

Hukuk Kuralları ve Haydut Çetesi Kuralları Arasındaki Fark Yaptırımın Niceliği mi? Kemal Gözler’in “Hukuka Giriş” Kitabındaki Argümanına Pozitivist Bir Eleştiri

Hüseyin GÜNAL¹

Özet

Hukuk fakültesine yeni başlayan öğrenciler için hukuki muhakemeyi ve kavramları pedagojiye uygun olarak öğrenmek büyük önem arz etmektedir. Kemal Gözler’in Haziran 2021 tarihinde 18. Basımını gerçekleştiren “*Hukuka Giriş*” adlı eseri bu işlevi büyük oranda hakkıyla yerine getiren ve kendim de dahil hukuk fakültesi hocaları tarafından tercih edilen bir eserdir. Fakat kitabın üçüncü bölümünde ele alındığı şekliyle Gözler’in hukuk kuralları ve haydut çetesi kuralları arasındaki ayrımı sadece kaba güçten hareketle tanımlaması öğrencilerin yanında çoğu hoca için de şok etkisi yapmaktadır. Gözler, bu ayrımın doğal hukukçuların yaptığı gibi “adalet” perspektifinden yapılabileceğini fakat Kelsenci anlamda değerlerin göreceliliğine atıf yaparak, böyle bir ayrımın geçerli olmadığını belirtip kendi argümanını güçlendirir.

Bu bildiriye, kanun devleti-hukuk devleti gibi yapay doğal hukukçu ayrımlara başvurmadan, yani Gözler’in doğal hukukçu meşruiyet itirazlarına katılarak fakat Gözler’in yaptığı hukuki pozitivist tanımlamadan farklı bir tanımın izi sürülecektir. Her ne kadar Gözler, “hukuk felsefesinin olan değil, olması gereken ile uğraştığını” belirtse de hukuk felsefesi alanında hukuki pozitivism geleneği içerisinde yer alan düşünürlerin bir kısmı,

hukukun müeyyide ve kaba güçle ilişkisini etkin bir biçimde tartışmış ve büyük oranda bu sorunu oldukça güçlü argümanlarla çözüme kavuşturmuşlardır. Bunların başında, John Austin, Oliver Wendell Holmes ve Hans Kelsen’in hukuk ve müeyyide arasında zorunlu olarak kabul ettikleri ilişki biçimini ele alarak, hukuk kurallarına uyma yükümlülüğü ile uymaya mecbur kalmak arasındaki ayırmadan hareketle, hukukun normatifliğinin müeyyide/kaba güç gibi dışsal bir etkenden hareketle açıklanamayacağını belirten H. L. A. Hart bulunmaktadır. Hart’a göre müeyyidenin hukuku anlamak açısından belirli bir önemi olsa da hukukun merkezi kavramlarından biri değildir. Hart’ın “*The Concept of Law*” kitabında yaptığı eleştiri bu noktadan sonra hukuk bilimi alanında neredeyse ortodoks anlayış haline gelmiş ve ondan sonra gelen yine Hart gibi pozitivist düşünürlerce daha da ayrıntılı hale getirilmiştir. Örneğin Joseph Raz, hukukun otorite ve koordinasyon işlevine atıf yaparak, müeyyidenin hukukun olmazsa olmaz zorunlu unsurlarından biri olmadığını savunmuştur. Dolayısıyla Gözler’in hukukun otonomisi içerisinde kararlar yapmış olduğu hukuk kuralları tarifi kitapta anlatıldığı gibi bu perspektiften yapılabilecek tek tarif değildir.

Anahtar Kelimeler: müeyyide, Kemal Gözler, H. L. A. Hart, hukuki pozitivism, meşruiyet

1 Dr. Öğr. Üyesi, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, E-posta: huseyin.gunal@altinbas.edu.tr

Kurallar sistemi olarak hukukun yaptırımla birlikte anılması modern hukuk felsefesinin ilk ortaya çıkışından itibaren düşünürlerin üstünde durduğu bir meseledir. Yukarıdaki başlık bağlamında bakıldığında bunun kışkırtıcı bir tarafı olduğunu da itiraf etmek gerekiyor. Özellikle ülkemizde hukuk anlayışına hâkim olan doğal hukukçu bakışın böyle bir iddiayı kabul etmesi mümkün değil. Bu anlayışa göre hukuk kurallarının geçerliliği ahlâkî içeriğinden bağımsız olamayacağı için bu sorunun yanıtı da aslında çok basit. Hayır. Ahlâkî olarak meşru olmayan kurallar bütününe hukuk diyemeyiz² ya da tam anlamıyla hukuk diyemeyiz.³

