümkün değildir. Egemenin üzerinde herhangi bir hukuki sınırlamanın mümkün olmadığını iddia etmekle birlikte egemenin hiçbir biçimde sınırlanmayacağını kastediyor değildir. Ona göre egemen tebaanın itaat alışkanlığı temelinde kendiliğinden bir süreç içerisinde gelişen pozitif ahlak kuralları ile sınırlanabilir. Buna göre egemen için caydırıcılık teşkil edecek olan tebaanın kendisine itaat etmeyi bırakacağı korkusudur[438]. Egemenin bu şekilde hukuken sınırlanamaz bir şey olarak ele alınmış olması modern anayasal demokratik rejimleri öngörememesi bakımından eleştirilmiştir.

Hart, Austin'in hukuku "*siyaseten üstün olanların siyaseten altta olanlar için yaptığı yasa*"[439] şeklinde egemen ve tebaa arasındaki dikey ve hiyerarşik bir ilişki olarak betimleyerek egemenin sadece hukuku yaratan değil aynı zamanda ona bağlı bir yapı olduğu fikrini görmezden geldiğini ileri sürer ve onu bu yönden eleştirir[440]. Egemenin hukuken sınırlanmamasını, modern hukuk sistemlerindeki kuvvetler ayrılığı, anayasa mahkemeleri, uluslarası hukukun ulusal

[438] Lobban, "John Austin", s. 235.
[439] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 27.
[440] Schauer, "Was Austin Right After All?", ss. 5-6.

hukuk üzerindeki etkisi ve çağdaş anayasal ulus devletin sayısız diğer sofistike yanları hesaba katılınca hukuka dair problemli bir bakış açısı olarak görmek kaçınılmazdır. Bu veçheleri ile birlikte bütüncül olarak düşündüğümüzde hukuku itaatkâr bir yurttaşlığa kurallar koyan mutlak bir egemen imajı üzerinden tanımlamak, günümüz gelişmiş hukuk sistemlerinin çoğunu kapsayamayan zayıf bir hukuk tanımı yapmak olacaktır[441].

Bu eleştiriye Austin'in egemenin sınırlanması ve egemeni oluşturan üyelerin sınırlanması arasında bir ayrım yaparak, birincinin sınırlanmasının mümkün olmadığını belirtirken ikincinin sınırlanmasını kabul ettiği şeklindeki görüşü öne sürülerek karşılık verilmiştir[442]. Bir yasa egemenliği oluşturan üyelere pekâlâ yükümlülükler getirebilir, ancak onu vaz eden egemen organa yükümlülükler getiremez. Örneğin ABD Senatosu üyelerini olağan bir yasayı çiğnediği için ihraç etmek suretiyle cezalandırabilir ancak Senato çıkaracağı bir yasa ile Senato üzerinde bir yükümlülük tesis edemez. Hart "*yasama düzenlemesinin kendi kendisini bağlayıcı niteliği*"[443] olarak adlandırdığı şey ile "söz verme" arasında bir analoji kurmuştur[444]. Ancak Hardin'e göre bu benzetme üzerinden yapılan eleştiri yanıltıcıdır. Bir birey bir başka bireye bir söz verdiğinde kendisi hakkında söz verdiği kişi lehine olan bir yükümlülük yaratmış olur. Ancak bir kişi yalnızca kendisiyle ilgili anlamlı bir vaatte bulunamaz. Buradaki Senato örneği

[441] Schauer, "Was Austin Right After All?", s. 6.

[442] Austin gerçekten de egemeni oluşturan üyelerin yasalara tabi oluşu ve onlara yükümlülük getirilebileceğinin farkındadır: *"Bir egemenin erkinin yasal olarak sınırlanamaz olduğunu söylediğimde, "egemen" ile hep kastettiğim şey, tam anlamıyla bir monark veya müşterek ve egemen iktidar sıfatına sahip egemen kişilerdir. Egemen kişiler, bütün olarak düşünüldüklerinde veya kurumsal karakterleriyle ele alındığında egemen ve bağımsızdırlar; ancak her biri ayrı olarak düşünüldüklerinde, bireyler ve egemen bütünü oluşturan küçük parçaların birleşimi olarak, birer parçası oldukları üst organa tabidirler.* ***Sonuç olarak, organ kaçınılmaz olarak hukuki veya siyasi ödevlerden bağımsızsa da, organı oluşturan bireyler veya birlikler organın koyduğu yasalarla hukuken bağlı olacaklardır.*** *Bir organ tarafından üyelerine, hatta bizzat egemen organın üyelerine yönelik olarak hazırlanan bir yasa, yasal bir yaptırım ihtiva ediyorsa veya bu yasanın cezai infaz yolları yasa koyucu tarafından belirtilmişse, bu yasa tam anlamıyla pozitif bir yasadır."* Bkz. Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 251. (Koyu renk vurgu eklenmiştir.)

[443] Hart, *The Concept of Law*, s. 42.

[444] Hart, yasa koyucunun kendi kendisini bağlayıcı yasalar çıkarmasının yasa koyucunun bir yanı resmi bir diğer yanı da özel olmak üzere iki farklı yetki alanı üzerinden bir ayrım yapılması suretiyle açıklanabileceğini söyler. Buna göre yasa koyucu resmi pozisyonu çerçevesinde yükümlülükler getiren bir yasa çıkarırken, özel pozisyonu itibarıyla diğerleriyle birlikte kendisini yükümlü kılmaktadır. Buradaki resmi-özel pozisyon ayrımı cebri emirlere indirgenemeyen yetki veren kurallar çerçevesinde anlaşılabilir. Ne var ki Hart'a göre bu yorum itiraz edilemeyecek bir yorum olmakla birlikte yasama organının kendisi için de bağlayıcı olduğunu açıklamak için gereksizdir. Bu yorum olmadan da yasamanın kendi kendisini bağlayıcı oluşu açıklanabilir. Hart burada cebri emirlerden çok daha iyi bir model olarak gördüğü 'söz verme' kurumu ile bir analoji kurmanın yerinde olacağını düşünür. Söz veren bir kişi söz verdiği kişiyi bir hak sahibi yapan ve kendisini yükümlülük altına sokan, kendi ahlaki durumunu değiştiren bir hukuki yetki kullanmıştır. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, ss. 42-43.

açısından izah edilecek olursa, Senato kendisine yükümlülük yükleme, kendisini yaptırıma tabi kılma gibi bireylere özgü biçimde yasalara tabi olma sözünü veremez[445].

2.3.5. Zımni Buyruk Problemi

Austin hukuku oluşturan tüm yasaları egemenin tehditle desteklenen buyruklarına indirgeyen teorisine örf ve adet hukukunun egemenin iradesinin eseri olmadığı eleştirisinin yapılacağını öngörmüş, bu tür kuralların egemenin zımni buyruğu niteliğinde olduğunu ileri sürerek karşılık vermiştir. Egemenin açıkça yapılmasını ya da yapılmamasını emrettiği buyruklarının yanı sıra egemenin sessiz kalması, her hangi bir değişiklik yapmaması gibi pasif tutumuyla zımni bir rıza gösterdiği şeklinde değerlendirilebilecek eylemleri aracılığıyla hukukilik vasfını kazanan yasalar da söz konusu olabilir.

Örf ve adetlerin böyle bir zımni kabul ile egemenin iradesinin eseriymiş gibi betimlenmesi yeterli bir cevap olarak görülmeyip eleştirilmiştir. Bu eleştirilere karşı Austin'in teorisi uzlaşım (convention) kavramı üzerinden savunulmuştur[446].

2.3.6. Alışkanlıkla İtaat Kavramındaki Problemler

Hardin, alışkanlıkla itaat kavramına yönelik Hart'ın eleştirisinin, Austin'in meramını pek de iyi anlatamadığı anlamında kabul etmek gerektiğini söyler. Austin alışkanlıkla itaat kavramını açıklarken doğru terimlerle izah etmede başarısızlığa düşmüştür. Bu kavramı ele alışı dikkate alındığında bir davranışçı (behavioralist) olarak kavramı analiz ettiğini görürüz. Esasında Austin alışkanlıkla itaat ifadesini neredeyse her kullandığında davranışı düzenlemede *uzlaşımın gücü* anlamında kullanmaktadır. Gereğince eylemde bulunmaları için buyruk yönlendirilen kişilerin uyma ya da uymama davranışlarında hangi niyeti taşıdıklarıyla ilgilenmeyen Austinin, Hart'ın kavramsallaştırdığı kuralların içsel yönü, bu nedenle ilgi alanı dışındadır; onun odağı kuralların içinde yer alan ve insanların davranışlarını belirlenmesinde etkisi olan teşvikler sistemidir. Hart hukuk kavramını incelerken kuramının merkezine normatifliği yerleştirmiştir; oysa Austin'in pozitif hukuk söz konusu olduğunda yaptırımlar, arka planda işleyen toplumsallıkla bağlantısı çerçevesinde daha geniş perspektiften hukuku ele aldığında ise uzlaşımlar yoluyla sağlanan teşvikler sistemi olarak hukuktur ve böylece Austin normatif

[445] Hardin, "Sanction and Obligation", s. 405.
[446] Hardin, "Sanction and Obligation", ss. 408-10.

mülahazalara değinmekten kaçınmıştır[447]. Bu Austin savunusunda Austin'in alışkanlıkla itaat kavramının yerine uzlaşım kavramını yerleştirerek hukuku bir teşvik sistemi olarak betimleme imkânının sürdürülmeye çalışıldığını görüyoruz. Dolayısıyla bu açıklamalar Austin'in kuramını yıkmaya yönelik bir eleştiri değil de, zayıflığını kabul ederek tadil etme girişimi olarak yorumlanabilir[448].

Hart'a göre kuralların toplumsal alışkanlıklarla örtüşen, gözlemlenebilen dışsal yönünün yanı sıra içsel bir yönü de vardır. Bir kural bir kişiyi belirli bir şekilde davranmak yükümlülüğü altına soktuğunda, o kişi yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde her hangi bir olumsuzlukla karşılaşmayacağından emin olsa dahi yine de yükümlüdür. Hart bu durumu askerlik yükümlülüğü altında olan bir kişiyi örnek vererek izah eder. Askerlik yükümlüsü olan kişinin yükümlülüğünün temeli, itaatsizlik halinde yaptırıma maruz kalacak olması değil kuralın taşıdığı normatif anlamdır.

Hart, Austin'in alışkanlık kavramını basitçe topluluğun davranış düzenliliklerine işaret eden ve insanların yalnızca korku tarafından motive edildiği bir bağlamda tasavvur ettiğini ileri sürer. Ancak bu yorumun yerine Austin'in alışkanlık kavramını kurallara uymak anlamında kullandığını savunmaya engel teşkil edecek bir neden de bulunmamaktadır. Austin'e göre insanlar egemene itaat etmelerini gerektiren bir kuralın varlığına inanıyor olsalardı bu kural bir adet niteliğinde olurdu. Böyle bir kural egemenin yaptırım tehdidi ile desteklenen buyruğu olmadığı için pozitif hukuk olarak nitelendirilemez, ancak bir pozitif ahlak kuralı olarak görülmelidir. Böyle olmakla birlikte tebaanın egemene niçin itaat ettiğini açıklayabilecek bir kuraldır. Bu aslında Austin'in egemenin otoritesini açıklayan kuralın hukuki bir normdan türetilemeyeceğini kabul etmesi, ancak bir pozitif ahlak kuralı ile otoritesinin açıklanabileceğini kabul etmesi ile ilgilidir. Daha açık bir şekilde izah edilecek olunursa Austin egemenin otoritesini açıklayan anayasa hukuku kurallarını pozitif ahlak olarak nitelendirir ve bu hukuk bilimi ile ilgili değil hukuk öncesi bir meseledir. Bir hukukçunun bakış açısından egemenin

[447] Hardin, "Sanction and Obligation", s. 410.
[448] Nitekim Hardin de bu yorumu destekleyecek şu ifadeleri kullanıyor: "… *Austin'in teorisinin gerektirdiği şey yapıcı eleştiridir… Austin'in yaptığı gibi egemen ve tebaa arasındaki etkileşimin stratejik doğasına odaklanmak, bizleri nasıl işlediğini anlamaya zorlayarak hukukun doğasını netleştirir.*" Bkz. Hardin, "Sanction and Obligation", s. 411.

otoritesinin nasıl tesis olduğu itaat alışkanlığı kavramı ile açıklanabilecek bir toplumsal olguydu[449].

2.3.7. Egemenliğin Devri Problemi

Austin egemenliğin devri hakkında egemenliğin birleşik bir gruptan oluştuğu (örneğin kral ve parlamentodan oluşan meşruti monarşi) ve egemenliğin tek bir kişiden oluştuğu (örneğin mutlak monarşi) yönetim biçimleri bakımından ayrı ayrı ele almıştır.

Ona göre egemenliğin birleşik bir gruptan oluştuğu yönetim biçimlerinde örneğin kendi ülkesi olan İngiltere'de egemenliğin devrinin hangi usulle gerçekleşeceği bir yasa (İngiltere örneğinde Act of Settlement) ile açıkça belirlenmiş olduğundan, hükümdarın vefatından sonra kimin hükümdar olacağı bir problem olmamıştır. Kraliyet makamını işgal eden bir gerçek kişi ölümlü ve geçici nitelikli olsa da İngiliz anayasasında makamın kendisinin süresini kısıtlayan herhangi bir hüküm bulunmaz. Ve kraliyet makamının mevcut mukimi vefat edince kraliyet verasetini düzenleyen Act of Settlement uyarınca tacı almaya hak kazanan tahtın varisine krallık anında geçer[450]. Egemenliğin devrinin problem oluşu daha ziyade tek bir kişinin egemenliğinin söz konusu olduğu mutlakıyetçi monarşilerde yaşanır. Bu tür toplumlarda da yöneticinin tahtta belirli bir genel unvanla oturması halinde böyle olmayanlara kıyasla daha fazla istikrarın söz konusu olabileceğini ve ilk toplum türünün meşru ve anayasal toplum türü olarak nitelendirilebileceğini ileri sürdü. Hükümdarların birbirilerini izlemeleri belirli bir genel özelliğe göre olmaması halinde de Roma İmparatorluğu örneğinde olduğu gibi istikrarsızlık yaşanabileceğini ifade etmiştir[451]. Egemenliğin devrini belirleyen yasaların önemini bu şekilde izah eden Austin, bu yasaları pozitif ahlak olarak nitelendirir[452].

Austin'in kuramında normatif bir yükümlülük kavramına ya da kuralların içsel yönüne başvurmaya gereksinim duyulmamaktadır. Austin ağır maliyetlerden kaçınmak isteyenler için davranışları kısıtlamada uzlaşımların gücünün farkındadır. Egemenliğin veraset yoluyla devredildiği bir toplumda tebaanın yeni hükümdara itaatini sağlayan bu uzlaşımdır. Austin yeni hükümdarın kurallarına uyulmasını itaat alışkanlığı olarak adlandırmakta ise de Hume'u takip

[449] Lobban, "John Austin", ss. 233-34.
[450] Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ss. 128-29.
[451] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 121.
[452] Austin, Fransa'da tacın varisini belirleyen Salic yasasının pozitif ahlak niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Bkz. Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 175.

ederek daha yerinde bir adlandırma olan uzlaşıma atıf yapılmalıdır. Bu örnekte toplum hükümdarın ardıllığını belirleyen bir uzlaşım oluşturmuştur. Toplumda böyle bir uzlaşım söz konusu iken ufak bir azınlığın buna itiraz etmesinin pratik herhangi bir faydası olmayacaktır. Toplumun büyük çoğunluğu uzlaşım çerçevesinde eylemlerini belirliyorsa, uzlaşımın düzenlediği durum, eskisi gibi devam edeceğine dair beklenti aracılığıyla koordine edildiğinden bir süreklilik söz konusu olacak ve buna karşı çıkmaya çalışanlar başarılı olamayacaktır[453].

Hardin'e göre hükümdarın ardıllığı meselesini alışkanlık kelimesinin gündelik dildeki kullanımıyla izah etmemiz mümkün değildir. Burada alışkanlık kelimesini Hume tarafından ortaya konulan ve Lewis tarafından detaylandırılan uzlaşım kelimesi ile değiştirilmesi halinde tatminkâr bir açıklama sunulabilir. "*II. Rex, I. Rex'in halefi olmak açısından nüfusun uyum gösterebileceği bariz bir seçimse, o zaman II. Rex'e genel olarak itaat edilmelidir. Değilse, en azından II. Rex itaat etmeyenlere yaptırım uygulama kapasitesine ulaşana kadar ona itaat edilmez.*"[454]

Nüfusun büyük çoğunluğunun itaati Hart tarafından kurallara atıf yapılarak açıklanmışken, Hardin bunu uzlaşımlara dayandırır. Hart'ın iddiası ile kendi iddiasının benzerliğini ortaya koyup sonrasında kendi iddiasının Hart'ınkine kıyasla sağladığı avantajı açıklar. Ona göre Hart'ın kurallara dayalı gerekçelendirmesinin arka planında kuralları tasarlanmış resmi yapılar olmaktan ziyade Wittgenstein'ın etkisiyle gayrı resmi uygulamalar olarak gören bir bakış açısı vardır. Elbette davranışları belirlemek için açık ve ilan edilmiş bir kural varsa bununla paralellik gösteren uzlaşımın uygulanabilme kabiliyeti artacaktır. Böylece uzlaşım temelli bir açıklama tıpkı kural temelli bir açıklama gibi pekâlâ resmi bir sistem sunabilir. Dahası uzlaşımlara hiç değinmeksizin salt kurallar üzerinden tanımlanan en resmi bir sistem dahi kurallarındaki terimlerin anlamları toplumsal uzlaşımlarca belirlenmiştir. Hart ile kendi iddiasının bu benzerliğini ortaya koyduktan sonra Hardin kendi iddiasının sağladığı avantajı ortaya koyar. Kural temelli açıklamaya kıyasla uzlaşım temelli açıklama gayrı resmi uygulamalara yaptığı atıf nedeniyle hukukun stratejik kökenlerine ve dayanaklarına odaklanır ve böylece hukukun

[453] Hardin, "Sanction and Obligation", ss. 410-11.
[454] Hardin, "Sanction and Obligation", s. 411.

nasıl işlediğini açıklamaya yardımcı olur. Hart'ın kurallara dayanan izahı ise daha ziyade bir tanımlama teşebbüsü olarak sınırlı kalacak hukukun nasıl işlediğini açıklayamayacaktır[455].

2.3.8. Yükümlülük/Ödev Kavramına Dair Problemler

Hart, toplumdaki bireylerin önemli bir kısmının hukuk kurallarının uygulanmasını kabul ettiğini, buna dair gönüllü işbirliği halinde olduklarını ve bu çerçevede hem kendi hem de başkalarının davranışlarını kurallar süzgecinden geçirerek kritize ettiklerini iddia eder[456]. Toplumda kurallara riayeti bir davranış biçimi olarak benimseyen ve bu benimseyişin sebebi olarak yaptırım tehdidinden çekinmek değil de kuralları içselleştirmiş olmak yatan bunca kişi dikkate alınmaksızın salt "kötü adam" perspektifi üzerinden yaptırımları yükümlülüğün unsuru olarak görmek hatalıdır.

İnsanların çoğunluğunun hukuka yaptırım korkusundan ötürü değil de gönüllü olarak itaat ettiği gerçeğini Austin de reddetmez, hatta bir hukuk sisteminin başarılı bir şekilde sürdürülmesi için gerekli görür. Bu hususu her ne kadar pozitif ahlak ya da uygun olmayan bir şekilde yasa olarak adlandırılmış bir durum olarak görse de, bu onun bu gerçeği önemsemediği anlamına gelmez. Bu noktada Austin, birçok insanın hukuka gönüllüce itaat etmesi halinde yaptırımların kullanılmasının daha az gerekeceği ve kuralların etkinliğinin daha artacağı konusunda Hart ile anlaşmakta bir beis görmeyecektir. Nitekim Hart'ın da belirttiği gibi bazılarının gönüllü işbirliği olmadan otorite yaratan hukukun ve hükümetin cebri gücü tesis edilemez, sürdürülemez. Ancak tartışmayı bu minvalde yürüttüğümüzde hukuki yükümlülük kavramını toplumsal olgu bir zemine konumlandırmış oluruz ve bu nedenle hukukun temelinin yaptırım tehdidi olduğu görüşünü kabul edip Austin'in yanında yer almamız gerekir[457].

Austin'in yükümlülük kavramına yönelik eleştirilerden biri de yasa muhatabının hislerini yükümlülük kavramının belirlenmesine dâhil ettiği şeklindedir. Bu eleştiriye göre Austin egemenin tehditle desteklenen buyruklarından oluşan hukuk alanındaki her bir ödevi bir siyasi rejim tarafından bir yaptırımın dayatılmasına *korku* duyarak maruz kalma durumu olarak tanımlamıştır. Örneğin bir kişinin birini öldürmekten kaçınması hukuki bir ödevdir ve bu ifade bir kişi herhangi bir kişiyi öldürürse *korku* duyacağı bir yaptırıma maruz kalacak demektir.

[455] Hardin, "Sanction and Obligation", s. 412.
[456] Hart, *The Concept of Law*, s. 88.
[457] Hardin, "Sanction and Obligation", s. 416.

Austin böylece yükümlülük-ödev kavramının tanımına muhatabın yaptırımdan duyduğu korkuyu yerleştirmiş olur, böylece muhatabın ödevde bulunana yaptırıma dair hisleri ödev-yükümlülük açısından kurucu bir unsur olarak görülmüş olur. Austin'in en önemli eleştirmenlerinden kabul edilebilecek Hart bile Austin'le ilgili olarak "*bir kişinin inançlarının, korkularının ve güdülerinin, [o kişinin] bir şey yapmakla yükümlü olup olmaması ile ilgisizliğini ayırt etmede*" başarılı olduğunu söyleyerek hataya düşmüştür. Oysa Hart yükümlülük kavramı analizinde zorunda olmak ve bir yükümlülüğü olmak kavramları arasındaki farkı ortaya koyup bunun üzerinden hukuki yükümlülükler/ödevler öznel yanı hakkında önemli bir farkındalık sergilemişken, bu keskin farkındalığın anılan bu hususta gerçekleşmemiş olması şaşırtıcıdır[458].

2.3.9. Olasılık Temelli Yaptırım Açıklaması

Austin'in yaptırım hakkındaki görüşlerine dair dile getirilen en önemli eleştirilerden birisi kötü sonuçların ortaya çıkma olasılığını yaptırım kavramı ile ilişkilendirmiş olmasıdır. Bu eleştirilerin kaynağı ve yönlendiricisi olarak Hart'ın eleştirileri temel olarak görülebilir. Hart'ın eleştirilerinden sonra Austin'in hukuk hakkındaki görüşlerinin yasanın içerik ve etkisinin normatif yönünü gözden kaçırdığı iddiası kabul edilmiş standart bir Austin eleştirisi haline gelmiştir. Austin hukuki ilişkileri normatif olmaktan ziyade fiziksel ve psikolojik ilişkiler olarak açıklama gayretinde olmuştur[459]. Austin'in olasılık temelli yaptırım açıklaması genellikle öngörülmüş olan yaptırımın şiddetinin hukuki ödev/yükümlülüğün varlık kazanmasına etkisinin olmadığını açıklama ve aksi iddiada bulunan Paley'in yükümlülük analizini çürütme amacını taşıyan pasajına atıfla ortaya konmaktadır:

> "Muhtemel kötülük ne kadar büyük olursa ve onu gerçekleştirme şansı ne kadar büyük olursa, buyruğun etkinliği o kadar büyük ve yükümlülüğün gücü o kadar büyük olur: Veya (yerine tam olarak eşdeğer ifadeler koyarsak), buyruğa uyulma ve ödevin ihlal edilmeme şansı o kadar artar"[460]

Kramer, bu kısacık ifadede beş tane kusur olduğunu söyler. İlk olarak yasanın muhatapları yasadan bihaber olabilirler ya da yasaya eklenen yaptırımın mahiyetinden yasayı ihlal edip

[458] Matthew H. Kramer, "John Austin on Punishment", *Oxford Studies in Philosophy of Law: Volume 2*, ed. Leslie Green, Brian Leiter, Oxford University Press 2013, s. 104.
[459] Kramer, "John Austin on Punishment", s. 105.
[460] Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 23.

yakalanmaları halinde maruz kalma ihtimali olan kötülükten habersiz olabilirler. Bunun sonucu olarak insanların bir hukuki ödevin varlığından habersizlerse ona itaat etmek için yaptırımlar aracılığıyla motive olmaları da mümkün olmayacaktır. Ya da yaptırımın mahiyetine, şiddetine dair bilgisizlerse yaptırımın şiddetli ya da şiddetsiz oluşu yasaya itaati sağlayan bir unsur olma vasfını haiz olamayacaktır. Yasanın muhatabı açısından bu ve benzeri bilişsel yetersizlikler Austin'in yaptırımın şiddeti arttıkça itaat ihtimalinin artacağı iddiasını suya düşürmektedir[461].

Austin'in bu iddiasını zayıflatan ikinci bir ihtimal, bir kişinin belirli düzeyde şiddeti olan bir yaptırımla itaati temin edildiğinde daha şiddetli bir yaptırımın onun itaati için bir faydasının olmamasıdır. Bu ihtimalde daha şiddetli bir yaptırım öngörülmesinin ilgili yasaya itaat ihtimalini arttırması gibi bir sonuç doğmayacaktır. Tersine söz konusu kişi için yeterli düzeyde şiddeti barındıran bir yaptırım öngörülerek bir önceki durumdan daha az şiddetli yaptırım öngörülmüş olması itaat olasılığını azaltmayacaktır[462].

Austin'in ifadelerine yönelik üçüncü bir problem bazı insanların yaptırıma maruz kalmayacaklarına emin olmaları halinde yaptırımın şiddetinin itaati artırma ile bağının yine kesilecek olmasıdır. Bazı kişiler hukuki ödeve bağlı herhangi bir yaptırımdan kaçınabileceklerine ikna olmuşlarsa ödevi ihlal etme olasılıkları yaptırımın sert ya da hafif olmasından etkilenmez[463].

Dördüncü husus insanların yaptırım olmasa da uyma eğilimi taşıdıkları hukuki yükümlülüklere yaptırım iliştirilmesi gereksizliğidir. Bu durumda hukuki bir buyruk aracılığıyla bu eylemi uyulmasını sağlamak için getirilen yaptırım gereksiz olacaktır. Austin Beşinci aksaklık ise her ne şiddette yaptırım öngörülmüş olursa olsun bazı insanların yasaya aykırı eylemi yapmakta kararlı oldukları ihtimaldir. Bu durum genelde dini yasalar ya da şeref yasaları ile hukuki yasaların çatışması halinde gündeme gelir. Austin bir pratik hakkında "*o pratik ahlaki veya dini duygular tarafından destekleniyorsa, hukukun getirebileceği olası en güçlü elemin diğer yarışan yaptırımların daha güçlü olan korkusu karşısında yenilebileceğini unutuyorlar*"[464]

[461] Kramer, "John Austin on Punishment", s. 106.
[462] Kramer, "John Austin on Punishment", s. 106.
[463] Kramer, "John Austin on Punishment", ss. 106-7.
[464] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 124.

sözleriyle hukuki yasalarla çatışan diğer tür yasaların yaptırımlarının daha güçlü olabileceğinin farkında olduğunu göstermiş oluyor[465].

Kramer'in bu eleştirisinde yapmış olduğu bir hata göze çarpmaktadır. Austin bir yükümlülüğün varlığından söz edebilmemiz için en küçük düzeyde de olsa bir kötülük uygulanacağına dair minumum bir ihtimalin varlığını gerekli görmüştür. Yaptırımın daha şiddetli oluşu ya da daha az şiddetli oluşu yükümlülüğün varlığıyla ilgili bir konu değildir, yükümlülüğe itaat edilme ihtimalini artıran bir hususiyettir. Ancak yükümlülüğe itaat edilme ihtimalini artması ifadesini yasanın muhatabı olan her bir bireyin yasaya itaat etme ihtimalinin artması olarak değerlendirilmesi bir hatadır. Austin bu ifadeleri yaptırımın şiddeti arttıkça ne kadar fazla kişinin iradesini etkileyebileceği ve yasanın muhatabı olan toplulukta ne oranda yasaya itaat edileceği çerçevesinde değerlendirilmelidir. Zira her bireyin hukuki yükümlülüğünü yerine getirmek için güdülenebileceği yaptırım derecesi birbirinden farklı olabilir. Örneğin hırsızlığı yasaklayan bir yasa, hırsızlık yapmama ödevi getirir. Bu yasağın muhataplarından bazıları herhangi bir yaptırım öngörülmemiş olsa da kendi ahlaki gerekçeleriyle bu yükümlüğe uygun davranış geliştirir. Bir kısım yasa muhatabı için bir yıllık bir hürriyeti bağlayıcı ceza yeterli caydırıcı etkiye sahipken bir kısım yasa muhatabı açısından bu süre herhangi bir caydırıcı etkiye sahip olmayabilir. Sonuç olarak hırsızlık suçuna sadece bir yıllık bir ceza öngörülürse yasaya itaatini temin etmek için daha şiddetli yaptırım gereksinim duyanların yasaya itaat etmemeleri olasıdır. Dolayısı ile bir toplumda hukuki yükümlülüğe uygun davranılması ihtimali daha şiddetli bir yaptırım öngörülmesi halinde artabilir. Austin'in pasajında geçen itaat etme ihtimali ibaresini, her bir bireyin kurala itaat etme ihtimali olarak değil de toplumda kurala ne oranda itaat edileceği şeklinde anlamak yerinde olacaktır.

2.3.10. Yaptırımın Amacının Tanıma Dâhil Edilmesi

Austin hukukta ceza dışında da yaptırımlar bulunduğunun farkındadır. Onun ifadeleriyle, *"itaatsizliğin yol açacağı kötülük, çoğu zaman bir cezadır. Ancak dar anlamıyla cezalar yalnızca bir yaptırım sınıfı olduğundan, bu terim [genel olarak yaptırım kavramının] anlamı ifade edemeyecek kadar dardır.*[466]*"* Bir kişinin sahibinden alıkoyduğu evi tamir etme

[465] Kramer, "John Austin on Punishment", s. 107.

[466] Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 22. Austin'in bu eserinin Türkçe çevirisine esas alınan metinde "*Ancak dar anlamıyla cezalar yalnızca bir yaptırım sınıfı olduğundan, bu terim anlamı ifade edemeyecek kadar dardır"* ifadesi yer almaz. Bunun yerine cezanın bir yaptırım türü olduğu ifadesi yer alır. Cezanın niçin

yükümlülüğü, ihlal ettiği sözleşme nedeniyle karşı tarafı tatmin etme yükümlülüğü, haksız fiile maruz kalan tarafa zarar verenin tazminat ödemesi yükümlülüğü[467] ve hükümsüzlük[468] cezadan farklı yaptırım türlerine Austin'in verdiği örnekler olarak gösterilebilir. Ne var ki Austin'e yöneltilen eleştirilerden birine göre, Austin diğer yaptırımların varlığından haberdar olmakla birlikte cezalar ile diğer yaptırımların farklarını ortaya koymamıştır[469]. Bu ise onun yaptırım kuramının, tüm yaptırım türlerinin cezalar gibi işlediği ve aynı amaçla konuldukları şeklinde anlaşılmasına yol açmıştır.

Austin yaptırımların amacıyla ilgili olarak caydırıcılık odaklı bir yaklaşımı benimsemiştir. Ona göre insanlar hukuk tarafından öngörülen kötülükten (yaptırımdan) sakınabilmek için hukuki buyrukta emredilen eylemi yapmak ve yasaklanan eylemi yapmaktan kaçınmak isterler[470]. Yaptırıma dair caydırıcılık temellendirmesinin arka planında ise faydacı düşünce yer alır. Yaptırımların amacını caydırıcılık olarak belirleyen bir teoriye göre yaptırımlar, ihlalleri en iyi biçimde engelleyecek şekilde belirlenmelidir. Zira burada yaptırım aracılığıyla elde edilmesi umulan fayda, kuralların ihlal edilmesinin engellenmesidir[471].

Kramer'e göre yaptırımın ya da cezanın amacının caydırıcılık olarak belirlenmesi bir problem taşımaz. Ancak Austin caydırıcılık amacını yaptırımın tanımını yaparken kullandığında bir problem ortaya çıkacaktır. Austin *"yaptırım olarak adlandırılması uygun olan her şeyin bir buyruğa eklenen muhtemel bir kötülük olduğunu"*, muhtemel kötülüğün belirli şekilde davranılması için bir güdü olarak işlev görebileceğini ancak *"davranış emredilmediği ve itaati zorlamak için buyruğa kötülük eklenmediği sürece, kötülük terimin doğru anlamında bir yaptırım"* olmadığını belirtmektedir[472]. Kramer, Austin'in bu pasajda ana amacının hukuki olan yaptırımlarla diğer yaptırımlar arasındaki farkı vurgulamak olduğunu kabul etmekle birlikte, yaptırımın amacı açısından caydırıcılık görüşünün benimsendiğinin de görülebileceğini söyler. Burada yaptırıma bir amaç atfedilmesi esasında siyasi-ahlaki niteliği haiz bir iddiadır. Zira

yaptırım kavramının karşılığı olarak kullanılamayacağı ve yaptırımın alt kümelerinden biri olduğunu daha iyi ortaya koyduğu için *The Province of Jurisprudence Determined* adlı esere atıf yapılmıştır. Köşeli parantez içindeki ifade ise açıklık sağlanması amacıyla eklenmiştir.

[467] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 456.
[468] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 457.
[469] Kramer, "John Austin on Punishment", s. 110.
[470] Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, s. 446.
[471] Kramer, "John Austin on Punishment", ss. 111-12.
[472] Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 118.

cezanın amacına dair kapasitesizleştirme, ödetme, ıslah, kınama gibi amaçlar değil de caydırıcılığın benimsenmesi ahlaki bir tavrın benimsendiğini gösterir ki, Austin örneğinde bu tavrın faydacı ahlak olduğu açıklıkla söylenebilir[473]. Burada sorun itaati zorlamak için buyruğa eklenmedikçe kötülüğün (uygun adlandırmayla) yaptırım olamayacak oluşudur. Buyruğa eklenen herhangi bir kötülük değil itaati sağlama amacı taşıyan kötülük yaptırımdır. Kramer, bunun yanlışlığını Austin'in ifadelerinde caydırıcılığı akla getiren "itaati sağlamak" ifadesinin yerine ödetmeciliği çağrıştıran "hak etme" ifadesini yerleştirerek göstermeye çalışır. Yasayı ihlal eden kişiye hak ettiği karşılığın verilmesi için uygulanacak muhtemel kötülük yaptırımdır şeklinde ifade olunabilecek karşı örnek, uygun adlandırılmış bir yaptırımın ödetmeci bir amacı taşıması gerektiğini söyler ki bu ifadenin tuhaflığı derhal dikkat çekecektir[474]. Özetle ona göre yaptırıma bir amaç atfedilmesi problem taşımaz ancak atfedilen amacın yaptırımın tanımına dâhil edilmesi problemlidir.

Kramer'in Austin'le ilgili bu eleştirisi pek üzerinde durulması gereken bir husus değildir. Bir kere Austin fayda ilkesini benimsediğini sıklıkla dile getirir; Bentham'ın öğrencisi olarak temelinde faydacılık yer alan bir hukuk kuramı inşa etmesi şaşırtıcı değildir. İkincisi Austin cezai ya da medeni tüm yaptırım türlerinin en nihayetinde ihlalin önlenmesi, başka bir deyişle caydırıcılık amacını taşıdığını düşünmektedir. İlk bakışta tazminat gibi bir medeni yaptırımın caydırıcılıktan ziyade verilen zararın karşılanması amacını taşıdığının düşünülebileceğini ancak esasında bu yaptırımın da nihai amacının önleme/caydırma olduğunu açıklamıştır[475]. Yaptırımın tanımında amacının kapsanmasının ne gibi bir problem teşkil ettiği ise anlaşılamamıştır; mademki tüm yaptırım türleri nihai olarak caydırma amacını taşımaktadır, o halde bu amacın yaptırım kavramının tanımında yer almasında bir problem bulunmamaktadır.

[473] Kramer, "John Austin on Punishment", s. 113.
[474] Kramer, "John Austin on Punishment", s. 116.
[475] Bu çalışmanın I. bölümünün "*2.3.5.2. Yaptırımın Amacı Bakımından Yaptırım Türleri*" başlığına bakınız.

II. BÖLÜM: YAPTIRIMI HUKUKUN ASLİ UNSURU OLARAK GÖRMEYEN GÖRÜŞLER

Analitik hukuki pozitivizmin 20. Yüzyıldaki modern temsilcileri hukuki pozitivizmi yeniden sahneye çıkardığı ve hukuka dair tartışmalarda pozitivist görüşlerin dikkate alınmasını sağlamıştır. En önemli temsilcileri arasında H.L.A. Hart ve öğrencisi Joseph Raz gösterilebilir. Nitekim modern hukuki pozitivizm zaman içerisinde kapsayıcı ve dışlayıcı hukuki pozitivizm şeklinde ikiye ayrıldığında Hart ilk gruba Raz ise ikinci gruba dâhil edilmiştir. Yaptırımın hukukta ne role sahip olduğu tartışmasında ise yazarlar yaptrırımın hukukun asli bir unsuru olmadığı hususunda mettefiktirler. Elbette bu sonuca ulaşma yolları arasında önemli farklar bulunmaktadır. Bunlar takip eden başlıklarda açıklanacaktır ancak en temel farkın her iki yazarın kuramlarının temeli ile ilgili olduğu söylenebilir. Hart hukuk kuramını *kural* kavramı üzerine kurmuş, Raz eylem sebepleri ve otorite kavramları ile ilişkilendirdiği *norm* kavramı üzerine kurmuştur. Bu bölümün iki ana başşlığının yapısı özetle şu şekildedir: her iki yazarın da yaptırımların hukuktaki rolüne dair görüşlerinin anlaşılabilemesi için öncelikle hukuk kuramları genel olarak ortaya konmuş sonrasında yaptırıma dair görüşleri açıklanacak ve son olarak yaptrım anlayışlarına yönelik eleştirilere yer verilmiştir.

1. H.L.A. HART VE YAPTIRIM

1.1. Ana Hatlarıyla Hart'ın Hukuk Kuramı

1. 1.1. Kural Fikri

H.L.A. Hart'a göre hukuk ancak kural fikri aracılığıyla açıklanabilir ve buyruk, egemen, itaat alışkanlığı, tehdit gibi kavramlarla bir kural fikri oluşturulamayacağından buyruk kuramı hukuku açıklamakta başarısızlığa düşmüştür. Kural fikri açıklanması zor olan bir mesele olmakla birlikte kompleks bir yapıya sahip olan hukuk kavramının açıklanabilmesi için bu zahmete katlanılması zorunludur[476]. Hukuku anlamak için atılması gereken ikinci adım hukukun her türden kuralla değil, toplumsal nitelikli olan kurallarla ilgili olduğudur. Böylelikle

[476] Hart, *The Concept of Law*, ss. 80-81.

hukukun anlaşılmasını sağlayacak en temel birim toplumsal kurallar olarak belirlenmiş olur. Toplumsal kurallar ise bir toplumsal grubun pratikleri tarafından şekillendirilmektedir.

Kuralların hukuku anlamada rolünün anlaşılması adına hukukun kurallardan oluştuğu ifadesine hukukun aynı zamanda kurallar tarafından oluşturulduğu fikrinin vurgulanması gerekir. Hukuk bir kurallar sistemidir ve bu sistem kurallar aracılığıyla oluşturulmuş kurallar üzerine kurulmuş bir sistemdir. Hart, Bentham ve Austin'in aksine hukuk kurallarını egemenin eseri olmaktan ibaret görmez, aynı zamanda egemenlik de kurallar aracılığıyla yaratılmış bir kurumdur. Hukuk egemenlik yetkilerinin kullanımı ile ilgili makamları işgal edenler değişse dahi varlığını sürdüren, insanlara görevler yükleyen, yetkiler veren, hangi kuralların hukuk kuralları olduğu hususundaki şüpheleri gideren, uyuşmazlıkların nihai çözüm usulerini belirleyen kurallardan oluşan bir yapıdır ve bu yapı ikincil kurallar –tanıma, değiştirme ve yargılama kuralları- olmaksızın açıklanamaz[477].

1.1.2. Toplumsal Bir Pratik Olarak Kurallar

Hart'a göre hukuk kuralları toplumsal uygulamalar neticesinde ortaya çıkan kurallardır. Genel anlamda tüm pozitivistlerin iddiası, hukukun kaynağını aşkın, metafizik göndermelerle değil toplumsal olgular üzerinden açıklamak olmuştur. Hart da bu bağlamda pozitivizt bir tutum benimsemiş ve hukuk kurallarını toplumsal pratiklerle ilişkilendirmiştir[478]. Böylece Hart'ın teorisi göre toplumsal kuralların ne olduğunun iyi anlaşılmasını hukuku anlama çabası açısından önemli hale getirmiştir. Hart, kendi teorisini geliştirirken özellikle de Austin'in teorisine yönelik eleştirilerinden beslendiğinden toplumsal kural kavramını da Austin'in kuramındanki muadil kavram olan alışkanlıklarla karşılaştırıp, toplumsal kuralların alışkanlıklarla benzer ve farklı yönlerini izah ederek açıklamıştır.

İlk olarak toplumsal kurallar toplumun çoğunluğu tarafından genel olarak uyulan kurallardır; bir davranış düzenliliği oluşturması yönünden alışkanlıklarla benzerlik göstermektedir. Ancak salt davranış düzenliliği bir alışkanlığın varlığı için yeterli iken bir kuralın varlığı için yeterli değildir. Toplumsal kuralların ikinci özelliği kuraldan sapmaların toplumun üyelerince genellikle eleştiriye açık hata ya da eksiklikler olarak görülmesidir. Bu genel bakış açısının

[477] Scott J. Shapiro, "What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?", *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, ed. Matthew Adler, Kenneth Einar Himma, Oxford University Press, New York 2009, s. 235.
[478] Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, 2. Baskı, Oxford University Press, New York 1990, s. 51.

bir sonucu olarak sapma davranışında bulunanlara ya da sapma tehdidine karşı toplumun çoğunluğu tarafından bir uyma baskısı yönlendirilir. Üçüncü özellik ise toplumsal bir kural söz konusu olduğunda, kuraldan sapılmış olması toplum üyelerinin genelince eleştiri için iyi bir gerekçe olarak kabul edilir. Bu bağlamda sapma davranışında bulunanlara yönelik eleştiriler genel olarak meşru ve haklı olarak kabul edilir.[479] O halde toplumsal bir kuralın varlığı için Hart'ın üç koşul saptadığı söylenebilir: 1) Kurala toplumun genelince uyulması gerekir, 2) Sapma davranışları eleştiriye açık hata ya da eksiklikler olarak görülür ve bu davranışlara karşı uyma baskıyı yöneltilir, 3) Sapma hem eleştiri hem de uyma baskısı için meşru ve haklı bir gerekçe oluşturur.

Hart toplumsal kuralların bu üçüncü özelliğinin hukuk kuramcıları tarafından çokça takdir edilemeyen özenmli bir özellik olduğunu vurgular. Nitekim bu özelliği izah eden Hart bunun kuralların içsel yönü olduğunu belirtmiştir. *The Concept of Law*'da ilk olarak burada karşımıza çıkan kuralların içsel yönü dışsal yönü ayrımı toplumsal kuralların ve dolayısıyla hukukun anlaşılabilmesi için önemli bir özelliktir. Hart bu husus üzerinde daha detaylı duracağını belirttiğinden; kuralların içsel-dışsal yönü ve içsel-dışsal bakış açısı ayrımlarının toplumsal kurallar bahsinde ayrı bir başlık olarak analiz edilmesi yerinde olacaktır.

1.1.2.1. Kuralların İçsel-Dışsal Yönü/İçsel-Dışsal Bakış Açısı

Hart, Bentham ve Austin tarafından ortaya konan buyruk hukuk kuramının hukukun kompleks yapısını izah edebilme görevini ifa edemeyecek basitlikte bulmaktadır. Bu kuramın temel hatasının hukuku yaptırım kavramını merkeze alarak açıklamaya çalışmak olduğunu savunan Hart, hukuka dair geliştirilen her türden yaptırım merkezli açıklamanın hukukun temel bir özelliğini, içsel bakış açısını görmezden geldiğini ileri sürmüştür[480].

[479] Hart, *The Concept of Law*, ss. 55-56. Toplumsal kurallara dair bu üçüncü özellik Hart'a göre net bir biçimde ortaya konması zor bir husustur. Nasıl ki bir insanın kel olduğunun söylenebilmesi için başında azami ne kadar saç olabileceğinin söylenmesi zorsa kuralın toplum üyelerinin ne kadarı tarafından bir eleştiri standardı olara görüldüğünün belirlenmesi de o denli zordur. Ancak açık olan şudur ki; bir toplumsal kural söz konusu olduğunda grup üyelerinin çoğunluğu bu kurallara uyar; kurala uymayıp ve bununla yetinmeyip kuralı hem kendileri hem de toplumun tüm üyeleri için bir davranış standardı olarak görmeyi reddedenlerin ise azınlık olması gerekmektedir. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 56. Raz, Hart'ın saymış olduğu bu özelliklere, onun konuyu ele alış biçimini de dikkate alarak dördüncü bir özellik ekler: bir toplumsal kural için bu üç koşulun varlığı grup üyelerinin yaygın bir kesimi tarafından bilinmektedir. Bkz. Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of the Legal System*, 2nd edition Oxford University Press, New York 1980, s. 148.

[480] Scott Shapiro, "What Is the Internal Point of View?", *Fordham Law Review*, C. 75, S. 3 (2006), s. 1157.

Hart İskandinav realislerinden ilham alarak kuralların dışsal ve içsel yönü olacağı tezini ileri sürmüştür. İskandinav realistlerine göre kurallarda bulunan güç unsuru onun yalnızca dışsal yönünü temsil eder. Hart kuralın güçle ilgili bu dışsal yönüne ek olarak insanların güç tehdidinden bağımsız, gönüllü olarak hukuka uymaları bakımından kurallarının sağladığı ölçütler bakımından da hukukun işlevinin dikkate alınması gerektiğini düşünmektedir. Kurallara dair vurgulamış olduğu bu ikinci yönü kuralın içsel yönü olarak adlandırır[481].

Hart selefleri Bentham ve Austin'e yönelik eleştirilerinden bir tanesi de bu düşünürlerin hukuku salt davranış düzenlilikleri, alışkanlıklar olarak gören dışsal bakış açısından ele almış olmaladır. Hart'a göre bir toplumsal grubun alışkanlıkları ve kuralları arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Bir alışkanlık söz konusu olduğundan, dışardan bakan biri belirli koşulların gerçekleşmesiyle belirli sonuçların doğduğuna yönelik bir gözlem yapacaktır. Alışkanlıklarda doğal nedensellik benzer bir biçimde toplumsal düzeyde bir sebep-sonuç ilişkisi söz konusudur.

Her hangi *bir kural gerektirmemesine* rağmen İngilizlerin beş çayı içmesi, korona virüs salgını süreci neticesinde bir toplumsal grubun üyeleri arasında kapalı mekânlarda yaygın bir biçimde maske takılması, haftanın belirli günlerinde sinemaya gidilmesi ya da yine salgınla birlikte bu uygulamanın önemli ölçüde azalması gibi durumlarda toplumsal bir alışkanlık söz konusudur. Alışkanlık, bir toplumsal grubun üyeleri arasında davranışları açısından *salt bir yakınsama* olduğunda söz konusu olmaktadır[482]. Bir toplumsal kuralın varlığı halinde de grup üyelerinin davranışları arasında yakınsamanın bulunduğu yaygın bir biçimde gözlemlenebilir; ancak alışkanlıktan farklı olarak kural söz konusu olduğunda davranış düzenliliği olarak gözlemlenebilen bu dışsal yöne içsel bir yön de eklenmektedir.

Hart toplumsal kurallar ve alışkanlıkların belirli davranış düzenlilikleri olarak dışsal açıdan gözlemlenebilmeleri yünüyle benzediklerini ifade etmiştir. Ancak toplumsal kurallar üç bakımdan alışkanlıklardan farklılaşmaktadır. İlk olarak toplumsal kural söz konusu olduğunda kuraldan sapmalar genellikle eleştiriye açık eksiklik ve ya hata olarak görülür ve uyum gösterilmesi için baskı ile mukabele edilir. Oysa alışkanlıklar söz konusu olduğundan alışkanlıktan sapan bir kişinin eleştirilmesi genellikle söz konusu olmaz. İkinci olarak

[481] Leo Kanowitz, "The Place of Sanctions in Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", *Duquesne Law Review*, C. 5, S. 1 (1966), s. 3.
[482] Hart, *The Concept of Law*, s. 9.

toplumsal kuralın kendisi kuraldan sapan kişinin eleştirilmesi için grup üyelerince iyi bir neden olarak kabul edilir. Hem sapmaya yönelik eleştiriler hem de kurala uyulması yönünde yapılan baskı haklı ve meşru görülür. Alışkanlık durumunda ise sapmaya yönelik eleştirinin meşruluğu ya da haklılığı alışkanlık aracılığıyla sağlanamaz; eleştirinin meşruluğu için başka araçlara ihtiyaç vardır. Üçüncü olarak toplumsal kuralların davranış düzenliliği olarak gözlemlenebilen dışsal yönünün yanı sıra içsel bir yönü de bulunmaktadır. Bir toplumsal kuralın var olabilmesi için grup üyelerinden en azından bir kısmının kuralda belirtilen davranış biçimini grup üyelerinin tamamı tarafından uyulması gereken bir ölçüt olarak görmesi gerekmektedir. Bu husus kuralın içsel yönünü teşkil etmektedir[483].

Hart'ın bu açıklamalarından çıkan sonuç kuralın içsel yönünün bulunmasının onun alışkanlardan ayırt edilmesini sağlayan bir özellik olduğudur. Kural ve alışkanlık ayrımını doğru yapabilmenin hukukun anlaşılabilmesi bakımdan önemli olduğunu düşünen[484] Hart, kuralların içsel yönü hakkında hem bu ayrımın yapılmasında kritik bir rolü olan nedeniyle hem de hukuk bilimi çalışmalarında sıklıkla ya ihmal edildiği ya da yanlış anlaşıldığını düşündüğünden[485] ayrı bir ehemmiyetle durmuş ve açıklamaya çalışmıştır.

Hart kuralların içsel yönü özelliğinin satranç oyunun kuralları üzerinden gösterilebileceğini belirtir. Satranç oyuncuları herhangi bir taşı oyun kuralları çerçevesinde hareket ettirirlerken onları dışarıdan gözlemleyen ve kurallardan habersiz olan bir gözlemci belirli durumlarda benzer şekilde hareket ettiklerini gözlemleyecektir. Ancak satranç oyuncuları yapılan bu gözlemin ötesinde oyun kurallarını tüm satranç oyuncuları için bir davranış ölçütü olarak görmektedirler. Başka bir ifadeyle oyuna dair gerçekleştirilecek eylemler için eleştirel yansıtıcı bir tutuma sahiptirler. Örneğin vezirin belirli yönlerde hareket ettirilebilmesinin hem kendileri hem de diğer oyuncular için bir gereklilik olduğu görüşüne sahiptirler. Vezirini bu çerçevede hareket ettirmeyen ya da ettirmeyeceğini beyan eden bir oyuncuya yönelik olarak diğer oyuncuların eleştirileri ve ondan kabul edilebilir hamleyi yapmasını istemeleri oyunun kurallarının sağladığı meşruluktan faydalanacaktır. Burada oyuncuların nasıl davranması

[483] Hart, *The Concept of Law*, ss. 54-55.
[484] Hart, *The Concept of Law*, s. 12.
[485] Hart, *The Concept of Law*, s. 56.

gerektiği, sapma davranışına yönelik tepkinin nasıl verileceği gibi hususları belirleyen oyun kurallarındaki normatif dildir[486].

Hart, grup üyelerinin çoğunluğu tarafından kabul edilen bir toplumsal kuralın ihlal edilmesi halinde grup üyelerince dile getirilen eleştiri ya da uyma baskısının insanlar üzerinde yaratacağı kısıtlanma, zorlanma ve benzeri bir psikolojik deneyime indirgeyen ve kuralların içsel yönünü bir *his* meselesi olarak değerlendiren görüşlerin kavramı yanlış sunduğunu ileri sürer. Bireylerin eleştiri ve uyma baskısı karşısında kendilerini kısıtlanma ya da zorlanma türü mecburiyet altında hissetmeleri doğaldır. Ancak bağlayıcı bir toplumsal kuralın varlığı için bu hisler ya da duygular ne gereklidir ne de yeterlidir; bir kişi kendisini böyle bir mecburiyet altında hissetmeksizin pekâlâ bir kuralı kabul edebilir. O halde bağlayıcı bir kuralın varlığı için gerekli olan *mecburiyet hissi* olamaz. Hart'a göre bir toplumsal kuralın varlığı için kuralların içsel yönü çerçevesinde gerekli olan "ortak bir standart olarak belirli davranış kalıplarına yönelik eleştirel ve yansıtıcı bir tutum", bu tutumun özeleştiri de dâhil olmak üzere eleştirinin, uyma taleplerinin ve bu eleştiri ve taleplerin haklı olduğunun kabulü ve bu ifadelerin gereklilik bildiren "–meli, -malı"[487] şeklinde normatif bir dille beyan edilmesidir[488]. Hart'ın eleştirel yansıtıcı tutum olarak nitelendirdiği kuralların içsel yönünü hesaba katan bu bakış açısının toplumsal kuralların süjelerin davranışları üzerindeki bağlayıcı, normatif gücü ile doğrudan ilişkili olduğu söylenebilir. Bir kural hem yapılması gereken davranışı ortaya koyar, hem sapma davranışlarının eleştirilebilmesi için meşru ve haklı bir temel oluşturur ve aynı zamanda normatif bir dille beyan edilir.

Hart kurallara yönelik bu eleştirel yansıtıcı tutumu içsel bakış açısı olarak adlandırır ve kurallara itaat edilmesini salt alışkanlık kavramı ve kuralın ihlali halinde yaptırım uygulanma

[486] Hart, *The Concept of Law*, ss. 56-57.
[487] Hart burada İngiliz dilindeki 'ought', 'must' ve 'should', 'right' ve 'wrong' ifadelerini belirtmiştir.
[488] Hart, *The Concept of Law*, s. 57. Buradaki "normatif dil" ibaresinin yapılması gerekenin ifade edilmesi olarak anlaşılması gerekir ve bu ibare yapılması gereken davranışa yönelik her hangi değer içeren bir bakış açısı olarak görülmemelidir. Her iki ifade biçiminin de "–meli, -malı" şeklinde normatif bir dili kullanıyor olmaları aralarındaki farkın görülmesini zorlaştırabilir. Kuralın belirlediği davranış tarzının iyi, değerli olması şeklindeki ahlaki değerlendirmeler kural hakkındaki değer bildiren bir bakış açısıdır ve Hart eleştirel yansıtıcı tutumun bundan farklı olduğunu vurgular. Eleştirel yansıtıcı tutum, kurala sırf kural olduğu için uyulması gerektiği, sapmaların sır kurala aykırılık olması nedeniyle eleştirilmesinin meşru ve haklı olduğu şeklinde özetlenebilir. Hart bu ikisi arasındaki farkı bir hukuk sisteminde tanıma kuralının gerekliliklerini karşılayan bir yasanın geçerli olduğu ifadesinin içsel bir bakış açısı ifadesi, ancak sistemin tanıma kuralının mükemmel bir kural olduğu ve bu nedenle temelinde böyle bir mükemmel kural olan sistemin de desteklenmeye değer olduğu ifadesinin ahlaki bir değerlendirme olacağını belirterek ortaya koymuştur. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 108.

ihtimali üzerinden değerlendiren Bentham Austin ve takipçilerinin dışsal bakış açısı olarak nitelendirdiği bakış açısıyla kıyaslar. Trafik ışıkları kırmızı yandığında duran yeşil yandığında hareket eden kişileri salt dışsal bir bakış açısıyla gözlemleyen bir gözlemcinin yapacağı tespit kişilerin ışık yeşil olduğunda ilerlemelerinin, kırmızıya döndüğünde ise durmalarının muhtemel olduğunu söylemekten ibaret olacaktır. Oysa bu kişiler trafik lambası kırmızı yandığında durmalarının gerektiğini, ışık ancak yeşile döndüğünde hareket etmelerinin doğru olacağını bilirler. Dolayısıyla bir toplumsal grubun davranış düzenliliklerini salt dışsal bakış açısıyla değerlendirmek bu toplumsal grupta kuralların oynadığı rolün kavranamamasına sebep olacaktır[489].

Hart kurallara yönelik bu yaklaşımı aşırı dışsal bakış açısı olarak nitelendirmiştir. Bu bakış açısı ile yapılacak değerlendirmeler toplumsal kurallar ile alışkanlıkların birbirinde ayırt edilememesine sebebiyet verecektir. Bu ikisi arasındaki ayrımın yapılabilmesi için kuralların sonucu olarak gerçekleşen davranış düzenliliklerinin yanı sıra insanların kurallara niçin uyduğu, kuralların içsel yönü ve içsel bakış açısı kavramlarının da mülahazaya dâhil edilmesi gerekir. Hukuka dair gerçek bir betimleme yapmak isteyen herhangi bir teori hem dışsal hem de içsel bakış açısını dikkate almalıdır. Hart selefleri Bentham ve Austin'in içsel bakış açısını dikkate almadıkları için kusurlu bir hukuk portresi çizdiklerini ifade eder[490].

Kural ve alışkanlık arasındaki ayrımın yapılmasını sağlayacak içsel yön/içsel bakış açısı kavramının hukuk hayatına girmesinin sebebi basit toplum yapısından daha kompleks toplum yapısına geçilmesiyle birlikte salt yükümlülük getiren kurallara (birincil kurallar) Hart'ın tanıma, değiştirme ve yargılama kurallarının (ikincil kurallar) eklenmiş olmasıdır. Toplum yapısının karmaşıklaşmasıyla birlikte hukuk sahasında kuralların alanı da genişlemiştir. Yasama ve yargı yetkileri, geçerlilik, özel ve kamusal hukuki yetkileri gibi pek çok yeni kavram ortaya çıkmıştır ve bunların analiz edilebilmesi için içsel bakış açısına müracaat edilmesi gerekmektedir[491].

Kuralların içsel yönünün bulunması ödev yükleyen birincil kuralların salt yaptırımın varlığı üzerinden açıklanmasını engellemektedir[492]. Yaptırım kuralın dışsal yönünü temsil ederken, 1)

[489] Hart, *The Concept of Law*, ss. 89-90.
[490] Hart, *The Concept of Law*, s. 91.
[491] Hart, *The Concept of Law*, ss. 98-99.
[492] Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı*, s. 138.

kuraldan sapma davranışlarının eleştirilmesi, uyması yönünde toplumsal baskının mevcudiyeti ve 2) kuraldan sapma davranışının eleştirilmesinin grup üyelrince meşru ve haklı görülmesi şeklinde tezahür eden durumlar kuralın içsel yönünü temsil etmektedir.

Hart kuralların içsel yönü dışında bir de içsel bakış açısı olarak adlandırdığı bir kavramlaştırmaya da atıfta bulunmaktadır. Shapiro'ya göre içsel bakış açısı Hart'ın kuramında dört rol üstlenir:

> "1. Bir kişinin hukuka karşı sahip olabileceği belirli bir güdü türünü belirler.
>
> 2. Toplumsal ve dolayısıyla hukuki kuralların temel varlık koşullarından birisidir.
>
> 3. Hukuk pratiğinin ve söyleminin anlaşılabilirliğini açıklar.
>
> 4. Hukuki ifadeler için doğal olarak kabul edilebilir bir semantiğin temelini sağlar."[493]

Bu çerçevede içsel bakış açısını dikkate almayan yaptırım temelli hukuk teorilerinin reddedilmesi için üç gerekçe dile getirilebilir: (1) Yaptırım temelli teoriler yasaya uyma gerekçelerinden birini ortaya koyamaz; (2) Hukuk sistemlerinin varlığını açıklayamaz; (3) Hukuk pratiği ve söyleminin anlaşılabilirliğini açıklayamaz[494].

The Concept of Law'da içsel bakış açısı ilk olarak kural ve itaat alışkanlığı arasındaki farkı izah etme girişiminde tanıtılmaktadır. Özellikle Austin'in kuramını hedef alan Hart, Austinci alışkanlık kavramını bir toplumsal olgunun dışarıdan gözlemleyenler tarafından tespit edilebilen davranış kalıpları olarak tarif eder[495]. Bu görüşü eleştirmek isteyen Hart'ın niçin içsel-dışsal şeklinde bir ayrım geliştirdiği anlaşılabilmektedir. Ancak dışarıdan bir gözlemcinin izlenimleri şeklinde tarif edilen Austin'in alışkanlık fikrine karşı Hart'ın içeride olan, katılanın bakış açısından hukuku tanımladığını peşinen ileri sürmek bir hata olacaktır. Nitekim pek çok kişi bu hataya düşerek içsel bakış açısını ya bir hukuk sistemi içinde olanlara özgü ya da sistem insanların içinde bulundukları hukuk sisteminin kurallarına karşı takındıkları bir tutum olarak nitelendirmişlerdir[496].

---

[493] Shapiro, "What Is the Internal Point of View?", s. 1158.
[494] Shapiro, "What Is the Internal Point of View?", s. 1158.
[495] Hart, *The Concept of Law*, s. 56.
[496] Örneğin bkz. Stephen R. Perry, "Interpretation and Methodology in Legal Theory", *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, ed. Andrei Marmor, Clarendon Press, Oxford 1998, s. 99.

İçsel bakış açısı katılımcının yani içeriden olanın bakış açısından farklı bir şeydir. Hart, Holmes ve Kelsen'in yaptırım temelli hukuk kuramlarını eleştirirken içsel bakış açısını kullanır. Hart'a göre Holmes'un "kötü adam"ı merkeze alan kuramı, hukuka itaati salt yaptırım korkusuna dayandırmakta ve bazı insanların kural öyle gerektirdiği için hukuka uyduğu gerçeğini görmemektedir. Kelsen'in kuramı ise hukuku yetkililere hukuka uymayanlara yaptırım uygulama görevi veren bir açıklamadır ve bu açıklama yükümlülüklerini yerine getirmek isteyenlere hukukun rehberlik eden bir olgu olduğu gerçeğine gözlerini kapar. Oysa hukuk kurallarına içsel bakış açısı ile yaklaşanlar dikkate alınacak olsaydı bu kusurlar ortaya çıkmayacaktır. Hart'ın bu eleştirilerinden içsel bakış açısını katılımcının bakış açısı olarak görmediği sonucu çıkmaktadır nitekim her ne kadar kuralları benimsemiyor olsa da kuralın süjesi olduğundan Holmes'un "kötü adamı"nın bakış açısı da içeride olan birinin, katılanın bakış açısıdır[497].

1.1.3. Birincil ve İkincil Kuralların Birlikteliği: Bir Kurallar Sistemi Olarak Hukuk

Hart'a göre Austin'in *hukuk biliminin anahtarı* olarak nitelendirdiği cebri buyruklar yerine ancak birincil ve ikincil kuralların birlikteliğinden oluşan bir kural fikrinin konulması ile hukuk kavramı hakkında gerçeklikle örtüşen ve bizi aydınlatan bir görüş ortaya konabilecektir. Hukukun tanımlanmasında ve karmaşık yapısının izah edilmesinde yaşanan güçlükler, birbiri ile ilgili bu iki kural türü arasındaki "*etkileşimin*" ortaya konması ile giderilebilecektir[498]. Hart hukuk biliminin açıklanmasında böylesine kritik bir konumda bulunmaları nedeniyle, kural kavramı ve birincil ve ikincil kuralların arasındaki etkileşimi kendi kuramında odak noktası olarak belirlemiştir.

Hart için kuralların birincil ve ikincil kurallar olarak sınıflandırılması iki amaca hizmet etmektedir. Birincisi hukuku salt ödev yükleyen kurallardan ibaret gören Austin ve benzeri kuramcıların göz ardı ettikleri kuralların vaz edilmesi, değiştirilmesi ve yorumlanmasına ilişkin

[497] Shapiro, "What Is the Internal Point of View?", ss. 1158-59. Aksi yönde görüşler için bkz. Perry, "Interpretation and Methodology in Legal Theory", ss. 97, 99; Gerald J. Postema, "Jurisprudence as Practical Philosophy", *Legal Theory*, C. 4, S. 3 (1998), ss. 329, 332; Brian Leiter, "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", *Naturalizing Jurisprudence*, ed. Brian Leiter, Oxford University Press, Oxford 2007, ss. 267, 295 dipnot 126.

[498] Hart, *The Concept of Law*, s. 81.

kuralları da ikincil kurallar başlığı altında ortaya koymaktır. Hart bu ikincil kuralları kurallar hakkında kurallar olarak nitelendirir. Birincil kuralların hedefi davranışlar için rehberlik yapmakken, ikincil kuralların hedefi yeni kuralların yaratılması, mevcut kuralların değiştirilmesi ve yorumlanmasıdır. Austin hukuku buyruklardan, ödev yükleyen kurallardan, Hart'ın sistematiğinde birincil kurallardan ibaret görmekte ve bu ikincil kuralların varlığını dikkate almamaktadır. Birincil ve ikincil kurallar sınıflandırmasının hizmet ettiği ikinci amaç ise hukuki kurumların oluşturulmasında kuralların oynadığı rolü görünür kılmak, vurgulamaktır. Bilhassa tanıma kuralının hukuki geçerlilik fikrinin tohumunu taşıyan bir olgu oluşu dikkate alındığında ikincil kuralların bir hukuk sisteminin inşasında oynadığı rol daha belirginleşecektir[499].

