T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

HAK KAVRAMININ HUKUK FELSEFESİ AÇISINDAN ANALİZİ

Nazime Beysan
No: 2502020169

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Yasemin Işıktaç

İstanbul 2008

TEZ ONAY SAYFASI

ÖZ

Bu çalışmanın amacı, hak kavramının yapısı ve fonksiyonu bakımından analiz edilmesi suretiyle, "Hak nedir?" veya "Bir hakka sahip olmak ne demektir?" sorusuna bir yanıt aramaktır.

İlk bölümde, hak kavramı yapısal bakımdan analiz edilmeye çalışılmıştır. Kavramın yapısal analizinde Amerikalı hukuk teorisyeni Wesley N. Hohfeld'in yaklaşımı temel alınmıştır. Bu analiz çerçevesinde, hak kavramını meydana getiren kurucu bileşenlerin belirlenmesi sorunu üzerine odaklanılmıştır.

İkinci bölümde ise hak kavramını açıklamaya yönelik olarak geliştirilmiş olan iki ana teorinin klasik versiyonları ele alınmıştır. Kıta Avrupası kökenli olan klasik irade ve çıkar teorileri, en önemli temsilcilerinin görüşleri üzerinden incelenmeye çalışılmıştır. Ayrıca çalışmanın bu bölümünde çağdaş Anglo-Sakson irade ve çıkar teorilerinin çıkış noktası olan Jeremy Bentham'ın hukuki hak kavramı analizi üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölümde ise, çağdaş Anglo-Sakson irade ve çıkar teorisi yaklaşımları en önemli ve etkili temsilcilerinin görüşleri bağlamında incelenmeye çalışılmıştır. Hak kavramının teorik olarak analizine ilişkin bu iki rakip teori arasındaki tartışma günümüzde halen daha tüm hızıyla devam etmektedir. Çalışmanın bu kısmında çağdaş tartışmalar bağlamında söz konusu teorilerin hak kavramına getirdiği açıklama biçiminin ve bunun ortaya çıkardığı sorunların bir değerlendirilmesi yapılmıştır.

ABSTRACT

The title of this thesis is “The Analysing the Concept of Rights According to the Philosophy of Law”. Concept of rights is the most fundamental and significant concept of law. The aim of this study is to analyse this concept into its components and to analyse it according to its function. I assumed that, by adopting this kind of approach, it could be possible to find an answer for this question, which has a great ambiguity: “What a right is?” or “What is it to have a right?”.

In the first chapter, I tried to analyse this concept into its basic components. This goal is founded on Wesley N. Hohfeld’s, who is an American legal theorist, analysis of the notion of legal rights.

In the second chapter, I focused on the classical versions of the will theory and the interest theory. These two theories was formulated for the aiming of explaining the notion of rights. Classical versions of these theories are examined by considering their most important representatives’ point of viewes. In this chapter Jeremy Bentham’s theory of legal rights is also examined. His theory is accepted by many authors as the starting point of the contemporary Anglo-Saxon versions of the will theory and the interest theory.

Third chapter deals with contemporary Anglo-Saxon versions of the will theory and the interest theory. These two theories could be seen as two rival but prominent theoretical analyses of the concept of rights. In other words contemporaray debate on the nature of rights has been continiuing between these theories. In this chapter I was also focused on issues raised by these theories.

ÖNSÖZ

Hak kavramı hukukun en temel kavramlarından birisidir. Fakat günümüzde hak kavramının kullanıldığı bağlam sadece hukuk alanı ile sınırlı değildir. Ahlak felsefesi ve siyaset felsefesi alanındaki tartışmalarda da sıklıkla hak kavramı kullanılmaktadır. Bununla birlikte tartışmacılar bu kavrama çoğunlukla belli bir amaca ulaşmak veya diğer bir deyişle belli bir görüşü savunmak niyetiyle başvurmaktadır. Bu nedenle de tartışma daha ziyade hak kavramının varsayılan içeriği üzerine odaklanmaktadır. Halbuki hak kavramının güncel hukuki, ahlaki ve siyasi tartışmaları kesin çözüme kavuşturmakta kullanılabilecek bir argüman olabilmesi için öncelikli olarak kavramın kendisinin ne olduğu üzerinde bir uzlaşmanın kurulmasına ihtiyaç vardır. Bir başka ifadeyle hak kavramı etrafından sürdürülen tartışmaların bir sonuca bağlanabilmesi için öncelikli olarak "Hak nedir?" veya "Bir hakka sahip olmak ne demektir?" sorusu yanıtlanmalıdır.

Bu çalışmanın temel gayesi yukardaki soruya bir yanıt aranmasıdır. Bu nedenle çalışma bizatihi hak kavramının çözümlenmesine yani analizine odaklanmıştır. Dolayısıyla çalışma kapsamında yukarıda sözü edilen güncel tartışmaların tüketilmesi amaçlanmamaktadır. Bilakis amaçlanan bu tartışmalar için de zemin kurabilecek nitelikteki bir hak tanımının olabilirliğinin sorgulanmasıdır.

Çağımızda hak kavramının mahiyetinin açıklanmasına ilişkin oldukça geniş bir literatürün varlığından söz etmek mümkündür. Bununla birlikte çalışma esas itibariyle kavram analizi bakımından belirli bir geleneğe sahip olan Anglo-Sakson analitik hukuk felsefesi yaklaşımlarını merkeze almaktadır. Konunun tüketilmiş olma iddiasında olunmadığından, ileride yapılacak yeni çalışmaların sorunu farklı açılardan ele alacağı beklentisi taşınmaktadır.

Çalışmanın içeriğine ilişkin açıklamalara geçilmeden önce, ortaya çıkmasında çok önemli katkıları olduğunu düşündüğüm kişilere minnettarlığımı ifade etmek isterim.

Öncelikli olarak danışmanlığımı yürüten ve tezin oluşturulması süreci boyunca benden bilgisini ve yardımını hiçbir zaman esirgemeyen, yazdığım her satırı titiz bir incelemeden geçiren, bana olan güvenini ve desteğini her an hissettiğim hocam Prof. Dr. Yasemin Işıktaç'a en derin şükranlarımı ve teşekkürlerimi sunmak isterim. Ayrıca çalışma sürecim boyunca değerli fikirleriyle ufkumu açan, özellikle klasik yaklaşımları bütünsel olarak kavrayabilmem bakımından bana yol gösteren, ihtiyaç duyduğum her anda ilgisinden ve bilgisinden beni mahrum bırakmayan hocam Doç. Dr. Mehmet Tevfik Özcan'a minnettarlığımı ve teşekkürlerimi iletmek isterim. Yine bu süreç boyunca karşılaştığım her türlü sıkıntıyı kendisiyle paylaşabildiğim, umutsuzluğa düştüğüm her anda büyük bir anlayış ve sabırla bana güç ve destek veren, değerli fikirleriyle yol gösteren hocam Yard. Doç. Dr. Sevtap Metin'e en derin minnet duygularımla teşekkür etmeyi bir borç bilirim.

Ayrıca kaynaklara ulaşmam ve bilgisayarla ilgili sorunlarım konusunda benden yardımlarını esirgemeyen araştırma görevlisi arkadaşlarım Halit Uyanık ve Sercan Gürler'e teşekkürlerimi sunarım. Mensubu olduğum Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı'ndaki araştırma görevlisi arkadaşlarım Dr. Ülker Yükselbaba, Dr. Serkan Gölbaşı ve Barkın Asal'a da yardımları ve destekleri için minnettarlığımı ifade etmek isterim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ iii

ABSTARCT iv

ÖNSÖZ v

İÇİNDEKİLER vii

KISALTMALAR x

TABLOLAR xi

GİRİŞ 1

I. HAK KAVRAMININ YAPISAL BAKIMDAN İNCELENMESİ: WESLEY N. HOHFELD'İN HUKUKİ HAK KAVRAMI ANALİZİ 17

A. Genel Olarak 17

B. Hohfeld'in Analizinin Amacı ve Kapsamı 20

C. Hohfeld'in Analizinin Metodolojik Zemini: Temel Hukuki Kavramlar 23

1. Temel Kavram 25

a. Kapsayıcıdır 25

b. Yeterlidir 26

c. İndirgenemezdir 26

2. Hukuki Kavramlar 27

a. Hukuki Kavramlar-Hukuki Olmayan KavramlarAyrımı 27

b. Delil Niteliğindeki Olgular-Kurucu Olgular Ayrımı 30

D. Hohfeld'de Hukuki İlişki Kavramı 32

1. Hukuki Bağlılaşıklar–Hukuki Karşıtlıklar 32

2. Birincil İlişkiler-İkincil İlişkiler Ayrımı 37

E. Hohfeld'in Analizine Hakim Olan İlkeler 40

F. Hohfeld'de Hukukun Temel Kavramlarının Nitelendirilmesi 43

1. Talep 46

2. Serbestlik 50

3. Yetki 57

4. Bağışıklık 63

G. Hohfeld'de Temel Hukuki Kavramların Karşılıklı İlişkilerinin Değerlendirilmesi 66

1. Talep-Ödev ve Serbestlik–Talep Yokluğu İlişkileri 66

a. Mantıksal Farklılıkları Bakımından Analizi 66

b. Pozitif Hukuk Kuralları Bağlamında Analizi 77

2. Yetki-Tabi Olma ve Bağışıklık-Yetersizlik İlişkileri 79

H. Hohfeld'in Analizinin Bütünsel Olarak Değerlendirilmesi 85

II. ARKAPLAN: KLASİK İRADE VE ÇIKAR TEORİLERİ 94

A. Genel Olarak 94

B. Klasik İrade ve Çıkar Teorilerinin Temel Sorunları 95

C. Klasik İrade Teorisi 100

1. Genel Olarak 100

2. Immanuel Kant'ın Yaklaşımı 101

a. Kant'ın Genel AhlakFelsefesi 101

b. Kant'ın Hukuk Felsefesi Bağlamında Hak Anlayışı 107

3. Friedrich Carl Von Savigny'nin Yaklaşımı 114

a. Genel Olarak Tarihçi Hukuk Okulu 114

b. Savigny'nin Hak Anlayışı 120

D. Klasik Çıkar Teorisi 123

1. Genel Olarak 123

2. Rudolph Von Jhering'in Yaklaşımı 124

a. Hukuk (Hak) Uğruna Mücadele 125

b. Sosyal ve Bireysel Amaçların Aracı Olarak Hukuk 131

c. Jhering'in Hukuk Teorisi Bağlamında Hak Anlayışı 136

E. Çağdaş İrade ve Çıkar Teorilerinin Hareket Noktası Olarak Bentham'ın Hukuki Hak Teorisi 140
1. Genel Olarak 140
2.Hukuki Kavramların Analizi Bağlamında Hak Kavramının Nitelendirilmesi 145

III. ÇAĞDAŞ İRADE VE ÇIKAR TEORİSİ YAKLAŞIMLARI 159
A. Genel Olarak 159
B. Çağdaş İrade ve Çıkar Teorilerinin Temel Sorunları 161
C. Çağdaş İrade Teorisinin Kurucusu Olarak H.L.A. Hart 165
1. Hart'ın Hukuki Hak Teorisi 165
2. Hart'ın Teorisinin Değerlendirilmesi 174
D. Çağdaş Çıkar Teorisi 178
1. David Lyons'un Sınırlandırılmış Yararlanıcı Yaklaşımı 178
2. D. Neil MacCormick'in Çıkar Teorisi Yaklaşımı 185
3. Joseph Raz'ın Çıkar Teorisi Yaklaşımı 194
a. Hukuki Hakların Model Alınmasındaki Sakıncalar 194
b. Hak Genel Kavramının Açıklanması 198
E. Çağdaş İrade ve Çıkar Teorilerinin Değerlendirilmesi 211
1. Çağdaş İrade Teorisinin Değerlendirilmesi 211
a. Vazgeçilmez Haklar Sorunu 213
b. Hak Sahipleri Sorunu 219
2. Çağdaş Çıkar Teorisinin Değerlendirilmesi 222
a. Mesleki Hakların Açıklanması Sorunu 226
b. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmeler Sorunu 228

SONUÇ 235
KAYNAKÇA 254
ÖZGEÇMİŞ 280

KISALTMALAR

A.R.S.P. : Archiv für Rechts und Sozial Philosophie

A.Ü.H.F. : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

A.Ü.S.B.F. : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Bkz. bkz. : Bakınız, bakınız

Bkz.: aş. : Eserin kendi içinde aşağıya atıf

Bkz.: yuk. : Eserin kendi içinde yukarıya atıf

H.F.S.A. : Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

Krş. : Karşılaştırınız

No. : Numara, Number

p. : page

s. : sayfa

t.y. : tarih yok

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

v.d. : ve diğerleri

Vol. : Volume

TABLOLAR

Tablo 1: Hohfeld'de Hukuki Bağlılaşıklar 33
Tablo 2: Hohfeld'de Hukuki Karşıtlıklar 33
Tablo 3: Hohfeld'de Birincil İlişkiler 37
Tablo 4: Hohfeld'de İkincil İlişkiler 38
Tablo 5: Corbin'de Temel Hukuki Kavramlar 44

GİRİŞ

Hak kavramı hukukun en temel kavramlarından birisidir. Öyle ki, etimolojik kökeni bakımından "hukuk" sözcüğü dilimize Arapça'dan geçmiş olan "hakk" sözcüğünün çoğuludur[1]. Bir başka deyişle hukuk, hak sözcüğünün çoğulu olarak ondan türetilmiştir. Yani hukuk, bir anlamda haklar demektir.

Türk Dil Kurumu hak sözcüğünün karşılığı olarak şunları vermektedir[2]:

- Tanrı'nın adlarından biri,
- Adalet,
- Adaletin veya hukukun gerektirdiği veya birine ayırdığı şey, kazanç,
- Geçmiş ve harcanmış emek,
- Dava veya iddiada gerçeğe uygunluk, doğruluk,
- Pay,
- Emek karşılığı ücret,
- Doğru, gerçek.

Fransızca (*droit*), Almanca (*Recht*), İtalyanca (*diritto*) gibi dillerde hak ve hukuk kavramları aynı sözcükle ifade edilmektedir[3]. Kıta Avrupası'nda hukuk ve

[1] Arapça "hakk", çoğulu "hukuk" sözcüğü şu anlamları karşılamaktadır: -Doğruluk, doğru ve gerçek olan, -Batıl karşıtı, -Adalet, hakkaniyet, insaf, -Pay, hisse, alacak, -Bir iş, çalışma veya hizmetin karşılığı, -Maddi ve manevi kazanç, -Görev, vazife, borç, - Herkesin meşru olan salahiyeti, iktidarı, birşey üzerindeki mülkiyeti, -Allah, -İslamiyet, -Kur'an, -Kıyamet, -Saf hakikat, -Dava ve iddia. Bkz. "hakk" maddesi, Abdullah Yeğin, v.d., **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Büyük Lügat**, İstanbul, Sebat Yayım, 2006, s. 313; İsmail Parlatır, **Osmanlı Türkçesi Sözlüğü**, Ankara, Yargı Yayınevi, 2006, s. 557; Mustafa Nihat Özön, **Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, Üçüncü Baskı, İstanbul, İnkılap Kitapevi, t.y., s. 257. Dilimize yüzyıllarca önce yerleşmiş bulunan hak sözcüğünün Türkçesi, Türk dilinin birçok başka sözcüğe kaynaklık etmiş ana sözcüklerinden birisi olan "ok" (og)'tur. İlk anlamı yayla atılan değnek olan bu sözcük aşiret, boy, oymak, kabile gibi anlamlar yanında doğruluk, doğru, gerçek, büyüklük, düzgünlük, pay, hak gibi anlamlara da sahiptir. Arapça'daki hakk sözcüğünün anlamlarından birisinin Allah olması gibi, Türkçe'de de "ok"tan türetilen "ogan" (ugan) sözü Tanrı anlamında kullanılmıştır. "Ok" sözcüğü, sahip olduğu bu anlamlar yanında hak sahibi, haklı anlamını da yansıtmak suretiyle kişi kavramını dahi karşılamaktadır. Hatta günümüzde özellikle Doğu Anadolu'da yaygın olarak görülen Memo, Fato, Hüso gibi kişi adlarının sonuna eklenen "o" sesi saf bir Türkçe sözcüğün kısaltılmış halidir. "O" sesi "ok" sözcüğünden yumuşatılmıştır. Buna göre Alo, Ali kişi; Haso, Hasan kişi demektir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Ali Rıza Önder, " 'Hak' Sözünün Türkçesi", **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1-2, 1981, s. 125-141.

[2] Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Onuncu Baskı, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2005, s. 829-830.

hakkın aynı sözcüklerle karşılanmasından dolayı, sözcüğün hukuk mu hak mı anlamında kullanıldığının ayırt edilmesi güçlük yaratmaktadır. Bu durumun sakıncalarını gidermek amacıyla hukuku ifade etmek için Fransızlar "*droit objectif*", Almanlar "*objektives Recht*" ifadesini, hakkı ifade etmek içinse Fransızlar "*droit subjectif*" Almanlar "*subjektives Recht*" ifadesini kullanmaktadır. Buna karşılık İngilizce'de hak kavramı "*right*" sözcüğü ile, hukuk kavramı ise "*law*" sözcüğü ile karşılanmaktadır. Türkçe'de ise İngilizce'de olduğu gibi hukuku ve hakkı ifade eden iki ayrı sözcük bulunduğu için, "ojektif hukuk" ve "sübjektif hukuk" ifadelerinin kullanılmasına ihtiyaç yoktur[4]. Bununla birlikte hak ve hukuk kelimelerinin

---

[3] *Droit* ve *diritto* sözcükleri, düzeltmek, yönlendirmek, doğrultmak, hizaya getirmek gibi, daha ziyade otorite ile ilgili anlamları olan Latince "*directum*" sözcüğünden türetilmiştir. Bununla birlikte Romalılar hukuku ifade etmek için "*ius*" sözcüğünü kullanmışlardır. *Ius* sözcüğünden ise batı dillerinde "Justice" (adalet) sözcüğü türetilmiştir. Bkz. Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, İkinci Baskı, Bursa, Ekin Kitapevi Yayınları, 2003, s. 268, dipnot 4. Latince'de *ius* (çoğulu *iura*) sözcüğü hem hak, hem de hukuk anlamına gelmektedir. Bkz. Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 99; Sina Kabaağaç, Erdal Alova, **Latince-Türkçe Sözlük**, İstanbul, Sosyal Yayınları, 1995, s. 331. Bu sözcük *Ius civile, Ius gentium* biçimlerinde kullanıldığında hukuk anlamına gelirken, *ius crediti* (alacak hakkı), *ius dominii* (mülkiyet hakkı) biçiminde kullanıldığında ise hak anlamına gelmektedir. Ius sözcüğünün etimolojik olarak *iurare* (iddianın doğruluğuna yemin etmek) sözcüğünden türetildiği sanılmaktadır. Roma'nın ilk devirlerinde i*us* sözcüğü bir bütün olarak hukuk kurallarını ifade etmeyip, yalnızca belirli durumlarda bir taraf lehine verilmiş kararları dile getirmekteydi. Buna göre davalar da tarafların kendi iddialarının haklılığına yemin etmelerinden ibaretti. Dava sonucunda bir tarafın lehine olan kararlara *ius* denilmekteydi. Yani sözcük, o somut durumda haklı olana işaret etmek için kullanılmaktaydı. Roma hukukunda *ius* kavramı ile *actio* (dava) kavramı arasında çok sıkı bir ilişki vardır. Roma'da hak, hukuki uyuşmazlıklarda taraflardan birinin çıkarının hukuka uygun biçimde yetkili yargı organları tarafından diğer tarafa karşı korunması olanağı olarak görülmektedir. Bu nedenle hak sahibi de *actio*su (dava hakkı) olan kişidir. Romalılar'a göre hukuken korunmaya değer görülen her çıkar için ayrı bir davanın tanınmış olması gereklidir. Bu nedenle hukuken ileri sürülebilmesi veya kovuşturulabilmesi için özel bir dava öngörülmemiş olan bir haktan söz edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla Romalılar hakları, bu hakları elde etmeye yarayan davalar bakımından nitelendirip sınıflandırmıştır. Buna ek olarak Romalılar hakkın niteliğini teorik olarak incelememiştir. Onlara göre hukuk anlamında *ius,* insanların nasıl davranacağını gösteren objektif bir davranış kuralı (*norma agendi*) iken, hak anlamındaki *ius* ise devlet tarafından teminat altına alınmış olan sübjektif bir davranış selahiyetidir (*facultas agendi*). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özcan Karadeniz-Çelebican, **Roma Hukuku**, Altıncı Baskı, Ankara, A.Ü.H.F. Yayınları, No: 518, 1997, s. 117 vd.; Belgin Erdoğmuş**, Roma Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1995, s. 90 vd.; Ziya Umur, **Roma Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1984, s. 331 vd; Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, Çeviren: Ziya Umur, İkinci Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959, s. 27 vd.; Diler Tamer Güven, "Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı,** Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987, s. 3 vd; Richard Tuck, **Natural Rights Theories: Their Origin and Development**, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, p. 7 vd.

[4] Gözler, **Hukuka Giriş**, s. 268; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar**, **Temel Kavramlar,** Tümüyle Gözden Geçirilmiş Dokuzuncu Baskı, İstanbul, Beta, 2002, s. 89; Ömer Anayurt, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Güncellenmiş Yedinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 52-53; Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, İkinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2006, s. 460; M. Emin Emini, "Hak Kavramı", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi,** Sayı: 12, 2004, s. 205-206; Karadeniz-Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 117; Erhan

farklılığı, hak kavramının, normatif bir yapı olarak hukukun, hukuk kuralının korunmaya değer içeriği olarak da anlaşılmasına olanak sağlamaktadır[5]. Bir başka ifadeyle sübjektif hukuk, objektif yani genellik ve soyutluk niteliğine sahip olan hukuk düzeninin kişilere tanıdığı her türlü özgürlük, yetki, ayrıcalık ve imkanların tümüdür. Bu bağlamda hak, hukuk dilinde "talep", "iddia", "yetki", "izinli olma durumu", "izin", "ruhsat" anlamlarına gelecek şekilde kullanılmaktadır[6]. Buna karşılık hak terimi etrafında oluşturulan bu sözcük dağarcığı pek çok durumda terimin bu yan anlamları arasında bir ayrım yapmayı zorlaştırmaktadır[7].

Kant'ın hukuk kavramı ile ilgili olarak "Hukukçular, henüz herkes tarafından kabul edilmiş olan bir hukuk tanımı bulamamışlardır"[8] biçimindeki saptaması hak kavramının tanımı açısından da halen daha geçerliliğini korumaktadır. Hakkın ne olduğu, yani hak kavramının nasıl tanımlanması gerektiği meselesi hukuk tarihi boyunca hem hukuk felsefesinin, hem de medeni hukukun en tartışmalı sorunlarından birisini teşkil etmiştir[9] ve etmeye de devam etmektedir. Hak kavramını açıklamak üzere birçok teori geliştirilmiştir. Günümüzün Türk hukuk doktrini incelendiğinde en yaygın kabul gören tanımın şu olduğu görülmektedir: *Hak, hukuk tarafından kişilere tanınan ve korunmasını istemek hususunda kişilerin yetkili kılındıkları çıkardır*[10].

Adal, **Hukukun Temel İlkeleri**, Genişletilmiş Sekizinci Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s. 219.

[5] Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 460; Yasemin Işıktaç, "Toplum ve Hukuk", **Sosyolojiye Giriş**, Editör: İhsan Sezal, Ankara, Martı Kitap ve Yayınevi, 2002, s. 611.

[6] Ernest Hirş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Güncel Dile Uyarlayan: Selçuk Baran Veziroğlu, Üçüncü Tıpkı Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2001, s. 101.

[7] Işıktaç, "Toplum ve Hukuk", s. 611.

[8] Hirş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri,** s.101.

[9] İsmet Sungurbey, "Hak Nedir?", **Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri**, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Alkım Yayınları, 1997, s. 151.

[10] "Hak, birşeyi yapmak veya başkalarından belirli bir şekilde davranmayı veya birşey yapmayı isteme yetkisidir", Adnan Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, Gözden Geçirilmiş, Değiştirilmiş ve Genişletilmiş Sekizinci Baskı, Ankara, Siyasal Kitapevi, 2001, s. 44; "[H]ak, hukuken korunan ve sahibine korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaat[tir]", Oğuzman, Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar**, **Temel Kavramlar,** s. 91; [H]ak, hukuk tarafından bireylere tanınan, korunmasını isteme hususunda bireylerin yetkili kılındıkları menfaatlerdir", Abdullah Dinçkol, **Temel Hukuk Bilgisi**, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2007, s. 141; "Genel olarak hak,

Bununla birlikte hak kavramı sadece hukuk bağlamında kullanılan bir kavram değildir. Hukuk tarafından tanınan ve korunan haklar olarak hukuki haklar yanında, doğal haklar, ahlaki haklar ve insan hakları terimleri de kullanılmaktadır. Hukuki hakların niteliği üzerinde olduğu gibi diğer hak türlerinin niteliği üzerinde de ciddi tartışmalar yapılmaktadır.

Günümüzde hak kavramına ilişkin en temel ayrım **hakkın kaynağından** hareketle yapılan **hukuki haklar** ve **ahlaki haklar** ayrımıdır. Doğal haklar ve insan hakları ise genellikle ahlaki haklar kapsamında değerlendirilmektedir[11].

Hukuki haklar, en genel anlamıyla, belirli bir yerde ve zamanda geçerli olan hukuk kuralları, yani pozitif hukuk düzeni tarafından tanınan ve güvence altına alınan haklardır. Hukuki haklar, zamana, yere ve topluma göre değişiklik gösterebilir; bu nedenle de değişken bir içeriğe sahiptir. Aynı hukuk düzeni içerisinde hak olan bir durum, daha sonra yasalarla kaldırılabilir ya da daha önce hak olmayan bir hukuki durum yeni yasalarla hak olarak belirlenebilir[12]. Bir hakkın hukuk düzeni tarafından sadece tanınması çoğu durumda yetersiz kalabilir, bu nedenle hakkın güvenceye bağlanması, garanti edilmesi yani korunması da gereklidir. Söz konusu güvencenin bir yönü, hak sahibinin, hakkından hukuk düzeni

---

bir kimsenin isteyebileceği, ileri sürebileceği ve kullanabileceği bir durumu belirtir. Hak; devlet ve toplumun hukuk düzeni aracılığı ile ve yasalarla güvence altına almış bulunduğu bir durum olarak tanımlanabilir.", Anıl Çeçen, **İnsan Hakları**, Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 2000, s. 9-10. "Hak, yaygın kabul bulan yaklaşımla, özgürlükleri koruyan, onu kurumsallaştıran, yani yapma ya da yapmamaya ilişkin herhangi bir baskının yokluğu biçiminde somutlaşan bir özgürlüğün, başka bir adlandırma ile devinim serbestisinin hukuksal kimlik altında görünmesidir.", Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş,** Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş Altıncı Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007, s. 1445; "Hukuk kuralına dayanan, hukuk düzenince korunmuş olan ve kişinin serbest iradesiyle yararlanabileceği menfaat, başka bir deyişle, avantajlı, ayrıcalıklı hukuki konumdur hak." Rona Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 144; "Hak; Hukuk düzeni'nin koruması ve sağlaması altında olan menfaattir. (Hakların gerçekleşmesi, sahibinin iradesine bırakılmış olabilir)." Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 112.

[11] Mustafa Tören Yücel, **Hukuk Felsefesi**, Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara, Başkent Klişe Matbaası, 2005, s. 118; Norman P. Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, Çeviren: Mustafa Erdoğan, Yusuf Şahin, Ankara, Liberte Yayınları, 2003, s. 256; Maurice Cranston, **What are Human Rights?,** London, The Bodley Head, 1973, p. 19. Bununla birlikte hak kavramına ilişkin olarak yapılan bu ayrımın bütün detaylarının ve ortaya çıkarttığı sorunların burada tümüyle tüketilebilmesi mümkün değildir.

[12] Çeçen, **İnsan Hakları**, s. 10.

içinde yararlanabilmesinin sağlanmasıdır. Diğer yönü ise hak sahibinin hakkının, iradesi dışında hukuka aykırı bir nedenle elinden çıkması halinde yerine konulması yani tazmin edilmesidir[13]. Bu nedenle hukuki hakların en temel özelliği, hakkın gereğinin devlet gücü ile zorla yerine getirtilebilmesidir[14]. Bir başka deyişle hukuki hakları diğer hak türlerinden ayırt eden en temel özellik, bu hakların arkasında onları destekleyen yasakoyucu, mahkeme, devletin idari organları, polis gibi hukuki kurumların bulunmasıdır[15]. Hukuk sistemleri, kurallar yoluyla düzenledikleri hakların, ihallerini de yaptırıma bağlamak suretiyle hakları teminat altına almaktadır. Hukuk sistemi içinde kural, zorlayıcılığını, yani uygulanabilirlik gücünü kendi içerisinde taşımaktadır. Bu güç, kurala muhatap olanların ona uygun davranmadığı zaman yaptırım mekanizmalarının işletilmesi yoluyla hayata geçmektedir[16]. Böylece hakkı ihlal edilen kişi, hukuk yoluna başvurmak suretiyle söz konusu mekanizmayı harekete geçirebilir[17]. *Ubi jus, ibi remedium* özdeyişi bu durumu dile getirmektedir.

Ahlaki haklar en genel biçimiyle, hukuki hakların aksine, hukuk veya başka kurumsal kurallar tarafından tanınıp düzenlenmeden bağımsız olarak varolan haklar biçiminde tanımlanabilir[18]. Ahlaki haklar kavramı, doğal haklar ve insan haklarına göre daha geniş bir kapsama sahiptir. Doğal haklara veya insan haklarına sahip olmanın tek koşulu insan olmaktır; bunun dışında başka hiçbir özel koşul bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle insanlar özel durumlarına veya içinde bulundukları koşullara bakılmaksızın doğal haklara veya insan haklarına sahiptir.

---

[13] Aydın Aybay, Rona Aybay, **Hukuka Giriş**, Dördüncü Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 180. Hukuk tarafından korunmamış bir irade veya çıkar hak olarak kabul edilemez. Böyle bir irade veya çıkar, sadece her an vazgeçilebilir bir lütuf, rica, jest veya hatır konusu olabilir. Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm**, s. 145.

[14] Cranston, **What are Human Rights?**, p. 5; Michael Freeden, **Rights**, Buckingham, Milton Keynes Open University Press, 1991, p. 4.

[15] Tom Campbell, **Rights: A Critical Introduction**, London & New York, Routledge, 2006, p. 87.

[16] Ayşen Furtun, **Hukuk Kavramı**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999, s. 22.

[17] Bununla birlikte ceza hukuku kurallarının ihlali halinde, istisnai bazı durumlar hariç, söz konusu mekanizma devlet organları tarafından harekete geçirilmektedir. Kişinin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında ceza hukuku açısından kamu yararı olduğu için, hak sahibi koruma ve cezalandırma talep etmediği hallerde dahi savcı kamu adına harekete geçip, kamu davası açabilir. Burada korunan kamu çıkarıdır. Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, s. 112.

[18] Joel Feinberg, **Social Philosophy**, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1973, p. 84.

Buna karşılık ahlaki haklar kavramı, örneğin verilen sözlerden kaynaklanan haklar gibi, insanların özel durumlarına veya özel koşullara dayalı hakları da kapsamaktadır[19]. Buna ek olarak ahlaki haklar, doğal haklar ve insan haklarına göre hak sahipleri kategorisi bakımından da daha geniş bir kapsama sahiptir. Doğal haklar ve insan haklarının özneleri insan ile sınırlıyken, ahlaki hakların insan dışındaki diğer varlıklara da atfedilebilmesi mümkündür[20].