Fakat hukuk felsefesi geleneği bilindiği gibi sadece doğal hukukçu anlayıştan oluşmuyor, hukukun ne olduğunu, nasıl çalıştığını analitik ve betimsel olarak anlamaya çalışan geleneğe göre hukuk kurallarıyla ahlak normları arasında zorunlu bir bağlantı bulunmuyor. Kendi içerisinde farklı

kolları barındıran bu anlayışın kabaca hukuki pozitivism olarak adlandırıldığını biliyoruz.⁴

Hukuk felsefesinin en temel sorunu, hukukun otoritesinin dolayısıyla normatifliğinin nerden kaynaklandığı sorusu olduğunu düşündüğümüzde tahmin edileceği gibi yine bu soruya doğal hukuk anlayışının vereceği yanıtın çok basit ve anlaşılır olduğunu kabul etmeliyiz. Hukuki bir kurala neden riayet edelim sorusuna verilecek doğal hukukçu yanıtın sonsuza kadar geri gitmesine gerek yok. Ahlâkî olanın öyle olmasını gerektirdiğini söylemek ya da kadiri mutlak iyi bir Tanrının öyle istediği yanıtını vermek yeterli olacaktır.⁵ Fakat bizler gerçekte her hukuk sisteminin ya da kuralının ahlâkî olmadığını biliyoruz dolayısıyla doğal hukukçuların yanıtları pek tatmin edici görünmüyor.⁶ Peki o halde hukukun normatifliğine yani hukuka neden riayet ettiğimize dair hukuki pozitivism penceresinden nasıl bir çözüm bulunabilir? İşte bu noktada,

- 2 James E. PENNER & Emmanuel MELISSARIS, *McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2012, ss. 11-26.
- 3 Doğal hukuk geleneğinde John Finnis hukukun toplumsal olgu olduğunu kabul ederken yine de Hart'ın “içsel bakış açısı” anlayışını tam en heyecan verici kısımda sonlandırdığını belirterek, hukuk felsefesinin ahlaki normatifliğine gönderme yapar. Finnis'in buradan hareketle yaptığı çıkarım hukukun toplumsal yaşamı koordine ederken iyi yaşamı temel alması gerektiğidir. Böylelikle Finnis'e göre kendi belirttiği normatif amaçları sağlamayan bir hukuk kuralına gerçek anlamıyla hukuk diyebilmek mümkün değildir. John FINNIS, “Law and What I Truly Should Decide”, *American Journal of Jurisprudence*, Cilt: 48 (2003), Sayı: 1, ss. 112, 113.
- 4 Margaret DAVIES, *Asking the Law Question*, Thomson Reuters, Sydney, 2017, ss. 101-118.
- 5 Scott J. SHAPIRO, *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2011, ss. 42, 43.
- 6 Shapiro, doğal hukuk anlayışının hukuk sistemlerinin kötülüşü sorununa tatmin edici bir yanıt veremediklerini belirtir. SHAPIRO, ss. 43, 44.

başlıkta belirttiğimiz sorunun bir veçhesiyle karşılaşıyoruz, acaba hukuk ve yaptırım arasındaki ilişki nasıl kuruluyor? Yani doğrudan ifade etmek gerekirse hukukun normatifiğini sağlayan yaptırım mı? Peki eğer hukukun diğer normatif yapılardan farkını sağlayan güç, cebir yahut yaptırım ise hukuk sistemine sahip bir devletle haydut çetesini birbirinden ayıran nedir? Yoksa ikisi arasındaki fark gücün niceliğinden başka bir şey değil mi?⁷