Hart birincil ve ikincil kurallar ayrımını ortaya koyabilmek için ikincil kuralların bulunmadığı basit ya da ilkel bir toplum yapısı ile hem birincil hem de ikincil kuralların bulunduğu karmaşık toplum yapısı arasında bir kıyaslama yapar[500]. Hart, basit ya da ilkel topluluk modelinde tüm kuralların *gelenek (örf ve adet)* niteliğinde olduğunu belirtir. Bunun anlamı basit ya da ilkel topluluklarda bir kural ancak topluluk üyelerinin çoğunluğu tarafından kabul edilip uygulanması halinde var olabileceğidir. Bu topluluk için karşı karşıya kalınacak ilk sorun uyulması gereken kuralın ne olduğu konusunda bir tartışma yaşandığında gündeme gelecek normatif belirsizliktir[501]. Böylesi bir topluluk ancak aralarında akrabalık bağı veya ortak duygu ve inanç bağı ile birbirine sıkı bir biçimde bağlı insanlardan oluşan bir basit yapılı bir topluluksa normatif belirsizlikten mustarip olmayacak ve sadece birincil kurallar aracılığıyla düzenin sağlanması mümkün olacaktır[502]. Topluluğun yapısı daha karmaşık hale geldikçe sadece birincil kuralların varlığı yeterli olmayacaktır. Hart, böylesi bir toplumda üç kusurun bulunduğunu iddia eder. İlk olarak kuralların ne olduğu, kapsamı gibi konularda bir tereddüt ortaya çıktığında bu tereddüdün giderilmesini sağlayacak bir usul bulunmadığından biraz önce tarif edilenden

[499] Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, New Jersey, ABD 2011, s. 49.
[500] Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı*, s. 111.
[501] Shapiro, "What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?", s. 236.
[502] Sadece birincil kurallara asahip olan ve oldukça sıkı bağlarla birbirine bağlı olan insanlardan oluşan böylesi bir toplulukta dahi düzenin sağlanabilmesi için bazı koşullar bulunmladır. Birincisi, kuralların şiddet, hırsızlık ve dolandırıcılığa dair kısıtlamalar getirmesi gerekmektedir. Nitekim Hart, ilkel toplumlarda bu tür kuralların toplumsal yaşama katkıda bulunma ya da birlikte yaşamaya hizmet etme biçiminde pozitif yükümlülükler getiren kurallarla birlikte her zaman var olduğunu belirtir. İkinci koşul ise bu topluluk içersinde kurallara gönüllü olarak uyanların kuralları benimsememekle birlikte salt toplumsal baskı korkusu nedeniyle kurallara uyanlardan sayıca fazla olması gerekmektedir. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 91.

daha karmaşık bir topluluk için sadece birincil kuralladan oluşan bir yapı bir hukuk sistemi olarak kabul edilemez. Buradaki birincil kurallara dayanan yapının kusuru *normatif belirsizlik*tir. İkincisi bu topluluk için kuralların değiştirilmesini öngören bir usul de bulunmamakta ve değişmeyen kuralların *statik yapısı* sürekli devinim halinde olan topluluk yapısının bir yerden sonra ihtiyaçlarını karşılayamamasına neden olacaktır. Dolayısıyla ikinci kusur *kurallarının statik olması*dır. Üçüncüsü ise bu toplumda kuralların ihlal edildiğini nihai bir biçimde tespit edecek yetkili bir mercinin bulunmayışıdır. Bu eksiklik ihlal durumları için öngörülmüş yaptırımların da kurumsal yapılar tarafından değil kişiler tarafından gelişigüzel bir biçimde uygulanması sonucunu doğaracaktır. Yaptırımları uygulanmasında merkezi ve örgütlü bir mekanizmanın eksikliği kurala uyulması yönündeki toplumsal baskının niteliğini de etkileyecektir[503]. Dolayısıyla sadece birincil kurallara sahip olan bir toplumda kuralların sürdürülmesini sağlayan toplumsal baskının yetersiz oluşu söz konusu kurallar mekanizmasının verimsiz hale getirecektir ve ilkel ya da basit topluluğun kurallarının üçüncü kusuru verimsizliktir[504].

Hart bu üç kusurun için birincil kurallardan farklı ve onları destekleyen başkaca kurallara ihtiyaç doğurduğunu düşünmektedir. Nitekim sorunları çözecek kurallar sırasıyla ilk kusur için tanıma kuralı, ikinci kusur için değiştirme kuralları ve üçüncü kusur için yargılama kurallarıdır. Tanıma kuralı hangi kuralların bağlayıcı olduğuna dair otoriter ölçütler sunarak normatif belirsizliği giderir[505]. Değiştirme kuralları ilkel toplumlardaki gelenek niteliğindeki kuralların statik yapısından doğan problemlerin aşılmasını sağlar[506]. Kuralların uygulanmasına yönelik toplumsal baskının yetersizliği sonucundan doğan verimsizlik ise yargılama kurallarının devreye girmesiyle aşılır[507].

Bu kuralların her birinin devreye girmesiyle söz konusu topluluk hukuk öncesi dünyadan hukuk dünyasına doğru bir adım atmış olur; başka bir deyişle ikincil kuralların eklenmesiyle söz konusu toplumu kuralları bir hukuk sistemi hüviyetini kazanacaktır[508]. O halde ikincil kuralların bulunmadığı bir yapının bir hukuk sistemi olarak nitelendirilmesi pek isabetli olmayacaktır.

[503] Hart, *The Concept of Law*, ss. 92-93.
[504] Shapiro, "What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?", s. 238.
[505] Hart, *The Concept of Law*, s. 94.
[506] Hart, *The Concept of Law*, s. 95.
[507] Hart, *The Concept of Law*, s. 97.
[508] Hart, *The Concept of Law*, s. 94.

Nitekim Hart sadece birincil kurallar aracılığıyla düzenin tesis edildiği bir yapıya her ne kadar hukuk denilse de esasında bu kuralların ahlak kurallarından pek farklı olmadığını belirtir ve bu nedenle bir hukuk sistemi için asıl önemli olan *belirleyici*nin ikincil kurallar olduğunu ileri sürer[509]. Dolayısıyla Hart'a göre ikincil kuralların hukuk kurallarının ahlak kurallarından ayırt edilmesinde de önemli bir rol oynadığı, bir hukuk sistemini farklılaştırdığı söylenebilir.

1.1.4. Hart'ın Kuramında Güç, Cebir ve Yaptırım

Hart hukuk kuramında güç unsurunu ve onunla irtibatlı olarak cebir ve yaptırım kavramlarını göz ardı etmez. Gelişmiş bir hukuk sisteminde yer alan insanların davranışlarını düzenlemeye tabi tutan birincil kuralların ve bunlar içinde de özellikle ceza hukuku ve haksız fillere ilişkin kuralların güç, cebir ve yaptırım kavramlarıyla yakından irtibatlı olduğunu teslim etmektedir. Birncil kurallar kişilere ödevler/yükümlülükler yükleyen kurallardır; kişilerin belirli bir davranışı gerçekleştirmelerini isteklerine bağlı olmayan bir biçimde zorunlu hale getirmektedir[510]. Hart'ın Austin özelinde hukuka dair buyruk kuramlarına ilişkin olarak karşı çıktığı daha ziyade her bir yasanın bir yaptırımla desteklenmesi gerektiği fikridir[511]. Hart'a göre yaptırımla desteklenmeyen bir yasa pekâlâ düşünülebilir[512]. Nitekim neredeyse hukuk sistemlerinin çoğunda yaptırımla desteklenmeyen yasalar bulunmaktadır. Bunlara ilişkin tipik örnek yetki veren yasalardır. Yetki veren kurallar vatandaşlara ödev yüklemez, daha ziyade belirli hukuki işlemleri gerçekleştirebilmeleri için kolaylık sağlar[513]. Başka bir ifadeyle yetki veren kurallar olarak da genel olarak kategorize edilebilecek ikincil kurallar söz konusu olduğunda hukukun işlevi insanları belirli şekilde davranmaya zorlamak değildir; bunun yerine insanların söz konusu yetki veren kurallar olmaksızın gerçekleştirmeyecekleri şeyleri yapmalarına olanak tanımaktır[514].

Hart, Bentham ve daha ziyade Austin'in başını çektiği hukuka dair buyruk kuramını, yaptırımı kavramsal açıdan hukukun esaslı bir unsuru olarak betimlemeleri nedeniyle eleştirmektedir. Ona göre bu betimleme hukuka dair kavrayışımızda yanlış yönlendirmeler içermekte ve

[509] Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı*, s. 112.
[510] Hart, *The Concept of Law*, ss. 81-82.
[511] Kanowitz, "The Place of Sanctions in Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", s. 2.
[512] Hart, *The Concept of Law*, s. 38.
[513] Hart, *The Concept of Law*, s. 27.
[514] Kanowitz, "The Place of Sanctions in Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", s. 2.

hukukun bazı önemli özelliklerinin de maskelenmesine neden olmaktadır. Hart hukuk kurallarını daha ziyade ceza hukuku kurallarına indirgeyen bu görüşün esasında tam bir ceza hukuku açıklaması dahi sunamayacağını düşünmektedir. Zira ceza hukuku kurallarının birincil amacı süjelerin kuralın gerektirdiği davranışı gerçekleştirmeleridir. Başka bir ifadeyle onlardan "*görevlilerin yardımı veya müdahalesi olmaksızın kuralları anlamaları ve kuralların kendileri için geçerli olduğunu görmeleri ve bunlara uymaları beklenir.*[515]" Yasada öngörülmüş olan yaptırım süjelerin kurala uymada başarısızlığa düşmeleri halinde devreye giren yardımcı bir mekanizmadır. Başka bir ifadeyle hukukun A planı her hangi bir denetim olmaksızın vatandaşların yasalara uymalarıdır. Bu plan işlendiğinde hukukun B planı olan yaptırımlar devreye girer[516]. Bu bağlamda Hart bu tür kuralları anlamak için yaptırım kısmına odaklanmanın kuralın işleyiş biçimini gizleyeceğini düşünmektedir. Özellikle ceza hukuku kurallarının çoğunda olduğu gibi vatandaşlara yükümlülük getiren kurallar bir davranış rehberliği sağlamayı amaçlamaktadır[517].

Hart, yaptırımların hukuk sistemleri için hayati derecede önemli olduğunu itiraf eder; ancak yine de yaptırımların hukuk kurallarının yardımcı unsurları olduğunu da vurgular. Yaptırımın hukukun esaslı bir unsuru olduğu iddiasını kurtarmak için doğrudan yaptırım ile desteklenmeyen hukuk kurallarını yaptırım uygulanması yönünde ödevler getiren kurallar olarak yeniden formüle etmek ve hukuku kötü adamın bakış açısından ele almak belki net bir hukuki tablo sunması açısından değerli görülebilir. Ancak Hart, hukuku betimleme girişiminde kötü adamın bakış açısının yanı sıra kendisine ne yapması gerektiği yasalar tarafından bildirildiğinde bunu yapmaya istekli olan şaşkın ya da cahil adamın (puzzled or ignorant man) veya davranışlarını hukuk kuralları çerçevesinde düzenlemek isteyen adamın bakış açısının niçin dikkate alınmaması gerektiğinin açıklanmayacağı itirazını dile getirir[518]. Hukuku anlamak

[515] Hart, *The Concept of Law*, ss. 38-39.
[516] Leslie Green, "Introduction", *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom 2012, s. xxx.
[517] Hart, *The Concept of Law*, s. 39.
[518] Leslie Green, Hart'ın hukuku salt kötü adamın bakış açsısından açıklayan hukuk teorilerine yönelik itirazının onun hukuku anlama çabasındaki yöntemine dair ipuçları verdiğini belirtmiştir. Holmes'un kötü adamının bakış açısından hukuk kaçınılması gereken maliyetlerle ilgilidir. Ancak Hart bir toplumda bu bakış açısındaki insanların sayıca azınlıkta olduğunu düşündüğünden bir hukuk teorisinde marjinal olanın merkeziymiş gibi ele alınmasının hata olduğunu iddia etmiştir. Böylece düz ve indirgemeci bir hukuk tablosu ortaya koyan söz konusu teoriler hukukun bazı önemli boyutlarına karşı miyop olduğunda kusurludur. Green, "Introduction", ss. xxxi-xxxii. Bir hukuk teorisinde salt kötü adamın bakış açısına odaklanmanın hata olduğunu kabu etmekle birlikte Hart'ın şaşkın ya da cahil adamının bakış açısının dikkate alınmasının ne derece isabetli olduğu da sorgulanmıştır. Bu sorgulamada bir toplumda hukuk kurallarına yaptırım etkisi olmaksısın gönüllüce uymak isteyen şaşkın ya da cahi

isteyen bir kişi mahkemelerin yeri geldiğinde yaptırımları nasıl uyguladığına odaklanması elbette anlaşılabilir. Ancak hukuku anlama çabası sadece bundan ibaret olmamalıdır. Bir toplumsal kontrol aracı olarak hukukun temel işlevleri, sadece sistemin başarısızlığı durumu için bir B planı olarak belirlenmiş olan yardımcı hükümlere karşılık gelen durumlarda aranmamalıdır. Hukukun temel işlevleri ayrıca hukukun mahkemeler dışında insanların davranışlarını kontrol etmek, yönlendirmek ve planlamak için kullanıldığı çeşitli yolları da dikkate alınarak ortaya konabilir[519].

1.2. Hart'ın Hukuk Kuramında Yaptırım

Hart, Austin'in yaptırım odaklı yükümlülük anlayışını eleştirirken yükümlülüğün yükümlü kılınan kişinin yakalanmaktan kaçıp kaçmaması ya da yaptırıma maruz kalıp kalmamasından veya bir yükümlülüğü olduğunu hissedip hissetmemesinden ya da buna inanıp inanmamasından bağımsız olarak var olduğunu belirtir[520]. Böylelikle bir şey yapmaya mecbur olmak ve bir yükümlülüğü bulunmak arasında ayrım yapılabilir ve hukuk kurallarının bir silahlı soyguncunun buyruklarından farkı ortaya konabilir. Oysa Austin yükümlülük için sadece yaptırımı dikkate alarak bu ayrımın yapılmasın aolanak sağlayan bir ölçüt sunamamaktadır. Yükümlülüğü bu çerçevede ele alması kurallara dair içsel bakış açısı diye adlandırmış olduğu fikre kapı aralamaktadır. Kuralların içsel yönü ve içsel bakış açısı kavramları dikkate alınmaksızın yükümlülük kavramı açıklanamaz[521].

Hukukun öncelikli kaygısı kendisine tabii vatandaşlarına davranışlarını belirlemeleri için rehberlik etmektir. Onların davranışlarını hukukun belirlemiş olduğu olması gerekene göre belirlemelerini önemser. Bu anlamda hukukun arzusu esasında kurallarının hiç ihlal edilmemesi ve dolayısıyla yaptırım mekanizmalarının hiç tetiklenmemesidir. Yaptırımlar ise kuralın ihlal edilmesi halinde resmi görevlileri harekete geçmeye sevk eden kurallardır, kuralın amacı davranışlara rehber etmek yaptırımların amacı resmi görevlilere rehberlik etmektir. Hukukun birincil amacının vatandaşların davranışlarına rehberlik etmek olduğu dikkate alındığında, kuralın ihlali durumunda tetiklenecek olan yaptırım mekanizması ve bu mekanizmanın

adamlarının sayısısının ampirik olarak ne denli az olduğu tespitinin etkisi olduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schauer, *The Force of Law,* ss. 45-48.

[519] Hart, *The Concept of Law*, s. 40.

[520] Hart, *The Concept of Law*, s. 85.

[521] Yankah, "The Force of Law: The Role of Coercion in Legal Norms", s. 1208.

yönlendirdiği resmi görevlilerin eylemleri hukukun bu birincil amacına tabi olan, ona yardımcı olan konumundadır. Dolayısıyla Hart yaptırım uygulayan kurumların varlığını vazgeçilmez olarak nitelendirmekle birlikte, bu kurumların öneminin hukukun birincil işlevinin gerçekleştirilmesine ne ölçüde katkıda bulunduğuna bağlı olduğunu düşünmektedir[522].

Kelsen'in kuramı ise hukuk kurallarını resmi görevlilerin davranışlarına rehberlik yapmayı amaçlayan kurallar olarak yeniden formüle etmektedir ve vatandaşların davranışlarını yönlendirme işlevi tamamen yadsımıştır[523]. Oysa Hart'a göre resmi görevlilerin yaptırım mekanizmasının tetiklenmesi ile sürece dahil olması ancak yardımcı bir işlevdir ve sadece "*sistemin birincil amacında bir bozulma ya da başarısızlık*[524]*"* olduğunda ortaya çıkmaktadır. Kelsen bunu takdir edemediği gerekçesi ile Hart tarafından eleştirilmiş ve kuramının hukuku anlayabilmek için doğru bir başlangıç noktası olmadığı ileri sürülmüştür[525].

Hart'ın 1958, 1961 ve 1982 tarihli açıklamaları bir arada ele alındığında hukuki yükümlülük ve yaptırım ilişkisine dair bazı sonuçlara ulaşılabilecektir. Hart her bir çalışmada hukuki yükümlülüğü bir başka bakış açısıyla ele almıştır. 1958 tarihli açıklamanın odak noktası hukuki yükümlülüktür, burada hukuk sisteminin temellerine ilişkin açıklamalar hukuki yükümlülük kavramının anlaşılmasına sağlamaya adanmış bir araçtır. 1961 tarihli açıklamaya bakıldığında ise Hart'ın odak noktasının hukuk sisteminin temelleri, hukuki geçerlilik olduğu görülecektir. Bu bilgiler ışığında Hart'ın 1958 tarihli açıklamasında hukuki yükümlülüğü tüm yükümlülük türlerinin asıl vatanı gibi sunması, buna mukabil 1961 tarihli açıklamasında genel bir yükümlülük fikrinden yola çıkarak hukuki yükümlülüğün bir alt tür olarak değerlendirmesi bir nebze anlaşılabilecektir. 1982 tarihli açıklama ise genel anlamda normatif ifadeler ve hukukun normatif ifadeleri ekseninde konumlandırıldığından, hukuki yükümlülüğe dair açıklamaları da normatifliğe dair bu teoriden türetilmiştir[526]. Oladosu Hart'ın hukuki yükümlülük hakkındaki görüşlerine ilişkin argümanını daha ileri götürür ve Hart'ın 1958 yılındaki açıklamasında hukuki yükümlülüğün üç önemli özelliği olarak sunduğu (1) bir toplumsal grubun fiili uygulamasına bağımlılık, (2) cebir ve (3) hukuki yükümlülük getiren kuralların içerikten

[522] Scott J. Shapiro, "The Bad Man and the Internal Point of View", *The Path of the Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr*, ed. Steven J. Burton, Cambridge University Press, Cambridge 2000, s. 207.
[523] Shapiro, "The Bad Man and the Internal Point of View", s. 206.
[524] Hart, *The Concept of Law*, s. 39.
[525] Shapiro, "The Bad Man and the Internal Point of View", s. 204.
[526] Adejare Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", *Ratio Juris*, C. 4 (1991), s. 167.

bağımsızlığı özelliklerinin, sırasıyla 1958, 1961 ve 1982 tarihli açıklamaların odak noktası olduğunu ileri sürer. Oladosu'ya göre 1958 tarihli açıklama hukuki yükümlülüğün bit toplumsal pratiğe bağımlı oluşunu vurguladığını, 1961 tarihli açıklamanın hukuki yükümlülüğün özelliklerinden cebrin önemini vurguladığını hatta cebirler birlikte yaptırım unsuruna büyük bir önem verildiğini, 1982 tarihli açıklama ile ise hukuk kuralı aracılığıyla ortaya konan zorunluluğun kuralın maddi içeriğinden bağımsız olduğunu vurguladığını belirtir[527].

Oladosu'ya göre tüm bunlar dikkate alındığında bazılarının Hart'ın hukuki yükümlülüğe dair birleşik bir odakta toplanan ve iç tutarlılığı olan bir teori geliştiremediğinin düşünülmesinin doğal olduğunu ancak Hart'ın bütün görüşlerinde yine de bir ortak noktanın bulunabileceğini belirterek bu eleştirilere katılmadığını ifade eder. Yazara göre Hart'ın tüm hukuki yükümlülük açıklamaları bir arada düşünüldüğünde ortak bir tezin çıkarılabilecektir: Hart, hukuki yükümlülük açıklamalarıyla aslında "*hukuk kurallarının salt var oluşlarıyla, itaati teminat altına almak için cebri tedbirlere müracaat edilebilmesinin haklılaştırıcı gerekçesini oluşturduğunu"* düşünmektedir. Yazar bunu *hukuk kurallarının kendi kendini gerekçelendirmesi* doktrini olarak adlandırmıştır. Oladosu'ya göre Hart hukuki yükümlülükler söz konusu olduğunda cebrin devreye girebileceğinin ve aynı zamanda insanlara cebir uygulamanın da haklılaştırılması gerektiğinin bilincindedir. Nitekim zorunda olmak ve bir yükümlülüğü bulunmak ifadeleri arasındaki farka bu haklılaştırılmış cebir uygulamasını vurgulamak için işaret etmiştir. Başka bir ifadeyle bir kişi haklılaştırılamayan bir cebre maruz kaldığında zorunluluk altındadır; haklılaştırılmış bir cebre maruz kaldığında ise bir yükümlülüğünün bulunduğu sonuca ulaşılabilir. Hart'ın hukuk kurallarının süjelere içeriğinden bağımsız olarak yükümlülük yüklediği iddiası da bu çerçevede anlaşılmalıdır. Oladosu, bu iddiasına delil olarak Hart'ın Austin'in yükümlülük anlayışına yönelik eleştirisini başvurur[528]. Burada Hart Austin'in yükümlülük hakkındaki tahmine dayalı yorumunun bir kural aracılığıyla yükümlülük getirilen durumu kuraldan sapmalara karşı yaptırım uygulanacağı tahmininden ibaret görmesi; oysa yükümlülük getiren kurallar bunun yanı sıra yaptırım uygulanmasının nedeni ve gerekçesini de oluşturduğu eleştirisinde bulunur ve ona Austin'in görüşü bu gerçeği gizlediğinden kusurludur[529]. Gerçekten de bu değerlendirmesinde Hart'ın kuralı açıkça

[527] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 168.
[528] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", ss. 168-69.
[529] Hart, *The Concept of Law*, s. 84. *"Temel itiraz, tahmine dayalı yorumun, kuralların mevcut olduğu durumlarda, kurallardan sapmaların sadece düşmanca tepkilerin ortaya çıkacağı veya bir mahkemenin kuralları ihlal edenlere*

yükümlülük ihlal edildiğinde uygulanacak cebir ve yaptırımın gerekçesini, haklılaştırılmasını sağladığı iddiasında bulunduğu görülmektedir[530]. Hart'ın hukuk kuramında yaptırımın ne rol oynadığı onun hukuki geçerlilik ve hukuki yükümlülük hakkında ileri sürmüş olduğu görüşler çerçevesinde incelenebilir. Takip eden alt başlıklarda Hart'ın söz konusu hususlara ilişkin görüşleri incelenecektir.

1.2.1 Yaptırımın Hukuki Geçerlilik Koşulundan Dışlanması

1.2.1.1.1. Hukuki Geçerlilik Bağlamında Tanıma Kuralı

Hart'a göre neyin hukuki olduğunu belirlemeye yarayan bir geçerlilik ölçütü olarak her hukuk sisteminin temelinde bir tanıma kuralı bulunmaktadır. Tanıma kuralı birincil kuralların geçerliliğini belirleme amacını taşıdığından ikincil bir kuraldır[531]. Tanıma kuralının bir diğer özelliği ise bir toplumsal kural oluşudur. Tanıma kuralı bir hukuk sisteminde hangi normların geçerli hukuk normu olduğunu belirlenmesi için otoriter bir rehberlik sağlar[532]. Hart'ın ifadeleriyle "belirli bir kuralın geçerli olduğunu söylemek, o kuralın tanıma kuralı tarafından sağlanan tüm testleri geçtiğini ve dolayısıyla sistemin bir kuralı olduğunu kabul etmektir.[533]" Başka bir deyişle bir hukuk sistemi için hangi kuralların hukuk kuralı olarak teşhis edilebileceğini gösteren ölçütler yalnızca tanıma kuralı tarafından sunulabilmektedir. İngiliz hukuku açısından düşünüldüğünde tanıma kuralı İngiltere'nin Kral ve Parlamentodan oluşan en yüce yasa koyucu otoritesinin (King in Parliament[534]) vaz ettikleri hukuk kuralıdır

yaptırım uygulayacağı yönünde bir tahminde bulunmak için değil, aynı zamanda bu tür bir tepki ve yaptırımların uygulanması için bir neden veya gerekçe olduğu gerçeğini gizlemesidir."

[530] Kanaatimce burada yazarın Hart hakkındaki yorumunun doğruluğundan şüphe edilebilir. Zira Hart silahlı adam örneğini hukukun salt bir cebir kullanımına indirgenemeyeceğini göstermek için kullanmaktadır. Ancak mecbur olmak ve bir yükümlülüğü bulunmak ayrımı ilkinde cebrin haklılaştırılamaz, ikincisinde ise haklılaştırılabilir olduğu şeklinde izah edilebilir mi? Açıkçası Hart'ın doğrudan böyle bir değerlendirmesi bulunmamaktadır. Bir üst dipnottaki alıntıdan yola çıkarak böyle bir sonuca ulaşılması, zayıf bir delile dayanarak bir kişinin mahkum edilmesine benzer bir durumdur. Böylesine bir çıkarımda bulunabilmek için daha çok delile ihtiyaç vardır. Bu çerçevede Oladosu'nun Hart'ın hukuki yükümlülük açıklamalarının tümünü "hukuk kurallarının kendi kendini gerekçelendirmesi" doktrini çerçevesinde ele alışı da şüpheli bir duruma düşecektir.

[531] Hart, *The Concept of Law*, s. 95. Hart tanıma kuralının sistemin yalnızca birincil kurallarını tanımladığını belirtmiş olmasına rağmen Raz tanıma kuralının sistemin tüm kurallarını tanımladığının açık olduğunu düşünmektedir. Bkz. Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, New York 2009, s. 91.

[532] Hart, *The Concept of Law*, s. 94.

[533] Hart, *The Concept of Law*, s. 103.

[534] "King in Parliament", İngiltere'de tacın sahibi Lordlar Kamarası ve Avam Kamarasından müteşekkil olan yasama organına tanımlamak için kullanılan bir tabirdir. Tacın sahibi erkek olduğun "King in parliament", kadın olduğunda "Queen in parliament" tabiri kullanılır.

şeklindedir[535]. Tanıma kuralına ilişkin genel bir ifade olarak belirli bir hukuk sisteminin parçası olması bakımından her bir kuralın statüsünü belirleyen özel bir tür toplumsal kural olduğu söylenebilir. Dolayısıyla hukuki geçerlilik meselesinin çözümü tanıma kuralında yatmaktadır.

Hart'ın geçerlilik kavramını kuralların uygulanmasından kurala riayet edilmesi olgusundan bağımsız olarak ele aldığı belirtilmelidir. Bir kural tanıma kuralının gerektirdiği ölçütleri karşıladığı sürece kurala hiç uyulmuyor olsa dahi geçerlidir. Zira kural süjeler tarafından uyulduğu, davranışlarını belirleme ölçütü olarak takip edildiği için değil başka bir kuralın, tanıma kuralının testinden geçebildiği için bağlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Hart özellikle insanlar tarafından yaygın bir biçimde uyulmayan kırmızı ışıkta beklenilmemesi gibi örnekleri göstererek geçerliliğin kurala uyulması ya da etkinliği ile ilgisizliğini ortaya koymaya çalışmıştır[536].

Hart'ın hukuk kuramında tanıma kuralının hukuki geçerlilik testi sağlamasının yanı sıra başkaca katkıları da bulunmaktadır. Bunlardan birisi yasakoyucunun hukuk sistemi kapsamında süje konumunda bulunanlara üstünlüğünü ve başkaca yasakoyuculardan bağımsızlığını tesis etmesidir. Bir hukuk sisteminde tanıma kuralı çerçevesinde tüm resmi görevlilerin yasakoyucunun iradesine ayrıcalık tanıması gerekmektedir ve tanıma kuralı yalnızca ait olduğu sistemin kurallarını teşhis ettiğinden ve diğer sistemlerin kurallarını hariç tuttuğundan benzer bir biçimde yasakoyucaya bağımsızlık da sağlamaktadır. Austin'in tebaası tarafından kendisine alışkanlıkla itaat edilen ve kendisi ise kimseye itaat alışkanlığı içerisinde olmayan egemenine sağlamış olduğu üstünlük ve bağımsızlık Hart'ın kuramında en yüce yasakoyucu otoriteye böylece tanıma kuralı aracılığıyla sağlanmış olur. Austin'in egemeninden farklı olarak Hart'ın hukuki otoritesi ayrıca hukukun üstünde konumlandırılmış da değildir. İkincil kurallar aracılığıyla Hartçı anlamda bir egemenin üstünlüğü ve bağımsızlığı sınırlandırılabilmektedir[537].

Tanıma kuralı ayrıca hukukun, oyunlar, dinler, şirketler, kulüpler gibi çok çeşitli diğer kural dizilerinden ayırt edilmesini de sağlayan özelliklerinden birisidir. Çoğu kural dizisi hukuk gibi birincil ve ikincil kurallardan oluşmadığından hukuk bunlardan kolaylıkla ayırt edilebilir. Elbette şirket kuralları gibi bazı kural dizilerinde ikincil kuralların varlığı söz konusu

[535] Hart, *The Concept of Law*, s. 107.
[536] Shapiro, "What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?", s. 245.
[537] Shapiro, "What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?", ss. 243-44.

olabilmektedir ve bu çerçevede tanıma kuralının hukuk için gerekli bir özellik olduğu, ancak hukukun diğer kural dizilerinden ayırt edilebilmesi için kısmi bir ayırt edicilik sağladığı belirtilebilir[538].

Tanıma kuralı son olarak bir hukuk sisteminin varlığı için Hart'ın belirlemiş olduğu iki koşuldan birsisiyle de ilgili olarak rol oynamaktadır. Hatırlanacak olursa Hart bir hukuk sisteminin mevcut olabilmesi için kurallarına vatandaşların genel olarak uymasını ve ikincil kurallarının resmi görevlileri tarafından içsel bakış açısıyla kabul edilmesini gerekli görmektedir[539]. Tanıma kuralı da resmi görevlilerin içsel bakış açısıyla kabul etmeleri gereken bu ikincil kurallar arasındadır ve hatta birinci sıradadır. O halde tanıma kuralı bir hukuk sisteminin mevcudiyet kazanması açısından varlığı gereken bir kural türüdür. Shapiro bu durumu bir örnek vererek açıklar: *"Rhode Island vatandaşlarının çoğunun Roma hukuku kurallarının çoğuna uyduğu ortaya çıksa bile, Rhode Island Eyaleti yetkilileri (yok olmuş) Roma hukuk sisteminin ikincil kurallarına uymayacakları için Roma hukukunun bugün hala var olduğu doğru olmayacaktır.*[540]*"* Bir hukuk sisteminin varlığı açısından birincil kurallara uyulmasının yetmediği ve ikincil kuralların resmi görevlilerce içsel bakış açsından kabul edilmesi gerekliliği bu örnekle bir kez daha gözler önüne serilmektedir.

Hart'ın kuramında yaptırımın rolünü sorgulayan birisi için bu son açıklamalar oldukça önemli gözükmektedir. Bentham ve Austin'in bir yasanın geçerliliği için muhakkak yaptırımla desteklenmesi gerektiğini hatırlayacak olursak; Hart'ın bir hukuk sisteminde kurala uyulmasından ziyade resmi görevlilerin ikincil kuralları kabul etmesini vurgulaması esasında yaptırımın hukukun kuramındaki rolünü azaltma işlevi de görmektedir. Hart için bir hukuk kuralının geçerli olabilemsi için tanıma kuralının gerekli kıldığı ölçütleri karşılayabiliyor olması gerekmektedir; bir hukuk sisteminin geçerliliği ise hem vatandaşların kurala genel olarak uymasını hem de resmi görevlilerin ikincil kuralları içsel bakış açısından kabulünü gerektirmektedir. Benthamve Austin elbette sadece kurala uyulmasını sağlayan bir unsur olarak yaptırımı hukuk düşüncesi için önemli kılmamışlardır, ancak gerekçelerinden birisi de budur.

[538] Shapiro, "What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?", s. 244.
[539] Hart, *The Concept of Law*, s. 103.
[540] Shapiro, "What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?", s. 245.

Hart bu gerekçenin hukuk kuramını şekillendirmek yönündeki etkisini içsel bakış açısını kurama dâhil ederek azaltmaktadır.

1.2.1.1.2. Tanıma Kuralı Ne Türde Bir Kuraldır?

Tanıma kuralının ne tür bir kural olduğu Hart tarafından yeterince ortaya konmadığından bu hususta farklı görüşler dile getirilmiştir. Hatırlanacağı üzere Hart kuralları hem birincil ve ikincil kurallar olarak, hem de ödev yükleyen ve yetki veren kurallar olarak sınıflandırmıştır. Oysa Hart tanıma kuralının bir hukuk sisteminde hangi kuralların bu sistemin üyesi olduğunu gösteren bir test olduğunu söylemekle yetinmektedir[541]. Tanıma kuralının ikincil bir kural olduğunu belirtmekle birlikte ödev yükleyen mi yoksa yetki veren bir kural mı olduğunu belirtmemiştir. Ne ödev yükleyen kurallar ne de yetki veren kurallar test niteliğinde görünmemektedir. Bu çerçevede kimi yazarlar tanıma kuralnın yetki veren bir kural olduğunu kimisi ödev yükleyen bir kural olduğunu kimisi ise tanıma kuralının ne yetki veren ne de ödev yükleyen bir kural olduğunu savunmuşlardır. Tartışma hem Hart'ın tanıma kuralının ne türde olduğuna hem de tanıma kuralının ne türde bir kural olması gerektiği şeklinde sürmüştür[542]. Bu görüşlerden tanıma kuralını ödev yükleyen kural olarak gören görüş daha makul görünmektedir.

Tanıma kuralının yasa koyucuya yasa çıkarma yetkisi veren bir kural olduğu varsayıldığında tanıma kuralı değiştirme kuralına dönüştürülmüş olur ve bu ihtimalde örf ve adetlerin yaratılması için hukuki bir yetkiye ihtiyaç olmadığından değiştirme kuralına dönüştürülmüş olan tanıma kuralı aracılığıyla örf ve adet kurallarının teşhis edilmesi mümkün olmaz. Bu durumda Hart'ın kuramı çerçevesinde tanıma kuralı için tek alternatif ödev yükleyen bir kural olduğu dile getirilmiştir[543]. Bu ise bir hukuk sisteminin tanıma kuralının sunduğu ölçütü

[541] Hart, *The Concept of Law*, ss. 100-101.

[542] Tanıma kuralının ne türde bir kural olduğuna yönelik tartışma hakkında genel nitelikli bir özet için bkz. Aydan Ömür Surlu, *H. L. A. Hart'ta Tanıma Kuralı*, Ankara Üniversitesi, Basılmamış Doktora Tezi 2008, ss. 70-74. Tanıma kuralının bir yandan ikincil bir kural olması nedeniyle ve Hart'ın ikincil kuralların yetki veren kurallar olduğu şeklindeki ifadesi dikkate alınınca tanıma kuralının yetki veren bir kural olarak tasnif edimesinin gerekmesi, öte yandan tanıma kuralının yetki veren bir kural olduna dair çoğu yazar tarafından dile getirilen şüpheleri dikkate alınarak, tanıma kuralının ne türde bir kural olduğuna dair bu karmaşanın Hart'ın eleştirilmesine yol açan etmenlerden biri olduğunu belirtilmiştir. Bkz. Şahin Ceylan, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı,* s. 135.

[543] Raz, Hart'ın niyetinin tanıma kuralının yetki veren bir kural olarak betimlemek olmadığını ifade etmiştir. Zira Hart örf ve adetlerin ancak ödev yükleyen kurallar olabileceğini açıklar ve tanıma kuralının örf ve adetleri dışarda bırakması arzuladığı bir sonuç değildir. Bu durumda tanıma kuralı zorunlu olarak ödev yükleyen kural olmak durumdadır. Raz, *Practical Reason and Norms,* s. 199.

karşılayan kuralların resmi görevlilere bu kuralları uygulama ödevi yüklediği şeklinde bir değerlendirmenin yapılmasını gerektirecektir. Örneğin İngiltere'de *King in Parliament*'in vaz ettikleri İngiliz hukuk sisteminin yetkilileri tarafından uygulanması gereken kurallardır[544]. Türk hukuku açısından düşünüldüğünde T.B.M.M.'de anayasal usule göre gereken nisap miktarlarını karşılayacak biçimde geçen ve Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazete'de yayımlanan kurallar T.C.'nin resmi görevlileri tarafından uygulanması gereken kurallardır.

Ancak tanıma kuralı böylesi bir dolaylı yolla ödev yükleyen kural olarak formüle edilmek yerine niçin Hart tarafından doğrudan bir ödev yükleyen kural olarak sınıflandırılmamıştır? Bu sorunun cevabı Shapiro'ya göre Hart'ın *hukuku hukuki katılımcıların resmi sıfatlarıyla uygulama yükümlülüğü altında oldukları normlardan* müteşekkil olarak görmesidir. Başka bir ifadeyle tanıma kuralı hukuki geçerlilik ölçütlerini ortaya koyar, yani bir hukuk sistemi içinde geçerli olan kurallar kümesini belirler. Buradan şu sonuca ulaşılır: bir hukuk sisteminde resmi görevlililer sistemin kurallarını uygulamakla yükümlüdür ve bu yükümlülüğün içeriği olan sistemin kuralları tanıma kuralının sunduğu ölçüt aracılığıyla belirlenir[545].

1.2.1.1.3. Geçerlilik Zinciri

Bir kural ile karşılaşıldığında ve bu kuralın geçerliliğini nereden aldığı sorusu sorulduğunda cevaben genellikle bir hukuk normu işaret edilecektir. Bu hukuk normunun geçerliliğini nereden aldığı sorulduğunda muhtemelen daha üst düzeyde bulunan bir anayasa hükmü işaret edilecektir. Aynı soru anayasa hükmü için de sorulabilir, bu durum böylece sonsuza kadar devam edebilir[546]. Ancak gerçekte bu zincirin sonsuza kadar devam etmediği görülmektedir. Bir noktada *hukuki olmayan bir temel* zincirin sonsuza gitmesine engel olarak nihayete ermesini sağlamaktadır. Başka bir deyişle zincirin sonsuza kadar devam etmemesi için bir noktada *hukuki olmayan terimlerle* açıklama yapılması gereken bir yere varılır[547]. İşte geçerlilik zincirinde ulaşılan bu nihai nokta tabiri caizse hukuk için sıfır noktasıdır, başka bir deyişle hukukun temellerinin bulunduğu zemindir.

---

[544] Shapiro, "What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?", ss. 239-40.
[545] Shapiro, "What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?", s. 240.
[546] Shapiro bu durumu hukuk biliminin tavuk-yumurta paradoksu olarak nitelendirmiştir. Bkz. Shapiro, On Harts Way Out, s. 150-154, Shapiro, Legality, s. 36-44. Benzer bir açıklama Marmor tarafından yapılmıştır. Bkz. Marmor, Philosophy of Law, s. 49-50.
[547] Marmor, *Philosophy of Law*, s. 49.

1.2.1.1.3. Tanıma Kuralının Toplumsal bir Pratik Oluşu

Tanıma kuralının bir yanı hukuki bir yanı ise olgusaldır. Tanıma kuralının hukuk kapsamında olmasının, bir yasa olarak adlandırılabilecek olmasının nedeni sistemin bütün kurallarının belirlenebilmesini sağlayan ölçütleri sunuyor olmasıdır. Tanıma kuralının bir toplumsal olgu olması ise söz konusu kuralın bir toplumsal grubun en azından resmi görevlileri tarafından içsel bakış açısıyla kabul edilmesi gerekliliğinin sonucudur. Dolayısıyla tanıma kuralının varlığı bir toplumsal olgu meselesidir. Tanıma kuralının toplumsallığı ise Hart'ın toplumsal kurallar hakkındaki açıklamaları çerçevesinde ele alınması toplumsal pratik olarak nitelendirdiği kurallara dair görüşünün tanıma kuralına da uyarlanması gerekmektedir[548].

Böylece tanıma kuralı hem bir yasa hem de bir olgudur ancak bunlardan sadece birisine atıfta bulunarak tanıma kuralının ne olduğunun hakkının verilmesi mümkün değildir. Hart, bu nedenle tanıma kuralı hakkında düşünülürken zihnin bir köşesinde daima onun hem bir yasa olarak hukukun parçası olduğu hem de toplumsal bir olgu olduğu düşüncelerinin taze tutulmasının gerektiğini belirtmiştir[549].

Hart, geçerlilik zincirini sonlandıran ve hukuk dışı nitelikte olan sıfır noktasını *The Concept of Law*'da toplumsal bir pratik niteliğindeki bir kural olan tanımı kuralı olarak belirlemiştir. Tanıma kuralı otoriter bir biçimde hangi kuralların hukuk normu olduğunu belirleyen geçerlilik koşullarını sağlar. Diğer kuralların geçerliliğinin belirlenmesini sağlayan tanıma kuralı hakkında ise artık bu kuralın geçerliliğini nereden aldığı sorulamaz, tanıma kuralının ne geçerli ne de geçersiz olduğu iddia edilebilir[550]. Başka bir deyişle tanıma kuralının varlığını iddia etmek, varsaymak onun geçerli olduğunu varsaymak anlamına gelmez, onun toplumsal pratik içerisinde bulunduğunu, toplumsal bir olgu olduğunu ileri sürmek anlamına gelir.

Tanıma kuralının varlığının nasıl ortaya konabileceği hususunda ise Hart belirli toplumsal olguların varlığına işaret eder. Bir toplumsal grubun bazı üyeleri toplumlarında uygulanan kuralların geçerliliğini belirleyen ölçütleri sağlayan bir kurala yönelik içsel bir bakış açısına sahip olduklarında o kural tanıma kuralı olacaktır. Daha açık bir ifadeyle bir toplumsal grubun üyelerinin en azından bir kısmı, bir normun hukuk sisteminin bir parçası olup olmadığını

[548] Raz, *The Authority of Law*, s. 92.
[549] Hart, *The Concept of Law*, ss. 111-12.
[550] Hart, *The Concept of Law*, s. 109.

belirlemek için belirli kriterlerin uygun kriterler olduğuna inanırlar. Hart tanıma kuralını bu bağlamda tasavvur ettiğinden, onun "yalnızca mahkemelerin, resmi makamların ve özel kişilerin belirli kriterlere atıfta bulunarak hukuku tanımlama konusundaki karmaşık, ancak normalde birbiriyle uyumlu pratikleri olarak mevcut[551]" olduğunu düşünür. Dolayısıyla tanıma kuralının varlığı sistemin resmi görevlilerince kabul ve takip edilmesine dayanan olgusal bir meseledir.

Böylece Hart tanıma kuralının kabul eden ve bunları uygulayanları toplumsal grubun bazı üyeleri –resmi görevliler- ile sınırlandırmıştır. Bunda tanıma kuralının kabul edilmesinde içsel bakış açısınının benimsenmesi gerekliliği etkilidir. Tanıma kuralının toplumsal grup üyelerinin tümü tarafından içsel bakış açısı ile değerlendirilmesi elbette beklenemeyeceğinin Hart da farkındır. Çoğu durumda sıradan vatandaşlar tanıma kuralı hakkında hiçbir fikir sahibi olmayabilir. Sıradan vatandaşlar için yasayı tespit etmek ve ona uygun eylemde bulunmak yeterlidir[552]. Dolayıysa bir hukuk sistemine tabi olanlardan resmi görevli olmayanların tamamı tanıma kuralını kabul etmemiş olsa dahi, belirli bir grup (resmi görevliler) tanıma kuralını kabul etmişse o hukuk sisteminin var olduğu söylenebilecektir. Ancak sıradan vatandaşların (resmi görevli olmayanların) da hukuk kurallarına genel olarak uymaları bir hukuk sisteminin varlığı açısından gerekmektedir.

Hukuk sisteminin resmi görevlileri için ise sadece hukuk normuna uyum göstermeleri yeterli değildir; resmi görevliler tanıma kuralını kabul etmeli ve resmi görevleri çerçevesinde eylemde bulunurken tanıma kuralının sağladığı geçerlilik ölçütlerini uygulamaları gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle resmi bir görevli bir kuralın tabi olduğu hukuk sisteminin bir parçası olup olmadığını belirlerken tanıma kuralının sağladığı ölçütleri bir standart olarak kabul etmeli ve böyle yapmayan diğer resmi görevlileri eleştirmek için yine aynı tanıma kuralınca kendisine sağlanan kriterleri temel olarak kullanmalıdır. Örneğin buradaki resmi görevlinin bir yargıç olduğu, yargıcın tanıma kuralını sadece kendi davranışları için bir standart olarak kabul ettiği ve tanıma kuralına saygı göstermeyen diğer yargıçları tanıma kuralının sağladığı kriterler çerçevesinde eleştirmediği bir durum varsayıldığında, yargıcın tabi olduğu hukuk sisteminin birliği ve sürekliliğinin ortadan kalkması tehlikesi söz konusu olabilecektir. Çünkü Hart hukuki

[551] Hart, *The Concept of Law*, s. 110.
[552] Hart, *The Concept of Law*, s. 114.

geçerliliğe ilişkin standartları gösteren tanıma kuralının resmi görevlililer tarafından içsel bakış açısıyla değerlendirilmesinin, hukuk sisteminin birliği ve sürekliliği özelliklerini doğrudan etkileyen bir durum olduğunu düşünmektedir[553]. Dolayısıyla bir hukuk sisteminin varlığı açısından resmi görevlilerin tanıma kuralına karşı içsel bakış açısını kabul etmeleri bir gerekliliktir.

Bu bilgiler ışığında bir hukuk sisteminin var olduğunun söylenebilmesi açısından Hart'ın iki asgari koşul belirlemiş olduğu görülmektedir. Birinci koşul "*sistemin nihai geçerlilik kriterlerine göre geçerli olan davranış kurallarına*" toplumsal grup üyelerince genel olarak uyulması gerekliliğidir. Hukuk sisteminin varlığı için bu koşulun yeterli olduğunu düşünmek Austinci hukuk tanımı ile paralel bir görüşe sahip olmak anlamına gelecektir. Ancak bu koşula bşaka bir koşulun daha eklenmesi gerekir: "*hukuki geçerlilik kriterlerini belirleyen tanıma kuralları ile değiştirme ve yargılama kuralları, yetkililer tarafından resmi davranışların ortak kamu standartları olarak etkin bir şekilde kabul edilmelidir.*"[554]

1.2.1.1.4. Tanıma Kuralını Kim/ler Kabul Etmelidir?

Hart *The Concept of Law*'da tanıma kuralının kim tarafından kabul edilmesi gerektiğine dair farklı ifadeler kullandığı ve bir karmaşaya sebebiyet verdiği ileri sürülmüştür[555].

Hart bir yerde, tanıma kuralından herhangi bir kişinin bir hukuk sisteminin kurallarının neler olduğunu tespit etmek istediğinde başvuracağı ölçütler olarak söz eder: *"bir tanıma kuralının kabul edildiği her yerde, hem özel kişilere hem de resmi görevlilere birincil yükümlülük kurallarını belirlemek için otoriter ölçütler*[556]*"* sağlanmaktadır. Buradan çıkan anlam tanıma kuralının ait olduğu hukuk sisteminin tüm süjelerine yönelik olduğudur.

Hart başka bir yerde ise tanıma kuralının diğer ikincil kurallarla birlikte sistemin *resmi görevlileri* tarafından "*resmi davranışların ortak kamusal standartları olarak etkin bir şekilde kabul edilmesinin*" bir hukuk sisteminin varlığı açısından iki koşuladan biri olduğunu

[553] Hart, *The Concept of Law*, s. 116.
[554] Hart, *The Concept of Law*, s. 116. Burada Hart'ın tanıma kurallarından söz ettiği görülmektedir. Aslında bir hukuk sisteminin tek bir tanıma kuralı olduğunuı savunan Hart için bu ifadesi bir çelişki olarak görünmektedir. Hart'a bir hukuk sisteminde birden fazla tanıma kuralı olabileceği eleştirisi de getirilmiştir. Bkz.
[555] Raz, *The Authority of Law*, s. 92; Shapiro, "What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?", ss. 240-41.
[556] Hart, *The Concept of Law*, s. 100.

belirtmiştir[557]. Buradan çıkan anlam tanıma kuralının sistemin tüm resmi görevlileri tarafından kabul edilmesinin bir gereklilik olduğudur.

Ancak söz konusu kitabının başka yerlerinde Hart tanıma kuralının sistemin tüm resmi görevlilieri tarafından değil yargıçları tarafından kabul edilmesinden söz ediyor gibi görünmektedir. Shapiro buna örnek olarak *The Concept of Law*'dan şu pasaja atıfta bulunmuştur[558]:

> İster yargıçlar, ister avukatlar ya da sıradan vatandaşlar tarafından olsun, bir hukuk sistemi ile ilgili olarak günlük yaşamda belirli kurallar hakkında yapılan hukuki geçerliliğe dair beyanlar gerçekten de belirli ön kabuller taşır. Bunlar, sistemin tanıma kuralını kabul edenlerin bakış açısını ifade eden içsel hukuk beyanlarıdır ve bu nedenle, sistemle ilgili dışsal olgu beyanlarında belirtilebilecek pek çok şeyi belirtmeden bırakırlar. Bu şekilde ifade edilmeden bırakılanlar, hukuki geçerlilik beyanlarının normal arka planını veya bağlamını oluşturur ve bu nedenle bunlar tarafından 'önceden varsayıldığı' söylenir. Ancak bu varsayılan hususların tam olarak ne olduğunu görmek ve niteliklerini belirsizleştirmemek önemlidir. Bunlar iki şeyden oluşur. Birincisi, belirli bir hukuk kuralının, örneğin belirli bir kanunun geçerliliğini ciddi bir şekilde savunan bir kişi, hukuku tanımlamak için uygun olduğunu kabul ettiği bir tanıma kuralını kullanır. İkinci olarak, belirli bir kanunun geçerliliğini değerlendirdiği bu tanıma kuralının sadece kendisi tarafından kabul edilmekle kalmayıp, sistemin genel işleyişinde fiilen kabul edilen ve kullanılan tanıma kuralı olması söz konusudur. Eğer bu ön kabulün doğruluğundan şüphe edilirse, fiili uygulamaya, yani mahkemelerin neyin hukuk sayılacağını belirleme biçimine ve bu belirlemelerin genel kabulüne ya da bu belirlemelere rıza gösterilmesine bakılarak tespit edilebilir.[559]

Shapiro pasajın son cümlesine odaklanarak Hart'ın tanıma kuralının yargıçlar tarafından kabul edileceği fikrini ileri sürdüğünü iddia etmiştir. Hart'ın ne demek istediğinin anlaşılması için pasaj uzun bir biçimde alıntılanmıştır. Bu pasajda Hart'ın tanıma kuralının kim tarafından kabul edildiğini ortaya koymaktan ziyade herhangi bir kişinin bir hukuk sisteminin kurallarının geçerliliğini belirlemek için kullandığı ölçütlerin gerçekten o sistemin tanıma kuralı olup olmadığında şüpheye düşülmesi halinde bir delil olarak yargıçların uygulamalarına atıfta bulunmuştur. Dikkat edilecek olursa Hart'ın bu pasajda tanıma kuralının kim tarafından kabul

[557] Hart, *The Concept of Law*, s. 116. Hatırlanacak olunursa bir hukuk sisteminin varlığı açısından diğer koşul kurallara vatandaşların (resmi görevli olmayan hukuk süjelerinin) genel olarak uymasıdır.
[558] Shapiro, "What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?", s. 241.
[559] Hart, *The Concept of Law*, s. 108.

edileceğine dair (sadece yargıçlar şeklinde) sınırlandırıcı bir sayımda bulunmadığı, yargıçların uygulamalarına tanıma kuralının varlığının delili olarak atıf yaptığı görülecektir. Dolayısıyla sadece bu paragrafı dikkate alarak tanıma kuralının sistemin tüm görevlileri tarafından değil sadece yargıçlar tartafından içsel bakış açısıyla kabul edilmesi gerektiği iddiası doğru olmayacaktır. Ne var ki Hart'ın yargıçların uygulamaları ve tanıma kuralı arasında kurduğu irtibat bundan ibaret değildir.

Hart *The Concept of Law*'ın Postcript kısmında tanıma kuralından bir yargısal teamül kuralı olarak söz etmektedir. Hart, Dworkin'in kendisinin toplumsal kurallar hakkındaki açıklamasının sadece geleneksel kurallarla sınırlı olduğu, bireysel ve toplumsal ahlak alanları için yeterli bir açıklama sunamayağı iddiasına katıldığını beyan ederken yine de toplumsal kurallar hakkındaki teorisinin tanıma kuralı ve bazı hukuk kurallarını da içerecek biçimde geleneksel toplumsal kurallar hakkında doğru bir aaçıklma olduğunu düşünmektedir. Hart burada tanıma kuralını "yalnızca mahkemelerin hukuku belirleme ve uygulama faaliyetlerinde kabul edildiği ve uygulandığı takdirde var olan bir tür yargısal teamül kuralı[560]" olarak tanımlamaktadır. Hart'ın tanıma kuralının mahkemeler tarafından kabul edilceği ve bu bağlamda bir yargısal teamül kuralı olduğu şeklindeki bu ifadeleri tanıma kuralının yalnızca yargıçlar tarafındna kabul edilmesinin bir gereklilik olduğu iddiası için bir öncekine nazaran çok daha güçlü bir delil olarak görünmektedir.

Hart'ın tanıma kuralının kimler tarafından kabul edilmesinin bir gereklilik olduğu meselesine Raz, Hart ile yapmış olduğu birebir görüşmeden edindiği izlenimi de dikkate alarak tanıma kuralını ödev yükleyen bir kural olarak kabul etmiştir. Tanıma kuralının ödev yükleyen bir kural olmasının sonucu olarak bu kuralın süjelerinin sıradan vatandaşlar olamayacağını düşünmektedir. Zira tanıma kuralı ile sıradan vatandaşlara bir ödev yükleniyor değildir. Bu çerçevede tanıma kuralı yetkililere yöneltilen ve onları belirli işlemleri gerçekleştirmeye yönlendiren ödev yükleyen yasalar olarak görülmelidir. Bu nedenle tanıma kuralının varlığı, vatandaşların değil yetkililerin uygulamalarına bakılarak tespit edilebilecektir[561]. Böylelikle tanıma kuralının varlığı için Hart'ın neden yargıçların fiillerine bakılması gerektiğini ifade etmesi de anlaşılır olacaktır. Ancak Raz tanıma kuralının sistemin bütün resmi görevlileri mi

[560] Hart, *The Concept of Law*, s. 256.
[561] Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 199.

yoksa yalnızca yargıçlar tarafından mı kabul edilemesi gerektiğine dair bir tartışmaya girmemektedir. Shapiro konuya ilişkin olarak ikincil kurallardan tanıma kuralının yargıçlar, değiştirme ve yargılama kurallarının bu kurallar aracılığıyla hangi resmi görevliler yetkilerndirilmişse onlar tarafından kabul edilmesinin gerektiği şeklinde bir yorum yapılabileceğini ve bunun Hart'ın kuramıyla pek de çelişmeyecek bir iyileştirme olarak görülebileceğini belirtir. Ancak Shapiro, mahkemelerin bazen hukuk dışı uygulamaları olacağına dikkat çekerek bu iyileştirmeye rağmen Hart'ın tanıma kuralı ve onun süjesi hakkındaki görüşleri yine de problemli kalacağını belirtmektedir[562].

1.2.1.1.5. Resmi Görevlilerin Tanıma Kuralını İçsel Bakış Açısıyla Kabul Etmelerinin Ahlaki Meşruiyet İle İlgisizliği

Tanıma kuralının içsel bir bakış açısıyla kabul edilmesi gerekliliği, resmi görevlilerin hukuk sisteminin ahlaki bir meşruiyet temeli üzerinde bulunduğuna inanmaları anlamına gelmez. Bir kişinin bir kuralı içsel bakış açısından ancak ahlaki olmayan çeşitli nedenlerle kabul etmesi mümkündür. Hart bu durumu şu ifadeleriyle ortaya koymuştur:

> Çok sayıda insan ahlaki açıdan bağlayıcı olarak görmedikleri yasalar tarafından zorlanabileceği gibi, sistemi gönüllü olarak kabul edenlerin de kendilerini ahlaki açıdan bağlı olarak görmeleri gerektiği doğru değildir. Aslında, sisteme bağlılıkları birçok farklı düşünceye dayanabilir: uzun vadeli çıkar hesapları; başkalarına karşı ilgisizlik; kalıtsal ya da geleneksel bir tutumu yansıtmamak; ya da sadece başkalarının yaptığı gibi yapma isteği. Sistemin otoritesini kabul edenlerin vicdanlarını sorgulamaması ve ahlaki açıdan bunu kabul etmemeleri gerektiğine karar vermemeleri için hiçbir neden yoktur, ancak çeşitli nedenlerle bunu yapmaya devam etmektedirler. [563]

Hart'ın bu ifadelerinin de açıkça ortaya koyduğu üzere, bir hukuk sistemine tabi olan bir kişinin, çoğu durumda bir resmi görevlinin, içsel bakış açısından bu hukuk sisteminin kurallarının kendisi de dâhil olmak üzere ait olduğu toplumsal grup üyelerinin tümü için uyulması zorunlu kurallar olduğunu kabul etmesi, bu kuralların ahlaken de uyulması zorunlu kurallar olduğunu kabul ettiği anlamına gelmez[564]. Hart için bir hukuk sisteminin varlığı için

[562] Shapiro, "What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?", ss. 241-42.
[563] Hart, *The Concept of Law*, s. 203. (İtalik vurgu tarafımızca eklenmiştir.)
[564] Hart resmi görevlilerin tanıma kuralına dair içsel bakış açısını benimsemelerinin hukukun otoritesini ahlaken de kabul etmelerini gerektirmediğini başka bir yerde de şu şekilde savunmuştur: *"...yargıçlar yasa koyucunun kanunlarını kabul etmelerini, sadece yerleşik bir uygulamayı sürdürmek istediklerini veya göreve başlarken bunu sürdüreceklerine dair yemin ettiklerini veya yargıçlık makamını kabul ederek bunu zımnen kabul ettiklerini*

resmi görevlilerin tanıma kuralının hukuk sisteminin normlarının belirlenmesinde doğru tek ölçüt olduğuna inanmaları yeterlidir. Tanıma kuralının varlığı, resmi görevlililerin bir normun hukukiliğini belirleyebilmek için verecekleri resmi karar için tanıma kuralını içsel bakış açısıyla *ortak bir kamusal standart* ve sapmaları eleştirmek için bir iyi gerekçe olarak gördükleri anlamına gelir[565].

1.2.2. Hukuki Yükümlülük ve Yaptırım İlişkisi

Hart genel olarak yükümlülük, hukuki yükümlülük ve ahlaki yükümlülük kavramları üzerine görüşlerini uzun bir süreç içerisinde çeşitli eserlerinde ifade etmiştir. Bu kavramları nasıl tanımladığı, aralarında ne gibi bir ilişki olduğu hakkında bilgi sahibi olmak isteyen bir kişi geniş bir literatür içerisinde yer yer bir arada yer yer dağınık vaziyette bu görüşlerin ifade edilmiş olduğunu görecektir[566]. Dolayısıyla Hart'ın bu kavramlar hakkındaki görüşlerinin anlaşılması kolay değildir; üzerinde düşünsel mesai harcanması gereken zorlu bir iştir. Hart'ın (genel, hukuki ve ahlaki) yükümlülük hakkındaki görüşleri üzerine pek çok akademik çalışma yapılmış her bir yazar Hart'ın görüşlerini kendi bakış açılarından başlıklandırarak izah edip sonrasında katıldıkları ya da eleştirdikleri hususları ifade etmişlerdir[567].

Hart'ın konu hakkındaki görüşlerinin anlaşılabilir bir biçimde ortaya konulabilmesi için farklı tarihlerde yazmış olduğu eserlerin ayrı ayrı ele alınması, kronolojik olarak birinden diğerine geçerken yazarın ne gibi fikir değişikleri yaşadığının ya da konuyla ilgili tüm çalışmalarında ne gibi ortak fikirlerin bulunduğunun tespit edilmesini sağlayabileceğinden faydalı olacaktır. Bu

söyleyerek açıklayabilir veya haklı gösterebilirler. Tüm bunlar, yargıçların yasama organının ahlaki meşruiyetine ilişkin hiçbir inanca sahip olmamaları ya da hatta böyle bir inanca sahip olmadıklarına inanmaları ile uyumlu olacaktır." Bkz. Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 265.

[565] Hart, *The Concept of Law*, s. 117. Hart böylece bir hukuk sisteminin varlığı açısından asgari iki koşul belirlemiş olur: sıradan vatandaşların yasalara genel olarak uyması ve resmi görevlililerin ikincil kuralları içsel bakış açısıyla benimseyerek resmi eylemler için ortak kamusal standart olarak değerlendirmeleri. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, ss. 116-17.

[566] Hart'ın konu hakkındaki çalışmaları için bkz. H. L. A. Hart, "Legal and Moral Obligation", *Essays in Moral Philosophy*, ed. A. I. Melden, University of Washington Press, Seattle, ABD 1958, s. 82-107; Hart, *The Concept of Law*; Hart, "Legal Duty and Obligation", ss. 127-61; Hart, "Sovereignty and Legally Limited Government", ss. 220-42.

[567] Roscoe E. Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", *The Yale Law Journal*, C. 80, S. 1 (1970), s. 47-75; M.S. Blackman, "Hart's Idea of Obligation and His Concept of Law", *South African Law Journal*, C. 94, S. 4 (1977), s. 415-36; Joseph Raz, "Hart on Moral Rights and Legal Duties", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 4, S. 1 (1984), s. 123-31; Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", ss. 152-76; Benjamin C. Zipursky, "Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules", *Fordham Law Review*, C. 3, S. 75 (2006), s. 1229-53; Danny Priel, "Sanction and Obligation in Hart's Theory of Law", *Ratio Juris*, C. 21, S. 3 (2008), s. 404-11.

nedenle Hart'ın yükümlülük hakkındaki görüşlerinin 1) 1958 tarihli *Legal and Moral Obligation* makalesi, 2) *The Concept of Law*'daki ilgili kısımlar, 3) 1982 tarihli *Essays on Bentham* eserinden *Legal Duty and Obligation* ve *Commands and Authoritative Legal Reasons* adlı makaleleri dikkate alınarak ayrı başlıklar halinde izah edilecektir[568].

1.2.2.1. 1958 Tarihli Açıklama

Hart 1958 yılında hukuki ve ahlaki yükümlülüğü dair analizlerde bulunduğu *Legal and Moral Obligation* adlı bir makale yayımlar[569]. Henüz başyapıtı *The Concept of Law* yayımlanmamıştır ve bu makale münhasıran hukuki ve ahlaki yükümlülüğe odaklanmıştır. Hart hukuki yükümlülükle ilgili olarak ne Austin'in alışkanlıkla uyulan cebri buyruklar sistemi açıklamasını ne de hukuki yükümlüğü ahlaki yükümlülükle temellendirme çabalarına katılmaz; ona göre hukuki yükümlülükler cebrilik olmaksızın ve ahlakla alakasız olarak ve hatta ahlaka aykırı olarak da var olabilir[570]. Bununla birlikte Kelsen'in hukuk sisteminin temeline yerleştirdiği varsayımsal temel normuna dayanan ve tüm hukuk kurallarını resmi görevlilere yönlendirilmiş emirler olarak gören ve bu doğrultudaki hukuki yükümlülük açıklmasının da eleştiren Hart, yaptırıma değil başka bir olguya, toplumsal pratiklere dayanan bir hukuki yükümlülük açıklaması sunmaya çalışmıştır.

1.2.2.1.1. Hukuki Yükümlülük

Hart yükümlülük ve ödev kavramları için en ideal alanın hukuk olduğunu düşünmektedir. Hatta konu hakkındaki düşüncelerinin gelişim aşamasının başlarında Hart, hukuk dünyasının yükümlülük ve ödev kavramlarının doğal yaşam alanı olduğunu varsayar[571]. Bu nedenle yükümlülüğün analizine öncelikle hukuki yükümlülüğün özelliklerini incelemekle başlayacağını ve akabinde ahlaki yükümlülükle ilgili konuşmalarımızda niçin *"hukuki olarak renklendirilmiş yükümlülük ve ödev kavramlarını kullandığımızı"* izah edeceğini belirtmiştir[572]. Başka bir ifadeyle Hart'ın amacı, belirli ilkeleri, yükümlülük ve ödev kavramlarını doğal yaşam

[568] Bu yöntemin benimsenmesinde Oladosu takip edilmiştir. Bkz. Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 154.
[569] Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 82-107.
[570] "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", *Michigan Law Review*, C. 73, S. 2 (1974), s. 444.
[571] Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 83-84.
[572] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 84. Hart, hukuki yükümlülüğün genel yükümlülük anlayışı üzerindeki belirleyici etki iddiasından The Concept of Law'da vazgeçmiş görünmektedir.

alanı olan hukuk sahasından, öncelikle pozitif ahlak ve sonrasında eleştirel ahlak alanlarına taşıyarak genişletmektir[573]. Bu çerçevede ahlaki yükümlülükle ilgili açıklamalarına başlarken, *hukuki yükümlülüğün ayırt edicisi* niteliğindeki üç belirgin özelliğin, 1) bir toplumsal grubun fiili uygulamasına bağımlılık, 2) içerikten bağımsız olabilme, 3) cebir'in ahlak alanının belirsiz bir bölümünde kullanıldığını ileri sürmüştür[574]. Bu ifadelerinden çıkan sonuç Hart'ın genel anlamda yükümlülük ve ahlaki yükümlülük hakkındaki görüşlerimizin hukuk sahasındaki yükümlülüğün kullanımından önemli ölçüde etkilendiği, hatta onun tarafından şekillendirildiğidir. Öyleyse Hart'ın genel yükümlülük ve ahlaki yükümlülük kavramları ile ilgili görüşleri ile hukuki yükümlülük hakkındaki görüşleri arasında bir bağlantı olması gerekmektedir. Dolayısıyla bir hukuki yükümlülük, biraz önce açıklanan yükümlülüğün en azından iki özelliğini, *ciddi bir toplumsal baskı ile desteklenme* ve uygulanmasına dair duyulan *gereklilik inancı* özelliklerini taşıması gerekmektedir[575].

1.2.2.1.2. Hukuki Yükümlülüğün Özellikleri

1.2.2.1.2.1. Bilinçli Olarak Yaratılma

Hukuki yükümlülükler ve ödevler, belirli kişilerin elverişli eylemleriyle bilinçli olarak yaratılırlar. Ayrıca zaman içierisinde değiştirilmeleri söz konusu olabilir. Bu anlamda hukuki yükümlülüklerin insan eseri olduğu söylenebilir[576].

Bilinçli olarak hukuki yükümlülük yaratılmasının en tipik örneği yasama organının çıkarmış olduğu yasalar aracılığıyla yaratılan hukuki yükümlülüklerdir. Yasama organı kompleks bir işlem olan yasama faaliyetini belirli usullere riayet ederek gerçekleştirdikten sonra örneğin yirmi ila otuz beş yaş arası erkeklere askerlik yapma zorunluluğu getiren bir yasa çıkardığında askerlik yapma yükümlülüğünü oluşturmuş olur. Yasama organı bu örnekteki gibi doğrudan bir

[573] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 154.
[574] "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", s. 100.
[575] "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", s. 446. Genel yükümlülük kavramına dair yapılan açıklamalarının hukuki yükümlülük için de geçerli olduğu kabul edildiğinde, hukuki yükümlüğün temelini oluşturan toplumsal kural hakkında şüphe oluşmaktadır. Hukuki yükümlülüğün temelini türetildiği birincil kural mı, başka bir birincil kural mı, birincil kuralların oluşturulmasına yetki veren bir ikincil kural mı, yoksa başka bir ikincil kural mı olduğu hususunda Hart bir açıklama yapmamıştır. Bkz. "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", s. 446.
[576] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 84.

hukuki yükümlülük yaratabileceği gibi belirli alt mercilere başkaca yükümlülük ve ödevler yaratabilmesi yetkisi de verebilir[577].