Doğal haklar, en genel anlamıyla, doğrudan doğruya insan doğasından kaynaklanan ve insan olma olgusu tarafından öngörülen, her zaman ve her yerde geçerli olan, bir başkasına devredilemeyecek ve hiçbir şekilde vazgeçilemeyecek olan özgürlükler bütünü olarak tanımlanabilir[21]. Doğal haklar düşüncesi, doğal hukuktan kaynaklanmakla birlikte ona nazaran daha yakın bir geçmişe sahiptir[22]. İnsanın sırf insan olmak sıfatıyla, doğuştan bazı haklara ve özgürlüklere sahip olduğu ve bunlara devletin hiçbir zaman dokunamayacağı düşüncesinin sosyal sözleşme

---

[19] Yücel, **Hukuk Felsefesi**, s. 118; Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, s. 261. H.L.A. Hart bu konuda kullanışlı bir yaklaşım olan "genel ahlaki haklar" (general rights) ve "özel ahlaki haklar" (special rights) ayrımı yapmaktadır. Buna göre, genel ahlaki haklar insanlar arasındaki herhangi bir özel ilişkiden veya işlemden kaynaklanmayan, tüm insanların sahip olduğu ahlaki haklardır. Özel ahlaki haklar ise insanlar arasındaki özel ilişkilerden veya işlemlerden kaynaklanan haklardır. Bu nedenle özel ahlaki hakların sahipleri, bu hakkı ortaya çıkartan ilişkinin tarafları ile sınırlıdır. Hart'a göre özel ahlaki hakların en önemli örneği söz vermeden kaynaklanan ahlaki haklardır. H. L. A. Hart, "Are There Any Natural Rights?", **Theories Of Rights**, Edited by: Jeremy Waldron, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 84 vd.

[20] Bununla birlikte kimin veya neyin ahlaki hakların sahibi olduğu konusu oldukça tartışmalı bir konudur. Ahlaki hak sahiplerinin belirlenmesi için acı çekme kapasitesi, akıl ve seçim yapma kapasitesi, kişi olma gibi birçok farklı ve çoğu zaman birbiriyle bağdaşmayan ölçütler ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu nedenle kimin veya neyin ahlaki hakların öznesi olduğuna ilişkin a priori olarak kabul edilebilecek genel bir ilke yoktur. Bu konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. Brenda Almond, "Rights", **A Companion to Ethics**, Edited by: Peter Singer, Oxford U.K., Massachusetts U.S.A, Blackwell Publishers, 1991, p. 264; Erol Kuyurtar, "Hakların Normatif Temelleri", **H.F.S.A.**, 11. Kitap, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s. 113-114; Jon Nuttall, **Ahlak Üzerine Tartışmalar,** Çeviren: Abdullah Yılmaz, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1997, s. 203 vd.

[21] "Hak" maddesi, Ahmet Cevizci, **Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü**, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2000, s. 155.

[22] Doğal hukuk düşüncesine göre, insan ürünü olan pozitif hukuktan önce varolan ve bundan üstün olan bir doğal hukuk düzeni vardır. Doğal hukuk, pozitif hukukun yani olan hukukun dışında ve üstünde, olması gerekeni, yani adaleti tam olarak yansıtan bir hukuk düzeni olarak düşünülmüştür. Doğal hukuk düşüncesinin temelleri İlkçağ Antik Yunan felsefesindedir. Olan ve olması gereken ayrımı muhafaza edilmekle birlikte doğal hukuk düşüncesi İlkçağ'dan günümüze kadar değişik görünümlere bürünmüştür. Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları,** İkinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1992, s. 197 vd.

kurgusu bağlamında bir sistem olarak ortaya çıkışı 17. yüzyıla tekabül etmektedir[23]. Bununla birlikte doğal haklar düşüncesine en yetkin biçimini veren düşünür John Locke'tur. Liberal birey, toplum ve devlet anlayışı da laik doğal hukuk doktrini içinde yavaş yavaş oluşmuş ve gelişmiştir. Laik doğal hukuk düşüncesinin ürünü olan doğal haklar, insan olarak varoluşumuzun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu haklar insan yapısı olmadıkları için toplumdan ve devletten bağımsızdır. İnsanlar toplum haline geçmeden önce de, yani tabiat halinde de bu haklara sahiptir. Eşitliğin ve özgürlüğün hakim olduğu tabiat halinden insanlar kendi iradeleriyle, aralarında bir sözleşme yapmak suretiyle çıkarak toplumu ve devleti kurmuşlardır. İnsanlar toplum haline geçerken tabiat halinde sahip oldukları haklarından tümüyle vazgeçmemiştir. Sadece toplumun kurulması ve yaşaması için gerekli olan haklarını devlete devretmişler, diğer önemli haklarını ve özgürlüklerini ise ellerinde tutmuşlardır. Devredilmeyen haklar ve özgürlükler, devletin dokunamayacağı bir alanı oluşturmaktadır. Böylece devlet kendisinin yaratmadığı, yani kendisinden önce de varolan doğal haklarla bağlıdır ve onlara saygı göstermek zorundadır. Çünkü devletin varlık nedeni bu hakların korunmasıdır[24]. Doğal haklar görüşü, insan hakları kavramının doğumuna ve gelişimine önemli katkılarda bulunmuştur. Özellikle devlet otoritesinin sınırlandırılmasında, baskıcı rejimlere karşı direnilmesinde ve özgürlüklerin güvence altına alınmasında çok önemli bir işlev görmüştür[25].

---

[23] Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yenilenmiş Beşinci Baskı, A.Ü.H.F. Yayınları No: 392, Ankara, Sevinç Matbaası, 1976, s. 30; Oktay Uygun, **Demokrasinin Tarihsel**, **Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, İstanbul, İnkılap Kitapevi, 2003, s. 129; Oktay Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", **Cogito İnsan Hakları,** Editör: Korkut Tankuter, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s. 17.

[24] Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 30-31; Uygun, **Demokrasinin Tarihsel**, **Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, s. 129-130; Ayferi Göze, **Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Baskı, İstanbul, Beta, 2005, s. 3 vd.; Ayrıca bkz. Cemal Bali Akal, **Varolma Direnci ve Özerklik: Bir Hak Kuramı İçin Spinoza'yla**, Ankara, Dost Kitapevi, 2004, s. 235-236. Doğal haklar düşüncesinin dört önemli özelliği vardır: 1- İnsanlar bu haklara tıpkı organları gibi doğuştan sahiptir. Bu hakların reddedilmesi demek insan oluşlarının reddedilmesi demektir. Bu nedenle doğal haklar devredilmez ve vazgeçilmezdir. 2- Doğal haklar toplumdan ve devletten önce de vardır. Bunlar tarihsel bir gelişme veya siyasal bir buluş olarak yapay bir ürün değildir. Bilakis politik toplum doğal hakların korunması amacıyla yaratılmıştır. 3- Doğal haklar mutlaktır. Hiçbir düşünceyle kısıtlanamazlar veya geçersiz kılınamazlar. Yani bu haklardan hiçbir şekilde ödün verilemez. 4- Doğal haklar evrenseldir. Bu, doğal hakların insan oluşun vazgeçilmez parçası olmasının mantıksal bir sonucudur. Zaman ve yere bakılmaksızın bütün insanlar doğal haklara sahiptir. Freeden, **Rights**, p. 27.

[25] Çeçen, **İnsan Hakları**, s. 27-28; Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", s. 17.

Günümüzde doğal haklar terimi yerine daha ziyade insan hakları teriminin kullanılması yaygınlık kazanmıştır[26]. Bunun en önemli nedeni doğal haklar düşüncesinin dayandığı iki temel varsayımın, yani insanların tabiat hali denilen bir dönemde tek başlarına yaşadıkları ve bu dönemden bir sözleşme yaparak çıktıkları görüşünün, gerçekçi olmaktan uzak oluşudur. Antropoloji, tarih ve sosyoloji gibi disiplinlerin bulguları bu varsayımlarla tutarsızlık göstermektedir. Bir anlamda doğal haklar temelsiz kalmıştır[27]. Buna ek olarak doğal haklar düşüncesine faydacılık ve Marksizmden de ciddi eleştiriler getirilmiştir[28]. Bu durum ise II. Dünya Savaşı'nın sonrasına kadar doğal haklar düşüncesinin etkisinin azalmasına yol açmıştır. II. Dünya Savaşı'nın dehşet verici boyutlarda hak ihlallerine yol açması ve insanlık üzerinde yarattığı yıkıcı etki, haklar için yeni bir dönemin de başlangıcı olmuştur. Öyle ki hak kavramı sadece hukukun değil, yeniden ahlak ve siyaset felsefesinin de en temel kavramlarından birisi haline gelmiştir[29].

Hakların özel bir grubunu teşkil eden insan hakları[30], en genel biçimde kişinin sırf insan olmasından dolayı sahip olduğu haklar olarak tanımlanmaktadır[31]. Bu hakların öznesi olmanın tek şartı insan olmaktır. Çağdaş yaklaşımların çoğu, insan haklarının en üstün nitelikteki ahlaki haklar oldukları düşüncesini

---

[26] Cranston, **What are Human Rights?,** p. 1; John Finnis, **Natural Law and Natural Rights**, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 198; Peter Jones, **Rights,** London, Macmillan , 1994, p. 45, 72, 81.

[27] Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", s. 17.

[28] Barry, **Modern Siyaset Teorisi**, s. 254, 268; Margaret MacDonald, "Natural Rights", **Theories Of Rights**, Edited by: Jeremy Waldron, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 21; Campbell, **Rights: A Critical Introduction**, p. 8; William A. Edmundson**, An Introduction to Rights**, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 105 vd; Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Ankara, Siyasal Kitapevi, 1999, s. 171-172.

[29] Almond, "Rights", p. 259; Campbell, **Rights: A Critical Introduction**, p. 9.

[30] İnsan hakları kavramı genellikle çoğul olarak kullanılır. Tekil anlamda kullanıldığında ise spesifik bir insan hakkına, örneğin yaşam hakkına gönderme yapılır. Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri,** Ankara, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 17, 1995, s. 1; Jones, **Rights**, p. 81.

[31] Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çeviren: Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Ankara, Yetkin Yayınları, 1995, s. 11, 19, 22; Akıllıoğlu, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri,** s. 1; Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", s. 13; Uygun, **Demokrasinin Tarihsel**, **Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, s. 130; Oktay Uygun, "Küreselleşme ve Özgürlük", **Felsefe Tartışmaları**, 28. Kitap, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2001, s. 92; Mordecai Roshwald, "The Concept of Human Rights", **Philosophy and Phenomenological Research**, Vol.: 19, No: 3, 1959, p. 355.

benimsemektedir. Öyle ki en üstün ahlaki haklar olarak kabul gören insan hakları, siyasal yaşamın temel kurumlarının ve uygulamalarının esas düzenleyicisi olmaları bakımından diğer ahlaki, hukuki ve siyasi taleplerden önce gelmektedir[32]. Bu bağlamda devletin, bu hakları bireylere (yurttaşlarına) tanımış olup olmamasının bir önemi yoktur. Bir başka ifadeyle insan haklarından söz edebilmek için hukuk düzeninin bu hakları tanımış olması gerekmez. Kişi, insan hakkını ancak ondan yararlanması tehlikeye düştüğünde ileriye sürer. Daha alt düzeydeki haklar yerine insan haklarına başvurulması, genellikle yürütülebilir, pozitif hakların bulunmamasının işaretidir. İnsan haklarının fiilen korunduğu yerde de insanlar bu haklara sahip olmaya devam eder. Buna karşın bu haklara başvurmaya gerek duymazlar. Çünkü insan haklarının yerini, hukuk düzeninin tanıdığı hukuki haklar almıştır. Bu hukuki hakların ihlali halinde, hakkı ihlal edilen kişi, insan haklarına değil pozitif hukuk yollarına başvuracaktır. Bu anlamda insan hakları "son çare" haklardır[33]. İnsan hakları taleplerinin veya insan hakları mücadelesinin temel amacı, hakların hukuksal güvenceye kavuşturulmasıdır[34]. Yani bu hakları hukukun tanıdığı ve koruduğu hukuki haklara dönüştürmektir.

İnsan hakları sürekli gelişen ve yenilenen, yani dinamik bir içeriğe sahiptir[35]. Bu özelliğinden dolayı insan hakları kategorisinin içerdiği hak ve özgürlükler, hukuk tarafından tanınmış ve düzenlenmiş bulunanlardan ibaret olan bir listeye indirgenemez. İnsan haklarının tarihsel gelişimi bunun en somut göstergesidir. Tarihsel olarak önce "temel haklar", "klasik haklar" ya da "medeni ve siyasal haklar"

---

[32] Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, s. 22; Akıllıoğlu, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri,** s. 3; Feinberg, **Social Philosophy**, p. 85; Freeden, **Rights**, p. 6; Vahap Coşkun, **İnsan Hakları: Liberal Açıdan Bir Tahlil**, Ankara, Liberte Yayınları, 2006, s. 109 vd.; Finnis, **Natural Law and Natural Rights**, p. 198; Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 165.

[33] Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları,** s. 23-24.

[34] Bu anlamda insan hakları talepleri mecvut kurum, kural ya da uygulamalara karşı çıkma, onları değiştirme amacını içeriğinde barındırmaktadır. İnsan haklarının baskın özelliği, devlete karşı ileri sürülmeleri, devletin sınırlanmasını veya politikalarını değiştirmesini sağlamayı amaçlamalarıdır. Bu nedenle insan hakları taleplerinin niteliği siyasaldır. Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", s. 15.

[35] Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş,** s. 1462; Norberto Bobbio, **The Age of Rights**, Translated by: Allan Cameron, Cambridge, Polity Press, 1996, p. 6; Abdullah Dinçkol, "Küreselleşme ve İnsan Hakları", **Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan,** İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2006, s. 912.

olarak da isimlendirilen birinci kuşak haklar kategorisi; onun arkasından "ekonomik, sosyal ve kültürel" haklar olarak da isimlendirilen ikinci kuşak haklar kategorisi ve nihayetinde de dayanışma hakları da denilen üçüncü kuşak haklar kategorisi ortaya çıkmıştır[36]. Bu nedenle bugün insanlık için yüksek bir standart olarak görünen insan hakları kategorilerinin yarın için de yeterli sayılacağını varsaymak tarihe yetersiz bir bakış anlamına geleceği gibi, aynı zamanda insanlığın geleceğini ipotek altına almaktır. Bu varsayımın aksine insan haklarının bir turnike usulünü izlediği, yani asla geriye dönülmeksizin daima daha ileri standartlara ulaşma gayesi taşıdığı göz önünde tutulmalıdır[37].

İnsan hakları, her insanla ilgili bazı gerekleri dile getirmektedir. Bu gerekler ise insanın değerini tanıma ve koruma istemleri olarak ortaya çıkmaktadır. "İnsanın değeri" ile kastedilen, onun diğer canlılar arasında sahip olduğu özgün ve özel yerdir. İnsanın, diğer canlılarla paylaştığı özelliklere ek olarak başka özellikleri ve yine sadece ona özgü olanaklarının sonucu olan faaliyetleri ve ürünleri vardır. İnsanın sahip olduğu bu olanaklar ve özellikler, insanın değerini ya da onurunu meydana getirir[38]. İnsan hakları kavramının kaynağı insanın ahlaki doğasıdır. Her insan ahlaken insan olma vasfından dolayı onurlu bir yaşam sürmeyi hak eder. İnsan, belki insan hakları olmadan da yaşayabilir; fakat böyle bir yaşam insana yakışan bir yaşam olmaz. Bu nedenle insanın, insan olmaktan kaynaklanan haklarının ihlali veya inkarı demek, insanlıktan, insan olmaktan vazgeçmek demektir. "İnsan, haklarıyla insandır" özdeyişi bu durumu dile getirmektedir[39].

---

[36] Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş,** s. 1462; İnsan haklarının tarihsel gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", s. 21-25; Uygun, "Küreselleşme ve Özgürlük", s. 92 vd. Bobbio, günümüzde muazzam bir ilerleme kaydeden genetik araştırmaların bireyin genetik kimliği üzerinde yarattığı olumsuz sonuçlar ile ilgili olan dördüncü kuşak insan hakları kategorisinin işaretlerinin görüldüğünü belirtmektedir. Bobbio, **The Age of Rights**, p. xi.

[37] Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 462.

[38] İoanna Kuçuradi, "Felsefe ve İnsan Hakları", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Hazırlayan: İoanna Kuçuradi, İkinci Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 1996, s. 49.

[39] Uygun, "İnsan Hakları Kuramı", s. 21.

Yukarıda anahatları ile hak kavramının, kaynağı bakımından değişik bağlamlardaki anlamları üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte yukarıdaki açıklamaların tüketici olduğunu ve bu konulardaki tartışmaların tüketilebileceğini söylemek mümkün değildir. Bu farklı anlamları dikkate alındığında, hak kavramının ne olduğu sorusunun yanıtlanmasının oldukça güç bir mesele olduğu görülmektedir. Geniş bir kavram olan hakkın bütün türlerini kapsayacak, yani kavramın kullanıldığı bütün bağlamlarda geçerlilik taşıyabilecek içeriksel bir hak tanımının yapılabilmesi çok zor görünmektedir.

Bu zorlukların yanında hak kavramının günümüzde siyasi, hukuki, ahlaki ve felsefi boyutları olan "adalet sorunu", "refah devleti", "kamu yararı", birey-devlet ilişkileri", "kürtaj", "ötenazi", "çevre etiği", "genetik müdahale" gibi bir çok çağdaş tartışmanın tam da merkezinde yer aldığı görülmektedir. Söz konusu tartışmalara daha yakından bakıldığında ise bunların çerçevesinin genellikle birbiriyle yarışan hak talepleri ile ilgili savlar ve karşı savlardan meydana geldiği görülmektedir. Bir başka deyişle, taraflar kendi pozisyonlarını ve iddialarını hak kavramına başvurmak suretiyle ileriye sürmektedir. Bununla birlikte günümüzde hak kavramı üzerinden yürütülen söz konusu tartışmalar, bizatihi hak kavramının kendisinin anlaşılabilirliği ile ilgili olmaktan ziyade, haklarla ilgili çeşitli ifadelerin varsayılan içeriğiyle ilgilidir. Bu saptamadan hareketle ve buna ek olarak günümüzde bir "haklar patlamasından" veya "haklar enflasyonundan" söz etmek de mümkündür[40]. Öyle ki, insan hakları yanında, "kadın hakları", "çocuk hakları", "azınlık hakları", "cinsel azınlıkların hakları", "hayvan hakları", "fetüs hakları", "ölülerin hakları", "gelecek nesillerin hakları", "doğanın hakları", "sigara içme hakkı", "sigara içmeyenlerin

[40] Birçok yazar haklar söylemindeki bu duruma dikkat çekmektedir. Bkz. Almond, Rights", p. 260; Hillel Steiner, **An Essay on Rights,** Oxford, Blackwell Publishers, 1994, p. 55; Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş,** s. 1438; Thomas A. Fay, "Rights and Natural Law", **A.R.S.P., Law and The State in Modern Times**, Edited by: Werner Maihofer, Gerhard Sprenger, Beiheft: 42, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1989, p. 90 vd.; Paolo Comanducci, "Justice and Rights: A Conceptual Analysis", **A.R.S.P., Law, Justice and The State: Essays on Justice and Rights**, Edited by: Aleksander Peczenik, Mikael M. Karlsson, Beiheft: 58, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1995, p. 121; Paul Marshall, "Two Types of Rights", **Canadian Journal of Political Science**, Vol.: 25, No: 4, 1992, p. 662; Erol Kuyurtar, "Haklar", **H.F.S.A.,** 9. Kitap, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 151; İoanna Kuçuradi, "Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları", **H.F.S.A**, 13. Kitap, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s. 36.

hakkı", vb. hak katalogları oluşturulmakta ve ileriye sürülmektedir. Hak kavramı hem içeriğihem de özneleri bakımından sürekli bir biçimde genişlemektedir. Bu nedenle içinde yaşadığımız zamanı "**Haklar Çağı**[41]" olarak nitelendirmek mümkündür. Özellikle liberal toplumlarda bir haklar çatışması veya yarışması durumunun had safhaya ulaştığı görülmektedir: Gençlerin yaşlılara, etnik azınlıkların çoğunluğa, yerlilerin yabancılara, zenginin yoksula, kadının erkeğe, Tanrı'ya inanmayanların inananlara, çocukların ebeveynlerine, işçilerin işverenlerine, tüketicilerin üreticilere, öğrencilerin öğretmenlerine, vatandaşların polise ve herkesin devlete karşı hakları vardır[42]. İyi ya da değerli olarak görülen herşeyin hak kavramı içerisinde değerlendirilmesi olarak görülebilecek bu yaygın eğilim, bir yandan hak kavramını içerik bakımından zenginleştirmektedir; diğer yandan ise hak kavramının kapsamının ve sınırlarının belirlenmesinde güçlükler yaratmaktadır. Bu aşırı genişleme sonucunda kavramın özünün ve biçiminin bozulması veya yozlaşması ise kaçınılmazdır[43].

Hak kavramının günümüzün hukuki, ahlaki ve siyasi tartışmaları çerçevesinde baskın ve merkezi bir niteliğe sahip olmasının temel nedenleri şöyle özetlenebilir[44]:

-Haklar söylemi, bir üstünlük veya öncelik dilidir. Bir hakka sahip olmak demek, hem ahlaki hem de hukuki söylemde kamu yararı gibi diğer mülahazalara baskın gelen, yani onları geçersiz kılan bir argümana sahip olmak demektir.

-Haklar söylemi, bireyciliğin dilidir. Haklar söylemi her bir bireyin sahip olduğu ahlaki önemi ve değeri ifade ettiği için, çok cazip görülmektedir. Haklar temeli üzerine kurulan bir toplum ve devlet, saygı görmeyi hak eden her bir insan

---

[41] "Haklar Çağı" ifadesi, Norberto Bobbio'dan alınmıştır. Bobbio, **The Age of Rights**, p. 32.

[42] L. W. Sumner, "Rights", **The Blackwell Guide to Ethical Theory**, Edited by: Hugh LaFollette, Malden, Massachussetts, 2000, p. 288. Böylece birey hem başka bireylerle, hem de devletle bir *versus* ilişkisi içine yerleştirilmektedir. Zaten hak söyleminin olduğu her durumda taraflar arasında bir çatışma var demektir. Bir başka deyişle tarafların çıkarlarının veya pozisyonlarının çatışması hak kavramının kendisinde içkin olarak vardır. Kuyurtar, "Haklar", s. 157.

[43] Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş,** s. 1438.

[44] Campbell, **Rights: A Critical Introduction**, p. 3-4.

yaşamının sahip olduğu onuru yansıtan ve onaylayan bir toplum veya devlettir. Yani haklar bütün insanların, değerleri bakımından eşit oluşunu dile getirmektedir.

-Hakların varlığı güçlü bir biçimde ortaya konulsa bile, haklar her zaman ihlal edilebilir. Bu nedenle ihlal edilen hakların tekrardan güvenceye alınmasına ilişkin onarıcı mekanizmalar da haklar sistemine dahildir. Bu da hakların, ihalleri halinde eski hale getirme mekanizmaları ile bağlantısını kurmaktadır.

-Haklar, güçlülerin ellerindeki gücü kötüye kullanarak daha zayıf durumda olanları ezmesini önlemektedir. Böylece hakların kötüye kullanılması engellendiği gibi, bireylerin güvenliği de teminat altına alınmaktadır.

Hak kavramına atfedilen bu olumlu niteliklere rağmen biraz yukarıdaki gibi listelenen "hakların" birbirleriyle çatıştığı durumlarda, düzenleyici bir ilkenin veya bir öncelik kuralının bulunmaması halinde, tüm bu hak ifadelerinin tutarsız ve karmakarışık bir talepler manzumesi ortaya çıkartması kaçınılmaz bir durumdur. Çünkü günümüzde kullanılan haklar söylemi çoğu zaman esnek, değişken ve açık uçlu bir nitelik göstermektedir. Bu karmaşayı gidermek için hak olanı hak olmayandan ayırt edecek bir ölçüte ihtiyaç vardır. Fakat bu ölçütün hak kavramı üzerinde sürdürülen içeriksel ahlaki tartışmalardan hareketle bulunabilmesi zorluk taşımaktadır. Çünkü söz konusu tartışmalar göz önünde tutulduğunda, bunların üzerinde uzlaşılabilecek sonuçlara ulaştırılması bir yana, öncelikle üzerinde sürdürülebilecekleri sağlam bir zemine ihtiyaç duydukları görülmektedir. Bir başka deyişle öncelikle karşılıklı ileriye sürülen hak savları biçimine bürünmüş bu tartışmaların gerçekten de haklarla ilgili tartışmalar olup olmadığının saptanması gerekmektedir. Bu doğrultuda birincil olarak yapılması gereken bir hak savında bulunmanın, yani "bir hakka sahip olmanın" anlamını analiz etmek yani çözümlemektir. Böyle bir inceleme ise yukarıda değinildiği gibi bizatihi hak kavramının anlaşılabilirliğinin ortaya konulmasına ilişkin bir incelemedir. Böyle bir yaklaşımın benimsenmesinin, hak kavramı merkeze çekilerek yürütülen hukuki, ahlaki ve felsefi tartışmaların doğasının kavranmasını kolaylaştıracağı düşünülmektedir.

Hak kavramı birçok değişik açıdan incelemeye tabi tutulabilir. Bununla birlikte bu çalışmanın temel hedefi, yukarıdaki açıklamalardan hareketle, "Bir hakka sahip olmak ne demektir?" sorusu bağlamında, hak kavramının ne olduğuna bir yanıt aramaktır. Bu soruya yanıt aranması ise zorunlu olarak çizginin daha geriye çekilmesini gerektirmiştir. Bir başka ifadeyle yukarıda değinilen içeriksel sorunlar üzerindeki tartışmalar çalışma kapsamında ele alınmamıştır. Ayrıca çalışmanın yukarıda belirtilen temel sorunsalının incelenmesi, çağdaş Anglo-Sakson hukuk felsefesi literatüründe bu konuda yürütülen tartışmalarla sınırlandırılmıştır. Bu nedenle çağdaş Kıta Avrupası hukuk felsefesi dünyasındaki bu konuya ilişkin tartışmalar ele alınmamıştır. Buna ek olarak her türlü hak talebinin altında bunların hukuki haklara dönüştürülmesi mücadelesinin bulunduğu yargısından hareketle, çalışmanın ana eksenine hukuki haklar yerleştirilmiştir. Bununla birlikte, hak kavramının çözümlenmesinde çerçeveyi gerekli olduğu oranda ahlaki hakları da içerecek şekilde geniş tutmak kaçınılmaz bir zorunluluk olarak görülmektedir. Bu durumun birkaç nedeni vardır: İlk olarak, hak kavramının analizine ilişkin çağdaş literatürdeki hakim görüş, hukuki hakların ahlaki haklarla birlikte ele alınması yönündedir. Bu nedenle hukuki hakları, ahlaki haklardan tamamıyla izole ederek inceleyebilmek oldukça güçtür. Buna ek olarak, hukuki haklar ile ahlaki hakları birbirinden ayıracak çizginin nasıl belirleneceği konusunda da çok büyük tartışmalar vardır. Ayrıca literatürde hukuki hak kavramının analizinin, hukuki olmayan hakların analizi ile ilişkilendirilmesi konusu da çok geniş bir biçimde tartışılmaktadır.

Çalışma kapsamında "Bir hakka sahip olmak ne demektir?" sorusunun yanıtlanması için, hak kavramının yapısı ve fonksiyonu (işlevi) bakımından analiz edilmesi biçiminde iki aşamalı bir yöntem benimsenmiştir. İlk aşama, hak kavramının yapısal olarak analiz edilmesidir. Hak kavramının yapısal açıdan analiz edilmesi ile amaçlanan, onu meydana getiren kurucu bileşenlerin ortaya çıkartılmasıdır. Yani hak kavramının daha basite indirgenmesidir. Yukarıda da değinildiği gibi hak terimi hem hukuk hem de hukuk dışı diğer bağlamlarda yetki, serbestlik, izinli olma, ayrıcalık, bağışıklık gibi anlamlara gelebilecek biçimde sıklıkla kullanılmaktadır. Hak kavramının yapısal veya biçimsel analizi, bu farklı hak formları ile kavramın ilişkisinin kurulmasını sağlamak yanında, dildeki karmaşanın

giderilmesine de olanak sunan bir açılımdır. Bu konu Wesley N. Hohfeld'in yaklaşımı üzerinden gidilerek çalışmanın birinci bölümünde ele alınmıştır. Kavramın yapısal analizi için Hohfeld'in seçilmesinin temel nedeni, geliştirdiği yaklaşımın özellikle çağdaş Anglo-Sakson hukuk felsefesi dünyasında bu konu bakımından yarattığı kurucu etkidir. Hak kavramının yapısal olarak analizi konusunda çalışan hemen her teorisyen Hohfeld'e göndermede bulunmaktadır. Buna ek olarak hak kavramının fonksiyonuna ilişkin tartışmada da Hohfeld'in terminolojisi çok geniş ölçüde kullanılmaktadır. Ayrıca Türk hukuk literatüründe çok fazla tanınmayan Hohfeld'in bu çalışma bağlamında incelenmesinin, bu alana ufak da olsa bir katkı yapacağı umudu taşınmaktadır[45].

Bununla birlikte hak kavramının kurucu öğelerinin veya yapısal bileşenlerinin belirlenmesi yani biçimsel analizi, bir hakka sahip olmanın anlamını ortaya çıkartmak için tek başına yeterli değildir. Çünkü söz konusu yapısal öğelerin her birisini veya bunların birliğini hak olarak nitelemeyi sağlayan birleştirici unsurun da saptanması gereklidir. Çalışma kapsamında bu sorun, hak kavramının fonksiyonunun veya işlevinin analizi yönteminin benimsenmesi suretiyle ele alınmıştır. Bir başka ifadeyle hakkın, sahibi için yerine getirdiği işlev merkeze çekilerek, kurucu öğeleri biraraya getiren temel unsurun ne olabileceği sorgulanmıştır. Kendi içlerinde birçok değişik yaklaşımı barındırmalarına rağmen, hak kavramının fonksiyonunu analiz eden Anglo-Sakson hukuk felsefesi kaynaklı iki temel çağdaş teori vardır[46]: **İrade Teorisi** (Will Theory) ve **Çıkar Teorisi** (Interest Theory). Bu iki rakip teori, hakların sahibi için gördüğü işlevi veya sahibi için neyi koruduğu sorusunu merkeze alıp, buna yanıt üretmektedir. Bu iki teori arasındaki tartışma günümüzde tüm hızıyla devam etmektedir. Bununla birlikte bu teorilerin

[45] Bu çalışma için literatür taraması yaparken, benim görebildiğim kadarıyla Hohfeld'e gönderme yapan sadece beş tane Türkçe eser vardı.

[46] Hak kavramına ilişkin literatürün incelenmesi, irade ve çıkar teorisi yanında çok sayıda başka hak teorisi olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte çalışmanın yöntemi gereği, yani çalışmada kavramın yapısal açıdan ve fonksiyonu bakımından analiz edilmesi amacının benimsenmesi nedeniyle, bunlar arasında irade ve çıkar teorileri odak noktası olarak alınmıştır. Buna ek olarak söz konusu teoriler içinde hukuki hakları en fazla merkeze çeken teoriler de irade ve çıkar teorileridir. Ayrıca hak kavramının analizi meselesi etrafında günümüzde en çok taraftar bulan teoriler de yine bu iki teoridir.

kökeni daha eskiye dayanmaktadır. Bu nedenle çalışmanın ikinci bölümü, söz konusu teorilerin klasik versiyonlarının, en önemli temsilcilerinin yaklaşımları üzerinden incelenmesine ayrılmıştır. Çalışmanın üçüncü bölümünde ise çağdaş Anglo-Sakson irade ve çıkar teorileri, yine en önemli temsilcilerinin yaklaşımları çerçevesinde ele alınmıştır.