Kemal Gözler'in tam olarak böyle düşündüğünü söyleyebiliriz. Gözler'in "*Hukuka Giriş*" kitabından anlaşıldığına göre bir devletin hukuk sistemiyle, haydut çetesinin normatif kurallarını birbirinden ayıran şey, devletin kullandığı yahut sahip olduğu gücün haydut çetesinin gücünden daha fazla olmasıdır.⁸ Yalnız şu noktayı vurgulamak önemlidir, Gözler, hukukun

normatifiğini, hukukun otoritesini ve hukuki yükümlülüğü kaba güç noktasından açıklamasına karşın onun bu açıklaması, John Austin'in hukuku üstün egemen gücün yaptırımla desteklenmiş buyruklarından çıkararak yaptığı tariften veya Hans Kelsen'in *Grundnorm*'la temellenen normatif açıklamasından farklıdır. Gözler, öyle anlaşıyor ki kaba güce yaptığı atfa karşın hukukun ne olduğuna dair felsefi açıklamayı Austin ve Kelsen'in teorisinin bir karmasını yaparak açıklar.⁹ Gözler, Anayasanın geçerliliğini iradeci pozitivizmle açıklarken, kendi ifadesiyle normcu pozitivizmin yani Kelsen'in teorisinin *Grundnorm* varsayımıyla Anayasanın geçerliliğini temellendirmesini kabul etmez. Anayasa altı normların temeli ise ona göre, normcu pozitivizmle açıklanabilir.¹⁰ Felsefi olarak bu pozisyonun tutarlı bir

7 Shapiro, hukuki pozitivizm içerisinde hukuki yükümlülükle ilgili iki çözümün olduğunu belirtir, bunların ilki hukuki otoritenin kaba güçle ilişkili olduğu anlayışdır, diğeri ise hukuki otoritenin toplumsal bir kuralla ilişkili olduğu anlayıştır. Tahmin edileceği gibi ilkinin savunucusu John Austin ve onun takipçilerini oluştururken, ikincisinin savunucuları Hart ve ondan sonra gelen hukuki pozitivistlerin hemen hemen tamamıdır. SHAPIRO, ss. 43, 44. Burada Kelsen için ayrı bir parantez açılabilir, Kelsen tıpkı Hart gibi doğru bir hukuk teorisinin hukukun normatifiğini açıklamak zorunda olduğunu kabul eder ve kendi teorisini bu şekilde inşa eder fakat Kelsen hukukun kendine has normatifiğini toplumsal olgulardan ayırdığı oranda Hart ve Joseph Raz gibi çağdaş pozitivistlerden ayrılır. Dahası Kelsen bütün hukuk normlarının resmi görevlilere yaptırım uygulamaları için yapılan atıflardan ibaret olduğunu söylediği oranda, hukuk ve yaptırım arasında Austin benzeri bir bağ kurarak Hart'ın birincil ve ikincil kurallar arasında yaptığı ayırmadan uzaklaşır. Bütün hukuk kurallarını tabiri caizse aynı çuvala koyup, yetki veren kuralları, yükümlülük yükleyen kurallar gibi değerlendirmek yani eninde sonunda resmi görevlilerin yaptırımlarına göndermek Kelsen'in hukuk teorisini basitlik, sadelik, tutarlılık gibi teori oluşturmanın epistemolojik normlarından uzaklaştırır. Hart, "*The Concept of Law*"da ismini vermese de hukuki yükümlülükle ilgili olarak Austin'i eleştirirken aynı zamanda Kelsen'in yaptırım teorisini de eleştirir. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 40.

8 Kemal GÖZLER, *Hukuka Giriş*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2019, ss. 65-67.

9 GÖZLER, s. 244.

10 GÖZLER, s. 244.

şekilde savunulması benim kanaatime göre mümkün değildir fakat bildirinin sınırları açısından bu konuya girmek istemiyorum. Gözler'in hukuki pozitivizmi sadece Austin ve Kelsen'in görüşleri bağlamında ele alması ve H.L.A Hart'ın ve kendisinden sonra gelen çağdaş hukuk felsefecilerinin hukuki yükümlülüğü yaptırım bağlamında ele alan görüşlere yaptıkları eleştirilere yer vermemesini vurgulamanın önemli olduğunu düşünüyorum. Zaten aşağıda bu eleştirilere değineceğim için aynı bağlamın Gözler eleştirisi olarak da okunabileceğini düşünüyorum.