Hukuki yükümlülükler bazen de özel kişiler arasındaki sözleşme ve benzeri ilişkilerden kişinin başkalarına değil de kendisine yönelik yükümlülük yaratan iradesinden kaynaklanabilir[578]. Örneğin belirli bir eser yapması konusunda bir usta ile yapılan sözleşme aracılığıyla, sözleşmenin tarafları kendilerine yönelik hukuki yükümlülükler tesis etmiş olurlar. Bu örnekte işi alan usta eseri üretmek ve teslim etmek, sipariş veren ise eserin yapımı karşılığında belirledikleri meblağı ustaya vakti geldiğinde vermek yükümlülüğü altına girmiştir.

Hukuki yükümlülüklere bazen de örf ve adetler kaynaklık edebilir. Bu durumlarda hukuki yükümlülük bilinçli olarak yasa koyucu tarafından yaratılmamakta, mahkemelerin uygulaması ya da örfi uygulamalar neticesinde tarihsel bir süreç içerisinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumun hukuki yükümlülüklerin bilinçli olarak yaratıldığı iddiasının bir istisnası olarak kabul edilmesi gerekecek midir? Hart bu soruyu örf ve adet kaynaklı hukuk kurallarının (dolayısıyla bir hukuk kuralı tarafından yaratılmış olan hukuki yükümlülüğün) geçerliliği meselesinde örf ve âdetin modern hukuk sistemlerinde ancak ikincil bir geçerlilik kriteri oluşturacağını iddia ederek cevaplandırır. Örf ve adetlerin yasama organı tarafından kaldırılması mümkünken, tersi durum ise çoğu zaman mümkün değildir. Böylece hukukun kaynağı olarak örf ve adetler yasamaya nazaran ikincil bir konumda bulunmaktadır. Bununla birlikte, her ne kadar pratik çoğu zaman bunun aksi şekilde gerçekleşiyor olsa dahi, bir toplumun temel kuralı söz konusu toplumun örf ve adet temelli uygulamalarını tek geçerlilik kiteri olarak saptamış olabilir; bunun mümkün olmayacağını savunabilmek için hiçbir mantıksal sebep bulunmamaktadır. Bu ihtimalde yükümlülükler bilinçli eylemlerle değil geleneksel pratikler tarafından yaratılmış olarak kabul edilir; başka bir deyişle hukukilik statülerini bilinçli eylemlere değil bu geleneksel pratiklere borçludurlar[579].

Bazı hallerde örf ve adet tarafından yaratılan yükümlülükler söz konusu olmakla birlikte örf ve âdetin toplumsal pratik aracılığıyla davranış standardı olarak benimsenmediği durumlar da söz konusu olabilir. Bu durumlarda temel kuralda belirlenen kriterlerin örf ve âdetin kaynaklık

[577] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 85.
[578] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 85.
[579] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 94.

ettiği yükümlülükleri karşılamaması sonucu ortaya çıkacaktır. Söz konusu toplum başka davranış türlerini davranış standardı olarak kabul ettiği anlamına gelir. Bu ise o toplumda gerçek anlamda bir temel kuralın bulunmadığı ve hukuk sisteminin de yok olma noktasına yakın olduğu şeklinde yorum yapılmasına neden olacaktır. Bu noktada hatırda tutulması gereken önemli bir bilgi de bazen temel kuraldaki geçerlilik kriterinin bazen belli belirsiz örf ve adet ya da teamüle dayanan kuralları da tanıyabileceğidir. Örneğin Amerikan hukuk sisteminde bir sözleşme aracılığıyla hukuki yükümlülük yaratma yetkisi mahkemelerin uzun zamandan beri süregelen uygulamaları olarak görülen Common Law kuralları ile birlikte ortaya çıkmışlarıdır; başka bir deyişle hukuki yükümlülük yaratılmasına olanak veren yetki bilinçli bir kuralın eseri değildir. Ancak bu durumda dahi söz konusu hukuk sistemi geçerlilik kriterleri arasında geçmiş davalardan yorum yapmak suretiyle çıkarılan kuralların geçerli olduğu yer alıyorsa, burada bilinçli olarak yaratılan kurallar ile blinçli olarak yaratılmayan kurallar arasındaki ayrımın son derece bulunıklaşacağı unutulmamalıdır[580].

1.2.2.1.2.2. Bir Toplumsal Grubun Pratiğine Bağlı Olma

Hart, ister yasama organı ya da yasama organının yetkili kılmış olduğu alt merciler tarafından, isterse de bizatihi kişinin kendisi tarafından kendisine yönelik olarak yaratılmış olsun, bir hukuki yükümlülüğün yaratılması, dayatılması, değiştirilmesi, sona erdirilmesini mümkün kılanın ne olduğu sorusu, bir hukukçu tarafından rahatça yasaların bu kişileri yetkili kılması olarak cevaplandırılacağını ifade eder. Ancak ona göre sorgulama felsefi boyuta taşındığında, "*Bu yetkiler nelerdir?*", "*Bir yasanın yetki vermesi ve bir kişinin böyle bir yetkiyi kullanması ne anlama gelir?*" gibi sorular gündeme gelecektir[581]. Bir yasada yer alan belirli bir kelime, ya da cümle aracılığıyla hukuki bir yükümlülük yaratılabilmesine dair bir yetkinin verilmiş olduğu sonucuna nasıl ulaşıldığının izah edilmesi gerekmektedir.

Belirli kişilerin belirli usullere uyarak belirli sözcükleri kullanması aracılığıyla bazı kişilerin belirli davranışlarda bulunması ya da belli davranışları gerçekleştirmekten kaçınması şeklinde bir hukuki yükümlüğün varlık kazandığı iddiasının gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Böyle bir gerekçelendirme girişimi *"zorunlu olarak bir hukuk sisteminin temelinin ve bir hukuk*

[580] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 94.
[581] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 86.

sisteminin var olduğu iddiasının içerdiği şeyin bir kısmının dikkate alınmasını[582]*"* gerektirecektir. Bir yerde birileri bazı kişiler üzerinde bir hukuki yükümlülük tesis ediyorsa orada öncelikle o kişilerin hukuki yükümlülük tesis edebilmesini öngören sistem kurallarının var olması gerekmektedir[583]. Hart bu kural türünü yetki veren kural olarak isimlendirmiştir.

Bir kere böyle (yetki veren) bir kuralın varlığının gerekliliği anlaşıldığında zorunlu olarak bir başka kural türüne daha ihtiyaç doğacaktır. Bu ikinci kural türü ise ilk kuralın hukuk kuralı olmasını sağlayan, ona hukuki geçerliliğini veren kuraldır. Başka bir ifadeyle, yetki veren kuralların varlığı, sistemin *temel* kurallarında belirtilen geçerlilik kriterlerini karşılayan bir *kurallar sınıfına ait olması* aracılığıyla izah edilir. Böylece hukuki yükümlülüğün varlık kazanabilmesi için arka planda en azından iki farklı kural türü bulunması gerekmektedir ve Hart bunları yetki veren *bağımlı kurallar* ve yetki veren kuralın geçerlilik koşullarını belirten *temel kurallar* olarak iki gruba ayırmıştır[584].

O halde bir kişi bir hukuki yükümlülüğün varlığının temelleri üzerine araştırma yaptığında, karşısına ilk çıkan hukuki yükümlülüğün yaratılması yetkisini veren bir bağımlı kuraldır. Bu kural tespit edildiğinde zorunlu olarak onun bir hukuk kuralı olmasını sağlayan temel kurala yönelinmesi gerekecektir. Bu iki farklı kural türü arasında önemli bir fark bulunur. Yetki veren bağımlı kuralın varlığının ortaya konulması temel kuralda yer alan kriterleri sağlayıp sağlamadığına bakılarak mümkün olacağından, burada *şekli* bir mesele söz konusudur. Ancak temel kuralın varlığının ortaya konması şekli değil, maddi bir meseledir[585].

Hart, temel kuralın varlığının ne Austin, ne Kelsen ne de hukuka itaati ahlaki yükümlülük gören yaklaşım çerçevesinde ortaya konamayaacağını belirttikten sonra kendi görüşünü izah eder. Temel kural olgusal olarak şu şekilde temellendirilebilir: *"Eğer bir grup insan, yasa koyucunun söylediklerini bir davranış standardı olarak kabul etme şeklinde ayırt ettiğimiz şekilde davranırsa, o zaman ona itaat edilmesi gerektiği kuralını kabul etmiş olurlar ve o zaman onun sözünün yasa olduğu kuralı var olur.*[586]*"* Hart'a göre yasa koyucunun insanları üzerinde hukuki yükümlülük oluşturabilme yetkisini haiz olduğunu dile getirmek, insanların yasa koyucunun

[582] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 87.
[583] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 87.
[584] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 88.
[585] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 155.
[586] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 91.

sözlerine ya da yasa koyucunu koymuş olduğu kurala karşı tutumunun *kabul etmek* (acceptance) anlamına geldiğini ima etmektir[587]. Görüldüğü üzere Hart temel kuralı açıkça toplumsal grubun pratiğine atıfta bulunarak, olgusal bir boyutta izah etmiştir. Bu kuralın varlığı ancak olgusal bir biçimde ortaya konabilir; bu kuralın geçerli ya da geçersiz olduğunu öne sürmek aynı derecede saçma iddialardır ve bu konuyu geçerlilik üzerinden ele almak kafa karışıklığına sebebiyet vermekten öte bir sonuç vermeyecektir[588].

Bir kişi ya da kişiler grubunun (egemenin) sözlerinin toplumsal grup için bir davranış standardı olarak kabul edilmesi şeklindeki kompleks toplumsal pratik oluştuğunda hukuk sisteminin temeli de oluşmuş olacaktır. Artık egemen yasa koyucu olarak dilerse kendisi hukuki yükümlülükleri tesis edebilir, dilerse de başka alt merciilere ya da özel hukuk kişilerine hukuki yükümlülük tesis edebilmelerine olanak tanıyan bir yetki verebilir. Ancak hem yasa koyucunun doğrudan yasama yapması aracılığıyla hem de egemenin başka alt merciilere ve özel hukuk kişilerine verdiği bu yetki aracılığıyla yaratılan hukuki yükümlülüklerin varlığı, daha temelde yer alan toplumsal grubun egemenin hukuki düzenlemelerini davranış standardı olarak kabul etmesinin altında yatan toplumsal pratik dikkate alındığında anlaşılabilir[589].

O halde temel kuralın varlığı, tekrar etmek pahasına, ait olduğu *toplumsal grup üyelerinin fiili bir uygulamasına* atıfta bulunarak ortaya konabilir. Hart, temel kuralın varlığının Austin tarafından, kendisi başka bir *üstüne* itaat alışkanlığı içerisinde bulunmayan bir egemene tebaasının alışkanlıkla itaat etmesi, Kelsen tarafından ise hatalı bir biçimde varsayımsal olarak nitelendirilmiş temel norm aracılığıyla ortaya konmaya çalışıldığını ifade eder. Bu görüşün yetersizlikleri ve yanıltıcılığına tepki olarak ise hukuka itaat edilmesi şeklinde ahlaki bir yükümlülüğün bulunduğunu ileri süren bir başka görüş ortaya çıkmıştır[590]. Hart hukuki yükümlülükle ilgili olarak ne Austin'in alışkanlıkla uyulan cebri buyruklar sistemi açıklamasını ne de hukuki yükümlüğü ahlaki yükümlülükle temellendirme çabalarına katılmaz; ona göre hukuki yükümlülükler cebrilik olmaksızın ve ahlakla alakasız olarak ve hatta ahlaka aykırı olarak da var olabilir[591]. Sonuç olarak Hart her bir kuralın olduğu gibi hukuki yükümlülük yaratılmasına olanak sağlayan kuralın da bağımlı bir kural olduğunu ve temel kuralla ilişkisi

[587] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 156.
[588] Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 91-92.
[589] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 93.
[590] Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 88-89.
[591] "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", s. 444.

çerçevesinde hukuken geçerli bir kural olduğunu savunmuştur. Benimsemiş olduğu bu görüş hukuki geçerlilik konusunda yukarıda zikredilen diğer görüşleri eleştirisi ile birlikte ele alınmalıdır. Bu nedenle diğer görüşlere yönelik eleştirileri de incelenmelidir.

1.2.2.1.2.2.1. Alışkanlıkla İtaatin Yetersizliği

Hukuki yükümlülüğün temellendirilmesinde alışkanlıkla itaat açıklaması yetersizdir, zira bir yükümlülüğü bulunmak (having an obligation) ifadesini değil, mecbur olmak (be obliged) ifadesini açıklayabilmektedir. Zira itaat alışkanlığı açıklaması egemenin yasalarına uyulmasını sağlamak için yaptırım tehdidinde bulunduğunu ve insanların da bu tehditten korktukları için itaat alışkanlığı geliştirdiklerini savunmaktadır. Ancak bu durumun doğru nitelendirmesi, bir şey yapmaya mecbur kaldıklarıdır.

İnsanların hukuk kurallarına genel olarak uymaları gerektiği bir gerçektir ancak buna ilave edilmesi gereken unsurlar da bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuki yükümlülüğün varlığından söz edilebilmesi için 1) Egemenin sözlerinin genel bir davranış standartı olarak kabul edilmesi ve bu sözlerden sapmaların eleştirilmesi için bir vesile olarak görülmesi gerekir; 2) Genel olarak egemenin söylediklerini yapmak için bir gerekçe olarak gösterilmesi, diğer insanların da egemenin söylediklerini yapmaya teşvik edilmesi ve egemenin sözlerinin belirlemiş olduğu standarttan sapanlara karşı cebri tedbirlerin uygulanmasına izin verilmesi açısından egemenin sözlerine atıf yapılıyor olması gerekmektedir[592]. O halde bir hukuki yükümlülüğün varlık kazanabilmesi açısından salt alışkanlıkla itaat yeterli olmayacak, en azından, izah edilen türde *karmaşık bir toplumsal pratiğin* bulunması gerekecektir[593].

1.2.2.1.2.2.2. Varsayımsal Temel Normun Uygunsuzluğu

Hart'a göre Kelsen, Austin modeline yönelik eleştirileri üzerinden temel kuralın izahına yönelik olarak olgusal temelli açıklamaları reddetmiş ve kendi varsayımsal temel normunu öne sürmüştür. Hart ise temel kuralın izahında olgusal açıklamanın itaat alışkanlığından ibaret

[592] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 90. Hart bazı insanların elbette yasakoyucunun kendi davranışlarını belirleme, etkileme yetkisine sahip olduğunu kabul etmeyebileceğinin farkındadır. Ancak bu insanlar yine de yasakoyucunun belirlemiş olduğu davranış standardına aykırı eylemde bulunduğunda bir yaptırımla karşı karşıya kalma olasılıklarının bilincindedir. Bu durumda bu kişinin bir hukuki yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmediğini buna karşın yasanın öngördüğü davranış standartlarına uyum göstermeye kendini mecbur hissettiğini söylemek yerinde olacaktır. Dolayısıyla acı çekmek ve bununla bağlantılı olarak yaptırımla yükümlülük değil mecbur olmak kavramının alakası bulunmaktadır. Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 90-91.
[593] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 90.

olmadığını, bu kuralların kabul edilmesine dair toplumsal pratik fikrinin, kurallara genel olarak itaat edilmesi fikrine eklenerek hukuki yükümlülük kavramının açıklanabileceğini savunmuştur[594]. Hart'a göre kurallara geçerliliğini veren sistemin temel kurallarının olgusal boyutta açıklanması mümkündür ve bu mümkün olduğu için varsayımsal bir temel norma istinad edilmesi isabetli değildir[595].

1.2.2.1.2.2.3. Hukuka İtaat Etmenin Ahlaki Bir Yükümlülük Olmasının Zorunlu Olmayışı

Hart, Kelsen'in hukuki geçerliliği açıklamak için ortaya koyduğu varsayımsal temel normuna, temel normun geometrik bir biçimde niteleyişine tepki olarak bir hukuk sistemi varsa o hukuk sisteminin kurallarına itaat edilmesi şeklinde bir ahlaki yükümlülüğün genel olarak kabul edilmesini gerekli gören bir yaklaşımın ortaya çıktığını belirtir. Bir hukuk sisteminin varlığını sürdürebilmesi için kurallarına genel olarak uyulmasının gerektiği, çoğu kişinin hukuka ahlaken uymayı gerekli görmelerinin de hukuk sisteminin istikrarlı bir yapı olmasını sağlayan önemli bir etken olduğunu Hart da kabul etmektedir. Ancak ona göre Kelsen'e tepki olarak geliştirilen görüşün hatalı olduğu husus, hukuka itaat edilmesi yönündeki ahlaki yükümlülüğün hukuk sisteminin varlık koşulu olarak kabul etmeleridir. Zira hukukun gelişimi ve istikararının ahlaki inançlardan etkilenebileceğini kabul etmek, hukuka itaatin ahlaki bir yükümlülük olduğu inancıyla güdülenmediği sürece hiçbir hukuk sisteminin var olamayacağı sonucuna ulaşmayı zorunlu kılmaz[596]. İnsanlar, ahlaki nedenlerin yanı sıra korku, tembellik, geleneğe hayranlık, bencil çıkarlarının uzun vadeli hesaplanması gibi çok çeşitli gerekçelerle hukuk kurallarına uyabilirler. Bir hukuk sisteminin varlığı açısından genel olarak kurallarına uyulması yeterlidir; bu uymanın hangi gerekçeyle yapıldığı önemli olmakla birlikte hukuk sisteminin varlığından bağımsız bir konudur[597].

1.2.2.1.2.3. İçerikten Bağımsız Olabilme

Hart'ın "Legal and Moral Obligations" başlıklı makalesinde üzerinde çok az durduğu bir hususdur. Öyle ki makalenin okuyucusu içeriğin olası bağımsızlığının hukuki yükümlülüğün bir

[594] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 91. Bu noktada hukuki yükümlülüğün varlık kazanma koşullarının açıklamasında Hart olgucu bir yaklaşımı benimseyerek Austin'le benzer bir temel üzerinden hareket etmekte ve Kelsen'in *varsayımsal* temel normu aracılığıyla yaptığı açıklamayı reddetmektedir.
[595] Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 88-89.
[596] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 92.
[597] Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 92-93.

özelliği olduğunu Hart'ın yükümlülük kavramını ikamet ettiği hukuk sahasından ahlak sahasına uygulama girişiminde bulunduğu üçüncü kısımda, makalenin neredeyse yarısından sonra tespit edebilmektedir. Hart belki de bu unsurun her hangi bir açıklamayı gerektirmediğini düşündüğünden makalede bu özelliği detaylandırmamış olabilir.

Hart'ın bu özellik ile kast etmek istediğinin bir hukuk kuralının zorunlu kılıcı olduğunu tespit etmenin, kuralın neyi emrettiği, neyi yasakladığı gibi içeriğe dair değerlendirmelerden bağımsız bir olduğu ileri sürülmüştür[598]. Başka bir deyişle bir kuralın getirmiş olduğu bir hukuki yükümlülük içeriğinden bağımsız olarak yükümlülüleri bağlayacaktır. İçeriğe dair değerlendirmeler hukuki yükümlülüğün varlığını, bağlayıcılığını etkilemeyecektir. Nitekim Hart da yükümlülüklerin statüsünün içeriklerinden bağımsız olduğunu ifade etmiştir[599].

1.2.2.1.2.4. Cebir

Hart, bir kişinin bir şeyi yapma yükümlülüğü varsa, onu yapmak zorunda olduğu söylenebileceğini; kişinin o yükümlülükle bağlı olduğunu, onu yapmaya zorlandığı şeklinde bir anlamın ortaya çıkacağını ifade eder. Dolayısıyla cebir ve hukuki yükümlülük arasındaki ilişkinin kavranması gerekmektedir. Hart'a göre yükümlülük kavramının cebirle ilişkisini anlayabilmek için üç şeyin birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir: 1) bir şeyi yapmaya fiziksel olarak zorlanmak, 2) bir şeyi yapmaya mecbur olmak (be obliged), 3) bir şey yapma yükümlülüğüne sahip olmak (have an obligation). Üçüncüsünün diğerleri ile olan ilişkisini abartısız olarak ortaya koyabilmek güçtür, ancak konunun anlaşılabilmesi için elzemdir. Hart Austin'in bunu abartı olmaksızın yapamadığını, dolayısıyla bir yükümlülüğe sahip olmak fikrini yanlış açıkladığını ileri sürmüştür. Hart Austin'in bir suçlunun kolluk görevlilerinin zorlamasıyla hapse konulması durumunda bir yükümlülük bulunmadığını idrak etmiş olmasına rağmen yükümlülük ve ödev kavramlarını emredenin emrine itaat edilmemesi halinde uygulama tehdidinde bulunduğu kötülük yani yaptırım açısından tanımlayışını hata olarak

[598] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 156.
[599] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 84. Yükümlülüklerin statüsünün içeriklerinden bağımsız oluşunu Hart şöyle gerekçelendirmiştir: "…çünkü sadece hukuki ödev ve yükümlülüklere sahip olmakla kalmayız, aynı zamanda bunları yaratabilir veya dayatabilir (örneğin, yasama yoluyla) ya da bunları yüklenebilir veya üstlenebiliriz (örneğin, sözleşmeler yaparak). Bunlar değiştirilebilir, tadil edilebilir ve ortadan kaldırılabilir; ve kişiler (özellikle yükümlülüklerin sözleşme ile yaratıldığı durumlarda) bunlardan kurtulabilir." Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 84. Burada Hart'ın açıklamasının içerikten bağımsızlıkla ne gibi bir ilgisi olduğu ve bunu nasıl gerekçelendirdiği anlaşılamamaktadır.

görmektedir[600]. Bu tanım çerçevesinde bir yükümlülüğü ya da ödevi bulunmak ifadesi, itaatsizlik halinde tehdit edilen kötülüğe karşı sorumlu olmak, bu kötülüğü nahoş bulmak anlamına gelecektir; bu ise kötülüğe *maruz kalma olasılığının* yükümlülüğü bulunmak ifadesinin temeli olarak yorumlandığı anlamına gelecektir[601].

Hart Austin'in bu değerlendirmesinin yerinde olmadığını, onun savlarını silahlı soyguncu örneğine uyarlayarak açıklamak ister. Silahlı soyguncunun bir kişiye çantasını teslim etmesi şeklindeki isteği, bu isteğin muhatabı olan kişiyi çantayı teslim etme yükümlülüğü altına sokmak şeklinde tanımlanamaz; burada o kişinin çantayı teslim etmeye mecbur kaldığından söz edilebilir. O halde Austin'in açıklamaları ilk etapta sadece bir şeyi yapmaya mecbur olmak durumuyla örtüşen bir nitelik arz etmektedir. Elbette Austin hukuki yükümlülüğün tesis edilmesinde silahlı bir soyguncunun değil, kendisi başka bir üstüne itaat etmeyen, ve insanların genel olarak kendisine alışkanlıkla itaat ettiği bir kişi ya da kişi topluluğunun, egemenin isteklerine atıfta bulunmaktadır. Bu egemenin emirleri silahlı soyguncunun emriyle kıyaslanınca genellik arz etmesi yönünden de farklılaşmaktadır. Egemenin belirli birr davranışta bulunulması ya da belirli bir davranışın yapılmasından kaçınılması şeklindeki emri ve emre uyulmaması halinde en küçük bir kötülüğe maruz kalınacağına dair küçücük bir ihtimalin varlığı, bir hukuki yükümlülüğün varlık kazanması için yeterlidir. Ayrıca yükümlü kılanan kişininin yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde başına bir kötülük gelme ihtimalinden korkması da gerekmektedir. Bunlar Austin'in hukuki yükümlülük açıklamasını silahlı soyguncu örneğinden farklılaştıran unsurlardır[602].

Hart Austin'in yalın silahlı soyguncu örneği üzerine yaptığı eklemeler üzerinden geliştirmiş olduğu kuramını bu sefer ne bir şey yapmaya mecbur olmak ne de bir yükümlülüğe sahip olmak kavramlarını açıklama gücünde yoksun, *iki arada bir derede* kalan bir görüş olarak nitelendirmektedir[603]. Hart'a göre, Austin'in yükümlülük açıklamasının bu şekilde olmasının nedenini, onun itaatsizlik halinde kötülük yapılmasını öngörmeyen hiçbir kural sisteminin hukuk olarak nitelendirilemeyeceğini düşünmesiydi. Başka bir ifadeyle Austin'e göre yaptırım,

[600] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 95.
[601] Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 95-96.
[602] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 96.
[603] *"Ne yazık ki bu eklemeler ve iyileştirmeler Austin'in analizinin iki arada bir derede kalmasına neden olmaktadır. Bir şeyi yapmaya "mecbur olmak" konusunda makul bir analiz olmaktan çıkmakta ve "bir yükümlülüğe sahip olmak" konusunda yetersiz bir analiz haline gelmektedir."* Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 97.

bir şeyi hukuki olarak nitelendirmemizi sağlayan, bir geçerlilik koşuluydu. Ancak bir hukuk sistemi kavramı ile yaptırım arasındaki bağlantı kabul edilse dahi Hart'a göre itaatsizlik hali için öngörülmüş kötülüğe maruz kalma ihtimalini bir yükümlülüğe sahip olmak ifadesini tanımlamak için kullanmak açık bir saçmalıktı. Hart bu saçmalığı şöyle ortaya koyar: herkes kimsenin malını rızası olmaksızın almama yükümlülüğü altındadır ifadesi, yükümlünün içinde bulunduğu psikolojik durumu esas alan bir ifade değildir. Örneğin bir hırsız birinin çantasını çalacak olsa ve hırsızlık suçu için öngörülmüş yaptırımdan korkmasa bile yine de bu yükümlülük altındadır. Ancak hırsızlık yapma düşüncesinden yaptırım korkusu nedeniyle vazgeçmiş olsa onun yükümlülüğün gereğini mecbur kaldığından yerine getirdiği söylenebilir. Dolayısıyla bir şey yapmaya mecbur olmak ifadesinin açıklanması için yaptırım uygulanma ihtimalinden duyulan korku yerinde bir açıklama sunulmasını sağlayacaktır[604].

Ne var ki Austin yükümlülüğün oluşması için "en küçük bir kötülüğe maruz kalınacağına dair en küçük bir ihtimalin" yeterli olduğunu söyleyerek, yükümlülük hakkındaki açıklamasının "bir şey yapmaya mecbur olmak" ifadesini dahi açıklayamayacak bir noktaya getirmektedir. Zira bir şey yapmaya mecbur olunması için kişinin yapması istenmeyen şeye dair seçiminin bazı önemli dezavantajlar yaratılarak daha az uygun hale getirilmesi gerekmektedir. Oysa ufacık bir kötülüğe maruz kalınacağına dair küçücük bir ihtimal böylesi bir etkiye sahip olmayacaktır[605].

Hart, Austin'in görüşlerinde kötülüğe maruz kalma ihtimalinin çokça eleştirildiğini, zira bu fikrin yükümlülüğün varlığın açısından bulunması gereken kural fikrini gözden kaçırmasına neden olduğunu ileri sürmüştür[606]. Austin'in kuramı en iyi ihtimalle şu iki olguyu ifade etmeye çalışırken bir kötülüğe maruz kalma ihtimalini uygunsuz bir biçimde bu olgulara eklediği şeklinde değerlendirilebilir:

> "1) Eğer yükümlülüklerin yaratıldığı bir hukuk sistemi var olacaksa, bunun temelinde daha önce tanımladığımız karmaşık toplumsal pratikler bulunmalıdır. 2) Sistem, itaatsizlik durumunda yaptırım uygulanmasını öngören kurallar içermelidir, ancak tüm kurallara "eklenmiş" yaptırımlar olması gerekmez." [607]

[604] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 97.
[605] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 98.
[606] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 98.
[607] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 98.

Hart, Austin hakkında dile getirilebilecek en iyimser yorumu bu şekilde ortaya koyduktan sonra, böylesi karmaşık toplumsal pratiğe dayanan bir *kurallar sistemi* kavramı var olmadan, "bir şey yapmaya mecbur olmak" ve "bir yükümlülük yaratmak" ifadeleri arasında sağlıklı bir ayrım yapılamayacağını ifade eder. Bu nedenle cebir ve yükümlülük kavramları arasındaki ilişki, Austin'in alışkanlık kavramını ve emredenin emrine itaatsizlik edenlere kötülük uygulama amacında ve gücünde oluşunu kullanarak geliştirdiği kuram ile ortaya konamaz. Burada açıklama için ihtiyaç duyulan şey emredenin emretme ve itaatsizlik halinde yaptırım uygulama yetkisini aldığı bir *kurallar sistemi*dir[608].

Hart mecbur olmak ve yükümlülüğü bulunmak arasındaki ayrımı bu şekilde ortaya koyduktan sonra cebrin ya da yaptırımların hukuki yükümlülük söz konusu olduğundan nasıl işlediğini ise şöyle ortaya koymuştur: Hukuki yükümlülük durumlarında kurallar, birincil kuralın gerektirdiklerini yapmayan ya da yapmama tehdidinde bulunan kişilere yönelik olarak, onların bu menfi davranış ya da tutumlarının (hukuka uyma davranışı sergilemekteki başarısızlığın) resmi organlar, mahkemeler aracılığıyla tespit edilmesi ve bu menfi davranış ya da tutumların failine yönelik olarak ceza, aynen ifa veya eşdeğer bir güvencenin verilmesi, itaate zorlamaya yönelik hapis cezası, failin verdiği zarar nedeniyle doğan tazminatın alınması için onun malvarlığına yönelik icra işleminin uygulanması ve benzeri hukuki yaptırımlardan birinin uygulanmasını öngörmektedir. Hukuki yükümlülükte cebrin böylesi bir biçimde uygulanışı onun ahlaki yükümlülükten ayırt edilmesi için de önemli göstergelerden birisidir[609].

1.2.2.1.2. Hukuki Yükümlülükten Ahlaki Yükümlülüğe

1.2.2.1.2.1. Hukuki ve Ahlaki Yükümlülüklerin Benzerlikleri

Hart ahlak alanında bir şeyi yapma ya da yapmama gerekliliğinden söz edilirken hukuki yükümlülüklerin bazı özelliklerini taşıyan bir yükümlülük fikrinin söz konusu olduğunu ileri sürmüştür. Bunlar 1) bir toplumsal grubun uygulamasına bağımlılık, 2) içerikten bağımsız olabilme ve 3) cebirdir[610]. Hart ahlaki yükümlülükler bu üç özelliğinin farklı türdeki ahlaki

[608] Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 98-99.
[609] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 102.
[610] Hart burada hukuki yükümlülüğün bilinçli olarak yaratılması özelliğini doğal olarak ahlaki yükümlülüğün özelliklerine dâhil etmemiştir. Zira ahlaki yükümlülükler hukuki yükümlülüklerin aksine bilinçli olarak yaratılmazlar. Bununla birlikte hukuki ve ahlaki yükümlülükler başlıklı makalesinde hukuki yükümlülüklerin özelliklerinden en azından üçünü ilk kez burada belirtmiştir. Okuyucu söz konusu makalede Hart'ın yükümlülük kavramını asıl mukim olduğu hukuk sahasından ahlak sahasına uyarlamaya çalıştığı kısımda hukuki

olguların ayırt edilmesinde yardımcı olacağını düşünmektedir. Birincisi felsefede tüm ahlaki olgu türlerinin tek bir türe indirgenmesi eğilimi, ikincisi bir toplumsal grubun ahlakında bariz bir biçimde göze çarpan bu üç özelliğe odaklanıldığında ahlakın diğer alanlarının daha iyi anlaşılabilecek olması, bu çabayı değerli kılan nedenlerdir[611].

Hart ahlaki olguları birbirinden ayırmaya çalışırken "söz verme"yi örnek olarak ele alır. Örneğin bir komşusunun çocuğuna bakacağı ve onu koruyacağına dair söz veren bir kişi, vermiş olduğu söz nedeniyle bir yükümlülük altına girmiştir. Ancak bu kişi böyle bir söz vermemiş olsaydı bile gereksiz yere kimsenin ve özellikle de bir çocuğun acı çekmesine izin vermemesi gerektiğini bir ilke olarak benimsemiş olabilirdi. Ancak ikinci durumda bu kişinin böyle bir ilkeyi benimsemiş olması, onun bu ilke doğrultusunda davranmak *yükümlülüğü altında olduğu* şeklinde ifade etmemek gerekir. Örneği biraz daha farklılaştırdığımızda, toplumsal grupta çocuğa bakma ve koruma yükümlülüğünün temeli olarak söz verme kabul edildiğinde, bu toplumsal grubun aynı zamanda bir kişiye hak etmediği halde acı çektirmenin yanlış olduğuna dair bir inancın benimsenmesi durumunda dahi, ikinci ilkenin gücünü toplumsal grup tarafından fiilen kabul edilmesinden değil, söz konusu grubun uygulanan ahlakının değerlendirilmesini, eleştirilmesini sağlayan bir ölçüt olarak ele almamız halinde farklı bir ahlak alanı ile karşılaşmış oluruz. Hart'ın altını çizmeye çalıştığı şey ise belirli bir toplumsal grup tarafından kabul edilmedikleri takdirde ahlaki güçlerini yitirecek olan ilkelerdir[612]. Bunların biraz önce zikredilenlerden ayırt edilmesi gerekmektedir.

Hart söz verilmesini ahlaki yükümlülüğün üç özelliğini de taşıyan bir örnek olarak nitelendirir. İlk olarak bir toplumsal grupta söz veren kişinin bir yükümlülük altına girmesini sağlayan bazı yerleşik prosedürlerin bulunması gerekmektedir. Nasıl ki bir askeri hiyerarşide bazı teamüller selam verme yükümlülüğünün ortaya çıkmasını sağlıyorsa, söz verme için de benzer bir toplumsal kural temeli gerekmektedir; aksi takdirde söz vermenin bir mantığı olmayacaktır. Bu durum hukuk sahasında ilişkileri değiştirilmek için kurallar tarafından verilmiş bir yetkinin

yükümlülüğün bu üç özelliğini bir arada görebilmektedir. Okuyucunun anlamasını kolaylaştırmak için ve daha iyi bir sistamatik kurgu oluşturulabilmesi adına kanaatimce bu hatalı bir kurgudur. Hukuki yükümlülüğü ele aldığı önceki kısımlarda, hukuki yükümlülüğün özelliklerini bir arada belirtmesi daha yerinde olurdu.

[611] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 100.

[612] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 101. Hart burada Austin'in *pozitif ahlak* olarak adlandırdığı bir ahlak alanına atıf yapmaktadır. Bkz. Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 105.

kullanılmasına benzemektedir[613]. Daha açık bir ifadeyle Hart'ın söz vermenin taşıması gereken ilk özellik olarak gördüğü şey, söz veren kişinin bir yükümlülük ya da ödev altına girdiğine dair söz konusu toplumsal grupta yerleşmiş bir uygulamanın varlığıdır. Toplumda böyle bir uygulama söz konusu olmadan söz vermek bir yükümlülüğün doğmasını sağlayamaz.

İkinci olarak "söz verme" içeriğinden bağımsız olarak yükümlülük doğmasına neden olur. Verilen sözün mahiyeti değil, uygun koşullarda uygun kişi tarafından sözün verilmiş olması yükümlülüğün doğmasının gerekçesidir. Verilen sözün içeriğinden bağımsız olarak yükümlülüğün doğduğu, kendisine söz verilen kişi tarafından serbestçe yükümlülüğün kaldırılabileceği gerçeğiyle daha açık bir biçimde görülmektedir. Bununla birlikte içerikten bağımsız olabilme özelliği bir kişinin her hususta söz vererek kendisi için ahlaki bir yükümlülük yaratabileceği anlamına da gelmez. Tıpkı hukuk sahasında bazı vaatlerin gerçekleştirilmesine kısıtlamalar getirilmesi gibi ahlak sahasında da kısıtlamalar olabilir ve bu kısıtlamaları ihlal eden söz vermelerin geçersizliği ve dolayısıyla her hangi bir yükümlülük doğurmayacağı söylenebilir[614]. Bazı durumlarda ise söz verme örneğinden farklı bir biçimde ahlaki bir yükümlülüğün ortaya çıkması söz konusu olmaktadır. Bu tip durumlar Hart tarafından toplumsal yaşamda her hangi bir makama ya da role özgü olarak kabul edilmiş ahlaki yükümlülükler olarak nitelendirilmiştir. Örneğin bir toplumda evli erkeğin eşine ve çocuklarına bakma yükümlülüğünün kabul edilmesi durumunda kişi bu role girmekle bir yükümlülük üstlenmiş olur; burada yükümlülüğün kişinin bilinçli seçimiyle yaratılmadığı görülmektedir. Evli erkek rolünü üstlenen kişi bu rol için toplum tarafından getirilmiş yükümlülüğü de üstlenmiş, kendisini bu yükümlülüğü yerine getirmeye adamış olur. Böylece bu örnekteki içerikten bağımsızlık özelliği, söz verme örneğinden farklı bir biçimde tezahür etmiştir[615].

Üçüncü olarak söz verme cebir unsurunu da taşımaktadır. Hem hukuki hem de ahlaki yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde cebrin devreye girdiği gözlemlenebilir. Ancak hukuki

[613] Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 101-2.
[614] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 102.
[615] Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 103-4. Eğer bir toplumda evliliklerde mali yükümlülükler açısından kadının da erkekle eşit derece sorumlu olduğu ve çocuklara bakma ödevinin ise devlete ait olduğu şeklindeki görüş normal karşılanmakta ise burada erkeğin eşine ve çocuğuna bakma yükümlülüğünün bulunmadığı söylenebilir. Bu örnekte evli bir erkek kendi ahlaki ilkeleri doğrultusunda bakıma muhtaç herhangi bir çocuğunu bakımını üstlenmesi gerektiğine inandığı için çocuğuna bakmak istiyor olsa bile bir yükümlülük altında değildir; başka bir deyişle bakma yükümlülüğünün kurucusu toplumun evli erkek konumunda bulunan kişilere böyle bir ödev yüklemesi, ödevini gerçekleştirmesine ahlaki açıdan önem vermesidir. Bkz. Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 104.

yükümlülüklerden farklı olarak tüm ahlaki yükümlülüklerde olduğu gibi, cebri özellik zarar verme ya da güç kullanma şeklinde değil, uyarma, kınama, yükümlünün vicdanen rahatsızlık duymasını sağlamaya yönelik tepkilerdir[616]. Bu nedenle Hart ahlaki yükümlülüklerin cebrilik özelliğinin dikkatle analiz edilmesi gerektiğini belirtir zira buradaki fark ahlaki ve hukuki yükümlülüğün birbirinden ayırt edilmesini sağlayan bir farktır; bu nedenle daha yakından incelenmeyi hak etmektedir ve bir sonraki başlıkta ele alınacaktır.

1.2.2.1.2.2. Hukuki ve Ahlaki Yükümlülüklerin Farkları

Hem hukuki hem de ahlaki yükümlülükler biraz önce izah edilen üç koşulu taşıdıklarından benzemelerine rağmen aralarında ciddi farklar da bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi her iki yükümlülük türünün cebrilik özelliğinin farklılığıdır. Hukuki bir yükümlülük söz konusu olduğunda, yükümlünün yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda, hukuki yükümlülüğü yaratan kurallar tipik olarak yükümlülüğün yerine getirilmediğinin mahkeme kararı aracılığıyla resmi olarak tespit edilmesi ve ardından bu başarısızlığın ceza, tazminat, aynen ifa gibi çeşitli yaptırım türleri ile karşılamak şeklinde bir usul söz konusudur. Oysa ahlaki yükümlülüğün cebriliği böylesi somut biçimde zarar verme ya da güç kullanılması biçiminde tezahür etmez. Bir kişi ahlaki bir yükümlülüğü ihlal ettiğinde genellikle ona toplum tarafından ciddi önem verilen bir kuralı ihlal ettiği hatırlatılır ve kendisinden bu kurala uyması talep edilir[617]. İhlal halinde karşılaşılan tipik ahlaki baskı, ihlalde bulunanın çiğnediği kurala kendisinin duyduğu varsayılan saygıyla ilintili bir hitap söz konusudur; yaptığı davranışın hem toplumca benimsenen dahası kendisi tarafından benimsenen ilkelerle ters düştüğü kendisine gösterilerek suçluluk ya da utanç duyması ya da bu kadar büyük bir sonuç olmasa bile en azından gelecekte benzer ihlalleri gerçekleştirmesinin engellenmesi eğilimi söz konusu olacaktır. Hart, ihlalde bulunan kişinin örgütlü olmayan yaptırımdan dahi korkmaya başlaması ile birlikte ahlaki baskıdan hukuki yükümlüğe geçişin başladığını ileri sürmektedir[618].

[616] Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 102-3.
[617] Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 102-3.
[618] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 103.

1.2.2.1.2.3. Yükümlülük Kavramının Ahlak Alanında Kullanılabilmesinin Gerekçesi

Hart makalesinin son kısmında asıl mukim olduğu yer hukuk alanı olan yükümlülük kavramının daha geniş alanlarda özellikle de ahlak alanında kullanımının gerekçelendirilmesine dair iki düşünürün, Austin ve Mill'in görüşlerini kısaca özetleyerek değerlendirmelerde bulunmuştur.

Hart, Austin'in ahlaki ilkelerin kaynağı olarak Tanrı'nın buyruklarını işaret ettiğini ifade eder. Bu haliyle Tanrı buyruklarının yükümlülük yaratttığı kolayca kabul edilebilir çünkü Hart'a göre Austin'in sunduğu modelle Hart'ın yükümlülüğün üç karakteristik özelliği (toplumsal bir pratiğe dayanan kural, içerikten bağımsızlık ve cebir) bir anoloji söz konusudur. Tanrı buyrukları içeriklerinden bağımsız olarak yükümlülük yaratır, zira yükümlülüğün ortaya çıkmasını sağlayan buyruğun içeriği değil, Tanrı tarafından vaz edilmiş olmasıdır. Tanrı buyruklarına uyulmaması halinde her türlü yaptırımı uygulama gücüne ve bazı görüşler çerçevesinde bu niyete sahiptir. Dolayısıyla içerikten bağımsızlık ve cebrilik özellikleri yönünden Austin'in modeli, Hart'ın görüşleri açısından bir problem teşkil etmez. Ancak ahlaki yükümlülüğün kaynağının nihai olarak Tanrı buyrukları kabul edildiğinde, Hart'ın bir toplumsal grubun pratiği tarafından yaratılma koşulu karşılanamayacaktır ve iki görüş arasındaki analoji kusurlu hale gelecektir. Hart Austin'in modelinde "x eylemini gerçekleştirmek şeklinde bir yükümlülüğüm var" ifadesinin "x eylemini yapmamı Tanrı emretti" ifadesi ile aynı anlama geleceğini ve bunun bir kafa karışıklığına neden olacağını ileri sürerek, Austin'in görüşünü eleştirmiştir.

Hart, Mill'in hukukun özünde yer alan cezai yaptırım fikrinin sırf hukuka özgü adaletsizlikler için değil her türden yanlış/haksız davranışlara yönelik olarak kullanılabileceğini savunduğu ifade etmiştir. Bir eylemi yanlış olarak nitelendiriliyorsa o eylemin gerçekleştirilmesi halinde hukuk, diğer insanların görüşleri ya da kamu vicdanı tarafından oluşturulmuş bir yaptırım uygulanması gerektiği de kabul ediliyor demektir. Ahlak ile basit menfaat arasındaki ayrımın görülebilmesi için bu husus kilit taşı niteliğinde bir önemi haizdir. Dolayısıyla ödev ile cebir arasında ayrılmaz bir ilişki vardır, hangi alanda kullanılıyor olursa olsun ödevin olduğu yerde cebir de söz konusu olacaktır. Başka bir ifadeyle bir kişinin bir ödevi söz konusu ise onun doğal olarak bu ödevini yerine getirmeye zorlanabilmesi gerekmektedir[619]. Hart Mill'in görüşlerinin,

[619] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 102.

"cebrin diğer insanların tutumlarına veya eylemlerine atıfta bulunduğu ve tazyikin benzer bir anlama sahip olduğu" durumlar için yükümlülük ve cebir arasındaki ilişkiyi doğru bir şekilde irtibatlandırdığını belirtir. Ancak hukuk ve diğer insanların görüşleri tarafından yaptırım uygulanması ile kamu vicdanı tarafından yaptırım uygulanması arasında bir benzerlik bulunmakla birlikte izah edilmesi ve aradaki mesafanin kapatılması gereken büyük bir boşluk bulunmaktadır. Hart'a göre ahlak ve basit menfaat arasındaki çizginin böylesi bir basit açıklama ile ortaya konması mümkün değildir ve bu anlamda Mill'in görüşlerinin ne derece faydalı olduğu tartışmalıdır[620].

Makalenin bu kısmında Hart'ın Austin ve Mill'in görüşlerini özetleyip eleştirilerini dile getirmekle iktifa ettiği görülmektedir. Ancak Hart'ın makalenin III. Kısmından itibaren ahlaki yükümlülüklerle meşgul olduğu dikkate alındığında ve ahlak alanındaki bazı yükümlülük türlerinin hukuki yükümlülülüğün üç özelliğini paylaştığını ileri sürdüğü iddiası dikkate alındığında, doğrudan ifade etmemiş olmasına rağmen Hart'ın görüşü ortaya konabilmektedir. Ahlaki sahadaki ödev ya da yükümlülük olarak anılan durumlar, toplumsal bir pratiğe dayanır, varlığı içeriğinden bağımsızdır ve cebri niteliktedir. Dolayısıyla Hart'ın bu üç özelliği taşıması yönünden ahlaki sahadaki durumların da yükümlülük olarak nitelendirilmesine, ana vatanı hukuk sahası olan yükümlülüğün ahlak alanına taşınmasına onay verdiği iddia edilebilir.

1.2.2.2. 1961 Tarihli Açıklama

Hart, hukuki yükümlülüğün genel yükümlülük anlayışı üzerindeki belirleyici etki iddiasından üç yıl sonra yayınladığı *The Concept of Law*'da vazgeçmiş görünmektedir. Hart ne genel anlamda yükümlülükleri ne de hukuki ve ahlaki yükümlülükleri incelediği kısımlarda yükümlülük kavramının en ideal biçimde hukuk sahasında yer alacağı anlamına gelen bir ifade kullanmamıştır[621]. Hart *The Concept of Law*'da yükümlülük için hukukun elverişli bir saha olduğu düşüncesini korumakla birlikte hukuk sahasının öncelikli olduğu fikrinden vazgeçmiş görünmektedir. Hart ahlaki yükümlülük ve hukuki yükümlülülüğün biribirine oldukça benzeyen kavramlar olduğunu ancak yine de aralarında önemli farklar olduğunu da düşünür. Ona göre bu kavramlar ve genel olarak yükümlülük kavramı arasında bir aile benzerliği (family

[620] Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 106-7.
[621] Krş. Hart, *The Concept of Law*, ss. 82-91, 167-80.

resemblance) bulunmaktadır[622]. Bu nedenle aralarındaki benzer yanları ortaya koymak için önce yükümlülük kavramını daha sonra ise hukuki ve ahlaki yükümlülüğü ele aldığını düşünmek daha makul görünmektedir. Nitekim Bentham'ın hukuki yükümlülüğü ahlaki yükümlülükle birlikte aynı cinsin birer alt türü olarak gören yaklaşımını eleştiren[623] Hart'ın hukuki ve ahlaki yükümlülüğü genel anlamda yükümlülük kavramının birer türü olarak düşünmesi bir çelişki oluşturacaktır.

Hart The *Concept of Law*'da öncelikle genel bir yükümlülük fikri üzerinden açıklamalarda bulunmuş, sonra bu temel üzerinden hukuki ve ahlaki yükümlülükle ilgili görüşlerini açıklamıştır. Bu nedenle Hart'ın bu eserindeki sistematiği takip edilerek hukuki yükümlülük ve yaptırım ilişkisi hakkındaki görüşü ortaya konulacaktır.

1.2.2.2.1. Genel Olarak Yükümlülük

Hart hukuku cebri emirler olarak tanımlayan buyruk kuramının tüm kusurlarına rağmen, hukuk kurallarının genellikle insanları isteklerine bağlı olmaksızın belirli türde bir davranışta bulunmakla bağlı ve zorunlu kıldığı gerçeğini ortaya koyarak, hukuku anlamak için doğru bir başlangıç noktası seçtiğini kabul etmektedir. Hart kendi kuramının temellerini kazarken de aynı noktadan kazmaya başlayacağını belirtir; buyruk kuramından bu yönden hem ilham almakla birlikte kuramın hatalarından da önemli dersler çıkarılması gerektiğini belirtmektedir[624]. Hukuk kuramını insanları belirli bir biçimde davranmakla bağlı ve zorunlu kılan kurallar, yükümlülük kurallarından hareketle anlamaya çalışmak, bir dizi analizin yapılmasını gerektirmiştir. Hart The *Concept of Law*'da öncelikle genel anlamda yükümlülük kavramını analiz etmiştir. Bu çerçevede ilk olarak ilgilendiği husus, her türlü yükümlülüğün arka planında bir toplumsal kural bulunduğu gerçeğidir. Kural fikrinin yükümlülüğün buyruk kuramının sunduğu kusurlu açıklamaya kıyasla doğru bir açıklama sunduğunu ileri sürmüştür. Yükümlülük kavramının

[622] "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", s. 444, d.n. 7. Hart "per genus differantiam" esasına dayanan tanım yönteminin hukuk kavramı ve hukuki kavramların açıklanmasındaki eksikliklerini ifade ederken bu yöntemin ancak açıklanacak kelimenin ait olduğu bir aile ya da cins olduğunda nispeten başarılı olabilieceğini, ancak hukukun üyesi olduğu, iyi anlaşılmış genel bir kategori bulunmaması nedeniyle hukuk kavramının bu yöntemle tanımlanamayacağını izah etmiştir. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 15. Benzer bir değerlendirmeyi yükümlülük, hukuki yükümlülük ve ahlaki yükümlülük için de esas aldığı düşünülürse bu kavramların aynı ailenin üyeleri olmadığı, aralarında bir aile benzerliği olduğu yorumu yapılabilir. Nitekim Hart kitabın sonunda hukuku tanımlamanın güçlüğü ile ilgili açıklamalarına eklediği notunda Witgenstein'ın aile benzerliği kavramına atıf yapmaktadır. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 280.

[623] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 143.

[624] Hart, *The Concept of Law*, s. 82.

toplumsal kuralla ilişkisini ortaya koyduktan sonra, yükümlülüğün özelliklerini analiz etmiştir: her yükümlülük ciddi bir toplumsal baskı ile desteklenir, yükümlülüğü getiren kuralın uygulanmasının gerekli olduğuna dair toplumda bir inanç vardır ve yükümlülükler her zaman olmasa bile genellikle yükümlüden fedakarlık ve feragat yapılmasını gerektirmektedir.

1.2.2.2.1.1. Toplumsal Bir Pratik Olarak Toplumsal Kural Kavramı

Hart hukuk biliminin anahtarının kural fikrinden hareketle elde edilebileceğini düşünmektedir. Ona göre bir hukuk sistemi birincil ve ikincil kuralların birlikteliğinden oluşmaktadır. Birincil kurallar insanlara nasıl davranmaları gerektiğini gösteren ödev yükleyen kurallardır; ikincil kurallar ise birincil kuralların tanınması, yürürlüğü, ilgası, değiştirilmesi ve uygulanması hakkında yetki veren kurallardır.

Hukuk bilimindeki genel rolüne paralel olarak Hart'a göre her yükümlülüğün de altında yatan bir toplumsal kural bulunmaktadır. Ona göre selefi Austin'in alışkanlıklar ve cebre atıf yapan yükümlülük açıklamasının hatalı olduğu yön de bu *kural* fikrinden yoksunluktur. Austin yükümlülüklerin kurallar tarafından yaratıldığını dikkate almaksızın doğrudan alışkanlıklar ve cebre (ve dolayısıyla yaptırıma) atıf yaparak yükümlülük kavramını açıkladığından, bir yükümlülüğü bulunmayı değil de bir şey yapmaya mecbur olmayı izah etmiştir.

Toplumsal kuralar ve toplumsal alışkanlıklar arasındaki farkın ortaya konması Austin'in düştüğü hatadan kaçınabilmek için gereklidir. İlk olarak toplumsal kurallar ve toplumsal alışkanlıklar arasında karıştırılmalarına neden olan bir benzerlik bulunmaktadır. Her iki durumda ele alınan davranışın yaygın ve olağan olduğu gözlemlenebilmektedir. Toplumsal grubun üyeleri hem toplumsal kural hem de toplumsal alışkanlık olarak nitelendirilebilecek durumlarda genellikle benzer şekilde davranmakta ve bu benzer davranışın yeterince sık bir biçimde tekrar etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla her iki durumu dışarıdan gözlemleyen bir kişi bu genel benzerliğin ortak bir nokta olduğu ifade edecektir; nitekim iki durum arasındaki tek benzerlik de budur. Ancak toplumsal kurallar söz konusu olduğunda, kuralın gerektirdiği davranışa genel olarak uyulması şeklindeki dışsal olarak gözlemlenebilen davranışlara ek olarak, toplumsal kuralların içsel yönünün varlığı, toplumsal alışkanlıklarda bulunmayan bir

özelliktir[625]. Başka bir deyişle kuralların dışsal boyutunun yanından içsel boyutu da bulunurken, alışkanlar sadece dışarıdan gözlemlenebilen davranış düzenlilikleridir.

Hart yükümlülük kavramının temelinde toplumsal bir kural bulunduğu fikrine argüman sağlayabilmek için Austin'in alışkanlıkla itaat kavramı üzerinden yapmış olduğu temellendirmenin hatasını, "mecbur olmak" ve "bir yükümlülüğü bulunmak" kavramları arasındaki ayrımı ortaya koymak istemiştir.

1.2.2.2.1.1.1. Mecbur Olmak-Bir Yükümlülüğü Bulunmak Ayrımı

Hart yükümlülük kavramını izah ederken öncelikle Austin'in buyruk kuramının yükümlülük açıklamasının yanlışlığını vurgulayarak işe koyulur. Austin yükümlülüğü yaptırım kavramı ile temellendirmektedir. Başka bir deyişle yükümlülüğün varlığı açısından yaptırımı gerekli bir unsur olarak görmektedir. Hatırlanacak olursa Austin bir yükümlülüğün varlığı için *küçücük bir kötülüğe uğranılacağına dair ufacık bir ihtimalin* varlığını gerekli bir koşul olarak sunmuştur[626].

Hart, yaptırımın yükümlülüğün temeli olduğuna dair bu görüşün olası gerekçelendirmelerinden birinin, yükümlünün yaptırımdan korkması ve bu nedenle yükümlülüğünü yerine getirmeye teşvik etmesi şeklinde bir düşünce olabileceğini ifade eder. Ancak bu gerekçelendirme esas alınacak olunursa silahlı soyguncunun talimatı ile hukukun buyrukları arasında *bir yükümlülük yaratma* açısından bir fark olmadığı kabul edilmek durumunda kalınacaktır. Oysa Hart yükümlülüğü bulunmak (having an obligation) ile mecbur olmanın (being obliged) birbirinden farklı anlamları olan ifadeler olduğunu savunur. Austin'in buyruk kuramı bu ikisi arasındaki farkı ayırt edememe kusuruyla malüldür. Bir kişiyi silahla tehdit ederek "Ya paran ya da canın!" diyen bir soyguncu ve muhatabı durumundaki tehdit ile bir hukuk kuralının emredici olarak düzenlediği bir davranış şekli ve ihlali için öngörülmüş yaptırımın, ortaya konuş şekli, yaratıcının kimliği gibi nedenlerden kaynaklanan farklılığı bir yana bırakılacak olunursa görünüş itibarıyla her iki durumda kişi bir cebir tehdidi aracılığıyla baskı altındadır. Ancak silahlı soyguncu durumu için soyguncunun tehdit ettiği kişinin parasını vermek zorunda olduğu, buna mecbur olduğu söylenebilmekle birlikte, parasını vermek yükümlülüğü ya da ödevi

[625] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 159.
[626] Austin, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, s. 39.

altında olduğu söylenemez[627]. İkinci olarak tehdidin kişiyi emre uygun davranmaya zorlama gücüne sahip olmaması durumunda, örneğin paranı ver yoksa seni çimdiklerim şeklinde bir tehdit durumu söz konusu olduğunda, kişi çimdiklenmek tehdidi ve tüm parasını kaybetmek arasında kıyas yapınca tehdidi önemsiz görmekteyse bu durumda tehdit edilen kişinin parasını vermeye mecbur olduğu, başka seçeneğinin bulunmadığı söylenemeyecektir. Oysa yükümlülüğünü yerine getirmemesi hali için öngörülmüş olan yaptırım kendisini korkutmuyor olsa bile o kişinin yine de yükümlüğünün bulunduğunu söyleyebiliriz. Örneğin bir kişi yalan söylediğinin asla ortaya çıkmayacağından adı gibi emin olsa dahi dürüst olma yükümlülüğü altındadır[628].

Yukarıdaki açıklamalar Hart'ın yükümlülük kavramının niçin yükümlünün eylemi hangi inanç ve güdülerle gerçekleştirdiğinden hareketle izah edilemeyeceğini düşünmesine neden olan gerekçelerdir. Hart, esasında Bentham, Austin ve buyruk kuramını savunan başkaca teorisyenlerin de bunun farkında olduğunu söyler. Bu nedenle yükümlülük kavramını yükümlünün içinde bulunduğu ruh hali, öznel durumu açısından değil, yükümlüğünü yerine getirmemesi halinde maruz kalabileceği *kötülük ihtimali* açısından tanımlamışlardır. Bu teorisyenlerin yükümlülük yaklaşımı, yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde cezaya ya da başkaca bir kötülüğe maruz kalma olasılığına dair bir tahmin ya da değerlendirme olarak görünmektedir[629]. Böylece Bentham ve Austin yükümlülüğü yükümlünün öznel ruh hali açısından tanımlama hatasına düşmemiş olur, ancak *kötülüğe maruz kalma ihtimalini* temel almış olmaları eleştirilmelerini gerektirecektir.

Hart'a göre, Austin'in etkisiyle uzunca bir süre yükümlülüğe dair geçerli ve tek doğru açıklama olarak görülen kötülüğe maruz kalma ihtimali hakkında *tahmin yaklaşımının* reddedilmesi için pek çok neden bulunmaktadır. İlk olarak kötülüğe maruz kalma olasılığının tahmin edilmesi şeklindeki açıklama *kuralların içsel boyutunun* ihmal edilmesi sonucunu doğuracaktır. Hart'a göre kuralların mevcut olduğu bir durumda, kural ihlali halinde bu ihlale yönelik bir yaptırım uygulanma olasılığından elbette söz edilebilir. Bununla birlikte bu yorum *yaptırımın uygulanmasının gerekçesinin de kuralın ihlal edilmiş olması olduğu* fikrini gizlediğinden kusurlu olacaktır. İkinci olarak bir kişinin yükümlü olduğu bazı durumlarda bir kötülüğe maruz

[627] Hart, *The Concept of Law*, s. 82.
[628] Hart, *The Concept of Law*, ss. 82-83.
[629] Hart, *The Concept of Law*, s. 83.

kalma ihtimali hiç olmayabilir. Hart askerlik hizmetine dair rapor verme yükümlülüğü altında olan bir kişinin bir şekilde mahkemelerden kaçması ya da polise ve diğer karar verici mercilere rüşvet vererek yükümlülüğünü yerine getirmediğinin ortaya çıkma ihtimalini ve dolayısıyla da bir yaptırıma maruz kalma ihtimalinin hiç bulunmadığı bir durumda o kişinin yine de askerlik hizmetine dair rapor verme yükümlüğü altında olduğunu ortaya koyar. Dolayısıyla tıpkı yükümlünün yaptırımdan korkmasının temel alındığı yaklaşımda olduğu gibi yaptırıma maruz kalma olasılığına dair tahminde bulunma yaklaşımı da bizlere yükümlülük hakkında güvenilir ve isabetli bir açıklama sunamamış olacaktır[630].

Bununla birlikte Hart bir kuralın ihlal edilmesi halinde ihlalde bulunan kişinin bir yaptırıma maruz kalma ihtimalinin bir hukuk sisteminde sıklıkla rastlanılan bir şey olduğunu; hatta bir hukuk sisteminde kuralları ihlal edenlerin genel olarak yaptırıma maruz kalması, kişilerin yükümlülükleri bulunduğundan söz edilmesinin bir anlam taşıması açısından gerekli olduğunu kabul eder. Dolayısıyla *"Kuralı ihlal edersen yaptırıma maruz kalabilirsin."* şeklindeki bir ifade bir hukuk sisteminde yaptırımların nasıl işlediğini ortaya koyan bir ifadedir. Bu anlamda "*bir yükümlülüğü olmak*" ifadesi ile "*itaatsizlik halinde acı çekilmesi olasıdır*" ifadesi birbiriyle çelişmez. Ancak Hart'a göre yükümlülük fikrinin anlaşılabilmesi için esasında dikkat edilmesi gereken bu iki ifadenin arasındaki farkı görebilmektir[631].

Hart, Bentham ve Austin'in temel hatasının yükümlülük kavramını kural fikri üzerinden açıklamamak olduğunu düşünmektedir. Birinin bir yükümlülük altında olduğu ifadesi bir toplumsal kuralın varlığını ima eder[632]. Hart'a göre "mecbur olmak"tan ayırt edilecek bir biçimde "bir yükümlülüğü bulunmak" ifadesini anlayabilmek için toplumsal kuralların varlığını içeren, silahlı soyguncu vakasından farklı bir toplumsal durumu dikkate almak gerekmektedir. Bu farklı toplumsal durum iki şekilde yükümlülük kavramını anlamamıza yardımcı olur. İlk olarak *"belirli davranış türlerini standart haline getiren bu tür kuralların varlığı, belirtilmese dahi, böyle bir ifadenin normal arka planı veya uygun bağlamıdır*[633]*"* ve ikinci olarak böyle bir

[630] Hart, *The Concept of Law*, s. 84.
[631] Hart, *The Concept of Law*, ss. 84-85.
[632] Hart, *The Concept of Law*, ss. 85-86. Hart Bu toplumsal kuralın mahiyetini açıklamamakla birlikte odağında bir miktar kamu desteğini arkasına alan kurallar olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", ss. 444-45. Kamu desteğinin boyutları hakkında da bir bilgi vermemektedir. Hart başka konularda ortalama vatandaşların desteğinden ziyade resmi görevlilerin desteğine odaklanmıştır. Bkz. "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", ss. 444-45, d.n. 11.
[633] Hart, *The Concept of Law*, s. 85.

ifadenin ayırt edici işlevi *"genel bir kuralı belirli bir kişiye uygulamak, onun durumunun bu kuralın kapsamına girdiği gerçeğine dikkat çekmektir.*[634]*"*

Yükümlülük kavramını anlamamıza yapılan bu iki katkı Hart'ın kuramında alışkanlık ve kural arasında yapılması gereken önemli ayrıma malzeme sağlayacak türdedir. Ancak yükümlülük kavramının anlaşılabilmesi için toplumsal kuralların alışkanlıklardan ayırt edilmesi gerekli olmakla birlikte yeterli değildir[635]. Örneğin görgü kuralları ya da adab-ı muaşeret kuralları alışkanlıklardan farklıdırlar ve kesinlikle kural olarak nitelendirilebilirler. "Kapalı bir mekana girdiğinde şapkanı çıkarmalısın" ya da "Samimi olamadığın bir kişiye sen diye hitap etmen doğru değildir" ifadeleri normatif bir karakteristiğe sahip olmakla birlikte "yükümlülük" ve "ödev" kelimelerini bu ifadelerin getirdiği şeyler olarak sunmak da isabetli olmayacaktır. Hem kullanılan üslubun tuhaflığı göze batacaktır hem de toplumsal bir durum yanlış tanımlanmış olacaktır: bu iki ifadenin yükümlülük yaratmadığı gerçeği son derece açıktır[636].

1.2.2.2.1.2. Yükümlülük Getiren Toplumsal Kuralların Ayırt Edici Özellikleri

Hart, yükümlülük yaratan kuralların diğer toplumsal kurallardan sahip oldukları üç özellik itibarıyla farklılaştığını ileri sürmüştür. Bir yükümlülüğün türetilmesini sağlayan toplumsal kural, ciddi bir toplumsal baskı ile desteklenir, kuralın uygulanmasının gerekli olduğuna dair genel bir inanç vardır ve çoğu zaman fedakârlık ya da feragat yapılmasını gerektirmektedir. Böylece bu özelliklere sahip olup olmaması yönünden tüm toplumsal kurallar iki gruba ayrılmış olur: yükümlülük getiren toplumsal kurallar ve yükümlülük getirmeyen toplumsal kurallar.

1.2.2.2.1.2.1. Ciddi Toplumsal Baskı

Hart'a göre yükümlülük yaratan kurallar ile normatif nitelikli olmalarına rağmen yükümlülük yaratmayan kurallar arasındaki farklardan birisi, yükümlülük yaratan kurallara uyulması yönünde "*ciddi bir toplumsal baskı*"nın varlığıdır. Hart yüümlülük getiren kurallar ile yükümlülük getirmeyen kurallar arasındaki en önemli farkın birincil belirleyicisi olduğunu ileri sürmüştür[637].

[634] Hart, *The Concept of Law*, s. 85.
[635] Hart, *The Concept of Law*, s. 85.
[636] Hart, *The Concept of Law*, s. 86.
[637] Hart, *The Concept of Law*, s. 87.

Yükümlülük getiren kurallardan bir kısmı gelenek kökenli olabilir, örgütlü bir ceza sistemi niteliği göstermeyebilir. İhlale tepki olarak fiziksel bir yaptırım uygulanmaksızın büyük ölçüde utanç, pişmanlık ve suçluluk duygularının işleyişine bağlı olan düşmanca ve eleştirel bir tutum takınılması, kurala duyulan saygı vurgulayarak ihlalin onaylanmadığının ifade edilmesi bu durumun örnekleri arasında gösterilebilir. Bu örneklerdeki türde bir baskının varlığında Hart, söz konusu kuralları toplumsal ahlak kuralları, kural ile yaratılan yükümlülüğü ise ahlaki yükümlülük olarak nitelendirmektedir. Baskı biçimi olarak fiziksel yaptırımların yaygın olduğu durumlarda, bu yaptırımlar bir resmi görevli aracılığıyla uygulanmayıp toplumun elinde olsa bile, en azından ilkel düzeyde de olsa bir hukuk kuralı olarak nitelendirme eğilimi söz konusu olacaktır[638]. Toplumsal baskının niteliği ve bunun yükümlülüğün ahlaki mi hukuki mi olduğunu belirlemedeki rolü bir yana, genel anlamda yükümlülüğün ayırt edici özelliklerinden birincisi ve en önemlisi arkasında ihlaline yönelik tepki olarak ciddi bir toplumsal baskının bulunmasıdır.