I. HAK KAVRAMININ YAPISAL BAKIMDAN İNCELENMESİ: WESLEY N. HOHFELD'İN HUKUKİ HAK KAVRAMI ANALİZİ

A. Genel Olarak

Çalışmanın ana eksenini oluşturan "Hak nedir?" veya "Bir hakka sahip olmak ne demektir?" şeklindeki temel sorunun yanıtlanabilmesi için öncelikli olarak hak kavramının yapısal (biçimsel) açıdan analiz[1] edilmesi gerekmektedir. Hak kavramının yapısal veya biçimsel olarak analizi ile kastedilen ise kavramın mantıksal formu ya da zorunlu niteliklerinin belirlenmesidir. Bu konuyu, hak kavramının kurucu öğelerinin saptanması sorunu olarak ifade etmek de mümkündür. Burada söz konusu olan, hak kavramının hem bir indirgeme (subsumsion), hem de mantıksal nitelendirme yapılarak kurucu öğeleri açısından irdelenmesidir. Bu tip bir inceleme, hak kavramının anatomisinin ortaya çıkartılmasına ilişkin bir inceleme olarak da görülebilir[2]. Diğer yandan böyle bir inceleme, hak kavramının ilk bakışta çağrıştırdığı ödev, yetki, serbestlik vb. kavramlarla olan ilişkisini açıklama olanağı da sunacaktır. Sorunun bu şekilde dile getirilmesi, cevaplanmasında analitik bir yaklaşımın benimsenmesinin kaçınılmazlığını da ortaya koymaktadır. Böyle bir çalışma, kavram analizi olarak isimlendirilmektedir. Kavram analizi ise bir kavramın bileşenlerine, önkabullerine, içerimlerine bakarak açıklanması, açık ve anlaşılır hale getirilmesi sürecidir[3].

---

[1] Bir bütünün, kendisini oluşturan parçalarını ayrı ayrı incelemek, bu parçaların birbirleriyle ya da bütünle olan ilişkilerini araştırmak amacıyla kurucu bileşenlerine veya basit bileşenlerine ayrılması, yani parçalarına indirgenmesi sürecine veya işlemine analiz (çözümleme) denir. Bkz. "analiz" maddesi, Cevizci, **Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü,** s. 18; "çözümleme" maddesi Bedia Akarsu, **Felsefe Terimleri Sözlüğü,** Gözden Geçirilmiş Beşinci Baskı, İstanbul, İnkılap Kitapevi, 1994, s. 47; "çözümleme" maddesi Cemal Yıldırım, **Çağdaş Felsefe Sözlüğü**, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2000, s. 47; Richard Foley, "Analysis", **The Cambridge Dictionary of Philosophy,** Edited by: Robert Audi, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 22.

[2] Anatomi benzetmesi L. W. Sumner'den alınmıştır. Bkz. Sumner, "Rights", p. 289.

[3] "analiz" maddesi, Cevizci, **Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü,** s. 18.

Hukuk felsefesinin (jurisprudence) bir alt bölümünü teşkil eden analitik hukuk felsefesi, kavramların formel analizi ile ilgilenmektedir. Amacı, hukuki kavramlar arasındaki mantıksal bağlantıları ve ayrımları ortaya çıkarmak, bu ayrımları geliştirmek, inceltmek veya saflaştırmaktır. Dolayısıyla analitik hukuk felsefesinin temel görevlerinden birisi kavram analizidir[4].

Hukukun en temel kavramlarından birisi olan hak kavramının kurucu bileşenlerine ayrılması girişimi, analitik hukuk felsefesinin kurucuları da olan Bentham ve Austin tarafından başlatılmıştır[5]. Ahlaki hakları da kapsamına alacak genişlikteki genel hak kavramının analizi ile ilgili çalışmaların yolunu açan da aslında hukuki hakların analiz edilmesine ilişkin bu girişimlerdir[6].

Hak kavramını analiz etmek, hak tipleri arasında, içeriklerinden bağımsız olarak formları üzerinden önemli ayrımlar yapma olanağı sunmaktadır. Böyle bir hak tipolojisinin klasik örneği Wesley Newcomb Hohfeld'in (1879-1918) hukuki hak kavramı analizidir. Günümüzde haklar üzerine yazılmış geniş literatür incelendiğinde, hak kavramının analizi konusunda sıfır noktası ya da hareket noktası olarak kabul edilen çalışmanın Amerikalı hukukçu Wesley Newcomb Hohfeld'e ait olduğu görülecektir. Hohfeld'in hak kavramının dört farklı kullanımını içeren hukuki haklara ilişkin yaptığı analizden çıkardığı sonuçlar üzerinde oldukça geniş bir görüş birliği bulunmaktadır[7]. Hohfeld'in 1909-1917 yılları arasında çeşitli hukuk

---

[4] Nikolai Lazarev, "Hohfeld's Analysis of Rights: An Essential Approach to a Conceptual and Practical Understanding of the Nature of Rights", **Murdoch University Electronic Journal of Law,** Vol.:1, 2005 (Çevrimiçi): http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/journals/MurUEJL/2005/9.html 27.06.2007.

[5] J. W. Harris, **Legal Philosophies**, Second Edition, London, Butterworths, 1997, p. 83. Bentham'ın yaklaşımı için bkz.: aş. II.E.

[6] Jeremy Waldron, "Introduction", **Theories of Rights,** Edited by: Jeremy Waldron, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 5-6; David M. Adams, "Hohfeld on Rights and Privileges", **A.R.S.P.,** Vol.: LXXI, 1985, p. 84; Dudley Knowles, **Political Philosophy**, Florence, KY, USA, Routledge, 2001, p. 138.

[7] Campbell, **Rights: A Critical Introduction,** p. 30; Steiner, **An Essay on Rights**, p. 59; George W. Rainbolt, **The Concept of Rights,** Dordrecht, Netherlands, Springer, 2006, p. xi, 1; George W. Rainbolt "Rights as Normative Constraints on Others", **Philosophy and Phenomenological Research,** Vol.: LIII, No: 1, 1993, p. 93, 94; Lloyd L. Weinreb, **Oedipus At Fenway Park: What Rights Are and Why There Are Any,** Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1994, p. 23; F. M. Kamm, "Rights", **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law,**

dergilerinde yayımlamış olduğu makalelerinin bir derlemesi olan *Fundamental Legal Conceptions* [Temel Hukuki Kavramlar] isimli eser, hak kavramının analizi konusunda dönüm noktası, hatta deyim yerindeyse bir milat olarak kabul edilmektedir. Hak teorisyenlerinin, Hohfeld'in hukuki hak analizine ilişkin yaklaşımlarına bakılarak, "Hohfeldçi[8]", "Anti-Hohfeldçi[9]" ve "Hohfeldçi Olmayan[10]" teorisyenler olarak sınıflandırılması bile Hohfeld'in analizinin hak tartışmaları içerisindeki ayrıcalıklı konumunu göstermektedir.

Hohfeld, analizini hukuki haklara hasretmiş olsa da, onun ortaya koyduğu sınıflandırıcı şema ahlak felsefecileri tarafından ahlaki hakları da kapsayacak şekilde genişletilmeye çalışılmaktadır[11]. Yani ahlak felsefesi alanında da özellikle ahlaki hakların analizi konusunda sıklıkla Hohfeld'in çalışmalarına başvurulmaktadır. Bu nedenle çalışmanın bu bölümünün odak noktası Hohfeld'in hukuki hak kavramı analizi olacaktır.

Edited by: Jules Coleman, Scott Shapiro, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 477; Hugh Upton, "Right-Based Morality And Hohfeld's Relations", **The Journal of Ethics**, Vol.: 4, 2000, p. 237; JG Riddall, **Jurisprudence**, London, Butterworths, 1999, p. 177; Knowles, **Political Philosophy**, p. 138; Mark Tebitt, **Philosophy of Law: An Introduction**, London & New York, Routledge, 2000, p. 97; Freeden, **Rights,** p. 4; Almond, "Rights", p. 262-263; Peter Jones, "Re-Examining Rights", **British Journal of Political Science**, Vol.: 19, No: 1, 1989, p. 71; Kuyurtar, "Hakların Normatif Temelleri", s. 109; Brian H. Bix, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", Çeviren: Ertuğrul Uzun, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt: 6, Sayı: 2, 2004, s. 301, dipnot 41; Howard Davies, David Holdcroft, **Jurisprudence: Texts and Commentary**, London, Butterworths, 1991, p. 232; Lord Lloyd of Hampstead, M.D.A. Freeman, **Lloyd's Introduction to Jurisprudence**, Fifth Edition, London, Stevens & Sons, 1985, p. 443, 445.

[8] Bunlar, kendi teorilerinin temeline Hohfeld'in analizini yerleştiren hak teorisyenleridir.

[9] Bunlar, Hohfeld'in analizine, hak kavramının pratikteki kullanımının doğru bir betimlemesi olmadığı gerekçesiyle doğrudan karşı çıkan ve Hohfeld'in analizini çürütmeye çalışan hak teorisyenleridir.

[10] Bunlar, kendi teorilerini oluştururken Hohfeld'in analizine dayanmaksızın, hak kavramının kullanımına ilişkin bir açıklama sunmaya çalışan hak teorisyenleridir.

[11] Russell Shafer-Landau, "Rights and Liberties", **The Philosophy of Law: An Encyclopedia,** Edited by: Christopher Berry Gray, Vol.: II, New York & London, Garland Publishing, 1999, p. 753; Matthew H. Kramer, "Rights Without Trimmings", **A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries,** Matthew H. Kramer, Nigel E. Simmonds, Hillel Steiner, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 8; Rowan Cruft, "Rights: Beyond Interest Theory And Will Theory?", **Law and Philosophy**, Vol.: 23, 2004, p. 349.; Brian H. Bix, **A Dictionary of Legal Theory**, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 91; Edmundson, **An Introduction to Rights**, p. 94; Davies, Holdcroft, **Jurisprudence: Texts and Commentary,** p. 232.

B. Hohfeld'in Analizinin Amacı ve Kapsamı

Önce Stanford Üniversitesi'nde (1905-1914) sonra da Yale Üniversitesi'nde (1914-1918) hukuk profesörü olan Wesley Newcomb Hohfeld, 1918 yılında otuz dokuz yaşındayken ölmüştür. Talihsiz bir şekilde oldukça kısa süren akademik yaşamında sadece belli sayıda makale yayımlayabilmiştir[12]. Bununla birlikte, ortaya koymuş olduğu "temel hukuki kavramlar"ın analizi, analitik hukuk felsefesinin başta gelen temsilcilerinden birisi olarak anılmasına yol açmıştır[13].

Analitik hukuk geleneğinin bir temsilcisi kabul edilen Hohfeld, bu geleneğe uygun olarak, hukuki kavramların analizine büyük önem atfetmektedir. Ona göre oldukça uzun bir süredir mülkiyet, sözleşme gibi hukuki kavramların asli doğasının tartışılması ve analiz edilmesi hukukçular arasında revaçta olan bir konudur. Bu analiz çabaları her ne kadar hukuk uygulaması için olumlu bir nitelik taşısa da, yeterli ve kullanışlı değildir. Çünkü Hohfeld'e göre bu değerlendirmeler, kapsamlı ve farklılıkları ortaya koyan bir tarzda yapılmamaktadır. Bu başarısızlığın nedeni ise spesifik bir hukuki kavramı gerçekte olduğundan daha basit, yani karmaşık olmayan bir şekilde ele almak biçimindeki yaygın eğilimdir. Hohfeld hukuki problemlerin doğru biçimde kavranmasının, çözümlenmesinin ve ifade edilmesinin önündeki en büyük engel olarak gördüğü bu yaygın eğilimi yanıltıcı bulmaktadır. Bu nedenle Hohfeld'e göre mülkiyet, sözleşme ve benzeri hukuki kavramların doğru ve kullanışlı bir analizi, ancak pratikteki her hukuki problemde yer alan hak ve ödev

[12] Hohfeld'in 1909-1917 yılları arasında çeşitli hukuk dergilerinde basılmış olan tüm makaleleri ölümünden sonra Walter Wheeler Cook tarafından derlenmiş, *Fundamental Legal Conceptions* üst başlığı ile Yale Üniversitesi tarafından 1923 yılında basılmıştır. 1964 yılında bu kez Arthur Corbin'in önsözü ile adı geçen kitap yeniden basılmıştır. Hohfeld'in makaleleri içinde en önemlileri şu iki tanesidir: *Some Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning I* [Yargısal Akıl Yürütmede Kullanılan Bazı Temel Kavramlar I], *Some Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning II* [Yargısal Akıl Yürütmede Kullanılan Bazı Temel Kavramlar II]. Bu iki makale Hohfeld'in planladığı incelemenin en önemli kısımlarını içermektedir. Fakat gerçekleştirmeyi planladığı incelemeyi, hastalanması ve genç yaşta ölümü sonucu tamamlayamamıştır.

[13] David John Hislop, "The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions", **A.R.S.P.,** Vol.: LIII, 1967, p. 53; James B. Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", **Charles S. Peirce Society Fall,** Vol.: 8, No: 4, 1972, p. 246, 261; H. J. Randall, "Hohfeld on Jurisprudence", **The Law Quarterly Review**, Vol.: 41, No: CLXI, 1925, p. 88.

gibi temel kavramların öncelikli olarak çözümlenmesi ve bu temel kavramlar arasındaki farklılıkların saptanması yoluyla başarılabilir[14].

Bununla birlikte tüm hukuki ilişkilerin haklara ve ödevlere indirgenebileceği, dolayısıyla bu iki kategorinin daha karmaşık bir yapıya sahip olan mülkiyet, sözleşme vb. hukuki kavramları analiz etmek için yeterli olduğu biçimindeki görüş de Hohfeld'e göre yanlıştır. Çünkü "hak" ve "ödev", deyim yerindeyse tıpkı bir bukalemun gibi şartlara göre renk değiştirebilen terimlerdir. Bu özellikleri ise yaygın kullanımlarının, ifadelerin açıklığı ve kolay anlaşılırlığı açısından büyük bir sorun teşkil etmesine yol açmaktadır[15]. Hohfeld, düşünce karmaşasından ve farklı terminolojilerin kullanılmasından doğan anlam kaymalarından sakınmak amacıyla, her temel hukuki kavram için hak ve ödev genel terimlerini değil, ayrı ayrı terimlerin kullanılmasını önermektedir[16].

Hohfeld'in kendine biçtiği misyon, hukuk tarafından korunan çıkarların çözümlenmesinde kullanılabilecek temel kavramların doğru bir analizini yapmaktır. Hohfeld'e göre söz konusu analiz, verdiği entelektüel zevk bir yana, kendiliğinden bir amaç değildir; ama bir amaç için sadece verimli bir araçtır: Mahkemelerin ve hukukçuların, hukukun uygulanması sürecinde karşılaştıkları uyuşmazlıklarda esas problemin saptanması ve çözümlenmesinde yardımcı olabilecek son derece değerli bir araçtır[17]. Bu, Hohfeld'e göre vazgeçilmez bir araçtır. Çünkü hukukun başarılı bir

---

[14] Wesley Newcomb Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** Edited by: Walter Wheeler Cook, New Haven, Yale University Press, 1923, p. 23-26.

[15] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 35 vd; Hislop, "The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions", p. 53; Julius Stone, **The Province And Function of Law**, Sydney, Associated General Publications, 1946, p. 116; Nigel E. Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", **A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries**, Matthew H. Kramer, Nigel E. Simmonds, Hillel Steiner, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 148; Curtis Nyquist, "Teaching Wesley Hohfeld's Theory of Legal Relations", **Journal of Legal Education**, Vol.: 52, 2002, p. 239.

[16] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 38, 39, 51, 60.

[17]Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning,** p. 26; Walter Wheeler Cook, "Hohfeld's Contributions to The Science of Law", Wesley Newcomb Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** Edited by: Walter Wheeler Cook, New Haven, Yale University Press, 1923, p. 3-4.

uygulaması, verimli uygulanması anlamına gelmektedir. Verimlilikten kastedilen ise hukuki sorunun hem başarılı hem de kesin çözümünü sunabilmektir[18].

Hohfeld'in temel eserleri olarak kabul edilebilecek olan *Some Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning I ve II* isimli makaleleri, Hohfeld'in temel ilgisinin de yönünü ortaya koymaktadır. Hohfeld, sözü geçen çalışmaları ile, hukukun temel kavramlarının soyut bir kullanımını değil, gündelik hukuk uygulamasında ortaya çıkan problemlerin çözümünde somut olarak nasıl kullanılacağını yani işe yarayacak kullanımını irdelemiştir[19].

Burada Hohfeld'in biraz aşağıda ele alınacak olan analizinin hukuk alanında yarattığı etkiye de kısaca değinmek uygun olacaktır. Bu analiz özellikle 1920'li yıllarda oldukça dikkat çekmiştir. Öyle ki söz konusu analiz, tıpkı bir cerrahın ameliyat gereçleri gibi, bir hukukçu için vazgeçilmez bir alet olarak kabul edilmiştir. 1919 yılında *Yale Law Journal*'de [Yale Üniversitesi Hukuk Dergisi] bu yeni analizin kullanım olanakları konusunda yeni katkılarda bulunulması çağrısı yapılmıştır. 1920 yılında ise *Association of American Law Schools* [Amerikan Hukuk Fakülteleri Birliği] Hohfeld'in analizini konu alan bir toplantı düzenlemiştir. 1950'lerin ortalarına gelindiğinde ise Hohfeld'in terminolojisinin özellikle Anglo-Sakson hukuk literatüründe geniş bir kabul görmesi ve yasa değişikliklerinin yapılmasında kullanılması söz konusu olmuştur[20].

Bu arada Hohfeld'in analizi kapsamlı bir takım eleştirilere de maruz kalmıştır. Hohfeld'in analizinin sadece sıradan (uygulamacı) hukukçulara yarar sağladığı, hukuku matematikselleştirdiği, yapay olduğu, hukuki sorunların

[18] Cook, "Hohfeld's Contributions to The Science of Law", p. 3.

[19] Cook, "Hohfeld's Contributions to The Science of Law", p. 5.

[20] Hislop, "The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions", p. 53; Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 246; Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 7.

çözümlenmesine elverişli olmadığı ve geçersiz varsayımlara dayandığı biçimindeki eleştiriler bunlara örnek gösterilebilir[21].

Hohfeld'in geliştirdiği analizin değeri ile ilgili görüşlerdeki farklılıklar ve analizin günümüzdeki yorumları dikkate alındığında, bunun çok uzun yıllardır tartışılan bir yaklaşım olduğu belirtilebilir.

Hohfeld'in analizinin bu çalışma açısından önemi ise hak kavramının mahiyetine ilişkin günümüzün önde gelen iki teorisi olan irade teorisi ile çıkar teorisi arasındaki çatışmaya yönelik aydınlatıcı bir değerlendirmede bulunabilmek için son derece yararlı bir zemin sunması şeklinde özetlenebilir. Hohfeld'in kurduğu analitik çerçeve, bu iki teori arasındaki tartışmada bütünüyle nötr yani tarafsız olsa da[22], söz konusu teorilerin farklılıklarını ortaya koymada ve bunu yaparken de belli bir derecede kesinlik ve doğruluk elde etmekte son derece yol göstericidir.

C. Hohfeld'in Analizinin Metodolojik Zemini: Temel Hukuki Kavramlar

Hohfeld'in temel amacı "hak" ve "ödev" kavramlarını parçalara ayırmaktır. Çünkü ancak bu şekilde doğru bir hukuki analize ulaşılabilir. Hak ve ödev terimleri, gerçekte birbirinden farklı olan hukuki ilişkileri ifade etmek için yaygın biçimde kullanılmaktadır. Bu terimlerin çok çeşitli bağlamlarda kullanılıyor olması, ikisinin

[21] Hislop, "The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions", p. 54-55; Joseph William Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", **Wisconsin Law Review,** 1982, p. 978.

[22] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 3, 7. Hohfeld, eserlerinin hiçbir yerinde açık bir biçimde irade teorisini mi yoksa çıkar teorisini mi benimsediğini belirtmemiştir. Bununla birlikte Kramer, Hohfeld'in muhtemelen çıkar teorisine taraftar olduğu fikrindedir. Buna karşılık Finnis ise Hohfeld'in büyük olasılıkla irade teorisine taraftar olacağını belirtmektedir. Bkz. Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 61; Finnis, **Natural Law and Natural Rights,** p. 202-203. Bana göre ise "hukuki avantajlar" (legal advantages) veya "hukuki çıkarlar" (legal interests) olarak haklardan sıklıkla söz eden Hohfeld, bu bakımdan irade teorisine nazaran çıkar teorisine daha yakın durmaktadır. Bkz. Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 26, 30, 35, 71.

de sanki tek bir nosyonu ifade ettikleri biçiminde bir izlenim uyandırmaktadır. Halbuki Hohfeld'e göre durum gerçekte böyle değildir[23]. Sözleşme, evlilik, mülkiyet vb. terimler, aslında karmaşık ve çoğunlukla da değişken hukuki ilişkilerin bir toplamından oluşmaktadır. Tüm bu hukuki ilişkileri sadece hak ve ödev terimleri yoluyla ifade etmeye çalışmak doğru bir yaklaşım değildir. Doğru bir hukuki analiz, bu toplamları veya kümeleri (aggregates) daha basit öğelerine indirgeyebilir. Bunun anlamı ise "haklar" ve "ödevler"in ötesine gitmektir[24].

Hohfeld, genel ve belirsiz anlamlı hak (ve ödev) kavramını birbirinden farklı, birden çok ve iyi tanımlanmış alt kavramlara indirgeme konusunda kullanışlı bir yöntem önermektedir[25]. Hohfeld sekiz temel hukuki kavram ortaya koyarak, bu sekiz hukuki pozisyonu kapsayan dört çift hukuki ilişkiyi birbirinden ayrıştırmaktadır[26]. Ortaya koymuş olduğu bu sekiz kavram, tüm hukuki ilişkileri haklara ve ödevlere indirgeyen yaygın eğilimden tatmin olmamasının bir ürünüdür[27]. Hohfeld'e göre tüm hukuki problemler bu sekiz kavram yoluyla ifade edilebilir[28]. Söz konusu sekiz kavram ise şunlardır:

1-Talep (Claim)

2-Ödev (Duty)

3-Serbestlik veya ayrıcalık (Privilege)

4-Talep yokluğu veya hak yokluğu (No-Right)

5-Yetki (Power)

6-Tabi olma (Liability)

7-Yetersizlik veya Yetkisizlik (Disability)

---

[23] Adams, "Hohfeld on Rights and Privileges", p. 84; Edmundson, **An Introduction to Rights,** p. 89;

[24] Hislop, "The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions", p. 57.

[25] Ll Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty", **2002 Competition for Hong Qian Essay Prizes in Philosophy: Honorable Mention,** (Çevrimiçi): http://www.cass.net.cn/chinese/s14zxs/facu/lijian/zhicheng/lunwen1.htm 13.04.2005.

[26] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 7.

[27] Andrew Halpin, **Rights and Law: Analysis and Theory,** Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 30.

[28]Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 27; Cook, "Hohfeld's Contributions to The Science of Law", p. 5; Randall, "Hohfeld on Jurisprudence", p. 88; Mark Andrews, "Hohfeld's Cube", **Akron Law Review**, Vol.: 16, No: 3, 1983, p. 471.

8-Bağışıklık (Immunity)

Hohfeld'e göre bu sekiz kavram içerisinde *talep*, *serbestlik*, *yetki* ve *bağışıklık* birbirlerinden mantıksal açıdan ayrık olmasına rağmen hukuk pratiğinde hak olarak işaretlenmektedir. Hukuk terminolojisindeki belirsizliğin nedeni de işte bu dört kavramın birbirinden titizlikle ayırt edilmemesidir[29].

Hohfeld bu sekiz kavramın hem "temel" (fundamental), hem de "hukuki" (legal) kavramlar olduğunu ileri sürmektedir. Bir başka deyişle bunların ana özellikleri temel ve hukuki kavramlar oluşlarıdır. Bu nedenle söz konusu sekiz kavramın nitelendirilmesine ve birbirleriyle ilişkisinin belirlenmesine geçmeden önce, bunların temel hukuki kavramlar oluşlarının ne anlama geldiği üzerinde durulmalıdır.

1. Temel Kavram

Hohfeld, bu kavramların ilk özelliği olan "temel" oluşun ne anlama geldiğinin açık bir tanımını ortaya koymamıştır. Fakat temel olan bir kavramın şu niteliklere sahip olduğu düşünülebilir: Kapsayıcı, yeterli, indirgenemez[30].

a. Kapsayıcıdır (Comprehensive) : Bu temel kavramlar her türlü hukuki avantajı oluşturan kurucu öğelerdir [31]. Bu nedenle de tüm hukuki pozisyonlar yani durumlar, bu kavramlar yoluyla ifade edilebilir[32].

---

[29] Edmundson, **An Introduction to Rights,** p. 89; ayrıca bkz. Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 149; Upton, "Right-Based Morality and Hohfeld's Relations", p. 240; Riddall, **Jurisprudence**, p. 177; Tebitt, **Philosophy of Law: An Introduction**, p. 98.

[30] Halpin, **Rights and Law: Analysis and Theory,** p. 28; Andrew Halpin, "Hohfeld's Conceptions: From Eight to Two", **Cambridge Law Journal,** Vol.: 44, No: 3, 1985, p. 436.

[31] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 27.

b. Yeterlidir (Sufficient) : Tüm hukuki pozisyonlar, tek başına bu kavramların kullanılması yoluyla tam olarak ifade edilebilir[33]. Bir başka deyişle ilgili kavramlar tüm hukuki pozisyonları dile getirmek için yeterlidir. Bu kavramlar "Tüm hukuksal niceliklerin (legal quantities) kendilerine indirgenebileceği en alt düzeydeki genel (generic) hukuki kavramlardır[34]".

c. İndirgenemezdir (Irreducable): Bu kavramlar, kendilerinden daha temel (basic) olan bir şeye indirgenemezler. Bundan dolayı da sadece birbirleri ile olan ilişkileri vasıtasıyla tanımlanabilirler. "Bunlar hukukun temel kavramlarıdır[35]", "Bu kavramlar hukukun en alt düzeydeki ortak paydalarıdır[36]". Hohfeld burada matematik ile hukuki kavramlar arasında bir paralellik kurmaktadır: 1\3, 2\5 gibi kesirler karşılaştırma yapılamayacak kadar birbirlerinden farklıdır. Oysa 5\15, 6\15 olarak en küçük ortak bölenleri ile gösterilirlerse, artık bunları karşılaştırmak mümkün olur. Yani aralarındaki temel benzerlikler keşfedilebilir bir hale dönüşür. Aynı durum tüm hukuki niceliklerin kendilerine indirgenebileceği en temel ya da kurucu kavramlar için de geçerlidir[37]. "Temel hukuki kavramlar, herşeyden önce *sui generis*'tir[38]". Bu nedenle bu kavramların formel olarak tanımlanması (formal definition) girişimleri başarılı olmadığı gibi yarar da sağlamaz[39]. Bu nedenle

---

[32] Halpin, **Rights and Law: Analysis and Theory,** p. 28; Halpin, "Hohfeld's Conceptions: From Eight to Two", p. 436.

[33]Halpin, **Rights and Law: Analysis and Theory,** p. 28; Halpin, "Hohfeld's Conceptions: From Eight to Two", p. 436.

[34] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 64.

[35] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 27.

[36] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 64.

[37] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 64.

[38] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 36.

[39] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 36. Formel tanımlama, ele alınan sınıfın veya tanımlanan kavramın tüm üye ya da örneklerinin ortak olarak paylaştıkları ve o sınıf ya da kavramı başka sınıf ya da kavramlardan ayırmaya yarayan öznitelik ya da karakteristiklerinin belirlenip ifade edilmesinden oluşan tanım türüdür. "Tanım" maddesi, Cevizci, **Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü**, s. 319.

Hohfeld, bu kavramların anlamlarının, ilişkiler şemasındaki yerlerini belirlemek suretiyle ortaya çıkartılabileceğini savunmaktadır. Bir başka ifadeyle "hak" kavramının açıklığa kavuşturulması, (iki kişi arasındaki) farklı hukuki ilişkilerin birbirlerinden dikkatli bir biçimde ayırt edilmesi suretiyle mümkündür[40].

2. Hukuki Kavramlar

Hohfeld'in "temel" terimini kullanması bakımından tartışılacak bir nokta yoktur. Buna karşılık ikinci nitelik olan "hukuksal", tarafsız bir ifade değildir, yani belli bir amaç gütmektedir[41]. Hohfeld'in bu terime verdiği anlam, analizinin ön hazırlığı niteliğindeki iki ayrıma dayanmaktadır. Bunlar ise hukuki kavramlar ve hukuki olmayan kavramlar ayrımı ile delil niteliğindeki olgular ve kurucu olgular ayrımıdır.

a. Hukuki Kavramlar-Hukuki Olmayan Kavramlar Ayrımı

Hohfeld, saf hukuki ilişkilerin fiziksel veya zihinsel ilişkilerle karıştırıldığını ileri sürmektedir. Hohfeld'e göre bunun başlıca iki nedeni vardır:

İlk neden; hukuksal fenomenin, onu gösteren fiziksel fenomen ile, çağrışım yoluyla birleştirilmesidir. Hohfeld'e göre bu, özellikle ilkel hukuk sistemlerinde rastlanan bir durumdur. Örneğin Cermen Hukuku ve Roma Hukuku, maddi bir nesnede somutlaşmadıkça veya cisimleşmedikçe, bir hakkın nasıl devredilebileceği hususunda güçlükler taşımaktaydı. Zilyetlik kazanılmadan hakkın tam olarak

[40] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 148.

[41] Halpin, **Rights and Law: Analysis and Theory,** p. 28.

devredilmiş olduğu kabul edilmemekteydi. Dolayısıyla bu hukuk sistemlerine göre, devredilebilen bir hak ancak kitap gibi somut veya maddi bir nesne olabilirdi[42].

İkinci neden ise; hukuk terminolojisindeki müphemliktir. Yani aynı terimler çoğunlukla hem hukuki olanı, hem de hukuki olmayanı ifade etmek için kullanılmaktadır. Hohfeld, saf hukuki kavramları hukuk dışı kavramlarla karıştırma ya da harmanlama biçimindeki bu yanlış eğilimi "mülkiyet" (property) kavramı üzerinden örneklendirmektedir. Hohfeld'e göre hem hukukçular için, hem de mesleği hukukçuluk olmayanlar için mülkiyet kavramının kesin ve değişmez bir anlamı yoktur. Mülkiyet sözcüğü, hem sahip olunan fiziksel nesneyi, hem de sahibinin o nesne üzerindeki hukuki çıkarını belirtmek için kullanılmaktadır. Bir başka ifade ile mülkiyet bazen farklı hukuki hakların, serbestliklerin vb. ilişkili olduğu fiziksel nesneyi ifade ederken, bazen de bu fiziksel nesneye ait olan hukuki çıkar ya da çıkarların bir kümesini göstermek için kullanılmaktadır. Hohfeld'e göre burada, bir anlamdan diğerine hızlı ve aldatıcı bir kayma vardır[43].

Bu iki başlı kullanım, sahip olunan nesnenin bütünlüğünün, üzerindeki hukuksal çıkara geçirilmesine (transfer edilmesine) ve dolayısıyla da mülkiyet hakkından (right of property) söz edilmesine yol açmaktadır[44]. Halbuki Hohfeld'e göre hukuksal çıkar, hukuki ilişkilerin, bir başka deyişle taleplerin, serbestliklerin, yetkilerin ve bağışıklıkların bir kümesinden veya toplamından oluşmaktadır[45]. Dolayısıyla burada uygun kullanım, "sahibin hakları" (rights of the owner) ifadesidir. Böylece hukuki çıkar, söz konusu nesnenin üzerinden alındığı zaman, tamamen soyut bir varoluşa özgülenir[46]. Bundan dolayı Hohfeld'e göre tüm hukuki çıkarlar

---

[42] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 27-28.

[43] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 27-28, 31.

[44] Halpin, **Rights and Law: Analysis and Theory,** p. 28-29.

[45] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 28.

[46] Halpin, **Rights and Law: Analysis and Theory,** p. 28-29.

gayrı maddidir (incorporeal), bir başka deyişle soyut hukuki ilişkilerin bir kümesidir[47].

Hohfeld, hukuk terminolojisinden kaynaklanan bu güçlüklerin, çoğunlukla kullanılan sözcüklerin köken olarak fiziksel nesneleri ifade etmek için tercih edilmesinden kaynaklandığını ileri sürmektedir. Bundan dolayı bu sözcüklerin hukuki ilişkilerle ilgili olarak kullanılması, kelimenin tam anlamıyla kurgusal (fictional) veya simgesel ya da mecazidir (figurative)[48].