Şimdi modern gelenekte bu sorunun nasıl ele alındığının tarihine biraz değinmek istiyorum. Birçok açıdan modern hukukbilimin analitik bir bakış açısından Jeremy Bentham'la başladığı söylenebilir. Bentham'ın hukuka bakışı betimsel değildir, Bentham oldukça normatif bir anlayışla hukuku ele alır, bu nedenle onun bir reformcu olduğunu söyleyebiliriz. Bentham, William Blackstone'un *common law* övgüsünü ve Edward Coke'un *common law*'u yapay bir akıl olarak selamlamasını sert bir şekilde eleştirir. Bentham için *common law* gereksiz şekilde karmaşık ve anlaşılmazdır, hatta *common law* ona göre yargıçların ve hukukçuların bir komplosundan ibarettir. Bentham'ın ciddi ciddi hukuki danış-

manlık için para ödenmesinin hukuka aykırı olarak görülmesini savunduğunu biliyoruz.¹¹ Bentham, kendi hukuk görüşünü formüle ederken kendisinden 200 yıl önce Thomas Hobbes'un tarif ettiği şekilde “buyruk” kuramından faydalanır. İnsanlar buyruklarla sürekli karşılaşılıyor, peki hukuku farklı kılan ne olacak? O, bu soruya yanıtı yani hukukun normatifliğinin diğer normatif sistemlerden farkını, hukuk sisteminin buyruklarını hoşça gitmeyen yaptırımlarla desteklemesinde bulur. Ona göre, bu yaptırımlar, para cezası, hapis, hatta idam bile olabilir. Bentham bu muhtemel yaptırımların hukuki yükümlülüğü bizzat tanımladığını söyler. Hukuki bir yükümlülüğe sahip olmak basitçe resmi devlet zoru altında olmak demektir, böyle bir gücün olmadığı yerde ne hukuki yükümlülük vardır ne de hukuktan bahsedilebilir. Bentham'ın yaptırım üzerinde durması onun David Hume'dan devraldığı empirik psikolojik değerlendirmesine dayanır çünkü toplumsal çıkarlar hiçbir zaman olmasa da insanların kendi çıkar temelli motivasyonlarını ortadan kaldırıp onların hukuka uyması için yeterli değildir.¹²

Bentham'ın eserlerinin yayınlanması çok uzun bir süre olsa da düşünceleri çevresi tarafından biliniyor ve onun bu düşüncelerini miras alan kişi

11 Gerald J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 2019, ss. 280-331.

12 PENNER & MELISSARIS, ss. 46, 47.

hepimizin çok iyi bildiği gibi John Austin oluyor. Austin, hukukun varlığıyla onun değerini birbirinden ayırarak niyetini baştan ortaya koyar.¹³ Buradan hareketle, Austin'in semantik bir hukuk tanımı yaptığını görüyoruz. Hukuk başkasına alışkanlıktan hareketle itaat etmeyen fakat kendisine alışkanlıktan hareketle uyulan üstün bir egemenin yaptırımla desteklenmiş buyruklarıdır. Austin buyruğun bağlayıcılığını ve oradan ortaya çıkan yükümlülüğü ve ödevi buyruk verenin itaatsizlik halinde bir kötülük veya acı verme kabiliyetiyle temellendirir. Böylelikle zorlayıcı güç, Austin için hukukun ne olduğuyula ne olması gerektiği arasındaki farkı anlamının anahtarıdır.¹⁴

Austin'in yaptırım temelli hukuk anlayışı kendisinden sonraki dönemde oldukça etkili oluyor. İngiliz hukukbilimciler uzun süre bu etkinin altında kalırken Birleşik Devletler'de benzer bir eğilimin farklı bir anlayış ve amaçla filizlendiğini görüyoruz. Oliver Wendell Holmes'un hukuka "kötü adam"ın perspektifinden bakmalıyız derken Austin'i okuduğunu ve takip ettiğini biliyoruz. Holmes için ve sonrasında

da Joseph Hutcheson, Jerome Frank, Leon Green, Herman Oliphant, Karl Llewellyn ve birçok düşünür 1920'lerden 1940'lar ve sonrasına uzanan bir süreçte kitaplardaki hukukla uygulanan hukuk arasında büyük bir fark olduğunu belirtiyorlar.¹⁵ Bu boşluğu önemli hale getiren hukuk tarafından etkilenen kişi yani *kötü adamdır, kötü adam* bu veya şu davranışta bulunduğu yalnızca kendisine ne olacağıyla ilgilenen kişidir.¹⁶ Realistler, Austin gibi hukukun tanımıyla ilgilenmese de temel Austinci anlayışı kabul ediyorlar yani "hukuk sisteminin ne zaman yaptırım uygulayıp uygulamayacağı arasındaki çizgi, hukuk fikrinin anlaşılması için merkezi öneme sahiptir."