Kuralın getirdiği yükümlülüğün ihlaline yönelik olan ciddi toplumsal baskı, bir çok hukuk düşüncesinde yükümlüleri diledikleri gibi serbestçe eylememeleri için bağlayan bir zincir olarak tasvir edilmektedir. Zinciri tutan bazen grup ya da grubun resmi temsilcileridir; bunlar yükümlülüğün yerine getirilmesinde ısrar eder, ihlali halinde ise ceza verirler. Zinciri tutmak bazen grup tarafından özel bir bireye emanet edilir; bu durumda emanet edilen birey yükümlülüğün yerine getirilmesinde ısrar edip etmemeye kendisi karar verecektir[639]. İlk durum ceza hukukuna özgü yükümlülük ve ödevleri, ikincisi ise yükümlülükle bağlantılı olarak hak

[638] Hart, *The Concept of Law*, s. 86. Hart bu noktada ahlaki ve hukuki yükümlülük ayrımı üzerinde durmadan yükümlülük kavramının sınırlarını belirlemeye çalışmaktadır: *"...şu an için hukuk ve ahlak arasındaki çizgiyi belirleme olasılığının bizi meşgul etmesine gerek yoktur. Önemli olan, kuralların arkasındaki toplumsal baskının önemi ya da ciddiyeti konusundaki ısrarın, bu kuralların yükümlülük doğurup doğurmadığını belirleyen birincil etmen olmasıdır."* Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 87.

[639] *"Bu benzetmeler ve metaforlar ne kadar doğal ve belki de aydınlatıcı olsa da, bizi yükümlülük sahibi olanların yaşadığı bir baskı ya da zorlama hissinden ibaretmiş gibi yanıltıcı bir yükümlülük anlayışına sürüklemelerine izin vermemeliyiz. Yükümlülük kurallarının genellikle ciddi bir toplumsal baskı ile destekleniyor olması, kurallar kapsamında bir yükümlülüğe sahip olmanın zorlama veya baskı hissi yaşamak anlamına gelmesini gerektirmez. Dolayısıyla, azılı bir dolandırıcı için kirayı ödeme yükümlülüğü olduğunu ancak bunu yapmadan kaçtığında ödeme konusunda hiçbir baskı hissetmediğini söylemekte bir çelişki yoktur ve bu çoğu zaman doğru olabilir. Kendini mecbur hissetmek ve bir yükümlülüğe sahip olmak farklı şeylerdir, ancak çoğu zaman birbirlerine eşlik ederler. Bunları özdeşleştirmek, ... kuralların önemli içsel yönünü psikolojik duygular açısından yanlış yorumlamanın bir yolu olacaktır."* Hart, *The Concept of Law*, s. 88.

sahibi olan özel bireyleri kapsamına alan medeni (özel) hukukun ödev ve yükümlülüklerini ifade eder[640].

Hart cebir-yaptırım ve yükümlülük arasındaki ilişkiyi uygun olmayan bir biçimde betimlediği için eleştirdiği Austin'in hatasına düşmemek için yükümlülük oluşturulması açısından ciddi bir toplumsal baskının varlığını yeterli olarak görmüştür. Yükümlünün bu baskıyı hissetmesi, farkında olması ise yükümlülüğün yaratılması ile ilgisizdir, böylece cebir yükümlülük için gerekli bir koşul olarak öngörülmemiştir[641]. Hart yükümlünün kendisini cebrin baskısı altında hissetmesini kendisini mecbur hissetmek olarak nitelendirmiştir; çoğu zaman birbirlerine eşlik eden kavramlar olmakla birlikte bu kavram bir yükümlülüğü bulunmak kavramından farklıdır[642].

1.2.2.2.1.2.2. Gereklilik İnancı

Ciddi toplumsal baskı ile desteklenen yükümlülük getiren kuralların toplumsal yaşamın sürdürülmesi için gerekli olduğuna inanılır. Şiddetin serbestçe kullanımını yasaklayan, verilen sözün tutulması gerektiğini bildiren, doğruluk, dürüstlüğü salık veren kurallar yükümlülükle, belki daha sık olarak ödev kelimesi ile ifade edilir[643]. Örneğin avukatlık mesleğini yapmak isteyenlerin hukuk fakültesi mezunu olmaları, avukatlık stajını başarı ile tamamlamış olmaları ve baroya kayıt olmalarını gerektiren kural, toplumda yargı sisteminin iyi işleyebilmesi için avukatlık mesleğini icra edecek kişilerin titiz ve objektif olarak belirlenmiş bir takım standartları karşılamaları gerektiğine dair bir inanç tarafından desteklenmektedir[644].

Hart'ın yükümlülük getiren kuralların özelliği olarak bu kuralların toplumsal grubun üyelerince toplumsal yaşamın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi için önemli olarak görülmesi şeklindeki koşulun tek tek her bir yükümlülük getiren kural için değil genel anlamda hukuk sistemiyle ilgili olarak yükümlülük getiren kurallarla ilgili olduğu ileri sürülmüştür[645]. Bu argümanın desteklenmesi için Hart'ın hukuk ve ahlak kurallarının ayırt edilmesi hususundaki şu sözlerine atıf yapılmıştır:

[640] Hart, *The Concept of Law*, ss. 87-88.
[641] "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", ss. 444-45, d.n. 10.
[642] Hart, *The Concept of Law*, s. 88.
[643] Hart, *The Concept of Law*, s. 87.
[644] "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", s. 445.
[645] Blackman, "Hart's Idea of Obligation and His Concept of Law", s. 434.

> "… hukuk kuralları, aynı davranışı gerektirme veya yasaklama anlamında ahlaki kurallarla örtüşebilir. Bunu yapanların da ahlaki muadilleri kadar önemli olduğuna şüphe yoktur. Yine de önem, tüm hukuk kurallarının statüsü için ahlak kurallarında olduğu kadar gerekli değildir. Bir hukuk kuralının genel olarak sürdürülmesinin oldukça önemsiz olduğu düşünülebilir; hatta genel olarak yürürlükten kaldırılması gerektiği kabul edilebilir: yine de o yürürlükten kaldırılıncaya kadar bir hukuk kuralı olarak kalır."[646]

Alıntılanan bu pragrafta Hart bir bütün olarak düşünüldüğünde ahlak kuralları bütününe kıyasla hukuk kuralları bütünü için daha az gerekli olduğunu belirtmektedir. Ancak yükümlülük getiren kuralların özelliklerini belirtirken Hart, toplumsal yaşamın sürdürülmesi için bu tür kuralların gerekli olduğuna dair toplumsal grup üyelerinin bir inanca sahip olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla Hart için gereklilik inancının ve kuralın önemli olduğunun düşünülmesinin yükümlülük getiren kuralların bir özelliği olduğu açıktır. Blackman'ın yukarıdaki paragrafı delil göstererek gerekli olduğu inancın yükümlülük getiren kurallar açısından değil hukuk sistemi açısından olduğu iddiası kanaatimce isabetli değildir ve zorlama bir yorumdur. Dahası bu yorum Blackman öyle olmadığını iddia etmesine rağmen Hart'ın yükümlülük getiren kuralların özellikleri ile de çelişmektedir.

1.2.2.2.1.2.3. Fedakârlık ve Feragat İçerme:

Yükümlülük getiren kurallar yükümlüye herhangi bir davranışta bulunma yükümü, ödevi getirirken, bunun karşısında bazı kişilere de fayda sağlamaktadır. Yükümlüye getirilen yüküm ya da ödev ise genellikle yükümlünün menfaati ile çatışan bir şey olarak düşünülmektedir. Bu nedenle yükümlülük, yükümlünün, başkalarının faydası uğruna fedakârlık yapması ve bir takım şeylerden feragat etmesini gerektirdiği doğal olarak düşünülebilecektir[647].

Diğer iki unsura kıyasla bunun daha az önemli olduğu ileri sürülmüştür; gerekçe olarak ise bu özelliğin ilk ikisinin sahip olduğu tanımsal önemden yoksun oluşu sunulmuştur. İlk iki özellik her yükümlülük durumunda var iken, fedakârlık ve feragat içerme ancak yükümlülüğün yükümlünün menfaatleri ile çatışması halinde söz konusu olacaktır. Hart'ın açıklaması bu özellliğin varlığını opsiyonel kıldığından bu özellik daha önemsiz görülmüştür[648].

[646] Hart, *The Concept of Law*, s. 175.
[647] Hart, *The Concept of Law*, s. 87.
[648] "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", ss. 445 ve aynı sayfada d.n.14.

1.2.2.2.1.3. Kuralların İçsel Yönünün Yükümlülük Kavramıyla İlişkisi

Yükümlülük getiren kuralların özelliklerinden birinin genellikle ciddi bir toplumsal baskı aracılığıyla desteklenmek olduğunu ortaya koyduğunda Hart, buyruk kuramının tahmine dayalı yükümlülük açıklamasının lehine olanlar tarafından kendisine eleştirdiğinden çok da farklı bir görüş ortaya koymadığı suçlaması gelebileceğini öngörmüştür. Hart bir yükümlülük ifadesinin, kurallardan sapma halinde düşmanca bir tepki ile karşılaşılmasının yaygın olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte yükümlülüğün kullanım amacının bu düşmanca tepkiyi tahmin etmek, bu tepkinin gerçekleşme olasılığını ortaya koymak değil; sapma davranışı sergileyen kişinin yükümlülük getiren kuralın kapsamına girdiğini ortaya koymak olarak görmektedir. Hart bu iki görüş arasındaki farkı şöyle ortaya koyar:

> "Bir yükümlülük ifadesinin, sapmaya karşı düşmanca tepkinin bir tahmini ya da olasılığının değerlendirilmesi olarak analizi ile bu ifadenin, kurallardan sapmaların genellikle düşmanca tepkilerle karşılandığı bir arka planı varsaysa da, karakteristik kullanımının bunu tahmin etmek değil, bir kişinin durumunun böyle bir kuralın kapsamına girdiğini söylemek olduğu yönündeki kendi iddiamız arasındaki fark önemsiz görünebilir. Ancak aslında bu fark önemsiz bir fark değildir. Gerçekten de, önemi kavranmadıkça, kuralların varlığına dahil olan ve toplumun normatif yapısını oluşturan insan düşüncesinin, konuşmasının ve eyleminin tüm ayırt edici tarzını doğru bir şekilde anlayamayız."[649]

Bu ifadelerinden çıkan anlam Hart'ın bir yükümlülüğü bulunan bir kişinin bu yükümlülüğünün gereğini yerine getirmemesi halinde bir yaptırımla karşılaşacağını öngörmenin, yükümlülük kavramı ile asıl vurgulanmak istenen hususu ıskaladığıdır. Bir kişinin bir yükümlülüğü bulunması, onu yerine getirmemesi halinde bu yükümlülüğü yaratan kuralın kapsamına girdiği anlamına gelmektedir. Daha açık bir ifadeyle yükümlülük getiren kurallar davranışları yönlendirmek ve değerlendirmek işlevlerini de sağlamaktadır; sapma hali için öngörülmüş olan yaptırım bir tarafa, başkaca hukuki sonuçların elde edilmesinde rol oynamaktadır.

Yükümlülük getiren kuralları yaptırım olasılığına ilişkin ifadeler olarak görmek, söz konusu kuralın geçerli olduğu toplumsal grubun üyelerinin normalde hukukun kendi davranışları üzerindeki etkisine dair düşüncelerini, hukuk kurallarını ele alış biçimlerini dikkate almamak anlamına gelecektir. Oysa toplumsal grubun üyeleri, hukuk kurallarını, özellikle de yükümlülük

[649] Hart, *The Concept of Law*, s. 88.

getiren hukuk kurallarını, sadece kuraldan sapmaları halinde başlarına bir kötülük geleceğine dair bir işaret olarak görmezler; aynı zamanda itaat etmeleri için bir sinyal olarak da algılarlar[650]. Oysa Shapiro'ya göre "*her hukuk teorisi, hukukun kendisine tabii olanlara nasıl göründüğünü hesaba katmak zorunda olduğundan*[651]*"* kuralların içsel yönünü dikkate almaksızın, kural kavramınının sunduğu fikri yakalayamayıp hukuka tabii olanların davranış düzenliliklerini alışkanlıklar olarak açıklayan salt davranışçı bir hukuk teorisi yetersiz olacaktır. Zira hukuk kuralları eylemlerin sadce nedenlerini oluşturmaz, aynı zamanda sonuçlarını da oluşturur.

Böylece Hart'ın niçin yükümlülüğe dair tahmin yaklaşımı ile kendisinin yaklaşımı arasındaki farkın öneminin kavranmasında kuralların içsel ve dışsal yönleri arasındaki ayrım katkı sunabileğini düşündüğü[652] anlaşılabilmektedir. Bir kural söz konusu olduğunda bir kişi bu kural hakkında içsel ya da dışsal bir bakış açısıyla değerlendirme yapabilir. Bir kural hakkında dışsal bakış açısıyla değerlendirme yapılması kendisi kuralı kabul etmeyen bir gözlemcinin, kuralın bir toplumsal grup tarafından kabul edildiğine dair yapmış olduğu gözlemdir. Kural hakkında içsel bakış açısıyla yapılan değerlendirmede ise kuralı kabul eden ve davranış rehberi olarak kullanan bir toplumsal grubun üyesinin bakış açısı söz konusudur[653]. Örneğin araçların kırmızı ışıkta durduğunu ve yeşil yanınca hareket ettiğini gözlemleyen bir kişi, bu davranış düzenliliğinin sürekli olarak tekrar ettiğini ve insanlarda bir alışkanlık oluştuğunu ifade ettiğinde trafik kuralına dair dışsal bakış açısıyla bir değerlendirme yapmış olur. Aynı örnekte, ilgili trafik kurallarını kabul eden ve kendi davranışlarını belirlemesinde bir standart olarak gören bir kişi, yani kuralı içsel bakış açısıyla değerlendiren kişi, insanların kurallar öyle gerektirdiği için kırmızı ışıkta durmayı ve yeşil yandığından ilerlemeyi davranış standardı haline getirdikleri ifade edecektir. Kural hakkında içsel bakış açısıyla yapılan değerlendirme, toplumsal grubun, üyelerinin davranışlarının kural çerçevesinde nasıl değerlendirildiğini dikkate almaktadır. Böylece içsel bakış açısından yapılan bir değerlendirme, *kuralın içsel yönüne* atıfta bulunmaktadır[654].

Zipursky, Hart'ın yükümlülük anlayışının anlaşılabilmesi için dikkate alınması gereken Hartçı kavramın *içsel bakış açısı* değil *kuralların içsel yönü* olduğunu ileri sürmüştür. Ona göre Hart

[650] Shapiro, "The Bad Man and the Internal Point of View", s. 200.
[651] Shapiro, "The Bad Man and the Internal Point of View", s. 200.
[652] Hart, *The Concept of Law*, ss. 88-89.
[653] Hart, *The Concept of Law*, s. 89.
[654] Hart, *The Concept of Law*, s. 90.

yükümlülük kavramını analiz ederken, kanunlara uyan bir vatandaşın içsel bakış açısını değil kuralların içsel yönünü temele yerleştirmiştir. Bu iki kavram arasında kafa karışıklığı oluşmasında, kimi zaman kuralların içsel yönüne karşılık olarak içsel bakış açısı ifadesini kullanan Hart'ın da kusuru olduğunu da ifade eden Zipursky birincil davranış kuralları ile hukuki yükümlülük fikri arasındaki bağlantının önemini vurgulayarak, Hart'ın hukuki yükümlülük anlayışının anahtarının burada yattığını ifade etmiştir[655].

İçsel bakış açısının hukuki yükümlülük anlayışının temelinde bulunmadığı ise Shapiro tarafından ileri sürülmüştür. Shapiro, Perry'nin Hart'ın hukuki yükümlülük anlayaşına yönelik olarak dile getirdiği normatif bir dönüş gerçekleştirmeksizin içsel bakış açısının hukuki yükümlülüğün temeli olduğuna dair sağlam bir argümanı olmayacağı eleştirisine, Hart'ın yükümlülük anlayışında içsel bakış açısının esasen bir temel oluşturmadığını iddia ederek karşılık verir. Shapiro'ya göre Hart'ın hukuki yükümlülük anlayışının temelini içsel bakış açısının oluşturduğunu ileri sürmek onun hedeflerini anlayamamak, yanlış yorumlamak demektir. Ne var ki Shapiro'nun bu iddiası Hart'ın yukarıda izah edilen tahmine dayalı yükümlülük anlayışı ve kendi yükümlülük anlayışı arasındaki farkın öneminin kavranmasında kuralların içsel ve dışsal yönü arasındaki ayrımın katkı sunacağını belirten beyanları ile çelişki göstermektedir. Hart'ın bu beyanı dikkate alındığında içsel/dışsal bakış açısı ve kuralların içsel/dışsal yönü ayrımlarına önemli bir rol yüklediğini kabul etmek doğru bir yorumlama olacaktır[656].

---

[655] Zipursky, "Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules", ss. 1237-38. Hart'ın içsel bakış açısı ve kuralın içsel yönü kavramlarını birbiri yerine kullandığı durumlardan birisi olarak şu pasaj gösterilebilir:

> "Herhangi bir anda, yasal olsun ya da olmasın, kurallarla yaşayan herhangi bir toplumun yaşamı, bir yandan kuralları kabul eden ve bu kuralların sürdürülmesinde gönüllü olarak işbirliği yapan ve böylece kendilerinin ve diğer kişilerin davranışlarını kurallar açısından gören kişiler ile diğer yandan kuralları reddeden ve onlara yalnızca olası bir cezanın işareti olarak dışarıdan bakan kişiler arasındaki gerilimden oluşacaktır. Gerçeklerin karmaşıklığının hakkını vermek isteyen herhangi bir hukuk teorisinin karşılaştığı zorluklardan biri, *bu iki bakış açısının* da varlığını hatırlamak ve *bunlardan birini* yok saymamaktır. Belki de tahimine dayalı yükümlülük teorisine yönelik tüm eleştirilerimiz en iyi şekilde, *yükümlü kılıcı kurallarının içsel yönüne* yaptığı şeyin bu olduğu suçlamasıyla özetlenebilir." (Hart, The Concept of Law, s. 90-91, italik vurgular tarafımıza aittir)

Görüldüğü üzere Hart paragrafın ortalarında içsel ve dışsal bakış açılarından söz ettikten sonra, pragrafın son cümlesinde yükümlü kılıcı kuralın içsel yönü ifadesini kullanmaktadır. Bu örnekteki çelişki Hart'ın esasında hangi kavram hakkında konuştuğuna dair kafa karışıklığına sebebiyet vermektedir. Zipursky Hart'ın burada muhtemelen içsel bakış açısının önemini vurguladığını ve tahmine dayalı yükümlülük görüşlerinin eksikliğinin de içsel bakış açısını hiç hesaba katmamış olduklarını savunduğu şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Bkz. Zipursky, "Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules", s. 1238, d.n. 32.

[656] Zipursky, "Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules", s. 1236.

1.2.2.2.2. Hukuki Yükümlülük

Hart *The Concept of Law*'da hukuki yükümlülük kavramının ne olduğunu izah etmek için öncelikle toplumsal kurallara, sonra yükümlülük getiren toplumsal kuralların ayırt edici özelliklerine değinmiştir. Son olarak hukuki yükümlülük getiren kurallar ile diğer yükümlülülk getiren toplumsal kurallar arasındaki farkı izah ederek hukuki yükümlülüğün ne olduğunu ortaya koymaya çalışmıştır.

Hart'a göre hukuki yükümlülükler diğer toplumsal yükümlülüklerden, yükümlülüğü getiren kuralın arka planında yer alan toplumsal baskının niteliği dikkate alınarak ayırt edilebilir. Hart baskı biçimleri arasında fiziksel baskının ön plana çıktığı durumlarda *genellikle* hukuki bir yükümlüğün bulunduğunu ileri sürmüştür. Ancak "*merkezi olarak organize edilmiş bir ceza sistemi*[657]*"* niteliğinde olmayan, ayıplama, kınama, onaylamama ifadeleri, bireyin ihlal ettiği kurala duyduğu saygıya dayanarak suçluluk, utanç ya da pişmanlık duygularının tetiklenmesi gibi *fiziksel* nitelikte olmayan baskı türleri söz konusu olunca hukuki olmayan türde bir yükümlülük kuralının bulunduğunu ifade etmiştir. Hart hukuki ve hukuki olmayan yükümlülük türlerini salt toplumsal baskı biçimleri dikkate alınarak kesin bir biçimde ortaya koymanın mümkün olmadığını kabul etmekle birlikte en azından hukuki olan ve olmayan yükümlülük kuralları arasındaki kaba çizginin fiziksel yaptırımlar ve fiziksel olmayan yaptırımlar arasındaki farka odaklanarak ortaya konabileceğini düşünmüştür[658].

Fiziksel yaptırımlar olağan ve yaygın hale geldikçe ahlaki alandan hukuki alana doğru bir geçiş söz konusudur. Hart bu geçişte yaptırımın mahiyetinin rolünü şu ifadelerle ortaya koymuştur:

> "… baskı biçimleri arasında fiziksel yaptırımlar öne çıktığında ya da olağan olduğunda, bunlar yakından tanımlanmamış ya da resmi görevliler tarafından yönetilmeyip toplumun geneline bırakılmış olsa da, kuralları ilkel ya da basit bir hukuk biçimi olarak sınıflandırma eğiliminde olacağız."[659]

Her ne kadar Hart fiziksel olan baskı ile fiziksel olmayan baskı ayrımı üzerinden mutlak anlamda olmasa da genel olarak hukuki yükümlülük getiren kuralların diğer yükümlülük getiren kurallardan ayırt edilebileceğini ileri sürmüş olsa da ayrımın mutlak anlamda yapılamaması eleştirilmesine neden olmuştur. Kimi yazarlar Hart'ın genel anlamda

[657] Hart, *The Concept of Law*, s. 86.
[658] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 161.
[659] Hart, *The Concept of Law*, s. 86.

yükümlülük kavramından ayrı olarak hukuki yükümlülüğün özelliklerini ele almadığını dile getirmekte ve Hart'ı tenkit etmektedirler[660]. Bu eleştirilerin haklı olduğu kabul edilebilir. Zira Hart, baskının fiziksel ya da gayrı fiziksel olmasını esas almak suretiyle hukuki olmayan yaptırım türlerinden hukuki yaptırımlara doğru geçildiğini belirterek iki kural türü arasındaki ayrımı muğlaklaştırmıştır. *The Concept of Law*'da hatırı sayılır bir kısmı ayırdığı yükümlülük bahsinde daha özenli bir tutum benimseyip hukuki yükümlülüğün ayırt edici özelliklerini net bir biçimde ortaya koymasının kendisinden beklenmesi olağandır.

1.2.2.2.2.1. Hukuki Yükümlülük ve Yaptırım Kavramları Arasındaki İlişki

Hart hukuki bir yükümlülüğün varlık kazanabilmesi için emredici nitelikte bir birincil kuralının varlığını gerekli görmektedir. Ancak Austin'den farklı olarak kurala emredicilik niteliğini verenin yaptırım unsuru olduğu iddiasını reddetmektedir. Hukuki yükümlülük getiren bir kurala uyulmaması hali için bir yaptırımın öngörülmüş olması, hukuki yükümlülüğün ne olduğu sorusuna verilecek cevabın bir parçası değildir. Başka bir ifadeyle hukuki yükümlüğü yaratan hukuk kuralının varlığı yaptırıma bağlı değildir. Hart yaptırımın hukuki yükümlülüğün varlık koşulu olmadığı tespitini yaptıktan sonra, bu iki kavram arasındaki ilişkiyi doğru bir biçimde ortaya koymaya çalışmıştır. Hart, bir hukuk kuralının yükümlülük yaratma gerekçelerinden birisinin, hukuk kurumunun yaptırımları da kapsayacak biçimde baskı ve güçleri mündemiç bir yapı olmasıyla ilgili olduğunu ileri sürmüştür. Bu nedenle elbette emredici nitelikli yükümlülük kurallarına yaptırımların eşlik etmesi son derece doğaldır; lakin bu hukuki yükümlülüğün ya da bir yükümlülüğe sahip olmanın ne demek olduğu hususunda gerekli olan bir bilgi değildir[661].

Yaptırımların doğru konumlandırılabilmesi için dikkat edilmesi gereken ikinci bir husus, modern ulusal hukuk sistemlerinde genellikle ve bilinçli bir tercihin eseri olarak, bireylere ya da resmi mercilere bir kuralı uygulamak ya da tazminat talep etmek yetkisini veren başka kurallar söz konusudur. O halde yükümlülükler ve yaptırımlar arasında bu yetki veren kurallar aracılığıyla kurulmuş olan sistematik bir bağlantı bulunmaktadır. Bu açıklamaları temel alan Zipursky, Hart'ın yükümlülük-yaptırım ilişkisinde yaptırım meselesini, hukuki yükümlülüğün doğası ve hukuk normunun gücü ile bağlantısız olduğunu ortaya koyacak bir biçimde rafine

[660] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", s. 58; Blackman, "Hart's Idea of Obligation and His Concept of Law", s. 434.
[661] Zipursky, "Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules", s. 1242.

hale getirdiğini ileri sürmüştür. Ona göre Hart, emredici bir birincil kuralın bir sonucu olarak ortaya bir hukuki yükümlülük çıktığını, dolayısıyla yaptırımların da gerekli bir araç olarak bu noktada ortaya çıkacağını iddia etmiştir; ancak yükümlülük hakkındaki makul bir açıklama, tehdit ve yaptırım temelli değil, rehberlik ve emir (injuction) temelli olacaktır[662]. Başka bir ifadeyle hukuki yükümlülük açıklaması yaptırım temelli değildir; normatif niteliklidir.

1.2.2.2.2.2. Hukuki ve Ahlaki Yükümlülüğün Benzer Yönleri

Ahlaki ve hukuki yükümlülük kavramları pek çok yönden benzerlikler taşımaktadır. Hart bu benzerlikleri şöyle özetlemiştir:

> "Mecbur kılınan bireyin rızasından bağımsız olarak bağlayıcı olarak görülmeleri ve uyum için ciddi bir sosyal baskı ile desteklenmeleri bakımından birbirlerine benzerler; hem hukuki hem de ahlaki yükümlülüklere uymak bir övgü meselesi olarak değil, sosyal hayata asgari bir katkı olarak kabul edilir. Ayrıca hem hukuk hem de ahlak, özel faaliyetler ya da durumlardan ziyade bireylerin yaşam boyunca sürekli tekrar eden durumlardaki davranışlarını düzenleyen kuralları içerir ve her ikisi de belirli bir toplumun gerçek ya da varsayılan ihtiyaçlarına özgü pek çok şey içerse de, her ikisi de birlikte yaşamayı başaracak herhangi bir insan grubu tarafından açıkça karşılanması gereken taleplerde bulunur. Dolayısıyla, her ikisinde de kişiye ya da mala karşı şiddetin yasaklanması, dürüstlük ve doğrulukla ilgili bazı gereklilikler bulunacaktır." [663]

1.2.2.2.2.3. Hukuki Yükümlülüğün Ahlaki Yükümlülükten Farkları

Ahlaki ve hukuki alanın birbirinden ayırt edilmesi için ahlaki olanın içsel, hukuki olanın ise dışsal olana yönelik olduğuna dair klasikleşmiş bir görüş bulunmaktadır. Hart bu görüşün hukuk ve ahlak farkını ortaya koyan bazı özellikleri bulunmasına rağmen büyük ölçüde yanıltıcı olduğunu düşünmektedir. Hart'a göre bu anlatının temeli hukuki cezalandırma ile ahlaki suçlama arasındaki farkta bulunmaktadır. Bu anlatının savunucuları, ahlaki bir yükümlülüğün kasıt olmaksızın ve gereken özen gösterilmesine rağmen yerine getirilememesi halinde ahlaki bir yaptırımın uygulanmadığını, buna karşın hukuki bir yükümlülük söz konusu olduğunda kasıt olmamasına ve gereken özen gösterilmiş olmasına rağmen yükümlülük yerine getirilmediğinde yine de kişinin hukuki yaptırıma maruz kalmasına yol açan katı bir sorumluluk anlayışının (kusursuz sorumluluk) bulunabileceği gerçeğinden hareketle ahlakın içsel hukukun

[662] Zipursky, "Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules", ss. 1242-43.
[663] Hart, *The Concept of Law*, s. 172.

dışsal olana yöneldiği şeklinde bir ayrım geliştirmişlerdir. Dolayısıyla ahlak alanında kişiyi kusursuz olsa da sorumlu tutan katı yaklaşım bir çelişki olarak görülürken hukuk sahasında bu durum olsa olsa eleştirilecek bir husus olarak görünmektedir. Ancak Hart'a göre bu ayrım çerçevesinde ahlakiliğin iyi niyet, iyi irade ya da güdüler gerektirdiği ve bundan ibaret olduğu düşünülebilir ki bu hatalı bir tasvir olacaktır[664]. Ahlakiliğin insanlardan yalnızca belirli zihin veya ruh durumlarında bulunmalarını talep ettiği iddiası yanlış bir açıklamadır[665]. Ahlakı bu şekilde ele almak mazeret (excuse) fikri ile haklılaştırma (justification) fikrini birbirine karıştırmak anlamına gelecektir[666]. Bununla birlikte Hart hukuk ve ahlak ayrımına dair böylesine yer etmiş bir açıklamayı toptan reddetmek yerine ahlak kurallarının diğer tüm toplumsal kurallardan ayırt edilmesini sağlayan kendisi tarafından *önem*, *bilinçli değişimin bulunmayışı*, *ahlaki suçların iradi niteliği* ve *ahlaki baskının biçimi* olarak ortaya konan dört özelliğin kapsamlı bir ifadesi olarak değerlendirmektedir[667].

1.2.2.3. 1982 Tarihli Açıklama

Hart 1982 yılında Essays on Bentham isimli çalışmasını yayınlar. Bu çalışmada Hart bir yandan Bentham'ın hukuk kuramını çeşitli başlıklar halinde incelerken bir yandan da söz konusu başlıklara dair kendi görüşüne de yer vermiştir. Hart'ın bu eserinde hukuki yükümlülükle ilgili görüşleri, *Legal Duty and Obligation*[668] ve *Commands and Authoritative Reasons*[669] adlı bölümlerinde yer almaktadır. Bentham'ın görüşlerini ortaya koymanın yanı sıra Hart'ın bu çalışmasındaki genel amaçlarından birisi de normatif hukuki ifadelerin anlaşılmasını sağlamaktır. Hukuki yükümlülük veya ödev ifadeleri de tıpkı yasama yetkisi, hukuken sınırlı hükümet, yasama yetkisi veren ve yürütme organını sınırlandıran hükümler içeren bir anayasanın varlığı, hukuki geçerlilik ya da geçersizlik hakkındaki ifadeler gibi *normatif* türde ifadelerdir[670].

---

[664] Hart, *The Concept of Law*, ss. 172-73.
[665] Hart, "Legal and Moral Obligation", s. 103.
[666] Hart, *The Concept of Law*, s. 173.
[667] Hart, *The Concept of Law*, s. 173. Ahlak kurallarının diğer toplumsal kurallardan ayırt edilmesini sağlayan dört özelliği Hart (1) önem, (2) bilinçli değişimin yokluğu, (3) ahlaki suçların iradi niteliği ve (4) ahlaki baskının biçimi olarak belirlemiştir. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, ss. 173-80.
[668] Hart, "Legal Duty and Obligation", ss. 127-61.
[669] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", ss. 243-68.
[670] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 243.

Hukuki yükümlülük ifadeleri özelinde Hart anılan bu bölümlerin özellikle son kısımlarında bu ifadelerin ne anlama geldiği, kim tarafından ortaya konduğu ve doğruluk koşullarının neler olduğuna odaklanmıştır. Hart bu noktada bir yol ayrımındadır. Kendisinden iki tutumdan birisini benimsemesi beklenebilir. İlk olarak genel bir normatif hukuki ifadeler teorisi geliştirip, buna uygun bir alt başlık olarak hukuki yükümlülük ifadelerini ele alması mümkün olabilir. İkinci bir yöntem ise genel bir hukuki yükümlülük teorisi benimseyip buradan yola çıkarak normatif hukuki ifadelere dair genelleme yapabilirdi. Ancak Hart, bu iki yöntemden birini açık bir biçimde benimsemediği ileri sürülmüş, bu eserde ortaya koyduklarının genel bir normatif hukuki ifadeler tablosu ile hukuki yükümlülük ifadelerine dair spesifik meseleler arasında gidip geldiği iddiasıyla eleştirilmiştir[671].

Hart genel olarak normatif hukuki ifadelerin ve onların bir türü olan hukuki yükümlülük ifadelerinin anlamının anahtarının "otoriter hukuki sebep" fikrinde olduğunu düşünür. Otoriter hukuki sebep, belirli bir eylemin gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi için içeriğinden bağımsız olan ve emredici bir sebeptir[672]. O halde Hart'ın 1982 tarihli hukuki yükümlülük açıklamasının temelinde içeriğinden bağımsız olarak emredici nitelikte olan sebep kavramı yer almaktadır ve bunun açıklanması gerekmektedir. Ancak bundan önce açıklanması gereken bir diğer önemli husus, hukuki yükümlülük ifadelerinin de alt türlerinden birini oluşturduğu normatif hukuki ifade kavramının Hart'ın teorisindeki anlamını ve işlevini ortaya koymaktır. Bu nedenle öncelikle normatif hukuki ifade kavramı ile Hart'ın neyi kastettiği ortaya konulacak, sonrasında ise hukuki yükümlülük ifadelerini de içeren bu normatif ifadelerin anlaşılması için nirengi noktası olan *otoriter hukuki sebep* kavramı açıklanacaktır.

1.2.2.3.1. Normatif Hukuki İfade

Hart, Bentham'ın hukuki yükümlülük hakkındaki görüşlerinin, hukuki yükümlülük ifadelerinin normatifliği özelliğini açıklayamadığı eleştirisinde bulunur. Hukuki yükümlülük ifadelerinin normatifliğini belirtmek üzere *normatif hukuki ifade, hukukun ifadesi* ya da *bireylerin hukuk*

[671] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 162.
[672] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 243.

çatısı altındaki konumlarının ifadesi tabirlerini kullanmayı tercih etmiştir[673]. Böylece Hart zımni olarak da olsa normatif ifadeler ile normatif olmayan ifadeler bir ayrım yapmış olur[674].

Hart, hukuka hukuk dışı bir perspektiften bakılarak dile getirilen ifadelerin hukuk hakkında birer ifade olduğunu, hukuka içsel olan, hukuki bir bakış açısından dile getirilen ifadelerin hukukun ifadeleri olduğunu ileri sürmüştür. Bu bağlamda hukukla ilgili olarak normatif ve normatif olmayan ifadelerin söz konusu olabileceğini ifade ederek, öncelikle normatif olmayan ancak hukuka dair ifade olarak tanımlanabilecek ifadeleri teşhis eder. Örneğin ABD Kongre'sinin belirli bir yaşa geldiklerinde erkek vatandaşların askerlik yapması gerektiğine dair bir yasa çıkardığı ifadesi, normatif bir ifade değildir dolayısıyla hukukun ifadesi değildir, ancak hukuka dair, hukuk hakkında bir ifadedir. Burada hukuk kuralının varlığını ortaya koyan, tarihsel ya da olgusal bir ifade ya da önerme söz konusudur ve hukuk dışı tarihsel ya da olgusal bir bakış açısından dile getirilmiştir. Askerlik hizmeti yapma zorunluluğu getiren yasada yer alan ifadeler ise hukukun ifadeleridir ve normatif niteliklidir. İki ifade ya da önerme arasında bir benzerlik görülmekle birlikte dikkat edildiğinde aynı anlama sahip olmadıkları görülecektir[675]. Hukuka dair bir ifade olmakla birlikte hukukun ifadesi olarak nitelenemeyecek bir diğer örnek bir hukuk kuralının adil ya da gayrı adil olduğunu ileri süren ifade ya da önermeler olabilir. Bunlar hukuk hakkında bir ifade olmakla birlikte normatif bir hukuki ifade, dolayısıyla hukukun ifadelerinden değildir. Bu durumda hukuk hakkında ahlaki kanaat bildiren bir ifade söz konusudur.

Hukuk hakkında tarihsel, ahlaki ya da ekonomik bakış açısıyla dışarıdan yapılacak değerlendirme ya da tespit içeren ifadelerden farklı olarak, Hart hukukun normatif ifadeleri olarak adlandırdığı hukuka içsel ifadelere dikkat çeker. Hukuka özgü bakış açısıyla ortaya konan bu ifadelerin anlamı ve doğruluk koşulları hukuki çerçeve içerisinde belirlenmelidir[676].

Ancak hukukun ifadelerinin bu normatif boyutu Hart'a göre iki farklı hatalı yolla indirgenerek yanlış bir biçimde izah edilmeye çalışılmıştır. Bunlardan ilki hukukun normatif ifadelerini, hukuk hakkındaki tarihsel olgusal ifadelere indirgemek, ikincisi ise hukuka dair ahlaki ifadelere

[673] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 144.
[674] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 163, d.n. 7.
[675] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 145.
[676] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 163.

indirgemektir. İlk durum için Bentham'ı[677] (ve elbette Austin'i), ikinci durum için ise bir kısım doğal hukukçular ve özellikle mercek altına aldığı Dworkin[678] ile Raz'ı[679] örnek olarak gösterir. Hart iki görüşün de hatalı olduğunu ileri sürerek kendi görüşünü ortaya koyar. Normatif hukuki ifadeler, bireylerin eylemlerine veya hukuk çatısı altındaki konumlarına dair ifadeler olarak görülmelidir. Böylece kapsamı "*teknik anlamda sınırlandırılmış*[680]*"* olan bu ifadeler, *"en azından hukuku, davranışların yönlendirilmesi ve değerlendirilmesi için bir standart olarak kabul eden, talepler ve uygunluk baskısı yoluyla neye izin verilebileceğini belirleyen hukuk sisteminin Mahkemeleri tarafından benimsenen bakış açısından*[681]*"* ortaya koymaktadır. Buradaki hukuka dair ifade ile hukukun ifadesi arasındaki fark şöyle açıklanabilir. A'nın B eylemini gerçekleştirmesini gerektiren bir yasa hükmü olduğunun ifade edildiği durumda bir olgunun ortaya konması söz konusudur; bu durumda ifade normatif nitelikli değildir ve hukuk hakkında bir ifadededir; hukukun ifadesi değildir. Aynı sonuca A'ya B eylemini yapması yükümlülüğü getiren yasanın adil ya da gayrı adil olduğuna dair bir ifade için de ulaşılabilir; bu durumda da normatif nitelikli olmayan hukuka dair bir ifade söz konusudur. Oysa A kişisinin bir yasa uyarınca bir B eylemini yapması şeklinde hukuki bir yükümlülüğü bulunduğunu beyan etmek, hukukun ifadesidir, normatif niteliklidir. Zira burada bireyin hukuki konumuna ilişkin bir ifade söz konusudur. Hart bu durumu şöyle ortaya koyar:

> "… en azından hukukun açıkça yerleşmiş ve belirlenmiş olduğu durumlarda, yargıçlar, süjenin hukuki ödevinden bahsederken … sujenin eylem yoluyla 'borçlu olduğu', yani hukuken kendisinden talep edilebilecek ya da istenebilecek şeylere dikkat çekmek amacıyla, yargıçlar olarak korumakla yükümlü oldukları hukuki bir kurumun içinden konuşurlar."[682]

Başka bir deyişle bir hukuki yükümlülük normatif bir ifade olarak, yargıcın dilinden süjenin yükümlülüğünün onun yapması gerekenler ya da kaçınması gereken davranışlar olarak ortaya konur; bu nedenle bu ifadelerin anlamlarının izah edilebilmesi için hukukun içinden bir perspektiften, yargıcın bakış açısından ele alınmaları gerekmektedir. Bir yargıcın gözünden bir X yasasının bir A kişisine bir B yükümlülüğü getirmesi, A'dan B'yi gerçekleştirmesinin uygun

[677] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 145.
[678] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 147.
[679] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 153.
[680] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 266.
[681] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 144.
[682] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 266. (İtalik vurgu eklenmiştir.)

bir biçimde talep edilebileceğini ve hak sahibi tarafından yükümlülüğün karşılık olarak bulunan hakkın alınabileceği anlamına gelmektedir[683].

Bu açıklamaları takiben elbette Hart'a hukuki yükümlülük ifadeleri de dâhil olmak üzere normatif hukuki ifadelerin niçin yargıçların bakış açısından açıklanması gerektiği sorusu sorulacaktır. Hart bu bakış açısını, hukuki yükümlülük getiren kurala dışarıdan yapılan tarihsel olgusal bakış açısı (Bentham ve Austin) ve ahlaki yükümlülükle hukuki yükümlülüğü birbirine karıştıran bakış açısının (Dworkin ve Raz) yanlış olduğunu ortaya koyduktan sonra uygun bir alternatif olarak sunmuştur.

Yargıç bakmakta olduğu bir davada bir kişinin usulüne uygun bir biçimde çıkarılmış bir mevzuat uyarınca bir hukuki yükümlülüğü bulunduğunu ifade ettiğinde, tabi olmuş olduğu hukuk sisteminin tanıma kuralı çerçevesinde vaz edilmiş olan mevzuata göre dile getirilmiş olduğundan yargıcın bu ifadesi *bağımlı* bir ifadedir. Bir yargıç görmekte olduğu bir davada, tıpkı sistemin diğer yargıçlarının yaptığı gibi usulüne uygun olarak çıkarılmış mevzuatı dikkate alarak bir kişinin bir hukuki yükümlülüğü bulunduğu ifadesini kullanabilir. Yargıcın bu çerçevede dile getirdiği ifadesi, yasa koyucunun ilgili mevzuatı vaz edebilmesine olanak veren, hukuk sisteminin kurallarının teşhis edilebilmesini sağlayan ölçütleri ortaya koyan tanıma kuralını, sistemin diğer yargıçlarla birlikte ortak olarak kabul etmiş olmasının bir sonucudur. Dolayısıyla onun bir kişinin hukuk kuralları çerçevesinde bir hukuki yükümlülüğü bulunduğu ifadesi bağımlı bir ifadedir. Başka bir deyişle, yargıçların tanıma kuralını kabul etmesi, tanıma kuralı çerçevesinde geçerli olan kuralları, bir kişinin bir hukuki yükümlülüğünün bulunduğunu tespit etmek ve bu yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığını belirlemek için bir standart olarak değerlendireceği anlamına gelecektir. Dolayısıyla gördükleri davalarda taraflardan ne gibi taleplerde bulunulabileceği hususunda yargıçlar Hart'a göre *otoriter bir hukuki sebep* (authoritative legal reason) tarafından yönlendirilmektedir[684].

Bu açıklamasından Hart'ın otoriter hukuki sebep fikri hukuki yükümlülüğün anlaşılabilmesi için temele yerleştirdiği anlaşılmaktadır. Bir hukuk sisteminin mahkemeleri tarafından sistemin tanıma kuralının yerine getirilmesi, kendi yargısal eylemleri için otoriter bir sebep olarak kabul tanınması, hukuki yükümlülüğün anlaşılmasında anahtar durumundadır. O halde hukuki

[683] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 160.
[684] Hart, "Legal Duty and Obligation", s. 160.

yükümlülük ifadelerinin normatif nitelikli hukuki ifadeler olduğu iddiasının açıklanmasından sonra otoriter hukuki sebep kavramının *içerikten bağımsızlık* ve *mutlaklık*[685] özellikleri ile birlikte açıklanması gerekmektedir.

1.2.2.3.2. Otoriter Hukuki Sebep

Hart *Commands and Authoritative Reasons* isimli yazısında Bentham'ın buyruk kuramında yer alan buyruk, yaptırım, egemenlik, itaat alışkanlığı, hukukilik ve gayrı hukukilik gibi kavramların hukukun önemli özelliklerini ortaya koymayı hedeflediğini ancak bunu başaramadığı iddiasını yineler[686]. Hart'a göre hukukun ortaya konması gereken önemli özellikleri dört başlık altında toplanabilir: 1) hukukilik ve hukuki etkinlikten bağımsız olarak hukuki geçerlilik, 2) hukukun kaynaklarının çeşitliliği, 3) hukuken sınırlanmış yasa koyucu güç ve yasamanın niteliği bağlamında anayasa hukuku, 4) hukuki yükümlülüğün niteliği ve hukukun normatifliği[687]. Hart bu özelliklerin ortaya konması için ise Bentham'ın buyruk fikrinin yerine kendisi tarafından kavramsallaştırılan *otoriter eylem sebebi* fikrinin konması gerektiğini ileri sürer. Başka bir deyişle Hart, hukuku daha iyi anlayabilmek adına Bentham'ın buyruk fikrindeki eksikleri teşhis ederek onun yerine daha mütekâmil bir kavram olarak otoriter hukuki sebep fikrini geliştirmiştir[688]. O halde Hart'ın otoriter eylem sebebi fikri, buyruk kavramı ile mukayese edilerek[689], buyruğun hangi kusurlarını giderdiği iddialarını dikkate alınarak anlaşılabilecektir.

Hart buyruk kavramı yerine koymuş olduğu otoriter hukui sebep fikrini, eylem için içerikten kurala yönelik bağımsız mutlak sebep niteliğindeki normatif tutumu, basit hukuk yapıları ile gelişmiş hukuk sistemlerini birbirinden ayırt etmek amacıyla ortaya koymuştur. Esasında amacı gelişmiş bir hukuk sisteminin buyruk fikri aracılığıyla temellendirilemeyeceğini

---

[685] Hart orijinal metinde peremptory kelimesini kullanmıştır. Bu kelimenin Türkçe karşılığı olarak amirane, buyurgan, emredici, mutlak ve benzeri anlamları bulunmaktadır. Bu çalışmadan karşılık olarak mutlak kelimesi tercih edilmiştir.

[686] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 243.

[687] Zhai, "Bentham's Command versus Hart's Authoritative Reason", s. 171.

[688] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 253. Hart Hobbes'tan ilham alarak ortaya koyduğunu ifade ettiği otoriter hukuki sebep fikrinin zihninde oluşmasında Joseph Raz'ın da katkısını takdir etmiştir. Öyle ki Raz'ın *dışlayıcı sebepler* olarak adlandırdığı kavram olmasaydı ilham aldığı Hobbes'un konuya dair görüşlerinin önemini kavrayamayacağını kabul etmiştir. Bkz. Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 244.

[689] Hart da söz konusu kitap bölümünün henüz başlarında üç amacından birisinin otoriter hukuki sebep fikrini inşa edebilmek işe yarayabilecek Bentham'ın buyruk kavramına gömülü olan bazı unsurları incelemek olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 243.

göstermektedir. Buyruk kavramı aracılığıyla bir yasama organının çıkarmış olduğu kuralların izahı yapılmak istendiğinde örneğin modern hukuk sistemlerinde bir yasanın çıkarılabilmesi için gerçekleştirilmesi gereken usuli aşamaların anlatılabilmesi mümkün değildir; ortaya çıkacak izah sorunlu ve yanıltıcı olacaktır. Bir yasanın çıkarılması bir kişinin belirli bir şekilde davranılmasına dair istekte bulunmasından oldukça farklıdır. Ayrıca egemenden tek bir bireymiş gibi söz edilmesi yasanın çıkarılması için uyulması gereken usulün gerekliliğini ve önemini gizlemektedir. O halde Hart'a göre atılması gereken ilk ve en önemli adım eylem için içerikten bağımsız mutlak bir sebep kavramını genelleştirmek ve bu fikrin buyruk fikri ile herhangi bir bağı olmadığını ortaya koymak olacaktır[690]. Hukukun ve dolayısıyla hukuki yükümlüğün normatif boyutunun izah edilebilmesi için bu adımın atılması gerekmektedir[691].

Bir kişinin bir hukuki yükümlülüğü olduğunu ifade ettiğimizde onun belirli bir davranışta bulunmasının ya da belirli bir davranışı gerçekleştirmekten kaçınmasının gerekli olduğunu kast ederiz. Bu durumda yükümlünün yükümlülüğü uyarınca eylemde bulunmasını *gerekli* kılan şey nedir sorusunu yanıtlamak gerekecektir. Bir hukuk kuralının belirli durumlar için belirli kişileri hukuken yükümlü kıldığı Hartçı bir görüşün vereceği ilk yanıtlardan birisi olabilir. Peki bu durumda hukuk kuralının hukuki yükümlülük yaratabilme gücü nereden gelmektedir? Hart bu soruya tanıma kuralı kavramını öne sürerek cevap verecektir. İşte hukukun uygulayıcılarının kişileri hukuk kuralları uyarınca bir hukuki yükümlülüğe sahip olarak tanımlamaları, yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadıklarını yine hukuk kuralları uyarınca tespit edebilmelerinin arka planında yasama organının hukuk kurallarını vaz etme gücüne sahip olduğu iddiasını taşıyan tanıma kuralını kabul etmiş olmaları yer almaktadır. Bu halde bir kişinin hukuk kuralları uyarınca yükümlü kılınabilmesinin gerekçesi soruşturulduğunda nihai sonuç olarak tanıma kuralı ile karşı karşıya kalınmaktadır. Böylece tanıma kuralı, yargıçların hukuki yükümlülükle ilgili olarak belirli kişileri yükümlü olarak görmeleri, yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadıklarını tespit edecek ölçütlere temel teşkil eder ve yargıçlar için hukuki yükümlülükle ilgili hukuk kurallarını otoriter bir eylem sebebi haline getirir.

Otoriter hukuki sebep fikrinin ortaya konabilmesi için Hart'ın eylem sebepleri ile ilgili görüşlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Hart bir eylem sebebi olan otoriter hukuki sebebin

[690] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 259.
[691] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 262.

ve bunlar arasında diğer tümüne baskın gelen, diğer eylem sebeplerine ilişkin süjenin yapacağı muhakemeyi kesen bir sebep olarak tanımlamaktadır.

Hart otoriter hukuki sebebin iki önemli özelliği olduğunu vurgulamıştır: mutlaklık ve içerikten bağımsızlık. O halde sırasıyla mutlaklık ve içerikten bağımsızlık özelliklerinin incelenmesi gerekmektedir. Otoriter hukuki sebebin bu iki özelliğinin ortaya konmasıyla birlikte, normatif hukuki ifadeler ve daha özelde hukuki yükümlülük bildiren ifadelerin niçin yargıçların bakış açısından dile getirildiği de anlaşılmış olacaktır ve Hart'ın 1982 tarihli hukuki yükümlülük açıklamasında niçin *otoriter hukuki sebep* anahtar konumundadır sorusu da cevaplanmış olacaktır.

1.2.2.3.2.1.Otoriter Hukuki Sebebin Mutlak Oluşu

Hart, bir hukuki yükümlülüğün oluşturmuş olduğu belirli bir davranışta bulunulması ya da belirli bir davranışta bulunmaktan kaçınılması biçimindeki gerekliliği, olası eylem sebeplerinin tümünü dışlayan ve hukukun sunduğu sebebi tartışmasız bir biçimde yegâne eylem sebebi olarak belirleyen bir gereklilik olarak ele alır. Bunu ifade etmek için de otoriter hukuki sebebin *mutlak* (peremptory) sebep olarak nitelendirir. Hart, bu kelimenin etimolojik analizi yapılacak olunduğunda Roma hukukundan İngiliz diline girdiği etimolojik analiz yapıldığında görülecek olan bu kelime Roma hukukunda da müzakereyi, tartışmayı ya da argüman ileri sürülmesini önünü kesen prosedürel bir adım anlamında kullanıldığını ifade ederek kendi iddiasını desteklemiştir[692].

Hart otoriter hukuki sebebin *mutlak* bir eylem sebebi olduğunu izah ederken kendi kavramı olan otoriter hukuki sebep ile Bentham'ın buyruk kavramını kıyaslar. Otoriter hukuki sebep, bir nevi buyruk kavramının getirdiği kusurları gidermek ve daha iyi bir hukuki yükümlülük anlayışını inşa etmenin anahtarı rolündedir. Otoriter hukuki sebebin mutlak olduğunu ileri sürerken Hart'ın kast ettiği şey, bir buyruk aracılığıyla emir verenin iradesinin, muhatap üzerinde tüm diğer eylem sebeplerini dışlayarak tek başına yani mutlak bir eylem sebebi olduğudur. Hart bu iddiasını Bentham ve Hobbes'u mukayese ederek izah etme yolunu seçer.

Hart'a göre Bentham buyruk durumu ile ilgili olarak bir hususu fark edememiştir. Buyruk durumunda buyuranın niyetini beyan etmesi, süjenin eylemde bulunması için bir sebep

[692] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 253.

oluşturmaktadır ve bu hususiyet ayırt edici bir durum arz eder. Hart buyruk durumuna dair bu ayırt edici özelliğin ilk kez Hobbes tarafından fark edildiğini ileri sürer. Kendi kavramı olan otoriter hukuki sebep fikrinin temellerinin çok kısaca değinmiş de olsa Hobbes tarafından keşfedildiğini ileri sürer. Hobbes'un egemenin buyruğunun ancak egemene kendisini yönetme yetkisini bir toplum sözleşmesi aracılığıyla veren süjeler üzerinde geçerli olduğunu ve dolayısıyla egemenin yasama yetkisinin bir hak/yetki ya da normatif bir güce dayandığını ileri sürdüğünü; buna mukabil ne toplum sözleşmesini ne de normatif başkaca bir ögeyi egemen-tebaa ilişkisine dahil etmeyen ve ikisi arasındaki ilişkiyi tebaanın alışkanlıkla itaati ve egemenin hiç kimseye itaat alışkanlığı olmayan bir üstün oluşu üzerinden *normatif olmayan düz betimleyici terimlerle* tanımlayan Bentham'ı karşılaştırır. Hobbes Bentham'ın fark edemediği bir şeyi dile getirmektedir: buyruk, "*onu söyleyenin iradesinden başka bir neden beklemeksizin, bir kimse bunu yap, veya bunu yapma dediği zaman*[693]" söz konusu olur. Hart, Hobbes'un bu tanımında egemenin iradesinin süje tarafından başka bir sebep arayışına girmeksizin bir eylem sebebi olarak görülmesinin altını çizer. Ona göre Hobbes böylece emredenin vermiş olduğu emir aracılığıyla emrin muhatabının eylemde bulunurken kendi düşünce ve muhakemesini bir kenara bırakarak emredenin iradesini eylem rehberi olarak gördüğünü düşünmüştür. Başka bir ifadeyle buyruk aracılığıyla buyuran kişi süjenin buyruk konusu eylemi yapmak lehine ya da aleyhine olan bağımsız mülahazalarının tamamını kesmeyi amaçlar. Böylece buyruk aracılığıyla eylemde bulunmak için mutlak bir sebep ortaya çıkmış olur, emredenin iradesi dinleyicinin (süjenin) mülahazası karşısında bir rekabet halinde değildir, o yüzden aralarında en güçlü eylem sebebinin emredenin iradesi olduğu dahi söylenemez. Emreden buyruk aracılığıyla diğer bütün eylem sebeplerini kesmek ve dışlamayı amaçlamaktadır. Hart böylece otoriter eylem sebebinin mutlak oluşunu Hobbes'tan yapmış olduğu küçük bir alıntı üzerinden temellendirmiştir[694].

Hart, buyruk kavramından hareketle hukuk kurallarının ortaya koyduğu gerekliliğin mutlaklığını bu şekilde izah ettikten sonra, bazı durumlarda kuralın muhataplarından bazılarının elbette kuralı bir mutlak eylem sebebi olarak görmeyebileceğini, başka bir ifadeyle emredenin iradesini bazıları için mutlak bir eylem sebebine dönüştürmekte *başarısız* olabileceğini belirtir. Böyle bir sonucun ortaya çıkmaması için de yaygın bir biçimde itaatsizlik halinde muhataba

[693] Hobbes, *Leviathan,* s. 183.
[694] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 253.

hoşuna gitmeyecek bir şey yapma tehdidi şeklinde bir güvence mekanizmasını yedekte tutar. Bu ek eylem sebepleri de çoğu zaman emredenin muhataplarının eylemlerini belirlemeleri esnasında muhakemelerine etki edebilen birer eylem sebebi olarak işlev görebilir. Ancak Hart mutlak sebebe eklemlenen ve destekleyen bu sebeplerin ikincil niteliğine ve son çare olan konumlarına dikkat çeker. Bunlar ancak buyruk aracılığıyla ortaya konan mutlak eylem sebebinin bir etkisinin olmaması halinde devreye gireceklerdir. Burada mutlak eylem sebebine değil de ona riayet edilmemesi ihtimali için bir güvence olarak konumlandırılmış ikincil hükümlere odaklanmak Hart'a göre emir vermeyi diğer söz edimlerinden ayırt etmeyi sağlayan en önemli özelliğini gizleyecektir ve bunun farkında olabilmek son derece önemlidir[695].

Hart'ın otoriter hukuki sebebin mutlaklığı özelliği hakkındaki bu açıklamalarını, hukuki yükümlülük bildiren beyanlar çerçevesinde dikkate alınacak olursa, bir mahkemenin ya da yargıcın önüne gelen uyuşmazlığı hukuk kuralları çerçevesinde çözmesi gerekliliği açısından bir değerlendirmenin yapılması gerekir. Bir yargıç görmekte olduğu bir hukuki uyuşmazlığı kendi kişisel kanaatleri, değerlendirmelerine göre değil ilgili hukuk kurallarına göre çözmek ödevi altındadır. Bunun temeli ise resmi görevli olarak tanıma kuralını geçerlilik kriteri olarak kabul etmiş olması ve dolayısıyla bağımsız muhakemesine göre değil de hukuk kuralları çerçevesinde çalışmasının kendisi için mutlak bir hukuki sebep olduğudur. Başka bir ifadeyle yargıç tanıma kuralını kabul ederek kendi bağımsız muhakemesinin kesildiğini de kabul etmektedir. Böylece bir hukuki yükümlülüğün varlığına ilişkin bir mahkemenin ya da bir yargıcın beyanları *bağımlı ifade* olarak tanımlanmalıdır[696].

1.2.2.3.2.2. Otoriter Hukuki Sebebin İçerikten Bağımsız Oluşu

Otoriter hukuki sebebin ikinci önemli özelliği ise eylem için içeriğinden bağımsız olarak bir sebep sunabilmesidir. Bir hukuki yükümlülüğün, gerektirdiği davranışın ahlakiliği tartışma konusu yapılmaksızın bir eylem sebebi olabilmesi, onun içerikten bağımsız bir sebep olduğunu gösterir. Hart, içerikten bağımsızlık kavramını, ahlaki olarak yapılması gerekenden yükümlülük kavramını ayırt edebilmek için kullandığını belirtir[697]. Böylece sebep ile eylem arasında içerik

[695] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 254.
[696] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 166.
[697] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 254. İçerikten bağımsızlık kavramını Hart daha önce 1958 tarihli *Legal and Moral Obligation* adlı makalesinde de incelediğini belirtmiştir. Hem ahlaki hem de hukuki yükümlülük ve ödevlerin içeriklerinden bağımsız olduklarına dair açıklamaları için bkz. Hart, "Legal and Moral Obligation", ss. 84, 100, 102, 103, 106. Ayrıca bu tezde "2.1.2.3. İçerikten Bağımsız Olabilme" başlığına bakınız.

bağlantısı bulunan "standart paradigmatik eylem sebepleri"nden *otoriter hukuki sebep* ayırt edilebilmektedir. Örneğin bir emreden muhatabına "Pencereyi kapat!" dediğinde yapılmasını istediği eylem, soğuktan korunmak gibi ulaşmak istediği, arzuladığı bir sonuç için bir araç olabilir[698].

Hart, süjeler tarafından emreden tarafından dile getirilmiş buyruğun, *içeriğinden bağımsız* bir biçimde mutlak bir eylem sebebi olarak tanınmasının salt itaat alışkanlığı kavramıyla ortaya konamayacağını ileri sürer. Ona göre süjelerin emredenin buyruğunu bu şekilde görmeleri, a*yırt edici normatif bir tutum*[699]dur ve tutum normatif olguların tümünün özünü oluşturur. Böylece Hart hukuki alan dışında da vaatlerle ya da başkaca eylemlerle yaratılan yükümlülükler ve benzeri bir takım normatif olgunun da temelinin ayırt edici normatif tutum olduğunu belirterek genel anlamda normatiflik kavramını yine otoriter hukuki sebebin içerikten bağımsızlık ve mutlaklık özellikleri ile ilişkilendirir[700].

Hart, hukuki yükümlülük söz konusu olduğunda otoriter hukuki sebebin bir özelliği olarak içerikten bağımsızlığın, Bentham'ın buyruk kuramında yasama organı tarafından yaratılmamış hukuk kaynaklarını sisteme dâhil edebilmek için epeyce uğraşı verdiği ve neticede başarısız olan zımni buyruk açıklamasına da ihtiyacı bertaraf edeceğini belirtir. Yasama aracılığıyla çıkarılmış olan hukuk kaynakları gibi içtihatlar, örf ve adetler ve sair yasama organı tarafından

---

[698] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", ss. 254-55.

[699] Hart emreden-buyruk ve süje ilişkisinde ayırt edici normatif tutumun dört varyasyonun bulunduğunu belirtir. Birincisi buyruklar ya bireylere hitap eder ve bıreylerin tekil eylemini düzenleme amacı taşır ya da kişi gruplarına hitap edip belirli eylem türlerini düzenlemeyi amaçlar. İkinci olarak emredenin buyruğunu içeriğinden bağımsız olarak eylemleri için mutlak bir sebep olarak görme eğiliminin çeşitli nihai sebepleri olabilir. Örneğin bazı insanlar sadece emredeni memnun etme arzusu ya da kendi iradesini emredenin iradesi ile özdeşleştirmekten duydukları tatmin hissi nedeniyle bu eğilimi taşır. Bir diğer grup insan, ahlaki gerekçelerle ya da emredenin buyruk aracılığıyla konu edindiği davranış biçimini insanların tümünün faydasına olacak bir biçimde düzenleyeceğine duyduğu inanç, adalet duygusu nedeniyle bu eğilimi taşır. Bu tutumun yönelik eğilimin bir başka gerekçesi insanların içinde bulundukları geleneğe uyum sağlam istekleri ya da diğerlerinin davrandığı gibidavranma isteği olabilir. Bir başka grup insan ise bu tutumu itaat etmemesi halinde yaptırıma maruz kalacağından korktuğu için ya da itaat etmesi halinde bir menfaat sağlayacağını umduğu için benimsemiş olabilir. Ayırt edici normatif tutum için söz konusu olabilecek üçüncü varyasyon emredenin sözlerinin insanlar tarafından kendi davranışlarının belirlenmesinde mutlak ve içerikten bağımsız bir eylem sebebi olarak görülmesinin yanı sıra diğer insanların davranışlarının doğru ya da yanlış olarak değerlendirilmesi ya da eleştirilmesi için bir ölçüt olarak da görülebilir. Dördüncü olarak emredenin sözlerinin toplumun büyük bir bölümü tarafından ayırt edici normatif bir tutum olarak benimsenmesi de söz konusu olabilir, toplumun dar bir kesimi tarafından bu çerçevede benimsenmesi "yalnızca iyi örgütlenmiş ya da güçlü bir azınlık" tarafından benimsenmiş de olabilir. İkinci ihtimalde bu tutumu benimsememiş olan çoğunluk buyruklara ya öngörülmüş olan tehditten korktuğu için uyar ya da buyruğun içeriği ile kendi benimsedikleri eylem sebeplerinin (örneğin ahlaki ya da sağduyuya dair gerekçeler) örtüşmesi, zaten buyruğun öngördüğü davranış biçimini yapmaya eğilimli olmaları buyruğa uymaları sonucunu doğurur. Bkz. Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", ss. 256-57.

[700] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 256.

oluşturulmamış hukuk kaynakları da içerikten bağımsız mutlak bir eylem sebebidir. O halde Bentham'ın *buyruk* temelli açıklaması bütünüyle terk edilmeli ve yerine *otoriter hukuk sebep fikri* konmalıdır[701].

1.2.2.3.3. Mahkemeler Tarafından Ayırt Edici Normatif Tutumun Benimsenmesi

Hart bir emreden, onun buyruğu ve bu buyruğu mutlak ve içerikten bağımsız bir eylem sebebi olarak benimseyenlerin sahip olduğu normatif tutum üzerinden ortaya koyduğu tablonun bu haliyle gelişmiş bir hukuk sisteminin sadece *embriyonik* bir modeli olduğunu belirtir. Ona göre modelin bu halinde gelişmiş hukuk sistemleri ile kıyaslandığında önemli bir eksiklik bulunmaktadır. Bu eksik özellik emredenin buyruğunu uygulayan ve süjelere uygulatan bir mekanizma olarak mahkemelerdir. Mahkemelerin embriyonik modele eklenmesiyle birlikte gelişmiş bir hukuk sistemine dönüşüm sağlanmış olacaktır[702].

Emredenin buyruklarını (modern bir hukuk sisteminde yasakoyucunun koymuş olduğu kuralları) davranışları şekillendirmesi açısından mutlak ve içerikten bağımsız eylem sebebi olarak tanıyan ve diğer insanların davranışlarını eleştirmek için ölçüt olarak değerlendiren normatif tutum, kuralları uygulamak ve uygulatmak rolünü üstlenen mahkemeler aracılığıyla doğru yargılamaya ilişkin kamusal ölçütleri tanımlamak üzere kurumsallaştırılır. Ayrıca yargıçlar bu ölçütlere uyma görevi verilir, yargıçlar bu makama gelmekle bu görevi de üstlenmiş olurlar[703].

Hart'a göre Mahkemeler aracılığıyla ayırt edici normatif tutumun doğru yargılamaya ilişkin kamusal ölçütleri belirleyecek şekilde kurumsallaştırılması, başka bir ifadeyle normatif tutumun yargıçlar tarafından görev bilinciyle benimsenmesi neticesinde ilkel bir hukuk yapısından gelişmiş bir hukuk sistemine dönüşüme yol açan bir takım önemli adımların atılmasını sağlamıştır. Bunlardan bir tanesi egemeni insanlar üzerinde cebri güç uygulayan bir kurum olduğu şeklindeki tasavvurun yerini cebri güçten farklı olarak bir otoriteye sahip olan

[701] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 261. Hart içerikten bağımsızlık özelliğinin sadece pratik otorite için değil teorik otorite için de söz konusu olduğunu savunur. Örneğin bir bilim dalında çalışmalar yapan önde gelen bir bilim adamının açıklamaları, lehine ya da aleyhine argümanlardan bağımsız olarak yani söylediklerine inanılması için her hangi bir teorik müzakereye girişmeksizin, sırf o alanda otorite olarak kabul ediliyor olması söylediklerine inanılması için bir sebep teşkil etmektedir. Burada da otoriter teorik bir sebep söz konusudur. Bkz. Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 261.
[702] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 257.
[703] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", ss. 257-58.

bir kurum olarak algılanması alacaktır. Zira egemenin buyruklarının içeriğinden bağımsız olarak mutlak bir eylem sebebi olarak görülmesi onun böyle bir otoriteye sahip olduğunu kabul edilmesi anlamına gelir. Bir yasa koyucu kurallar koyarken ve bunların uygulanmasına yönelik tedbirler alırken salt bir cebri güç uygulamamakta, hukuken belirlenen ve yine hukuken sınırlandırılabilen hukuki bir otorite ve hukuki bir yetki kullanmaktadır[704].