Hohfeld söz konusu güçlüğe ilişkin çeşitli örnekler vermektedir. Ona göre devir (transfer) bu durumun güzel bir örneğidir: Eğer A, saatini B'ye devrettiğini söylerse, bu ifade ile kastedilen ya saati fiziksel olarak B'ye vermiş olduğu ya da, daha uygun bir ifade olan, nesnenin zilyetliğini fiziksel manada B'ye geçirmemiş olsa bile, saat üzerindeki hukuki çıkarını B'ye devrettiğidir. Burada devir teriminin ikinci kullanım biçimi simgesel veya kurgusaldır[49].

Fiziksel dünyadan ödünç alınan bir terimin hukuk terminolojisindeki metaforik kullanımının bir başka örneği ise kuvvet\güçtür (power). Bu kelime gündelik dilde olduğu gibi hukuk dilinde de bazen bir şeyi yapmak için gerekli fiziksel ve zihinsel yeterliliğe sahip olma anlamında kullanılmaktadır. Fakat bundan başka ve daha yerinde bir kullanımı ise hukuki yetkidir[50].

Hohfeld'e göre sözleşme terimi bakımından da aynı zorlukla karşılaşılmaktadır. Bu terim bazen tarafların anlaşması (agreement) anlamında kullanılırken, bazen de tarafların anlaşmasına hukuk düzeninin bağlamış olduğu

---

[47] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 30.

[48] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 30.

[49] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 31.

[50] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 50-51.

sözleşmeden doğan yükümlülükleri ifade etmek için kullanılmaktadır[51]. Burada tarafların arasındaki anlaşma hukuksal olmayan bir kavramken, sözleşmeden doğan yükümlülük halihazırda var olan veya potansiyel olarak beklenen hukuki taleplerin, serbestliklerin, yetkilerin, bağışıklıkların bir kümesi olmak bakımından hukuki bir kavramdır.

b. Delil Niteliğindeki Olgular-Kurucu Olgular Ayrımı

Olgu, düşünülmüş olanın karşıtı olarak, gerçek olan, gerçekleşmiş olan anlamına gelmektedir[52]. Fiziksel varoluş ve fiziksel ilişkiler birer olgudur. Zihinsel süreçlerimiz de birer olgudur. Herhangi bir hukuki ilişkinin varlığı da yine bir olgudur[53].

Hohfeld'e göre hukuki bir işlemle ilgili olgu ya kurucu olgudur (operative fact) ya da delil niteliğinde (evidential fact) bir olgudur. Kurucu olgular, bir hukuk kuralına dayanarak bir hukuki ilişkide değişiklik meydana getirebilen olgulardır. Bu değişiklik ya yeni bir hukuki ilişki yaratmak biçiminde, ya da önceden kurulmuş bir hukuki ilişkiyi sona erdirmek biçiminde veyahut da bu ikisi aynı anda olabilir[54]. Bir hukuki ilişkinin sona ermesi demek, zorunlu olarak yeni bir hukuki ilişkinin kurulması demektir[55]. Örneğin A ile B arasında kurulan bir sözleşmede, ikisinin de insan olması, reşit olması, A'nın icabını B'nin kabul etmesi gibi olgular olumlu (affirmative) kurucu olgulardır. Buna karşılık A'nın, B'den önemli bir hususu kasten

[51] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 31.

[52] "Olgu" maddesi, Akarsu, **Felsefe Terimleri Sözlüğü,** s. 135.

[53] Tüm değişiklikler (changes) ve çeşitlemeler (variations) de olgudur. Olgular fiillerden (act) ve olaylardan (events) meydana gelir. Fiil, duyularla kavranabilen ve insanın iradi-istemli fiziksel hareketlerinden oluşan bir olgu kümesidir. Olay ise varolan olguların bütünlüğünde meydana gelen değişikliktir. Bkz. Arthur L. Corbin, "Legal Analysis and Terminology", **Yale Law Journal,** Vol.: 29, No: 2, 1919-1920, p. 163.

[54] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 32.

[55] Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 164.

gizlememiş olması, A'nın icabını geri almamış olması gibi olgular ise olumsuz (negative) kurucu olgulardır[56]. Burada fiziki fenomenler ile bunların sonucu olan hukuki ilişkiler arasında aşikâr bir farklılık vardır. Fiziki fenomenler duyular dünyasına aittir. Oysa hukuki ilişkiler zihnin kavramlarıdır[57].

Eğer A, B'ye fiziksel saldırıda bulunursa böyle bir olgu, B'ye A'nın saldırısını defetmek için uygun oranda güç kullanma serbestliği, yani meşru müdaafa olanağı tanır. Bir başka ifade ile normal şartlar altında B'nin A'ya karşı olan güç kullanmama ödevinin kapsamı, bu özel kurucu olgunun varlığı nedeniyle daraltılabilir ya da bu ödev tamamen ortadan kalkabilir[58].

Delil mahiyetindeki olgular ise varlığı veya meydana gelmesi başka bir olgunun varlığını ispatlayan olgulardır[59]; yani bu olgular, kendilerinden mantıksal olarak başka olguların çıkarsanabileceği olgulardır. Delil niteliğindeki olgulardan çıkarsanan olgular kurucu olgu olabileceği gibi, yine bir delil niteliğinde olgu da olabilir. Örneğin A ile B'nin yazılı sözleşme metni bu mahiyettedir[60]. İlk anda bu ayrımın Hohfeld'in analizi için bir anlamı olmadığı düşünülebilir. Fakat Hohfeld bu ayrımı önemli bir noktaya işaret etmek için yapmaktadır. Yazılı bir sözleşmede, sözleşme kurulurken metin kurucu bir olgudur. Çünkü taraflar arasındaki sözleşmeden doğan yükümlülük ilişkilerini ortaya çıkartır. Fakat sözleşme kurulduktan sonra sözleşme metni, artık sözleşmeden doğan yükümlülüğü ortaya koyan bir parça kâğıt olarak, delil mahiyetinde bir olguya dönüşür. Bu delil mahiyetindeki olgudan, kurucu olgular çıkarsanabilir. Böylece Hohfeld, hukuki yükümlülüğün, söz konusu dokümanla özdeşleştirilmesini önlemeyi sağlamaktadır[61].

---

[56] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 32.

[57] Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 164.

[58] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 32-33.

[59] Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 164.

[60] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 32-35; Halpin, **Rights and Law: Analysis and Theory,** p. 29.

[61] Halpin, **Rights and Law: Analysis and Theory,** p. 29.

Hohfeld'in yaptığı ön hazırlık mahiyetindeki bu iki temel ayrım, kendi analizi bağlamında hukuki ilişkinin soyut bir şey olarak algılanmasını sağlama işlevini görmektedir. Bir başka ifade ile hukuki ilişki, kendisinden kaynaklandığı zihinsel veya fiziksel fenomenden ayrı ya da farklı bir şeydir. Hukuki ilişki, iki fiziksel obje arasında duyular yoluyla algılanabilen fiziksel ilişkiden farklıdır[62]. Bundan dolayı Hohfeld, "hukuki ilişki"yi sadece saf hukuki ilişki olarak kavramaktadır[63].

Halpin'e göre, Hohfeld'in hukuki hakları soyut kavramlar olarak ele alması, bu noktaya kadar kabul edilebilirdir. "Hak" bir kavramdır ve kavramlar genellikle soyut olarak incelenir. Fakat Hohfeld'in "saf hukuki" ifadesi bunun ötesine geçmektedir. Hohfeldçi analizde hukuki ilişkiler sadece bu temel soyut kavramlarla ifade edilmektedir. Hohfeld bu soyut temel kavramları saptamakla kalmayıp, ayrıca tüm hukuki çıkarları sadece bu soyut kavramlarla özdeşleştirmektedir. Halpin'e göre bu durum tıpkı pratisyen tıp doktorlarına yönelik hazırlanan bir kitabın, giriş bölümünde tıbbın, sağlık kavramı ile ilgilenen bir şey olarak tanımlanıp, devam eden bölümlerde ise tıbbın insan vücudu ile ilgilenmediğinin –bir anlamda pratik uygulamasının olmadığının- söylenmesine benzemektedir. Böylece "hukuki" terimini saf bir soyut varoluşa indirgeyen Hohfeld'in bu tutumu, pratik hukuki meselelerin incelenmesi sırasında itiraz edilebilecek bir noktadır[64].

D. Hohfeld'de Hukuki İlişki Kavramı

1. Hukuki Bağlılaşıklar–Hukuki Karşıtlıklar

[62] Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 164.

[63] Halpin, **Rights and Law: Analysis and Theory,** p. 29.

[64] Halpin, **Rights and Law: Analysis and Theory,** p. 29-30.

TALEP (claim)	**SERBESTLİK** (privilege)	**YETKİ** (power)	**BAĞIŞIKLIK** (immunity)
ÖDEV (duty)	**TALEP YOKLUĞU** (no right)	**TABİ OLMA** (liability)	**YETERSİZLİK** (disability)

Tablo 1: Hohfeld'de Hukuki Bağlılaşıklar[65]

TALEP (claim)	**SERBESTLİK** (privilege)	**YETKİ** (power)	**BAĞIŞIKLIK** (immunity)
TALEP YOKLUĞU (no right)	**ÖDEV** (duty)	**YETERSİZLİK** (disability)	**TABİ OLMA** (liability)

Tablo 2: Hohfeld'de Hukuki Karşıtlıklar[66]

Hohfeld yukarıda belirtilen sekiz hukuki pozisyonu içeren dört çift hukuki ilişkiyi birbirinden ayırt etmiş ve bunları "Hukuki Bağlılaşıklar" (Jural Correlatives) ve "Hukuki Karşıtlıklar" (Jural Opposites) tabloları üzerinde göstermiştir.

İlk tablodaki her sütun, bir çift hukuki bağlılaşıktan[67] oluşmaktadır. Bunlar birbirini gerektiren[68] (entail) iki hukuki konumu ifade etmektedir. Bağlılaşıklardan

[65] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 36, 65. Terimlerin Türkçe karşılıkları için ayrıca bkz. Mehmet Tevfik Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2008, s. 108.

[66] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 36, 65.

[67] Bağlılaşık (correlative), biri ötekine bağlı olarak var olan, biri olmadan öteki düşünülemeyen iki şeyin, aralarındaki ilişki yönünden durumunu ifade etmektedir. Örneğin neden-sonuç, alıcı-satıcı, karı-koca vs. "Bağlılaşık" maddesi, Akarsu, **Felsefe Terimleri Sözlüğü,** s. 29; bu konuda ayrıca bkz. Max Radin, "Correlation", **Columbia Law Review**, Vol.: 29, 1929, p. 901 vd.

her bir çiftin birlikte bulunması zorunludur. Yani bir A kişisi bu çiftlerden birisine sahipse, başka bir B kişisinin de çiftlerden diğerine sahip olması zorunludur. Terimlerden birisi A'nın B'ye olan ilişkisini gösterirken, diğeri de B'nin A'ya olan ilişkisini göstermektedir[69]. İkinci tablodaki her sütun ise hukuki karşıtlıkları[70] oluşturmaktadır. Yani bunlar birbirini değilleyen ya da yadsıyan (negate) iki hukuki konumu ifade etmektedir. Bir başka deyişle Hohfeld'in şemasındaki karşıtlıklar, söz konusu hak tipine sahip olmanın doğrudan tezatı olan durumu açıklamaktadır[71]. Hukuki bağlılaşıkların aksine hukuki karşıtlıklar iki kişi arasındaki ilişkiyi betimlememekte, bunun yerine her kişiye ayrı ayrı odaklanmaktadır[72]. Aralarında karşıtlık bulunan iki temel hukuki kavram, aynı anda aynı kişi için söz konusu olamayan hukuki pozisyonları göstermektedir. Bir başka deyişle mantıksal olarak karşıtlık çiftleri aynı kişi bakımından bir arada bulunamaz[73]. Bir X konusu ile ilgili olarak A'nın bir talebi varsa, A'nın aynı konuda talep yokluğu söz konusu olamaz. Benzer biçimde bir Y konusunda B'nin bir ödevi varsa, bu konuda B'nin bir

---

[68] Gerektirme (entailment), biri diğerinden türetilebilir olan iki önerme arasında söz konusu olan ilişkidir. Bkz. "Gerektirme" maddesi, Cevizci, **Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü,** s. 147.

[69] Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 166; David Lyons, "The Correlativity of Rights and Duties", **Nous**, Vol.: 4, No: 1, 1970, p. 46; David Gerber, "Rights", **A.R.S.P**., Vol.: LXIX, 1976, p. 334; Phillip Montague, "Two Concepts of Rights", **Philosophy & Public Affairs**, Vol.: 9, No: 3, 1980, p. 373; Harris, **Legal Philosophies**, p. 84; Işıktaç, "Toplum ve Hukuk", s. 613; Ayrıca bkz. E. Adamson Hoebel, "Fundamental Legal Concepts As Applied in The Study of Primitive Law", **Yale Law Journal,** Vol.: 51, 1941-1942, p. 955; Randall, "Hohfeld on Jurisprudence", p. 90; Andrews, "Hohfeld's Cube", p. 471; Nyquist, "Teaching Wesley Hohfeld's Theory of Legal Relations", p. 240-241.

[70] Mantıkta karşıtlık veya karşıolum, birbirinin karşısında bulunan, birbirini karşılıklı olarak dışta bırakan iki kavram ya da yargı arasındaki bağlantıdır. Karşıolumun bazı özel türleri vardır: Çelişik karşıolum, karşıt karşıolum, göreli karşıolum, yoksunluk bildiren karşıolum. Bkz. "Karşıolum" (opposition) maddesi Akarsu, **Felsefe Terimleri Sözlüğü,** s. 111. Hohfeld'deki karşıolum, çelişik karşıolumdur. Çelişik karşıolum, bir kavramın doğrudan doğruya değillenmesidir. Örneğin ak-ak olmayan gibi. Aynı konuda bkz. Alf Ross, **On Law and Justice,** London, Stevens & Sons Limited, 1958, p. 161-162.

[71] Jones, **Rights,** p. 13; Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 8; François Paychere, "Hohfeld Revisited: A Matter of Viewpoint?", **A.R.S.P.,** Vol.: LXXVII, 1991, p. 375; Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 4-5.

[72]Eugene E. Dais, "Powers and Rights", **The Philosophy of Law: An Encyclopedia,** Edited by: Christopher Berry Gray, Vol.: II, New York & London, Garland Publishing, 1999, p. 674.

[73] Edmundson, **An Introduction to Rights,** p. 91; Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 166; Işıktaç, "Toplum ve Hukuk", s. 613; Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", p. 986; Riddall, **Jurisprudence**, p. 178; Andrews, "Hohfeld's Cube", p. 471.

serbestliği söz konusu olamaz. Eğer B'nin bir Y konusunda serbestliği varsa, aynı konuda ödevi olamaz[74].

Hohfeld, her temel hukuki kavramı, iki taraf arasındaki bir ilişki olarak karakterize etmektedir[75]. Dolayısıyla her kavram için, ilişkinin diğer tarafının pozisyonunu ifade eden bağlılaşık bir kavramın olması gereklidir. Eğer A bir hak sahibi, B de ilişkinin diğer tarafı ise, A'nın bir talebi varsa, B'nin de ödevi vardır; A'nın bir şeyi yapmak konusunda serbestliği (ayrıcalığı) varsa, B'nin A'nın o şeyi yapmaması hususunda bir talebi yoktur; A'nın bir yetkisi varsa, B, A'nın bu yetkiyi kullanmasına tabidir; A'nın bağışıklığı varsa, B'nin yetersizliği veya yetkisizliği vardır[76]. Dolayısıyla her hak formu (talep, serbestlik, yetki ve bağışıklık) belli bir kişiye karşı sahip olunan haklar şeklinde düşünülmelidir. Bunlar birbirlerinden, betimledikleri hukuki ilişkinin karşı tarafı için neyi öngördükleri ile ayrılmaktadır[77]. Bir başka deyişle herbirini, diğerlerinden bağlılaşık kavramı ile ayırt etmek mümkündür.

---

[74] Dais, "Powers and Rights", p. 674; Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 166; Gerber, "Rights", p. 334; Stone, **The Province And Function of Law**, p. 117; Işıktaç, "Toplum ve Hukuk", s. 613; Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", p. 986; Riddall, **Jurisprudence**, p. 178. Burada bir hukuki ilişkinin (hukuki kavramın) karşıtının bulunması için, ilişkinin öznesi ve nesnesi aynı kalmak şartıyla içeriğinin değillenmesi söz konusudur. Bkz. Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 5.

[75] Hohfeld, kavram (conception) ve ilişki (relation) terimlerini özellikle sekiz temel hukuki kavrama işaret ederken çoğu zaman aynı anlama gelecek şekilde birbiri yerine kullanmaktadır. Dolayısıyla örneğin ödev terimini bazen temel hukuki kavram olarak zikrederken, bazen de temel hukuki ilişki olarak zikretmektedir. Hohfeld üzerine inceleme yapan bazı yazarlar ise bu iki terim (kavram ve ilişki) arasındaki farkı muhafaza etmektedir. Bu yazarlara göre örneğin ödev, hak-ödev ilişkisini betimleyen bir kavramdır. Hak ise yine aynı ilişkiyi betimleyen farklı bir kavramdır. Bkz. Alan D. Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", **Cleveland-Marshall Law Review,** Vol.: 16, 1967, p. 564, dipnot 18; Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 247, dipnot 9.

[76] Jones, **Rights,** p. 13; Lyons, "The Correlativity of Rights and Duties", p. 47; Feinberg, **Social Philosophy**, p. 58; Stone, **The Province And Function of Law**, p. 117; Upton, "Right-Based Morality And Hohfeld's Relations", p. 240; Rex Martin, **A System of Rights**, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 30.

[77] Montague, "Two Concepts of Rights", p. 376; Işıktaç, "Toplum ve Hukuk", s. 612.

Bir hukuki ilişkinin (hukuki kavramın) diğer bir hukuki ilişkinin (hukuki kavramın) mantıksal bağlılaşığı olduğunu belirleyebilmek için aşağıdaki üç koşulun karşılanması gerekmektedir[78]:

1- Her iki hukuki ilişki (hukuki kavram) de aynı içeriğe sahip olmalıdır.
2- İlk ilişkinin nesnesi, ikinci ilişkinin öznesi olmalıdır.
3- İkinci ilişkinin nesnesi ise ilk ilişkinin öznesi olmalıdır.

Bu üç koşulu karşılayan hukuki ilişkiler (hukuki kavramlar) birbirlerinin mantıksal eşdeğeridir (logical equivalent) . Buna göre örneğin; "Ali'nin Ahmet'e karşı, Ahmet'in onun arabasını kullanmaması konusunda bir **talebi** vardır" ifadesi ile "Ahmet'in Ali'ye karşı, onun arabasını kullanmama **ödev**i vardır" ifadesi yukarıdaki üç koşulu karşıladıkları için birbirlerinin mantıksal eşdeğeridir. Bunlar adeta aynı metal paranın iki yüzü gibidir[79].

Hohfeld kendi kavramsal şemasına, "ilişkiler şeması" (scheme of relations) ismini vermektedir[80]. Bir talep her zaman bir ödevle ilişkilidir, bir serbestlik ise talep yokluğu ile ilişkilidir vs. İlişki kavramı, talep ile ödevin mantıksal eşdeğerliliğinin (equivalence) temelidir. Bir başka deyişle değişmez bağlılaşık (invariable correlative) olma veya mantıksal eşdeğer olma, ilişki kavramı üzerinden temellendirilmektedir. Çünkü bu temellendirme, Hohfeld'in de saptadığı gibi, bu terimlerin karmaşık, belirsiz ve farklı kullanımları söz konusu olduğundan dolayı, hak ve ödev terimlerinin pratikte kullanılma biçimlerinden yola çıkılarak yapılamaz. Hohfeldçi bütün temel kavramlar için ilişki fikri, elzemdir; çünkü Hohfeld bu kavramlar arasındaki mantıksal bağlantıyı, ilişki fikri üzerinden kurmaktadır[81].

---

[78] Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 2; Rainbolt "Rights as Normative Constraints on Others", p. 95.

[79] Lyons, "The Correlativity of Rights and Duties", p. 49; Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 2; Rainbolt "Rights as Normative Constraints on Others", p. 95.

[80] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 36.

[81] Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty". Ayrıca bkz. Upton, "Right-Based Morality and Hohfeld's Relations", p. 241.

Hohfeld'in analizi, değilleme\yadsıma ve gerektirme mantıksal ilişkileri aracılığıyla birbirlerine bağlanmış hukuki pozisyonların betimleyici olarak gösterilmesine dayanmaktadır[82]. Karşıt kavramlar (opposites) birbirini değilleyen veya yadsıyan iki kavramı temsil eden bir ilişki içindedir. İşte bu nedenle bir talebin karşıt kavramı talep yokluğudur, serbestliğin ise ödev kavramıdır. Çünkü serbestlik, talep yokluğunun mantıksal eşdeğeridir. Ödev kavramının mantıksal eşdeğeri ise taleptir[83]. Hohfeld, bu temel hukuki kavramların ayrık karakterlerini, her birisinin bağlılaşığını ve karşıtını belirlemek suretiyle göstermektedir[84]. Hohfeld'in hakların mahiyetine ilişkin analizinin temel başarısı, hukuki bağlılaşıklar ve hukuki karşıtlıklar şemasıdır. Hohfeld'e göre bu şema hukukun temel kavramlarının özlerini (essence) ve karşılıklı ilişkilerini (interrelations) göstermektedir[85]. Böylece Hohfeld, bu şema ile temel hukuki kavramların mantıksal özelliklerini ortaya koyduğunu ileri sürmektedir[86].

2. Birincil İlişkiler-İkincil İlişkiler Ayrımı

TALEP (claim)	**SERBESTLİK** (privilege)
ÖDEV (duty)	**TALEP YOKLUĞU** (no right)

Tablo 3: Hohfeld'de Birincil İlişkiler

[82] Lazarev, "Hohfeld's Analysis of Rights: An Essential Approach to a Conceptual and Practical Understanding of the Nature of Rights".

[83] Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty".

[84] Jones, **Rights,** p. 13.

[85] Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty".

[86] Edmundson, **An Introduction to Rights,** p. 91.

YETKİ (power)	**BAĞIŞIKLIK** (immunity)
TABİ OLMA (liability)	**YETERSİZLİK** (disability)

Tablo 4: Hohfeld'de İkincil İlişkiler

Talep ve serbestlik, bağlılaşıkları olan ödev ve talep yokluğu ile birlikte birincil ilişkileri veya ilk basamak ilişkileri (first-order relations) meydana getirmektedir. Buna karşılık yetki ve bağışıklık ise bağlılaşıkları olan tabi olma ve yetersizlik ile birlikte ikincil ilişkileri veya ikinci basamak ilişkileri (second-order relations) oluşturmaktadır[87].

Buradaki ayrım, Hart'in, *Birincil Kurallar* (Primary Rules), *İkincil Kurallar* (Secondary Rules) ayrımına benzetilebilir[88]. Birincil kurallar, ödev yükleyici temel hukuk kurallarıdır. İnsanların yapmaları ya da yapmaktan kaçınmaları gereken davranışları belirtirler. İkincil kurallar ise, birincil kuralların yaratılmasını ve işletilmesini gösteren kurallardır. İkincil kurallar üç türlüdür: Tanıma kuralı; bir hukuk sisteminde diğer tüm kuralların varlığını ve geçerliliğini belirleyen son kuraldır. Değiştirme kuralları; ödev yükleyici birincil kurallar bağlamında kişilerin uymak zorunda oldukları hukuksal ödevlerde değişiklik yapan kurallardır. Karar verme kuralları; hukuki bir uyuşmazlık veya hukuka aykırılık söz konusu olduğu zaman yargı organlarının karar verme usullerini belirler. Birincil kurallara benzer şekilde birincil ilişkiler olan talep ve serbestlik, kişilerin yapmaları gereken veya yapmaktan kaçınmaları gereken davranışlara ilişkindir. Aslında talep ve serbestlikler,

[87] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 20; Steiner, **An Essay on Rights,** p. 60-61; Rowan Cruft, "Why Aren't Duties Rights?", **The Philosophical Quarterly**, Vol.: 56, No: 223, 2006, p. 175-176; Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 3; Cruft, "Rights: Beyond Interest Theory And Will Theory?", p. 349-350.

[88] Hart'ın bu ayrımı için bkz. H. L. A. Hart, **The Concept of Law**, Second Edition, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 79 vd; Işıktaç, **Hukuk Felsefesi,** s. 350-353.

tüm olası fiziksel davranışların birincil kurallarını tanımlamaktadır. Bir başka deyişle talep ve serbestliklerden hareketle olası her fiziksel davranışın yapılması zorunlu, yasaklanmış ya da izin verilmiş olup olmadığı çıkarsanabilir. Buna karşılık yetki ve bağışıklık ise serbestliklerin ve taleplerin yaratılmasına, değiştirilmesine ya da kaldırılmasına ilişkindir[89]. Yani ikincil ilişkiler, kişilerin birincil ilişkileri etkileyebilecekleri farklı yolları göstermektedir.

Bazı birincil ilişkiler, insan davranışlarına ve sosyal ilişkilere, araya bir ikincil ilişkinin girmesine gerek kalmaksızın doğrudan uygulanabilir. Buna karşılık tüm ikincil ilişkiler insanların sahip olduğu talep, serbestlik, yetki ve bağışıklığa doğrudan uygulanabilirken, insan davranışlarına ve sosyal ilişkilere sadece dolaylı olarak, ama etkin bir şekilde uygulanmaktadır[90].

Bu ayrıma ilişkin bir başka değerlendirme ise birincil ve ikincil ilişkiler arasındaki destekleyiciliğe nasıl bir atıf yapılabileceğidir. Örneğin ikincil ilişkilerin, birincil ilişkileri kolaylaştıracağı ileri sürülebilir. Bir başka deyişle ikincil ilişkiler, birincil ilişkilerin nasıl kullanılacağına ilişkin kurallara ulaşılabilmesini sağlayabilir[91]. Buna ek olarak yetkiler ve bağışıklıklar, başka yetkiler ve bağışıklıkların kullanılma koşullarını belirleyebilir veya onları geçersiz kılabilir (extinguish). Yani ikincil ilişkiler, birincil ilişkilerin yanında başka ikincil ilişkileri de etkilemektedir. Örneğin kalemimi arkadaşıma verme hakkım, sadece ona kalem konusunda bir engelleme ile karşılaşmamayı talep edebilmeyi bahşetme yetkimi ve kalemi kullanma serbestliği bahşetme yetkimi değil, ayrıca ona kalemi bir başkasına verebilme yetkisini de bahşetmemi içerir[92]. Örneğin bir amiralin, bir kaptanın gemiyi yönetme yetkisini elinden alabilmek hususunda bir yetkisi vardır[93]. Dolayısıyla bu iki

---

[89] Leif Wenar, "Rights", **Stanford Encyclopedia of Philosophy,** (Çevrimiçi): http://plato.stanford.edu/entries/legal-rights/ ,09.03.2006; Cruft, "Rights: Beyond Interest Theory And Will Theory?", p. 350-351.

[90] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 20.

[91] Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty".

[92] Cruft, "Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory?", p. 351.

[93] Wenar, "Rights".; Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty".; Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 569.

kavramı, yani yetki ve bağışıklığı, Hohfeldçi şemanın analizinde, yüksek ilişki kavramları veya yüksek basamak kavramları (higher-order conceptions) veya meta-haklar olarak karakterize etmek daha doğru bir yaklaşım olabilir[94].

E. Hohfeld'in Analizine Hakim Olan İlkeler

Hohfeld'in analizine hakim olan üç temel ilke vardır. Bu üç temel ilke aksiyom[95] niteliğindedir. Yani Hohfeld'in analizinin geçerliliği bu üç temel aksiyoma bağlıdır. Bu aksiyomlar ise[96]:

1-Her hukuki ilişki (hak-ödev, yetki-tabi olma vs.) tek bir kişinin tek bir fiili (veya kaçınması) ile ilgilidir.

2-Her hukuki ilişki sadece iki kişiyle ilgili olan bir fiili yapma veya yapmaktan kaçınmayla ilişkilidir.

3-Hukuki ilişki analizi, yaptırım sorununu göz önüne almaz.

Hohfeld'in ortaya koyduğu çerçeve hukuki ilişkileri, *iki kişi ve bir fiilden oluşan üç terimli veya değişkenli bir ilişki* olarak ele almaktadır[97]. Bir başka deyişle Hohfeld'e göre tüm hak ifadeleri üç değişkenli önermelere indirgenebilir[98].

---

[94]Kamm, "Rights", p. 479; Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty".

[95] Aksiyom (belit), başka bir önermeye geri götürülemeyen ve tanıtlanamayan, böyle bir geri götürme ve kanıtı da gerektirmeyip, kendiliğinden apaçık olan ve bundan dolayı da öteki önermelerin temeli ve öndayanağı olan temel önermedir. Bkz. "Belit" maddesi, Akarsu, **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, s. 31; "Aksiyom" maddesi, Cevizci, **Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü**, s. 12; "Aksiyom" maddesi, Yıldırım, **Çağdaş Felsefe Sözlüğü**, s. 10.

[96] John Finnis, "Some Professorial Fallacies About Rights", **The Adelaide Law Review,** Vol.: 4, 1971-1972, p. 379 vd.; Halpin, **Rights and Law: Analysis and Theory,** p. 31 vd.; Finnis, **Natural Law and Natural Rights**, p. 199.

[97] Finnis, "Some Professorial Fallacies About Rights", p. 377, dipnot 1; Arthur L. Corbin, "Rights and Duties", **Yale Law Journal**, Vol.: 33, 1923-1924, p. 502; Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 1; Rainbolt "Rights as Normative Constraints on Others", p. 94; Bix, **A Dictionary of Legal Theory**, p. 91.

[98] Brian H. Bix, **Jurisprudence: Theory and Context,** London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 118.

Dolayısıyla her Hohfeldçi hukuki ilişki spesifik iki kişi arasındaki tek bir konuyu ayrıştırmaktadır[99].

Hukuki ilişki terimi Hohfeld tarafından iki kişiye gönderme yapmak için kullanılmıştır. İkiden az veya daha çok kişi arasında hukuki ilişki söz konusu olamaz. Dolayısıyla bir kişi kendi kendisiyle hukuki ilişki kuramaz. Ayrıca bir kişi ile başka iki kişi arasında da hukuki ilişki kurulamaz. Kişinin, diğer iki kişiyle ayrı ayrı hukuki ilişkisi olabilir[100]. Yani A ile A arasında hukuki ilişki olmaz. Yine A ile B, C, arasında da hukuki ilişki olmaz. Bu, ancak A ile B arasındaki hukuki ilişki ve A ile C arasındaki hukuki ilişki biçiminde olabilir.

Sözleşme, mülkiyet, evlilik gibi hukuki terimler iki kişi arasındaki tek bir hukuki ilişkiyi temsil etmezler. Bunlar kompleks ve değişken yapıdaki birçok hukuki ilişkinin bir toplamını betimleyen ve temsil eden terimlerdir[101].

Yine bir kişi ile bir nesne veya şey (thing) arasında da bir hukuki ilişki olamaz. Ahmet ile evi arasındaki ilişki fiziki bir ilişkidir. Ama Ahmet'in evi ile ilgili olarak diğer kişiler ile kendisi arasında birbirinden bağımsız birçok hukuki ilişki vardır. Bir topluluk veya devlet ile olduğu söylenen hukuki ilişki de, topluluk veya devleti oluşturan bireyler ile olan birçok hukuki ilişkiye indirgenebilir[102].

Yukarıda da değinildiği gibi Hohfeld'in analizi, her hak tipinin ve her edimsel (actual) hak örneğinin, en sonunda iki taraf arasındaki bir ilişkiye indirgenebilir olduğu varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayımın mantığı gereği Hohfeld, herkese karşı ileri sürülebilen bir hakkın (right held against the world) aslında her birisi belirli bir kişiye karşı sahip olunan belirsiz sayıdaki hakların bir

---

[99] Lazarev, "Hohfeld's Analysis of Rights: An Essential Approach to a Conceptual and Practical Understanding of the Nature of Rights".