Yaptırımın hukukta öneminin geniş bir şekilde kabul edilmesi yalnızca İngilizce konuşan teorisyenlere has değildir. Kıta Avrupa'sında Hans Kelsen, devletin meşru yaptırım tekelini, hukuk sistemlerini diğer normatif sistemlerden ayıran fark olarak görür. Kelsen'in teorisi Austin'in teorisinden keskin bir şekilde ayrılrsa da yaptırımın rolüyle ilgili görüşlerinin aynı şekilde net olduğunu gözlemlemek mümkündür. Hans Kelsen'e göre "dışsal yap-

13 John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, s. 157.

14 DAVIES, ss. 104-106.

15 Frederick SCHAUER, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015, s. 21.

16 Oliver Wendell Holmes, "The Path of Law", *Harvard Law Review*, Cilt: 10, (1897), Sayı: 8, ss. 457, 459, 461.

tırımlar hukukun özüdür”¹⁷ ve “hukuk düzeninin bütün normları zorlayıcı normlardır yani yaptırımı sağlayan normlardır”¹⁸.

Hukukun zorlayıcılığı bir çok düşünürüne onun ayırt edici vasfı olarak gözükse de başka bir kısım düşünür güç-merkezli hukuk anlayışının yine hukukla ilgili bir çok noktayı açıklamadığını belirtir. Örneğin Roscoe Pound kendisi ceza hukukçusu olsa da, Austin’in zımnî ceza hukuku paradigmasının özel hukukun bir çok alanını dışarıda bıraktığını düşünür. Pound, özellikle hukuki olarak kurulmuş işlemlerin, yani sözleşmeler, vasiyetnameler, şirket ortaklığının kuruluşu vd.’lerinin buyruk modeli tarafından içerilmediğini belirtir. “Bazı yasalar, yetki tanır veya yetki verir, başka bazıları, özgürlükleri ve ayrıcalıkları tanır ve verir ve bir kısmı da tanınmış çıkarları sınırlar. Bunların hepsinin buyruklara indirgenmesi aşırı-basitleştirmeden başka bir şey değildir bu bakış açısı hukukun bu yönünün daha iyi anlaşılmasına hizmet etmez”. Pound bunlarla da yetinmiyor ve bütün hukuku ceza hukuku anlayışıyla ele alınmasına itiraz ediyor ve Austin tarafından

hukukun bu şekilde indirgenmesine karşı çıkıyor.¹⁹ Pound ve diğerleri Austin’in resmindeki boşlukları ortaya koyuyorlar fakat bu konudaki kanonik eleştiri H. L. A. Hart’ın “*The Concept of Law*” kitabının II, III ve IV.’ü bölümleridir.²⁰ Hart’ın kitabındaki Austin eleştirisi o kadar önemli hale gelir ki daha önce Hart’ın yaptığına benzer eleştiriler literatürde unutulur.

Hart’ın eleştirisi iki büyük tema üzerine oturmaktadır. Bunların ilki yukarıda Pound’un söylediklerine benzer şekilde hukukun büyük kısmının yaptırım temelli anlayış tarafından açıklanamayacağıdır. Fakat Hart bu eleştirileri daha da öteye taşıyıp, yaptırımın yalnızca sözleşmeleri, vasiyetnameleri ve hukukun diğer seçimlik özelliklerini açıklamadığını söylemekle kalmayıp, hukukun bu konulardaki kurucu/inşa edici rolüne değinir. Hart henüz çığır açan kitabını yazmadan önce Oxford’da yaptığı açılış dersinde düzenleyici ve kurucu kurallar ayrımını temellendirir.²¹

Düzenleyici kurallar, en çok bilinen kural türleridir, kavramsal varlığı mantıksal olarak kurallara öncelikli olan davranışları düzenler. Saatte 150

17 Hans KELSEN, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, Harvard Law Review, Cilt: 55 (1941), Sayı: 1, ss. 57, 58.