Bu açıklama neticesinde yapılması gereken çıkarım şudur: bir toplumda emredenin (egemenin) sözlerinin, eylem için, içeriği hesaba katılmaksızın mutlak bir sebep olarak kabul edilmesi (tanınması) *toplumsal bir kuralın* varlığına karşılık gelmektedir[705]. Bu toplumsal kural bir yanda egemenin buyruklarına itaat edilmesi gerektiği şeklinde değerlendirilir ve süjelere itaat yükümlülüğü getirdiği şeklinde ele alınabilir. Öte yandan bu kural emredenin emredebilme yetkisi veren ve bu yetkinin kapsamı ya da kullanılma usulu bakımınndan ona rehberlik eden bir kural olarak ele alınabilir; bu durumda tebaasına yönelik yükümlülükler getirebilmesi egemene yetki veren bir kural olarak değerlendirilebilir[706]. Elbette egemene verilmiş yetkinin sınırlanması da mümkündür, bu sınırlama egemenin sözlerinin hangi kapsam ya da çerçevede mutlak eylem sebebi olduğunun ortaya konulmasıdır. Emredenin sözlerinin içeriğinden bağımsız mutlak bir eylem sebebi olarak görülmesinin bir diğer sonucu ise sözlerinin belirli normatif sonuçlar ortaya koyacak olmasıdır. Bu bakımdan içerikten bağımsız mutlak bir sebep, salt itaati temin etmeyi amaçlayan buyruktan farklılık arz etmektedir. Emredenin buyruğuna karşı benimsenen normatif tutum bazı eylemleri haklı bazılarını ise yanlış ve yükümlülüğün ihlali olarak nitelendirilmesini sağlayacaktır. Böylesi bir normatif sonucun doğabilmesi için ise emredenin kural aracılığıyla yetkili kılınmış olması gerekmektedir. Bir yetki çerçrevesinde dile getirilmemiş bir söz herhangi bir normatif sonuç doğurmaycaktır ve bu sözler hukuken geçersiz kabul edilecektir[707].

[704] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 258.
[705] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 258.
[706] Hart'ın hukuk kuramında egemene böyle bir yetki veren kuralın nihai temeli de elbette tanıma kuralıdır.
[707] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", ss. 258-59.

1.3. Hart'ın Yaptırım Anlayışına Yönelik Eleştiriler

1.3.1. Hukuki Yükümlülükle İlgili Görüşlerine Yönelik Eleştiriler

Hart'ın hukuka itaat edilmesine yönelik ahlaki olmayan hukuki bir yükümlülüğün varlığına yönelik iddiası çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Hart'ın hukuki yükümlülükle ilgili görüşlerini farklı eserlerinde ve her bir eserinin farklı farklı kısımlarında ele aldığı daha önce belirtilmişti[708]. Hart eleştirmenleri bu durumun genel olarak onun konuyu ele alışını kusurlu hale getirdiğini ileri sürmüşlerdir. Hart'ın hukuki yükümlülükle ilgili görüşleri hakkında ilgi çekici bir şey söylemediği dile getirilmez; görüşleri kayda değer bulunmuştur. Ancak konuyla ilgili görüşleri eserlerinde dağınık bir şekilde bulunmaktadır ve aynı eser içinde dahi görüşleri arasında çelişkiler bulunduğu şikâyeti sıklıkla dile getirilmiştir[709].

Hart bir yükümlülüğün arka planında bir toplumsal kural olduğunu, dolayısıyla bir hukuki yükümlülüğün de temelinde bir hukuk kuralı olduğunu ifade ederken, temelde bulunan kuralın birincil bir kural mı yoksa ikincil bir kural mı olduğu hususunda bir beyanda bulunmamıştır. Hukuki yükümlülüğün temelinde bulunan toplumsal kural, onunla doğrudan irtibatlı bir birincil kural mıdır yoksa başka bir birincil kural mıdır; ya da bu toplumsal kural birincil kuralın yaratılmasına olanak tanıyan bir ikincil kural mıdır veya bazı durumlarda birincil bir kural bazı durumlarda ikincil bir kural mıdır benzeri sorular Hart tarafından cevaplanmamıştır[710].

---

[708] Bkz. yukarıda 16 numaralı dipnot.

[709] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 153. Oladosu, Hart'ın hukuki yükümlülükle ilgili görüşlerinde tutarsızlık bulunduğu eleştirisine katılmamaktadır. Ona göre Hart'ın hukuki yükümlülükle ilgili görüşleri yer yer taslak halinde yer yer de başka bir konuyu değerlendirirken kısa değinmelerden ibaret olsa bile konuya dair tüm görüşleri dikkate alındığında en az üç sistematik açıklama girişiminde bulunduğu görülecektir. Ayrıca konu hakkındaki farklı görüşleri bulunmakla birlikte hepsi için ortak bir temel bulunabileceğini de ileri sürer. Ona göre Hart'ın hukuki yükümlülük hakkında çeşitli ve farklı görüşlerinin tümü aynı temel argümanın farklı yeniden ifadeleri niteliğindedir. Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 153. Oladosu'ya göre bu temel argüman ise hukuk kurallarının salt varoluşlarıyla, itaati temin etmek için cebri tedbirlerin kullanılmasının gerekçesini oluşturduğu iddiasıdır ve Oladosu bunu "hukuk kurallarının kendi kendi gerekçelendirmesi" olarak isimlendirir. Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 168. Hart tahmine dayalı yorum olarak nitelendirdiği ve bu yorumun yükümlülüğü sadece bir kural söz konusu olduğunda bu kuraldan sapmalara yaptırımla karşılık verilmesi veya bir mahkemenin sapma durumunda yaptırım uygulayacağının tahmin edilmesine bir gerekçe olarak ele alan Austin'in yükümlülük hakkındaki görüşlerini eleştirmiştir. Hart'a göre yükümlülük kuraldan sapma durumunda aynı zamanda *yaptırımların uygulanması için bir neden ya da gerekçe* sağlamaktadır ve tahmine dayalı yükümlülük görüşü bu gerçeği göremediği için kusurludur. Hart, *The Concept of Law*, s. 84. Oladosu Hart'a ait olduğunu iddia ettiği hukuk kurallarının kendi kendisini gerekçelendirmesi teorisini Hart'ın bu görüşü ile temellendirmiştir. Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 169.

[710] "H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", s. 446.

1.3.1.1. Otoriter Hukuki Sebep Fikrine Yönelik Eleştiriler

Hart Bentham'ın hukuki yükümlülüğün anlaşılabilmesi için buyruk kavramının sorunlu olmakla birlikte kendisi tarafından kavramsallaştırılmış otoriter hukuki sebep fikri için malzeme sağlayabileceğini ileri sürer. Esasında iki düşünürün görüşleri arasındaki çatışma insanlar hukuka niçin itaat ederler sorusuna verdikleri yanıtın farklılığına dayanmaktadır. Bentham için bir insanın eylemde bulunmasının nihai iki sebebi olabilir: haz ve acı. İnsanlar kendilerine haz veren davranışları yapar ve acı veren davranışlardan kaçınır. Hart ise yasa koyucunun koymuş olduğu emredici kuralların insanlar üzerinde otoritesi olan bir eylem sebebi olduğunu savunur. Bu kuralların öylesine otoritesi vardır ki, kişinin menfaatine aykırı dahi olsa kişi bu kuralı sırf bir hukuk kuralı olduğu için davranışlarına rehber olarak görebilir ve bu doğrultuda eylemde bulunabilir. Ancak Bentham'ın Hart'ın bu iddiasına olası cevabının olumsuz olacağı dile getirilmiştir. Bentham herhangi bir güdüleyicinin eklenmesi söz konusu olmaksızın bir buyruğun salt bir biçimde eylem sebebi olamayacağını düşünürdü. Bir yasa koyucu yasa aracılığıyla ortaya koyduğu iradesine uygun bir eylemde bulunulmasını ancak güdülere güvenmek suretiyle temin edebilir. Yasa koyucu insanların haz ve acı dengesini gözeterek eylemde bulunduğu gerçeğini dikkate alarak, isteklerinin gerçekleştirilmesi için vaz etmiş olduğu yasaya yaptırımlar ekler ve böylece süje için yeni güdüler yaratmış olur. Nitekim egemenin buyruğunun ayırt edici yönü, yönlendirici kısmına tehdit edici kısmının eklenmesi aracılığıyla süjenin belirli bir eylemi yapması için yeni bir güdü veya sebep yaratabilmesidir[711]. Dolayısıyla Hart'ın otoriter hukuki sebep fikrinin Bentham'ın buyruk kavramından malzeme alarak temellendirilmesi mümkün olmadığı ve Hart'ın bu iddiasının altının da boş olduğu ileri sürülmüştür. Hart yasalara eklenen yaptırımı ikincil bir sebep ya da birincil otoriter sebebin başarısızlığı ihtimali için bir son çare (pis aller) olarak gören yaklaşımı[712] da bu bağlamda isabetli görülmemiştir. Bentham için yasaya başka bir deyişle buyruğa eklenen yaptırım son çare değil, buyruğun doğal bir parçasıdır[713]. Dolayısıyla yaptırım buyruğun bir unsuru olarak hukuki yükümlülüğün ve daha genel anlamda hukuk kavramının da esaslı bir unsurudur. Egemen ya da yasa koyucu buyruk aracılığıyla süjenin eylem için karar verme sürecini, muhakemesini bütünüyle kesmeyi amaçlayan otoriter bir sebep değil, süjenin mutluluk hesabı

[711] Zhai, "Bentham's Command versus Hart's Authoritative Reason", ss. 179-80.
[712] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 254.
[713] Zhai, "Bentham's Command versus Hart's Authoritative Reason", s. 180.

yaparken dikkate almasını gerektirecek düzeyde diğer eylem sebeplerine ağır basan en güçlü ve baskın sebebi yaratmak istemektedir[714].

Joseph Raz ise otoriter hukuki sebep fikrinin alt başlıkları olan eylem için mutlak sebep ve içerikten bağımsız sebep düşüncesine yönelik eleştirilerde bulunmuştur. Raz Hart'ın böylesi bir eylem sebebinin bir egemenin buyruğu ya da yasama organının bir düzenlemesi aracılığıyla aracılığıyla nasıl olup da oluşturulduğunu izah edemediğini ileri sürmüştür[715].

Nitekim Hart Raz'ın bu eleştirisinin en güçlü yanının bu iddiası olduğunu kabul eder[716]. Ancak Hart, Raz'ın kendisine yönelttiği eleştirisinde insan iradesinin buyruk ya da yasa gibi ürünlerinin ancak yapay olmayan bir gerekçenin bulunması halinde eylem için içerikten bağımsız bir mutlak sebebin bulunabileceği iddiasında aşırılığa saptığı eleştirisinde bulunur. Raz'ın yapay olmayan tek neden olarak yargıçların yasama organının ahlaki meşruiyetine olan inançları olduğu iddiası Hart'a göre hatalıdır. Yargıçlar pekâlâ herhangi bir ahlaki meşruiyet düşüncesi olmaksızın yasama organının çıkardığı yasaları mutlak ve emredici bir eylem sebebi olarak kabul edebilirler. Sadece yerleşik olan uygulamayı sürdürmek, göreve başlarken bu uygulamayı sürdüreceklerine dair ettikleri yemin ya da yargıçlık görevini kabul ederek yasama organının kural koyma yetkisini de zımnen kabul ettiklerini düşünmüş olabilirler. Elbette bir hukuk sisteminin yargıçlarının önemli bir bölümü yasamanın yasa çıkarma yetkininin ahlaken meşru olduğunu düşünebilir; ancak yasama organının usulüne uygun bir biçimnde çıkardığı kuralların içeriklerinden bağımsız mutlak bir eylem sebebi olabilmesi için yargıçların bu usulün ahlaken meşru olduğuna inanmları ya da böyle inanıyorlarmış gibi davranmaları gerekli değildir[717] .

1.3.1.2. Oladosu'nun Eleştirileri

Oladosu, Hart'ın hukuki yükümlülük hakkındaki tüm görüşleri dikkate alındığında ana fikrinin "cebrin kullanılmasını haklılaştırmak" olduğunu ve Hart'ın görüşlerinin "hukuk kurallarının kendi kendisini gerekçelendirmesi" olarak adlandırılabileceğini düşünmektedir. Başka bir ifadeyle ona göre Hart'ın hukuki yükümlülük teorisi, kurala uyulmaması halinde uygulanacak

[714] Zhai, "Bentham's Command versus Hart's Authoritative Reason", s. 180.
[715] Raz'a atıf yapmalısın ve iddiasını detaylandırmalısın.
[716] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", ss. 264-65.
[717] Hart, "Commands and Authoritative Legal Reasons", s. 265.

cebrin kural varlığı ve geçerliliği haricinde bir gerekçe aranmaksızın haklılaştırılabileceği iddiasını taşımaktaydı[718]. Bu nitelendirmeyi yapan Oladosu, kuralların sırf mevcudiyetleri ve geçerlilikleri aracılığıyla cebir ve yaptırımı haklılaştırdığı görüşüne katılmadığını dile getirerek Hart'ı eleştirmiştir. Bu eleştirisinin temelinde ise örf ve adet ya da ahlak gibi gerçekten toplumsal gelişimle birlikte doğal ve bilinç eseri olmaksızın ortaya çıkan toplumsal kurallar ile bir yasa koyucu tarafından bilinçli bir biçimde vaz edilen yasalar arasında bulunduğunu dile getirdiği fark yer almaktadır. Ona göre toplumsal kuralların yaptırımını haklılaştıran gerekçe arka planında bulunan ciddi toplumsal baskının nedenleri ya da gerekçeleriydi. Ancak böylesi bir ciddi toplumsal baskı örfi nitelikli ya da ahlaki toplumsal kurallarda *genellikle* bulunmakla birlikte, yasama ürünü olan ve bilinçli bir biçimde yaratılmış olan hukuki mevzuatta bunun eksikliği söz konusu olabilmekteydi. İşte örfi ve ahlaki toplumsal kurallar ve yasamanın ürünü olan mevzuat arasındaki kapanamayacak bu boşluğun farkında olmak ve örfi ve ahlaki toplumsal kurallar için geçerli olanın yasamanın ürünü olan mevzuat için de geçerli olacağını farz etmek bir hataydı. Yazar yasamanın ürünü olan mevzuatın toplumsal kural olarak nitelendirilmesi bir analojinin ürünü olarak görür. Analojiler dilin estetik zenginliğini sağlayan önemli bir katkı olarak düşünülse de yine de bir analoji olduğunun unutulmaması önemlidir ve analojinin kötüye kullanılması kişiyi gerçeklikten uzaklaştıracak ve "*analojik iğne*"nin kurbanı olmasına neden olacaktır. Oladosu'ya göre Hart'ın yasamanın bilinçli bir biçimde yarattığı mevzuatı analojik bir benzerlik olduğu gerçekliğini ihmal edip, kuralın yürürlüğe girmek ve geçerlilik kazanmakla cebri uygulamalarının da haklı kılındığını düşünerek toplumsal kurallarla aynı sonuçları doğuracağını ileri sürmesi onun analojik iğnenin kurbanı olmasına neden olmuştur. Oysa yasama organının bilinçli bir biçimde yarattığı kurallar ile örfi toplumsal kurallar sadece benzerdir; hukuk kuralları doğası gereği ancak sınırlı anlamda toplumsal kural olarak kabul edilebilir. Hart bunun farkında olmayarak ahlaki ya da örfi toplumsal kuralların kendi kendilerini gerekçelendiren doğasını yapay (bilinçli olarak yaratılmış olma) nitelikli hukuk kurallarına aktarma hatasına düşmüştür[719].

Oladosu'nun örfi ve ahlaki (organik) toplumsal kurallar ile yasamanın düzenlemesi niteliğindeki (yapay) mevzuat arasındaki farkı, Hart'tan ilham aldığı ilkel toplumdan modern

[718] Bu çalışmanın II. Bölümünün "3.2. Hukuk Kurallarının Toplumsal Kurallarla İlişkisi" başlıklı bölümüne bakınız.
[719] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", ss. 168-69.

topluma geçiş süreci olarak tarif edilebilecek antropolojik bir değerlendirme üzerinden ortaya koymaya çalışmıştır. İlkel toplumlarda henüz bir otorite bulunmadığından ve bir iktidar ilişkisi söz konusu olmadığından, toplumsal kuralların grup üyelerinin tümü tarafından bilinebilmesi, kurala uyulmaması halinde gerçekleşecek toplumsal baskının gerekçelerinin farkında olunduğu homojen bir yapı söz konusudur. Zamanla nüfusun artması, toprakların genişlemesi, bilimsel ev teknolojik ilerlemelerle birlikte eski toplumsal kuralların yeni durumdaki ilişkileri düzenleyebilmede yetersizleşmesi söz konusu olacak ve bu eksikliğin giderilmesi için yeni bir aşamaya geçilecektir. Bu ikinci aşamada grubun en yaşlı üyesi, başrahibi gibi bir kutsanmış kişi ya da kişilerin görüşlerine itibar gösterilerek onun görüşleri çerçevesinde toplumsal pratiklerin şekillenmesi söz konusu olacaktır. Zaman içerisinde kendisine karşı özel bir saygı duyulan kişilerin görüşleri, kamusal davranışlara dair ortak ölçütler olarak kabul edilebilir. Burada gerçekleşen kabul Hart'ın kuramında önemli bir yere sahip olan tanıma kuralının ilkel bir versiyonudur. Artık toplumsal grup içerisinde bir otorite olarak betimlenebilecek bu kişilerin önemli etkilerinden birisi de eski geleneksel uygulamalara son verilerek yeni uygulamaların geliştirilmesini teşvik edebilmeleridir. Böylece değişmezliğin ve sabitliğin getirdiği verimsizlik ve belirsizlik bu saygı duyulan kişilerin üstlendiği katalizör işlevi aracılığıyla değişim ve yeniliği getirebilir[720].

Yazarın toplumsal gelişme ve değişime ilişkin antropolojik spekülasyonun esas önemli aşaması ise, toplumun nüfus olarak daha da büyümesi ile iyice heterojen bir yapıya dönüşmesi sonucu kişisel nitelikte olmayan, yasaların yorumlayıcısı ve uygulayıcısı kurumların ortaya çıktığı üçüncü aşamadır. Yasaları artık yasama organı yapar, mahkemeler yasayı yorumlar ve yasaların uygulanması ile ilgili kurumlar da mahkemelerle yakından bir ilişki içerisindedir. Artık bu noktada daha önceki aşamalardan çok daha farklı bir toplumsal yapı söz konusudur[721]. Nitekim Hart da bu aşamayı tanıma, değiştirme ve yargılama kurallarının varlık kazanıp devreye girdiği ve böylece toplumu hukuk öncesi dönemden hukuk dünyasına getiren bir aşama olarak nitelendirmiştir. Dolayısıyla gelişmiş hukuk sisteminde yasa koyucu tarafından bilinçli bir biçimde vaz edilmiş kurallar ile geleneksel anlamda şekillenmiş örfi ya da ahlaki toplumsal

[720] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", ss. 171-72.
[721] Nitekim Hart da bu aşamayı tanıma, değiştirme ve yargılama kurallarının varlık kazanıp devreye girdiği ve böylece toplumu hukuk öncesi dönemden hukuk dünyasına getiren bir aşama olarak nitelendirmiştir. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 94 ve 170.

kuralları aynı kefeye koymak, aynı ontolojik zeminde bulunduklarını düşünmek hata olacaktır[722].

İki kural türü arasındaki fark yazara göre şöyle izah edilebilir: Hart bir toplumsal kuralın özünün içsel yönü olduğunu ifade etmiştir; buna Hart'ın belirtmediği ancak yazarca eklenmesi gereken husus ise bir toplumsal kurala niçin uyulması gerektiğini ortaya koyan haklılaştırıcı sebebin, o toplumsal kuralın içsel yönünün kapsamında bulunduğudur[723]. Toplumsal kuralın içsel yönü ile cebrin haklılaştırılması arasında bu şekilde bir bağlantı kurulduğunda ve yasa koyucu, yorumlayıcı ve uygulayıcı kurumların kişisellikten uzaklaşarak uzmanlaşması ile birlikte sıradan vatandaşlar hem birincil kuralların hem de tanıma kuralının *içsel yönü* ile olan temaslarını yitirmiş oldukları görülecektir. Örfi ya da ahlaki nitelikte olan geleneksel anlamda toplumsal kuralların içsel yönü ve gelişmiş bir hukuk sisteminin kurallarının içsel yönü arasında toplumsal gelişim ve değişim aşamalarının bir sonucu olarak derin farklar bulunmaktadır. Gelişmiş bir toplum yapısına geçilmesiyle ilk kez bir toplumda sıradan vatandaşların itaat ettikleri kuralların içsel yönü ile olan bağı kopar; bir yandan da yine ilk kez bir toplumda açıkça belirlenmiş ve kurumsallaşmış iktidar ilişkileri (power relations) varlık kazanmıştır. Kuralların varlığı iktidar ilişkilerinin sağlamlaştırılmasına yardımcı olur; ancak bu yeni toplumsal yapının yeni kuralları, varlıklarını geleneksel uygulamalara değil bu iktidar ilişkilerine borçludur[724].

Oladosu toplumsal değişime ilişkin bu antropolojik spekülasyonun neticesinde şu kanaate ulaşır: üçüncü aşamaya geçilip tarihi adım bir kez atıldıktan sonra yasaları hala belirli bir toplumsal grubun uygulamalarına bağlı olarak ele almak doğru olmayacaktır. Zira mahkemelerin eylemleri için hukuk kurallarını otoriter bir sebep olarak kabul eden kurumsallaşmış uygulamaları ile bir toplumsal grubun bir kuralı kabulüne ilişin uygulaması arasında açık bir fark bulunmaktadır. Modern anlamda yasalar örfi, ahlaki toplumsal kurallardan farklıdır ve bu anlamda toplumsal kural değildir[725]. O halde örfi ve ahlaki toplumsal kurallar ile modern hukuk kurallarının farkını bu şekilde gördükten sonra artık hukuk kurallarının da örfi ve ahlaki toplumsal kurallar gibi itaati temin için istinad ettikleri toplumsal baskıyı kendi kendilerine haklılaştırdıkları ileri sürülemeyecektir.

[722] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 175.
[723] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 171.
[724] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", ss. 173-74.
[725] Oladosu, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", s. 174.

1.3.1.3. Hill'in Eleştirileri

Rascoe E. Hill, Hart dâhil çoğu kişi fark etmemiş olmasına rağmen *The Concept of Law*'da hukuki yükümlülük kavramının açıklanmasına ilişkin iki farklı yöntem bulunduğunu ileri sürmüştür. Bunlardan birincisi hukuki geçerlilik için kullanılan analitik unsurlar aracılığıyla hukuki yükümlülüğün betimlenmesi; ikincisi ise genel yükümlülük fikri üzerinden yapılan hukuki yükümlülük analizidir[726]. Hill, Hart'ın hukuki geçerliliğe ilişkin görüşlerini beyan etmesiyle hukuki yükümlülüğü de esasında tanımladığını belirtir. Hukuki geçerliliği açıklamak için ortaya koyduğu alışkanlık-kural ayrımı, içsel bakış açısı, birincil/ikincil kurallar ayrımı üzerine analizleri hukuki yükümlülük kavramının açıklanması için de kullanılabilir. Dolayısıyla Hart'ın hukuki geçerlilik analizinde hukuki yükümlülüğün de dolaylı olarak yer aldığı söylenebilir ve Hill'e göre Hart'ın hukuki yükümlülük kavramını açıklamak için yapması gereken hukuki geçerlilikte olduğu gibi alışkanlık-kural ayrımı, içsel bakış açısı ve birincil ve ikincil kurallar ayrımına başvurmaktan ibarettir[727].

Buna mukabil Hart hukuki yükümlülük kavramının analizine, konuya müstakil bir yer ayırdığı *The Concept of Law*'da "yükümlülük fikri" ile başlar. Genel anlamda yükümlülük kavramını ele alır ve sonrasında hukuki yükümlülüğü genel anlamda yükümlülüğün bir türü olarak gösterir. Hart'ın bu yöntemi benimsemesi, analizi için özellikle mecbur olmak ve bir yükümlülüğü bulunmak ayrımı, yükümlülük getiren ve getirmeyen kurallar ayrımı gibi *yeni analitik unsurlar* ortaya koymasını gerektirmiştir. Ancak Hill bir hukuki pozitivist olarak Hart'ın bu ikinci yöntem çerçevesinde hukuki yükümlülüğü analiz etme hakkını haiz olmadığını düşünmektedir. Pozitivist bir çerçevede hukuki yükümlülük kavramını analiz etmek için hukuki geçerlilik için kullanılan analitik unsurlar yeterli olacaktır. Genel bir yükümlülük fikrinden yola çıkarak yapılacak bir analiz gereksizdir ve hatta ortaya konacak fazla analitik

[726] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", s. 59.
[727] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", ss. 58-59. Hill'in Hart'ın hukuki yükümlülük yaklaşımına ilişkin bu eleştirisi ve önerdiği yöntem pek kabul görmemiştir. Hill'in hatalı bir analiz yaptığı ve hukuki geçerlilik için kullanılan analitik araçların hukuki yükümlülük için de kullanılmasının doğru olmayacağı dile getirilmiştir. Bu çerçevedeki değerlendirmeler için bkz. Blackman, "Hart's Idea of Obligation and His Concept of Law", ss. 419-20; Barry Hoffmaster, "Professor Hart on Legal Obligation", *Georgia Law Review*, C. 11, S. 5 (1977), ss. 1308-9. Ben de bu yorumlara katılarak Hart'ın hukuki yükümlülük için hukuki geçerlilikten farklı analitik araçlara başvurmasının bir hata olmadığını düşünüyorum.

unsurların Hart'ın hukuki yükümlülük analizine değer yüklü unsurların karışması ve pozitivist pozisyonunu tehlikeye düşürmesi söz konusu olabilecektir[728].

Hill, Hart'ın özellikle yükümlülük getiren ve getirmeyen kurallar arasında yapmış olduğu ayrımın bu tehlikeye kapı araladığını düşünür. Hatırlanacağı üzere Hart, yükümlülük getiren kuralların ayırt edici özelliklerini 1) kuralın ciddi bir toplumsal baskı ile desteklenmesi, 2) toplumsal yaşamın çok değerli bazı özelliklerinin sürdürülmesi için kuralın önemli görülmesi ve 3) kuralın genellikle fedakârlık ve feragati gerektirmesi olarak sunmuştur[729]. Hill'e göre Hart burada bir toplumsal grubun üyelerinin bir kuralı nasıl değerlendirdiğine ilişkin özellikleri dâhil ederek yükümlülük ifadelerine farkında olmaksızın değer ya da onay unsurlarının enjekte etmiştir. Buradaki analiz dışarıdan bakan bir gözlemcinin gözlemi ya da sistemin içinde olan birinin bir değerlendirmesi olabilir. Pozitivist pozisyonun sarsılmasına yol açan, insanların kurala dair çok önemli, gerekli, değerli ve sair değerlendirmelerinin ayırt edici bir özellik olarak belirlenmiş olmasıdır[730]. Sistemin içinde olan birinin kural hakkındaki değerlendirmelerinin ayırt edici bir özellik olarak belirlenmesi halinde söz konusu kişinin değer yüklü bakış açısı kural kavramına dâhil edilmiş olacaktır. Dolayısıyla burada Hart'ın yükümlülük kavramını, en azından sistemin katılımcılarının kuralı nasıl değerlendirdiklerine dair dışarıdan bir gözlemcinin analizi olarak sunması bir zorunluluk olacaktır. Ne var ki Hill, Hart'ın buradaki pozisyonunun dışsal bir bakış açısının sınırlarını aştığını ve kurala dair katılımcının düşüncelerinin dâhil edildiğini ileri sürer. Bu iddiasını Hart'ın hem mecbur olmak-yükümlülüğü bulunmak ayrımını ortaya koyduğu hem de yükümlülük getiren kuralların ayırt edici özelliklerini ortaya koyduğu pasajlara atıf yaparak temellendirmeye çalışır[731].

[728] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", s. 59.
[729] Hart, *The Concept of Law*, ss. 86-87. Ayrıntılı bilgi için tezde 1.2.1.2. Yükümlülük Getiren Toplumsal Kuralların Ayırt Edici Özellikleri başlıklı kısma bakınız.
[730] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", s. 64.
[731] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", s. 65. Hill, Hart'ın mecbur olmak-yükümlülüğü bulunmak ayrımını izaha koyulduğu bu uzun paragrafında yükümlülük fikrini inşa ederken hukuk sisteminin katılımcılarınının görüşlerine atıfta bulunduğu, bunun ise katılımcıların değer yargılarının yükümlülük fikrine bulaşacağı eleştirisini yapmaktadır. Hill'in eleştiri konusu yaptığı paragraf için bkz. Hart, *The Concept of Law*, ss. 82-83. Hill Hart'ın bu hatasının katılımcının ifadeleri olarak değerlendirilebilecek bu ifadelerin dışarıdan bir gözlemcinin ifadelerine dönüştürülerek aşılabileceğini ancak bunun yine de Hart'ın yükümlülük fikri üzerinden yaptığı hukuki yükümlülük analizinin gereksiz olduğu gerçeğini değiştirmeyeceğini dile getirmiştir. Ayrıca böylesi bir dönüştürme Hart'ın orjinal görüşünün kıymetini ortadan kaldırıp yeni problemlere gebe hale getirecektir. Bkz. Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", s. 66.

Hill, Hart'ın kuramının bu tehlikeden kurtarılabilmesi için yapılması gerekenin ilk bakışta yükümlülük fikrinin ele alındığı on sayfalık fazlalık kısımdan kurtulmak gerektiğinin düşünülebileceğini ancak bunun bir hata olacağını ifade eder. Zira Hart'ın hukuki yükümlülüğe dair yükümlülük fikri temelinde yaptığı analizi, geleneksel pozitivist çerçevede kalınarak hukuki geçerlilik hakkında yapması beklenecek analize kıyasla hukuki yükümlülüğe dair çok daha yeterli bir analiz olarak görünmektedir. Dolayısıyla "yükümlülük fikri" temeli üzerinden yaptığı analizin kurtarılabilmesinin yolları araştırılmalıdır[732].

Böylece Hill Hart'ın hukuki yükümlülük analizinin hukuki geçerlilik analizi ile tutarsızlığının giderilmesi gereken bir kusur olduğunu düşünmektedir. Ona göre Hart'ın konu hakkındaki görüşleri üç başlık altında toplanabilir: 1) hukuki geçerliliğe dair daha geniş bir görüşün tercih edilmesi, 2) hukuki geçerliliğin hukuki yükümlülüğü tesis ettiği inancı, 3) hukuki yükümlülüğü anlamak için öncelikle genel anlamda yükümlülük fikrini anlamanın gerekli olduğu iddiası. Hill ilk ikisinin üçüncüsü ile çeliştiğini ileri sürer ve üçüncü seçeneğin korunarak tutarsızlığın ortadan kaldırılabilmesi için ikinci seçenekten vazgeçilmesinin gerektiğini ileri sürer. Nitekim ona göre Hart'ın ikinci argüman için pek bir dayanak sunmadığı da görülmektedir. Şu halde ikinci seçenekten vazgeçilmesiyle birlikte hukuki geçerliliğin daha geniş bir çerçevede, hukuki yükümlülüğün ise daha dar ve özel bir kapsamda tasavvur edildiği, başka bir deyişle hukuki geçerliliğin hukuki yükümlülüğü tesis etmediği, hukuki yükümlülük için başkaca analitik unsurlara gereksinim duyulacağı ifade olunabilecektir[733].

Hill bir hukuk teorisinin en önemli görevlerinden birisisinin hukuken mecbur olma, hukuki yükümlülük ve ahlaki yükümlülük kavramlarının birbirinden ayırt edilmesini sağlamak olduğunu ileri sürerek, Hart'ın yükümlülük anlayışında var olduğunu düşündüğü tutarsızlık porblemine bir çözüm önerisi getirmektedir. Ona göre bu kavramlardan birinin varlığı diğerlerini gerektirmemektedir. Her birinin varlık koşulları farklıdır[734]. Hukuken mecbur olma ile hukuki yükümlülük arasındaki fark ilkinin değerden bağımsız unsurlarla analiz edilebilmesne karşın ikincisinin analiz edilememesidir. Hukuken mecbur olma ile hukuki geçerlilik irtibatlıdır; içsel bakış açısına atıf yapılarak hukuken mecbur olma kavramı izah edilebilir. Ancak hukuki yükümlülük için içsel bakış açısına ilave olarak içeridekinin değer

[732] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", s. 60.
[733] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", ss. 67-68.
[734] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", s. 73.

bakış açısının da analize dâhil edilmesi gerekmektedir[735]. Hukuken mecbur olmaktan farklı olarak hukuki yükümlülüğün analiz edilebilmesi için "kabul edilmiş", "aydınlanmış" ve "özel ahlak" perspektifinden görülen gerçek ahlak ve adalet ilkelerine atıf yapılması gerekmektedir[736]. Zira bir kişinin yasa aracılığıyla hukuken mecbur kılındığı ifadesi basitçe söz konusu yasanın geçerliliği yani tanıma kuralının gerektirdiği ölçütleri karşıladığı belirtilerek ortaya konabilirken, bir yasanın bir hukuki yükümlülük yüklediği ifadesi, söz konusu yasanın gerçek ahlak ve adalet ilkelerine uygun olduğu, kamu yararını sağladığı, genel refaha hizmet ettiği ve benzeri bir (içeriden birinin) kabulü(nü) kapsamaktadır[737].

Hill, hukuken mecbur olma ve hukuki yükümlülük kavramları arasında yapmış olduğu ayrımın pozitivisler tarafından aslında sırasıyla hukuki yükümlülük ve ahlaki yükümlülük olarak yapılan geleneksel pozitivist ayrımdan farksız olduğu eleştirisinin dile getirilebileceğinin farkındadır. Dolayısıyla kendisinden kendi anladığı anlamda hukuki yükümlülük (değere atıf yapan) ile ahlaki yükümlülük arasında ayrım yapması beklenmektedir. Hill ikisinin biribirini gerektirmediği iddiasını yineler. Hukuki yükümlülük olarak kabul edilemeyecek ahlaki yükümlülükleri örnek olarak göstererek iddiasını delillendirmeye çalışır. Hastaneye yetişmek için hız sınırlarını ihlal eden bir kişi, yaşlı annesinin bakımını yerine getirmek için asker kaçağı olan bir kişi, açlık çeken bir aile için zengin birinin evinden yiyecek çalan bir kişi hukuki bir yükümlülüğü ihlal etmiştir ancak bunu bir ahlaki yükümlülük gereği yapmıştır[738]. Söz konusu örneklerde hız sınırları, askerlik hizmeti ve hırsızlık yasağı birer hukuki yükümlülüktür; yükümlülüğü ihlal eden kişiler bu yükümlülüğü getiren yasanın adalet ve ahlak ilkelerine uygun olduğu, kamu yararı ve genel refaha hizmet ettiği hususunda bir tereddüt yaşamamaktadırlar. Aynı zamanda hukuken mecbur kılındıklarının da farkındadırlar. Ancak ahlaki yükümlülükleri daha ağır bastığından hukuki yükümlülüklerini ihlal etmektedirler. Bazı durumlarda da kişi hukuken mecbur kılındığını bilir ve bunun kişisel ahlaki kanaatleri ile uyumlu olması nedeniyle kendisini ahlaken mecbur kuılındığı şekilde davranmakla yükümlü hisseder; ancak düzenleme konusu yapılan davranış biçiminin hukuk alanına girmediğini, özel alana ait olduğunu düşündüğünde hukuken yükümlü olduğunu kabul etmez. Örneğin zinayı, kürtajı yasaklayan bir kural düşünülecek olursa, kişi yasa aracılığıylamecbur kılınmıştır ve aynı zamanda zina ve

[735] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", s. 68.
[736] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", s. 69.
[737] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", s. 70.
[738] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", ss. 70-71.

kürtaj yasağını ahlaki bir yükümlülük olarak da görmektedir; ancak bu konuların kişinin özel alanına girdiğini düşündüğünden yasanın getirdiği yasaklamanın hukuki bir yükümlülük yaratmadığına inanmaktadır[739].

Hill'in Hart'ın kuramına yönelik yaptığı bu düzeltme çağrısı açıkçası Hart'ın pozitivist pozisyonunu sarsacak niteliktedir. Hukuki yükümlülük kavramının analizine değer bakış açısının eklenmesi, Hart'ın üzerinde titizlikle durduğu ahlak ve hukuk ayrımı ile tutarsızlık teşkil edecektir. Hart'ın hukuki geçerliliğin hukuki yükümlülüğü tesis ettirdiği görüşü ile hukuki yükümlülüğün analizini genel yükümlülük fikrinden hareketle izahı arasındaki tutarsızlığın bu şekilde giderilmeye çalışılması Hart'ın kuramı açısından daha büyük bir tutarsızlığa yol açacağından kanaatimce isabetli bir çözüm önerisi değildir. Hill de bunun isabetsizliğini görerek Hart'ın genel yükümlülük fikrinden hareketle ortaya koymaya çalıştığı hukuki yükümlülük analizini kurtarmanın yollarını aramıştır. Ancak Hill'in bu çabasında ne denli başarılı olduğu şüphelidir. Bir kere Hill'in ortaya koymuş olduğu hukuken mecbur olmak ve bir hukuki yükümlülük altında bulunma ayrımı hukuki yükümlülük kavramını zorunlu olarak adalet ve ahlak ilkeleri ile ilişkili hale getirmektedir. Ona göre hukuki yükümlülük yalnızca cebir, tehdit güç ve yaptırım meselesi olarak ele alınamaz, ahlaki bir boyutu da bulunmaktadır[740]. Hill'in pozitivist bir çerçevede kalınarak hukuki yükümlülük kavramının analiz edilmesinin mümkün olmayacağını düşündüğü anlaşılmaktadır. Kanaatimce bu yorum, hukuki yükümlülüğün pozitivist bir çerçevede açıklanmasının imkânsız olduğu düşüncesini de beraberinde getirir. Nitekim Hill de bunu açıkça belirtir[741]. Hill'in Hart'ın hukuki yükümlülük analizini onun tüm kuramını bir tutarsızlığa düşürmek pahasına sözde kurtardığı görülmektedir. Esasında yapmaya çalıştığı hukuki yükümlülük analizinde pozitivist açıklamanın başarısızlığını Hart özelinde ortaya koymaktır. Dolayısıyla Hill'in yaptığı çağrı Hart'ın kuramının pozitivist temellerini ortadan kaldırmak anlamına gelecektir. Bunun yerine genel yükümlülük analizinden

[739] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", s. 71. Bu değerlendirmesinin yasanın geçerli olmadığı şeklinde bir sonuca yol açmadığı gözden kaçmamalıdır. Hukuki mecbur olma, hukuki yükümlülük ve ahlaki yükümlülük birbirini gerektirmeyen, varlıkları biribinden bağımszı koşullara bağlı olan kavramlardır. Ancak Hill'in hukuki yükümlük ileahlaki yükümlülük arasındaki farkı ilkinin hukuk tarafından mecbur kılanan bir ahlaki yükümlülük olarak tasavvur ettiği görülmektedir. Bu bağlamda hukuki yükümlülük ahlaki yükümülülüğün bir türü olmakta, hukuk tarafından desteklendiği için ondan farklılaşmaktadır. Başka bir deyişle hukuki yükümlülük hukuken geçerli bir yasa tarafından gerekli kılınan ahlaki bir yükümlülüktür. Hart böylesi bir düzeltmeyi asla kabul etmeyecektir; nitekim Hill'in yaklaşımına ilişkin yorumumuza benzer görüşler olarak kabul edilebilecek Raz'ın yükümlülük anlayışını da eleştirmiştir. Bkz. Hart, "Legal Duty and Obligation", ss. 153-60.

[740] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", s. 72.

[741] Hill, "Legal Validity and Legal Obligation", s. 74.

değer yüklü unsurların ayıklanmasına yönelik bir çaba içerisine girmesi, Hart'ın kuramının kendi iç tutarlılığının sorgulanması bakımından daha uygun olurdu.

1.3.1.4. Blackman'ın Eleştirileri

Oladosu'ya benzer bir eleştiriyi Blackman da yapmıştır. O da yasamanın ürünü olan kuralların gerçek anlamda toplumsal kural olmadığını düşünüyor. Yetkililer toplumun kurallarını uygulamaz; bu kurallar yetkililer bunları uyguladığı için toplumun kurallarıdır. Başka bir deyişle bu kurallar yetkililerin yaptırım uygulamalarının koşullarını belirleyen hükümler içerir[742].

Bu çerçevede Blackman'in yaptırım ve yükümlülük ilişkisine dair Kelsenci bir tutumu benimsediği söylenebilir. Kelsen klasik hukuki pozitivizmin cebir ve yaptırıma ilişkin yaklaşımını eleştirmekle birlikte güç, cebir, yaptırım kavramlarını hukuk kurallarının nesnesi olarak betimleyerek cebir ve yaptırıma kendi kuramında yine de merkezi bir rol vermiştir. Bu bağlamda Blackman'ın Hart'ın bir hukuk sisteminin varlığı için gereken koşullarına yönelik bir eleştirisi söz konusu olmuştur. Hatırlanacağı üzere Hart bir hukuk sistemini varlığı için iki koşulun bulunmasının gerektiğini belirtmiştir. İlk koşul vatandaşların birincil kurallara (yükümlülük getiren kurallara) genel olarak uymalarının gerekmesi ikinci koşul resmi görevlilerin tanıma, değiştirme ve yargılama kurallarını (ikincil kuralları) resmi eylemler için ortak kamusal ölçütler olarak kabul etmelerinin gerekmesidir[743]. Dolayısıyla Hart'a göre vatandaşların birincil kuralları içsel bir bakış açısıyla kabul etmeleri gerekmediği gibi bütün kuralların geçerliliğini belirleyen ölçütleri ortaya koyan tanıma kuralını da kabul etmeleri, bağlayıcı olarak görmeleri gerekmemektedir. Vatandaşlar açısından birincil kurallara genel olarak uyulmasının bir hukuk sisteminin varlığı açısından yeterli görülmesi Blackman'a göre Hart'ın tüm tezinin inkârı niteliğindedir. Çünkü ikincil kuralları sadece resmi görevlilerin kabul ettiği bir durumda vatandaşların birincil kurallara sadece kural çerçevesinde eylemde bulunmak zorunda oldukları için uydukları söylenebilecektir. Bundan çıkan sonuç resmi görevlilerin

[742] Blackman, "Hart's Idea of Obligation and His Concept of Law", s. 436. Elbette bu konu hukukçular, filozoflar ve sosyologlar arasında tartışılan bir konudur ve tartışmanın taraflarının hem eleştirilebilecek hem de destek görebilecek pek çok analizi söz konuusudur. Kimi yazarlar hukuk kurallarının da diğer toplumsal kurallar gibi toplumsal tabanda zemin bularak aşağıdan yukarı doğru geliştiğini düşünürken kimi yazarlar ise hukuk kurallarının yasakoyucu tarafından konduğunu, geçerlilik kazanmasıyla birlikte topluma etki etmeye başladığını belirterek yukarıdan aşağı bir ilişki betimlemektedir.
[743] Hart, *The Concept of Law*, s. 116.

toplumsal kuralları uygulamadığı bilakis resmi görevlilerin uyguladığı kuralların bu nedenle toplumun kuralları haline geldiğidir. Bu durumda ortaya çıkan manzara Hart'ın değil Kelsen'in çizdiği tabloya denk düşmektedir: yükümlülük getiren kurallar resmi görevlilerin yaptırım uygulamalarını gerektiren koşullardan ibarettir. Oysa Hart açıkça bu hukuk tasvirine karşı çıkmakta ve tüm hukuk kurallarının resmi görevlilere yöneltilen kurallara indirgenmesinin hata olduğunu belirtmektedir. Ancak Blackman'a göre vatandaşların ikincil kuralları kabul etmelerinin gerekmediği iddiası Hart'ın kuramını eleştirdiği bu görüşle aynı pozisyona getirmiştir[744].

1.3.1.5. Bernstein'ın Eleştirileri

Richard J. Bernstein, Hart'ın yükümlülük getiren kurallar ile diğer kurallar arasındaki ayrımı yapmamızı sağlayacak özellikleri belirleyemediğini ileri sürmektedir. Her ne kadar Hart yükümlülük getiren kuralların özelliklerini ortaya koyduğunu ve bu özellikler aracılığıyla yükümlülük getiren kuralların kolaylıkla ayırt edilebileceğini belirtmişse de Bernstein Hart'ın bu ayırt edici özellikleri sunmada başarısızlığa düştüğünü düşünmektedir[745]. Hatırlanacak olunursa Hart yükümlülük getiren kuralların ayırt edici özellikleri olarak 1) Ciddi bir toplumsal baskı ile desteklenme, 2) Kuralın uygulanmasının gerekli olduğuna dair inanç ve 3) Fedakârlık ve feragatın genel olarak gerekmesini tespit etmişti[746]. Bernstein bu özelliklerin toplumsal kuralların tamamına özgü olduğunu ve yükümlülük getiren kuralların ayırt edilmesi için ne gerekli ne de yeterli olduklarını belirtmiştir. Görgü ve moda kurallarını örnek göstererek kimi zaman bu kurallar söz konusu olduğunda da toplumda ciddi bir uyma baskısı olabilir, toplumca kuralın toplumsal yaşamın çok değerli bir özelliğini korumak için gerekli olduğuna inanılabilir ve kuralı fedakârlık ve feragat gerektirebilir; ancak bu durumda bir yükümlülük bulunduğunu söylemek uygun olmayacaktır[747]. Nitekim Hart da bu kurallar söz konusu olduğunda bir yükümlülükten bahsedilemeyeceği hususunda hemfikirdir.

Ayrıca bu özelliklerin bulunmadığı durumlarda bir yükümlülük getiren kuralın var olması da mümkündür. Bernstein, belirli durumlarda belirli biçimde giyinmenin gerekli olduğuna güçlü

[744] Blackman, "Hart's Idea of Obligation and His Concept of Law", ss. 435-36.
[745] Richard J. Bernstein, "Professor Hart on Rules of Obligation", *Mind*, C. 73, S. 292 (1964), s. 563.
[746] Hart, *The Concept of Law*, ss. 85-87.
[747] Bernstein, "Professor Hart on Rules of Obligation", s. 564.

bir şekilde inanılan bununla birlikte cinsellik konusunda müsamahakâr bir toplum tahayyül edilmesini ister. Bu toplumda belirli bir biçimde giyinilmesi, zina ya da evlilik dışı cinsel birliktelikle kıyaslandığında daha ciddi bir toplumsal baskı ile desteklendiği görülecektir. Zina veya evlilik dışı cinsel birliktelik hususunda ise herhangi bir toplumsal tepki söz konusu olmayabilir. Buna rağmen bu toplumda insanların cinsellikle ilgili eşlerin birbirine sadakat göstermesi gibi bir takım yükümlülükler altında olmadığı söylenemez. Bernstein'ın deyişiyle "genel uygunluk talebi ısrarcı olmadığında ve sapan ya da sapma tehdidinde bulunanlar üzerinde çok az ya da hiç toplumsal baskı olmadığında bile bir yükümlülüğün var olduğu" ileri sürülebilir[748].

Bu özelliklerin bulunduğu durumlarda yükümlülük getiren bir kuralın bulunmaması ya da bu özelliklerin bulunmadığı durumlarda yükümlülük getiren kuralların bulunduğu örneklendirilebildiğine göre Hart'ın sunduğu bu özelliklerin yükümlülük getiren kurallar için ayırt edici olmadığı aşikârdır. Dolayısıyla Hart'ın yükümlülük getiren kuralların ayırt edilmesinde sağlayan ölçütleri sunmada başarısızlığa düştüğü söylenebilir. Bu başarısızlığın Hart'ın kuramı açısından bazı sonuçları olacaktır. Hart'a hukuki yükümlülük eğer genel anlamda yükümlülük fikri temelinde açıklanacağından ve Hart bir yükümlülük getiren kuralın ayırt edici özelliklerini ortaya koyamadığından hukuki yükümlülüğün açıklanması da mümkün olmayacaktır. Aynı sonuç ahlaki yükümlülük açısından da geçerlidir. Dahası hukuku birincil ve ikincil kuralların sistematik birliği olarak nitelendiren Hart, bir yükümlülük getiren kuralın bileşenlerini dahi ortaya koyamamışken bu birincil (yükümlülük getiren) kurallar ile ikincil kurallar arasındaki ayrımın nasıl gerçekleştirileceği de bir soru işaretine dönüşmektedir. Hart silahlı adam durumuna benzeterek eleştirdiği görüşlerle aynı duruma düşmüştür ve Bernstein Hart'ın hedefine aldığı Austin ve Bentham'ın yükümlülük anlayışından tam olarak kurtulamadığını ve bu nedenle yükümlülük getiren kurallara dair analizinde başarısız olduğunu ileri sürmüştür[749].

1.3.1.6. Priel'in Eleştirileri

Danny Priel, Hart'ın silahlı soyguncu durumu ile hukuki emirleri için ilkinde süjenin belili bir şekilde davranmaya mecbur olduğundan ikincisinde ise belirli bir şekilde davranama

[748] Bernstein, "Professor Hart on Rules of Obligation", ss. 564-65.
[749] Bernstein, "Professor Hart on Rules of Obligation", s. 566.

yükümlülğü altına girdiğini ifade ederek birbirinden ayırdığını ancak bu ayrımda çeşitli hatalar olduğunu belirtmiştir. İlk olarak Hart silahlı adam durumunda soyguncunun talebini yönelttiği kişinin hissettiklerine odaklandığını ancak hukuki emirler söz konusu olduğunda talep yöneltilen kişini hislerine odaklanmasığını belirtir. Priel bir hukuk sistemine tabi olan kişilerin içinde bulundukları sistemi despot bir yönetim olarak görmelerinin ve kendilerine verilen hukuki emirleri de bir silahlı soyguncunun talimatlarına benzer bir biçimde kendileri mecbur kılıcı olarak hissedebilceklerini belirtir. Hal böyle olunca kendisine talep yöneltilen kişi açısından hukukun emirleri silahlı soyguncunun talimatından farksızdır. Dolayısıyla hukuki emirler ve silahlı soyguncunun talimatları arasında ayrım yapılmasında talebi yöneltilen kişinin hisleri, talebe karşı tutumu ayırt edici bir işlev görememektedir. Nitekim Hart hukuki emirleri açıklarken silahlı soyguncu durumundan farklı olarak talebi yönelten organa odaklanmıştır. Şu halde iki durum biribirinden ya talebin içeriği ya da talepte bulunanın tutumu yönünden ayırt edilebilir. Silahlı soyguncunun ya paran ya da canın şeklindeki talimatına benzer biçimde hukuki emirlerdeki talebin içeriğinin de belirli bir davranışta bulunulmasını talep etme ve aksi davranışları yaptırıma tabi tutma şeklinde olması nedeniyle ayrım yapılması ancak *talepte bulunanın tutumu* açısından mümkün olabilcektir. Ancak elbette sadece talepte bulunanın tutumu açısından silahlı soyguncu ve hukuk durumlarının birbirinden ayırt edilmesi mümkün olmayacaktır. Aksi takdirde Robin Hood benzeri bir yapılanmanın talepte bulunma tavırları nedeniyle ilkel de olsa bir hukuk sistemi olduğunu kabul etmek gerekecektir. Oysa Robin Hodd türü bir yapılanma kapsamlılık, coğragfi sınırlar, değişim mekanizmlarının bulunmayışı ve yargılamanın olmayışı gibi sebeplerle hukuk durumundan ayırt edilebilmektedir. O halde Hart'ın silahl adam durumu ile hukuk durumu arasındaki ayrımı sağlayacak başarılı ölçütleri sunamadığı eleştirisi yapılabilir[750]. Priel'in açtığı bu kapıdan ilerleyerek Hart'a şu sorular yöneltilebilir: Silahlı adamın emri ile yasanın talebi arasında içerikleri dikkate alınmadığında biçimsel bir fark bulunur mu? Talepte bulunanın tutumu, talebin içeriği açısından bu fark ortaya konabilir mi? Bir kuralın niteliği ortaya kanmaya çalışılırken kuralın içerdiği talebin yönlendirildiği kişinin kurala yönelik tutumunu hesaba katmanın ne gibi bir esprisi vardır? Kural analiz edilecekse kuralın kaynağı olan kişinin tutumunu esas almak daha mantıklı değil

[750] Priel, "Sanction and Obligation in Hart's Theory of Law", ss. 407-8. Priel bir kuralın özellikleri ortaya konmaya çalışlırken kuralda içerilen talebin muhatabının kurala yönelik tutumunun dikkate alınmasının mantığını sorgulamaktadır. Kuralın analizi için muhatabının kural hakkındaki düşünceleri ya da tutumundan ziyade kuralı vaz edenin tutumunu esas almanın daha mantıklı olduğunu düşünmektedir.

midir? Bunlar Hart tarafından cevaplanması gereken sorulardır ve bu sorulardan doğan problemler Hart'ın mecbur olmak ve bir yükümlülüğü bulunmak ayrımına dair teorisinin sağlamlığını baltalamaktadır.

1.3.2. Hart'ın Hükümsüzlüğün Yaptırım Olamayacağı İddiasına Yönelik Eleştiriler

Hatırlanacağı üzere Hart, yetki veren kuralları insanlara belirli hukuki işlemleri gereçekleştirebilmeleri için kolaylıklar sağlayan kurallar olarak nitelendirmişti ve bu kuralların yaptırımlarla desteklenmediğini ve hukuk sistemlerinde çoğunda yaygın bir biçimde bulunduğunu ileri sürmüştü. Bu bağlamda hukuka dair yaptırım teorilerinin bu kural türünü göz ardı ettiklerini ya da hükümsüzlüğü bir yaptırım olarak göstererek oldukça dolambaçlı ve Hart'a göre uygun olmayan bi biçimde yaptırımla desteklenen bir kural türü olduklarını ileri sürerek bu teorileri eleştirmişti.

Yetki veren kuralları kuraldan zarar gören değil de istifade eden açısından ele aldığı ileri sürülerek Hart'ın konuya ilişkin yaklaşımı eleştirilmiştir. Evlenme, vasiyetname düzenleme, bir taşınmazı devretme ya da yasanın öngördüğü şekil kurallarına uygun bir biçimde sözleşme yapma gibi örneklendirilebiliecek yetki veren kuralların tamamı aslında yasanın belirlediği koşulların gerçekleşmemesi halinde yapılmış işlemin hükümsüz olacağı ve bu çerçevede yükümlülükler yaratan kurallar olarak da tanımlanabilir[751]. Bundan da önemlisi Hart'ın yetki veren kuralalr olarak adlandırdığı kuralların gerçekten yetki verip vermediği meselesidir. Örneğin evlenme örneği ele alınacak olsa, evlilik konusundaki yasal düzenleme kişilere evlenmeleri için kolaylıkö sağlayan bir yetki mi vermektedir yoksa evliliğin belirli koşullar altında gerçekleştirildiğinde hukuken tanınan bir işlem olacağını mı ortaya koymaktadır? Açıktır ki burada evlenmek isteyenlere bir kolaylık tanınmasından ziyade belirli koşullara göre işlemde bulunmalarını aksi takdirde yapacakları işlemin hükümsüz olduğunu belirten bir kural bulunmaktadır. Söz konusu kural elbette kişileri evlenme yükümlülüğü altına sokmaz, ancak insanlar bir kere evlenmeye karar verdiklerinde bu hukuki işlemi gerçekleştirmek istediklerinde hukukun çizmiş olduğu sınırlar içinde hareket etmek durumudadırlar. Dolayısyla burada söz

[751] Kanowitz, "The Place of Sanctions in Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", s. 7.

konusu kurala uyma yükümlülülüğü o işlemi yapmak isteme şartına bağlıdır; şartın gerçekleşmesiyle birlikte yükümlülük de doğmuş olur[752].

Esasında buraya kadarki kısım Austin savunucularının hükümsüzlüğü yaptırım olarak gören açıklamalarına benzer bir yönden Hart'a eleştiri getirmektedir; nitekim Hart da böylesi bir açıklmanın farkındadır. Nitekim bazı durumlarda hükümsüzlük ile bir işlemin geçerli olacağı umuduna dair hayal kırıklığı gibi psikolojik faktörler arasında bir bağlantının bulunduğunun inkâr edilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak bu ihtimalden yola çıkılarak tüm hükümsüzlük durumlarının yaptırım olarak kabul edilmesi kafa karışıklığına yol açacaktır. Hart bu iddiasına dayanak olarak çoğu durumda hükümlüğün bir kötülük olarak algılanmadığının görüldüğünü dile getirir[753]. Ancak Hart'ı yapmış olduğu bu itiraz, yetki veren kural olarak tanımladığı kuraldaki hükümsüzlüğün kime hitap ettiği hususunda hataya düşmesi nedeniyle haksız bulunmuştur. Başka bir deyişle Hart kural tarafından davranışı düzenlenilmeye çalışılan kişiyi yanlış tespit etmiştir. Örneğin reşit olmayan bir kişi ile yapılan ve onu borç altına sokan bir sözlşemenin hükümsüz olacağını bildiren bir kural, reşit olmayan küçükleri korumayı amaçlamaktadır. Söz konusu kural kişilere sözleşme yaparken karşı tarafı reşit bir kişi olduğundan emin olmak ödevini yüklemektedir. Dolayısıyla hükümsüzlük sözleşmenin reşit olmayan tarafına değil, onunla sözleşme yapmak isteyen reşit olan tarafına yöneltilmiştir. Bu kural reşit olmayan kişilerin değil reşit olanların davranışlarını etkilemeyi amaçlamaktadır. Reşit olmayan bir kişi ile sözleşme yapan kişi sözleşmenin hükümsüzlüğünden dolayı sözleşme kapsamında doğacak haklardan mahrum kalacaktır ve hükümsüzlüğü bir kötülük olarak deneyimleyecektir[754].

Hart hukuka dair buyruk kuramının yaptırım odaklı yaklaşımına yönelik eleştirisine malzeme olarak yetki veren kuralların yanı sıra kamusal alanda özellikle mahkemelerin görev ve yetkilerinin sınırlarını belirleyen ve alt yasama organlarına mevzuat çıkarma yetkisi veren kuralları da incelemiştir. Ona göre bu kurallardan ilki mahkemelerin yargıçların görev ve yetki

[752] Kanowitz, "The Place of Sanctions in Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", s. 10.
[753] Ayrıca bir ceza kuralı söz konusu olduğunda cezayı bildiren ifade, yani yasanın yaptırım içeren kısmı yasadan çıkarılmış olsa bile yasa yine de bir davranıl kuralını öngörmeye devam edecekken, yetki veren kurallar söz konusu olduğunda hükümsüzlük ifadesinin kuraladan çıkarılması kuralı anlamsız hale getirecektir. Hart, *The Concept of Law*, ss. 33-34. Bu hususstaki ayrıntılı bilgiler için bu çalışmanın I. bölümünün "*2.4.2.1.1. Bir yaptırım olarak hükümsüzlük*" başlığına bakınız.
[754] Kanowitz, "The Place of Sanctions in Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", s. 11.

kapsamınıın sınırlarını belirler, bu kuralların yargıçlara belirli biçimde işlem yapma ödevi yüklediği yorumu isabetli olmayacaktır. Çünkü söz konusu kural yargıcı kurala uymama davranışından caydırma amacı taşımaz; daha ziyade mahkemenin yapacağı eylem ve işlemlerin, vereceği kararların geçerli olacağı koşulları ve sınırları belirleme amacındadır[755]. Alt yasama organlarına mevzuat çıkarma yetkisi veren kurallara uyulmaması da bir görev ihlali olarak görülemez. Kurala uyulmamasının sonucu çıkarılmak istenen mevzautın geçersizliği nedeniyle etkisisiz olmasıdır. Her ne kadar bazı durumlarda bu tür kuralların ihlal edilmesine yönelik cezalar öngörülebilse de bunlar bizi yanıltmamalıdır. "Kısmen bu karmaşıklıklar tarafından gizlenmiş olsa da, yasama gücünün kullanılma şeklini belirleyen ve bu yetkiyi veren kurallar ile en azından tehditlerle desteklenen emirlere benzeyen ceza hukuku kuralları arasında köklü bir fark vardır.[756]"

Hart'ın yargı yetkisini belirleyen kuralların yargıçlar için ödev yaratma amacı taşımadığı iddiasına katılmanın mümkün olmadığı dile getirilmiştir. Mahkemelerin görev ve yargı alanlarının sınırlarını belirleyen kurallar, bu sınırlar içerisinde işlem yapmalarını gerektiren kurallardır. Bu sınırları aşan bir yargıç görevi ya da yetkisi dışında bir işlem yapmış olur; çoğu durumda bu işlem üst yargı mercilerinin dâhil olduğu temyiz ya da istinaf gibi bir süreçle geçersiz kılınacaktır. Ayrıca yargıcın bu ihlallerinin ısrarlı bir biiçimde devam etmesi halinde görevden alınması gibi ciddi bir yaptırımla karşı karşıya kalması da söz konusu olabilecektir. Bu kuralların yargıcın bakış açısından nasıl görüldüğü Kanowiztz tarafından öğretici bir biçimde hikâye edilmiştir:

> "Yalnızca size tevdi ettiğimiz dava ve işlemlere bakmakla yükümlüsünüz. Belirli bir konunun sizin yetki alanınıza girip girmediğini belirlemenin zaman zaman sizin için zor olacağının farkındayız. Bu tür durumlarda bazen hata yaparsanız cezalandırılmayacaksınız. Ancak, sürekli olarak ya da makul insanların farklı düşünemeyeceği durumlarda hata yaparsanız, görevinizi ihlal etmiş sayılacaksınız ve görevden alınmanız da dâhil olmak üzere çeşitli yollardan biriyle cezalandırılacaksınız."[757]

Ayrıca söz konusu kuralların yargıçlar ya da yasama mercileri için ödev yaratmadığı kabul edilecek olsa bile kuralların ikili bir karakatere sahip olduğu vurgulanarak kuralın muhakeme

[755] Hart, *The Concept of Law*, s. 29.
[756] Hart, *The Concept of Law*, s. 31.
[757] Kanowitz, "The Place of Sanctions in Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", s. 13.

sürecinin yargıç dışındaki tarafları, yasama sürecinin de yasama organı dışındaki kişiler açısından ödev yükleyici olabileceği dile getirilmiştir. Örneğin bir mahkemenin yargı çevresini belirleyen bir kural söz konusu mahkemede dava açmak isteyen kişilere doğru yargı yerinde dava açma ödevi getirmektedir. Kişi talebinde ne kadar haklı olursa olsun eğer davayı yargı yetkisi kapsamında olmayan bir mahekemede açmışsa davası usuli eksiklikten ötürü reddedilecektir; mahkeme bir hata yapıp bu davayı görse ve davacı lehine hükmetmiş olsa bile davalının itirazı üzerine üst derece mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını bozacaktır. Dolayısıyla bir mahkemenin yargı yetkisini belirleyen bir kuralın da ödevler/yükümlülükler getirdiği ve bunların ihlal edilmesi halinde belirli yaptırımların doğacağı görülmektedir. Hart'ın eleştirilmesine yol açacak benzer bir analiz alt yasama organlarına yetki veren kurallar için de yapılabilir. Bu tür kurallar da sadece ilgili alt yasama organlarını ilgilendiren türde kurallar olarak görülemez. Alt yasama organının çıkarmış olduğu kural neticesinde menfaat elede edenler ya da menfaati zarar görenler de kuralla ilgili kişilerdir. Dolayısıyla örneğin bir alt yasama merciinin çıkarmış olduğu bir yönetmelik iptal edilecek olsa bu durumdan etkilencek pek çok kişi söz konusu olabilecektir. Sonuç olarak Hart söz konusu kurallarda ilki için mahkemeler ikincisi için ise alt yasama merciileri dışındakileri etkileyen durumları göz ardı ederek kendi teorik iddiaları için argüman olarak kullanması isabetli görülmememiştir[758].

Bu son eleştiride bir yasanın doğrudan öngörmediği bir yaptırımın başka bir yasanı katkısıyla birlikte söz konusu yasanın kapsamında olan kişileri etkileyebileceği düşüncesinin bulunduğu görülmektedir. Hukuku bütüncül bir sistem olarak düşünerek bir bir yasanın başka bir yasa ile desteklenebileceğini hesaba katmak kanaatimce de isabetlidir. Ayrıca bir hukuk kuralının hukuki olamayan bir yaptırımla desteklenemesi de mümkündür. Örneğin demokratik bilincin gelişmiş olduğu bir toplumda yasama yetkisini aşan düzenlemeler yapan ve bunda ısrarcı olan yasama makamını işgal eden kişilerin gelecekteki ilk seçimde seçmen tarafından "*cezalandırılması*" yüksek bir olasılıktır. Dolayısyla her hangi bir yasa hükmünü doğrudan yaptırımla desteklenemediğini ortaya koyarak yaptırımların hukuk kuralları için önemli bir undur olmadığını ileri sürmek isabetli görünmemektedir ve bu noktada Hart'a yöneltilen eleştirilerin haklı olduğu söylenebilir. Bu noktada yaptırımları Benthamcı bir bakış açısıyla geniş bir perpektiften ele almanın yararlı olduğu görülmektedir.

[758] Kanowitz, "The Place of Sanctions in Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", ss. 12-13.

1.3.3. Kuralın İçsel Yönü- İçsel Bakış Açısı Kavramlarına Yönelik Eleştiriler

Hart hukuk kurallarının salt dışsal biakış açısıyla ele aldıkları ithamıyla hukuka dair yaptırım teorilerini eleştirmişti. Ona göre kuralların bir de içsel yönü vardı. Kuralların içsel bakış açısıyla kabul edilmesi de mümkündür. Bazı insanlar kuralları içselleştirmiş olabilir ve bu nedenle kurala gösterdikleri uyumda yaptırımın bir rolü bulunmayabilir. Bazıları da elbette yaptırım aracılığıyla motive edilebilirler. Ancak Hart aslında her bir insanın ne kadar iyi bir vatandaş olsa, hayatı boyunca hukuk kurallarına riayet etmeye özen gösteren bir kişi de olsa yine de kuralın dışsal yönüne, yaptırımlarla motive edilmeye gereksinim duyabilceği olasılığını göz ardı ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bir kuralın hem içsel hem de dışsal yönü bir kişinin davranışları üzerinde önemli bir rol oyanayabilecektir Çünkü insan bir yanıyla rasyonel bir varlık bir yanıyla da hayvanlar âleminin bir üyesidir ve eleştirye göre Hart insan ruhuhnun doğasına ilişkin bu gerçekliği göz ardı etmiştir[759]. Bir insan yaşamı boyunca kurallara yaptırımdan korktuğu için değil duymuş olduğu saygıdan ötürü riayet etse dahi, ömründe sadece bir an bu saygı kendisini yanlış yapmaktan alkoyamacağı bir sahne söz konusu olabilir. İşte bu sahnenin bu anında o kişi için o kötülüğü yapmaktan alıkoyacak şey hukuk kuralının öngörmüş olduğu yaptırımdır. Dolayısıyla insanları hukuka salt yaptırım korkusu ile itaat edenler ve hukuk kurallarında emredileni içselleştirdiği için itaat edenler şeklinde bir sınıflandırmak yerinde olmayacaktır. Bu iki durum aynı kişide ortaya çıkabilir ve kuralların hem içsel hem de dışsal yönü o kişiyi etkileyebilir. Böylesi bir yaklaşım insan doğasına dair daha gerçekçi bir betimleme sunulmasını sağlayacaktır.