[100] Hislop, "The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions", p. 57, dipnot 25; Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 165; Randall, "Hohfeld on Jurisprudence", p. 90.

[101] Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 165.

[102] Hislop, "The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions", p. 57, dipnot 25; Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 165.

kümesi olduğunu savunmaktadır. Bir başka ifadeyle hak sahibi olduğumuz belirli bir konuda, ilişkiye girdiğimiz kişiler kadar hakkımız vardır. Dolayısıyla, kişinin saldırıya uğramama hakkından tipik olarak tekil (singular) biçimde bahsetmemize rağmen, söz konusu kişinin, ona saldırmama ödevi bulunan kişi kadar hakkı vardır. Örneğin bu kişinin A'ya karşı bir, B'ye karşı bir, C'ye karşı bir, D'ye karşı bir, vs. hakları vardır. Buradaki önemli nokta paralel hakların çok sayıda oluşu (numerousness) değil, sınırsız veya belirsiz (indefiniteness) sayıda oluşudur[103]. Bazen de başka paralel hakların olmadığı durumlar söz konusu olabilir. Örneğin A ile B, aralarında sözleşme yapmışsa ve A başka hiç kimse ile benzer bir sözleşme yapmamışsa A'nın B'ye karşı sahip olduğu hak, başka kişilere karşı da sahip olduğu paralel veya benzer hakların bulunmaması anlamında *sui generis*'tir[104].

Hohfeld'in savunduğu bu noktadan, en azından kesin bir sonuç olarak, "hak"kın bazı kişilere karşı ileri sürülebilir, bazı kişilere karşı ise ileri sürülemez olduğu sonucu çıkartılabilir. Örneğin eğer A'nın borçlusu B ise ve C borçlu değilse, A, B'ye karşı bir hak sahibidir; fakat C'ye karşı değildir. Eğer A, X'i yapmayacağı konusunda B'ye bir söz vermiş, ama C'ye vermemişse, A'nın B'ye karşı X'i yapmak konusunda serbestliği yoktur, fakat C'ye karşı vardır. Benzer şekilde, yetkiler ve bağışıklıklar bazı kişilere karşı ileri sürülebilirken, bazılarına karşı ileri sürülemez. Buna ek olarak örneğin A'nın bir X fiili konusunda B'ye karşı, kendisine engel olmamasına ilişkin bir talebe sahip olması, bir Y fiili söz konusu olduğunda da B'ye karşı kendisine engel olmaması hususunda bir talebe sahip olmasını garanti etmez[105]. Görüldüğü üzere Hohfeld'in analizi üç değişkenli veya terimli, yani iki kişi ve bir davranış veya davranmaktan kaçınma, bir ilişki fikrine dayanmaktadır. Bu sekiz temel hukuki kavramın *ilişkisel* (relational) veya *yönelimsel* (directional) oluşunun anlamı budur.

---

[103] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 9 dipnot 2; Jones, **Rights,** p. 14; Max Radin, "A Restatement of Hohfeld", **Harvard Law Review**, Vol.: 51, 1938, p. 1155-1156.

[104] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 10.

[105] Jones, **Rights,** p. 14; Edmundson, **An Introduction to Rights,** p. 92. Ayrıca bkz. Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 6.

F. Hohfeld'de Hukukun Temel Kavramlarının Nitelendirilmesi

Hohfeld, hak atfeden ifadelerin, yüzeysel olarak benzerlikler taşımalarına rağmen farklı anlamlar içerecek biçimde kullanıldığını göstermeyi amaçlamaktadır. Hohfeld'e göre hak ifadeleri arasındaki bu yüzeysel benzerlik kavram kargaşasına yol açmaktadır. Hohfeld'in gayesi de "A'nın X'e hakkı vardır." ifadesinin hukuksal akıl yürütmedeki dört farklı anlamını analiz etmek ve bu suretle kavram kargaşasını gidermektir[106]. Bu amaçla Hohfeld seçkin, katı ve anlaşılması oldukça güç olan bir kavramsal ayrımlar (conceptual distinctions) matriksi geliştirmiştir[107].

Hohfeld'e göre "A'nin X'e hakkı vardır." ifadesi yerleşik hukuk dilinde aşağıdaki düşünceleri veya bunların kombinasyonlarını bildirmek için kullanılmaktadır[108]:

i. Talep: "B'nin veya diğer herkesin, A'nın X'i yapmasına engel olmama veya A'ya X'i sağlama ödevi vardır".

ii. Serbestlik: "A'nın X'i yapmamak hususunda ya belirli bir B kişisine veya genel olarak herkese karşı bir ödevi yoktur".

iii. Yetki: "A'nın var olan hukuki ilişkileri değiştirme yetkisi veya yeterliliği vardır".

iv. Bağışıklık: "A'nın X'le ilgili olarak bir bağışıklığı varsa o zaman B (veya herkes) A'nın X'le ilgili olan bu durumunu değiştirebilecek yetkiden veya yeterlilikten yoksundur".

Hohfeld'in bu kavramlara ilişkin tanımlamaları ise şöyledir[109]:

Hak veya Talep: Bir kişinin başka bir kişiye yönelik olumlu talebidir.

Serbestlik: Başka bir kişinin talebinden kurtulmuş olmadır.

Yetki: Bir kişinin belirli hukuki ilişkiler üzerindeki olumlu kontrolüdür.

---

[106] Alon Harel, "Theories of Rights", **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Edited by: Martin P. Golding, William A. Edmundson, Malden, MA, U.S.A., Blackwell Publishing, 2005, p. 192.

[107] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 7.

[108] Waldron, "Introduction" , p. 6.

[109] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 60.

Bağışıklık: Kişinin başka bir kişi tarafından belirli bir hukuki ilişki ile ilgili olarak kontrolünden veya hukuki yetkisinden azade olmaktır.

Talep, serbestlik, yetki ve bağışıklık olarak önerilen bu dört farklı kullanım, aynı zamanda hak kavramının kurucu öğeleridir. Bundan dolayı da verili herhangi bir hakka temel olabilecek kavramsal öğelerdir[110].

Arthur L. Corbin, Hohfeld'in temel hukuki kavramlarını şu şekilde bir ayrıma tabi tutmaktadır:

Olasılık-Müsade (may)	İzin	Serbestlik-Talep yokluğu
Gereklilik (must)	Zorlama	Talep-Ödev
Muktedir olmak (can)	Yeni hukuki ilişki kurulma olasılığı	Yetki-Tabi olma
Muktedir olamamak (can not)	Yeni hukuki ilişki kurulmasından azade olma	Bağışıklık-Yetersizlik

Tablo 5: Corbin'de Temel Hukuki Kavramlar[111]

Corbin'e göre Hohfeld'in sekiz temel hukuki kavramı bize şu soruların yanıtını vermektedir[112]:

Talep: Başka birisinin benim için ne yapması gerekir?

Ödev: Başkası için ne yapmam gerekir?

Serbestlik: Neyi yapabilirim?

Talep Yokluğu: Başka bir B kişisi neyi yapabilir?

[110] Kuyurtar, "Hakların Normatif Temelleri", s. 109.

[111] Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 166.

[112] Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 167-170.

Yetki: B ile benim aramda veya B ile başka bir kişi arasında hukuki ilişkilerde hangi değişiklikleri yapmaya muktedirim?
Tabi Olma: B, benimle kendisi veya bir başka kişi arasındaki hukuki ilişkilerde hangi değişiklikleri yapmaya muktedirdir?
Bağışıklık: Varolan hangi hukuki ilişkilerim B'nin bunlar üzerinde değişiklik yapabilmesi olasılığından azadedir?
Yetersizlik: B kişisinin varolan hangi hukuki ilişkilerini değiştirebilmem olanaksızdır?

Corbin'in yukarıda öngördüğü sorular dikkate alınarak, hukuki ilişkilerdeki asgari müşterekleri gösteren bu sekiz temel hukuki kavram şöyle tanımlanabilir[113]:

Talep: A ile B arasındaki, toplumun [hukuk düzeninin] A'ya B tarafından yerine getirilebilir bir edim, yapma veya yapmama istemi bahşettiği hukuki ilişkide A'nın hukuki konumudur.

Ödev: A ile B arasındaki, B'ye toplum [hukuk düzeni] tarafından A'nın yararına bir şeyi yapması ya da yapmaktan kaçınmasının emredildiği ve B'nin bu emre itaatsizliği halinde ise derhal ya da gelecekte cezalandırılabilmesinin söz konusu olduğu hukuki ilişkide B'nin hukuki konumudur.

Serbestlik: A ile B arasındaki A'nın (B ile ilgili olarak) belli bir biçimde dilediği gibi davranmakta serbest ya da özgür olduğu, davranışının toplumun [hukuk düzeninin] buyrukları ile B'nin yararına düzenlenmediği ve itaatsizlik gerekçesiyle bir ceza ile tehdit edilmediği hukuki ilişkide A'nın hukuki konumudur.

Talep Yokluğu: A ile B arasındaki, toplumun A'nın lehine, B'nin herhangi bir davranışta bulunmasını emretmediği, A'nın B üzerinde herhangi bir kontrolünün bulunmadığı hukuki ilişkide A'nın hukuki konumudur.

[113] Tanımlar için bkz. Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 167-170; Işıktaç, "Toplum ve Hukuk", s. 611-612.

Yetki: A ile B arasındaki, A'nın iradi bir fiilinin ya kendisi ile B arasında ya da B ile üçüncü bir kişi arasında yeni bir hukuki ilişki kurulmasına neden olduğu hukuki ilişkide A'nın hukuki konumudur.

Tabi Olma: A ile B arasındaki, B'nin iradi bir fiiliyle A'nın ya B ile ya da üçüncü bir kişiyle yeni bir hukuki ilişki içine girebileceği hukuki ilişkide A'nın hukuki konumudur.

Bağışıklık: A ile B arasındaki, B'nin A'nın varolan herhangi bir (veya birden çok) hukuki ilişkisine etki edecek hukuki yetkisinin bulunmadığı hukuki ilişkide A'nın hukuki konumudur.

Yetersizlik: A ile B arasındaki, A'nın kendisinin hiçbir iradi fiiliyle B'nin varolan herhangi bir (ya da birden çok) hukuki ilişkisini sona erdiremediği hukuki ilişkide A'nın hukuki konumudur.

1. Talep

Hohfeld'e göre talep, en sınırlı anlamında (right in its strictest sense) haktır. Ona göre "talep" teriminin tek anlamlı olmak gibi bir avantajı vardır[114].

"A'nın X'e hakkı vardır." ifadesinin anlamlarından birisi, B kişisinin A'ya karşı bir ödevi olduğudur. Talep sahibi olmak demek, başkasının veya başkalarının o kişiye karşı bir ödevinin olması demektir. Yani A'nın B'ye karşı X'in gerçekleşmesi

[114] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 38; Steiner, **An Essay on Rights**, p. 59; Judith Jarvis Thomson, **The Realm of Rights**, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1990, p. 39. Talep hakkı terimi oldukça yaygın biçimde kullanılmasına rağmen, bu hakka başka isimlerin verildiğine de bazen rastlanmaktadır. Bazıları Hohfeld'i izleyerek buna "en sınırlı anlamında hak" ismini vermektedir. Bazıları ise "istem hakkı" (demand right) demektedir. Çünkü bu haklar başkaları üzerinde bir istem yaratmaktadır. Bkz. Radin, "A Restatement of Hohfeld", p. 1141-1164; Alan Ross Anderson, "Logic, Norms and Roles", **Ratio**, Vol.: 4, 1962, p. 36-49; Başkalarından bir şey alma konusunda bir hak olduğu için "alma hakkı" (right of recepience) ismini kullananlar da vardır. Bkz. Jones, **Rights,** p. 15.

hususunda bir talebi vardır[115]. Kişiye hukuki bir hakkın, yani Hohfeld'in terminolojisi ile talebin bahşedilmiş olması demek, belirli bir fiil (action) veya ilişki durumu (state of affairs) hususunda başka bir kişinin müdahalesine veya olumlu anlamda katkıda bulunmamasına veyahut da emeğinin karşılığının verilmemesine karşı hukuken korunmuş olması demektir. Müdahale etmekten kaçınması veya olumlu anlamda katkıda bulunması veya emeğinin karşılığını vermesi gereken kişi ise bu şekilde davranma ödevi altındadır. Dolayısıyla bir talep başka bir kişiye ödev yüklemek yoluyla yaratılan bir hukuki pozisyondur[116]. Bir talep zorunlu olarak kendisine karşılık düşen bir ödeve sahip olan kişi veya kişilere karşı ileri sürülebilir. Böylece ne talep ne de onun bağlılaşığı olan ödev bir diğeri olmaksızın varolamaz. Böyle bir ödevin yokluğu halinde, talep de yoktur. Birisinin herhangi bir şekilde (örneğin ifa, ibra, feragat etme) ortadan kalkması halinde diğeri de ortadan kalkmaktadır[117].

Daha önceden de belirtildiği gibi Hohfeld'e göre tüm temel hukuki kavramlar belirli iki kişi arasındaki hukuki ilişkiyi göstermektedir. Bir hukuki ilişki farklı bakış açılarından iki farklı kavram olarak görülmektedir. A bakımından B'nin arazisinden uzak durması, A'da bulunan bir taleptir; B bakımından ise aynı ilişki kendi üzerinde bulunan bir ödevi işaret etmektedir. Demek ki söz konusu hukuki ilişki, bir kişide bulunan bir talep ile başka bir kişide bulunan ödevi birbirine bağlamaktadır. Dolayısıyla bir talep, hukuki ilişkide bulunan ödevi de dolaylı olarak bildirmektedir. Aynı şekilde ilişkideki ödev de talebi dolaylı olarak bildirmektedir. Böylece talep ve ödev, belirli iki kişi arasındaki bir hukuki ilişkiyi göstermektedir. Burada talebin ifade ettiği ilişki ile ödevin ifade ettiği ilişki aynı hukuki ilişkidir. Bundan dolayı Hohfeld'e göre bu iki kavram, birbirinin hukuki bağlılaşığıdır veya başka bir deyişle

[115] Jones, **Rights,** p. 14; Harel, "Theories of Rights", p. 192; Kamm, "Rights", p. 477.

[116] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 9.

[117]Jones, **Rights,** p. 14; Harel, "Theories of Rights", p. 192; Lyons, "The Correlativity of Rights and Duties", p. 46.

mantıksal eşdeğeridir[118]. Hohfeld'in ilişkiler şemasında ifade edildiği gibi, bir talep bir ödevin değişmez bağlılaşığı ve talep yokluğunun ise değişmeyen karşıtıdır[119].

Bir talep, herhangi bir ödevin bağlılaşığı değildir. Yani A'nın kendi arazisine girmemesi konusunda B'ye karşı sahip olduğu talep, B'nin X'e zarar vermeme ödevinin bağlılaşığı değildir. Birbirinin bağlılaşığı olan talep ve ödevin, onlar tarafından oluşturulmuş bir hukuki ilişkiyi temsil etmesi gerekmektedir[120].

Bir talebe sahip olmak, kendisine karşı bir ödevin yerine getirilmesini talep edebilmek olduğu için, talebin içeriği ödevin içeriği ile ilgilidir. Farklı bir ödev demek, farklı bir talep demektir. Örneğin birçok hukuki belge yaşam hakkını düzenlemektedir. Yaşam hakkı gibi tartışmasız kabul gören temel bir hak için bile bu hakkın hangi ödevlerin yerine getirilmesine yol açacağı konusu tartışmalıdır. Bu hak, başkalarının söz konusu hak sahibini öldürmeme ödevini mi gerektirir; ya da hak sahibinin devlet otoritesi tarafından korunmasını mı gerektirir; yoksa bunların da ötesinde yine genellikle devlet tarafından hak sahibine sağlık hizmetinin verilmesi ve asgari yaşam standartlarının sağlanması ödevlerini mi gerektirir vs. Ödevlere ilişkin tartışmaya ek olarak haklar üzerinde de tartışma vardır. Çünkü öldürülmeme hakkı, cinayetten korunma hakkından farklıdır; açıktır ki bu iki hak sağlık hizmetinden yararlanma hakkı ile asgari yaşam standartlarının sağlanması hakkından da farklıdır. Bundan dolayı bir talebin içeriğinin tanımlanması için, onun bağlılaşığı olan ödevin içeriğinin tanımlanması zorunludur[121].

Bir talebin içeriği çok değişken olabilmektedir. Buna karşılık talepler temel olarak iki forma sahiptir. Buna göre talepler, ya negatif ödevleri yani X'in gerçekleşmesini engellememe ödevi, ya da pozitif ödevleri yani X'in

---

[118] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 38; Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 9; Lyons, "The Correlativity of Rights and Duties", p. 46; Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty".

[119] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 38.

[120] Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty".

[121] Jones, **Rights,** p. 16.

gerçekleşmesini sağlayacak şekilde davranma ödevini gerektirmektedir[122]. Bir başka ifadeyle talep, hem A'nın eylemine engel olmama şeklindeki negatif bir ödevi, hem de A'nın X'i yapmasını sağlayacak gereklilikleri yerine getirme biçimindeki pozitif bir ödevi içerebilir. Bundan dolayı talep hem aktif yardım hakkını (active assistance), hem de negatif özgürlük (negative freedom) hakkını kapsamına alabilmektedir[123].

Bu konuda kullanışlı bir ayrım "pozitif talep hakları" ile "negatif talep hakları" arasında yapılan ayrımdır. Pozitif talep hakları, pozitif bir içeriğe sahip olan haklardır. Pozitif talep hakları spesifik mal ve hizmetlere ilişkindir ve kendilerine karşılık düşen ödevlere sahip olanlardan pozitif bir karşılık gerektirdikleri veya istedikleri için bu ismi almaktadırlar. Örneğin; korunma hakkı, tazmin edilme hakkı, işverenin işçisine karşı sahip olduğu işçinin onun için çalışmasını talep etme hakkı gibi haklar pozitif içeriğe sahip olan talep haklarındandır[124].

Negatif bir içeriğe sahip talepler ise negatif talep haklarıdır. Negatif talep hakları, müdahale edilmeme (non-interference) haklarıdır ve başkalarından sadece negatif bir eylemi yani engel olmamayı gerektirirler. Örneğin; saldırıya uğramama hakkı, hırsızlığa uğramama hakkı, iftiraya uğramama hakkı, arazi sahibi olan bir kişinin diğer kişilerin arazisine girmemesini talep etme hakkı gibi haklar negatif bir içeriğe sahip olan haklardır[125].

Gerçek veya hakiki (genuine) bir talep, zorla yerine getirilebilir niteliktedir (enforceable)[126]. Bir başka ifadeyle, gerektiğinde devlet zorlamasını harekete

---

[122] Harel, "Teories of Rights", p. 192; Shafer-Landau, "Rights and Liberties", p. 753; Kamm, "Rights", p. 477.

[123] Waldron, "Introduction" , p. 6.

[124] Feinberg, **Social Philosophy**, p. 59; Jones, **Rights**, p. 15; Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty".

[125] Jones, **Rights,** p. 15; Feinberg, **Social Philosophy**, p. 59-60; Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty".

[126] Steiner, **An Essay on Rights**, p. 57. Fakat tüm hukuki talep haklarının kullanılabilir olması zorunlu değildir. Örneğin bir borcun ödenmesini talep edebilme konusundaki zamanaşımı süresi dolmuşsa, alacaklı borcun ödenmesini dava yoluyla talep ettiğinde, borçlu zamanaşımı def'ini ileri sürebilir. Burada zamanaşımı süresi hakkı ortadan kaldırmayıp dava edilebilirliğini sona erdirmektedir. Zamanaşımı süresi, belirli bir süre içinde hakkın kullanılmaması halinde dava yoluyla artık hakkın

geçirmek suretiyle talep hakkının muhatabının bu hakka saygı göstermesi sağlanabilir. Bununla birlikte hakka saygı gösterilmesini sağlama yetkisinin yani devlet gücünü harekete geçirme yetkisinin, talep sahibi kişinin takdirinde bulunması zorunlu değildir. Hohfeld'de talep hakkı, bu hakka saygı gösterilmesini sağlayabilme yetkisinin kimde olduğu konusundan bağımsızdır. Bu yetkiye talep sahibi veya onun adına hareket eden kişi (veli veya vasi), ya da devlet organı (sulh mahkemesi yargıcı gibi) sahip olabilir[127].

2. Serbestlik

Hohfeld'e göre gündelik hukuk terminolojisinde "A'nın X'e hakkı vardır." ifadesi "A'nın X'i yapmamak hususunda ya belirli bir B kişisine veya genel olarak tüm kişilere karşı bir ödevi yoktur." anlamına da gelebilir. Hohfeld bu anlamı karşılaması için *ayrıcalık* (privilege) terimini tercih etmektedir. Hohfeld'e göre serbestlik (liberty) kavramı daha ziyade kişisel veya fiziksel bağımsızlık anlamında, yani fiziksel olarak dış bir engelin bulunmaması anlamında kullanıldığı için buradaki amaca uygun bir kavram değildir. Ruhsat (licence) veya izin (permission) kavramları da uygun olmaz. Çünkü bu kavramlar belirli bir serbestliği yaratmak için gerekli olan kurucu olgular grubunu ifade eden genel terimlerdir. Bir başka deyişle burada yine hukuki ilişki ile onu yaratan fiziksel veya zihinsel olguların birbirine karıştırılması söz konusudur[128]. Fakat günümüzde bu tip bir hukuki (ve ahlaki) koruma durumu genellikle serbestlik (liberty) olarak ifade edilmektedir[129]. Bu doğrultuda çalışmada yaygın kullanıma uygun olarak *serbestlik* teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Çünkü Hohfeld'in önerdiği ayrıcalık terimi, örneğin sokağa çıkma yasağının

---

istenememesi durumudur. Yani hak ortadan kalkmamaktadır; fakat artık bu hakka karşı dava açılamamaktadır. Bkz. Anayurt, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları,** s. 301-302; Dinçkol, **Temel Hukuk Bilgisi**, s. 174; G. W. Keeton, **The Elementary Principles of Jurisprudence,** Second Edition, London, Sir Isaac Pitman & Sons, 1949, p. 133. Böylece söz konusu hak artık gerçek bir hak olmaktan çıkmaktadır.

[127] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 9.

[128] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 49-50.

[129] Shafer-Landau, "Rights and Liberties", p. 753

başladığı saatten sonra da polis memurlarının sokakta bulunabilmeleri gibi, daha ziyade genel bir ödevden istisna edilmiş olmak anlamını çağrıştırmaktadır. Bu anlam ise serbestlik kavramı tarafından içerilmekle birlikte, ondan daha sınırlıdır[130].

Belirli bir eylemde bulunmak konusunda bir serbestliğe sahip olmak demek, bu eylemde bulunmaktan kaçınmaya ilişkin bir ödevin bulunmaması demektir. Benzer biçimde, belirli bir eylemde bulunmaktan kaçınmak konusunda bir serbestliğe sahip olmak demek ise, bu eylemi yapmak hususunda bir ödevin bulunmaması demektir. Talepler gibi serbestliklere de belirli bir kişi tarafından yine belirli bir kişiye karşı sahip olunur[131].

Serbestlik, talep yokluğunun bağlılaşığı ve ödevin karşıtıdır.

> "Ayrıcalığın [serbestliğin] bağlılaşığı talep yokluğudur. Bu kavramı ifade edebilecek tek bir kelime yoktur. (...) X'in arazisine girmemesi konusunda Y'ye karşı bir talebi veya hakkı olmasına rağmen, X'in kendisinin araziye girmek konusunda ayrıcalığı [serbestlik] vardır. Veya eşdeğer sözcüklerle söylersek A'nın araziye girmeme ödevi yoktur. Araziye girme ayrıcalığı [serbestliği] dışarıda kalma ödevinin değillenmesidir. (...) X'in arazisine girmeme konusunda Y'ye karşı sahip olduğu talebin bağlılaşığı Y'nin araziye girmeme ödevidir. Ama X'in araziye girme konusunda sahip olduğu ayrıcalığın [serbestliğin] bağlılaşığı, Y'nin A'nın [kendi] arazisine girmemesini talep [etme] hakkının yokluğudur"[132].

Serbestlik, kendisine karşıt bir içeriği olan talep yokluğu ile eşdeğerdedir veya başka bir deyişle bu yolla tanımlanmaktadır. Ödev kavramının da serbestlik ile belirli bir mantıksal ilişkisi vardır. Serbestliğin tanımlanmasının bir diğer yolu da, ona karşıt bir içeriğe sahip olan bir ödevin değillenmesi, yani yadsınmasıdır.

---

[130] Alf Ross, genel kuraldan istisna niteliğindeki ayrıcalık anlamında serbestliği "özel serbestlik" (special liberty), diğer serbestlikleri ise "genel serbestlik" (general liberty) olarak isimlendirmektedir. Bkz. Ross, **On Law and Justice,** p. 165. Joseph William Singer de hukuk tarafından düzenlenmemiş olan fiilerin serbestlik, hukuk tarafından genel olarak herkese yükletilen ödevlere getirilen istisnaların ise ayrıcalık olduğunu belirtmektedir. Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", p. 987, dipnot 14. Bu konuda ayrıca bkz. Steiner, **An Essay on Rights**, p. 60, dipnot 5.

[131] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 10; Thomson, **The Realm of Rights**, p. 44.

[132] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 38-39.

A'nın, B'den arazisine girmemesi hususunda talebi varken, A'nın kendisinin ise arazisine girmek hususunda serbestliği vardır; ya da eş deyişle A'nın araziye girmeme ödevi yoktur. Serbestlik, sadece bir ödevin yadsınmasıdır. Bunun anlamı ise serbestliğin, söz konusu ödevin tam karşıtı bir içeriğe veya mahiyete sahip olmasıdır. Dolayısıyla eğer özel bir nedenden dolayı A ile B, A'nın sahip olduğu kendi arazisine girmesi hususunda sözleşmişlerse, açıktır ki A'nın B ile ilgili olarak hem araziye girme serbestliği, hem de araziye girme ödevi vardır. Serbestlik bu tip bir ödevle tamamıyla tutarlıdır. Çünkü burada ödev, serbestlik ile aynı içeriğe sahiptir. Fakat A'nın B ile ilgili olarak, araziye girme serbestliği, araziye girmeme ödevinin yadsınmasıdır. Benzer şekilde eğer A ile B, A'nın B için belirli bir hizmeti yerine getireceği hususunda sözleşmemişlerse, burada A'nın söz konusu hizmeti yapmama serbestliği, hizmeti yapma ödevinin yadsınmasıdır. Yani burada ödevin içeriği, serbestliğin içeriğinin tam karşıtıdır[133].

Ödev ile serbestlik arasındaki karşıtlık (çelişik karşıolum) şu şekildedir: X'i yapma serbestliğinin karşıtı, X'i yapmaktan kaçınma ödevidir. X'i yapmaktan kaçınma serbestliğinin karşıtı ise X'i yapma ödevidir. Dolayısıyla burada karşıtlık X'i yapma ödevi ile X'i yapma serbestliği arasında değildir[134]. Hohfeld'in sisteminde X'i yapma serbestliği ile X'i yapma ödevi bir arada bulunabilir, yani bu iki durum birbiriyle tamamıyla tutarlıdır[135].

---

[133] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 39.

[134] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 13; Adams, "Hohfeld on Rights and Privileges", p. 86.

[135] Fakat David M. Adams'a göre X'i yapma ödevi, X'i yapma serbestliğinin bulunmasını gerektirir. Yani Adams, ödev ile ödevin içeriğini yerine getirme serbestliği arasında bir gerektirme ilişkisi kurmaktadır. Bu suretle de Hohfeld'in serbestlik, talep yokluğu ve ödev arasındaki bağlılaşıklık ve karşıtlık ilişkilerini şu şekilde yeniden yapılandırmaktadır:

-X'i yapma serbestliği, X'in yapılmaması hususundaki talep yokluğunun bağlılaşığıdır;

-X'i yapmama serbestliği ise X'in yapılması hususundaki talep yokluğunun bağlılaşığıdır;

-X' i yapma serbestliği, X'i yapmama ödevinin karşıtıdır;

-X'i yapmama serbestliği, X'i yapma ödevinin karşıtıdır;

-X'i yapma ödevi, X'i yapma serbestliğini gerektirir;

-X'i yapmama ödevi, X'i yapmama serbestliğini gerektirir. Bkz. Adams, "Hohfeld on Rights and Privileges", p. 86 vd. Burada bağlılaşıklar ve karşıtlıklar Hohfeld'in sistemine uygundur. Fakat

Bir serbestliğe sahip olmak, karşıt bir içerikteki ödevden kurtulmuş olmak demektir. Dolayısıyla hukuken X'i yapmak konusundaki serbestlik, eğer X'in yapılmasını yasaklayan bir hukuk kuralı yoksa söz konusu olmaktadır. X'i yapmamak konusundaki serbestliğin varlığından, yine aynı şekilde X'in yapılmasını buyuran bir hukuk kuralı yoksa söz edilebilir[136]. Literatürde, Thomas Hobbes'un doğa durumu tasarımındaki kişilerin sahip olduğu doğal haklar serbestliğin en bildik örneği olarak gösterilmektedir. Bir başka ifadeyle Hobbes'taki "herkesin kendi yaşamını korumak için her şeyi yapmaya hakkının olması" şeklindeki doğal hakkın, Hohfeld'deki "serbestlik" kavramının karşılığı olduğu savunulmaktadır[137].

Hohfeld'in serbestlik analizi, serbestliğin içyapısını (inner structure) belirginleştiren bir teoridir[138]. Bununla birlikte literatürde serbestlik kavramının analizi konusunda, Hohfeld'in serbestlik kavramını detaylı olarak açıklamamış olmasından kaynaklanan bir tartışmanın bulunduğu görülmektedir. Bu konuda çalışan bazı teorisyenler, karşıt içerikteki bir ödevin yokluğu tanımlamasını benimseyerek, bu temel üzerinden *yarı serbestlik* (half liberty) veya *tek yanlı serbestlik* (unilateral liberty) kavramını geliştirmişlerdir[139]. Buna göre, Hohfeld'deki serbestlik, yarı serbestlik veya tek yanlı serbestliktir[140]. Çoğu teorisyen, bu tanımı

---

serbestlik ile ödev arasında Adams'in kurduğu gerektirme ilişkisi Hohfeld'in söylemini aşan bir saptamadır.

[136] Jones, **Rights,** p. 17.

[137] Shafer-Landau, "Rights and Liberties", p. 753; Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 12; Waldron, "Introduction", p. 6; Kamm, "Rights", p. 479; Knowles, **Political Philosophy**, p. 139. Hobbes bunu "[D]oğal hak, [insanın] kendi doğasını, yani kendi hayatını korumak için kendi gücünü dilediği gibi kullanmak ve kendi muhakemesi ve aklı ile bu amaca ulaşmaya yönelik en uygun yöntem olarak kabul ettiği her şeyi yapmak özgürlüğüdür. Özgürlükten ise kelimenin doğru anlamıyla dış engellerin yokluğu anlaşılır (...) Hak, yapmak veya yapmamak özgürlüğünden oluşur" biçiminde ifade etmektedir. Bkz. Thomas Hobbes, **Leviathan**, Çeviren: Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1993, s. 96; bu konuda ayrıca bkz. Eleanor Curran, "Can Rights Curb The Hobbesian Sovereign? The Full Right To Self-Preservation, Duties Of Sovereignty and The Limitations of Hohfeld", **Law and Philosophy**, Vol.: 25, 2006, p. 244, 246; Eleanor Curran, "Hobbes's Theory of Rights-A Modern Interest Theory", **The Journal of Ethics**, Vol.: 6, 2002, p. 63 vd.; Martin, **A System Of Rights,** p. 32 vd.

[138] Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty".

[139] Bkz. H. L. A. Hart, "Bentham on Legal Rights", **Oxford Essays in Jurisprudence**, Edited by: A. W. B. Simpson, Second Series, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 182.