18 Hans KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1945, s. 29.

19 SCHAUER, s. 24.

20 HART, 2012, ss. 18-79.

21 H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2001, ss. 21-49.

km hızla araba kullanmam, arabanın, yolun ya da benim önceliklerimin bir işlevi olabilir fakat hukuka dayanmaz. Aynı şekilde bir kişinin diğerini öldürme kabiliyeti de böyledir. İnsanlar diğer insanları hukuk kuralları cinayeti yasaklamadan önce öldürürler. Böylelikle 150 km'nin üstünde araba kullanmayı veya diğer insanları öldürmeyi yasaklayan kurallar ve yasalar, yasa olmadan var olan davranışları yönetir ve bunların varoluşu mantıksal olarak hukuka önceldir. 150 km'nin üstünde araba kullanmak ya da arkadaşımı öldürmek için hukuka ihtiyacım yoktur.²²

Gelin şimdi, aslında kendi başına var olmayacak, olanaklar yaratan kuralları ve kural sistemlerini düşünelim. Satranç oyununu kuran kurallar var olmadan, rok yapmak mümkün değildir. Rok, ancak satrancın içinde var olur. Aynı şey hukuk için de geçerlidir. Ceza hukuku adam öldürmeyi düzenleyebilir ve haksız fiil hukuku, kavramsal olarak öncel aktivitelerin bazı biçimlerini yönlendirebilir fakat bir şirket kurmak veya vasiyetname düzenleme adam öldürmeye değil roka benzer. Bir grup insan, hukuk olmadan birlikte bir işi yürütebilir fakat ancak hukuk sayesinde bir şirket oluşturabilirler. Ve aynı şey vasiyetnameler, sözleşmeler ve hu-

kuk tarafından kurulan ve hukuka bağımlı sayısız kurumlar ve pratikler için geçerlidir.²³ Hukukun, bu kurumları ve pratikleri kurmasını nasıl anlamalıyız? Hukukun burada bir şeyi ya da birini zorladığını söyleyemeyiz. Hukuk, şirketlerin kurulmasını sağlar fakat birilerini şirket kurmaya zorlamaz.

Hart'ın ikinci eleştirisi ise muhtemelen ilkinden daha önemlidir çünkü doğrudan hukuki yükümlülüğün, yaptırım, zor veya güçle mantıksal olarak farkı üstünde durur. Bentham ve özellikle Austin için yaptırımlar, hukuki yükümlülük fikri için zorunludur. Yasalar buyruklarını tehditlerle destekleyerek yükümlülükler yaratır. Böylelikle zorlama ya da güç yalnızca hukuki bir buyruğun zorunlu parçası değil aynı zamanda hukuki yükümlülük ve hukuki ödevin de zorunlu parçasıdır. Hart, bu fikre dilsel bir örnekle karşı çıkar, eğer silahlı birisi – hatta bu resmi genişletip silahlı bir organizasyonun genel emirlerine de uygulayabiliriz – bize ya canını ya malını derse, biz ancak zorlama altında oluruz, bir yükümlülüğe sahip olduğumuz söylenemez.²⁴

Yaptırımlar olmadan yükümlülüğün varlığı ahlâkî yükümlülüklerle baktığımız zaman çok daha açıktır. Birçok

22 SCHAUER, s. 27.

23 SCHAUER, ss. 27, 28

24 HART, 2012, ss. 19-25.

insan örneğın engelli birine yolda yardım etmenin ahlâkî yükümlülüğü olduğuna inanır ve bunu yaptırım tehdidi olmadan yapar. Başka bir örnek olarak vejetaryen birini verelim, bir vejetaryen sağlık sorunları olduğu için değil, hayvanların öldürölüp yenmesinin ahlâkî olarak yanlış olduğuna inandığı için et yemez. Ayrıca vejetaryenler bu konuda toplum tarafından kınanmayı da göze alırlar. Böylece vejetaryenler et yemekten uzak durmayla ilgili olarak bir yükümlölükleri olduğuna ve et yediklerinde bu yükümlölüklerini ihlal ettiklerine inanırlar. Bu tarz ahlâkî yükümlölükleri tanımlarken bunların içselleştirilmiş olduğunu görürüz. Et yemekten uzak durma yükümlölüğü vejetaryenin davranışlarına rehberlik eder, onu yönetir ve onun etten uzak durması için bir neden ortaya koyar. Bazı durumlarda vejetaryenler başkalarını et yedikleri için eleştirir, bu eleştiri yapma yetkisine sahip olmalarının nedeni onların “et yeme!” kuralını içselleştirmeleridir.