Kurallara yönelik içsel bakış açısının gelişmesinde, kuralın içsel yönüne olan duyarlılığın artmasında kuralın dışsal yönünün de bir rol oynayabileceği pekâlâ düşünülebilir. İnsanların kişisel çıkarları ile çatışan kurallara yine de uymaları hukuk kurallarında bulunan cebir unsurununn eğitici rolü aracılığıyla neticesinde gerçekleşebilmiştir. Hâlihazırda hukuk kurallarına riayet eden bireylerin davranışlarında yaptırımın her hangi bir ol oynamadığını bu bakımdan söylemek isabetli olmayacaktır. Hukuk kurallarının içsel yönü davranışlar üzerinde etkili olabilir; ancak bunun arka planında kurallarınn dışsal yönüne, cebriliğine ilişkin önceki deneyimlerin etkisi bulunmaktadır. Bu nedenle Hart'ın tüm itirazlarına karşın güç, cebir,

[759] Kanowitz, "The Place of Sanctions in Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", s. 17.

yaptırım kavramlarının halen hukukun kalbi olduğu savunulabilir; ta ki Kant'ın koşulsuz buyruğu bir felsefi buyruk olmaktan çıksın ve bir yaşam tarzı haline gelmiş olsun[760].

1.3.4. Hukuk Sisteminin Varlık Koşullarına Yönelik Eleştiriler

Hart'ın bir hukuk sistminin varlık kazanabilesi için gereken iki asfgari koşul olduğunu belirtmişti: vatandaşların kurallara genel olarak uymaları ve ikincil kuralların resmi görevliler tarafından içsel bakış açısıyla kabul edilmesi. Hart böylece yaptırımı bir hukuk sisteminin varlığı için gereken bir unsur olarak görmediğini ortaya koymuştur. Ne var ki hem ilk hem de ikinci koşul için eleştiriler söz konusudur.

1.3.4.1. Birincil Kurallara Vatandaşların Genel Olarak Uyması

Eleştirilerden bir tanesi hukuki yükümlülüklerin ancak yaptırımlar tarafından desteklenen bir hukuk sisteminde mevcut olabileceği argümanına dayanır. Hatırlanacağı üzere Hart yükümlülük getiren kuralları birincil kurallar, bu kurallar hakkında bunların geçerliliğini, değiştirilmesine ve bu kurallar çerçevesinde yapılacak muhakemenin koşul ve sınırlarını belirleyen ikincil kurallar olarak sınıflandırmıştı. Yükümlülük getiren birincil kurallar geçerliliğini ikincil kurallar olan tanıma kuralından alıyordu. Tanıma kuralı ise resmi görevliler taarafından içsel bakış açısıyla kabul edilmiş bir kuraldı. Tanıma kuralının sıradan vatandaşlar tarafından kabul edilmesi gerekmiyordu. Ancak Priel bir hukuk sisteminin birincil kurallarına vatandaşlar tarafından genel olarak uyulsa dahi bu kuralların vatandaşlar tarafından genel olarak kabul edilmemesi halinde hukuk sisteminin etkinliğini sürdürmek için güç tehdidine başvurmak zorunda olduğunu ileri sürmüştür. Başka bir ifadeyle bir hukuk sistemin varlığı açısından asgari koşullara sistemin ihlal durumları için yaptırım tehdidinde bulunması da eklenmelidir. Her ne kadar Hart'ın yükümlülük getiren bir kurala uyulmasa dahi yükümlülüğün yine de var olacağı kabul edilse dahi hukuki bir yükümlülükten söz edebilmek için söz konusu yükümlülüğün aktif bir hukuk sisteminin parçası olması gerekmektedir. O halde sadece resmi görevlilerin ikincil kuralları ve dolayısıyla da birincil kuralları kabul ettiği, vatandaşların ise birincil kuralları kabul etmesinin gerekmeyip yalnızca genel bir uyumun yeterli görüldüğü bir yapı ancak birincil kurallara yönelik itaatsizliklere karşı ceza (ya da yaptırım) tehdidinde

[760] Kanowitz, "The Place of Sanctions in Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", s. 17.

bulunma gücüne dayanarak aktif kalabilecektir. Başka bir deyişle genel anlamda yükümlülük için gerekmese bile hukuki yükümlülük için yaptırımların gerekli bir unsurdur[761].

1.3.4.2. İkincil Kuralların Resmi Görevliler Tarafından İçsel Bakış Açısından Kabul Edilmesi

Hart'ın ikincil kuralların resmi görevliler tarafından içsel bakış açısıyla benimsenmesi gerektiği koşuluna da bir takım eleştiriler getirilmiştir. Bu eleştirilerden biri bir hukuk sisteminin resmi görevlilerinin kimler olduğunun nasıl tespit edileceğidir. Bir toplumda resmi görevliler toplumun çoğunluğu tarafından resmi görevli olarak kabul edilmiş olabilir ya da onlara yetkili olduklarından dolayı itaat ediliyor olması kimliklerinin teşhis edilmesini sağlayabilir. Ancak bu şekilde bir kabulün ya da itaatin olmadığı bir toplumda resmi görevliler ancak kullanmış oldukları güç ve istinad ettikleri ceza tehdidi aracılığıyla teşhis edilebilir. Bu her ne kadar totaliter, baskıcı bir rejimi andıran bir tablo olsa da Hart için bu tür rejimler de bir hukuk sistemi olarak kabul edilmesi gereken rejimler olduğundan Hart ve pozitivisler özelinde problem teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla Hart hukuk sistemi olarak görmüş olduğu bir yapı ancak yaptırım unsuru aracılığıyla ayakta durabileceğinden Hart'ın bir hukuk sisteminin varlığına ilişkin sunmuş olduğu asgari gerekliler söz konusu baskıcı rejimi hukuk sistemi olarak göstermeyecektir. Hart'ın bu tür rejimleri de kapsayacak bir asgari gereklilik listesine yaptırım unsurunu eklemesi gerekmektedir[762].

[761] Priel, "Sanction and Obligation in Hart's Theory of Law", s. 408.
[762] Priel, "Sanction and Obligation in Hart's Theory of Law", ss. 408-9.

2. JOSEPH RAZ VE YAPTIRIM

2.1. Anahatlarıyla Raz'ın Hukuk Kuramı

Joseph Raz çağdaş dünyada hukuka dair üç ana akım yaklaşım olduğunu belirtmektedir. Bunlardan ikisi pozitivist nitelikte bir tanesi ise pozitivizme eleştirilerde bulunan kendine özgü bir yaklaşımdır. Bu üç yaklaşımın üç tez ile özdeşleştirilmesi mümkündür. Bu tezler kaynaklar tezi, birleştirme tezi ve tutarlılık tezi olarak Raz tarafından adlandırılmıştır. Pozitivist nitelikte olan kaynaklar tezi tüm hukukun kaynaklara dayandığını, birleştirme tezi tüm hukukun ya kaynaklara dayandığını ya da kaynağa dayalı hukuk tarafından gerektirildiğini ileri sürmektedir. Pozitivist nitelikte olmayan tutarlılık tezi ise hukukun kaynağa dayalı yasa ve hukukun ahlaki bakımdan en sağlam gerekçelerinden oluştuğunu iddiasını ortaya koymaktadır[763]. Raz bu tezlerden sadece kaynaklar tezini kabul eder ve bu nedenle dışlayıcı hukuki pozitivist olarak nitelendirilebilmiştir. Birleştirme tezi kapsayıcı hukuki pozitivistler tarafından tutarlılık tezi ise başını Dworkin'in çektiği hukuka dair yorumcu kuramlar geliştirenler tarafından savunulmaktadır. Raz'ın her ikisine de katılmadığı bir yandan pozitivizmin bir türüne bir yadan da doğal hukuka yakın kabul edilebilecek bir kurama muhalefet ettiği söylenebilir.

Pozitivistler genel olarak hukukun toplumsal olgulara atıfta bulunarak ortaya konabileceğini iddia etmişlerdir. Ancak Raz Hart'ın da dâhil olduğu kapsayıcı pozitivistlerden farklı olarak hukukun içeriğinin herhangi bir değerlendirici argümana başvurmaksızın yalnızca toplumsal olgulara (toplumsal kaynaklara) atıfta bulunarak belirlenebileceğini savunmuştur[764]. Raz bu görüşü kaynak tezi olarak adlandırmıştır ve kısaca bu teze göre tüm hukuk kaynaklara dayanmaktadır. Raz kaynak tezinin toplumsal tezin daha güçlü versiyonu olduğunu belirtmiş ve alınması gereken pozitivist tutumun da bu olması gerektiğini savunmuştur[765]. Kapsayıcı pozitivistler de hukukun toplumsal olgulara atıfta bulunularak ortaya konabileceğini kabul etmektedirler. Hukukun ahlakla zorunlu bir ilişkisinin bulunmadığı iddiasını savunmakta

[763] Joseph Raz, "Authority, Law, and Morality", *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, ed. Joseph Raz, Oxford University Press 1995, ss. 210-11.
[764] Raz, "Authority, Law, and Morality", s. 211.
[765] Brian H. Bix, "Joseph Raz's Approach to Legal Positivism", *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, ed. Patricia Mindus, Torben Spaak, Cambridge Companions to Law, Cambridge University Press, Cambridge 2021, s. 350.

dışlayıcı pozitivistler ile müttefik oldukları söylenebilir[766]. Ancak kapsayıcı pozitivistler ahlaki değerlendirmelerin varsayılan hukuk normları tarafından yetkilendirilmesi halinde hukuki içeriği belirleyebileceğini ileri sürmektedirler[767]. Raz kendi savunduğu kaynaklar tezini toplumsal tezin güçlü kapsayıcı pozitivistler tarafından savunulan birleştirme tezini ise toplumsal tezin zayıf versiyonu olarak nitelendirmiştir[768]. Bu teze göre hukuk sadece ve sadece kaynaklara atıfta bulunarak başka bir deyişle herhangi bir ahlaki ilkeye başvurmaksızın belirlenebilir[769].

Hukuk ve ahlak ilişkisine dair Raz'ın tutumu bu şekilde kısaca ortaya konduktan sonra onun kuramında önemli bir diğer kavram üzerinde durmak faydalı olacaktır. Raz'ın hukuk kuramı otorite kavramına sıklıkla atıfta bulunmakta ve hukukun otoritesinden söz etmektedir. Raz'a göre hukuk doğası gereği süjeleri üzerinde pratik bir otorite olma iddiasındadır[770]. Hukukun doğasına dair en belirgin özellik ise hukukun meşru otorite iddiasında bulunduğudur. Öyle ki meşru otorite iddiasında bulunmayan bir sistemin hukuk sistemi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir[771]. Nitekim hukuku diğer normatif sitemlerden kısmen ayırt eden özelliklerinden birisi de bu otorite iddiasıdır[772]. Hukukun doğası ve otorite arasında bu şekilde bir zorunlu ilişkinin bulunduğunu iddia etmesi nedeniyle Raz'ın bu hususstaki görüşleri otorite tezi olarak olarak isimlendirilmiştir.

Raz hukukun varlığı ve içeriği hakkında toplumsal kaynak tezini benimsediği biraz önce ifade edilmişti. Bu ise bir hukuk sisteminin toplumsal koşullara göre değişkenlik gösterebileceği anlamına gelmektedir. Bununla birlikte Raz hukukun evrensel bir doğasının bulunduğunu da

---

[766] Raz hukuki pozitivist görüşlerin asgari müştereğinin neyin hukuk olduğu sorusunun cevaplanmasında toplumsal olguların belirleyici olduğu iddiası olduğunu belirtmektedir. Raz bu iddiayı toplumsal tez olarak adlandırmaktadır. Bkz. Raz, *The Authority of Law*, s. 38.

[767] Bix, "Joseph Raz's Approach to Legal Positivism", s. 351.

[768] Raz, *The Authority of Law*, s. 45.

[769] Raz, *The Authority of Law*, ss. 37-38; Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, 1st edition Oxford University Press, Oxford 2009, s. 4.

[770] Raz, *Between Authority and Interpretation*, s. 107. Teorik ve pratik olmak şeklinde iki tür otorite söz konusu olabilir. Hukuk bireylerin davanışlarını eylem sebepleri yaratarak belirli bir biçimde davranmaya yönelik standartlar saptamak suretiyle yönlendirdiğinden pratik bir otoritedir. Bkz. Halit Uyanık, *Hukukun Otoritesi, Joseph Raz'da Otorite Olarak Hukuk*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 46. Raz'ın pratik otorite kavramının oldukça sofistike bir açıklaması için bkz. Raz, *The Authority of Law*, ss. 21-25.

[771] Uyanık, *Hukukun Otoritesi*, s. 5.

[772] Raz, *The Authority of Law*, ss. 29-30. Hukuk bazı normatif sistemlerin kurallarını yürürlüğe koyarak bu normatif sistemleri tanıyabilir, ancak tanıdığı normatif sistemin kurallarını düzeltme ve geçersiz kılma hakkını her zaman saklı tutar. Hukukun bu iddiası çok büyük bir önem taşımaktadır. Bkz. Raz, *The Authority of Law*, ss. 118-19.

kabul etmekte ve hukukun meşru otorite iddiasında bulunmasını doğasının en önemli özelliği kabul etmektedir. Bir yandan hukukun toplumsal koşullarla ilişkillindirilerek göreceli olarak nitelenmesi bir yandan ise hukukun evrensel doğası hakkında cümleler kurulması bir çelişki olarak görünmektedir. Ancak Raz bu çelişkiyi belirli bir hukuk sistemi ve hukuk sistemi kavramı arasındaki ayrım temelinde çözümlemiştir. Bu çözüme göre belirli bir hukuk sistemi ait olduğu toplumsal yapı tarafından o topluma özgü niteliklerce belirleniyor olabilir. Ancak bir de tüm hukuk sistemleri için geçerli olabilecek hukukun doğası olarak nitelenebilecek özellikller de bulunmaktadır. Böylelikle otorite kavramını merkeze alarak hukukun doğası hakkında analizler yapılması toplumsal kaynak tezinin benimsenmesi ile çelişik olmayacaktır[773].

Raz, bir kişinin direktifleri diğer bir kişinin eylemde bulunurken diğer sebepleri tartmasını engelliyorsa, yani diğer sebepleri dışlıyorsa direktif veren kişinin diğeri üzerinde otoritesinin bulunduğunu belirtmektedir[774]. Bu noktada Raz hukukun süje üzerinde etkide bulunma imkânı olan tüm eylem sebeplerini olanaksız hale getirerek tek eylem sebebinin kendisi tarafıdan sunulan olmasını amaçlamadığı uyarısında bulunmaktadır. Hukukun amacı imkân dâhilinde olan ve kurala uygunsuz davranışlar yapılmasına sebep olacak diğer eylem sebeplerini dışlamaktır, süjenin eylemde bulunurken bu sebeplere değil de hukukun sunduğu eylem sebebine göre eylemde bulunmasını sağlamaya çalışmaktır[775]. Buna göre otorite kavramı süjenin sahip olduğu eylem sebepleri ile de yakından ilişkili görünmektedir.

Yaptırım ve hukuk ilişkisine dair görüşlerini ortaya koyabilmek için Raz'ın eylem sebepler temelinde inşa ettiği pratik felsefesinin bir parçası olarak hukuk kuramı ele alınmalıdır. Başka bir deyişle Raz'ın eylem sebepleri hakkındaki görüşlerinden haberdar olmak gerekmektedir. Yukarıdaki paragrafta açıklandığı üzere eylem sebepleri otorite kavramı ile de doğrudan ilişkilidir. Bu bakımdan eylem sebepleri Raz'ın pratik felsefesinin en temel birimi olarak gösterilebilir. Bir sonraki alt başlıkta bu husus ayrıntılı olarak incelenecektir.

2.1.1. Raz'ın Pratik Felsefesi ve Sebep Kavramı

[773] Uyanık, *Hukukun Otoritesi*, s. 6.
[774] Joseph Raz, "Authority and Justification", *Philosophy & Public Affairs*, C. 14, S. 1 (1985), ss. 7-8; Raz, "Authority, Law, and Morality", ss. 212-15; Raz, *The Authority of Law*, s. 25.
[775] Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 215.

Raz'ın pratik felsefesi açısından belirleyici ve önemli olan ahlaki niteliklerin sebep oluşturucu doğasıdır[776]. Raz normatif olan herşeyin normatiflik nitleiğini onların ya bir sebep olması ya bir sebep sağlaması ya da başkaca bir biçimde sebeplerle ilişkili olması itibarıyla kazandığını belirtmiştir[777]. Ona göre sebep kavramı, insan eylemleri hakkında tüm açıklamaların ve dahası bizatihi insan eylemi kavramının temelinde bulunmaktadır. İnsanların dışa yansıyan hareketlerinden istemsiz, yarı istemli ya da refleks niteliğindeki nefes almak, hıçkırmak gibi bazı hareketleri ile kasıt bulunmayan hareketleri dışındaki tüm hareketleri bilinçli davranışları olarak nitelendirilebilir; bilinçli davranışların tümü ne yaptığını bilen bir fail tarafından sahip olduğu bir sebebe istinaden gerçekleştirilmektedir[778].

Sebep, gereksiz önermeler ya da birbiri ile çelişen sebepler hariç olmak üzere sağlam bir argümanın önermesi tarafından ifade edilen bir olgudur. Birbirleri ile çelişen sebepler bir eylem için yalnızca birisi sebep olabilir; başkaca eylemler için elbette çelişen sebeplerin her birinin eylem sebebi olabilmesi mümkündür[779].

Raz sebepler (reasons) ile akıl (reason) arasında bir ilişki bulunduğunu ileri sürer. Ona göre insanların akıl temelinde bazı yetileri bulunmaktadır. Bunlar insanın rasyonel güçleri olarak adlandırılabilir. Bu yetilere örnek olarak niyete ve karar oluşturma, pratik muhakeme gösterilebilir[780]. Daha ziyade muhakeme yetisi sebeplerle ilişkilidir; nitekim Raz, aklı, sebepleri tanıma ve bunlara yanıt verme hususundaki genel yeti olarak tanımlamıştır[781].

2.1.2. Eylem Sebepleri

Joseph Raz, eylem sebeplerinin normların açıklanmasında kilit taşı niteliğinde bir önemi haiz olduğunu belirtmiştir. Ona göre kuralları açıklamadaki temel zorluk, bunların eylem sebepleriyle olan ilişkilerini anlayabilmekten kaynaklanmaktadır. Raz bu meseleyi ayrıntılı bir biçimde değerlendirmeye çalışmıştır ve *Practical Reason and Norms* adlı kitabının, bazı kural

[776] Uyanık, *Hukukun Otoritesi*, s. 79.
[777] Joseph Raz, *Engaging reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 67.
[778] Joseph Raz, "Introduction", *Practical Reasoning*, ed. Joseph Raz, Oxford University Press, Oxford 1978, ss. 2-3.
[779] Raz, "Introduction", s. 15.
[780] Joseph Raz, "Reason, Reasons and Normativity", *Oxford Studies in Metaethics*, ed. Russ Shafer-Landau, C. 5 (2010), s. 8.
[781] Raz, "Reason, Reasons and Normativity", s. 6.

türlerinin (kategorik ve izin verici kurallar) özel bir tür eylem sebebi olduğu ve diğer kuralların (yetki veren kurallar) mantıksal olarak bu tür sebeplerle ilişkili olduğu temel tezi üzerine kurulu olduğunu ifade etmiştir[782].

Eylem sebepleri hakkında yapılacak bir analiz, pratik felsefenin, pratik muhakemenin konusunu teşkil eder. Raz pratik felsefenin iki ana bölüme ayrıldığını belirtmiştir. Birinci bölüm eylemlerle değerler arasındaki ilişkiyi inceleyen maddi/değerlendirici kısımdır. İkinci bölüm ise değer, eylem sebebi, norm gibi kavramların kavramsal özelliklerinin neler olduğunu ve pratik muhakemeyi yönlendiren çıkarım kurallarının doğasının özelliklerini izah etme amacını taşıyan şekli/kavramsal analiz bölümüdür[783]. Pratik felsefe bu iki bölüm hakkında yeterli analiz yapılması suretiyle oluşan bir yapı olarak düşünülebilir.

Normativite, normatif alan, yapılması gereken davranışlar, pratik felsefesinin odaklandığı kavramlardır ve bir normatif teori için ought (gereklilik bildiren …–meli/…-malı), eylem sebepleri, kurallar, ödevler ve haklar bir çırpıda akla gelebilecek temel kavramlardır. Raz bunlar içinde eylem sebeplerinin en temel nitelikte olan olduğunu düşünmektedir[784]. Dolayısıyla ona göre sağlam bir normatif teorinin inşası için gerekli olan –meli/-malı şeklinde gereklilik bildiren ifadelerin mantığını inceleyen deontik mantık değil eylem sebepleri mantığıdır[785]. Hatta Raz bir kişinin Ø eylemini yapmasının gerektiği ifadesi ile o kişinin Ø eylemini yapması için bir sebebinin bulunduğu ifadelerinin, birinin doğruluğunu ortaya koyan öncüller ve sonuçlar diğerinin de doğruluğunu ortaya koyacağından eş anlamlı olmasalar da mantıksal açıdan eşdeğer olduğunu düşünmektedir[786]. Raz bir şeyin sebebi olmak biçimindeki tamlamada şey olarak eylemler haricinde inançlar, arzular ve duygular, tutumlar, normlar ve kurumlar gibi pek çok durumda sebebin bir tamlayan olarak kullanılabileceğinin farkındadır. Ancak ona göre en temel nitelikli olanlar eylem ve inanç sebepleridir; diğer sebep türlerinin tamamı bu ikisinden türetilebilir[787].

---

[782] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 9.
[783] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 10.
[784] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 11-12.
[785] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 13. Raz deontik mantığı, eylem hakkında tek bir sebebin bulunduğunu varsayması ve bu nedenle sebeplerin çelişmesi olasılığına karşı miyop olması nedeniyle eleştirmekte, ancak sadece mutlak bir sebebe dair bir analiz yapılmak istendiğinde fayda verecebileceğini ne var eylem sebeplerini bütüncül olarak anlayabilmek açısından yetersiz olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz. Raz, "Introduction", s. 11.
[786] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 29.
[787] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 15.

Raz'a göre sebeplere insan davranışlarının açıklanması, değerlendirilmesi ve insan davranışlarına rehberlik yapılması için başvurulmaktadır. Başka amaçlar için de sebep kavramına başvurulabilir ancak Raz'a göre bunlar birincil niteliktedir; diğerleri bu üçünden türetilebilir. Sebep aracılığıyla eylemi betimleme ya da açıklama teorik, eylemi değerlendirme ve yönlendirme (eyleme rehberlik etme) girişimi ise pratik görev olarak nitelendirilebilir. Teorik görev açıklayıcı sebeplerle pratik görev ise normatif sebeplerle ilgilenmektedir. Eylem sebebine dair yeterli bir açıklama için kavramın bu üç amaç çerçevesinde kullanılabileceğinin ve bu kullanımların birbirileri ile irtibatlı olduğunun ortaya konması gerekmektedir[788].

2.1.2.1. Eylem Sebeplerinin Olgular ve Kişilerle İlişkilendirilmesi

Nelerin eylem sebepleri oluşturabileceği sorusuna genellikle ifadeler, olgular ve inançlar şeklinde karşılık verilmektedir. Mantıksal bir yapıya sahip olmaları dolayısıyla yalnızca ifadelerin sebep olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. Bununla birlikte Raz, hem inançların hem de olguların ifade formunu alabileceğini dikkate alarak olgu hakkındaki ifadeler ve inançların içeriğinin de mantıksal analize tabi tutulabileceğini belirtir[789]. Böylellikle neyin sebep teşkil edebileceğine dair olguları ve inançları daha detaylı olarak değerlendirmeye başlar.

Raz'a göre inançlar sebep oluşturabilir ancak tüm sebeplerin inanç olduğu söylenemez. Sebeplerin davranışı yönlendirici boyutu dikkate alındığında bir kişinin bir şeye inanmıyor oluşu onun eylem sebebi oluşturamayacağı anlamına gelmez. Sebebe inanmamak ya da onun farkında olmamak böyle bir sebebin bulunmadığını göstermez. Dolayısıyla sebeplerin davranışları yönlendirme ve değerlendirmeye hizmet etmesi işlevi hesaba katıldığında tüm sebeplerin inançlardan teşekkül etmeyeceği söylenebilir. İlk bakışta failin sebeplerinin onun arzu ve inançlarından oluştuğu düşünülebilir ancak Raz'a göre bu bir hatadır. Failin davranışına yönelik bu izah, failin eylem sebebinin inancına dayandığı iddiasıdır; kişi yanlış bir sebebe istinat etmiş olsa dahi niçin öyle davrandığı anlaşılabilir[790]. Failin niçin bir davranışı gerçekleştirdiğini izah eden sebebe açıklayıcı sebep denilebilir. Ancak failin belirli bir davranışı niçin yapaması gerektiğini ortaya koyan sebep, salt açıklama amacı gütmez, aynı zamanda

[788] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 15-16.
[789] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 16-17.
[790] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 17.

davranışa rehberlik etme amacı güder ve normatif bir sebeptir[791]. Böylelikle Raz sebepleri olgulardan oluşan şeyler olarak alıyor görünmektedir. Ona göre sebebin temeli kendisini oluşturan olgulardır. Raz olgu ve sebep arasındaki ilişkinin ise insanın rasyonel yeti ve yetenekleri olarak tanımlanabilecek akıl ile sebeplerin içsel ilişkisi dolayısıyla kurulduğunu belirtir[792]. Raz'a göre Akıl sebepleri tanımak ve sebeplere karşılık vermek için insanların sahip olduğu genel kapasiteleridir. Sebepleri tanıma ve bunlara karşılık vermek için başkaca yetiler de bulunmakla birlikte Akıl diğerlerinden farklı olarak tüm insanlar için var olan evrensel bir yetidir. Bununla birlikte aklın yanılması ya da işlevini yerine getiremeyecek biçide arızalanması mümkündür. Bu nedenle sebepler aklın tanıdığı ya da yanıt verdiği şeyler olarak nitelendirilemez. Bunun sonucu olarak varılacak olan kanaat aklın sebeplerin kaynağı olmadığı, sebepleri sebep haline getirmediğidir. Bununla birlikte sebepler akıl aracılığıyla tanınabilir ve sebeplere akıl aracılığıyla yanıt verilebilir. O halde bir olgunun sebep olabilmesi için herhangi özel bir durumda tanınmış ya da yanıt verilmiş olup olmadığı değil, rasyonel güçler aracılığıyla tanınabilir olma ve yanıt verilebilir olma şeklinde bir olgu olması gerekmektedir[793].

Olguların sebepleri oluşturduğu iddiası da bir dizi zorlu soruyu yanıtlamayı gerektirmektedir. Öncelikle Raz olgu terimini doğru ya da gerekçelendirilmiş (justified) ifadelerin doğru ya da gerekçelendirilmiş olarak nitelendirilmesi için kullanılan şeye ifade edecek geniş bir kapsamda kullandığını belirtir. Herhangi bir konuda "…. olgudur ki; …" ya da "…vakadır ki; …" şeklindeki ifadeler Raz tarafından olgu olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede olgular değerlerle karşılaştırılamaz, olgular değerleri içerir. Örneğin "Dürüstlük tüm toplumlarda kabul gören erdemlerden birisidir." ifadesi değer içeren bir olgu ifadesidir. Buna benzer biçimde olgular olayların, süreçlerin, uygulamaların, oluşmasını da içermektedir. Hatta olgunun bu geniş anlamda kullanımı esas alındığında içerikleri bir olgu olmamaklar birlikte inançlar da birer olgudur[794].

İnsanlar eylemleri için çoğu zaman inançlarını sebep olarak sunarlar. Belirli bir A eylemini gerçekleştiren kişinin bunun gerekçesi olarak B olgusunun gerçekleşeceğine ya da gerçekleşmeyeceğine dair inancını dile getirmesi yaygın olarak karşı karşıya kalınan bir

[791] Raz, "Introduction", s. 2.
[792] Raz, "Reason, Reasons and Normativity", s. 5.
[793] Raz, "Reason, Reasons and Normativity", ss. 6-7.
[794] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 17-18.

durumdur. Ancak dikkatli analiz edilirse burada sebep olarak gösterilen şey failin inancı değil bir olgudur; ne var ki bu olgu failin eyleminin sebebi değildir. Örneğin arkadaşı X'in gelmeyeceğine inandığı için onu karşılamak üzere tren istasyonuna gitmeyen Y'nin arkadaşının gelmeyeceğini düşünmesi eyleminin sebebi olabilir; ancak arkadaşının gelmeyeceğine inanması eyleminin (istasyona gelmeyişinin) sebebi değildir. Nitekim Y'ye niçin istasyona gitmediği sorulduğunda çünkü arkadaşım (x) orada değildi cevabını verecektir[795]. Durum böyle olmakla birlikte hem inançlar hem de olgular eylem sebebi olarak kullanılır. Lakin iki sebep kaynağı eşit öneme sahip olarak görülmemelidir. Sadece olgu niteliğindeki sebepler normatif açıdan önemlidir; ne yapılması gerektiğini bu tür sebepler belirlemektedir. Bir davranışa rehberlik edilmesi amaçlandığında inanç temelli sebepler geçerli olmaz; davranışa yönelik açıklama amacı güdüldüğünde inanca dayalı sebeplere de başvurulabilir. Başka bir ifadeyle inanca dayanan sebepler olguya dayanan sebeplerle birlikte davranışın açıklanması amacıyla başvurulabilen sebeplerdir; ancak normatif alana girildiğinde davranışın değerlendirilmesi ya da yönlendirilmesi söz konusu olduğunda yalnızca olguya dayanan sebeplere başvurulması gerekmektedir. Ne yapılması gerektiğini belirleyen failin düşünceleri değil, dünyanın nasıl olduğu, olgulardır. Böylelikle inanca dayanan sebepler olguya dayanan sebepler karşısında ikincil bir kavram niteliğindedir[796].

Eylem sebepleri genel olarak bir kişinin belirli koşullar gerçekleştiğinde bir eylemi gerçekleştirmesi için sebepler olarak düşünülmektedir. Bunun sonucu olarak kolaylıkla bir eylemin fail tarafından belirli koşulların varlığı halinde gerçekleştirilmesi bir olgu olarak görülebilir. Ne var ki Raz bunun ancak fiilen gerçekleştirilmiş eylemleri açıklamak veya değerlendirmek amaçlandığında makul bir yorum olduğunu belirtir. Gerçekleşmemiş, varsayımsal bir eylem değerlendirilmek istendiğinde ya da fiilen gerçekleştirilmemiş bir eylemi yönlendirmek (eyleme rehberlik etmek) istendiğinde ise bu yorum makul olmayacaktır. Bu itiraz dikkate alınarak sebeplerin "mevcut ya da muhtemel olgular arasındaki ilişkiler" olduğu ifade edilebilir. Ancak Raz "muhtemel olgu" kavramına atıf yapmak istemediğinde bunun yerine sebepleri "kişiler için sebepler" olarak analiz etmeyi tercih etmiştir. Raz böylelikle sebepleri olgular ve kişiler arasındaki bir ilişki olarak betimlemiştir[797].

[795] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 18.
[796] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 18-19.
[797] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 19.

Bir olgunun gerçekleşme olasılığı söz konusu olduğunda ve bu fail tarafından eylem sebebi olarak sunulduğunda aslında olgu olmayan bir şeyin eylem sebebi olarak sunulmuş olacaktır. Bu Raz'ın açıklama, değerlendirme ve rehberlik etme amaçlarının tamamını karşılayan olgu temelli eylem sebepleri açısından bir çelişki olarak görülebilir. Örneğin bir kişi yağmur yağacağına inandığı için evden çıkarken şemsiyesini almışsa eyleminin sebebi yağmur yağacağına inanması olarak görünebilir. Ancak Raz burada failin davranışını bir inanç sebebi iddiası ya da ön kabulü ve bir eylem sebebinin bileşimi olarak gerekçelendirmektedir. Bu örnekte failin yağmur yağacağına inanması için bir inanç sebebi ve yağmurun yağacak olmasının şemsiye almak için eylem sebebi olması durumları bulunmaktadır. Böylelikle failin eyleminin sebebi yine olguya dayandırılmış olur[798].

Raz sebeplerin olgular ve kişiler arasındaki ilişkiler olarak değerlendirilebilmesinin önündeki zorlukların olasılıklarla ilgili zorluklarla aynı ya da benzer olduğunu düşünmektedir. Raz, sadece olguları sebep olarak görmesinin nedenini davranışın açıklanmasında, değerlendirilmesinde veya ölçülmesinde failin sebeplere olan inancının da analize dâhil edilebilmesi olduğunu belirtmektedir. Aynı durum sadece inanç temelli sebeplere istinad edilediğinde gerçekleşmeyecektir. İnanç temelli sebepler olgu temelli sebepleri varsayar; tersi durum ise söz konusu değildir. Sonuç olarak elbette eylemlere rehberlik edenin ne olduğu sorusunun cevabı dünyadır; yani olgulardır. Ancak olgular kaçınılmaz olarak kişilerin farkındalığı üzerinden bu rehberliği gerçekleştirdiğinden inançlar da davranışların açıklanması ve değerlendirilmesinde önem taşımaktadır[799].

Sebep ve değer kavramları arasında, yaklaşım tarzına göre farklılık gösteren, biri diğerine öncelikli olan bir ilişki bulunmaktadır. Değer mi sebebi oluşturur yoksa sebep mi değeri oluşturur sorusunun cevabı hangi perspektiftten bakıldığına bağlı olarak değişebilmektedir.

Konu metafiziksel açıdan ele alındığında iki farklı bakış açısının bulunduğu görülmektedir. Birincisi rasyonalist bakış açısıdır; bu yaklaşıma göre değerler eylem için sebep oluştururlar ve sebepleri belirlemiş olurlar, bu nedenle değerler sebeplere nazaran öncelenmeke başka bir ifadeyle değerler sebepleri belirlemektedir. İkinci bakış açısı olan realist yaklaşıma göre ise değerler sebepler tarafından belirlenmiş öğelerden teşekkül etmektedir. Başka bir deyişle bir

[798] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 21; Raz, "Introduction", s. 3.
[799] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 22.

şey ona göre eylemde bulunma sebebi bulunduğu için değerlidir; yani sebep değerin belirleyicisidir[800].

Konu kavramsal bir açıdan analitik bir yaklaşımla ele alındığında eylem sebeplerinin temelini değerlerde bulduğu iddia edilebilir. Bir eylemin gerçekleştirilmesi için çeşitli sebepler söz konusu olabilmektedir. Bu sebeplerden bir tanesi doğrultusunda eylemde bulunulması gerektiğine dair normatif bir ifade, bu belirli şekilde eylemde bulunulması için var olan sebepler arasında bir denge kurma iddiası taşımaktadır. Nitekim her türlü otorite sebepler arasında bir denge kurma yetkisini haiz olduğu iddiasındadır ya da bu yetkiyi haizdir. Bu noktada sebepleri dengesinin kurulmasında değerler devreye girer. Değerler bazen eylem sebebinin temelini oluştururken bazı durumlarda ise bizatihi eylem sebebidir[801].

Konu epistemolojik açıdan ele alındığında durum tersine dönmekte sebepler bir şeyin niçin değerli olduğunu belirleyen özellikleri mündemiç olduğundan değerlerden önce gelmektedir. Bir şeyin niçin değerli olduğunun açıklanmasında sebeplere müracaat edilmesi, değerleri değer konuları üzerindeki deneyimlere ve bir şeyin değerli olarak kabul edimesinde değer anlayışlarının etkili olması sonucunu doğurmaktadır. Böylelikle değerler toplumsal, kültürel ve tarihi uygulamalarla irtibatlı kılınmış olur; başka bir deyişle değerler ya süjeleri ile ilişkileri ya da külterel veya tarihi uygulamalrca belirlenmiş kavramlarla ilişkili olarak belirmektedir. Her iki ihtimalde de sebepler ve değerlerin biri olmadan diğerinin var olamayacağı, bunların karşılıklı bir ilişki içerisinde oldukları söylenebilir[802].

Otorite, süjelerinin eyem sebeplerini değiştirebilme veya süjeleri için yeni eylem sebepleri yaratabilme yetisi olarak tanımlanabilir. Hukuki bir otorite bu yetisini kural ve buyruklar aracılığıyla ortaya koyar. Otoriter bir buyruğun, kuralın ya da emirin aynı zamanda bir eylem sebebi de olduğu söylenebilir. Ancak hukuki otoritenin buyrukları, emirleri ya da kuralları kendinden önce gelen eylem sebeplerine bağımlı olarak oluşturulduğundan birincil değil ikincil eylem sebepleridir. Başka bir ifadeyle hukuki otorietenin kurallar, buyruklar, emirler aracılığıyla yarattıkları eylem sebpleri başka eylem sebeplerine bağımlı olduğundan kendi başlarına bir değer ifade etmezler; bağımlı oldukkları birincil eylem sebebinin ilişkili olduğu

[800] Uyanık, *Hukukun Otoritesi*, s. 43.
[801] Uyanık, *Hukukun Otoritesi*, ss. 43-44.
[802] Uyanık, *Hukukun Otoritesi*, s. 44.

değer çerçevesinde bir değer ifade ederler. Böylelikle bir buyruğun otoriterliği birincil eylem sebebi üzerindeki etkisine atıfla ortaya konabilmektedir[803].

2.1.2.2. Eylem Sebeplerinin İfade Ediliş Biçimleri

Raz eylem sebeplerinin belirli biçimlerden ifade edildiğini belirtmiş ve bunları izah etmiştir. Daha sonra ele alınacak eylem sebebi türleri ve yaptırımların da bu eylem sebebei türleri ile ilişkilendirilmiş olması nedeniyle eylem sebeplerinin ifade ediliş biçimlerini incelemek yerinde olacaktır.

Raz her sebep bildiren ifadenin kanonik bir formda nasıl dile getirelebileceğini örneklendirmiştir. Buna göre;

1) x'in Ø eylemini yapması için p bir sebeptir şeklindeki olgudur. Raz bu ifadenin atomik sebep cümlesi olduğunu belirtir ve [*R(Ø)p,x*] şeklinde formülleştirir.

2) x'in Ø eylemini yapması için bir sebep vardır.

3) x'in Ø eylemini yapmak için bir sebebi bulunmaktadır.

4) x, y'nin Ø eylemini yapması için p'nin bir sebep olduğuna inanmaktadır.

5) "x'in Ø eylemini yapmasının sebebi p idi" iki şeyden birini ileri sürmek için kullanılır: i) p x'in bir arzusu kapsamında değilse x hem p'ye hem de p'nin Ø eylemini gerçekleştirmek için bir sebep olduğuna inanmıştır ve x bu inançları nedeniyle bilinçli olarak Ø eylemini gerçekleştirdiğini ileri sürmek, ii) p x'in arzusu kapsamındaysa, bu ifade, x'in inanç ve arzuları nedeniyle bilinçli olarak Ø eylemini gerçekleştirdiğini iddia etmek için kullanılır[804].

2.1.2.3. Eylem Sebepleri Sınıflandırması

Raz eylem sebeplerine ilişkin çeşitli ayrımlar ortaya koymuştur. Bunlar içerisinde özellikle açıklayıcı sebepler ve yol gösterici sebepler arasındaki ayrım bir hayli önemlidir. Zira Raz yol gösteren sebepleri bir şeye normatifliğini veren unsur olarak olarak ele almakta ve pratik muhakeme ya da normatif teorisinin bel kemiğini oluşturmaktadır. Raz'ın yaptığı diğer sebep

[803] Uyanık, *Hukukun Otoritesi*, ss. 44-45.
[804] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 20-21.

sınıflandırmalrı arasında tam sebep-eksik sebep, nihai sebep-mutlak sebep, etkin sebep-yardımcı sebep, birincil sebep ve ikincil sebep ayrımları dile getirilebilir. Bunlar arasında bu çalışmanın odaklandığı yaptırımın konumlandırılması problemi dikkate alındığında etkin sebep-yardımcı sebep ayrımının ve birincil-ikincil sebepler ayrımı ve detayında dışlayıcı sebep kavramları özellikle üzerinde durulması gereken ayrımlar olarak gösterilebilir. Raz, norma eklenen yaptırımın ancak bir yardımcı sebep olduğunu düşündüğünden[805] etkin sebep-yardımcı sebep ayrımı hakkında bilgi sahibi olmak önemlidir. Nitekim takip eden başlıklarda bu ayrım ele alınacak ve ileride Raz'ın yaptırımları yardımcı sebep olarak konumlandırdığının ifade edildiği yerlerde burada yer alan bilgilere atıfta bulunulacaktır. Buna ilaveten Raz hukuk normlarını ikincil sebep olarak görür; öyle ki hukuk normları diğer tüm sebeplerin fail üzerindeki etkisini ortadan kaldıran dışlayıcı nitelikte ikincil sebeplerdir. Hukuk normlarını böylelikle diğer eylem sebebi niteliğindeki olgulara üstünlük iddiası taşıyabilmektedir. Dolayısıyla Raz'ın hukuk normları ve yaptırım ilişkisinin ele alınacağı kısımlar açısından birincil ve ikincil sebep ayrımının ve bilhassa dışlayıcı sebep açıklamalarının bilinmesi yararlı olacaktır. Takip eden alt başlıklarda çalışma konusunu doğrudan ilgilendiren ayrımlar daha detaylı diğerleri ise daha özet olacak şekilde sırasıyla incelenecektir.

2.1.2.3.1. Tam Sebep-Eksik Sebep

Tam sebep bir kişinin bir eylemi gerçekleştirmesi için *yeterli* olan sebeptir. Tek başına eylem için yeterli sebep teşkil etmeyen olgular ancak yine de yeterli bir sebebin oluşması için gereken olgular eksik sebeplerdir[806]. Raz atomik bir tam sebebi ise kendisini oluşturan parçalardan herhangi biri çıkarıldığında tam olma vasfını yitirecek bir tam sebep olarak tanımlamakta ve sebep kavramını ele aldığı yerlerde bu anlamda atomik bir tam sebebi kast ettiğini belirtmektedir[807]. Hatırlanacağı üzere atomik bir tam sebep kendisi tarafından [*R(Ø)p, x*] şeklinde formüle edilmiştir.

Günlük hayatta birisi bir eylemi niçin gerçekleştirdiğimizi sorduğunda genellikle eylemimizin sebebinin bir kısmını açıklarız; nadiren belki ısrarlı sorular karşısında tam eylem sebebimizi bütünüyle ifade ederiz. Raz tam eylem sebebinin belirli sebeplerin bileşiminden nasıl

[805] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 161-62.
[806] Uyanık, *Hukukun Otoritesi*, s. 89.
[807] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 25.

oluşabileceğini arkadaşını tren istasyonunda karşılamaya giden bir kişinin eylemini örnek göstererek izah eder. Raz'ın örneğinde göre kişinin eyleminin sebebi; a) Arkadaşından o gün trenle oraya geleceği, b) Arkadaşının istasyonda kendisi tarafından karşılanmaktan hoşnut olacağı, c) Bu kişinin arkadaşını memnun etmek istemesi gibi sebepler eylem niçin gerçekleştirildi sorusunun cevabı olarak dile getirilebilir. Söz konusu örnekte her bir durum niçin istasyona gidildiğinin açıklanması için bir cevap olarak sunulmuş olabilir; ancak Raz'a göre biz aslında bunların tamamının kişinin istasyona gitmesinin sebebi olduğunu hissederiz; bu durumların her biri tek başına eylem sebebini yalnızca bir kısmının ifadesidir. Bununla birlikte bir eylem için yalnızca bir tam eylem sebebi olması bir zorunluluk değildir; birden fazla tam eylem sebebi söz konusu olabilir. Raz biraz önceki örneğini başka ihtimalleri de kapsayacak şekilde genişletir: d) Kişi arkadaşını istasyonda karşılayacağına dair ona söz vermiş olabilir, e) Kişi verdiği sözü tutması gerektiğine inanabilir, f) kişi arkadaşlarını memnun etmesi gerektiğine inanabilir. Raz (d)'de belirtilen durumun (a),(b) ve (c)'de belirtilen durumlardan bağımsız bir eylem sebebi olduğunu belirtir. Kişinin arkadaşına onu istasyonda karşılayacağına dair söz vermiş olması eylemi için ikinci bir sebebin bir bölümünü ifade etmektedir. Raz (e) ve (f)'nin ise eylem sebebinin bir parçası olmadığının eylem sebebinin sebebi olduklarını ifade eder. Örneğin (a) ve (d) birlikte bir tam eylem sebebi teşkil edebilirler. Kişinin eylem sebebi (a), (b) ve (c) ise eylem sebebinin sebebi (f)'dir; eylem sebebi (a) ve (d) ise eylem sebebinin sebebi (e)'dir[808].

Raz "tam eylem sebebi" kavramının bir sebebin ifadesini tamamlamak ile eylemin kişi tarafından gerçekleştirilmesi için ikinci bir sebebin belirtilmesi ya da sebep için bir sebep sunmak arasındaki farkı açıklamada önemli olduğunu belirtmiştir[809]. Peki, (x)'in Ø eylemini gerçekleştirmesi için p ne zaman bir tam sebep ifade edecektir? Raz bunun sadece iki ihtimal dâhilinde mümkün olacağını belirtmiştir. Birinci ihtimal zorunlu olarak hem p ifadesini hem de x'in Ø eylemini gerçekleştirmesi ifadesini anlayan herhangi bir y kişisi p'ye inanıyorsa, y sahip olduğu diğer inançlardan bağımsız olarak x'in Ø eylemini yapması için p'nin bir sebep olduğuna inanır; bu durumda p x'in Ø eylemini yapması için bir tam sebeptir. İkinci ihtimal [*R(Ø)p, x*]'in [*R(Ø)q, y*]'yi gerektirmesidir; yani ancak y'nin Ø eylemini gerçekleştrimesi için

[808] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 22-23.
[809] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 23.

q olgusunun bir sebep olması halinde x için p olgusu Ø eylemini gerçekleştirmek için bir tam sebep teşkil edecektir[810].

Raz, bir kişinin bir eylemi yapması gerektiğine dair ifadeler pratik çıkarım niteliğinde olduğunu belirtir. "p, (x) kişisinin Ø eylemini yapması için bir sebeptir." ifadesinde p bir öncüldür ve "x'in Ø eylemini yapması için bir sebep vardır" ifadesi ise bu öncülün sonucu olan pratik bir çıkarımdır. Böylelikle belirli bir eylemin gerçekleştirilmesinin sebebi olan olgu ifadeleri, failin belirli bir eylemi gerçekleştirmesi için bir sebep bulunduğu ya da failin belirli bir eylemi gerçekleştirmesinin gerekli olduğu ifadelerinin öncülleridir[811]. Başka bir ifadeyle eylem sebebi failin bir eylemi gerçekleştirmesine eşlik eden pratik muhakemenin öncülüdür[812].

Bu açıklamalar ışığında Raz tam eylem sebebinin arka planında, *"belirli bir eylemi gerçekleştirmek için bir sebep olmasını gerektiren herhangi bir öncül kümesi tarafından ifade edilen olgu*[813]*"* olduğuna dair sezgisel bir fikrin yer aldığını belirtmektedir. Bu sezgisel fikir rafine edilmelidir ve Raz önerdiği tam eylem sebebi tanımının bunu çeşitli şekilllerde yaptığını ifade etmektedir. Özellikle bir olgu gerçekte bir eylem sebebi olmasına rağmen fail tarafından eylem sebebi olarak görülmeyen durumlarda tanım sebebin ne olduğunu açıkça ortaya koyar. Ayrıca tanım, bir eylem için sebep bulunduğu çıkarımı için zorunlu bir öncül olsa dahi analitik bir ifadenin bir tam sebep ifadesinin parçası olmamasını da gerektirmektedir. Raz bu iddialarını vermiş olduğu bir örnek üzerinden açıklamaya çalışmıştır: John'un, "Ø eylemini gerçekleştirmenin insan mutluluğunu arttıracağı her durumda, Ø eylemini gerçekleştirmek için bir sebep vardır." cümlesini ifade etmiş buna karşılık Jack ise bunu reddetmiştir. Burada John tam bir sebep sunmamakta ancak hangi tam sebebe atıfta bulunduğu anlaşılabilmektedir. John'a göre insan mutluluğu bir değerdir ve Ø yapmak belirli koşullar altında insan mutluluğunu arttırmaktadır. Dolayısıyla Ø eylemini gerçekleştirmenin tam sebebi insan mutluluğunu bir değer olarak kabul etmek ve Ø eyleminin insan mutluluğunu arttıracağına inanmaktır. Eğer

[810] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 24. Raz tam sebebin nasıl var olacağına ilişkin yapmış olduğu açıklamanın bir sonucu olarak [R(Ø)p, x] şeklindeki ifadelerin kısmen mantık meselesi olduğunu düşünmektedir. Sebep oluşturan olguların varlığı olgusal bir meseledir ancak bir olgu eğer bir tam sebepse bunun doğruluğunun mantıksal bir meseledir. Örneğin (x)'in Ø eylemini gerçekleştirmesi için p olgusu bir sebeptir biçimindeki bir ifade mantıksal olarak ya doğrudur ya da yanlıştır. Bkz. Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 24.
[811] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 28.
[812] Maria Alvarez, "Reasons for Action: Justification, Motivation, Explanation", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2017 Edition)*, ed. Edward N. Zalta, 2017, https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=reasons-just-vs-expl.
[813] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 24.

Jack'in John'un ifadelerine katılmama gerekçesi insan mutluluğunun bir değer olduğunu kabul etmemesi ise John'un bakış açısından bakıldığında yapmış olduğu hata ahlaki bir hatadır. Ancak katılamama gerekçesi değerlerin her halükarda sebep teşkil edemeyebileceği ya da Ø eylemini gerçekleştirmek mutluluğa katkıda bulunacak olmasına rağmen Ø eylemini gerçekleştirmemek için daha güçlü sebepler bulunduğunu düşünmesi ise Jack açıkça bir mantık hatası yapmış olur. Zira Raz'a göre değerler sebeptir ve bir sebebe daha güçlü bir sebep ağır bassa bile o sebep sebep olma niteliğini kaybetmez[814].

Tam bir eylem sebebinin hangi parçalardan oluştuğunun nasıl belirleneceği sorusunun Raz pratik sebepler ve pratik muhakeme arasındaki ilişkiye odaklanarak yanıtlanabileceğini belirtmiştir. Örneğin soğukların belirli bir derecenin altına düşmesi merkezi ısıtma sisteminin açılması için bir sebep teşkil eder. Aynı şekilde insanların sıcaklık belirli bir derecenin altına düştüğünde acı çekecek olması, ısınma ihtiyacı hissetmesi de merkezi ısıtma sisteminin açılması için bir sebeptir. Bir binanın ısınmasından sorumlu olan görevlinin soğukların başlamasıyla birlikte merkezi ısıtma sisteminin halen çalışır vaziyette olup olmadığını kontrol etmek istemesi de merkezi ısıtma sisteminin çalıştırılması için bir sebeptir. Ancak bu sebeplerden ilk ikisi birbiri ile ilgili olan tek bir sebeptir; sonuncusu ise ilk ikisinden ayrı ancak yine de o sebebi destekleyen başka bir eylem sebebidir. Burada olguları kategorize edebilmemiz ve bazılarını tek bir eylem sebebi olarak birleştirebilmemiz ancak olgulara dair yürüttüğümüz pratik çıkarım ile varılan pratik sonucun uyumlu olması, örtüşmesi halinde söz konusu olabilecektir. Hava sıcaklığının insanların üşümesine yol açacak derecede düşmesi ve hava sıcaklığının düşmesi ile insanların üşümesi ve dolayısıyla acı çekmesi bir sebebi oluşturan, birbirine ait olgulardır. İki olgunun birleşimi bir tam eylem sebebinin ortaya çıkmasını sağlamaktadır. O halde bir pratik çıkarımın ihmal edilmeleri halinde çıkarımı geçersiz kılacak önermeleri tam bir sebep oluşturmaktadır. Başka bir deyişle *atomik bir tam sebep* gereksiz önermeler içermeyen, sağlam bir pratik çıkarımın önermeleri aracılığıyla belirtilmiş olgular olarak tanımlanabilir[815].

[814] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 24-25.
[815] Raz, "Introduction", ss. 4-5.

2.1.2.3.2. Açıklayıcı Sebep-Normatif Sebep

Raz sebep kelimesini iki ayrı standart kullanımı olduğunu belirtir. Bunlardan biri davranışa rehberlik etme anlamında diğeri ise davranışın açıklanması anlamında kullanılmaktadır. Raz açıklayıcı sebep ve normatif sebep ayrımını bir örnek üzerinden ortaya koymuştur: Lucy yeni arkadaşlık kurduğu Mary'e bir kitap hediye ederek arkadaşlığını pekiştirmek istemektedir. Bu durumu Mary'yi tanıyan Edward'a anlattığında Edward bunun iyi bir fikir olmadığını, çünkü Mary'ye kitap hediye etmesi için bir sebebi bulunmadığı söyler. Görüşünü detaylandıramadan Mary gelir ve Lucy ona kitabı hediye eder. Olayın akabinde Lucy Edward'a Mary'ye niçin kitap hediye ettiğini anlamadığını söylediğinde Edward Lucy'nnin niçin kitap hediye ettiğini bildiğini ancak Mary'nin hediyelerden nefret ettiğini de bildiğini söyler. Ancak Lucy bunu bilmemektedir. Raz bu örnekte Edward tarafından dile getirilen iki tür sebep bulunduğunu belirtir. Birincisi Edward tarafından ifade edilen Lucy'nin Mary'ye hediye vermesi için kesinlikle bir sebebinin bulunmadığı ifadesidir. İkincisi ise Lucy'nin Mary'i memnun etme arzusundan haberdar olduğunu belirtmiş olmasıdır. Birinci sebep davranışa rehberlik etmeyi hedefleyen normatif bir sebepken ikincisi sadece niçin hediye verildiğini izah eden açıklayıcı bir sebeptir[816]. Böylelikle eylem sebebplerine ilişkin olarak açıklayıcı sebep-normatif sebep ayrımı yapılabilecektir.

Raz normatif sebeplerin inançlar tarafından değil olgular tarafından oluşturulduğunu düşünmektedir. Bir kişinin yağmur yağacağına inanması şemsiye alması için sebep teşkil edebilir; cezalandırılma korkusu yasalara uyması için sebep teşkil edebilir; arkadaşlarını memnun etme arzusu onlar için bir parti düzenlemesinin sebebini oluşturabilir. Ancak bu örneklerde cezalandırılma korkusu ve arkadaşlarını memnun etme arzusu normatif nitelikli sebepler olarak belirlenebilirken yağmur yağacağına dair inanç normatif bir eylem sebebi oluşturmaz. Şemsiye alınmasının normatif sebebi yağmur yağacağı olgusudur. Bir kişi ağrılarından kurtulmak amacıyla doktora tedavi olduğunda doktor kendisine ağrı kesici bir ilaç verdiğini düşünelim. Bu durumda tedavi gören kişinin ağrı kesici ilacın kendisine fayda sağlamayacağını düşünmesi bu ilacın ağrı kesici özelliğini, bu olguyu ortadan kaldırmayacaktır. Dolayıyla kişinin aksi inancına rağmen doktorun tavsiyesinin içeriğinde yer alan ilacın ağrı kesici olduğu olgusu normatif nitelikli bir eylem sebebi olmaya devam edecektir. Söz konusu

[816] Raz, "Introduction", s. 2.

durumdaki normatif eylem sebebi hasta bundan haberdar olsa da olmasa da vardır; doktorun tavsiyesi ise hastanın bu eylem sebebinden haberdar olmasını sağlamaktadır[817].

Raz normatif sebepler ve açıklayıcı sebeplerin ayırt edilmesi gerektiğini belirtir. Normatif sebepler, bir diğer ifadeyle davranışları yönlendirme amacı güden sebepler, *kişinin ne yapması gerektiğini etkileyen olgular*dır. Açıklayıcı sebepler ise eylemleri açıklanacak failin amaçları, arzuları, olguya dayanan inançları, ahlaki kanaatleri gibi tüm zihin durumları ile ilişkilidir. Açıklayıcı sebepler normatif sebepleri varsayar; yağmur yağacağına inanılması evden çıkarken şemsiyenin niçin alındığını açıklar. Çünkü hava koşullarına bakılarak gerçekleşeceği düşünülen yağmur yağacağı olgusu şemsiye alınmasının gerektiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. O halde açıklayıcı sebep normatif sebep olmaksızın var olamaz. Ancak normatif sebebin varlığı için açıklayıcı sebebin varlığı şart değildir[818].

2.1.2.3.3. Nihai Sebep-Mutlak Sebep-Prima Facie Sebep

Sebeplerin gücü ile ilgili olarak Raz'ın yapmış olduğu bir diğer sınıflandırma da nihai sebep, mutlak sebep, prima facie sebep şeklindedir. Nihai sebep (conclusive reason), bir eylem hakkında geçersiz kılınmamış ve iptal edilmemiş bir sebep anlamına gelmektedir. P x'in Ø yapması için iptal edilmemiş bir sebepse ve p'yi geçersiz kılan bir q olgusu söz konusu değilse x'in Ø yapması için p nihai bir sebeptir. Mutlak sebep (absolute reason) bir eylem sebebini geçersiz kılacak başka bir olgunun söz konusu olamaması durumunda var olan eylem sebebidir. P x'in Ø yapması için bir eylem sebebidir ve p'yi geçrsriz kılacak bir olgu asla mümkün olamaz; bu durumda p mutlak bir eylem sebebidir. Prima facie sebep ise ne nihai ne de mutlak olan eylem sebebidir[819].

Raz yapmış olduğu bu sınıflandırmayı bir örnekle açıklar. Bir kişinin çocuğunun yaralanmış olması onun çocuğunu hastaneye hızlı bir şekilde ulaştırması için bir sebeptir. Kişi bu durumda normalde dikkate aldığı hız sınırlarını ihlal edebilir. Bununla birlikte burada ebeveynin eylem sebebi mutlak nitleikte değildir. Aniden bir yayanın yola çıkması imkân dâhilindedir. Aniden bir yaya yola çıktığı anda ebeynin hızlı araç kullanma sebebi geçersiz kılınmış olurdu. Bununla birlikte yola yaya çıkmadığı takdirde ebeynin hızlı araç kullanması için sebebi nihai bir sebep

[817] Raz, "Introduction", s. 3.
[818] Raz, "Introduction", s. 4.
[819] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 27.

olacak ve çelişen yasal hız sınırına dayanan sebebi geçersiz kılacaktır. Bu örnek çerçevesinde şu söylenebilir; her nihai sebep mevcut ve çelişen diğer sebepleri geçersiz kılar; ancak olası ve çelişen sebepleri geçersiz kılamaz. Olası ve çelişen sebepleri ancak mutlak bir sebep geçersiz kılabilir[820].

2.1.2.3.4. Etkin Sebep-Yardımcı Sebep

Raz olan-olması gereken ayrımı hakkındaki felsefi tartışmaların bir yönünün, öncüllerine inanmak için gerekmemekle birlikte sonuçlarına inanmak için pratik bir eleştirel tutuma sahip olunması gereken geçerli pratik çıkarımların olasılığı üzerine yürütüldüğünü ifade eder. Başka bir ifadeyle bir pratik çıkarımın sonucuna inanmak için pratik eleştirel bir tutuma sahip olunmasının gerekmesi ya da gerekmemesi olan olması gereken ayrrımı açısından önemlidir. Raz bir pratik çıkarımın sebeplerin sonuçlarına olan inanç, pratik eleştirel bir tutumun varlığını gerektiriyorsa etkin bir sebebin varlığından, gerektirmediğinde ise yardımcı bir sebebin varlığından söz edilebileceğini belirtmiştir[821].

Raz etkin sebepler ile tam sebepler arasında da bir ilişki bulunduğunu belirtmektedir. Ona göre her bir etkin sebep eylem için bir tam sebep olarak işlev görür ve her bir tam sebep de eylem için etkin bir sebep olarak işlev görür[822]. Hatta Raz tam bir sebebi oluşturan sebepleri ayırt edebilmek için etkinsebep-yardımcı sebep ayrımından istifade edilebileceğini belirterek argümanını sürdürmektedir. Etkin sebep geçerli hedefleri ifade ederken, yardımcı sebep hedefi gerçekleştirmenin bir yolunu, yöntemini belirten olguları ortaya koyar[823]. Raz etkin sebep ve yardımcı sebep ayrımını şu şekilde belirginleştirmeye çalışmıştır:

> (1) G benim çıkarımdır; (2) P, G için yeterlidir; (3) A yapmak P'yi gerçekleştirecektir (ya da gerçekleştirmesi olasıdır); (1), (2) ve (3)'e göre A'yı yapmam gerektiği sonucu ortaya çıkar. Burada (1) etkin sebeptir; (2) ve (3) yardımcı sebeplerdir. (1)'in kendisi tam sebeptir: G'yi meydana getirmek için bir sebeptir. (2) ve (3) kendi başlarına hiçbir eylem için sebep değildir. Bu, etkin sebeplerin göstergesidir: minimal tam sebeplerdir, bileşenlerinden hiçbiri herhangi bir eylem için tam sebep olmayan atomik sebeplerdir.[824]

[820] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 28.
[821] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 33.
[822] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 33.
[823] Raz, "Introduction", s. 15.
[824] Raz, "Introduction", s. 15.

Raz'ın bu açıklamaları çerçevesinde etkin ve yardımcı sebeplerin neler olduğunu bir örnek üzerinden somutlaştırmak faydalı olabilir. (i) Bir araştırma görevlisinin tezini zamanında bitirmesi ve savunması kendi menfaatinedir. (ii) Bunun için sıkı ve düzenli çalışması gerekir ve bu yeterlidir. (iii) Kendini bu yönde motive etmesi, düzenli bir hayat yaşaması ve kütüphane gibi çalışma disiplinini sağlayacak ortamlarda çalışmayı tercih etmesi tezi için iyi bir çalışma yapmasını sağlayacaktır. Bu bilgiler ışığında araştırma görevlisinin çalışmak için kendini motive etmesi, düzenli bir yaşam sürmesi ve kütüphane ve benzeri elverişli bir ortamda çalışmalarını sürdürmesi gerektiği şeklinde bir çıkarım yapılabilir. Bu örnekte araştırma görevlisinin böyle bir eylemde bulunmasının (tam ve etkin) sebebi tezini vaktinde bitirmesinin menfaatine oluşudur. Sıkı ve düzenli çalışmasının gerekmesi ve bunun için uygun bir yaşam sürmesi ve elverişli bir çalışma ortamının bulunması ise yardımcı sebeplerdir. Bir diğer ifadeyle olması gerekeni ortaya koyma amacını taşıyan geçerli bir pratik çıkarıma temel oluşturan (i) ifadesidir. (ii) ve (iii) ifadeleri ise (i)'yi gerçekleştirme amacı için elverişli yolları ortaya koymaktadır ve bu nedenle yardımcı sebep olarak nitelendirilmelidir.

Raz, yardımcı sebepleri belirten öncüllerin işlevinin, pratik tutumun etkin sebebin ifadesinden sonuca aktarılmasını gerekçelendirmek olduğunu belirtir[825]. Raz bu iddiasını yine bir örnek üzerinden açıklar:

> "Yardımcı sebepleri belirten öncüllerin işlevi, pratik tutumun etkin sebebin ifadesinden sonuca aktarılmasını olduğu gibi gerekçelendirmektir. John'un James'i gücendirmek istediğini ve James'e belli bir olayı hatırlatmanın onu gücendireceğini düşünün. Dolayısıyla John'un James'e bu olayı hatırlatması için bir sebep vardır. John'un James'i gücendirmek istediğine inanan herkes John'un bir şey yapmak için, yani James'i gücendirecek bir şey yapmak için bir sebebi olduğuna inanır. Bu inanç sayesinde, buna uygun pratik eleştirel tutuma sahiptir. John'un söz konusu olaydan bahsederek James'i gücendireceğini bilmek, kişiyi irrasyonelliğin acısını çekme pahasına John'un olaydan bahsetmesi için bir sebep olduğu sonucuna uygun eleştirel tutuma sahip olmaya zorlar."[826]

Burada dikkat edilirse John'un bir olaydan bahsederek James'in gücendireceğini bilmek ve John'un James'i gücendirmek istediğini bilmek John'un James'i gücendirmek istemesi nedeniyle söz konusu olayda bahsedeceğini ifade etmektir; John'un bu olaydan bahsetmesinin

[825] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 33.
[826] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 33-34.

gerekli olduğu, bir olması gereken durumun bildirilmesi anlamına gelmemektedir[827]. Burada bilgi sahibi olan kişi bir olması gereken ifadesi kullanmamaktadır; ancak John'un James'i gücendirmek istediğine inanan bir kişi onu gücendirecek ifadeleri kullanmak için bir sebebi olduğuna inanacaktır ve bu muhakemeyi yürüten kişi söz konusu eylem hakkındaki inancı dolayısıyla pratik bir tutum sahibi olmaktadır[828].

Raz etkin sebeplerin genellikle değer, arzu ya da çıkar olabileceğini ifade eder. Bir kişi iradi bir eylemde bulunduğu her durumda arzuları ya da çıkarları çerçevesinde eylemde bulunmaz; bazen eylemi yapmayı arzulamamasına rağmen eylemi gerçekleştirmek için bir sebebi olduğunu düşündüğü için eylemi gerçekleştirebilir. Raz arzu ve çıkarları değerlerden farklı ele almak gerektiğini vurgulamıştır. Eğer hepsi değer başlığı altında değerlendirilecekse arzu ve çıkarıların öznel değerler olduğunun söylenebileceğini belirtir. Öznel değerler ile nesnel değerler arasında önemli bir fark vardır: Bir eylemin gerçekleştirilmesi için nesnel değerler (örneğin p sebebi) söz konusu olduğunda herkesin eylemi gerçekleştirmek için etkin bir sebebi olacaktır. Ancak p belirli bir kişinin çıkarı ile örtüşüyorsa ya da onun arzuladığı bir şeyse herkes için p'nin etkin bir eylem sebebi olduğu mantıksal olarak söylenemez; ancak söz konusu kişi için p'yi gerçekleştirmek için etkin bir eylem sebebinin bulunduğu söylenebilecektir. Zira kişinin arzu ve çıkarları eylemde bulunması için etkin birer sebep teşkil etmektedir[829].

Raz pratik muhakemede yardımcı sebeplerin çeşitli roller oynadığını belirtir ve bu roller ikisi üzerinde durur. Bazı yardımcı sebepler gerçekleştirtilmesi için sebep olan eylemin tanımlanmasına yardımcı olma işlevi gördüğünden tanımlayıcı yardımcı sebepler olarak adlandırılabilir. Örneğin bir kişi bir başkasına yardım etmek istese ve ona belirli bir meblağ borç vermiş olsa, yardım etme isteği etkin sebebi, belirli bir meblağı borç olarak ona vermesinin arzusunu gerçekleştirmesine yardımcı olacak olamsı ise tanımlayıcı yardımcı sebebi oluşturacaktır. Bir de gücü (ağırlığı) etkileyen yardımcı sebepler söz konusu olabilmektedir. Bu tür yardımcı sebepler, sadece sebepler çelişkisinin olduğu durumlarda önem arz eder ve hangi sebebin daha ağır basacağının belirlenmesine yardımcı olma işlevi görürler. Yukarıda başka birine yardımcı olmak isteyen kişi örneği yardımcı olabileceği iki ihtimalin bulunduğunu ve bunlardan yalnızca birini yapabileceği şeklinde şartlar yeniden kurgulandığında bu iki

[827] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 33, (*) işaretli dipnot.
[828] Uyanık, *Hukukun Otoritesi*, s. 91.
[829] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 34.

ihtimalden hangisinin tercih edileceği gücü (ağırlığı) etkileyen sebep aracılığıyla saptanacaktır. Her bir olasılık yardım edilmek istenen kişiye hangi avantajları sağlayacaktır; hangisi daha faydalıdır gibi değerlendirmeler aracılığıyla kişi karar verecektir. Burada söz konusu olan olgular kendi başlarına etkin bir sebep teşkil etmezler, ayrıca tanımlayıcı yardımcı sebeplerin işlevinden daha fazlasını görürler; çelişen sebeplerin biribirlerien oranla güçlerini belirlemeye yardımcı olurlar[830].