[140] Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 176.

Hohfeldçi kavramsal yapı içerisinde serbestliğin mümkün tek açıklaması olarak kabul etmektedir[141].

Fakat bazı hak teorisyenlerine göre ise kişinin belirli bir konuda serbestliğinin olması demek, kişinin uygun gördüğü biçimde davranmak veya davranmaktan kaçınmak konusunda özgür olması demektir. Yani serbestliğe sahip olmak hem belirli bir biçimde davranma ödevinin, hem de davranmaktan kaçınma ödevinin bulunmaması anlamına gelmektedir. Örneğin Husik, kişinin belirli bir fiil konusunda serbestliğinin olmasının şu anlamlara geldiğini savunmaktadır[142]:

1-Söz konusu fiili yapmak konusunda bir ödevin olmaması,

2-Kişinin başka kişilerden söz konusu fiili yapmasına engel olmaktan kaçınmalarını talep etme hakkının olması[143],

3-Söz konusu fiili yapmamak konusunda bir ödevin olmaması.

Hohfeld'in analizi bağlamında Husik'in bu yaklaşımının hatalı olduğu saptaması yapılabilir. Çünkü Hohfeld, bir fiili yapma serbestliği ile yapmama serbestliğini birbirinden ayrıştırmaktadır. Bu ikisi birbirinden farklı ve bağımsız serbestliklerdir. Bazen birlikte bulunabilseler de her zaman aynı anda bulunmazlar ve bulunmaları da zorunlu değildir. Örneğin normal koşullar altında A'nın B'ye karşı ne A'nın kendi evini boyama ödevi, ne de boyamama ödevi vardır. Yani A, B'ye karşı kendi evini boyamak veya boyamamak hususunda bir serbestliğe sahiptir. Yani A evinin boyanması konusunda istediği gibi davranabilir. Her iki durumda da hukuk kuralları A'yı B'ye karşı sorumlu tutmaz. Ama varsayalım ki A, kendi evini boyamak konusunda B ile bağlayıcı bir sözleşme yapmış olsun. Bu yeni koşul altında A'nın B'ye karşı evini boyama ödevi vardır. Çünkü eğer söz verdiği gibi evi boyamazsa, yani sözleşmeden doğan ödevini ihlal ederse, hukuk kuralları A'yı B'ye karşı sorumlu tutacaktır. Burada ise A'nın B'ye karşı evini boyamama serbestliği

[141]Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty".

[142] Isaac Husik, "Hohfeld's Jurisprudence", **University of Pennsylvania Law Review,** Vol.: 72, 1923-1924, p. 267; Rainbolt, **The Concept Of Rights**, p. 6; Rainbolt "Rights as Normative Constraints on Others", p. 96.

[143] Bu nokta çalışmanın ilerleyen kısmında değerlendirilecektir. Bkz.: aş. I.G.1.

bulunmamasına karşın, evini boyama serbestliği vardır. Diğer yandan eğer aralarındaki sözleşme A'nın evini boyamamasını öngörüyorsa, o zaman A'nın evini boyama serbestliği olmamasına karşın, boyamama serbestliği bulunacaktır[144].

Yukarıdaki örneği göz önünde bulundurduğumuzda, uygun koşullar altında A'nın her iki serbestliğe, yani evi boyama ve boyamama serbestliklerinin ikisine de sahip olması ya da sadece bir serbestliğe, yani sadece boyama veya boyamama serbestliğine sahip olması mümkündür. Açıktır ki A'nın bu konuda hiçbir serbestliğinin bulunmaması söz konusu olamaz. Çünkü aksi halde A, evi boyasa da boyamasa da B'ye karşı sorumlu tutulacaktır[145].

Serbestliği hem bir şeyi yapma, hem de bir şeyi yapmaktan kaçınmayı içerir biçimde kavramanın diğer bir sakıncası ise, böyle bir tutumun serbestliğin hukuken bir anlamının ya da öneminin olmadığını düşünmeye teşvik etmesidir[146]. Yukarıdaki örneğin de gösterdiği gibi Hohfeld'in sisteminde serbestlik, hukuki bir tepki ile sonuçlanmayan yapma ya da yapmama fiillerine hasredilmemiştir. Hohfeld bu konuda şu belirlemede bulunmaktadır: "İzin veren bir hukuk kuralı da yasaklayan bir hukuk kuralı kadar gerçektir (real). Buna benzer şekilde hukukun A ile B arasında bir fiile izin veriyor olması da, bu fiili yasaklaması kadar gerçek bir hukuki ilişkiyi ifade etmektedir[147]". Hohfeld burada serbestliğin izin verici hukuk kuralından çıkartıldığını değil, izin verici hukuk kuralına benzediğini belirtmektedir[148].

---

[144] A'nın ödevi olan fiili yapma serbestliği vardır. Yani ödevini yerine getirme serbestliği vardır. Ama ödevini yerine getirmek için yapması gereken fiili yapmama serbestliği yoktur. Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 566.

[145]Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 566.

[146] Bkz. Husik, "Hohfeld's Jurisprudence", p. 267; Albert Kocourek, "The Hohfeld System of Fundamental Legal Concepts", **Illinois Law Review,** Vol.: 15, 1920-1921, p. 27.

[147] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 48, dipnot 59.

[148] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 566, dipnot 24. Bazı serbestlikler ise yasaklayıcı bir hukuk kuralının bulunmamasından çıkarılır. Bir fiilde bulunmaktan dolayı A'yı sorumlu tutan bir hukuk kuralı yoksa, bundan A'nın söz konusu fiili yapma serbestliği olduğu sonucunu çıkartırız. Bu fiili yapmasından dolayı A'nın sorumlu olmayacağını açıkça belirten bir hukuk kuralı olmasa dahi bu sonuca ulaşabiliriz.

Yukarıdaki tartışmayla birlikte literatürde belirli bir fiil konusunda yapma veya yapmaktan kaçınma ödevi yükleyen bir hukuk kuralının bulunmadığı durumları ifade etmek üzere *saf serbestlik* (pure liberty) veya *iki yanlı serbestlik* (bilateral liberty) terimlerinin kullanıldığı görülmektedir[149]. Yani böyle bir durumda söz konusu fiili yapmak veya yapmamak konusunda kişi serbesttir[150]. Bu durum serbestlik sahibinin özgür seçimi olarak serbestlik biçiminde dile getirilebilir[151].

Açıkça izin verilmeyen davranışları yasaklayan bir hukuk sisteminin olması mümkündür. Ancak genelde bir sistem olarak hukuk daha farklı bir yol izlemektedir. Kural olarak insanlar hukuk sisteminin açıkça yasaklamadığı şeyleri yapmak konusunda serbesttir. Bu nedenle kişilerin sahip oldukları serbestlikler, taleplere oranla çok daha geniştir[152]. Serbestlikler, örneğin ifade özgürlüğü, ibadet özgürlüğü vb. hakları da içermektedir. Bunlara ek olarak daha az öneme sahip olan örneğin dış kapıyı boyama, istediğimiz renge boyama, istediğimiz ebattaki boya fırçasını kullanma vb. haklar da serbestlikleri içermektedir. Hukuk tarafından açıkça yasaklanmayan tüm insan davranışları serbestlikler alanına dahildir. Fakat bu serbestliklerin büyük çoğunluğundan, eğer bunların kullanılmasına karşı çıkan birileri yoksa "hak" olarak söz edilmez. Örneğin eğer benden sahip olduğum hakların bir listesini yapmam istenseydi, dış kapımı mor renge boyama hakkım kuşkusuz aklıma gelen ilk hak olmazdı. Ama eğer karşı komşum renk seçimim konusunda beni azarlasaydı, böyle bir durumda vereceğim cevap belki de "Dış kapımı mora boyama hakkım var." olurdu[153]. Buna bağlı olarak Samuel Stolijar, serbestliklerin "savunucu haklar" veya "savunma hakları" (defensive rights) şeklinde adlandırılabileceğini ileri sürmektedir. Çünkü serbestliklere, daha ziyade başkalarının şikâyetlerine karşı savunma yapmak için başvurulduğunu belirtmektedir[154].

---

[149] Bkz. Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 175.

[150] Campbell, **Rights: A Critical Introduction,** p. 30.

[151] Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty".

[152] Ross, **On Law and Justice,** p. 165.

[153] Jones, **Rights,** p. 18.

[154] Samuel Stolijar, **An Analysis of Rights**, London, Macmillan, 1984, p. 13'den aktaran Jones, **Rights,** p. 18.

Serbestliklerden, genellikle aksini gerektiren genel bir ödevin veya kuralın olmaması halinde söz edilebilir. Bununla birlikte serbestlikler ayrıca kesin ve belirgin formlar alabilmektedir. Örneğin arazi sahibi olabilirim, böylece de diğer kişilerden arazime girmemelerini talep edebilirim. Fakat eğer bu talep hakkımdan vazgeçip de bir kişinin arazime girmesine izin verirsem, o zaman izin verdiğim kişinin, arazimle ilgili olarak diğer kişilere tanınmayan bir serbestliğe sahip olması söz konusu olur. Ayrıca hukuk tarafından genel kurallara istisnalar getirilmesi suretiyle de serbestlikler oluşturulabilmektedir. Örneğin başka kişilere karşı kuvvet kullanmam hukuk tarafından yasaklanmıştır. Ama eğer bir kimse bana saldırırsa, böyle bir durumda hukuk, kendimi savunabilmem için bana makul oranda kuvvet kullanma serbestliği tanımaktadır[155]. Bu, genel kuraldan istisna edilmiş olmak anlamında bir ayrıcalıktır. Bir başka deyişle hukuk kuralları veya sözleşmeler yoluyla genele yönelik bir ödevden istisna edilmek ve bu suretle ödevin içeriğinin karşıtı bir fiili gerçekleştirme serbestliğine sahip olmak ayrıcalık şeklinde isimlendirilebilir.

3. Yetki

"A'nın X'e hakkı vardır." ifadesi, A'nın varolan bir hukuki ilişkiyi değiştirebilme yeteneğinde olması ve bunun sonucunda da başka bir kişinin hukuki (veya ahlaki) haklarında değişiklik yapabilmesi anlamına da gelebilir[156]. Kısaca "A'nın varolan hukuki durumu değiştirme gücünü veya yeterliliğini (ability)" ifade edebilir.

Hukuki bir yetki veya yeterlilik zihinsel ya da bedensel bir yeterlilikten farklı olarak, hukuki yetkisizliğin veya yetersizliğin karşıtıdır ve hukuki tabi olmanın

[155] Jones, **Rights,** p. 18.

[156] Harel, "Theories of Rights", p. 193; Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 2; Knowles, **Political Philosophy**, p. 145; Davies, Holdcroft, **Jurisprudence: Texts and Commentary**, p. 241.

bağlılaşığıdır[157]. Hukuki yetki ile fiziksel güç arasında katı bir ayrım vardır. Bir kişinin, imzasını atacak kadar fiziksel gücü bulunmasa dahi, vasiyetname yapmak konusunda hukuki yetkisi vardır[158]. Hukuki yetki, genellikle bir hukuki ilişkiyi değiştirebilme hukuki yeterliliği (ability) olarak tanımlanmaktadır[159].

Hohfeld'e göre bir hukuki ilişkide meydana gelen değişiklik şu durumların sonucu olabilir[160]:

-İnsanın veya insanların iradesinin kontrolü altında olmayan olgulardan, yani insan iradesi dışındaki olgulardan kaynaklanabilir;

-Bir ya da daha fazla insanın iradesinin kontrolü altında olan olgulardan kaynaklanabilir. Hukuki yetki teknik anlamı ile böyle bir durumda söz konusu olmaktadır.

> "X 'maddi bir nesnenin' sahibi ise, bu nesne üzerindeki hukuki çıkarını (taleplerini, yetkilerini, bağışıklıklarını, serbestliklerini) terk etme (abandonment) olarak bilinen, kurucu olgular yoluyla sona erdirme yetkisine sahiptir. (...) Aynı anda ve bağlılaşık olarak X, terkedilen bu nesne üzerinde başka kişilere serbestlikler ve yetkiler tanıyabilir, örneğin bu nesneyi başka birisine bağışlayabilir. *Benzer şekilde* X, hukuki çıkarını Y'ye devretme yetkisine sahiptir, yani kendi çıkarını sona erdirerek Y'ye yeni bir hukuki çıkar tanıyabilir. Yine X'in çeşitli tiplerde sözleşmeden doğan yükümlülükler yaratma yetkisi vardır"[161].

Örneğin bilgisayarımı satmak veya başka birisine bağışlamak iradem dahilindedir. Bilgisayarı satmam veya bağışlamamla birlikte hukuki ilişkilerde bir değişiklik yaratmış olurum: Artık başka birisi malik olmanın içerdiği tüm hakları yani serbestlikleri, talepleri, yetkileri ve bağışıklıkları kazanmış olur. Bilgisayarın

---

[157] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 50.

[158] Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 168.

[159] Jones, **Rights,** p. 22.

[160] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 50-51; Stone, **The Province And Function of Law**, p. 122-123.

[161] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 51-52.

eski maliki olarak benim ise artık bunların bağlılaşıkları olan ödevlerim, talep yokluğum, yetersizliğim vardır. Yetkinin kendisi ödevin değil, tabi olmanın bağlılaşığıdır: Eğer hukuki bir yetkim varsa, herhangi bir kişi veya herkes, bir irade açıklamam veya kullanımım yoluyla hukuki pozisyonlarının değiştirilmesine tabidir.

Yetkilerin, talepler, serbestlikler ve bağışıklıklardan bağımsız veya ayrı olarak bulunabildiği durumlar da vardır. Örneğin bir yeddieminin kendisine emanet edilen bir malı başka birisine devretmeme ödevi vardır. Dolayısıyla bu konuda ne talebi ne de bir serbestliği vardır. Bununla birlikte eğer alıcı, kendisine bildirimde bulunmadan ve iyiniyetli olmaksızın hareket etmişse, o zaman yeddieminin böyle bir devri gerçekleştirmek konusunda kullanabileceği bir yetkisi söz konusu olmaktadır[162].

Hukuki yetkiler de yaygın bir biçimde hak olarak kabul görmektedir. Bir başka deyişle bunlar için yetki ifadesinden daha ziyade hak ifadesi kullanılmaktadır. Örneğin sözleşme yapma hakkı, vasiyetname düzenleme hakkı, sahip olduğu malları satma hakkı, oy verme hakkı, dava açma hakkı, vb. Tüm bunlar aslında hukuki yetkidir. Yukarıdaki her örnekte hukuk tarafından yetki sahibi olan kişiye bazı hukuki işlemleri etkileme gücü tanınmıştır. Böyle bir yetkinin bulunmaması ise yetkinin ilişkin olduğu davranışı gerçekleştirmek konusunda yetersiz (incapable) olmayı ifade etmektedir. Örneğin kişilerin kendi ölümlerinden sonra malvarlıklarının akıbeti hususunda irade açıklaması yapabilmelerini öngören bir hukuki hüküm yoksa, bu konudaki arzularının hukuki olarak gerçekleştirilmesinin de bir yolu yoktur[163].

Hukuki bağlamdaki bu yeterlilik, hukuki olmayan bağlamlardaki yeterlilikten farklıdır. Yapmak konusunda hukuken gücüm olan bir şeyi, bazı hukuk dışı nedenler dolayısıyla yapamayabilirim. Örneğin siyah Amerikalılar'ın hukuken oy verme

[162] Waldron, "Introduction" , p. 7.

[163] Jones, **Rights,** p. 22.

yetkileri olmasına rağmen A.B.D.'nin bazı bölgelerinde çeşitli sindirme araçları kullanılarak, oy verme yeterlilikleri engellenebilmiştir[164].

Yukarıda örnek olarak verilen yetkilere genel olarak tüm vatandaşlar sahiptir. Bununla birlikte sıklıkla bazı yetkilere sadece bazı kişilerin sahip olduğunu, diğer kişilerin ise bu konularda yetkilerinin bulunmadığı görülebilmektedir. Bu, yetkilerin ayrık karakterini ortaya koyan bir noktadır. Bir yargıcın mahkemeye başkanlık etme yetkisi vardır; milletvekilinin yasa tasarısını oylama yetkisi vardır; doktorun hastasına reçete yazma yetkisi vardır. Sıradan bir vatandaş (milletvekili, yargıç veya doktor değilse) bu yetkilerden hiçbirisine sahip değildir. Sıradan bir vatandaşın bu yetkilerden yoksun olmasının nedeni, diğer kişilerin ona karşı değil de milletvekiline, yargıca ya da doktora karşı ödevlerinin bulunması değildir; onun mahkemeye başkanlık etmeme ödevinin, reçete yazmama ödevinin ya da yasa tasarısına oy vermeme ödevinin olması da değildir. Bu yetkilerden yoksun olmasının nedeni doktorların, yargıçların ya da milletvekillerinin yapabilecekleri şeyler hususunda hukuken yetersiz, yani yetkisiz kılınmış olmasıdır. Örneğin bir ilacın adını bir parça kâğıda yazabilir; ama eğer vasıflı bir doktor değilse, bu kâğıt parçası hukuken bir reçete olarak kabul edilmez. Kişi bir yasa tasarısı hakkındaki görüşlerini sıradan bir vatandaş olarak açıklayabilir. Bununla birlikte eğer yasama organının usulüne uygun bir biçimde seçilmiş bir üyesi değilse, bu yasa tasarısının oylanmasında oy vermesi, hukuki olarak mümkün değildir[165].

Yaşadığım toplumun hukuk düzenine göre oy verme yetkisine sahip değilsem ya da bu hukuk düzeninde boşanmayı düzenleyen bir hüküm yoksa, bunun anlamı, oy vermemin ya da boşanmamın hukuken yasak olduğu değildir; hukuken oy veremeyecek ya da boşanamayacak olmamdır. Bir başka deyişle burada söz konusu olan hukuki açıdan bu fiilleri gerçekleştirmeme ödevimin bulunması değil, hukuken bunları yapamayacak olmamdır. Dolayısıyla kişilerin hukuki açıdan bir şeyi yapabilip yapamayacağı, sadece serbestliklerin veya taleplerin söz konusu hukuk

[164] Jones, **Rights,** p. 23.

[165] Jones, **Rights,** p. 23.

sistemindeki dağılımından değil, yetkilerle ilgili hükümlerden ya da hüküm yokluğundan da etkilenmektedir. Bu nedenle yetkiler, hem taleplerden hem de serbestliklerden farklı bir karaktere sahiptir[166].

Bununla birlikte yetkiler, talepler veya serbestlikler ile de birleşebilir, yani bir arada bulunabilir. Fakat yetkilerin söz konusu ayrık karakteri, taleplerin veya serbestliklerin kullanılabilmeleri için bir yetkiyi önvarsaydığı durumlarda açık bir biçimde görülebilmektedir. Örneğin oy verme konusunda hukuki bir yetkim olmadığı, yani hukuk tarafından oy vermek konusunda yetkilendirilmediğim bir hukuk düzeninde, oy vermek hususunda serbest olup olmadığım ya da diğer kişilerin oy vermemi engellememe ödevinin bulunup bulunmadığı soruları ortaya çıkmaz[167].

Hohfeld'in bağlılaşıklar tablosunda yetkinin bağlılaşığı tabi olmadır[168]. Bunun anlamı ise kişinin, başka bir kişinin sahip olduğu yetkiye tabi olmasıdır[169]. Gündelik dilde sorumluluk veya tabi olma kavramı kişiye yük getiren, yani külfet yükleyen veya dezavantajlı olan bir durumu ima etmektedir. Fakat Hohfeld'in analizine göre, bu kavramın zorunlu olarak böyle bir içeriğe sahip olması gerekmemektedir. Hohfeld'in de belirttiği gibi, kişinin haklarının başka bir kişinin sahip olduğu yetki tarafından değiştirilmeye müsait oluşu, her durumda o kişinin aleyhine olmayabilir[170]. Bir yetkinin kullanılması, başka birisinin dezavantajlı bir

---

[166] Jones, **Rights,** p. 23.

[167] Jones, **Rights,** p. 23-24.

[168] Hohfeld, yetkinin bağlılaşık kavramını ifade etmek için Türkçe'de "sorumluluk" anlamına gelen "liability" terimini kullanmaktadır. "Liability" hukuk dilinde yükümlülük terimi ile eşanlamlı olarak kullanılmaktadır. Hohfeld'e göre de sorumluluk kavramına en yakın anlamlı terimler yükümlülük (responsibility) ve tabi olmadır (subjection). Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 59. Fakat Hohfeld'in sisteminde liability daha ziyade tabi olma (subjection) anlamına gelmektedir. Bkz. Radin, "A Restatement of Hohfeld", p. 1158. Sorumluluk, daha ziyade hukuki sorumluluk anlamında, yani bir kişinin başka bir kişiye karşı hukuken geçerli bir dava nedeni bulunması anlamında kullanılmaktadır. Hohfeld'in terimi kullanımı, bu anlamını da içermekle birlikte daha geniş bir kullanımdır. Bağlılaşık bir yetkiye sahip olan kişinin, iradi bir fiili ile hukuki ilişkilerde değişiklik meydana getirebileceği her durumda, hukuki ilişkilerinde değişiklik meydana gelen kişinin sorumluluğu ya da daha doğru bir ifade olarak tabi olması söz konusudur. Bkz. Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 571-572.

[169] Jones, **Rights,** s. 24.

[170] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 60, dipnot 90; Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 2-3.

duruma girmesine yol açabileceği gibi, yararına olacak bir şeye de yol açabilir. Dolayısıyla tabi olmak her durumda zorunlu olarak bir külfet değildir. Mülkiyetin bağışlanmasında, bağış verilen kişinin yararının olması, varisin kendine kalan mirastan faydalanması gibi durumlar buna örnek gösterilebilir. Bu nedenle kişiler taleplerinin, serbestliklerinin, yetkilerinin ve bağışıklıklarının kaldırılmasına maruz kalabildikleri gibi, kendilerine bunların bahşedilmesi ile de karşılaşabilirler[171]. Bunun temel nedeni yetki-tabi olma ile bağışıklık-yetersizlik ilişkilerinin değerlendirici olmayan (non-evaluative) bir tarzla tanımlanabilir olmasıdır[172].

Yetki sahibi bir kişi, kendine veya başka kişi ya da kişilere ait hakları, örneğin serbestlikleri, talepleri, yetkileri veya bağışıklıkları ve bunların bağlılaşıkları olan ödevleri, yetersizlikleri ve tabi olmaları hukukun tanıdığı belirli yollarla genişletebilir, daraltabilir ya da kaldırabilir. Buna karşılık yetkinin kullanılmasına tabi olan taraf ise kendisi üzerinde böyle bir yetkinin kullanılmasına maruzdur. Yani bu kişinin sahip olduğu talepler, serbestlikler, bağışıklıklar, ödevler, yetkisizlikler ve tabi olmalar genişletilebilir, daraltılabilir ya da değiştirilebilir. Kısaca yetki bir kişinin hukuki (ya da ahlaki ilişkilerde) değişiklik yaratabilme yeterliliğidir[173]. Bu tip tek yanlı normatif değişikliklerin başka örnekleri ise şunlardır: Yasakoyucunun vatandaşlara yeni ödevler yükleme yetkisi; kişilerin malvarlıklarını miras bırakabilme konusundaki yetkileri –ki bu durumda tabi olma durumunda bulunanlar için bu yetkinin kullanılması genellikle avantajlı bir durum yaratmaktadır-; kişinin kendisine yapılan bir icabı kabul etme ve böylece bağlayıcı bir sözleşme yaratma yetkisi; kişinin kendi adına hukuki işlemleri yapacak bir hukuki temsilci ataması hususundaki yetkisi, vb.[174].

---

[171] Jones, **Rights,** p. 24; Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 20-21; Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 252; Shafer-Landau, "Rights and Liberties", p. 753; Harel, "Theories of Rights", p. 193; Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 169.

[172] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 21.

[173] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 20; Cruft, "Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory?", p. 351.

[174] Harel, "Theories of Rights", p. 193.

Yetki ile ilgili bir başka nokta ise bir yetkinin kullanılmasının, ilgili yetkinin sahibi dışındaki iki kişi arasındaki hukuki ilişkilerde de değişiklik meydana getirebilmesidir. Bir sözleşmeye temsil ettiği kişi adına imza atan bir vekilin yetkisi, bu durumun tipik bir örneğidir. Vekil, temsil ettiği kişi adına bir icabı kabul edebilir ve bu suretle temsil ettiği kişi ile icapta bulunan üçüncü kişi arasında talep-ödev ilişkileri yaratabilir. Böylece de vekilin yetkisi, kendisi dışındaki başka iki kişi arasındaki hukuki ilişkileri etkilemiş olmaktadır. Analitik olarak, vekilin bu tip durumlarda en az iki yetkisi vardır: Temsil ettiği kişiye karşı sahip olduğu yetki ve üçüncü kişiye karşı sahip olduğu yetki. Burada temsil edilen kişinin de üçüncü kişi gibi, vekilin yetkisinin bağlılaşığı olan tabi olma durumu vardır[175].

Yetki-tabi olma hukuki ilişkisinin tarafları, belirli yani spesifik kişi veya kişilerdir. Dolayısıyla yetki sahibi sadece bir kişinin hakları üzerinde değişiklik yapma yeterliliğine ya da birden fazla kişinin hakları üzerinde değişiklik yapma yeterliliğine sahip olabilir[176].

4. Bağışıklık

"A'nın X'e hakkı vardır." ifadesi, bir yetki yokluğu anlamına da gelmektedir. Bir başka deyişle başkalarının, kişinin hukuki (veya ahlaki) haklarında değişiklik yapabilme olasılıklarına karşı bir bağışıklığının bulunduğunu gösterebilir. Eğer A'nın X ile ilgili olarak B'ye karşı (veya herkese karşı) bir bağışıklığı varsa, bu, B'nin (veya herkesin), A'nın X ile ilgili haklarında veya ödevlerinde değişiklik yapamayacağı anlamına gelmektedir. Yani A (bağışıklık sahibi), B'nin yetkisine tabi değildir[177].

---

[175] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 571. Ayrıca bkz. Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 60-61; Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 169.

[176] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 21.

[177] Harel, "Theories of Rights", p. 193; Stone, **The Province And Function of Law**, p. 123.

Bağışıklık sahibi olmak demek, başka birisinin yetkisine tabi olmamak demektir. Nasıl ki bir serbestliğe sahip olmak başka birisinin talebinden kurtulmuş olmayı ifade ediyorsa, bir konuda bağışıklığın olması da, o konuda başka birisinin sahip olduğu yetkiden kurtulmuş olmayı ifade eder. Bir bağışıklığın karşıt kavramı yetersizlik veya yetki yokluğudur[178].

Bağışıklıkların en belirgin örnekleri, anayasal olarak güvence altına alınmış olan bir takım haklardır. Anayasal haklar, çoğu zaman bağışıklıkları içermektedir. Anayasalar, yasama organlarının yapabilecekleri düzenlemelerin sınırlarını belirlemektedir. Bir başka deyişle yasama organının yasama faaliyetleri konusundaki yetkilerinin sınırlarını çizmektedir. Bu sınırlar aynı zamanda kişilerin sahip olduğu anayasal bağışıklıkları da göstermektedir[179]. Yasakoyucu, kişileri bunlardan yoksun bırakacak bir yetki kullanma yeterliliğine sahip değildir. Örneğin kişilerin ifade özgürlüğü konusunda bir bağışıklıkları vardır. Bu bağışıklık, yasakoyucunun kişileri ifade özgürlüğünden yoksun bırakacak bir yasa yapma olanağını engellemektedir[180]. Yetersizlik, bir ödev değildir; yasakoyucunun yetersiz olması, kişilerin ifade özgürlüğüne müdahale etmeme ödevinin bulunduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü müdahale etme veya engel olma, hukuka aykırılık içermektedir. Yetersizliğin anlamı daha ziyade yasakoyucunun müdahale edememesidir. Böyle bir müdahaleyi öngören bir yasa sadece meşru olmamakla kalmaz, aynı zamanda hukuken geçersizdir[181].

Anayasa kapsamında düzenlenmemiş bağışıklıklar da vardır. Örneğin özel hukukta sözleşmenin her bir tarafı, diğer tarafın sözleşmenin hükümlerinde tek yanlı olarak değişiklik yapma riskine karşı bir bağışıklığa sahiptir[182]. Bir parça arazim

---

[178] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 60; Jones, **Rights,** p. 24; Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 252.

[179] Jones, **Rights,** p. 24.

[180] Harel, "Theories of Rights", p. 193; Shafer-Landau, "Rights and Liberties", p. 753.

[181] Shafer-Landau, "Rights and Liberties", p. 753; ayrıca bkz. Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 3.

[182] Harel, "Theories of Rights", p. 193.

varsa bu araziyi başka birisine satmak konusunda yetkim vardır. Ama benden başka bir kişinin bu araziyi satabilmesi hususunda ise bir bağışıklığım vardır[183].

Hak terimi bazen de hukuki bir değişiklikten bağışık olmayı ifade etmek için kullanılır. Eğer A'nın X'le ilgili olarak bir bağışıklığı varsa, o zaman B (veya belki de herkes) A'nın X'le ilgili olan bu durumunu değiştirecek yetkiden yoksundur. Anayasal güvence altına alınmış olan serbestlikler ve talepler çoğu zaman ayrıca bağışıklık da içermektedir: X'i yapmama ödevim yoktur; başka kişilerin X'i yapmama engel olmama ödevi vardır; ayrıca yasakoyucu da dahil başka hiçkimsenin bu durumu değiştirme yetkisi yoktur. Birbirinin bağlılaşığı olan talep ve ödev, hukuki değişikliklerden bağışıktır[184].

Bağışıklıklar, tıpkı serbestlikler gibi olumsuz açıdan tanımlanmaktadır. Yani bir konudaki bağışıklık, o konuda başka bir kişinin yetkisinin olmaması nedeniyle vardır. Bu nedenle bağışıklıklar tıpkı serbestlikler gibi açık uçlu bir kategoriyi oluşturmaktadır. Nasıl ki serbestlik, başka birisine karşı bir ödevin olmadığı durumlarda söz konusu oluyorsa, başka bir kişinin yetkisinden muaf olunan her durumda da bağışıklığın olduğu ifade edilebilir. Tıpkı sıradan herhangi bir serbestlikten, kışkırtma veya karşı çıkma olmaksızın bir hak olarak söz etmediğimiz gibi, çok sayıdaki bağışıklıklarımızı da ilk anda hak olarak düşünmemiz söz konusu olmayabilir. Fakat sıradan her serbestliği, buna karşı çıkıldığında hakkımız olarak saymamız gibi, başkalarının hukuken yetkili olmadığı konulardaki davranışları söz konusu olduğunda da, sıradan gibi görünen bağışıklıklarımızı da hak olarak ileriye süreriz[185].

[183] Jones, **Rights,** p. 24-25.

[184] Waldron, "Introduction", p. 7.

[185] Jones, **Rights,** p. 25.

G. Hohfeld'de Temel Hukuki Kavramların Karşılıklı İlişkilerinin Değerlendirilmesi

1. Talep-Ödev ve Serbestlik–Talep Yokluğu İlişkileri

a. Mantıksal Farklılıkları Bakımından Analizi

Talep ile serbestlik arasındaki en önemli farklılıklardan birisi, bir talebin, bağlılaşığı olan ödevi yüklenen kişinin fiiline referansla spesifikleştirilmesine karşın, serbestliğin serbestliğe sahip olan kişinin fiiline referansla spesifikleştirilmesidir[186]. Bu nokta talep ile serbestlik arasındaki önemli ve temel bir farklılığa işaret etmektedir. Sahibinin perspektifinden serbestlik "aktif"tir; çünkü bizzat serbestlik sahibinin ne yapmaya veya neyi yapmaktan kaçınmaya hakkı olduğu ile ilgilidir. Buna karşın talep ise "pasif"tir; çünkü diğer kişilerin talep sahibi ile ilgili olarak neyi yapmaya veya neyi yapmamaya ödevli oldukları ile ilgilidir[187].