Ahlâkî yükümlölükler yaptırım olmadan içselleştirilebiliyorsa, hukuki olanlar neden yapılmasın? Ve bu nokta Hart'ın ve sonradan onun takipçilerinin vurgulamak istediğı noktadır. Vejetaryen dostumuz, barbekü yapmaya bayılabilir, kebabçı bir tanıdığı en sevdiği kişi olabilir hatta et ve balık yemenin bir insanı diğerlerine göre daha sağlıklı yaptığına inanabilir fakat

içselleştirdiğı ahlâkî yükümlölük onun bazı önceliklerini, arzularını bir kenara bırakmasını ve yükümlölüğe uymasını sağlar. Teorik bir imkân olarak aynısını hukuk için düşünebiliriz. İnsanlar cennet cehennem korkusu ve hayali olmadan dini yükümlölüklerini yerine getiriyorsa, yaptırım korkusu olmadan ahlâkî yükümlölüklerini yerine getiriyorsa, aynısını neden hukuk için yapmasınlar? Böylelikle, mantıksal ve kavramsal bir mesele olarak, insanlar ahlakın dediğı şeyi yapıyorsa, hukukun dediğı şeyi de yaparlar. İnsanlar hukuku bağımsız bir yükümlölük kaynağı olarak algılayabilir ve yaptırım korkusu olmasa bile hukukun onlara yükümlölük dayattığını anlayabilirler. Eğer bir eylemi, ahlak bana öyle söylediğı için yapıyorum demek anlamlıysa aynı şekilde mantıksal ve fenomenolojik bir mesele olarak, bunu hukuk dediğı için yapıyorum demek de anlamlıdır.

Hart'ın anlayışında, hukuki yükümlölükleriyle ilgili olarak insanlar, içsel bir bakış açısına sahip olabilirler. Böyle bir bakış açısına sahip olduklarında insanlar hukuki bir buyruğun kendileri için bir yükümlölük ve eylemleri için bir neden oluşturduğunu fark ederler, bu yükümlölük mantıksal, fenomenolojik ve empirik olarak hukuk kuralının ihlali halinde ortaya çıkması muhtemel yaptırımın oluşturduğu yükümlölükten farklıdır. Hukuki yükümlölük aynı satranç oyununun

yükümlülüğü gibidir, Raz bunu, hukuki bakış açısı olarak özetler.²⁵ Hart'a göre hukuk sadece kötü adamın perspektifine odaklanamaz, aynı zamanda yolunu şaşırılmış adama da rehberlik etmesi gerekir.²⁶

Hart sonrası düşünürlerin büyük kısmı hukukun bu yükümlülüğünün ne olduğu üstüne kafa yormuşlardır. Fakat burada önemli bir nokta bulunuyor, bu düşünürler ayrıca hukuk felsefesinin vazifesinin hukukun zorunlu ve yeterli öğelerinin ortaya çıkarılması olduğunu düşünürler. Yani hukuk felsefesi hukukun evrensel ve zorunlu unsurlarıyla ilgilenir, ama, örneğin hukuk sosyolojisi empirik ve olumsal olanla ilgilenir. Hukuka felsefi perspektiften baktığımızda hukukla zor veya yaptırım arasında kavramsal, zorunlu hiçbir bağ yoktur ancak olumsal bir bağ görülmektedir. Dolayısıyla Hart sonrası düşünürler hukuk felsefesini bu şekilde aldıkları için zorun/gücün/yaptırımın hukukla ilişkisine böyle bakmaya devam etmektedirler.

KAYNAKÇA

- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

- DAVIES, Margaret, *Asking the Law Question*, Thomson Reuters, Sydney, 2017.
- FINNIS, John, "Law and What I Truly Should Decide", *American Journal of Jurisprudence*, Cilt: 48, (2003), Sayı: 1, ss. 107-129
- GÖZLER, Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.
- HART, H. L. A, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- HART, H. L. A, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- HOLMES, Oliver Wendell. "The Path of Law", *Harvard Law Review*, Cilt: 10, Sayı: 8, (1897), ss. 457-478
- KELSEN, Hans, "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, Cilt: 55 (1941), Sayı: 1, ss. 44-70.
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1945.
- PENNER J. & MELISSARIS E., *McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- POSTEMA, Gerald J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- SCHAUER, Frederick, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.
- SHAPIRO Scott J., *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2011.

25 Joseph RAZ, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, ss. 140-143.

26 HART, 2012, s. 40.