2.1.2.4. Çatışan Sebepler ve Sebeplerin Gücü

Bir eylemin hem yapılması hem de yapılmaması yönünde birer sebep bulunduğunda bu sebepler birbirleri ile çelişirler. [R(Ø)p, x] ve [R(Ø')q, x][831] şeklinde formüle edilebilecek bu durumda p eylemin yapılması q ise kaçınılması için bir sebeptir. Bir eylem için iki sebebin (p ve q) birbirileri ile mantıksal olarak çelişmesi için (p)'nin (p')'yi, (q)'nun ise (q')'ni gerektirmesi ve (p')ve (q')'nun fail ve eylem açısından katı anlamda çelişik olması gerekmektedir. Bir eylemin yapılması için bir sebep varsa, başka bir eylemin yapılması için de başka bir sebep varsa ve bu iki eylemin yapılması mantıksal olarak imkânsızsa bu iki farklı eylem sebebi birbiri ile çelişmektedir. Ancak her iki eylemin gerçekleştirilmesi mantıksal olarak değil de fiziksel olarak imkânsızsa, fiziksel imkânsızlığa yol açan olgularla birlikte ikinci eylemin sebebi olan birinci eylemi yapmaktan kaçınılması için bir sebeptir[832].

Sebeplerin çelişmesi durumunda bazen bu çelişkinin ortadan kaldırılması için bir çözüm bulunmaz, bazen ise sebeplerden birinin daha güçlü olması nedeniyle diğerini geçersiz kılması söz konusu olabilmektedir. p ve q fail ve eylem açısından katı anlamda çelişki sebeplerse ve eylemin yapılması için her iki sebep birlikte bulunabilirken ama eylemin yapılmaması için her iki sebep bir arada bulunamazken, fail (x) ve eylem (Ø) açısından, p sebebi q sebebini geçersiz kılar. Birbiriyle çelişen iki sebepten biri, ancak ve ancak bu sebebin gerektirdiği tüm sebepler, diğerinin gerektirdiği katı bir biçimde çelişen tüm sebepleri geçersiz kılıyorsa (override) diğerinden daha güçlüdür. Başka bir ifadeyle sebepler arasındaki güç ilişkisi açıklanırken bir kişi yapacağı eylem hakkında var olan bir sebebin başka bir sebebin tüm olasılıklarını geçersiz

[830] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 34-35.
[831] Raz'ın kullanmış olduğu sembellere sadık kalınmıştır; burada Ø' ifadesi ile Ø eyleminden kaçınılması kast edilmiştir.
[832] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 26.

kılması ilkinin ikinciden güçlü bir sebep olduğunu söylemek için gerekmektedir. Raz'ın kullandığı sembolik dile ifade edilecek olunursa, p ve q Ø eylemi için birer sebepse ve Ø yapmaktan kaçınmak için p tarafından geçersiz kılınan ancak q tarafından geçersiz kılınan bir sebep bulunmuyorsa ve q tarafından geçersiz kılınan ve p tarafından geçersiz kılınmayan bir sebep bulunmuyorsa, bu durumda Ø eylemini yapmak için p q'dan daha güçlü bir sebeptir. Başka bir ihtimal ise p ve q nun aynı ya da farklı eylemler için birer sebep olduğu varsayıldığında p başka bir eylem sebebi olan r'yi geçersiz kılmasına rağmen q r'yi geçersiz kılmıyorsa ve q'nun geçersiz kılıp p'nin geçersiz kılamadığı bir s sebebi bulunmuyorsa p q'dan güçlü bir eylem sebebidir.[833] Böylelikle Raz eylem sebepleri hakkında "sebeplerin gücü" hususunu dikkate alarak güçlü-zayıf sebep şeklinde bir başka ayrımı daha ortaya koymuş olur. Yapmış olduğu analizlerin bir sonucu olarak da sebeplerin mantıksal gücünün başkaca çelişen sebepleri ne derece geçersiz kıldığına bağlı olduğu söylenebilir[834]. Özetle, sebeplerin gücü hakkında şunlar söylenebilir: 1) Birbiriyle çelişen iki sebepten biri diğerini geçersiz kıldığında onun daha güçlü bir sebep olduğu, 2) bir sebebin başka bir sebebin geçersiz kıldığı tüm sebepleri geçersiz kılması ve buna ilave olarak başkaca sebepleri de geçersiz kılması söz konusu olduğunda daha fazla sebebi geçersiz kılan sebebin daha güçlü olduğu söylenebilir[835].

Sebeplerin gücü ne kadar fazla başka sebebi geçersiz kıldığı dikkate alınarak hesaplanmaktadır. Ancak Raz, bir sebebin başka bir sebebi geçersiz kılması ile bir sebebin iptal edici bir koşulun gerçekleşmesi nedeniyle iptal edilmiş olmasının birbirine karıştırılmaması gerektiği uyarısını yapar. Örneğin iki arkadaşın belli bir saatte belli bir yerde buluşmak üzere sözleşmeleri buluşma yerinde ve vaktinde orada bulunmaları için her ikisi için de bir eylem sebebidir. Ancak arkadaşlardan birinin buluşma yerine giderken yolda acilen hastaneye götürülmesi gereken yaralı bir kişiye rastlaması olgusu buluşma sözünün tutulmaması için bir sebep teşkil edecektir. Böylece yaralıyı hastaneye götürmeye yol açan olgu, eylem sebebi buluşmaya gitmek için var olan eylem sebebini geçersiz kılacaktır. Öte yandan arkadaşının vermiş olduğu sözle bağlı olmaktan diğerini kurtaracak tarzda bir davranışı, örneğin telefonla arayarak müsait olmadığını biliyorum buluşmamızı başka bir tarihe erteleyebiliriz ya da iptal edebiliriz şeklindeki konuşması o kişi için buluşma yerine gidilmesi için var olan eylem sebebini geçersiz kılmaz,

[833] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 26.
[834] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 25.
[835] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 27.

iptal eder. İptal edici bir koşulla bir eylem sebebinin iptal olması halinde birbiri ile çelişen sebepler söz konusu değildir ve bu nedenle bu durumda sebeplerin gücü hakkında söylenebilecek bir veri bulunmamaktadır. Her ne kadar dikkatsiz bir ilk bakışta iptal edilebilir bir koşul ile iptal edilmesi mümkün olmayan bir eylem sebebinin, iptal edilebilir bir eylem sebebinden daha güçlü olacağı şeklinde bir düşünceye kapılmak olası gözükse de iptal edilme durumu bir eylem sebebi değildir ve böylece burada çelişen eylem sebepleri bulunmamaktadır[836].

2.1.2.5. Birincil/İkincil Düzey Sebepler ve Dışlayıcı Sebepler

Raz eylem için birinci dereceden ve ikinci dereceden eylem sebepleri bulunduğunu iddia etmektedir. Birinci düzey eylem sebepleri belirli bir eylemi gerçekleştirmesi ya da gerçekleştirmemesi gerektiğini gösteren olgulardır. Rasyonel bir failin normalde her şey göz önünde bulundurulduğunda var olan bütün eylem sebeplerini tartarak hangisi ağır basıyorsa ona göre eylemde bulunması gerekmektedir. Başka bir deyişle sebeplerden hangisi fail için daha güçlü bir sebepse ona göre eylemde bulunması makul olacaktır[837].

Birincil düzey eylem sebepleri arasında bir çatışma ortaya çıktığında bu çatışmanın nasıl çözüleceği şöyle izah edilebilir: i) Bir kişinin bir eylemde bulunması gerektiği ifadesi, o kişinin o eylemi gerçekleştirmek için bir sebebi olduğu anlamına gelir. ii) Belirli bir eylemde bulunmak için kişinin sahip olduğu en güçlü sebep hangisiyse bu sebebe göre eylemde bulunması gerekir. İki sebepten biri daha güçlü ise güçlü olan zayıf olanı etkisizleştirecektir. Örneğin bir eylemin yapılması için var olan sebebin P yapılmaması yönündeki sebebin ise Q olduğu düşünülecek olursa ve P Q'dan güçlü bir sebepse hem P hem de Q o eylemin yapılması için bir sebep teşkil edecektir[838].

Raz, ikinci düzey eylem sebeplerinin ise belirli olgulara değil belirli sebeplere dayanarak bir eylemin gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirmemesine ilişkin eylem sebepleri olduğunu

[836] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 27.
[837] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 36. Raz burada kullanmış olduğu her şey göz önünde bulundurulduğunda ifadesi ile bir eylem için failin hesaba katabildiği sebepleri değil tüm sebepleri kast ettiği uyarısında bulunmuştur. Bkz. Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 36, * işaretli dipnot.
[838] Uyanık, *Hukukun Otoritesi*, s. 100.

belirtmektedir[839]. Raz'a göre birinci dereceden eylem sebepleri çatıştığında bir önceki başlıkta izah edildiği şekilde sebeplerden görece güçlü olanın etkili olacaktır. Ancak aynı açıklama Raz'a göre birincil ve ikincil düzey eylem sebepleri arasında bir uyumsuzluk ortaya çıktığında geçerli değildir[840]. Bu nedenle Raz birincil ve ikincil eylem sebepleri arasında bir ayrım yapılmasının gerekli olduğunu ileri sürmüştür.

Raz ikincil sebepler arasında da bir ayrım yapmıştır: pozitif ve negatif ikincil sebepler. Pozitif ikincil sebepler belirli bir sebebe göre davranma sebebi iken negatif ikincil sebepler belirli bir sebebe göre davranmama sebebidir. Raz'ın hukuk kuramında asıl üzerinde durduğu bu negatif türde ikincil sebeplerdir ve yazar bunları dışlayıcı eylem sebepleri olarak adlandırmıştır[841].

Raz bir kişinin Ø eylemini yapması için bir p sebebinin bulunması ve q'nun da o kişinin p sebebine göre eylemde bulunmaması için dışlayıcı bir sebepse bu durumda p ve q'nun çatıştığı ve hangisi daha güçlü ise kişinin ona göre eylemde bulunması gerektiği söylenemez. Burada p ile q arasında bir çatışma bulunmamaktadır çünkü q Ø eylemininin yapılmaması için bir sebep değildir. Görüldüğü üzere p birinci dereceden q ise ikinci dereceden bir sebeptir. Raz'a göre böyle bir çelişki durumunda dışlayıcı sebeplerin her zaman üstün geleceğini belirtmektedir. Bu durumda normalde kişi bütün koşulları göz önüne aldığında karşısında var olan sebeplerden hangisi en güçlü ise ona göre eylemde bulunmak şeklindeki muhakemeyi terk etmelidir. Başka bir ikincil sebep tarafından yenilmemiş bir dışlayıcı sebebin varlığı halinde kişi sebepler dengesine göre eylemde bulunmamalıdır. Bu durumda kişinin yapması gereken her şey göz önünde bulundurulduğunda yenilmemiş bir sebebe göre eylemde bulunması gerektiğidir[842].

Raz'ın birincil ve ikincil (özellikle dışlayıcı) sebeplere dair bir ayrım yapmakta ısrar etmesinin gerekçesinin "*pratik hayatta, emirlerin, söz vermelerin, yeminlerin, yasalar gibi otoriter*

[839] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 39; Yahya Berkol Gülgeç, *Otorite, Hukuk ve Liberalizm: Joseph Raz'ın Felsefesine Giriş*, ed. Ertuğrul Uzun, Zoe Kitap 2023, s. 39; Yahya Berkol Gülgeç, *Normativite ve Pozitivizm*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 55.
[840] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 36.
[841] "*Dışlayıcı sebepler burada ilgileneceğimiz tek ikinci dereceden sebep türüdür.*" Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 40.
[842] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 40. Bu arada dışlayıcı sebeplerin bir yandan ikincil bir yandan da birincil bir eylem sebebi olabilmesi mümkündür. Böylesi sebepleri Raz korunan sebepler (protected reason) olarak adlandırmıştır.

kuralların, ahlaki kuralların, sosyal kuralların, kararların ve birinin geleceğine dair yargıların dışlayıcı sebep olarak nasıl iş gördüğünü açıklamayı amaçlaması"[843] olduğu söylenebilir.

Bir sonraki başlıkta Raz'ın hukuk kuramında bu eylem sebeplerinin nasıl rol oynadığı, yaptırımların bir eylem sebebi sayılıp sayılamayacağı ve eğer sayılabiliyorsa ne türde bir eylem sebebi olduğu buraya kadar eylem sebepleri hakkında belirtilenler temelinde incelenecektir.

2.2. Raz'ın Hukuk Kuramında Yaptırım

2.2.1. Hukuk Sistemleri ve Yaptırım

Joseph Raz hukukun özel bir tür kurumsallaşmış normatif sistem olduğunu düşünmektedir[844]. Bu çerçevede hukukun anlaşılabilmesi için öncelikle normatif sistemlerin[845] sonra kurumsallaşmış normatif sistemlerin[846] açıklamasını sunar ve özel bir tür kurumsallşamış normatif sistem olan hukukun diğer kurumsallaşmış sistemlerden ayırt edilmesini sağlayan özellikleri[847] ortaya koyar. Hukuk sistemleri hakkında alt yapı niteliğindeki bu bilgileri sunduktan sonra Raz, bizim araştırma konumuz olan yaptırımların (daha büyük ölçekli olarak cebrin ya da daha da büyük ölçekli olarak gücün) kendi hukuk kuramındaki rolünü açıklamaya girişir[848]. Dolayısıyla Raz'ın kuramında güç, cebir ya da yaptırımın ne rol oynadığını ortaya koyabilmek için yazarın kendi metodunu izleyerek sırasıyla normatif sistemler, kurumsal normatif sistemler ve hukuk sistemleri üzerine yapmış olduğu açıklamaların dikkate alınması gerekecektir.

2.2.1.1. Kurumsallaşmış Normatif Bir Sistem Olarak Hukuk

Hukuk sistemleri kurumsallaşmış normatif sistemlerdendir. Raz, kurumsallaşmış normatif sistemlerin öncelikle yapısal özellikleri üzerinden analiz edildiğini belirtir. Bu sistemler birincil organları oluşturan normlardan ve bu kurumların uyguladıkları normlar aracılığıyla

[843] Uyanık, *Hukukun Otoritesi*, s. 104.
[844] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 149.
[845] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 107-23.
[846] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 123-49.
[847] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 149-54.
[848] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 154-62.

uygulamakla yükümlü kılındıkları tüm normlardan oluşmaktadır. Hukuk sistemleri de bu türde kurumsal normatif sistemlerin tipik bir örneğini oluşturmaktadır[849].

Raz kurumsallaşmış normatif sistemlerin üç özelliğinin bulunduğunu ifade etmiştir. İlk olarak kurumsal normatif sistemler tüm normalarının uygulanma biçimiyle özdeş olmayan ve resmi görevlilerinin ve kurumlarının faaliyetlerine önemli bir ağırlık veren bir uygulanma ya da yürürükte olma kritierine sahiptir[850].

Kurumsal normatif sistemlerin ikinci özelliği tüm normlarının, norm yaratan ya da norm uygulayan kurumları oluşturan normlarıyla içsel ilişkilerinin bulunmasıdır. Raz her normatif sistem için normları sisteme ait olduğunu belirlemeye yarayan ölçütlere gereksinim olduğunu belirtir. Kurumsallaşmış normatif sistemlerin kuralları ise sistemi karakterize eden kurumlarla kuralların ilişkileri dikkate alınarak tanımlanmaktadır[851]. Kuralların, norm yaratan kurumlarla bir ilişkisinin bulunması halinde, söz konusu kurumların belirli koşullar çerçevesinde normaları yürürlüğe koymaları, norm uygulayaan kurumlarla ilişkisinin bulunması halinde ise söz konusu kurumların belirli koşullar altında normalrı uyguluyor olması gerekecektir[852].

Son olarak kurumsallaşmış normatif bir sistemin geçerliliği uygulanıyor olmasına, başka bir deyişle yürürlükte olmasına bağlıdır. Yürürlükte olmayan bir kurallar dizisinin kurumsallaşmış normatif sistem olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır. Raz, Roma hukukuna ait ya da bir hukuk reformu çerçevesinde ortaya konan bir normun geçerlililiğinden söz edilemeyeceğini, bir norm ancak fiilen uygulanan, etkin bir sistem çerçevesinde bu sisteme ait olmasının geçerliliği ile ilgili olabileceğini belirtmiştir. Daha açık bir dille ifade edilmek gerekirse bir norm bir kurumsal normatif sisteme ancak o sistemin kurumları tarafından çıkarılmışsa ya da bu kurumlar tarafından uygulanıyorsa ait olabilir. Raz norm yaratan ve norm uygulayan kurumların bir toplumun davranışlarını düzenleyebilme anlamında bir otoriteye, toplumda böyle bir otoriteye sahip olması durumunda bu sistemin kurumsallaşmış normatif bir sistem olacağını düşünmektedir. Kurumların toplum üzerindeki otoritesi ise davranışları yeterkli bir biçimde düzenleyebilme kapasitesine bağlıdır ve bu nedenle otoriteye sahip olabilmeleri için etkili bir yönetimin kurumu olmaları başka bir deyişle "yarattıkları ve yönettikleri normatif

[849] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 149.
[850] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 126, 128-29.
[851] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 126.
[852] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 127.

sistemin fiilen uygulanması" gerekmektedir. O halde kurumsallaşmış normatif sistemlerin sistemik geçerliliğinin uygulanmalarına bağlı olduğu söylenebilecektir[853].

2.2.1.2. Hukuk Sistemleri

Raz, hukuk sistemlerinin kurumsallaşmış normatif sistemler arasında tipik bir örnek olmakla birlikte diğer kurumsallaşmış normatif sistemlerden farklarının bulunduğunu belirtmiştir. Bu anlamda hukuk sistemleri özel bir tür kurumsallaşmış normatif sistem olarak nitelendirilebilir.

Hukuk sistemlerinin diğerlerinden sağlayan yönlerinden birisi bir toplumda var olan hukuk sisteminin diğer kurumsal normatif sistemlerle kurduğu ilişkiler bakımından farklılaşmaktadır. Diğer kurumsallaşmış normatif sistemlerle girmiş olduğu ilişki hukuk sistemlerinin düzenlediği ya da düzenleme otoritesi iddiasında bulunduğu insan davranış alanlarına bakılarak ortaya konabailir. Hukuk bazen süjelerinden belirli bir biçimde davranmasını isteyeren bazen de belirli davranış alanlarında aktif herhangi bir düzenleme yapmayarak davranış alanlarını düzenlemektedir. Birinci durumda emredici ikinci durumda ise izin veren normları aracılığıyla bu düzenlemeyi gerçekleştirecektir. Böylelikle normatif sistemlerin normları aracılığıyla düzenlenebilecek tüm davranış alanlarını düzenleme iddiasında olduğu dikkate alındığında hukuk sistemlerinin de aynı iddiayı taşıdığı söylenebilecektir[854]. Böylelikle hukuk sistemlerinin diğer kurumsallaşmış normatif sistemlerden düzenledikleri ya da düzenleme otoritesi talep ettikleri davranış alanlarına itabarla ayırt edilebilmesi pek mümkün görünmemektedir. Özellikle sınır durumları olarak nitelendirilebilecek uluslararası hukuk[855] gibi durumlarla karşı karşıya kalındığında hukuk sistemi ile hukuk sistemi olmayan normatif sistemler arasında kesin bir sınır belirlemeye çalışmak nesnellikten uzak ve bir anlam ifade etmeyen bir çaba olacaktır[856].

O halde Raz'ın bir sonraki başlıkta ele almış olduğu hukuk sistemlerini karakterize eden özellikleri mutlak anlamda ayırt edici özellikler olarak görmemek gerekmektedir. Bu özellikler bir hukuk sistemi söz konusu olduğunda onda bulunması beklenen özelliklerdir.

[853] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 128.
[854] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 149-50.
[855] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 150, yıldız işaretli dipnot.
[856] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 150.

2.2.1.2.1. Hukuk Sistemlerine Özgü Özellikler

Raz, hukuk sistemlerinin diğer kurumsallaşmış sistemlerden ayırt edilmesini sağlayan özelliklerin aynı zamanda hukuk sistemlerinin tüm kuramsallaşmış sistemler arasında en önemlisi olduğu gerçeğini de ortaya koyduğunu belirtmiştir[857]. Raz hukuk sistemlerinin etkili olduğu bölgede, süjeleri üzerinde kapsamlı olduğunu, diğer normatif sistemlere karşı üstünlük iddiası taşıdığını ve diğer normatif sistemlerin kurallarını kendi normları çerçevesinde tanıyabilme yetisi anlamında çaık sistemler olduğunu belirtmektedir. Raz'a göre hukuk sistemleri bu üç özelliğe sahip olmaları yönünden en önemli kurumsallaşmış normatif sistem olduğunu iddia etmektedir. Hukuk toplumsal yaşamın kapsamını belirlemesi, topluluk davranışlarının yönlendirilmesi ve düzenlemesi bakımından üstün otorite iddiasında bulunan ve düzenli olarak toplumdaki diğer normların yaratılmasını ve uygulanmasını destekleyen ya da kısıtlayan bir sistemdir. Böylelikle hukuk sistemleri toplumsal yaşamın tüm yönlerinin yürütülmesinde etkin bir rol oynadığını iddia edtmekte ve kendisini toplumun en üstün muhafızı olarak konumlandırmaktadır. Hukuk sistemlerinin taşıdığı bu iddialar eğer doğruysa o halde hukuk sistemlerinin en önemli kurumsallaşmış normatif sistemler olduğu kabul edilmelidir[858].

2.2.1.2.1.1. Hukuk Sistemleri Kapsamlıdır

Hukuk sistemleri her türlü davranışı düzenleme otoritesine sahip olan tek sistem olduğunu iddia eden sistemler olarak çoğu kurumsallaşmış sistemden farklılaşmaktadır. Hukuk sisteminin bulunduğu noktadan bakıldığında (hukuk sisteminin bakış açısına göre), hukuk dışındaki kurumsallaşmış sistemlerden örneğin spor dernekleri, ticari şirketler, kültürel organizasyonlar, siyasi partiler gibi yapılar dikkate alındığında bunların sınırlı hedeflere ulaşmak amacıyla kurulmuş ve bu hedef çerçevesindeki davranışlarla ilgili olarak otorite iddiasında bulundukları görülmektedir. Oysa hukuk sistemleri düzenleme otoritesine sahip olduklarını iddiasında bulundukları davranış alanına ilişkin herhangi bir sınırlama kabul etmezler. Her ne kadar hukuk sistemlerinin de belirli bir amaç uğruna kurulmuş olması mümkün olmakla birlikte bu amacın onun düzenleme iddiasında bulunduğu davranış alanını sınırlaması söz konusu olmaz[859].

[857] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 149.
[858] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 154.
[859] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 150-51. Raz'ın hukuk sistemlerinin kapsamlılık özelliğine sahip olduğu önerisine itirazlar dile getirilmiştir. Shapiro kapsamlıllık iddiasının hukukiliği belirleyen bir ölçüt olmadığını düşünmektedir. Shapiro bir apartman yönetim kurulunun otoritesi ve bir federal devlette federal bölge hukukunun

Hukuk sistemlerinin kapsamlılık özelliğinin tüm davranışların ancak hukuk sistemleri tarafından düzenlenebileceği diğer sistemlerin tüm davranışları düzenlemesinin mümkün olmadığı şeklinde anlamak bir hata olacaktır. Hukuk sistemleri dışındaki sistemlerin de tüm davranışları düzenlemeleri mümkündür; ancak hukuk sistemleri düzenlenebilir tüm davranışların hukuk sistemleri aracılığıyla düzenlenebileceğini, sadece hukuk sistemlerinin böyle bir otoriteye sahip olduğunu iddia etmektedir. Gerçekliğin hukuk sistemlerinin bu iddiası ile örtüşmemesi başka bir bahistir. Hukuk sistemlerinin bu iddiası belirli bir topluluğun davranışlarının tümünün düzenlenmesine yönelik yegâne meşru otorite olduğu anlamına gelmektedir. Ayrıca hukuk sistemleri tek tek bireylerin tüm davranışlarının düzenleme otoritesi bulunduğunu iddia etmek zorunda değildir, iddianın bir topluluğun davranışlarını düzenleme otoritesi olarak belirtilmesi de yeterlidir[860]. Bir topluluğun davranışlarının sistemin normları aracılığıyla düzenlenebilmesinin ise farklı yolları söz konusu olabilir. Bu yollar bir norm aracılığıyla belirli bir davranışın gerçekleştirilmesinin gerekli kılınması, belirli davranışlarda bulunulmasına izin verilmesi ya da bir davranışın bir yetkinin kullanıma dönüştürülmesidir[861].

Raz hukuk sistemlerinde bulunan kapsamlılık özelliğinin nadir de olsa başka kurumsallaşmış normatif sistemelerde de bulunabilceğini belirtir; bu nedenle kapsamlılık bir hukuk sisteminin varlığı için gerekli bir koşul olmakla birlikte diğer kurumsal normatif sistemlerden ayırt edilmesi için yeterli bir koşul değildir. Örneğin kilise yasaları kapsamlılık özelliğine sahip olabilirler ancak çoğu durumda kilise yasalarının diğer koşulları da karşıladığı ve bunların açıkça hukuk sistemi olarak işlediği söylenebilir. Sadece kapsamlılık özelliğine sahip olan ama hukuk sistemlerinin sahip olması gereken diğer özelliklere sahip olmayan dini normatif sistemler ise sınırda vaka olarak değerlendirilmelidir[862].

---

ayırt edilmesinde yaşanacak zorluğu dile getirmiş ve kapsamlılık ölçütünün iş görmezliğini ortaya koymaya çalışmıştır. Bir federe devlet hukuku, federal anayasanın üstünlüğünü kabul ettiğinden kapsamlılık özelliğinden yoksundur. Aynı şekilde bir apartman yönetim kurulunu yetkisi de sınırlıdır ve kapsamlılık rtestinden ne fedare devlet hukukları ne de apartman yönetim kurulları geçemez. Shapiro eleştirisini ayırca modern öncesi dönemlerde, 13. Yüzyıl İngilteresi'nde birden fazla hukuk sisteminin aynı ülkede geçerli olduğu örneği ile destekler: "*Malikane hukuku feodal mülkleri; ticaret hukuku tüccarlar arasındaki ticari etkileşimleri; kilise hukuku o dönemde evlilikleri ve çocukların meşrulaştırılmasını da içeren kilise meselelerini; common law ve hakkaniyet ise diğer her şeyi düzenliyordu*." Shapiro, *Legality*, s. 219. Dolayısıyla kapsamlılık hukukilik için bir ölçüt olamaz ve bu nedenle hukuk sistemlerinin bir özelliği olarak kabul edilemez.

[860] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 150.

[861] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 150.

[862] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 151.

2.2.1.2.1.2. Hukuk Sistemleri Üstünlük İddiasında Bulunur

Raz, hukuk sistemlerinin süjelerini oluşturan topluluk üyelerinin dâhil olduğu ya da olabilceği bütün normatif örgütlerin kuruluş ve işleyişine dair yasaklaama, izin verme ve koşullara bağlama otoritesinie sahip olduğunu iddia eder[863]. Başka bir deyişle bir bölgede uygulanan hukuk sistemi başka hukuk sistemleri ve başka normatif sistemlere karşı bir üstünlük iddiası taşımaktadır. Raz hukuk sistemlerinin bu özelliğinin, kapsamlılık özelliğinin zorunlu bir sonucu, onun bir yönünün detaylandırılması niteliğinde olduğunu belirtmiştir[864].

Raz bir hukuk sisteminin üstünlük iddiasını hem diğer hukuk sistemleri ile çatışma ihtimalini dikkate alarak hem de hukuki olmayan başka bir normatif sistemle çatışma ihtimalini dikkate alarak iki yönden değerlendirmiştir.

İlk olarak bir hukuk sistemi, diğer normatif sistemler karşısında üstün olduğunu iddia eder. Elbette bir bölgede bir hukuk sistemi dışında da etkin bazı normatif sistemler bulunabilir; ancak Raz bunun o bölgede etkin olan hukuk sisteminin vermiş olduğu izin çerçevesinde sınırlı olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla belirli bir coğrafyada, örneğin bir ulus devlet sınırları dâhilinde ancak o devletin hukuk sisteminin üstünlük iddiası söz konusu olacaktır; başkaca bir normatif sistemin üstünlük iddiasında bulunması halinde hukuk sistemi bu normatif sistemi bastıracaktır[865].

İkinci olarak ise aynı coğrafi bölge için çatışan ve otorite iddiasında bulunan birden fazla hukuk sistemi olması durumunda hukuk sistemlerinden birinin üstünlük iddiasında bulunmasıdır. Raz ideal olanın belirli bir coğrafi bölgede tek bir hukuk sisteminin varlığı olduğunu ancak bazı durumlarda başka bir hukuk sisteminin de var olabileceğini belirtmektedir. Farklı hukuk sistemleri zorunlu olmasa da genel olarak birbiri ile çatışan hükümler içermektedir. Nadiren de olsa topluluğun her iki hukuk sistemine de riayet edebilmesi mümkündür. Raz bir hukuk

---

[863] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 151-52.

[864] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 151.

[865] Engin Arıkan, *Sert Pozitivizm*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 88. Raz'ın bir hukuk sisteminin üstünlük iddiasına sahip olduğu şeklindeki önermesine itirazlar dile geitirlmiştir. Özellikle federal yapılı devletlerin hukuki yapıları dikkate alındığında eyalet hukuk sistemlerinin fedaral hukukun otoritersini tanıdığı görülmektedir. Bu konuda Shapiro şu ifadeleri kullanır: *"... çünkü üstünlük bir kurumun hukukiliği için gerekli bir koşul değildir. Eğer öyle olsaydı Florida'da da bir hukuk sistemi olmazdı. Birleşik Devletler Anayasası'nın Üstünlük Maddesine göre, federal yasalar eyalet yasalarından üstündür. Üstünlük şartı, Amerikan tarzı federalizmi, potansiyel bir hukuki yapılanma olarak dışlayacağı gibi, uluslararası hukukun ulus-devletlere yükümlülükler getirmesi ihtimalini de ortadan kaldıracaktır.*" Shapiro, *Legality*, s. 218.

sisteminin süjelerine başka bir hukuk sisteminden ziyade başka bir (hukuki olmayan) normatif sistemin uygulanmasına izin vermesinin daha olası olduğunu belirtmektedir. İki hukuk sisteminin çatışması halinde istisnai durumlar dikkate alınmamak kaydıyla genellikle birinin diğer üzerinde üstünlük iddiası taşıdığı ve süjelerinin davranışlarını belirlemek anlamında diğer hukuk sisteminin otoritesini tanımadığı gözlemlenebilmektedir[866].

O halde bir hukuk sisteminin kendi geçerli olduğu coğrafi sınırlar dâhilindeki üstünlük iddiası, hem başka hukuk sistemleri hem de başka hukuki olmayan normatif sistemlere yöneltilmiş ve kendisinin en üstün otorite olduğu şeklindeki bir iddia olarak tanımlanabilir[867].

2.2.1.2.1.3. Hukuk Sistemleri Açık Sistemlerdir

Hukuk sistemlerinin kapsayıcılık ve üstünlük iddialarına sahip olması onların başkaca normatif sistemlerle etkileşiminin bulunmadığı kapalı sistemler oldukları anlamına gelmemektedir[868]. Hukuk sistemleri kendi bünyesinde bulunmayan, başka sistemlere ait olan normlara sistem içerisinde bağlayıcılık kazandıracak normlara sahip olmak kaydıyla açık sistemlerdir[869]. Bir hukuk sistemi ne denli "yabancı" normları benimsiyorsa o denli açık bir sistemdir. Hukuk sistemlerinin böylesi açık sistemler olması, diğer toplumsal gruplaşma biçimlerini sürdürme ve destekleme şeklinde nitelenebileecek bir özellliğe sahip olmalarının bir sonucudur. Hukuk sistemleri sözleşmeleri, anlaşmaları, bireylerin ve derneklerin kural ve geleneklerini koruması ve uygulaması, kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla başka bir hukuk sisteminin kanunlarının uygulanması gibi durumlar Raz tarafından hukuk sistemlerinin bu özelliğini vurgulamak üzere dile getirilmiştir[870].

---

[866] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 152.

[867] Halit Uyanık, "Kurumsallaşmış Bir Normatif Sistem Olarak Hukuk ve İkincil Eylem Sebepleri", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, ed. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, C. 25, s. 210.

[868] Uyanık, "Kurumsallaşmış Bir Normatif Sistem Olarak Hukuk ve İkincil Eylem Sebepleri", s. 210.

[869] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 152-53.

[870] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 153. Burada gözden kaçırılmaması gereken husus bir hukuk sisteminin ancak kendisine ait bir normu aracılığıyla başka bir normatif sistemin kuralını benimseyebileceğidir. Örneğin bir kanunlar ihtilafı durumu varsayımında Türk hukukunda başka bir ülkenin kanunlarının belirli şartlar gerçekleşmesi halinde uygulanabilmesini sağlayan şey Türk hukukunda böylesi bir kanunlar ihtilafını çözen normun varlığıdır. Örneğin bir Alman vatandaşının Türkiye'de tarafı olduğu bir yargılamada bazı koşulların varlığı halinde Laman hukuku kurallarının uygulanacak olması ile Alman hukuku kuralları türk hukukun bir parçası haline gelmez. Türk hukukunun bir kuralı olan kanunlar ihtilafı kuralı sayesinde Alman hukuku kuralları uygulanabilecektir. Nitekim Raz, bu gibi normların normalde kendilerine yaptırım sağlayan (onu benimseyen) hukuk sisteminin bir parçası olmadığını, ancak kendisine ait bir norm aracılığıyla yabancı norma bağlayıcılık tanındığını ifade etmiştir.

Burada gözden kaçırılmaması gereken husus bir hukuk sisteminin ancak kendisine ait bir normu aracılığıyla başka bir normatif sistemin kuralını benimseyebileceğidir. Örneğin bir kanunlar ihtilafı durumu varsayımında Türk hukukunda başka bir ülkenin kanunlarının belirli şartların gerçekleşmesi halinde uygulanabilmesini sağlayan, Türk hukukunda böylesi bir kanunlar ihtilafı normunun varlığıdır. Örneğin bir Alman vatandaşının Türkiye'de tarafı olduğu bir yargılamada bazı koşulların varlığı halinde Alman hukuku kurallarının uygulanacak olması ile Alman hukuku kuralları Türk hukukun bir parçası haline gelmez. Türk hukukunun bir kuralı olan kanunlar ihtilafı kuralı sayesinde Alman hukuku kuralları uygulanabilecektir. Nitekim Raz, bu gibi normların normalde kendilerine yaptırım sağlayan (onu benimseyen) hukuk sisteminin bir parçası olmadığını, ancak kendisine ait bir norm aracılığıyla yabancı norma bağlayıcılık tanındığını ifade etmiştir[871].

Sonuç olarak bir açık bir kurumsallaşmış normatif sistem, kapsamlılık ve üstünlük iddiası taşıdığı sürece Raz'a göre bir hukuk sistemi olarak kabul edilmelidir. Böylelikle Raz'ın bir hukuk sisteminin varlığı açısından güç, cebir ve yaptırım kavramlarına herhangi bir atıf bulunmadığı görülmektedir. Raz'ın söz konusu kavramları bir hukuk sistemi bağlamında ne şekilde ele aldığı ayrı bir başlık altından incelenecektir.

2.2.1.3. Raz'ın Hukuk Sistemi Anlayışı ve Güç, Cebir ve Yaptırım

Raz hukukun üç temel özelliğinin bulunduğunu belirtir: normatiflik, kurumsallaşmış olma ve cebrîlik. İnsan davranışları için rerhberlik işlevi sunması nedeniyle normatiftir, uygulanması ve değiştirilmesi büyük ölçüde kurumlar eliyle gerçekleştiğinden kurumsallaşmıştır ve kurallarının uygulanması ve kurallarına itaat edilmesi nihai olarak güç kullanımı ile teminat

[871] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 153. Raz bu konuyu bir normun bir hukuk sistemine aidiyeti, üyeliği bakımından ele almıştır. Ona göre çoğu kişi bir hukuk normunun bir hukuk sistemine ait olup olmadığını onun benimsenme biçimine ya da tekniğine bakarak ortaya koymaya çalışmıştır. Ancak bu Raz'a göre sonuç vermeyecek başarısız bir girişimdir. Raz eğer bir hukuk sisteminin parçası olan normlar ile diğer toplumsal düzenlemelerin ve grupları destekleme amacıyla tanınan normalar arasında bir ayrım yapabilmek için, ikinci türde normlara niçin bir hukuk sistemi tarafından bağlayıcı etki kazandırıldığına odaklanılması gerekmektedir. İlk test Kanunlar ihtilafı kuralları içindir. Bir hukuk sistemi başka bir hukuk sisteminin bazı normlarına bağlayıcı etki kazandırmasının sebebi bu normların o hukuk sisteminin süjelerine uygulanıyor olmasıdır; bu yabancı norm, hukuk sistemi tarafından o topluluğun faaliyetlerini düzenleme biçimine gösterilen saygıdan ötürü benimsenmektedir. İkinci test ise ticari şirketlerin düzenlemeleri gibi diğer normatif sistemlerin normlarına ilişkindir. Bir hukuk sistemi kişilerin faaliyetlerini kendi arzuları çerçevesinde düzenleme arzularına saygı duyarak onlara ait normları, sistemin üyesi olan normun vermiş olduğu yetki çerçevesinden benimsemektedir. Böylelikle söz konusu yabancı normlar hukuk sistemi tarafından tanınmış olur; ancak o sistemin üyesi olmazlar. Bkz. Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 153-54.

altına alındığından cebrîdir[872]. Ancak bu ifadelerin sahibinin cebrin hukuk sistemleri için kavramsal açıdan gerekli bir özellik olmadığını, güç kullanımı, cebir ve yaptırım olmaksızın da bir hukuk sisteminin mantıksal olarak düşünülebileceğini ileri sürmesi şaşırtıcı görünmektedir. Raz esasında hukukun üç temel özelliğinden normatiflik ve kurumsallaşmış olmayı hukuk için kavramsal olarak gerekli özellikler olarak görmekte; cebrîliği ise hukuk için olumsal bir özellik olarak görmektedir[873]. Bununla birlikte Raz, cebrîliğin kavramsal olarak gerekli olan bir özellik olmayışı onun hukuk için önzemsiz bir kavram olduğu anlamına gelmediğini de vurgulamıştır[874].

Raz'ın cebir, güç kullanımı ve yaptırım kavramlarını kendi hukuk sistemi kavrayışı içerisinde ne şekilde ele aldığı özellikle onun yasaları birer norm" yani eylem sebebi olarak kavrayan yaklaşımıyla yakından ilişkilidir. Takip eden başlıklarda Raz'ın bu yaklaşımı sunulup analiz edilmeye çalışılacaktır.

2.2.1.3.1. Eylem Sebebi Olarak Yasalar

Raz hukukun, güç, cebir ve yaptırım kavramlarıyla olan ilişkisini hukukun normatifliği bağlamında ele almıştır. Raz'a göre hukuk kuralları normatif bir dil kullanılarak tanımlandığından birer normdur[875]. Bunun Raz'ın kuramı açısından önemli bir sonucu vardır;

---

[872] Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 3.

[873] Oberdiek, "The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems", s. 73. Oberdiek hukuka dair kavramsal ve olumsal özellikler arasında bir ayrım yapmanın tüm hukuk sistemleri için ortak olan tanımsal, kavramsal ve doğal bir gereklilik olan bir özelliğin tespit edilmesinde yararlı olacağını düşünmektedir. Hukuk sistemi için kavramsal olan özellikler hukuk sisteminin bir anlama sahip olması için taşıması gereken özelliklerdir. Hukuk sistemleri bir de "*hukuk süjelerinin özel doğası, ihtiyaçları, arzuları ve gelenekleri; motivasyon teknikleri bilgisi; siyasi, ekonomik, dini ve diğer sosyal güçler*; uluslararası hususlar ve tarihsel tesadüfler" gibi bir dizi etmene bağlı olarak var olan özelliklere de sahiptir; bunlarda da hukuk sistemlerinin olumsal özellikleridir. Bu özellikler bütün hukuk sistemleri için ortak olan özellikler olarak gösterilemez; her hukuk sistemi için farklı farklı olumsal özellikler söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda Oberdiek, ne cebrin ne de cebri yaptırımların hukuk sistemlerinin gerekli bir özelliği olmadığını, "*hukukun ve hukuk sistemlerinin varlığı, kimliği, yapısı ve amacının bunların varlığına ya da yokluğuna bağlı olmadığını"* ileri sürmektedir. Bkz. Oberdiek, "The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems", s. 73.

[874] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 160.

[875] Raz, yasaların tanımlanmasında normatif bir dilin kullanılıyor olmasını bunların birer norm olduğunu kabul etmek için yeterli bir gerekçe olarak görmekle birlikte konuya ilişkin daha ileri açıklamaların yapılmasını gerekli görmektedir. Çünkü Raz, normatif dilin kullanımı ve hukukun bu çerçevede tanımlanması girişimlerinin bazılarında iki büyük hataya düşüldüğünü düşünmektedir. İlk olarak yasaların zorunlu olarak ahlaki sebepler olduğu düşünülmüştür, ikinci fahiş hata ise bir hukuk sistemini ancak süjelerinden oluşan topluluğun büyük bir kısmı tarafından ahlaken geçerli olduğunu inanılması koşuluyla var olabileceği düşüncesidir. Raz, bu hatalara düşülmesinin konunun daha ayrıntılı açıklanmasını gerektirdiğini belirtir ve Hukuk ve Güç başlığı altında hukuk kurallarının eylem sebebi oluşu ve hukuku tanımlamada normatif dilin kullanılmasının gerekçelendirilmesini izah etmeye çalışmıştır. Bkz. Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 154-55.

hukuk kuralı bir norm ise aynı zamanda bir eylem sebebidir[876]. Şüpheye düşülebilecek tek husus hukuk kurallarının birer dışlayıcı sebep olup olmadığıdır; nitekim Raz bunu uzun uzadıya tartışarak hukuk kurallarının dışlayıcı sebep olduğu yönünde kanaatini bildirmiştir[877].

Başlı başına birer eylem sebebi olan yasaların insanların pratik muhakemesine ne denli etkisinin olduğu hukuk kuramcıları tarafından sorgulanan bir konu olmuştur. Raz konuya ilişkin açıklamaları iki başlık altında değerlendirmektedir: 1) yaptırım temelli açıklama, 2) yaptırımsız hukuk sistemi fikri. Sırasıyla iki görüşün ele alınması isabetli olacaktır.

2.2.1.3.2. Yaptırım Temelli Açıklama ve Yetersizliği

Süjelerinden belirli bir davranışı gerçekleştirmesini ya da belirli bir davranıştan kaçınmasını isteyen bir yasa normalde bir insanın pratik muhakemesinde eyle sebebinin bir parçasını oluşturması anlamında rol oynamaktadır. Raz, Julie adında bir vergi yükümlüsü hakkında örnek vererek hukuk kuralının eylem sebebi oluşturmadaki rolünü izah etmeye çalışmıştır. Julie bir vergi yükümlüsüdür ve vergisini ödememesi halinde patronu onu işten çıkaracağını belirtmiştir. Ayrıca Julie'nin vergi kaçırdığını öğrenmesi halinde hasta babası son derece büyük bir üzüntü duyacaktır. Raz bu koşullar altında vergi yasasının Julie için iki tam eylem sebebinde rol oyandığını belirtir. İlkin vergi yasası ile birlikte Julie'nin vergisini ödememesi halinde işten çıkarılacak olması ve işini koruma arzusu yasaya uyması yani vergisini ödemesi yönünde sağduyusal bir eylem sebebidir. İkinci olarak vergi yasası ile birlikte Julie'nin vergisini ödememesi halinde babasına yaşatacağı sıkıntı ve bu acıyı önleme arzusu yasaya uyması yönünden ahlaki bir sebep oluşturmaktadır[878].

Ancak doğaldır ki yasaların kişiler üzerinde bu tür öznel durumlarından bağımsız olarak etki doğurması, bunlardan bağımsız olarak bir eylem sebebi teşkil etmesi gerekmektedir. Julie'nin durumunda elbette yasanın varlığı eylem sebebinin bir parçasını oluşturur ama bir yasanın norm olması ve bir eylem sebebi teşkil ettiğinin açıklanabilmesi için kuralın uygulandığı tüm durumlarda mevcut olan özelliklerden yola çıkılması gerekmektedir. Dolayısıyla Julie'nin

[876] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 154.
[877] Hukuk kurallarının dışlayıcı sebep olduğu hakkındaki açıklamaları için Bkz. Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 132-48.
[878] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 155-56.

patronunun vergi ödememesi halindeki tutumu ya da babasının yaşayacağı üzüntü hukuk kuralının bir eylem sebebi olduğunun açıklanması için kullanılamaz[879].

Bu noktadan hareketle bazı hukuk teorisyenleri hukukun normatifliğini kuralın ihlali halinde uygulanmak üzere öngörülmüş olan yaptırımla ya da kuralı ihlal edenlere sistematik güç uygulanmasının yaptırımla desteklenmesine atıfla açıklamayı tercih etmişlerdir. Raz bu açıklamanın makul göründüğünü belirtir, bir yasanın yaptırımla desteklenmesi yaptırımların çoğunlukla insanlar tarafından kaçınılacak sonuçlar olması nedeniyle insanlar için yasaya uymaları yolunda bir sebep sunmaktadır. Bununla birlikte her yasa ihlalcisine yaptırım uygulanmamaktadır; ya da yaptırımlar her zaman bir yasa ihlal edildiği için uygulanmaz. Bu gerçek dikkate alındığında, Raz, yine de "motivasyonel genelleme" olarak adlandırdığı zayıf bir genellemenin doğru olduğunu belirtmektedir. Yazar, motivasyonel genellemeyi, yasaların normalde, genellikle ya da sıklıkla yasaları ihlal eden kişilere karşı yaptırım uygulanması ya da güç kullanılmasına neden olması olarak tarif eder. Burada iki varsayım söz konusudur: birincisi yasaların tüm yasa ihlallerine karşı yaptırım ya da güç kullanımı öngörmektedir; ikincisi yasalar genel olarak etkilidir ve genel olarak yaptırımları hak eden kişilere uygular[880]. Böylelikle Raz yaptırım temelli teoriler için bir tutamak noktası olarak motivasyonel genellemenin elverişliliğini gündeme getirmektedir.

Raz motivasyonel genellemenin dayandığı iki varsayımın doğruluğunu sorgulayarak ilerler. İlk varsayım yani hukukun her yasa ihlaline karşı yaptırım ya da güç kullanımı öngörüp öngörmediğini tartışır[881]. Bilinen hukuk sistemlerinin çoğunun yaptırımlara yaygın bir biçimde başvurduğunu ve nihayetinde güç kullanımını içerdiğini Raz kabul eder[882]. Raz, bilinen tüm hukuk sistemleri hakkında bir genelleme yapmanın sakıncalı bazı yanları olduğu şerhini düşerek hukuk sistemlerinin genellikle 1) görevlerini yerine getirirken resmi görevlilere karşı güç kullanımı yasakladığını, 2) yaptırımlara uyulmasını sağlamak için güç kullanımına izin

[879] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 156.
[880] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 156.
[881] Raz, sıklıkla birbiri yerine yanlış bir şekilde kullanılan "yaptırım" ile "güç kullanımı" arasında ayrım yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bazı yaptırımlar güç kullanımı niteliğinde olabilir ancak güç kullanımı niteliğinde olmayan yaptırımlar da çoğunluktadır. Bir idam cezası ya da kırbaçlama cezası güç kullanımı içerirken para cezacı ya da tazminat ödenmesi gibi bir hakkın geri alınması ya da bir ödevin dayatılması niteliğindeki çoğu yaptırım güç kullanımı içermez. Güç kullanımı daha ziyade olağan yasalara ve yaptırımla desteklenen emirlere uyulmasını sağlamak için bir infaz önlemi bağlamında kullanılmaktadır. Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 157.
[882] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 157-58.

verdiğini, 3) sıradan vatandaşlara (resmi görevli olmayan hukuk süjelerine) yönelik tüm hukuk kurallarının bilinçli yasa ihlallerini karşı yaptırım öngördüğünü belirtir[883].

Yaptırım temelli açıklamayı bu üç genelleme üzerinden formüle eden Raz, bu genellemelerin hukuk sistemlerinin tüm hukuk ihlallerine karşı yaptırım ya da güç kullanımı öngördüğü varsayımının doğruluğunu ortaya koymada başarılı olmadığını ileri sürmüştür. Bir kere çoğu hukuk sisteminde mahkemelerin, başkanların, yüksek rütbeli memurların bazı görevlerini ihlal etmeleri halinde herhangi bir yaptırım öngörülmeyen pek çok durum söz konusu olabilmektedir. Esasında yukarıda yaptırım temelli açıklama hakkında zikredilmiş üç genelleme de yetkililere yönelik yaptırımla desteklenmeyen emredici normlara izin vermektedir. Ancak sadece yetkililer açısından değil sıradan vatandaşlar açısından da yaptırımların hiç devreye girmediği, cebri uygulamalara yer vermeyen bir hukuk sisteminin yürürlükte olması da insani açıdan olmada da mantıksal açıdan mümkündür. Her hangi bir yaptırım öngörmeyen bir hukuk sistemi insani açıdan mümkün değildir; zira hukuku makul ölçüde uyulmasının sağlanması ve hukukun tamamen çökmesinin engellenmesi için, yeri geldiğinde güç kullanılarak uygulanacak yaptırımların desteğine ihtiyaç vardır; insani sistemler için yaptırım bir gerekliliktir. Bununla birlikte Raz, bu *insani* çerçeveyi aşıp hukukun süjesi olup, *hukuka uymak için yaptırımlardan bağımsız sebepleri* olan başka rasyonel varlıkların hayal edilebileceğini belirtir. Hatta insanların dahi böylesi varlıklara dönüşebilmesi imkân dâhilindedir. Süjelerinin böylesi varlıklardan müteşekkil olduğu bu toplumda yasalara uyulması için yaptırım öngörülmesi gereksiz bir çaba olacaktır; süjelerin zaten yasalara uymak şeklinde yeterli sebepleri olduğundan yasa koyucu tarafından başka bir sebep sunulmasına gerek bulunmamaktadır ve nitekim böylesi bir toplumun yasa koyucusu bu zahmete girmeyecektir. Bu toplumda geçerli olan sistemleri kapsamlılık, üstünlük iddialarını taşıyan açık sistemlerse hukuk sistemi olarak kabul etmek gerekecektir[884]. Böylelikle Raz yaptırımların her ne kadar ampirik olarak olmasa da mantıksal olarak hukuk sisteminin kavramsal bir parçası olmadığı iddiasına temel hazırlayan ve kendisi tarafından "melekler topluluğu" olarak adlandırılan bir bir topluluk tahayyül etmiştir. Eğer melekler topluluğu bir hukuk sistemi olarak kabul

[883] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 158.
[884] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 158-59.

edilebilirse yaptırımların hukuk sistemleri için gerekli bir unsur olmadığı en azından kavramsal açıdan söylenebilecektir.

2.2.1.3.3. Yaptırımsız Bir Açıklama İhtimali: Melekler Topluluğu

Raz *bilinen hukuk sistemleri* için yaptırımlara ne derece yaygın bir biçimde başvurulduğunun ve yaptırımların ne derece önemli olduğunun farkındadır. İnsan doğasının mevcut hali göz önüne alındığında yaptırımlara müracaat etmenin hukuk sistemleri için evrensel olacağı yönünden görüşünü de belirtmiştir. Böylelikle Raz hiçbir yaptırımla desteklenmeyen bir hukuk sisteminin varlığını ve *yaptırımların hukuk kavramının bir parçasını oluşturan bir özellik olmadığını* iddia ederken zorlu bir işe kalkıştığının farkındadır[885].

Raz melekler topluluğunun üyelerinin bizlerden tek farkının kendi hukuki kurumlarına karşı duydukları evrensel ve köklü bir saygı ve yasalara itaatsizlik etme arzusundan yoksun olmaları şeklinde betimler[886]. Bununla birlikte bunlar mükemmel varlıklar da değildir; doğru olduklarını düşündükleri zaman kendi çıkarları doğrultusunda eylemde bulunan ve yanılabilen varlıklardır[887]. Dolayısıyla Raz öncelikle her halükarda kurallara uyacak, kurallara uymak için fazlasıyla sebeplere sahip bir melekler topluluğunda dahi bir hukuk sistemine olan gereksinim olacağını belirtir.

Yasaya itaat probleminin bulunmadığı bir melekler topluluğunda dahi koordinasyonun sağlanması için yasalara dolayısıyla bir yasa koyucuya ve yürütme organına gereksinim duyabilirler. Duyulan gereksinim yasama ve yürütme organlarından ibaret değildir; aynı zamanda yapacakları işlemlerin yorumlanması ve etkileri hususunda ihtilaflar çıkma ihtimali nedeniyle ve yasaların boşluk bıraktığı ve uyuşmazlığın çözülmesi esnasında doldurulması beklediği hususlar nedeniyle mahkemelere de gereksinim duyacaklardır. Yasama yürütme ve yargı organlarına gereksinim duyan ve bunlara sahip olan ancak yaptırımlara gereksinim

[885] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 159.
[886] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 159.
[887] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 160.

duymayan[888] bir topluluğun hayatını düzenleyen kuralları bir hukuk sistemi olarak nitelendirmek için yeterli gerekçe bulunmaktadır[889].

Raz, böyle bir melekler topluluğu değil de sıradan insanlardan (insan doğasının ne olduğu dikkate alındığında) oluşan bir topluluk için imkân dâhilindeki tüm hukuk sistemleri için yukarıda yaptırım temelli açıklama için belirlemiş olduğu üç genellemenin doğru olduğunun söylenebileceğini belirtir. Böylece Raz sadece böylesi insanlardan oluşan toplulukların hukuk sistemlerinin normatifliğinin açıklanması için yaptırıma dayanan bir açıklama kabul edilebilir bulmakta melekler topluluğu gibi rasyonel ancak farklı bir doğası olan bir topluluğun hukuk sisteminin normatifliğinin açıklanması için ise farklı bir açıklama sunulması gerekeceğini düşünmektedir[890].

Bununla birlikte Raz, yaptırım temelli açıklamaların, sıradan insanlara özgü hukuk sistemlerini açıklamada dahi, başka bir sebepten ötürü yine de başarısız olacağını belirtir. Bu noktada Raz yaptırımla desteklenen bir normun ne türde bir eylem sebebi olduğunu analiz ederek, yaptırım ve eylem sebebi arasındaki ilişkiyi saptamaya girişir. Raz eylem sebeplerine dair yapmış olduğu ayrımlardan birisi de tam sebep ve yardımcı sebeptir. Yaptırımla desteklenen bir normun süjesi açısından tam eylem sebebi süjenin yaptırımdan kaçınma arzusu ya da kendisine yaptırım uygulanmasının çıkarları ile çatışması olgusunu içermektedir. Failin yasayı dikkate almasının sebebi, etkin sebep yaptırımdan kaçınmak istemesidir[891]. Dolasıyla yasada öngörülen yaptırım failin kaçınmak isteyeceği bir şey değilse fail için bir eylem sebebi oluşturmayacaktır; başka bir deyişle yaptırımla desteklenen bir yasa ancak süjeler tarafından nahoş görülen kaçınmak isteyecekleri bir sebep olmaları halinde eylem sebebi teşkil edecektir.

[888] Raz, tasarladığı melekler toplumunda kazara birilerine zarar verilmesi olasılığına binaen zararı telafi edici nitelikte hak ve yükümlülükler tesis eden yasaların bulunabileceğini belirtmiştir. Raz bunların yaptırım olarak kabul edilebileceğini ancak cezai bir yaptırım, ya da uygulanmalarını sağlamak için güç kullanımını gerektiren yaptırımlar olarak kabul edilemeyeceklerini düşünmektedir. Bunlar topluluk üyelerini yasayı çiğnemekten caydırmak için tasarlanmamıştır. Bir kaza sonucu verdiği zararı telafi etme görevini ifa etmeye hazır olan üyelerin zararı telafi etme usulünü düzenleme amacı güdülmektedir. Raz insani hukuk sistemlerindeki medeni hukukun zararı telafi etmeye yönelik hükümleri için de aynı değerlendirmenin yapılabileceğini belirtir. Örneğin bir kira sözleşmesinde yer alan kiracının sebebiyet verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğunu belirten ifade bir cezai yaptırım ya da uygulanması için güç kullanımını gerektiren bir yaptırım olarak değerlendirilmemelidir. Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 160.

[889] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 159-60.

[890] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 160-61.

[891] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 161.

Yasa yaptırımın uygulanmasına neden olacak eylemi tanımlar ve yaptırımın ne olduğunu belirler; böylelikle yasa etkin sebebin hangi eylem için bir sebep olduğunu belirlemektedir. Bu ise yaptırımla desteklenen ancak yardımcı bir eylem sebebi olduğu anlamına gelmektedir. Bu ise yaptırımla desteklenen yasaları önemsiz görmek anlamına gelmez. Bilakis bu yasalar toplumsal koordinasyonu sağlamak ve insanlara yasalara uymaları için sebepler sunma aracı olarak en önemli yoldur. Ancak yaptırımla desteklenen yasaların yardımcı sebep olmaları emredici normların açıklanmasında bir işlev görememesi nedeniyle sorun teşkil etmektedir. Çünkü emredici normlar tam, dışlayıcı ve etkin sebeplerdir. Oysa yaptırımla desteklenen yasalar yukarıda izah edildiği üzere yardımcı sebeplerdir; dahası dışlayıcı sebep de değildirler. Buradan çıkacak sonuç, tüm beşeri sistemlerdeki önemine rağmen yaptırım odaklı bir açıklamanın hukukun normatifliğini açıklamadan aciz olduğudur. Yaptırım odaklı açıklamalar yasaların sebep olduğu bir yolu açıklarlar; ancak yasaların niçin norm olduklarını, yaptırımla desteklenen yasalar bir tam, dışlayıcı eylem sebebi olmamaları nedeniyle açıklayamazlar[892].

2.2.2. Hukuk Normları ve Yaptırım

2.2.2.1. Ödev Yükleyen Yasalar ve Yaptırım

2.2.2.1.1. Hukuki Olmayan Ödev Yükleyen Kurallar ve Eleştirel Tepki

Raz ödev yükleyen yasalarla ilgili bir açıklama için en uygun başlangıç noktasının hukuki olmayan ödev yükleyen kuralları incelemek olduğunu belirtmiştir[893]. Raz'ın toplumsal yükümlülükler getiren kurallara ilişkin olarak bazı düzeltme niteliğinde bazı eklemeler yaparak Hart'ı takip ettiği, onun görüşlerini geliştirdiği görülmektedir. Hatılanacak olursa Hart bir toplumsal kuralın varlığı için üç koşul aramaktaydı: 1) Kurala toplumun genelince uyulması gerekir, 2) Sapma davranışları eleştiriye açık hata ya da eksiklikler olarak görülür ve bu davraışlara karşı uyma baskıyı yöneltilir, 3) Sapma hem eleştiri hem de uyma baskısı için meşru ve haklı bir gerekçe oluşturur[894].

[892] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 161-62.
[893] Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 147.
[894] Hart, *The Concept of Law*, ss. 55-56.

Raz'a göre Hart'ın toplumsal kurallar analizi ancak *grubun tüm üyelerine yönelik*[895] ve *karmaşık nitelikte olmayan* toplumsal kurallar için geçerli olabilir; ancak toplumsal kurallar iki bakımdan daha karmaaşık bir yapıya sahip olabilmektedir. İlk olarak pek çok toplumsal kural bireylerin ödevlerini yerine getirme sıklıkları üzerinde ya başkalarına (örneğin ebeveyn çocuk ilişkisi) ya da kendilerine (örneğin söz vermek) ödev yükleyebilmeleri biçiminde bir kontrole sahip olmalarına imkân tanıyabilmektedir[896]. İkinci olarak bireyler var olan yükümlülüklerin kaldırılması olarak nitelendirilebilecek yükümlülerin ödevlerinden azat edebilmeleri (örneğin tazminat alacaklısının alacağından vazgeçmesi) mümkün olabilmekte ve böylece yükümlü yükümlülğünü yerine getirmemiş olmasına rağmen hak sahibinin hakkından feragat etmesi ya da benzeri bir sebep sayesinde toplumun eleştirel tepkisinden tamamen ya da kısmen kurtulabilmektedir[897].

Raz, üç hususa vurgu yaparak, Hart'ın toplumsal kurallar analizinin basit olmasına rağmen yine de özellikle ödev yükleyen kurallara dair bir açıklama için bir başlangıç noktası olarak temel alınabileceğini düşünmektedir:

> "1. Bir eylem belirli kişilere (toplumsal) bir ödev olarak yüklendiğinde, (diğer koşullar eşit olduğunda) eylemin yerine getirilmemesini yerine getirilmesinden daha az uygun hale getiren ve böylece yerine getirilmesi için standart bir sebep sağlayan bir faktör vardır. Bu faktör, *eleştirel tepkilerle karşılaşma* olasılığıdır.
> 2. Ödevin yerine getirilmesi için standart sebebi oluşturan olguların varlığı, en azından kısmen ödevin yerine getirilmemesinden kaynaklanan ya da bu olgu tarafından motive edilen *iradi insan davranışına* bağlıdır.
> 3. Ödev yükleyen kuralın varlığı, kuralın var olduğu grubun üyelerinin büyük bir kısmını kapsayan ve görgü tanıkları tarafından meşru kabul edilen eleştirel tepkilerden oluşan *kalıcı ve karmaşık davranış kalıplarına* bağlıdır."[898]

Raz böylelikle ödev yükleyen bir kuralın varlık koşullarını da açıklamış olur. Raz'a göre ödev yükleyen kurallar birincisi eleştirel tepkilerle karşılaşma olasılığının sağladığı bir eylem sebebi oluşturmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken eylem sebebini oluşturan olgunun temelinde iradi insan davranışının bulunması gerekmektedir. Örneğin insanlar elini ateşe

[895] Raz toplumsal kuralların çoğunlukla toplumsal grup üyelerinin bir kısmına, belirli bir alt sınıfına yönelik olduğunu ileri sürer. Örneğin bazı toplumsal kurallar sadece kadınlara, bazıları sadece din insanlarına, bazıları ise sadece bekârlara, bazısı ise yabancılara yöneliktir. Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 149.
[896] Raz, *The Concept of a Legal System*, ss. 148-49.
[897] Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 149.
[898] Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 149. İtalik vurgu tarafımızca eklenmiştir.

sokmazlar, çünkü ateşe ellerini soktuklarında ellerinin yanacağını bilirler. Bununla birlikte ateşin eli yakması iradi bir insan davranışı olmadığından kişinin elini ateşe sokmaması ödevi altında olduğu söylenemeyecektir[899]. Dolayısıyla ikinci koşul iradi insan davranışının temelini oluşturduğu bir olgunun varlığıdır. Bu koşulun eklenmesi ile birlikte ancak bir normun varlığından bahsedebilmek mümkündür. Raz, bir ödev yükleyen kuralın/normun ya da bir ödevin varlığı için tüm bu iki koşula bir üçüncüsünün de eklenmesini gerektiğini belirtir. Her kuralın-nomrun-yasanın varlığı ait olduğu sistemin varlığına bağlı olduğundan aynı zamanda uygulandıkları toplumun büyük bir kısmının kalıcı ve yaygın davranış kalıplarına da bağlıdır. Ödev yükleyen bir kuralın varlığı için ise kalıcı ve yaygı davranış kalıbının toplumsal grup üyelerinin büyük bir kısmı tarafından benimsenmiş olması ve görgü tanıkları tarafından meşru kabul edilen eleştirel tepkilerden oluşması gerekmektedir[900]. Raz böylelikle ödev yükleyen kuralların özelliklerini izah etmiş olur.

2.2.2.1.2. Yaptırımlar ve Eleştirel Tepki

Raz, hukuk sistemleri söz konusu olduğunda ödevin yerine getirilmemesi halinde eleştirel tepkinin genellikle organize *yaptırımlar* aracılığıyla ortaya konduğunu belirtir. Hukuki yaptırımlar, hukuki ödevlerin ihlali sonucunda, genellikle yaptırma maruz akalnın aleyhine olacak bir biçimde ve bu nedenle ödevi yerine getirmek için standart bir sebebp oluşutracak şeklilde, iradi insan eylemleri aracılığıyla uygulanır. Böylelikle ödev yükleyen kuralların ilk iki özelliği karşılanmış olur. Bununla birlikte yaptırımlar ve eleştirel tepki arasında farklar bulunmaktadır. Bir kere eleştirel tepkiler çok daha geniş bir uygulama araçlarına ve alanlarına sahiptir. Yaptırımlar ise eleştirel tepki araçlarından birisi olacak kabul edilebilir. Bu genel farklılık dışında yaptırımlar ve eleştirel tepki arasında başkaca farklar da bulunmaktadır:

1) Hukuki yaptırımlar, hukuki hak ya da statüden mahrum bırakma, hukuki ödevler yükleme, yaşamdan, özgürlükten sağlıktan veya mallardan mahrum bırakma ve toplumsan topluma değişkenlik gösterebilen ama bunlara benzer nitelikteki önlemlerdir. Oysa eleştirel tepkilerhem bunları hem de birçok başka versiyonu içerdiğinden daha geniş kapsamlı bir kategoridir.

[899] Raz, *The Concept of a Legal System*, ss. 149-50.
[900] Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 150.

2) Yaptırımların çoğunun infazı için güç kullanımı gerekmekteyken toplumsal kurallar ve onların karakteristik özellikleirnden olan eleştirel tepki söz konusu olduğunda güç kullanımı bu denli yüksek oranda gerekli olmaz; bazı durumlarda gerekirken bazı durumlarda da gerekmez.

3) Yaptırımın niteliği hukuk tarafından hassas bir biçimde belirlenir ve bir ödevin ihlali için hangi yaptırım ya da yaptırımların (yaptırımın niceliği) uygulanacağı önceden belirlenmektedir. Ancak toplumsal kuralların karaketeristik bir özelliği olarak ödevin ihlal edilmesine yönelik verilecek eleştirel tepki hem nitelik hem de nicelik yönünden belirsiz bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Elbette bunun istisnaları olabilir; ancak toplumsal kuralların karakteristiği bu şekildedir.