Gündelik dilde "kişinin birşeyi yapma hakkı" ifadesi oldukça yerleşik bir ifade olmasına rağmen, böyle bir ifade aslında engel olmaktan kaçınan veya olumlu anlamda yardımda bulunan bir ödev yükümlüsünün bulunmasını gerektiren bir talebe işaret etmektedir. Örneğin A'nın B'ye karşı X konusunda bir hakkının olmasının anlamı, B'nin X'e engel olmaktan kaçınması veya X'in gerçekleşmesine yardım etmesi gerektiğidir. Bizatihi talep, A'nın nasıl davranması gerektiğini doğrudan belirlemez; sadece B'nin yüklendiği ödeve ilişkin hareketi (yapmak veya yapmaktan kaçınmak) spesifikleştirir[188]. "Hiç kimsenin birşeyi yapmak konusunda hakkı yoktur; sadece başka birisinin birşeyi yapmasına veya yapmaktan kaçınmasına dair hakkı vardır. Bir başka deyişle en sınırlı anlamında hak başka birisinin hareketiyle ilgilidir"[189]. Hohfeldçi bir talebin konusu, hiçbir zaman hak sahibinin birşeyi

---

[186] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 13; Harris, **Legal Philosophies,** p. 85.

[187] Jones, **Rights,** p. 21.

[188] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 14.

[189] Glanville Williams, "The Concept of Legal Liberty", **Columbia Law Review,** Vol.: 56, No: 8, 1956, p. 1145.

yapması veya yapmaktan kaçınması olamaz. Bu hak her zaman başka birisinin birşeyi yapmasına ya da yapmaktan kaçınmasına ilişkin bir taleptir[190].

Serbestlik ise serbestlik sahibinin yapmakta veya yapmaktan kaçınmakta özgür olduğu hareketi spesifikleştirmektedir. A'nın B'ye karşı, X'i yapmak konusunda serbestliğe sahip olduğu bilgisinden, A'nın kendi hareketine ilişkin bilgi edinebiliriz. Yani B ile ilgili olarak A'nın X'i yapmak hususunda hukuken (veya ahlaken) özgür olduğu sonucuna varabiliriz. A'nın B'ye karşı sahip olduğu serbestlik, B'nin nasıl davranması gerektiğini kendiliğinden ortaya koymaz. Böyle bir serbestliğin varlığının bilgisinden, B'nin, A'nın X'i yapmasına engel olmak konusunda hukuken (veya ahlaken) serbest olup olmadığını veya hukuken (veya ahlaken) X'i yapmasına yardım etmesi gerekip gerekmediğini çıkaramayız. Bir başka deyişle A'nın B'ye karşı sahip olduğu serbestliğin içeriği, B'nin neyi yapması gerektiğini veya yapmakta özgür olduğunu değil, sadece A'nın neyi yapmakta özgür veya hukuken serbest olduğunu belirtmektedir[191].

Hohfeld talep ile serbestlik arasındaki mantıksal ayrımı, her ikisinin farklı bağlılaşıkları ve karşıtları olduğunu göstermek suretiyle ortaya koymaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi talebin bağlılaşığı ödev, karşıtı ise talep yokluğudur. Buna karşılık serbestliğin bağlılaşığı talep yokluğu, karşıtı ise ödevdir.

Talep ile serbestlik arasındaki önemli mantıksal farklardan birisi, serbestliklerin taleplerden mantıksal olarak bağımsız oluşudur. Bir başka ifadeyle serbestlikler taleplerin varlığını zorunlu olarak gerektirmez; yani aralarında bir gerektirme ilişkisi yoktur[192]. Talep ve serbestlik mantıksal açıdan birbirinden farklı ve bağımsız hukuki ilişkileri göstermektedir. Kişinin bir konuda serbestliği varsa, kişi, başkasının o konuda kendisine bir talep ileri sürmesinden azadedir. Buna

[190] Finnis, "Some Professorial Fallacies About Rights", p. 380; Finnis, **Natural Law and Natural Rights**, p. 200.

[191] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 14.

[192] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 43; Edmundson, **An Introduction to Rights,** p. 93; Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 14.

karşılık eğer kişinin bir konuda talebi varsa, bunun anlamı, kişinin bir başkasına karşı ileri sürdüğü bir talebe sahip olmasıdır[193]. Dolayısıyla serbestlikler tarafından mantıksal olarak ima edilen sadece ilişkinin karşı tarafındaki (söz konusu serbestliğin bağlılaşığı olan) talep yokluğudur[194].

A'nın bir arsa sahibi olduğunu varsayarsak;

1- Eğer A'nın, arsasına girmemesi konusunda B'ye karşı bir talebi varsa, o zaman B'nin de A'ya karşı arsaya girmeme ödevi vardır.
2- A'nın ise kendi arsasına girme serbestliği vardır. Yani kendi arsasına girmeme ödevi yoktur. B'nin ise A'dan arsaya girmemesini talep etme hakkı yoktur.

Arsa sahibi örneği üzerinden gidilerek, şu mantıksal ayrımlar yapılabilir[195]:

1- A'nın kendi arsasına girme serbestliği, başkalarını arsasından uzak tutmaktaki çıkarından ayrı bir çıkarı temsil eder:

A'nın kendi arsasına girme serbestliği ve diğer kişileri arsasından uzak tutma talebi birbirinden mantıksal olarak bağımsızdır. Herhangi iki kişi arasında bu iki hukuki ilişkiden birisi, diğer ilişki olmaksızın söz konusu olabilir. Örneğin A, B'nin ödediği bir bedel karşılığında, kendi arsasına girmemesi konusunda B ile anlaşmış olabilir. Bu durumda A'nın B'ye karşı kendi arsasına girme serbestliği sona ermiş olmasına rağmen, yine de B'ye karşı, arsasından uzak durmasını talep etme hakkına sahip olmaya devam eder. A, B'ye arsasına girmesi hususunda bir serbestlik tanımış olabilir. Bu durumda ise A'nın, B'ye karşı, kendi arsasından uzak durmasına ilişkin talebi sona erer[196]. Fakat A'nın kendi arsasına girme serbestliği sona ermiş olmaz[197].

---

[193] Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 249.

[194] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 43.

[195] Bkz. Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 249-251.

[196] Bu ise B'nin arsaya girme serbestliğinin olması ile aynı şeydir. Yani aralarında bir serbestlik-talep yokluğu ilişkisi kurulmuş olur.

2- A'nın B'yi, kendi arsasından uzak tutma talebi, A'nın kendisinin arsasını kullanma serbestliğinden farklı bir pratik öneme sahip olabilir:

Yukarıdaki örnek üzerinden devam edildiğinde, burada öneme sahip olan tek çıkar A'nın arsayı kullanmaktaki çıkarı değildir. Arsa boş olsa ve A'nın arsayı kullanma niyeti bulunmasa dahi, talep-ödev ilişkisinin pratik bir önemi vardır. A'nın başka kişileri arsasından uzak tutmak konusunda sahip olduğu talep, kendi arsasını kullanmaktaki çıkarından bağımsız olarak, bizatihi ekonomik bir değere sahiptir. Çünkü eğer arsaya izinsiz girilirse, A dava yoluyla zararının tazminini isteyebilecektir[198].

3- Serbestlik kendisine eşlik eden bir talep-ödev ilişkisini zorunlu olarak gerektirmez:

Talepten farklı olarak serbestliğin bağlılaşığı ödev değildir. "X'i yapmak hususunda serbestlik hakkım var." ifadesinin anlamı, X'i yapmamak hususunda bir ödevimin olmamasıdır. Söz konusu ifade kendiliğinden veya tek başına başka kişilerin X'i yapmamı engellememe ödevlerinin olduğu anlamına gelmez[199]. Serbestliği destekleyen taleplerin varlığı, serbestliğin varlığı için zorunlu bir koşul değildir[200]. Örneğin kişinin parkta tercih ettiği bir banka oturma serbestliği vardır. Fakat sahip olduğu bu serbestlik, başka bir kişinin ondan daha hızlı davranıp seçtiği bankı kapma serbestliği ile tamamen tutarlıdır. Çünkü serbestlikler, kişileri karşıt

---

[197] Burada birbirinden bağımsız iki tane serbestlik-talep yokluğu ilişkisi söz konusudur. Yani her iki kişi de söz konusu arsaya girme serbestliğine sahiptir; fakat diğerinden arsaya girmemesini talep etme hakkından yoksundur. Bkz. Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 250.

[198] Bkz. Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 250.

[199] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 43; Jones, **Rights,** p. 18; Shafer-Landau, "Rights and Liberties", p. 753; Adams, "Hohfeld on Rights and Privileges", p. 88; Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", p. 988.

[200] Finnis, "Some Professorial Fallacies About Rights", p. 379.

içerikteki bir ödevden azade ederken, başka kişilerin serbestlik sahibine karşı olan davranışlarına sınırlama getirmez[201].

Hohfeld bu noktayı John Chipman Gray'in "karides salatası örneği" üzerinde göstermektedir. Gray'e göre "Karides salatası yemek benim bir çıkarımdır ve eğer salatanın bedelini ödemişsem, hukuk benim bu çıkarımı koruyacaktır. Bundan dolayı (....) bedelini ödediğim karides salatasını yemek benim bir hakkımdır[202]".

Hohfeld'e göre Gray'in bu betimlemesi, talep ile serbestlik arasındaki mantıksal farklılığı göz ardı eden yanlış bir örnektir. Karides salatasının sahibi olan kişinin salatasını yeme serbestliğine, başkalarının onun salatasını yemesini engellememe konusundaki talep eşlik edebilir. Bununla birlikte kişinin her zaman hem serbestliğin, hem de talebin her ikisine birden sahip olması zorunlu değildir[203].

Fakat Hohfeld'in yaptığı ayrımı reddeden görüşler de vardır. Bunlara göre, eğer bir şeyi yapmaya hakkım varsa, diğer kişilerin beni engellememe ödevi vardır. Eğer böyle bir ödev söz konusu olmazsa, bu şeyi yapmak konusunda bir hakkım var demenin bir anlamı olmaz. Böyle bir durumun nasıl olabileceğini değerlendirmek için şu örnek incelenebilir: Futbolda her oyuncunun gol atmak hususunda bir hakkı vardır. Bu hak bir serbestliktir. Yani futbolun oyun kuralları dahilinde her oyuncu gol atmak konusunda bir serbestliğe sahiptir. Bu bir talep hakkı değildir. Eğer öyle olsaydı, rakip takımın oyuncularının da gol atılmasına engel olmama biçiminde bağlılaşık ödevlerinin olması gerekirdi. Fakat bunun futbolun oyun kurallarına göre uygunsuz bir şey olduğu açıktır. Buna karşılık, eğer bir oyuncunun gol atmak konusunda serbestliği varsa, rakip oyuncuların da –yine futbolun oyun kuralları çerçevesinde kalmak şartı ile- ona engel olmak konusunda serbestlikleri vardır.

---

[201] Shafer-Landau, "Rights and Liberties", p. 753; Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 11.

[202] John Chipman Gray, **The Nature and The Sources of The Law,** Second Edition, Boston, Beacon Press, 1963, p. 19.

[203] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 41.

Bundan dolayı bir oyuncunun gol atma serbestliği, rakip takım oyuncularının ona engel olma serbestliği ile tutarlı bir şekilde birarada varolabilir[204].

H.L.A. Hart tarafından verilen başka bir örneğe bakılacak olursa[205]; İngiliz hukuk sistemi, kişilere bahçe çitlerinden komşularının bahçesine göz atmak konusunda bir hak tanımaktadır. Dolayısıyla hukuk kuralları kişilere bunu yapmama ödevi yüklememektedir. Burada söz konusu olan hukuk kurallarının tanıdığı bir serbestliktir. Dolayısıyla bu serbestlik, bahçesi incelenen komşunun, kendi bahçesinin bu şekilde incelenmesine izin vermek hususunda bağlılaşık bir hukuki ödevinin olmasını gerektirmez. Komşu ise bu incelemeye engel olmak için, örneğin bahçesinin etrafına yüksek bir duvar örmek hususunda bir serbestliğe sahiptir. Bu örnek de yine bir şeyi yapmak konusundaki serbestliğin, ilişkinin karşı tarafına bu şeyin yapılmasına engel olmama biçiminde bağlılaşık bir ödev yüklemeksizin de bulunabileceğini göstermektedir.

Görüldüğü gibi birşeyi yapma serbestliğine sahip olmak, başka kişilerin bu şeyin yapılmasını engellememe konusunda bir talep hakkının bulunmasını bizatihi ve zorunlu olarak gerektirmez. Hobbesçu doğa durumunda herkesin hayatta kalmak için gerekli herşeyi yapma serbestliği olmasına rağmen, hiç kimsenin bunları yaparken kendisine engel olunmamasını talep etme hakkı yoktur[206]. A'nın X konusunda bir serbestliğinin olması, B'nin veya herhangi başka bir kişinin X'in gerçekleşmesini kolaylaştırmak hususunda bir ödevinin olduğunu ima etmez. "Çıplak serbestlikler" (naked liberties) denilen ve bir talep hakkı ile korunmayan bu serbestliklerin örneği, Hobbesçu doğa durumunda kişilerin kendi çıkarları doğrultusunda başka insanlara zarar verebilmelerine ilişkin sahip oldukları doğal haklarıdır[207].

Serbestliklerin talepleri gerektirmemesi gibi, talepler de serbestlikleri gerektirmez. Serbestlik ve talebin mantıksal açıdan birbirinden ayrılabilir oluşu,

[204] Jones, **Rights,** p. 19.

[205] Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 175-176.

[206] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 15; Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 167.

[207] Harel, "Theories of Rights", p. 192.

serbestliklerin talepler ile birlikte veya onlarsız bulunabilmesi gibi, taleplerin de serbestlikler ile birlikte veya onlarsız da bulunabilmesini sağlar[208]. Yani kişinin X'i yaparken başkalarının kendisine engel olmamasına ilişkin hukuki bir talebinin bulunması, söz konusu kişinin X'i yapmak konusunda serbestliğinin bulunmasını gerektirmez. Bir başka deyişle bir kimsenin yapmak konusunda serbestliğinin olmadığı (yani izinli olmadığı) bir eylemde bulunurken kendisine engel olunmaması konusunda bir talebi bulunabilir[209]. Örneğin bir kişi görüş bildirmek hususunda serbest olmadığı konular hakkında düşüncelerini açıklarsa, böyle bir durum otomatik olarak serbestliğini koruyan talebin ortadan kalkması anlamına gelmez. Bir başka deyişle diğer kişilerin, örneğin ona fiziksel saldırıda bulunmama ödevinin bulunması durumu geçerliliğini sürdürür.

Bu nokta bir başka örnek üzerinden gösterilirse; büyük bir fabrikanın bir göl kenarında işlemeye başladığını ve zehirli atıklarını göle boşaltığını varsayalım. Bu gölde balık avlayarak geçimlerini sağlayan balıkçıların ise kirlenen göl suları nedeniyle işlerini yapamayacak duruma geldiğini düşünelim. Balıkçılar fabrika sahibini, mesleklerini icra ederken kendilerine engel olunmamasına dair haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle dava etmiş ve mahkeme de balıkçıların gördüğü zararın fabrika sahibi tarafından tazmin edilmesine hükmetmiştir. Fakat bu mahkeme kararından tatmin olmayan balıkçıların fabrikanın tahliye borularını tıkayıp, fabrikanın geçici bir süre çalışmasını engellediğini varsayalım. Bu kez de fabrika sahibi, fabrikasının tahliye borularının tıkanıp, işini göremez hale getirilmesinden dolayı balıkçıları dava etmiştir. Mahkeme de bu kez balıkçıların fabrikanın normal işleyişine engel olmaktan kaçınma ödevlerini ihlal etmelerinden dolayı, fabrika sahibinin zararını tazmin etmelerine karar vermiştir. Her ne kadar fabrika sahibinin zararlı atıkları göle boşaltma konusunda bir serbestliği bulunmasa dahi böyle bir tahliyede bulunurken kendisine engel olunmaması konusunda bir talebi vardır. Fabrika sahibinin gölü kirletmekten kaçınma ödevi vardır; fakat aynı zamanda gölü kirletirken de kendisine engel olunmaması konusunda bir talebi vardır. Fabrika

[208] Jones, **Rights,** p. 21; Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", p. 988; Edmundson, **An Intoduction to Rights,** p. 93.

[209] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 15.

sahibinin içeriğinde atıkların göle boşaltılmasını da barındıran üretim sürecinde kendisine engel olunmaması konusunda sahip olduğu talep, engel olunmaya karşı korunmuş olan söz konusu üretim sürecini yapmak konusunda bir serbestliğinin olmasını gerektirmez[210].

Hohfeld, serbestliklerden taleplere çıkarım yapmanın bir mantık hatası olduğunu kanıtlamıştır. Halbuki kendisinden önceki yazarlara göre bir kişiye belirli bir konuda hukuki bir serbestlik bahşetmek, zorunlu olarak, başka kişilere izin verilmiş olan ilgili konuyu engellememe ödevinin yüklenmesi anlamına gelmekteydi. Dolayısıyla Hohfeld'in bu konudaki kavramsal hatayı düzelttiği söylenebilir. Çünkü hukuk sistemlerinde başka kişilere yüklenmiş engel olmama ödevinin eşlik etmediği serbestlikler bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuk sistemleri bağlamında bir kişiye serbestlik bahşedilen her durumda, başkalarına bunu engellememe ödevinin yüklenmesi, bahşedilen serbestlikten çıkartılabilecek zorunlu bir sonuç değildir[211]. Hohfeld'e göre serbestlikler ve taleplerin müşterek olarak varlığının gerekip gerekmediği, yani bahşedilen serbestliğe bunu engellememe ödevinin eşlik etmesi sorunu, nihayetinde bir adalet ve hukuk politikası sorunudur[212].

4- Serbestlikler talep-ödev ilişkisi tarafından korunabilir (A'nın kendi arsasına girme serbestliği bir talep-ödev ilişkisi tarafından korunabilir) Fakat bu zorunlu değildir:

A'nın kendi arsasına girme serbestliği, arsasını kullanmasının engellenmemesi hususunda başka kişilere karşı sahip olduğu talepler tarafından korunabilir. Örneğin eğer B, arsanın etrafını çeviren bahçe duvarının kapısına kilit vurur ve elinde bir silahla A'nın kendi arsasına girmesini önlemeye çalışırsa, A'ya

[210] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 15-16.

[211] Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", p. 993.

[212] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 43.

karşı olan bir ödevini ihlal etmiş olur. Bir başka deyişle A'nın kendi arsasına girmesine engel olunmaması konusundaki talebini ihlal etmiş olur[213].

Talep (veya talepler) tarafından korunmayan bir serbestliğin en bildik örneği, Hobbes'taki doğa durumunda insanların sahip oldukları doğal haklarıdır. Hobbes'a göre doğa durumu, bireylerin hiçbir hukuki otoriteye tabi olmadıkları ve dolayısıyla da hiçbir hukuki yükümlülüklerinin bulunmadığı bir durumdur. Ayrıca bu doğa durumu tasarımı, insanların birbirlerine karşı ahlaki ödevlerinin de olmadığını varsayar. Sonuç olarak Hobbes'un doğa durumunda, bireyler herşeyi yapmak hususunda serbesttirler; fakat herhangi bir ödevlerinin olmaması, aynı zamanda talep haklarından da etraflı bir şekilde yoksun olmaları sonucunu doğuracaktır[214]. Çünkü kendileri için bir koruma alanı oluşturamamaktadırlar.

Aslında Hobbes'taki doğa durumunda kişilerin sahip olduğu serbestlik anlamındaki doğal hakları hariç, toplumsal yaşamda neredeyse tüm serbestlikler belirli bir oranda kişinin temel haklarının koruması altındadır. Bir kişinin hukuken yasaklanmamış olan herhangi bir davranışı yapabilmesini, hukuk kuralları ile ilişki içinde -özellikle de ceza hukuku bağlamında- düşündüğümüzde, talepler tarafından korunmayan bir serbestlik bulabilmek zordur. Kramer buna "*kalkan etkisi*"[215] (shielding effect), Hart ise "*koruyucu çevre*"[216] (protective perimeter) ismini vermektedir. Örneğin A'nın akşam yemeğini yeme serbestliğinin olması, kendiliğinden B'nin bunu engellemekten kaçınması ödevini gerektirmez. Fakat A'nın fiziksel saldırıya uğramama hakkı veya sahip olduklarının kendisinden çalınmamasına dair hakkı, B'nin A'nın yemeğini yemesini engelleyebilmesini

[213] Bkz. James B. Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 250.

[214] Jones, **Rights,** p. 20.

[215] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 12.

[216] Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 180. Hart, serbestlikten söz edebilmek için talepler tarafından sağlanan bu tip bir korunmanın zorunlu olduğunu düşünmektedir.

oldukça güçleştirecektir. Görüldüğü gibi burada bir serbestlik, kendisine eşlik eden talepler tarafından tamamıyla olmasa da belirli bir oranda koruma altına alınmıştır[217].

Yukarıdaki futbol oyunu örneğinde bir oyuncunun rakip takım oyuncusunun gol atmasına engel olma hususunda serbestliği olduğundan bahsedilmişti. Bununla birlikte bir oyuncu rakibini engellemek için oyun kurallarının izin vermiş olduğu hareketlerin dışında kalan herhangi bir aracı kullanamaz. Örneğin rakibine çelme takamaz veya yumruk atamaz. Bu hareketler oyunun kuralları tarafından yasaklanmıştır. Bundan dolayı gol atmaya çalışan oyuncunun bu konudaki serbestliğinin, talep hakları tarafından belirli bir oranda korunmuş olduğu söylenebilir[218]. Bununla birlikte, bir oyuncunun gol atma hususunda sahip olduğu serbestlik, buna engel olunmamasına dair sahip olduğu talep haklarından farklıdır. Gol atmaya dair serbestliğin sınırını da yine futbol oyun kuralları belirler. Benzer şekilde Hart'in örneğinde komşunun kendi bahçesinin incelenmesini önlemek için duvar örmek konusunda serbestliği vardır. Fakat bahçeyi inceleyen yan komşusunu yaralamak, evini ateşe vermek, onu öldürmek hususunda serbestliği yoktur[219].

Yine de serbestlik ve onu koruyan talebin birbirinden ayrı ve bağımsız olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir. Aksi halde bu ikisinin birbirine karıştırılması, herhangi bir hakkın anlamının belirlenmesinde yanılgıya düşülmesine neden olabilir. Bu ise hatalı yargı kararlarının verilmesine yol açabilir[220].

---

[217] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 11-12. Aynı doğrultudaki görüşler için bkz. Finnis, "Some Professorial Fallacies About Rights", p. 378-379; Ross, **On Law and Justice**, p. 165-166; Jones, **Rights,** p. 20; Sumner, "Rights", p. 291; Lazarev, "Hohfeld's Analysis of Rights: An Essential Approach to a Conceptual and Practical Understanding of the Nature of Rights". Bununla birlikte B, A'nın herhangi bir talep hakkını ihlal etmeksizin (yani örneğin ona fiziksel saldırıda bulunmaksızın) A'nın akşam yemeğini yemesini engelleyebilir. Örneğin yüzünü komik biçimlere sokup, A'nın gülmesine ve gülmekten dolayı yemeğini yiyememesine sebep olabilir. Böylece A'nın haklarının empoze ettiği sınırlar dahilinde B'nin kendisi de, A'nın yemeğini yeme serbestliğine engel olmak konusunda bir serbestlik kullanmaktadır.

[218] Jones, **Rights,** p. 19.

[219] Jones, **Rights,** p. 20.

[220] Jones, **Rights,** p. 20.

5- Serbestlik-talep yokluğu ilişkisinin bizatihi hukuki bir anlamı ve önemi vardır:

Serbestliklerin bir şeyi yapmamak hususundaki ödev yokluğu biçiminde tanımlanması ve kendiliklerinden kullanılabilmelerini engellemek hususunda başka insanların ödevlerinin olmasını gerektirmemeleri, nispeten önemsiz olduklarını düşündürebilir[221]. Örneğin Albert Kocourek'e göre, bir hukuk kuralı ödev yüklemek suretiyle kişilerin serbestliklerini sınırlandırabilir. Hukuki bir ilişki de, başka bir kişinin hareket özgürlüğünü hukuk yardımıyla sınırlandırmak veya sınırlandırma isteminde bulunmak biçimindeki hukuki bir olgudur. Dolayısıyla serbestlik-talep yokluğu ilişkisi, hukuki bir ilişki değildir. Çünkü hukukun yüklediği herhangi bir sınırlamayı içermez. Örneğin kendi çalışma odasında sigara içen kişi, bir serbestlik kullanır. Hiç kimse bu kişiden odasında sigara içmemesini talep edemez. O zaman burada sigara içme fiilinin muhtemel hukuki önemi ve sonucu nedir?[222]

Kocourek'in örneğindeki ilişkinin hukuki önemi ve anlamı, başka bir kişinin (B'nin), odasında sigara içen kişiyi (A'yı) bundan menetmek konusunda bir talebinin bulunmamasıdır. Bu nedenle eğer B, A'yı çalışma odasında sigara içmesinden dolayı uğradığı zararın giderilmesi için dava ederse, bu davayı kaybeder. Çünkü A'nın odasında sigara içmek konusunda hukuki bir serbestliği vardır ve bu fiilinden B'nin ne kadar etkilendiğinin bir önemi yoktur. Çünkü B'nin A'dan sigara içmemesini talep edebilme hakkı yoktur[223]. Dolayısıyla serbestlik-talep yokluğu ilişkisi sadece bir yadsıma ilişkisi değildir. Bu ilişki serbestlik sahibi açısından aynı zamanda bir olumlamadır. Yani serbestlik sahibinin serbest kılındığı şekilde davranması halinde, hukuki bir zorlama ya da yaptırım ile karşılaşmayacağının doğrulanmasıdır[224].

---

[221] Jones, **Rights,** p. 20.

[222] Kocourek, "The Hohfeld System of Fundamental Legal Concepts", p. 36.

[223] Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", p. 991.

[224] Arthur L. Corbin, "Jural Relations and Their Clasiffication", **Yale Law Journal,** Vol.: 30, No: 3, 1921, p. 233-234, dipnot 6; Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", p. 991.

Her sıradan veya önemsiz hareket, eğer hukuk tarafından yasaklanmamışsa, serbestlik olarak ileriye sürülebilir. Fakat sahip olduğumuz birçok önemli özgürlük de serbestliktir. Örneğin ifade özgürlüğü; bu özgürlüğün çerçevesini yasalar belirler. Hukuk kişilere, ifade özgürlüğünden yararlanan birisine engel olmama ödevi yüklemiş olsa bile, bu serbestlik bir talebe dönüşmez. Bu ikisi arasında mantıksal bir ayrım vardır ve ikisi de farklı içeriklere sahiptir. Buradaki serbestlik, kişinin görüşlerini açıklayabilmesidir. Talep ise görüşler açıklanırken başka birisinin ona engel olmamasına ilişkindir. Dolayısıyla serbestlikler, bir kişinin kendisinin ne yapabileceği ile ilgiliyken, talepler başka kişilerin onunla ilgili olarak neyi yapmak veya yapmaktan kaçınmakla yükümlü oldukları ile ilgilidir[225].

Serbestlik-talep yokluğu ilişkisinin önemi meşru müdafa örneği üzerinden de gösterilebilir. Bir kişi saldırıya uğradığı zaman saldırganı defetmek için makul oranda güç kullanabilir. Meşru müdafa aslında bir talep değil, bir serbestliktir. Çünkü normal koşullar altında güç kullanma, bir ödevin ihlali anlamına gelmesine karşın, meşru müdafa söz konusu olduğunda bir hakkın ihlali anlamına gelmez. Bundan dolayı saldırganın kendini savunan kişiden makul oranda güç kullanmamasını talep etme hakkı yoktur. Meşru müdafa durumunda saldırıya uğrayan kişinin saldırgana karşı bir talep hakkının olmasından ziyade, kişinin kendisinin ne yapabileceğine ilişkin bir serbestliği vardır[226].

b. Pozitif Hukuk Kuralları Bağlamında Analizi

Talep ile ödev ve bu iki kavramın betimlediği talep-ödev ilişkisi, hukuk kurallarının bir kişiyi, belirli bir fiilinden dolayı sorumlu tuttuğu durumlarda söz konusu olmaktadır. Buna karşın serbestlik ile talep yokluğu kavramları ve bu

[225] Jones, **Rights,** p. 21; Sumner, "Rights", p. 290.

[226] Corbin, "Legal Analysis and Terminology", p. 168; Bkz. Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 250-251.

kavramların betimlediği serbestlik-talep yokluğu ilişkisi, hukuk kurallarının kişiyi belirli bir fiilinden dolayı sorumlu tutmadığı hallerde ortaya çıkmaktadır[227].

Örneğin[228] pozitif hukuk kuralları A'yı B'nin ajandasını çalmış olmasından dolayı sorumlu tutuyorsa, o zaman;
1- A'nın, B'ye karşı onun ajandasını çalmama ödevi vardır.
2- B ise A'ya karşı ajandasını çalmama hususunda bir talep hakkına sahiptir.

Buna karşılık eğer pozitif hukuk A'yı B'nin ajandasını çalması konusunda sorumlu tutmuyorsa, o zaman;
3- A'nın B'ye karşı, B'nin ajandasını çalmak konusunda bir serbestliği vardır.
4- B'nin ise A'ya karşı ajandasını çalmaması hususunda bir talep hakkı yoktur.

Görüldüğü gibi talep-ödev ilişkisi ile serbestlik-talep yokluğu ilişkisi birbiriyle tamamıyla çelişmektedir[229]. A ile B arasında, hukukun düzenlemesine bağlı olarak, yukarıdaki ilişkilerden sadece birisinin bulunması gerekir. Aynı iki kişi arasında aynı konuda her iki ilişki de birlikte varolamaz. Yani A ile B arasında ajandanın çalınması konusunda hem talep-ödev ilişkisi, hem de serbestlik-talep yokluğu ilişkisi birlikte söz konusu olamaz; aralarında bu ilişkilerden sadece birisi bulunabilir. Bu iki kişi arasında hangi ilişkinin söz konusu olduğuna ise hukuk kurallarına bakılarak karar verilir[230].

Aslında Hohfeld'e göre talep, ödev, serbestlik ve talep yokluğu, iki kişi arasında bir fiilin yapılması veya yapılmaması konusunda hukukun hangi sorumlulukları getirdiğini ifade eden kısaltıcı terimlerdir[231]. Eğer A belirli bir fiili

---

[227] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 564; Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", p. 992.

[228] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 564-565.

[229] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 565.

[230] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 565.

[231] Belirtik tanım adı da verilen, dilde bulunan uzun bir deyim yerine çok daha kısa bir karşılık bulmak suretiyle yapılan ve kısaltıcı tanım adı verilen tariftir. Bkz. "Tanım" maddesi, Cevizci, **Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü**, s. 319.

yapmazsa, hukuk onu B'ye karşı ya sorumlu tutacaktır ya da tutmayacaktır. Aynı fiil bakımından A, B'ye karşı hem sorumlu, hem de sorumsuz olamaz. Ya sorumlu olacaktır ya da sorumsuz olacaktır. Eğer A söz konusu fiilde bulunmadığı için hukuk tarafından sorumlu tutulmuşsa, o zaman A'nın B'ye karşı söz konusu fiili yapma ödevi vardır. Yani A ile B arasında bir talep-ödev ilişkisi vardır. Ama eğer A söz konusu fiili yapmaması nedeniyle hukuk tarafından sorumlu tutulmuyorsa, o zaman A'nın B'ye karşı bu fiili yapmamak konusunda bir serbestliği vardır. Yani bu halde A ile B arasında bir serbestlik-talep yokluğu ilişkisi vardır[232].