4) Hukuki yaptırımların infaz etmekle görevli olan resmi görevliler, yasa tarafından daha kesin bir biçimde belirlenir. Hukuk sistemleri yaptırımları uygulamakla mahekemeler ya da polisler ve benzeri resmi görevlileri yetkilendirmektedir. Oysa toplumsal kurallar söz konusu olduğunda bir ödevin ihal edilmesi halinde eleştirel tepkinin kim tarafından uygulanacağı belirlenmemiştir; buna ilişkin bir görevli bulunmaz; kimi durumlarda ödevin ihlalindne zara gören ya da onun yakınları, kimi durumlarda ödevi ihlal edenle ilişkili olan kişilere bırakılmıştır[901].

Raz bu farkların yaptırım ve eleştirel tepki kavramlarını tam anlamıyla birbirinden ayırt etme işlevi göremeyeceğini belirtir. Nitekim verdiği ölçürde hep bir genelleme ifadesi bulunmaktadır. Dolayısıyla yaptırımlar ve eleştirel tepkileri mutlak bir biçimde ayırt etmek mümkün değildir. İkisi arasındaki yapılabilecek en olası ayrım yaptırımların hukuk sistemleri tarafından düzenleniyor olmalarına dayandırılabilir[902].

2.2.2.1.3. Ödev, Yaptırım veya Eleştirel Tepkinin İnfazı

Raz'a göre eleştirel tepkinin yaptırımlardan daha geniş bir kavram olduğu ve hukuk kurallarının da toplumsal kuralların bir türü olduğu dikkate alınarak hukuki ödevlerin ihlaline yönelik tepkilerin yaptırımlardan ibaret olduğu düşünülmemelidir. Bu esasında büyük ölçüde doğrudur; hukuk sistemleri hukuki ödevlerin ihlaline çoğunlukla yaptırımlarla karşılık verir; ancak

[901] Raz, *The Concept of a Legal System*, ss. 150-51.
[902] Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 151.

yaptırım niteliğinde olmayan eleştirel tepkilerle yanıt verilmesi de mümkündür. Karakteristik olan hukuki bir ödevin ihlali durumunda bir eleştirel tepkinin varlığıdır[903].

Raz, yasanın ihlal edilmesi durumunda yetkili organların göstereceği eleştirel tepki ödev yükleyen bir yasanın karakterini belirlemede önem arz edeceğini belirtir. Sıradan vatandaşların eleştirel tepkisi de etmen olabilmekle birlikte esas önemli olan eleştirel tepkiyi göstermekle yetkili olan resmi merciilerin eleştirel tepkisidir. Şüphesiz yasayı uygulayan merciilerin tutumu ne yaptırımların diğer eleştirel tepki türlerinden ayırt edilemesinde ne de yaptırım türleri arasında ayrım yapılmasında rol oyanayan tek etmendir; ancak en önemli etmen olduğu söylenebilir[904]. Örneğin bir vergi belirleyen yasa da vergisini zamanında ödemeyen vatandaşlara para cezası öngören bir yasa da süjelerinden belirli bir meblağ para ödemelerini talep etmektedir. Ancak bir vergi düzenlemesi bir ödevin ihlaline yönelik bir tepki olarak, bir yaptırım olarak değerlendilemez, oysa verginin ödenmemesi halinde doğacak para cezası bir yaptırımdır ve dolayısıyla eleştirel bir tepkidir. Raz'a göre bu sonuca resmi görevlilierin her iki yasayı uygulama biçimlerini dikkate alarak ulaşılabilir. Bu noktada mahkemelerin en belirleyici resmi merciiler olduğu söylenebilir. Zira bu hususta belirleyici olduğu düşünülebilecek parlamento görüşmeleri, hükümet tasarılarına eklenen açıklayıcı notlar vesair kaynakların mahkemeler tarafından kendilerine atfedilen önem çerçevesinde bir rolü olabilecektir[905].

Ödev yükleyen bir kuralın karakteristiğinin belirlenmesinde yasayı uygulayan merciilerin eleştirel tepkiyi gösterme tutumuna yapılan vurguyu açıklamak faydalı olacaktır. Bir ödev ve bir yaptırımın varlığına yasayı uygulayan mercilerin tutumuna bakarak şu şekilde hükmedilebilmektedir: Örneğin yasayı ihlal eden kişiye, bir statükodan mahrum bırakarak, verdiği zararı tazmin ettirerek ya da ona ceza infaz ederek onu dezavantajlı bir duruma düşürecek bir uygulama gerçekleştirildiğinde, uygulanan dezavantajlı durum bir yaptırımdır ve bireyin eylemi de bir ödevin ihalli niteliğindedir. Bu bağlamda hem ceza hukukundaki ceza öngören kurallar hem de medeni hukukta tazminat öngören kurallar ödeve sebebiyet veren yaptırımlardır[906].

[903] Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 151.
[904] Raz, *The Concept of a Legal System*, ss. 152, dipnot 1. Raz bu konularda ayrıntılı bilginin The concept of a Legal System'in 4. Bölümün 2. Ve 3. Başlıklarında ele alındığını ifade ediyor.
[905] Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 152.
[906] Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 152.

Bu bilgiler ışığında Raz'ın yaptırımı ödevi doğuran bir kavram olarak tasavvur ettiği düşünülebilir ancak eleştirel tepkinin yaptırımdan daha geniş bir kavram olduğu hesaba katıldığında yaptırımla desteklenmeyen bir ödev olasılığına açık kapı bırakıldığı da hatırda tutulmalıdır. Bir sonraki başlıkta Raz'ın bu olasılık hakkındaki görüşleri incelenecektir.

2.2.2.1.4. Yaptırımla Desteklenmeyen Bir Ödevin İmkânı

Raz, insan davranışlarının yaptırımlar aracılığıyla düzenlenmesi hukuk sistemleri için yaygın bir yöntem olduğunu kabul eder ancak ona tüm davranış biçimlerinin bu yolla düzenlenmesi mümkün değildir[907]. Örneğin yasaları yaratan ve uygulayan üst düzey organların davranışlarının yaptırımlar aracılığıyla düzenlenemediği görülmektedir. Bir kere bu tür organlarda görevli kişilere çoğu hukuk sistemince dokunulmazlık tanındığı görülmektedir. Ayrıca bu yetkililer çoğu zaman dokunulmaz hukuk sistemince kendilerine tanınmamış olsa dahi böyle bir dokunulmazlığı kendileri için tesis etme gücüne sahiptir. Bu bağlamda bir devletin üst düzey yetkilileri ancak çok ağır suistimal hallerinde yaptırıma tabi tutulmaktadır. Böylesi ağır suistimalleri içermeyen türde diğer davraanışları ise yaptırım aracılığıyla düzenlenmemektedir. Ancak bu durumlarda yaptırım olmadığı için yetkililerin bir ödevi olmadığı iddiası doğru olmayacaktır[908].

Bir devletin üst düzey yetkililerinin yaptırımla düzenlenmeyen davranışlarına, yasama faaliyetlerinden çok çeşitli idari faaliyetlerine kadar çokça örnek verilebilir. Bir yasama organının çıkardığı bir mevzuatın yüksek yargı tarafından iptal edilmesi ya da bir belediyenin bir şahsın restroan açmak için ruhsat başvurusunu reddetmesi işleminin iptal edilmesi gibi durumlar söz konusu olduğunda iptal edilen işlemi gerçekleştiren yetkililerin ödevlerini yerine getirmediği söylenebilecektir. Bazı durumlarda ise yetkililerin yetkisi dâhilinde olmaan bir işlemi gerçekleştirmeleri söz konus olur; bu durumlarda yapılan işlem hükümsüz olacaktır. Ancak buradaki hükümsüzlük Raz'a göre geçersiz bir sözleşmenin ya da vasiyetnamesinin yapılmasının sonucunda oluşan hükümsüzlükten farklıdır. İlk durumda yetkisiz işlem yapan yetkiliye yönelikm olarak bağlamına göre kamuoyundan, yasama organının temsilcilerinden, mahkemelerden, idari hiyerarşide bulunan kişilerden resmi olmamakla birlikte bir takım eleştirel tepkiler gösterilmektedir. Örneğin yetkisini aşan işlem yapan bir üst düzey yetkiliye

[907] Raz, *The Concept of a Legal System*, ss. 152-53.
[908] Raz, *The Concept of a Legal System*, s. 153.

karşı gayrı resmi olarak kınama, terfisini zorlaştırma, yaptığı işlemin kurala aykırılığını basın önünde eleştirme gibi tepkiler söz konusu olabilmektedir. Raz bu eleştirilerin bir kısmının yapılan işleme yönelik verimsizlik, muhakeme hatası ya da yanlış politika seçimi niteliğinde olacabileceğini; bu türde olan eleştiriler ayırt edildiğinde ve eleştirel tepkinin nitleiği kurallara aykırı davranıldığı için kınama nitleliğinde olduğunda, bir yaptırım bulunmamakla birlikte burada ödev yükleyen bir yasanın varlığını işaret etmektedir[909].

Sonuç olarak Raz'ın yaptırım kavramını sınırlandırdığı çerçevede yaptırım olarak tanımlanamayacak, ancak eleştirel bir tepki niteliğinde olan olguların varlığı, bir ödev yükleyen kural ve dolayısıyla bir ödevin varlığını mümkün kılmaktadır. Burada ödev yükleyen bir yasanın yaptırımsız da var olabileceği fikri Raz'ın neleri yaptırım kapsamında tutmadığı ve eleştirel tepki ve yaptırım arasında yapmış olduğu ayrım dikkate alınarak anlaşılmalıdır. Esasında Raz Bentham'ın yaptırım olarak kabul ettiği bazı durumları eleştirel tepki başlığı altında düşünmüştür. Bu bakımdan Raz'ın bir hayli çaba göstererek ödev yükleyen kurallardan olduğunu ifade ettiği kuralların Bentham açısından ne yaptırımla desteklendiği ne de ödev yükleyen bir kural olduğuna yönelik herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Nitekim hatırlanacak olursa Bentham yaptırım kavramını bir hayli geniş bir çerçevede tasavvur etmiştir.

2.3. Raz'ın Yaptırım Anlayışına Yönelik Eleştiriler

2.3.1. Hukuk Sistemlerinin Diğer Normatif Sistemlerden Ayırt Edemediği Eleştirisi

Raz yaptırımların ve cebrin hukukta esaslı bir unsur olmadığı iddiasını kanıtlamak için insan olmayan ama rasyonel bir doğaya sahiplerden oluşan bir toplulukta (Melekler Topluluğu) yaptırıma gerek olmamasına rağmen yine de bir hukuk sitemine ihtiyaç doğabileceğini belirtmiştir. Bu gerekçelendirmeye karşı çeşitli eleştiriler dile getirilmiştir.

İlk olarak Melekler Topluluğunun bir hukuk sistemi olduğu kabul edilse dahi bu sistemin diğer toplumsal sistemlerden ayırt edilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür. Raz yaptırım ve cebir unsurlarını hukukun ayırt edici özelliklerinden biri olarak görmemekte ancak hukukun diğer normatif sistemlerden nasıl ayırt edilebileceğine dair tatmin edici bir yanıt ise

[909] Raz, *The Concept of a Legal System*, ss. 153-54.

sunmamaktadır. Örneğin Katolik kilisesinin kuralları ile hukuk kuralları arasındaki farkı araştırma isteyen söz gelişi Marslı bir sosyolog için Raz'ın sunduğu bir ölçüt bulunmamaktadır. Esasında günümüz modern liberal devletlerinde iki normatif sistem arasındaki farkın hukukun aksine dinin normlarını zorlayıcı bir biçimde dayatamaması olduğunu söylemek bu Marslı sosyoloğumuz için oldukça makul bir cevap gibi görünmektedir[910].

Raz'dan farklı olarak cebrin hukuka gönüllüce itaat eden iyi vatandaşların çıkarlarının güvence altına alınması olduğunu düşünen Hart bir biçimde cebre bir rol biçmekte Raz ise cebri tamamen dışladığından hukukun diğer normatif sistemlerden ayırt edilmesinde eleştirilere göre kendisini güç bir konuma sokmaktadır. Hatırlanacağı üzere Raz Melekler Topluluğunda hiçbir yaptırımın mekanizmasının bulunmadığını ancak bu topluluğun üyelerinin iyi niyetli ancak farklı görüşleri hakkında koordinasyonu sağlayacak yasalara gereksinim duyulacağını belirtmektedir[911]. Ancak bu topluluğun üyeleri arasındaki koordinasyonu sağlayan yasaların bir hukuk sistemi olarak nitelendirilmesinin ne derece doğru olduğu tartışması bir yana bu yasaların diğer toplumsa normlardan örneğin dini normlardan nasıl ayırt edileceği belirsiz görünmektedir[912]. Oysa Raz hukuku diğer kurumsallaşmış normatif sistemlerden ayırt etmenin önemli olduğunu düşünmektedir. Melekler topluluğunun koordinasyonu sağlayan yasaları dinsel ya da diğer toplumsal yasalardan ayırt edilemiyorsa bu vasıfları taşımıyor demektir ve bu örnek Raz'ın hukuk teorisinde bir çelişki olarak nitelendirilebilecektir[913].

2.3.2. Melekler Topluluğunun Kurallarının Bir Hukuk Sistemi Olmadığı Eleştirisi

İkinci eleştiri melekler topluluğundan oluşan bir toplumda bir kurallar sistemi bulunsa dahi bunun bir hukuk sistemi olarak nitelendirilemeyeceği dile getirilmiştir. Örneğin bu melekler topluluğun bir üyesi olan meleklerden birisi melek konumunu yitirse bu düşmüş meleğin diğer meleklerle olan ilişkilerinde anılan yasalara uymasını sağlayacak herhangi bir yapının

[910] Yankah, "The Force of Law: The Role of Coercion in Legal Norms", s. 1234.
[911] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 159.
[912] Yankah, "The Force of Law: The Role of Coercion in Legal Norms", s. 1236.
[913] Bu eleştirinin arka planında hukuk kendi otoriter taleplerine uyulması için süjelerin rızasını ya da kurala uyma yönündeki eğilimini çok az dikkate alır şeklindeki düşüncenin etkisi olduğu söylenebilir. Söz konusu düşünce için bkz. Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford; New York 2001, s. 34. Bu iddia çerçevesinde düşünüldüğünde hukuk yasalarının ihlal edimesi ihtimaline karşı bir güvence sağlaması bakımından diğer toplumsal düzen kuralları ile kıyaslandığında benzersizdir.

bulunmaması bu yasaların bir hukuk sistemi olduğu iddiasına yönelik ciddi şüphelerin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bu eleştiriye göre yaptırımlar tek başına hukuku açıklamaya yetmemektedir ancak yaptırımsız bir açıklama hiç mümkün değildir. Başka bir deyişle yaptırımlar ve cebir bir hukuk sistemini tek başına açıklamaya yetmeyen ancak bu açıklamada yine de bulunması gereken özelliklerdendir. Melekler topluluğu bir otoriteye ihtiyaç duyabilir ancak cebre gereksinim olmadıkça bir hukuk sistemine ihtiyaçları olmayacaktır[914].

Raz'ın melekler topluluğunun üyeleri her daim kuralın gereğini yerine getiren ve kuralı ihlal etme olasılığı bulunmayan varlıklar ise bu düşünce deneyinin bize hukuk hakkında ne gibi aydınlatıcı bir bilgi sunduğu sorusu da son derece doğal bir biçimde sorulabilir. Hatırlanacağı üzere giriş kısmında hukukun cebri nitelikte olduğunu saunan görüşler incelenirken bunların hukukun ihlal edilebilme olasılığı üzerine kurulmuş olduğu ifade edilmişti[915]. Kuralın hiçbir biçimde ihlal edilme olasılığı yoksa bunun bir hukuk sistemi olarak nitelendirilmesi ne derece isabetlidir? Ayrıca böyle bir sistem hukuk sistemi olarak kabul edilse dahi bize hukuk hakkında hangi bilgiyi sunacaktır? Görüldüğü üzere Raz'ın melekler topluluğunu bir hukuk sistemi olarak kabul etmek son derece güçtür.

Raz'ın melekler topluluğu düşünce deneyinde bir hukuk sisteminden ziyade Marksist görüşlerce ifade edilen hukukun aşılması durumunu örneklendiği de dile getirilmiştir[916]. Nitekim Marksizm proletarya diktatörlüğü ve sosyalizm aşamasından sonra toplumsal gelişimin son aşaması olan komünist toplumda hukukun aşılacağını ve devletsiz bir toplum yapısına geçileceğini öngörmektedir[917]. Ünlü Marksist yazarlardan Pasukanis de komünist bir toplumda hukuk olamayacağını yerini idarenin alacağını ifade etmiştir[918]. Ancak bu toplumda yine de koordinasyonu sağlamak için asgari düzeyde kurallara gereksinim olacaktır. Gerçekten de Raz'ın melekler topluluğundaki koordinasyonu sağlayan kuralları bir hukuk sisteminden ziyade Marksizm'in komünist toplum açıklamasına benzemektedir.

---

914 Yankah, "The Force of Law: The Role of Coercion in Legal Norms", s. 1236.
915 Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, ss. 66-67.
916 Kenneth Einar Himma, "Law's Claim of Legitimate Authority", *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to "The Concept of Law"*, ed. Jules L. Coleman, Oxford University Press, New York 2001, ss. 308, dipnot 42.
917 Öktem, Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 372.
918 Wacks, *Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisine Giriş*, s. 301.

2.3.3. Hukuk Sistemlerinin Özelliklerini Temellendirmesine Yönelik Eleştiriler

Hatırlanacağı üzere Raz hukuk sistemlerinin kendine has özelliklerini kapsamlı olma, üstünlük iddiasında bulunma ve açık olma olarak açıklamıştır[919]. O, bu özellikleri hukuka dair ortak bilgi ve anlayışa itibarla belirlediğini ileri sürmüştür[920]. Daha sonra bu üç özelliğe dahil olan ormatif bir sistemin bir hukuk sistemi olarak kabul edilmesinin mümkün olması halinde yaptırımları olmayan bir sistemin de hukuk sistemi olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğunu ileri sürmektedir[921]. Bu aslında melekler topluluğunun da bir hukuk sistemi olabileceği iddiasının bir gerekçesi niteliğindedir.

Raz'ın kendi yaptırımsız hukuk açıklamasının hukuk ve insan toplumu hakkındaki genel bilgimize istinat ettiği iddiası eleştirilere sebebiyet vermiştir. Eğer hukuk sistemlerine, hukuk kurallarına yönelik anlayışımızdan yola çıkılıyorsa yaptırımın ve cebrin hukuk için önemli, gerekli bir özellik olduğu sonucuna ulaşmak daha makul görünmektedir. Örneğin Himma aynı anlayıştan yola çıkarak hukuki yükümlülüğün devletin cebri uygulamalarını içerdiği iddiasının kavramsal bir zorunluluk olduğu sonucuna ulaşmıştır[922]. İki pozitivist yazarın aynı verileri kullandığını iddia etmesine rağmen hukuk hakkında taban tabana zıt bir sonuca ulaşmaları tuhaf görünmektedir. Ancak kanaatimce tuhaflık Himma'nın değil Raz'ın ulaştığı sonuçtan kaynaklanmaktadır. Raz eğer yaptırımsız bir hukuk sisteminin özelliklerini belirlemek istiyorsa bizlerin hukuk ve toplum hakkındaki ortak kanaatlerimizden çok az destek bulacağı söylenebilir. Esasında Raz da "bilinen tüm hukuk sistemleri yaptırımlara yaygın olarak başvurmaktadır ve hepsi nihayetinde güç kullanımına istinat eder" ifadeleriyle hukuk hakkındaki genel kanaati kabul etmiştir. Bu bağlamda yaptırımsız bir hukuk sisteminin insanlardan oluşan bir toplulukta mümkün olamayacağını ancak yine de akıl sahibi ancak insan olmayan meleklerden oluşan bir toplumda da hukukun var olabileceğini ileri sürdüğünü söylemek makul bir Raz yorumu olabilir. Ancak üyeleri insanlar olmayan bir topluluğun

[919] Detaylı açıklama için bu çalışmanın ikinci bölümündeki *2.2.1.2.1. Hukuk Sistemlerine Özgü Özellikler* başlığına genel olarak bakınız.
[920] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 154.
[921] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 159.
[922] Himma, "Law's Claim of Legitimate Authority", s. 309.

kuralları hakkındaki açıklamalar bizim hukuk anlayışımıza ve hukuku açıklama girişimimize ne derece katkı sunacağı da şüpheli görünmektedir.

2.3.4. Melekler Topluluğu Üyelerinin Rasyonel Durumunun Yeterince Açıklanmadığı Eleştirisi

Raz'ın melekler topluluğu düşünce deneyinde meleklerin rasyonel durumlarını yeterince açıklamadığı eleştirisinde bulunulmuştur. Bu eleştiriye göre bu deneyde meleklerin "tutsak ikilemi" ile karşı karşıya kalıp kalmayacakları belirsizdir. Eğer cevap olumlu ise meleklerin tutsak ikilemi durumlarında fırsatçılıkla ilgili problemlerin üstesinden gelmek için yaptırımlara gereksinim duymayacağını göstermek oldukça zor görünmektedir. Bu soruna meleklerin asla fırsatçı davranmayan en yetkin anlamda özgeci rasyonel varlıklar olduğu cevabı verilecek olursa bu sefer başka bir problemlerle karşı karşıya kalınacaktır[923].

İlk olarak böylesi varlıklar son derece hayalidir ve insanlık durumundan oldukça uzak görünmektedirler. Böylesi bir örneğin bizlere hukuk hakkında ne tür bir bilgi sunacağı böylece şüpheli hale gelmektedir[924]. İkincisi aslında hukuk bizlere tutsak ikilemi durumlarında fırsatçılık sorunu için bir çözüm sunmaktadır. Dolayısıyla hukuk bizim hayatımızda koordinasyon sorunlarını çözmekten çok daha büyük bir role sahiptir. O halde bu örneğin hukuku açıklamak için kullanılması problemli görünmektedir. En büyük problem hukukun tutsak ikilemi durumlarındaki fırsatçılık sorunlarını çözme hususundaki rolünü göz ardı edip yaptırımlar olmaksızın hukukun toplumdaki koordinasyon sorunlarını çözebileceği ve böylece işlevini yerine getirebileceği şeklinde çarpık bir hukuk tablosu ortaya konmuş olmasıdır[925].

---

[923] Marmor, *Positive Law and Objective Values*, s. 44.

[924] Himma'nın ise bu örneğin isabetsizliğine dair bir şüphesi yoktur. Melekler toplumu argümanını, "meleklerin" psikolojik özelliklerinin, insanlar gibi şiddetli maddi kıtlık dünyalarında yaşayan, rasyonel olarak yetkin, kendi çıkarını düşünen süjeler için *hukuk* terimine ilişkin kavramsal pratiklerimizin içeriği hakkında bize teorik olarak önemli bir şey söyleyemeyecek kadar olası ihtimal dışı olduğu gerekçesiyle hukuku açıklamak için yerinde olmayan bir düşünce deneyidir. Melekler toplumunda hukuk sistemi olarak sayılabilecek hiçbir şey bulunmaz. çünkü kavramsal pratiklerimiz, bir şeyi hukuk sistemi olarak oluşturan pratiklerin, bizim gibi rasyonel olarak yetkin, kendi çıkarını düşünen süjelerin davranışlarını düzenlemeye yönelik ve makul bir şekilde tasarlanmış olduğunu varsaymaktadır. Bkz. Kenneth Einar Himma, *Coercion and the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford, New York 2020, s. 232.

[925] Marmor, *Positive Law and Objective Values*, s. 44. Marmor, örnek ne kadar problemli olursa olsun hukuka çok benzeyen bir toplumsa kurumu hiç bir cebri yönü barındırmaksızın tahayyül etmemizi sağladığını belirtmektedir. Bu çerçevede soyut ya da kavramsa düzeyde cebrin hukukun asli bir özelliği olmadığını kanıtlayabileceğini kabul eder. Ancak yazara göre bu açıklama cebrin hukuk için önemli bir kavram olduğu iddiasına çürütmek için bir imkan sunmamaktadır. Bkz. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, s. 44.

2.3.5. Farklı Toplumların Normatif Sistemlerini Hesaba Katmadığı Eleştirisi

Raz'ın bir hukuk sisteminin ayırt edici özelliklerine yönelik görüşleri bir toplumda yer alan birden fazla normatif sistemi dikkate alarak tasarlanmıştır. Bu görüşe göre hukuk üstünlük, kapsamlılık ve açıklık iddialarına sahip olması yönüyle söz konusu toplumun diğer normatif sistemlerinden ayrılmaktadır[926].

Raz'ın çizmiş olduğu bu normatif sistemler ve hukuk tablosunda ise bir eksiklik olduğu eleştirisi yapılmıştır. Bu tabloda tek bir toplumun normatif sistemleri dikkate alınmış ancak farklı toplumların normatif sistemleri hesaba katılmamıştır. Oysa modern toplum ve hukuk anlayışları birden fazla toplumun normatif sistemleri ve özellikle de hukuk sistemleri arasındaki ilişkiyi iki farklı hukuk sisteminin sınırlarının kesiştiği noktaları açıklamaktadır. Örneğin her hukuk sistemi hem vatandaşları hem de yabancılar hakkında düzenlemeler içermektedir. Bir hukuk sistemi sadece vatandaşları üzerinde değil koşullar gerçekleştiğinde başka bir hukuk sistemine tabi olan bir yabancı üzerinde de otorite iddiasında bulunmaktadır. Bu durumda aslında o hukuk sistemini tanımayan bir kişi üzerinde o hukuk sisteminin kurallarının uygulanması gerekliliği ortaya çıkabilecektir. Bu ise büyük oranda cebri yaptırım aracılığıyla gerçekleştirilebilecek bir işlemdir. Ayrıca cebri güce başvurmaksızın bir toplumun sınırlarının belirlenmesi de oldukça güç görünmektedir[927].

Bu eleştiriye karşı Raz'ın muhtemel cevabı tıpkı bir hukuk sisteminin varlığı açısından olduğu gibi cebrin bu problemin çözümünde de zorunlu olmadığı şeklinde olabilir. Örneğin yaptırımlar olmaksızın toplumların antlaşmalar yapabileceğini ya da yaptırım dışında başka toplumsal baskı biçimlerinin katkısı ile bu problemin çözülebileceğini düşünebiliriz. Ancak bu durumda da dünya çapında yaptırımsız bir hukuk sisteminin varlığının imkânını gerekçelendirme güçlüğü ile karşı karşıya kalınacaktır. Tüm toplumların resmi görevlilerin yaptırımlar olmaksızın tutum ve davranışlarının yakınlaşmasının gerektiği bu senaryo mantıksız bulunmuştur[928].

[926] Raz, *Practical Reason and Norms*, ss. 149-54.
[927] Kurt Gerry, "The Role of Coercion in the Jurisprudence of Hart and Raz: A Critical Analysis", SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY 20.12.2010, ss. 43-44, https://papers.ssrn.com/abstract=1911249.
[928] Gerry, "The Role of Coercion in the Jurisprudence of Hart and Raz", s. 45.

2.3.6. Hukukun Temel Özelliklerinin Belirlenmesine Yönelik Eleştiriler

Raz hukukun temel özelliklerinin ne olduğunu belirlerken hatırlanacağı üzere özellikle cebrin bu özellikler arasında olmadığını göstermek için melekler topluluğu düşünce deneyinden istifade etmiştir. Bu deneyden hareketle Raz, yaptırımsız bir hukuk sisteminin mantıksal olarak mümkün ancak insani olarak imkânsız olduğu sonucuna ulaşmıştır[929]. Bu deney yasaların normatifliğine ilişkin yaptırıma dayalı açıklamalardan başka bir açıklamaya ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir. Gerçi yaptırım temelli açıklamalar eylem için sebep sağlanmasını açıklayabilmektedir. Ancak yasaların nasıl norm olduğunu açıklayamamaktadır. Raz'ın iddia ettiği gibi, hukukun normatifliğini açıklamaya yönelik yaptırım temelli girişim bir çıkmaza yol açmaktadır; yasaların eylem için nedenler sağlamasının bir yolunu açıklamakta, ancak ne şekilde norm olduklarını açıklayamamaktadır[930].

Raz'ın melekler topluluğu deneyi üzerinden ulaşmış olduğu bu sonuçlar eleştirilmiştir. Eleştirilere göre bir hukuk teorisi hukuku teorik olarak neyin mümkün olduğuna dair bir sorgulama yaparak aydınlatmak yerine var olduğu ve uygulandığı şekliyle analiz ederek aydınlatmalıdır. Bu çerçevede düşünüldüğünde cebir hukuka dair önemli kavramlardan biri olduğu eleştirmenler dile getirmektedir. Oysa Raz hukukun temel özelliklerinin ortaya konması için şaşkın insana (puzzled man) odaklanılması gerektiğini düşünmektedir. Bir toplumda böyle insanların sayısının ne kadar olduğu önemli değildir, hatta hiçbir tane dahi bulunmayabilir. Böyle bir kişinin var olabileceği tasavvur edilebileceği müddetçe, bu olasılık mantıksal olarak mümkün olduğu sürece Raz'a göre yaptırımlar hukukun temel bir özelliği olarak nitelendirilemeyecektir. Başka bir ifadeyle Raz'a göre sorulması gereken soru hukuk sistemlerinde yaptırımların ne derece yaygın olduğu değil yaptırımların olmadığı bir dünyada hukukun var olup olamayacağıdır[931]. Raz bu soruya melekler topluluğu düşünce deneyi aracılığıyla olumlu yanıt vermiş ve buna istinaden yaptırımın hukukun asli bir unsuru olmadığını savunmuştur. Eleştirmenler hukukun tam da bu şekilde ele alınmasına karşı çıkmaktadırlar. Bir hukuk teorisinin amacı hukukun diğer normatif sistemlerden ayırt edilmesini sağlayan özelliklerinin bir açıklamasını sunmaktır. Bu ise ancak uygulanmakta olan

[929] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 158.
[930] Raz, *Practical Reason and Norms*, s. 162.
[931] Schauer, "Was Austin Right After All?", s. 9.

hukuka dair ampirik değerlendirmeler yapılması ile mümkündür. Bu yöntem kullanıldığında cebir ve yaptırımların hukuk için ne denli önemli kavramlar oldukları görülecektir[932].

[932] Schauer, "Was Austin Right After All?", s. 17.

SONUÇ

Bu çalışmada ortaya konduğu üzere yaptırımın hukuk için ne anlam ifade ettiği, bir hukuk normu ya da bir hukuk sisteminin yaptırımlarla ne tür bir ilişkisinin bulunduğu üzerine yoğun teorik tartışmalar bulunmaktadır. Yaptırımın hukukun hem esaslı bir unsuru olduğu hem de olmadığı iddiaları sağlam argümanlarla desteklenmesi gereken bir çalışmayı gerektirmektedir. Hukuk felsefesinin en zor sorularından olan "Hukuk nedir?" sorusuna verilen yanıtlarda yaptırımlar üzerinden böylesine keskin iki pozitivist yaklaşımın ortaya çıkmış olması hukukta yaptırımın ne gibi bir rol oynadığı üzerine düşünülmesini şart kılmaktadır. Bentham ve Austin'den Hart ve Raz'a uzanan Analitik hukuki pozitivizmin serencamı ancak hukuk ve yaptırım ilişkisine yönelik bu tartışmanın titizlikle incelenmesi ve söz konusu teorisyenlerin iddia ve argümanlarının kritize edilmesi neticesinde anlaşılabilir.

Bir hukuk normu ya da bir hukuk sistemi için yaptırımlar ne anlam ifade etmektedir? Yaptırımla desteklenmeyen bir hukuk kuralı var olabilir mi? Yaptırım olmaksızın hukuk sistemleri ayakta kalabilir mi? Hukuk düzeni yaptırım olmaksızın sürdürülebilir mi? Hukuk hayatında yaptırımın ne rol oynadığına yönelik bir teorinin bu sorulara vereceği yanıtların altını sağlam bir şekilde doldurması gerekmektedir. İlk bakışta sıradan bir vatandaş dahi yaptırımlar olmaksızın bir hukuk düşüncesini mümkün olmadığını belirtecektir. Sıradan vatandaşların büyük çoğunluğunca paylaşılabilecek bu iddia hukuk teorisyenlerinin de pek çoğu tarafından benimsenmiştir. Ancak bu çalışmanın özellikle ikinci bölümünde ortaya konduğu üzere bu iddiayı çürütmeye çalışan da hatrı sayılır hukuk teorisyeni bulunmaktadır.

Bu çalışmada birinci bölümde biraz önce zikredilen yaygın kanaatin savunucusu olarak betimlenebilecek Jeremy Bentham ve John Austin'in görüşlerine yer verilmiştir. İkinci bölüm ise karşı iddianın iki temsilcisi olarak H.L.A. Hart ve Joseph Raz'ın görüşlerine ayrılmıştır. Söz konusu isimler gelişigüzel seçilmiş değildir. Bu dört isim Analitik hukuki pozitivizmin dört önemli ismi olarak kabul edilmektedir. Analitik hukuki pozitivist teorisyenler hukuka dair açıklamalarını hukukun en küçük yapı taşı üzerinden inşa etmişlerdir. Bentham ve Austin için bu yapı taşı buyruk, Hart için kural, Raz için ise eylem sebepleri olarak normlardır.

Bu çalışma iki bölümden oluşmakta ve her bir bölüm de kendi içerisinde iki kısımdan oluşmaktadır. İlk bölümün birinci kısmı Bentham'ın, ikinci bölümü ise Austin'in yaptırımlar

üzerine görüşlerine ayrılmıştır. İkinci bölümün ise birinci kısmı Hart, ikinci kısmı ise Raz'ın yaptırımlar hakkındaki görüşlerine ayrılmıştır. Tüm çalışma boyunca ele alınan teorisyenlerin yaptırımlar üzerine görüşlerinin anlaşılmasının sağlanması için öncelikle teorileri anahatlarıyla açıklanmış, ikinci olarak yaptırımın ne rol oynadığı izah edilmiş ve son olarak teorisyenlerin yaptırım anlayışına yönelik eleştiriler incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

Bentham ve Austin yaptırımın hukukun esaslı bir unsuru olduğu savunmaktadır. Onlara göre hem bir hukuk normu hem de bir hukuk sistemi varlık kazanabilmesi açısından yaptırım zorunlu bir unsurdur. Dolayısıyla yaptırımlar olmaksızın hukuktan söz edilmesi mümkün değildir. Nitekim hukukun bazı diğer toplumsal düzen kurallarından ayırt edilmesini sağlayan özelliklerinden bir tanesi de hukuk tarafından örgütlenmiş yaptırımlarla destekleniyor olmasıdır. Bu iddiaları çerçevesinde Bentham ve Austin'in hukuk tanımlarında yaptırım bir unsur olarak bulunmaktadır.

Yaptırımın varlığı bir hukuk kuralının ya da Bentham ve Austin'in ifadeleriyle hukuki buyruğun hukuki geçerliliğinin de bir koşuludur. Ayrıca yaptırımların bulunmadığı varsayımsal bir sistemin hukuk sistemi olarak nitelendirilmesi mantıksal olarak mümkün değildir. Her iki teorisyen de elbette bazı hukuk kurallarının doğrudan yaptırımlarla desteklenmediğinin farkındadır ve ortaya çıkan onlara göre sözde problemin çözümü için çeşitli önerileri söz konusudur. Bentham bir yasadan ziyade yasalar dizisinden söz eder ve bu yasalar dizisinde mutlaka yaptırımla desteklenen bir yasanın bulunması gerektiğini belirtir. Dolayısıyla görünürde yaptırımla desteklenmeyen yasa esasında dolaylı olarak yaptırımla desteklenmektedir. Austin de yaptırımla desteklenmeyen anayasa hukuku ve uluslararası hukuk gibi alanları pozitif hukukun değil pozitif ahlakın kapsamında değerlendirmiştir. Buna rağmen yakın ilgileri nedeniyle söz konusu alanların yine de hukuk biliminin inceleme kapsamında yer aldığını belirtmişlerdir. Her bir hukuk kuralının yaptırımla desteklenmesi gerektiği iddiasına yönelik olarak yetki veren yasaları öne sürerek itiraz edenlere ise her iki teorisyen de *hükümsüzlüğün* de bir yaptırım olduğu savunmasında bulunmuşlardır.

Bentham ve Austin arasında yaptırıma dair en önemli ihtilaf ise yaptırımın kapsamına dairdir. Bentham hem teşvikleri hem de kısıtlamaları bir davranışı güdülemeye yönelik araçlar olarak yaptırım başlığı altında değerlendirmiştir. Bu bakış açısından ceza, tazminat, kınama, uyarma kadar ödüller de birer yaptırım olarak görülmelidir. Halefi Austin ise bu konuda Bentham'a

katılmamaktadır. Ona göre yaptırım ancak uygulanacağı kişi için hoşa gitmeyecek bir kötülük niteliğindedir. Austin ödül vaadiyle insanların belirli eylemlerde bulunmalarının sağlanmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir. Ancak söz konusu davranışı gerçekleştirmenin ödül vaadi aracılığıyla zorunlu kılınmasının başka bir ifadeyle süjeye bir yükümlülük ya da ödev yüklenmesinin mümkün olamayacağını düşünmektedir. Dolayısıyla Austin için yaptırım kavramının ödülleri de içerecek biçimde kullanılması kafa karışıklığına yol açacağından sakıncalıdır.

Kanaatimce Austin'in Bentham'a yönelik bu itirazı ise kabul edilebilir görünmemektedir. Bir kere Austin bu itirazıyla yaptırımların yalnızca ödev yüklenmesi işlevini üstlendiğini dolaylı olarak ileri sürmüş olur. Bu iddiayı savunan bir kişinin ise hükümsüzlüğün bir yaptırım olduğunu savunması imkânsız hale gelecektir. Zira örneğin vasiyetname düzenlenmesine yönelik bir yetki veren kurala uyulmaması halinde karşılaşılacak hükümsüzlük bir ödev yaratma amacı taşımamaktadır. Yetki veren kural düzenlediği davranış biçimini zorunlu kılmaz. O halde sırf ödev yüklenmesini sağlamadıkları düşüncesiyle ödüllerin yaptırım olmadığını ifade etmek hatalıdır. Elbette hukuk hayatında daha sık rastlanılan yaptırım türü ceza, tazminat, fesih, hükümsüzlük gibi kısıtlayıcı türde olanlardır. Ödüllerle belirli bir davranışın teşviki ise oldukça sınırlıdır. Bunun ekonomik ve pratik sebepleri bulunmaktadır. Ancak mantıksal olarak ödüller de cezalar gibi belirli bir davranışın gerçekleştirilmesi için hukuk tarafından sağlanan güdüleyicilerdir. Bu anlamda Bentham'ın yaptırımın kapsamı hakkındaki görüşlerinin Austin'e kıyasla daha tutarlı olduğu söylenebilir. Elbette bu değerlendirmelerden ödüllerin de yaptırım kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucu çıkarılamaz. Ortaya konmak istenen Austin'in ödüllerin bir yaptırım türü olmadığı iddiasına dair gerekçelendirmesinin kusurudur.

Bentham ve Austin arasındaki bu ihtilaf bir yana hem Bentham hem de Austin için kabulü zor görünen husus yaptırımı hukuki geçerliliğin koşulu olarak gören yaklaşımlarıdır. Her bir hukuk kuralının yaptırımla desteklenmesi gerektiği iddiası doğrudan yaptırımla desteklenmeyen pek çok hukuk kuralının varlığı karşısında zayıf düşmektedir. Bentham'ın yasalar dizisi aracılığıyla dolaylı yoldan yaptırımla desteklenme düşüncesi ya da genel olarak yaptırımlarla desteklenen bir hukuk sisteminin parçası olarak bir normun dolaylı olarak yaptırımlarla desteklendiği savunması bir ölçüde iddiayı ayakta tutabilir görünmektedir. Ancak yaptırım unsurunun özellikle bir hukuk kuralının geçerliliği testine dâhil edilmesi yine de problemli görünmektedir.

Bununla birlikte aynı problem bir hukuk sisteminin varlığı söz konusu olduğında kanaatimce ortaya çıkmamaktadır. Yaptırımların desteği olmaksızın bir hukuk sisteminin ayakta kalması ne mantıksal olarak ne de ampirik yönden mümkündür. O halde Bentham ve Austin'in iddialarından her bir hukuki buyruğun, yasanın doğrudan ya da dolaylı bir biçimde yaptırımla desteklenmesi gerektiğine yönelik görüşlerine katılmadığımı açıkça belirtebilirim.

Hükümsüzlüğün bir yaptırım olup olmadığı meselesinde ise Bentham ve Austin'e katılıyorum. Hükümsüzlüğün bir yaptırım olmadığı çünkü hükümsüzlük sonucunun bir ödevin ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan netice olmadığı şeklindeki iddia ise isabetsiz görünmektedir. Bir kere yaptırımlar sadece ödev yükleyen yasalarda değil yetki veren ya da izin veren yasalarda da yer alabilir. Ayrıca hükümsüzlük çoğu yaptırımda olduğu gibi bir kurala uyulmaması durumunda kuralı ihlal eden kişinin nahoş karşılayacağı olumsuz bir hukuki sonucun doğmasına yol açmaktadır. Örneğin ayırt etme gücünü haiz olmayan bir kişi ile iki taraflı borçlandırıcı bir söleşme yapan kişi, bu sözleşmenin hükümsüz olması neticesinde sözleşmenin kurulması halinde elde edeceği menfaatlerden mahrum kalmaktadır. Bu anlamda hükümsüzlüğün de bir yaptırım olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Çalışmanın ikinci bölümünün ilk kısmı yaptırımı hukukun esaslı bir unsuru olarak görmeyen Hart'ın görüşlerine ayrılmıştır. Hart özellikle Austin'in hukuk teorisine yaptırıma merkezi bir konum belirlemesinden ötürü eleştirilerde bulunmuştur. Bu eleştirileri aynı zamanda kendi teorisi için bir alt yapı teşkil etmiştir. Hart'a göre Austin'in betimlediği haliyle hukuk silahlı bir haydut çetesinden çok da farklı değildir.

Hart'ın yaptırımla ilgili düşünceleri özellikle hukuki geçerlilik ve hukuki yükümlülük konularına odaklanmıştır. Ona göre yaptırımlar kuralların geçerliliğini ortaya koyan bir testin içerisinde yer almazlar. Özellikle yetki veren kuralların varlığı bir hukuk sisteminde yaptırımlarla desteklenmeyen pek çok kuralın bulunduğunu gözler önüne sermektedir. Hart'ın hukuki geçerlilik ve yaptırım ilişkisine yönelik bu iddiası Bentham ve Austin'in iddialarına kıyasla daha kabul edilebilir görünmektedir. Hart yetki veren kurallarla ilgili olarak hükümsüzlüğü ise bir yaptırım olarak kabul etmez. Zira yetki veren kurallar bir ödev yüklememektedir. Ancak bu açıklama biraz önce Austin'e yönelik eleştirimi sunduğum aynı gerekçeyle isabetli değildir. Yaptırımlar sadece hukuki ödevler söz konusu olduğu zaman mevcut olmak durumunda değildir. Kaldı ki hükümsüzlük yaygın olarak açıkça bir yaptırım

türü olarak kabul edilmektedir. Daha önce de belirttiğim üzere ben de hükümsüzlüğün bir yaptırım türü olduğu görüşüne katılıyorum.

Hart'ın hukuki yükümlülük ve yaptırım ilişkisine yönelik açıklamaları ise hukuki geçerlilik söz konusu olduğundaki kadar berrak değildir. Bir kere Hart'ın hukuki yükümlülük açıklamaları akademik yazın sürecinde değişkenlikler göstermiştir. Bu çalışmada oldukça uzun bir başlıkta (*1.2.2. Hukuki Yükümlülük ve Yaptırım İlişkisi*) ele alınan görüşlerinde teorisinin tutarlılığını tehlikeye atan pek çok düşünce bulunmaktadır. İlk problem yükümlülük fikrinin esasında hukuki yükümlülük kavramından mı doğduğu yoksa hukuki yükümlülüğün genel olarak yükümlülük idesinin bir alt başlığı mı olduğuna ilişkindir. 1959 tarihli açıklamada ilk görüşü 1961 tarihli açıklamada ise ikinci görüşü savunan Hart anlaşılan fikrini değiştirmiştir. Ancak Hart'ın her iki hukuki yükümlülük açıklamasında da (ilkinde cebir ikincisinde ciddi toplumsal baskı atıflarıyla) hukuki yükümlülüğün özellikleri arasında doğrudan yaptırım değil de cebir, baskı gibi yaptırımla yakından ilişkili kavramlara yer verdiği görülmektedir. Bu ise yaptırımı hukuki yükümlülüğün oluşturulması için gerekli görmeyen görüşü ile çelişki arz etmekte, kafa karışıklığına yol açmaktadır. Bu kafa karışıklığı Hart'ın temel eseri *The Concept of Law*'da yer ayırdığı hukuki yükümlülükler konusuna ilişkin soru işaretlerinin doğmasına neden olmakta ve Hart'ın hukuk ve yaptırım ilişkisine dair görüşlerini zayıflatmaktadır. Bu çalışmada *1.3. Hart'ın Yaptırım Analyışına Yönelik Eleştiriler* başlığı altında teorisini zayıflatan bu hususlar uzun uzadıya ele alınmakla birlikte burada zikredilenin en önemli problemlerden biri olduğu söylenebilir.

Çalışmanın ikinci bölümünün ikinci kısmı ise Raz'ın yaptırım hakkındaki görüşlerine ayrılmıştır. Raz'ın yaptırımlara ilişkin görüşlere iki başlık altında incelenebilir. Birincisi hukuk sistemlerinde ikincisi ise hukuk normlarında yaptırımların rolü üzerinedir ve nitekim bu çalışmada da bu şekilde incelenmiştir. Raz'a göre hukuk sistemlerinin üç temel özelliği bulunur: normatiflik, kurumsallaşmış olma ve cebrilik. Ancak Raz bu özelliklerden ilk ikisinin hukuk sisteminin varlık kazanması için gerekli üçüncüsünün yani bu çalışmanın odaklanmış olduğu yaptırım hususuyla yakından ilişkili olan cebriliğin ise olumsal bir koşul olduğunu savunmaktadır. Başka bir deyişle cebrilik hukuk sistemleri için önemli ancak esaslı olmayan bir koşuldur. Bu iddiasından hareketle Raz ampirik olarak mümkün olmamakla birlikte kavramsal ya da mantıksal olarak yaptırımların hiç bulunmadığı bir hukuk sisteminin mümkün olduğunu ileri sürmüştür. "Melekler Topluluğu" olarak da adlandırılan bir düşünce deneyi

aracılığıyla böylesi bir yaptırımsız hukuk sistemini izah etmeye çalışmıştır. Ne var ki Raz'ın bu deneyi ile kavramsal ya da mantıksal olarak yaptırımsız bir hukuk sisteminin düşünelebileceği iddiasında problemler bulunmaktadır. Bir kere söz konusu sistemin süjeleri insanlar değil kuralları ihlal etme olasılığı bulunmayan meleklerdir. Oysa en ahlaklı en iyi vatandaş olanından böyle olmayanına kadar hukuk sistemlerinin süjeleri kuralları ihlal edebilme potansiyeline sahiptir. Melekler topluluğunun yaşamını düzenleyen kurallar söz konusu olabilir bunların normatif sistemler olabilmesi de mümkündür ancak yaptırım unsurunun bulunmayışından ötürü bunların hukuk sistemi olarak kabul edilmesi amprik yönden olduğu kadar kavramsal ya da mantıksal yönden de mümkün değildir. Kuralları ihlal etme ihtimali olmayan süjeler söz konusu sistemin bir hukuk sistemi olmasını engellemektedir. Kanaatimce Raz'ın melekler topluluğu düşünce deneyi kendisinin yaptırımla ilgili görüşlerinin zayıf karnı niteliğindedir.

Hukuk normlarına ilişkin olarak ise Raz, Hart'ı takip ederek yaptırımın hukuki geçerlilik testinin bir parçası olmadığını kabul etmektedir. Ayrıca Raz hukuki olsun olmasın ödev yükleyen yasaların eleştirel tepki ile desteklenmesi gerektiğini düşünmektedir. Raz'ın eleştirel tepki başlığı altında esasında Bentham'ın yaptırım başlığı altında düşündüğü uygulamaları tasavvur ettiği görülmektedir. Raz yaptırım kavramını sınırlı bir alanda tutmak için eleştirel tepki şeklinde daha üst bir başlık olacak bir kavramsallaştırmaya gitmiştir. Yaptırım da eleştirel tepki türlerinden birisidir. Yaptırım bu biçimde sınırlı bir kapsama indirgendiğinde bazı ödevlerin yaptırımla desteklenmeksizin var olması mümkün hale gelmektedir. Bentham'ın da teşvik ve kısıtlamaların yaptırım başlığı altında toplanmasından çok memnun olmadığı dikkate alınacak olursa Raz'ın bu görüşüne bir miktar kredi verilmesi makul görünmektedir. Ancak ödevin yaptırım olmasa da muhakkak bir eleştirel tepki ile desteklenmesi gerektiği dikkatten kaçmamalıdır.

Esasında konu yaptırımın hangi kapsamda ele alınacağı ile ilgili görünmektedir. Geniş kapsamda ele alındığında yaptırımların ödevler için kurucu unsur olduğu kabul etmek gerekecektir. Bu çalışma boyunca yaptırım kavramı, aralarındaki farkın idrakinde olarak ancak bu farkın bu tez bağlamında bir etkisinin bulunmadığı hesaba katılarak cebir, güç gibi ilişkili kavramları da kapsayacak bir biçimde ele alınmıştır. Dolayısıyla Bentham'ın ödevler ve yaptırım ilişkisine yönelik yaklaşımında büyük eksiklikler bulunmakla birlikte Hart ve Raz'ın yükümlülük yaklaşımlarındaki hataların çok daha büyük olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak her bir teorisyenin yaptırım ve hukuk ilişkisine dair kabul edilebilir kabul edilemez iddiaları bulunmaktadır. Bentham ve Austin'in yaptırımı hukuki geçerliliğin kriterlerinden biri olarak gören yaklaşımı kabul edilemez. Hart'ın hukuki yükümlülük açıklaması muğlaklıklarla doludur. Yaptırıma bir rol verip vermediği belirsizdir. Doğrudan ifadelerinden yaptırımların hukuki yükümlülüğün kurucu unsuru olmadığı, ancak cebir ve toplumsal baskıya rol vermiş olması bakımından dolaylı olarak yaptırımlar ve hukuki yükümlülüğü ilişkili gördüğü sonucu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Hart'ın hükümsüzlüğü bir yaptırım olarak görmeyen yaklaşımı da hatalıdır. Raz'ın ise yaptırım ve hukuk ilişkisine yönelik en bariz hatası yaptırımsız bir hukuk sisteminin mantıksal ya da kavramsal olarak mümkün olabileceğini ileri sürmesidir. Bu çerçevede yaptırımların her bir hukuk normunun geçerliliğini sağlayacak bir testin ölçütlerinden biri olmadığı söylenebilir. Ancak bu yaptırımın bir hukuk sistemi için vazgeçilmez olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Hukuk hayatı için yaptırımlar vazgeçilmezdir. Bir hukuk normu için olmasa da bir hukuk sistemi için yaptırım esaslı bir unsurdur. Ayrıca hukuki yükümlülüklerin de yaptırım ve cebir unsurunu ihtiva eden açıklaması bunları dışlayan açıklamaya göre daha kabul edilebilir görünmektedir.

KAYNAKÇA

Abadan, Yavuz, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1954.

Altunsu, Onur, *Analitik Pozitivizm Açısından Yargıcın Hukuk Yaratması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Alvarez, Maria, "Reasons for Action: Justification, Motivation, Explanation", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2017 Edition)*, ed. Edward N. Zalta, 2017, https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=reasons-just-vs-expl.

Aquinas, Thomas, *Summa Theologica*, Christian Classics, Westminster, Md 1981.

Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Arıkan, Engin, "John Austin'in Hukuki Pozitivizmdeki Yeri ve Yarattığı Tartışmalar", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 189-190 (2020), s. 549-71.

———, *Sert Pozitivizm*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Austin, John, *Hukukun Belirlenmiş Alanı*, çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015.

———, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol I*, 5. Baskı, John Murray, Londra 1911.

———, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law: Vol II*, 5. Baskı, John Murray, Londra 1911.

———, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University press, Newyork 1995.

Aybay, Aydın, Rona Aybay, Ali Pehlivan, *Hukuka Giriş*, 15. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2019.

Bentham, Jeremy, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, New York 2008.

———, "A Fragment on Ontology", *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring, William Tait, Edinburg 1843, C. 8 , ss. 193-211.

———, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, çev. Ömer Saruhanlıoğlu, Uğur Kaşif Boyacı, Litera Yayıncılık 2017.

———, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford University Press, New York 1996.

———, *Chrestomathia*, Clarendon Press, Oxford 1983.

———, *Constitutional Code*, Oxford University Press, New York 1983.

———, *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, Oxford University Press, Oxford 1983.

———, "Essay on Logic", *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring, William Tait, Edinburg 1843, C. 8.

———, *Of Laws in General*, ed. H. L. A. Hart, University of London The Athlone Press, London 1970.

———, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford 2010.

———, "Pannomial Fragments", *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring, William Tait, Edinburg 1843, C. 3 , ss. 211-30.

———, *Preparatory Principles*, Oxford University Press, Oxford, New York 2017.

———, "Principles of the Civil Code", *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring, William Tait, Edinburg 1843, C. 1.

———, "Securities Against Misrule", *The Works of Jeremy Bentham*, ed. John Bowring, William Tait, Edinburg 1843, C. 8 , ss. 555-600.

Bernstein, Richard J., "Professor Hart on Rules of Obligation", *Mind*, C. 73, S. 292 (1964), s. 563-66.

Beysan, Nazime, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Analizi*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

Bix, Brian, "John Austin", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta, Uri Nodelman, Fall 2023., Metaphysics Research Lab, Stanford University 2023, s. , https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/austin-john/.

Bix, Brian H., "Joseph Raz's Approach to Legal Positivism", *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, ed. Patricia Mindus, Torben Spaak, Cambridge Companions to Law, Cambridge University Press, Cambridge 2021, s. 349-70.

Blackman, M.S., "Hart's Idea of Obligation and His Concept of Law", *South African Law Journal*, C. 94, S. 4 (1977), s. 415-36.

Cotterrell, Roger, *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, çev. Saim Üye, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2018.

Crozat, Charles, "On Dokuzuncu Asırdan Zamanımıza Değin İngiliz Amme Hukukunda Egemenlik Kavramı", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, C. 11, S. 1-2 (2011), s. 23-100.

Çağıl, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş: Hukuk başlangıcı dersleri I-II.*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1966.

Del Vecchio, Giorgio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, çev. Sahir Erman, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1952.

Dinçkol, Abdullah, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Der Yayınları, İstanbul 2019.

———, *Hukuka Giriş: Hukukun Temel Kavramları*, 19. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2023.

Dworkin, Ronald, *Hukukun Hükümranlığı*, çev. Ertuğrul Uzun, Nora Kitap 2018.

Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2011.

Fuller, Lon L., *Hukukun Ahlakı*, Tekin Yayınevi, İstanbul 2016.

Furtun, Ayşen, *John Austin'in Hukuk ve Devlet Teorisi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.

Gerry, Kurt, "The Role of Coercion in the Jurisprudence of Hart and Raz: A Critical Analysis", SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY 20.12.2010, https://papers.ssrn.com/abstract=1911249.

Goldworth, Amnon, “The Sympathetic Sanction and Sinister Interest in Bentham’s Utilitarianism”, *History of Philosophy Quarterly*, C. 4, S. 1 (1987), s. 67-78.

Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2013.

Green, Leslie, “Introduction”, *The Concept of Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom 2012, s. .

———, “The Forces of Law: Duty, Coercion, and Power”, *Ratio Juris*, C. 29, S. 2 (2016), s. 164-81.

Gülgeç, Yahya Berkol, *Normativite ve Pozitivizm*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

———, *Otorite, Hukuk ve Liberalizm: Joseph Raz’ın Felsefesine Giriş*, ed. Ertuğrul Uzun, Zoe Kitap 2023.

Gürbüz, Ahmet, *Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1999.

Güriz, Adnan, *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1963.

———, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2016.

———, *Hukuk Felsefesi*, 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2018.

Hafızoğulları, Zeki, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 1996.

Hall, Jerome, *Foundations of Jurisprudence*, Bobbs-Merrill Company, Indianapolis 1973.

Hardin, Russell, “Sanction and Obligation”, *The Monist*, C. 68, S. 3 (1985), s. 403-18.

Harrison, Ross, (ed.), “The Sanctions of Utilitarianism”, *Henry Sidgwick*, Oxford Univ. Press, Oxford 2001, s. 93-116.

Hart, H. L. A., “Bentham on Sovereignty”, *Irish Jurist*, C. 2, S. 2 (1967), s. 327-35.

———, “Introduction”, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, ed. H. L. A. Hart, Oxford University Press, Oxford 1982, s. .

———, “Legal and Moral Obligation”, *Essays in Moral Philosophy*, ed. A. I. Melden, University of Washington Press, Seattle, ABD 1958, s. 82-107.

———, “Legal Duty and Obligation”, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, ed. H. L. A. Hart, Oxford University Press, Oxford 1982, s. 127-61.

———, “Legal Rights”, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, ed. H. L. A. Hart, Oxford University Press, Oxford 1982, s. 162-93.

———, “Sovereignty and Legally Limited Government”, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, ed. H. L. A. Hart, Oxford University Press, Oxford 1982, s. 220-42.

———, *The Concept of Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom 2012.

Hart, H.L.A., “Commands and Authoritative Legal Reasons”, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, ed. H.L.A. Hart, Oxford University Press, Oxford 1982, s. 243-68.

Hill, Roscoe E., “Legal Validity and Legal Obligation”, *The Yale Law Journal*, C. 80, S. 1 (1970), s. 47-75.

Himma, Kenneth Einar, *Coercion and the Nature of Law*, Oxford University Press, Oxford, New York 2020.

———, "Law's Claim of Legitimate Authority", *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to "The Concept of Law"*, ed. Jules L. Coleman, Oxford University Press, New York 2001, s. .

Hirş, Ernst, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001.

"H.L.A. Hart on Legal and Moral Obligation", *Michigan Law Review*, C. 73, S. 2 (1974), s. 443-58.

Hobbes, Thomas, *Leviathan*, çev. Semih Lim, 6. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2007.

Hoffmaster, Barry, "Professor Hart on Legal Obligation", *Georgia Law Review*, C. 11, S. 5 (1977), s. 1303-24.

Jhering, Rudolph von, *Hukuk Uğrunda Savaş*, 2. Baskı, Sinan Matbaası, İstanbul 1964.

Kanowitz, Leo, "The Place of Sanctions in Professor H.L.A. Hart's Concept of Law", *Duquesne Law Review*, C. 5, S. 1 (1966), s. 1.

Kant, Immanuel, *The Metaphysics of Morals*, ed. Lara Denis, Agnes Scott College, çev. Mary Gregor, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı., Cambridge University Press, Cambridge 2017.

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, New Jersey 2007.

Kramer, Matthew H., "John Austin on Punishment", *Oxford Studies in Philosophy of Law: Volume 2*, ed. Leslie Green, Brian Leiter, Oxford University Press 2013, s. 103-21.

Ladavac, Nicoletta, "Coercion and Sanctions as Elements of Normative Systems", *The Force of Law Reaffirmed: Frederick Schauer Meets the Critics*, ed. Christoph Bezemek, Nicoletta Ladavac, Springer International Publishing, Cham 2016, s. 73-96.

Leiter, Brian, "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", *Naturalizing Jurisprudence*, ed. Brian Leiter, 1. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 15-58.

Lobban, Michael, "John Austin", *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, ed. Patricia Mindus, Torben Spaak, Cambridge Companions to Law, Cambridge University Press, Cambridge 2021, s. 225-47.

———, "The Age of Bentham and Austin", *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: Volume 8: A History of the Philosophy of Law in The Common Law World, 1600–1900*, ed. Michael Lobban, Springer, Dordrecht 2016, s. 155-87.

Lyons, David, "Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law", *Cornell Law Review*, C. 57, S. 3 (1972), s. 335-62.

Lysaght, L. J., "Bentham on the Aspects of a Law", *Northern Ireland Legal Quarterly*, C. 24, S. 3 (1973), s. 383-98.

Marmor, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, New Jersey, ABD 2011.

———, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford; New York 2001.

Morison, William Loutit, *John Austin*, Stanford University Press, Stanford, California 1982.

Oberdiek, Hans, "The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems", *American Journal of Jurisprudence*, C. 21 (1976), s. 71-94.

Oladosu, Adejare, "H.L.A. Hart on Legal Obligation", *Ratio Juris*, C. 4 (1991), s. 152-76.

Olivecrona, Karl, "The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of 'A Law'", *American Journal of Jurisprudence*, C. 20, S. 1 (1975), s. 95-110.

Öktem, Niyazi, Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, 6. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2014.

Özbilgen, Tarık, *Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Kollektif Şirketi, İstanbul 1976.

Özcan, Mehmet Tevfik, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 3. Baskı, Kavim Yayıncılık, İstanbul 2007.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

Özkurt, Hülya, *Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Pannam, Clifford L., "Professor Hart and Analytical Jurisprudence", *Journal of Legal Education*, C. 16, S. 4 (1964), s. 379-404.

Perry, Stephen R., "Interpretation and Methodology in Legal Theory", *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, ed. Andrei Marmor, Reprint edition., Clarendon Press, Oxford 1998, s. .

Postema, Gerald J., *Bentham and the Common Law Tradition*, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2019.

———, "Jurisprudence as Practical Philosophy", *Legal Theory*, C. 4, S. 3 (1998), s. 329-57.

Priel, Danny, "Sanction and Obligation in Hart's Theory of Law", *Ratio Juris*, C. 21, S. 3 (2008), s. 404-11.

Raz, Joseph, "Authority and Justification", *Philosophy & Public Affairs*, C. 14, S. 1 (1985), s. 3-29.

———, "Authority, Law, and Morality", *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, ed. Joseph Raz, Oxford University Press 1995, s. 210-37.

———, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, 1st edition., Oxford University Press, Oxford 2009.

———, *Engaging reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford University Press, Oxford 2003.

———, "Hart on Moral Rights and Legal Duties", *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 4, S. 1 (1984), s. 123-31.

———, "Introduction", *Practical Reasoning*, ed. Joseph Raz, Oxford University Press, Oxford 1978, s. .

———, *Practical Reason and Norms*, 2. Baskı, Oxford University Press, New York 1990.

———, "Reason, Reasons and Normativity", *Oxford Studies in Metaethics*, ed. Russ Shafer-Landau, C. 5 (2010), s. 5-23.

———, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, New York 2009.

———, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of the Legal System*, 2nd edition., Oxford University Press, New York 1980.

Rüthers, Bernd, Christian Fischer, Axel Birk, *Hukuk Teorisi*, çev. Doğan İlyas, Rukiye Aldudak, Huri Eyman Aydın, Astana Yayınları, Ankara 2020.

Schauer, Frederick, *The Force of Law*, Harvard University Press, London 2015.

———, "Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law", *Ratio Juris*, C. 23, S. 1 (2010), s. 1-21.

Schofield, Philip, *Bentham: A Guide for the Perplexed*, Continuum, London ; New York 2009.

———, "Constructing the Text: Jeremy Bentham's Of the Limits of The Penal Branch of Jurisprudence", *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham: Essays on "Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence"*, ed. Guillaume Tusseau, 1. Baskı, Routledge, New York 2014, s. 30-40.

———, "Editorial Introduction", *Of The Limits of Penal Branch of Jurisprudence*, The Collected Works of Jeremy Bentham, Oxford University Press, Oxford 2010, s. xi-xl.

———, "Jeremy Bentham and HLA Hart's 'Utilitarian Tradition in Jurisprudence'", *Jurisprudence*, C. 1, S. 2 (2010), s. 147-67.

———, "Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence", *The Journal of Legal History*, C. 12, S. 1 (1991), s. 58-88.

Shapiro, Scott, "What Is the Internal Point of View?", *Fordham Law Review*, C. 75, S. 3 (2006), s. 1157-70.

Shapiro, Scott J., *Legality*, 1. Baskı, Belknap Press, Cambridge 2011.

———, "The Bad Man and the Internal Point of View", *The Path of the Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr*, ed. Steven J. Burton, Cambridge University Press, Cambridge 2000, s. 197-210.

———, "What Is the Rule of Recognition (And Does It Exist)?", *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, ed. Matthew Adler, Kenneth Einar Himma, Oxford University Press, New York 2009, s. 0.

Shepard, Max A., "An Analysis of Analytical Jurisprudence", *The Journal of Politics*, C. 1, S. 4 (1939), s. 371-95.

Summers, Robert S, "The New Analytical Jurists", *New York University Law Review*, C. 41, S. 5 (1966), s. 861-96.

Surlu, Aydan Ömür, *H. L. A. Hart'ta Tanıma Kuralı*, Ankara Üniversitesi, Basılmamış Doktora Tezi 2008.

Şahin Ceylan, Şule, *H.L.A.Hart'ın Hukuk Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık 2021.

Tapper, Colin, "Austin on Sanctions", *The Cambridge Law Journal*, C. 23, S. 2 (1965), s. 271-87.

Tarantino, Piero, *Philosophy, Obligation and the Law: Bentham's Ontology of Normativity*, Routledge 2018.

"TDK Sözlük", *kalem*, (17.09.2022), https://sozluk.gov.tr/.

Tebbit, Mark, *Philosophy of Law: An Introduction*, 3. Baskı, London, New York 2017.

Tusseau, Guillaume, "An Old English Tale? Bentham's Theory of the Force of a Law", *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham*, ed. Guillaume Tusseau, Routledge 2014, s. 80-133.

Türkbağ, Ahmet Ulvi, "Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansıması Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, thk. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, C. 12 , ss. 49-64.

Uyanık, Halit, *Hukukun Otoritesi, Joseph Raz'da Otorite Olarak Hukuk*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

———, "Kurumsallaşmış Bir Normatif Sistem Olarak Hukuk ve İkincil Eylem Sebepleri", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, ed. Hayrettin Ökçesiz, Gülriz Uygur, Saim Üye, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, C. 25 , ss. 197-210.

Uzun, Ertuğrul, "İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 2 (2003), s. 1-24.

Wacks, Raymond, *Hukuk Kuramını Anlamak: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisine Giriş*, çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver, Serdar Ünver, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2021.

Yankah, Ekow, "The Force of Law: The Role of Coercion in Legal Norms", *University of Richmond Law Review*, C. 42, S. 5 (2008), s. 1195-1255.

Yörük, Abdülhak Kemal, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1958.

Yörükoğlu, Ömer, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

Zhai, Xiaobo, "Bentham's Command versus Hart's Authoritative Reason: An Examination of the Principal Interpretations of Bentham's Imperative Theory of Law in Hart's 'Commands and Authoritative Legal Reasons'", *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham*, ed. Guillaume Tusseau, Routledge 2014, s. 170-95.

Zipursky, Benjamin C., "Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules", *Fordham Law Review*, C. 3, S. 75 (2006), s. 1229-53.