A söz konusu fiil bakımından ya sorumlu ya da sorumsuz olacağı için, A'nın ya bu fiili yapma ödevi ya da bu fiili yapmama serbestliği vardır. A açısından sadece bu iki durumdan birisi söz konusu olabilir. Benzer şekilde hukuk A'yı söz konusu fiili yapmasından dolayı da sorumlu tutabilir. Eğer A bu fiili yaptığı için B'ye karşı sorumluysa, o zaman A'nın B'ye karşı bu fiili yapmama ödevi vardır. Eğer söz konusu fiili yaptığı için B'ye karşı sorumlu tutulmuyorsa, o zaman A'nın B'ye karşı bu fiili yapmak konusunda bir serbestliği vardır. Böylece yine A'nın ya fiili yapmama ödevi ya da fiili yapma serbestliği söz konusu olabilir. Yani A sadece bu ikisinden birisine sahiptir; her ikisine birden sahip olamaz[233].

2. Yetki-Tabi Olma ve Bağışıklık-Yetersizlik İlişkileri

İkincil hukuki ilişkileri meydana getiren iki çift hukuki pozisyon (yetki-tabi olma ve bağışıklık-yetersizlik) arasındaki bağlantı, birincil hukuki ilişkileri oluşturan (talep-ödev, serbestlik-talep yokluğu) iki çift hukuki pozisyon arasındaki bağlantıya benzemektedir. Tıpkı bir talep yokluğunun bir talebin bulunmaması olduğu gibi, tabi olma da bir bağışıklığın yokluğudur. Yapma veya yapmaktan kaçınma ödevinin

[232] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 565.

[233] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 565.

yapma veya yapmaktan kaçınma serbestliğinin yokluğu olması gibi, yetersizlik de bir yetkinin yokluğudur[234].

Bağışıklıklar, taleplerin; yetkiler ise serbestliklerin ikinci basamaktaki tam karşılıklarıdır (counterpart). Serbestlikler, serbestlik sahibinin hareketine göre spesifikleştirilirken, yetkiler de yetki sahibinin hukuki (veya ahlaki) yeterliliğine referansla spesifikleştirilir. Talep, ödev sahibinin ne yapması veya neyi yapmaktan kaçınması gerektiğine referansla spesifikleştirilebilirken, bağışıklık da bağışıklık tarafından yetersiz kılınan kişinin neyi yapamayacağına referansla spesifikleştirilebilir[235].

Yetki-tabi olma ve bağışıklık-yetersizlik ilişkileri de talep-ödev ve serbestlik-talep yokluğu ilişkilerine benzer bir şekilde pozitif hukuk kurallarından doğar. Fakat bunlar hukuki sorumlulukla ilgili olmaktan ziyade hukuki ilişkilerdeki değişikliklerle ilişkilidir[236].

A'nın B'ye karşı bir şeyi yapma yetkisine sahip olması, eğer A, yetkisini kullanırsa A ile B'yi kapsayan hukuki ilişkiler, hukuk kuralları çerçevesinde bir biçimde, değişikliğe uğrayacaktır anlamına gelir. B'nin ise burada A'nın yetkisine tabi olması söz konusudur. Bu iki ifade tamamen eşdeğerdir. Örneğin B, A'ya bir icapta bulunmuşsa, A bu icabı kabul etmek suretiyle, B ile arasındaki hukuki ilişkide değişiklik yapabilme yetkisi kazanmış olur. İcabı kabul etmek, sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde, A ile B arasındaki serbestlik-talep yokluğu ilişkisini sona erdirip, talep-ödev ilişkisini kurar. A'nın burada icabı kabul etme yetkisi varken, B'nin ise bu yetkinin bağlılaşığı olan tabi olma durumu vardır[237].

Yetki ve tabi olma da talep ve ödev gibi fiziksel veya metafiziksel bir varoluşa sahip değildir. Örneğin "A'nın icabı kabul etme yetkisi vardır." demek, eğer

[234] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 21.

[235] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 21-22.

[236] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 568-569.

[237] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 569.

A icabı kabul ederse A ile B arasında sözleşmeye dayanan bir talep-ödev ilişkisi kurulacak demektir[238]. Eğer B icapta bulunmamışsa, o zaman A'nın icabı kabul etme yetkisi olmayacaktır. Yani A ile B arasında yetki-tabi olma hukuki ilişkisi kurulmayacaktır. Bunun yerine A'nın yetersizliği, B'nin bu yetersizliğin bağlılaşığı olan bağışıklığı söz konusu olacaktır. Yani A ile B arasında bir yetersizlik-bağışıklık ilişkisi kurulacaktır. Hohfeld bu dikotomiyi yetki ve yetersizlik ile tabi olma ve bağışıklığın hukuki karşıtlar olduğunu belirtmek suretiyle göstermektedir[239].

Hohfeld'de yetki, tabi olma, bağışıklık ve yetersizlik kavramları belirli bir fiilin hukuki ilişkilerde değişiklik yaratmasına veya yaratamamasına hukukun bağladığı sonucu ifade eden kısaltıcı terimleridir. A, belirli bir fiilde bulunduğunda hukuk ya hukuki ilişkileri değiştirecektir ya da değiştirmeyecektir. Eğer A'nın yaptığı fiil hukuki ilişkilerde bir değişiklik meydana getiriyorsa, A'nın yetkisi olduğu; buna karşılık söz konusu fiil hukuki ilişkileri etkilemiyorsa A'nın yetersizliği olduğu sonucuna varılır[240].

Bir yetkinin kullanılması aracılığıyla hukuki ilişkilerde temel olarak dört çeşit değişiklik meydana gelebilir. Bir başka ifadeyle herhangi bir yetki, hukuki ilişkilerde meydana gelen bu dört tür değişiklikten en az birisini içerir[241]:

1- Bağışıklık-yetersizlik ilişkisinden bunun karşıtı olan yetki-tabi olma ilişkisine: Örneğin B'nin A'ya bir icapta bulunması. Bu suretle A'nın önceden sahip olduğu yetersizliğinin yerine icabı kabul etme yetkisi ortaya çıkar.

---

[238] Normal koşullar altında bir sözleşme genellikle iki tane talep-ödev ilişkisi kurar. Sözleşmenin her iki tarafı da bağlılaşık talebin diğer tarafa ait olduğu birer ödev yüklenir. Bir sözleşme talep-ödev ilişkisinden başka türlü hukuki ilişkiler de yaratabilir. Örneğin bir arsa sahibi başka bir kişiye yaptıkları bir sözleşme ile arsaya girme serbestliği tanıyabilir. Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 569, dipnot 31.

[239] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 569.

[240] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 569.

[241] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 570.

2- Yetki-tabi olma ilişkisinden bunun karşıtı olan bağışıklık-yetersizlik ilişkisine: Örneğin B'nin icabını, A daha kabul etmeden geri alması. Bu suretle A, bu icaptan önceki durumuna, yani yetersizliğine geri döner.

3- Serbestlik-talep yokluğu ilişkisinden bu ilişkinin karşıtı olan talep-ödev ilişkisine: Örneğin A'nın, B icabını geri almadan önce, B'nin icabını kabul ederek, icabı kabul etme yetkisini kullanması. Bu yolla önceden aralarında bulunan serbestlik-talep yokluğu ilişkisi yerine, sözleşmeye dayanan bir talep-ödev ilişkisi kurulmuş olur.

4- Talep-ödev ilişkisinden bunun karşıtı olan serbestlik-talep yokluğu ilişkisine: Örneğin bir arsa sahibinin avcıya avlanmak için arsasına girme izni vermesi. Bu suretle avcının arsaya girmeme ödevi hükümsüz kılınmış olur. Bu ödev, araziye girme serbestliği ile yer değiştirir.

Tipik olarak bir yetki hukuki ilişkilerde birden çok değişiklik meydana getirir. Örneğin bir mal üzerinde mülkiyeti olan kişi, malını terketme yetkisine sahiptir. Bu yetkiyi kullanarak birçok hukuki ilişkiyi, bu ilişkilerin her birisini karşıtı olan hukuki ilişkiye dönüştürmek suretiyle hükümsüz kılmaktadır[242]. Bir malın terkedilmesi, aynı anda birçok paralel yetkinin kullanılması olarak görülebilir. Bir başka ifadeyle malın terkedilmesiyle birlikte hukuki ilişkilerde meydana gelen her değişiklik için bir yetki kullanımı söz konusudur. Çünkü malını terketmeden önce mal sahibinin malı ile ilgili olarak belirsiz sayıdaki kişi ile belirsiz sayıda hukuki ilişkisi vardır. Örneğin kendisi dışındaki her kişinin söz konusu malı kullanmama ödevi vardır, mal sahibinin ise tüm bu ödevlere karşılık düşen talep hakları vardır. Mal sahibi malını terkettiği anda ise, terkedilen malla ilgili birçok hukuki ilişki hükümsüz kalacak ve söz konusu hukuki ilişkilerin karşıtı olan hukuki ilişkiler kurulmuş olacaktır. Dolayısıyla örneğin mal sahibi, malını terkettiği anda başka kişilere karşı sahip olduğu malını izinsiz kullanmamaları hususundaki talep haklarını kaybetmiş olacaktır. Böylece daha önceki talep-ödev ilişkilerinin yerine artık serbestlik-talep yokluğu ilişkileri ortaya çıkmış olacaktır. Analitik olarak

[242] Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** p. 51.

bakıldığında sahibin malını terketme yetkisinin, spesifik talep-ödev ilişkilerini, bu ilişkilerin karşıtı olan serbestlik-talep yokluğu ilişkilerine dönüştürecek ve birbirlerinden ayrı olan paralel yetkilerden oluştuğu göz önünde tutulmalıdır[243].

Hohfeld'de temel hukuki ilişkiler (kavramlar), kişilerin iradi fiillerinin hukuki sonucunun veya etkisinin kısayoldan betimlenmesini sağlayan usuller olarak işgörmektedir. Talep-ödev ve serbestlik-talep yokluğu ilişkileri aracılığıyla, söz konusu fiille ilgili olarak, aralarında hukuki ilişki olan tarafların hukuken sorumlu tutulup tutulamayacağı saptanabilir. Dolayısıyla talep-ödev ve serbestlik talep yokluğu ilişkilerinin hukuken sorumlu veya sorumsuz biçiminde iki tane olası hukuki sonucu vardır. Oysa yetki-tabi olma ve bağışıklık-yetersizlik ilişkileri, hukuki ilişkilerdeki değişikliklerle ilgili olduklarından dolayı, bunların hukuki sonuçlarını saptamak daha zordur. Çünkü yukarıda da değinildiği gibi, çok sayıda hukuki ilişki ve bu ilişkiler kadar da çok hukuki sonuç vardır[244].

Serbestlik ile talep arasındaki mantıksal farklılığa benzer şekilde, yetki ile talep arasında da mantıksal fark vardır. Yetkiyi daha az veya sınırlı bir hak olarak düşünmek yanlıştır. Çünkü bazı durumlarda bir yetkiye sahip olmak bir talebe sahip olmaktan daha avantajlıdır. Örneğin şarta bağlı bir satış sözleşmesinde (a conditional sales contract) alıcının hukuki pozisyonunu ele alalım. Şart gerçekleşene kadar satıcının, mülkiyeti muhafazası söz konusudur. Alıcının son taksit hariç tüm taksitleri ödediğini varsayalım. Son taksitin de vadesi geldiğinde söz konusu mal üzerinde alıcının hukuki çıkarı ne olacaktır? Burada şart gerçekleşince yani son taksit de ödenince alıcının konumunu, "alıcı mülkiyeti kazanma yetkisine sahiptir" biçiminde analiz etmek ile "alıcı mülkiyetin ona geçirilmesi konusunda bir talep hakkına sahiptir" biçiminde analiz etmek arasında önemli bir farklılık vardır. Eğer alıcı sadece mülkiyetin geçirilmesi konusunda bir talep hakkına sahipse, satıcı mülkiyeti geçirme ödevi altındadır. Dolayısıyla satıcı önceki ödenmiş taksitleri alıcıya geri iade edip, sözleşmeden dönerse, alıcı satıcıyı mülkiyeti geçirme ödevini ihlal ettiği için

[243] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 571.

[244] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 571.

dava edebilir. Diğer taraftan alıcının son taksiti ödemesinden itibaren mülkiyeti kazanma yetkisi varsa, satıcı mülkiyetin alıcı tarafından kazanılmasını engelleyecek birşey yapamaz; bir başka deyişle bunu engellemek için yapabileceği şeylerin hukuken bir etkisi olmaz. Böylece bu konuda satıcının yetersizliği vardır. Bu örnekte alıcının son taksitin ödenmesiyle mülkiyetin kazanılması hususunda bir yetkiye sahip olması, sadece mülkiyetin geçirilmesi konusunda bir talebe sahip olmasından daha avantajlı bir hukuki ilişki kurmaktadır[245].

Hohfeld'in talep ile yetki arasında yaptığı kavramsal ayrım, hukuk politikası bağlamında satıcının mı, yoksa alıcının mı daha fazla korunacağını belirlemede kolaylık sağlamaktadır. Bu tip satış anlaşmalarında satıcının çıkarının korunmasını daha önemli gören bir hukuk politikası, satıcıya sadece mülkiyeti geçirme ödevi yükleyecektir. Buna karşılık bu tip sözleşmelerde alıcının satıcıya nazaran genellikle eşit şartlarda bir pazarlık gücüne sahip olmadığını göz önünde bulunduran bir hukuk politikası ise alıcının kendisine yalnızca mülkiyetin devri konusunda bir talep hakkı tanınmasından daha fazla korumaya ihtiyacı olduğunu varsayacaktır. Böylece talep-ödev ilişkisinden ziyade yetki-tabi olma ilişkisinin alıcıya daha fazla korunma sağladığı sonucuna ulaşacaktır. Çünkü yetki-tabi olma ilişkisinde satıcı son taksitin ödenmesiyle birlikte, mülkiyeti alıcıya devretmeyi reddedemez. Yani satıcı mülkiyeti alıcıya devretmek konusunda alıcının yetkisine tabidir[246].

Kişi belirli bir konuda talep veya serbestliğe sahip olmaksızın da bir yetkiye sahip olabilir. Hukuki yetkilere, genelde talepler ve serbestlikler eşlik etse de yetkiler taleplerden ve serbestliklerden bağımsız olarak da varolabilir. Örneğin başka birisinin parasını çalan bir hırsızın çaldığı para bakımından hukuki konumunu ele alalım. Bu kişinin çaldığı para üzerinde ne talep hakkı, ne de parayı üçüncü kişiye verme serbestliği vardır. Ama paranın serbest biçimde değiş-tokuşunu öngören bir hukuk politikası gereği, hırsızın çaldığı parayı iyiniyetli üçüncü kişilere devretme

[245] Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 252-253.

[246] Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 255.

yetkisi vardır[247]. Örneğin eğer A, B'nin parasını çalmışsa ve bu parayı C'nin sattığı arabayı almak için kullanmışsa ve eğer C iyiniyetliyse, B arabayı C'den geri alamaz. Görüldüğü gibi yetki ile talep arasında önemli kavramsal farklılıklar vardır. Bundan dolayı yetkiyi bir talep olarak kabul etmek, söz konusu farklılıkların göz ardı edilmesi anlamına gelir[248].

H. Hohfeld'in Analizinin Bütünsel Olarak Değerlendirilmesi

Hohfeld'in analizi empirik veya içeriksel olmaktan ziyade analitik olarak saflaştırıcı (purificatory) ve tanımlayıcıdır (definitional). Yani Hohfeld'in analizi hak kavramının içeriksel veya empirik olarak incelemesi ile ilgili değildir. Hohfeld'in ortaya koyduğu çerçeve bir deontik mantık[249] örneğidir. Belirlediği sekiz hukuki pozisyon, pür mantıksal gerektirme ve değilleme ilişkileri ile birbirine bağlanmaktadır. Dolayısıyla Hohfeld'in sunduğu çerçeve ahlaki itirazlara veya empirik olarak çürütülmeye elverişli değildir[250]. Bir başka deyişle Hohfeld, talebin ödevin bağlılaşığı olduğunu ifade ederken, empirik bir iddiada bulunmamaktadır. Hohfeld'in tanımlamaları birer sınırlandırıcı[251] veya içinde koşulluluk taşıyan

[247] Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 253. Medeni Kanun madde 990'a göre sahibinin elinden rızası dışında çıkmış olsa da, para ve hamiline yazılı senetler iyiniyetli üçüncü kişiler tarafından kazanılabilir. Çünkü bu gibi şeyler herkeste bulunabilir ve böyle bir şeyi iyiniyetli üçüncü kişiye devreden kimsenin, o şeyin maliki olduğunu kabul etmede kişiler haklıdır. Bkz. Aydın Zevkliler, Ayşe Havutçu, **Medeni Hukuk Temel Bilgiler,** Beşinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 84; Oğuzman, Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar,** s. 158. Dolayısıyla parayı sahibinin rızası dışında ele geçiren kişinin, iyiniyetli üçüncü kişiye parayı devretme yetkisi bulunduğu söylenebilir.

[248] Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 253.

[249] Deontik mantık, pratik akılyürütmeye dayanan, pratik akılyürütme örneklerini formelleştiren disiplindir. Bkz. "Mantık" maddesi, Cevizci, **Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü,** s. 214.

[250] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 22; Harel, "Theories of Rights", p. 193; Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 19; Lazarev, "Hohfeld's Analysis of Rights: An Essential Approach to a Conceptual and Practical Understanding of the Nature of Rights".

[251] Sınırlayıcı tanım, dakikleştirici tanım olarak da bilinen ve bir terim ya da sözcüğün anlamını sınırlayarak ona belli bir amaç doğrultusunda açık seçik ve özel bir anlam yükleyen tanım türüdür. Bu tanım türü tanımlanan ifadenin gündelik veya sıradan kavramsal içeriğini dikkate almayıp, daha ziyade kendisi ona kavramsal bir içerik yükler. Böylece dile yeni bir ifade katmış olur. Bkz. "Tanım" maddesi Cevizci, **Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü,** s. 320; Takashi Yagisawa, "Definition", **The Cambridge Dictionary of Philosophy,** Edited by: Robert Audi, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 186.

(stipulatif)[252] tanımlamadır. Dolayısıyla Hohfeld'i, tanımlarının yanlış olduğu noktasından eleştirmek mümkün değildir. Hohfeld'in ortaya koyduğu tanımlar sadece kullanışlı-yararlı veya yararsız-kafa karıştırıcı olarak bir değerlendirmeye tabi tutulabilir. Empirik olarak doğru veya yanlış biçiminde değerlendirilemez[253].

Hohfeld'e yöneltilen eleştirilerin büyük bir kısmı terminolojisine ilişkindir. Bir başka deyişle temel hukuki kavramlara ilişkin terim tercihlerine yöneliktir[254]. Fakat terminolojisine yöneltilen eleştiriler, Hohfeld'in kavramsal şemasının geçerliliğini etkilememektedir[255]. Çünkü yukarıda değinildiği gibi Hohfeld'in ortaya koyduğu analitik yapı pür olarak kavramsal ve tanımlayıcıdır. Dolayısıyla empirik veya ahlaki olarak çürütülmeye elverişli değildir.

Hohfeld hak kavramını analitik olarak saflaştırma amacına ulaşmak için sınırlandırıcı veya koşula bağlı bir tanımlama yaklaşımı benimsemektedir. Geliştirdiği bu yaklaşım, analizinin merkezi bir özelliği olmasına rağmen, birçok teorisyen bunu göz ardı etmiş ve Hohfeld'in tezlerini empirik olarak çürütme çabasına girişmiştir[256]. Hohfeld'in sadece talepleri sınırlı anlamında hak olarak tanımlaması, bir başka ifadeyle hak terimini sadece böyle bir kullanıma hasretmesi

---

[252] Bu ifadeyi Hocam Doç. Dr. Mehmet Tevfik Özcan'a borçluyum.

[253] Bu doğrultuda bağlılaşık bir ödevi bulunmayan bir talebin olduğunu savunmak tıpkı evli bir bekarın olduğunu savunmaya benzer. Bix, **Jurisprudence: Theory and Context,** p. 117-118; Bix, **A Dictionary of Legal Theory,** p. 91. Singer de Hohfeld'in öngördüğü sekiz temel hukuki kavramın geçerliliği ve öneminin hukuki problemlerin çözümlenmesindeki yararına göre belirlenebileceğini belirtmektedir. Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", p. 993.

[254] Örneğin Roscoe Pound sekiz terimin çok fazla olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Roscoe Pound, "Legal Rights", **International Journal of Ethics,** Vol.: 26, No: 1, 1915, p. 92, 96, 97, 100. Buna karşılık Albert Kocourek ise çok az olduğunu, aslında yirmi dört tane olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Albert Kocourek, "Tabulae Minores Jurisprudentiae", **Yale Law Journal,** Vol.: 30, 1921, p. 222; Ayrıca bkz. Harris, **Legal Philosophies**, p. 87. Buna ek olarak terminolojisindeki yetersizlik (disability) teriminin kişisel yetersizlik ile karışma riski olduğu, talep yokluğu (no-right) teriminin şemadaki üç-terimli ilişki şemasını tamamlamak için yapay olarak yaratılmış bir terim olduğu ve bu amaç dışında pratikte başka bir anlamının veya öneminin olmadığı eleştirileri de yapılmıştır. Bkz. Stone, **The Province And Function of Law**, p. 132-133; Riddall, **Jurisprudence**, p. 179.

[255] J. G. Wilson, "Hohfeld: A Reappraisal", **University of Queensland Law Journal,** Vol.: 11, No: 2, 1980, p. 190.

[256] Bunun bir örneğini Neil MacCormick'in yaklaşımında görmek mümkündür. Bkz.: aş. III.D.2.

makul karşılanmayabilir. Fakat bu da analizinin empirik olarak çürütüldüğü anlamına gelmememektedir. Böyle bir itiraz, Hohfeld'in tanımlamalarının empirik olarak kanıtlanamadığını değil, sadece kullanışsız bir tanım olduğunu göstermektedir. Hohfeld'i empirik karşı örneklerle çürütmeye çalışan teorisyenler, geliştirdiği ilişkiler şemasının amacını göz ardı etmekte ve dolayısıyla da bir gölge ile savaşmaktadır. Bir başka ifadeyle bu tarz itirazlar Hohfeld'in tanımlarının elverişsizliğini göstermekten ziyade, alternatif tanımların alternatif uygulamalara yol açacağını göstermektedir[257].

Hohfeld terminolojisini oluştururken yaygın kullanımla örtüşmek konusunda çaba sarfetmiştir. Fakat yargılama diline ve yargılamada kullanılan argümanlara sıklıkla eleştiriler getirmesi, geliştirdiği analitik şemanın başlıca gayesinin yargısal söylem modellerini saptamak olmadığının kanıtıdır. Hohfeld, aksine, birçok yargıcın içine düştüğü yanlış muhakeme (paralojizim)[258] tarzını bertaraf edebilecek nitelikte doğruluk ve kesinliğe sahip bir yargısal söylem modeli geliştirme gayesindedir. Bu nedenle Hohfeld'in analizi, mevcut hukuki akıl yürütme tarzının bir betimlemesi olmaktan ziyade düzeltici (corrective) bir analizdir[259].

Bununla birlikte Hohfeld, hukuki sorunların ya da diğer bir ifadeyle mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkların tek başına hukuki ilişkiler mantığı ile çözümlenebileceği yanılgısına düşmemektedir. Yani mahkeme kararlarının sadece oluşturduğu hukuki ilişkiler şablonu üzerinden verilebileceğini iddia etmemektedir[260]. Çünkü ilkesel uyuşmazlıklar veya siyasa (policy) uyuşmazlıkları, örneğin talep ile serbestlik arasındaki mantıksal farklılıklar temel alınarak çözümlenemez. Hohfeld'in analizi aslında bir ilke kararının ne zaman gerekli

---

[257] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 23; Lazarev, "Hohfeld's Analysis of Rights: An Essential Approach to a Conceptual and Practical Understanding of the Nature of Rights".

[258] "Form bakımından ya da biçimsel olarak yanlış olan akılyürütme ya da genel olarak akılyürütmede söz konusu olan herhangi bir yanlış.", "Paralojizm" maddesi, Cevizci, **Paradigma Felsefe Sözlüğü**, s. 268.

[259] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 22-23.

[260] Aksi görüşler için bkz. Roy Stone, "An Analysis of Hohfeld", **Minnesota Law Review,** Vol.: 48, 1963, p. 336; Frank H. Maher, "The Kinds of Legal Rights", **Melbourne University Law Review,** Vol.: 5, 1965, p. 51.

olduğunu ortaya koyan bir sistemdir. Yani Hohfeld'in öngördüğü yöntem, hukuki problemlerin açıklığa kavuşturulmasında ve bu suretle de bir ilke kararının gerekli olduğu durumları saptamada kullanışlı bir yöntemdir[261]. Bundan dolayı Hohfeld'in analitik yaklaşımı, hukuki uyuşmazlıkların mekanik veya otomatik bir yargı kararı ile sonuçlanmasına değil, hukuk politikası bağlamında farklı ilkesel kararlara varılmasına olanak tanıyan bir sistemdir. Hohfeld'in mantıksal ayrımlarının kullanılması yoluyla hukuki problemlerin karmaşıklığı, yargı kararlarının anlamı ve içeriği ile hukuk politikasına ilişkin siyasa kararlarının verilmesi gereğinin bulunduğu durumlar gösterilebilir[262].

Hohfeld'in tasnifi, hukuk politikası bağlamında hukuki ilişkinin taraflarından hangisinin daha fazla korunacağının belirlenmesinde işe yaramaktadır. Hukuk politikasının, daha fazla hukuki koruma sağlamak istediği tarafın talep ile mi yoksa yetki ile mi daha fazla koruma altına alınacağı noktası önemlidir. Bir başka deyişle Hohfeld'in yaptığı mantıksal ayrımlar kimin daha fazla korunduğunu ve korumanın derecesini belirlemede oldukça yararlıdır[263].

Hohfeld'in analizi, hak ifadelerinin anlaşılmasındaki veya bilinmesindeki kipsel (modal) belirsizliği çözümlemektedir. Bir başka ifadeyle, değişik koşullarda hangi haklara sahip olduğumuzu açık bir şekilde kavramamızı kolaylaştırmakta ve belirli bir Hohfeldçi hak tipine veya külfet tipine sahip olmanın sonucunu açık bir biçimde ortaya koymaktadır[264]. Örneğin her gün sabah arabamı işyerimin yakınındaki bir park yerine bırakıyorsam ve bir gün sabah arabamı park ettiğim yerin

---

[261] Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 254; Stone, **The Province And Function of Law**, p. 133; Nyquist, "Teaching Wesley Hohfeld's Theory of Legal Relations", p. 256-257.

[262] Brady, "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", p. 255; Andrews, "Hohfeld's Cube", p. 484. Hohfeld'in analizinin hukuki bir soruna uygulanmasının bir örneği olarak 8 Ocak-11 Ocak 2008 tarihleri arasında Ankara'da düzenlenen *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*'nda Prof. Dr. Yasemin Işıktaç'ın sunduğu *"Somut Olayın Normla Bağlantılandırılması: Örnek Olay, Farazi Destek"* isimli tebliğe bakılabilir. Söz konusu tebliğ Ankara Barosu tarafından hazırlanan Kurultay Kitabı kapsamında basım aşamasındadır.

[263] Bu konunun mülkiyeti muhafaza şartıyla satış sözleşmesi üzerinden örneklendirilmesi için bkz.: yuk. I.G.2.

[264] Lazarev, "Hohfeld's Analysis of Rights: An Essential Approach to a Conceptual and Practical Understanding of the Nature of Rights".

dolu olduğunu görürsem, burada hakkımın ihlal edildiğini söyleyebilir miyim? Eğer park yeri sahibine karşı arabamı park ettiğim alanı bana ayırması konusunda bir talep hakkım varsa, o zaman talep hakkımın ihlal edilmiş olduğunu söyleyebilirim. Oysa eğer burada park yerine arabamı park edebilme serbestliğim söz konusu ise bir talep hakkımın ihlal edildiğini söyleyemem. Hohfeld'in temel hukuki kavramları tarafından işaret edilen bu mantıksal farklılıklar önemlidir. Bu mantıksal farklılıkları dikkate almayan bir hak teorisi, hukuki hakların gerçek mahiyetini doğru olarak ele almış sayılamayacaktır[265].

Hohfeld'in temel hukuki kavramları, hukuki hakların pratikteki önemini ve anlamını da ortaya koymaktadır. Bu temel kavramların tam olarak betimlenmesi, insan davranışlarının da belirginleştirilebilmesini sağlar. Her serbestlik veya yetki, belirli bir davranışta bulunmakla ilgili bir serbestlik veya yetkidir. Her talep ise, muhatabı olan tarafın belirli bir davranışta bulunmasını veya bulunmaktan kaçınmasını talep edebilmekle ilgilidir. Bağışıklık ise muhatabının spesifik sonuçları olan herhangi bir hukuki değişikliği meydana getirememesi ile ilgilidir. Dolayısıyla hukuki hakları, talepler, serbestlikler, yetkiler ve bağışıklıklar olarak kavramak, onları pratik ifadeler olarak kavramak demektir. İnsan davranışları sonucu ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkları, insan davranışlarını düzenlemek için yapılan hukuk kurallarını ya da mevcut kurallarda değişiklik yapma ihtiyacı dikkate alındığında, bu temel kavramların uygulamadaki önemleri ve anlamları da ortaya çıkmış olur[266].

Hohfeld'in temel hukuki kavramları, hukuki hakların kompleks yapısını açığa çıkarmayı ve hukuki haklarla ilgili ifadeleri anlaşılır kılmayı sağlamaktadır. Gündelik hukuk dilinde genellikle herhangi bir hakkın içeriği tek bir kelimeyle ya da kısa bir ifadeyle betimlenmektedir. Bir başka deyişle hakkın içeriği bir isim veya isim tamlaması aracılığıyla dile getirilir. Örneğin yaşam hakkı, kanun önünde eşit olma hakkı, ifade özgürlüğü hakkı vs. İlk bakışta bu hakların basit bir yapıda olduğu ve nitelendirilmelerinin de kolay olduğu düşünülebilir. Fakat bu tip ifadelerin gerçek

[265] Carl Wellman, **An Approach to Rights,** Dordrech, Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 64.

[266] Wellman, **An Approach to Rights,** p. 64.

anlamları, fiil ya da fiil tamlamalarına çevrildikleri zaman ortaya çıkar. Daha derinlemesine bir bakış herhangi bir hakkın gerçek doğasının sadece isminden çıkartılamayacağını, hakkın içeriğinin çeşitli hukuk kaynaklarının detaylı ve özenli bir incelemesi yoluyla saptanabileceğini ortaya koyar. Örneğin yaşam hakkı şu şekillerde anlaşılabilir: Yaşamak konusundaki hukuki serbestlik, saldırıya uğrandığı zaman karşı koyma biçimindeki hukuki serbestlik, devletin yaşamı sürdürmek için gerekli minimum olanakları sağlaması konusundaki talep hakkı vs. Yaşam hakkı, bunların birisi veya hepsi veyahut da bunlarla benzer türden bir hak olabilir. Bir kimse yaşam hakkı ile kastedilenin sadece yaşam olduğunu ve herhangi bir eylemi içermediğini varsayabilir. Fakat bu düşünce, arabam üzerindeki mülkiyet hakkımın; başkasından izin almaksızın arabamı kullanabileceğim, başkasının arabamı sadece iznimi almak suretiyle kullanabileceği, bu arabayı satmak veya onu parçalamakla ilgili olarak sadece benim hukuki yetkim olduğu, arabama zarar veren kişinin bana karşı sorumlu olduğu vb. hukuki olgulardan bağımsız bir şekilde kavranabileceğini söylemeye benzemektedir. Dolayısıyla insan eylemleri ile hukuki haklar arasındaki bağlantıyı kopartmak, makul değildir[267].

Tek bir hukuki hak, birçok farklı görünüme sahip olması nedeniyle farklı uyuşmazlıklara konu olabilir. Hukuki haklarla ilgili ifadeler hukuki talepleri, serbestlikleri, yetkileri ya da bağışıklıkları ifade eden cümlelere dönüştürüldüğünde, hak ifadelerinde örtük olarak bulunan karmaşıklık açık bir hale gelir. Bir hukuki hak Hohfeld'in temel hukuki kavramları yoluyla ifade edildiği zaman, o hakkın hukuksal gerçekliği detaylı bir biçimde ve tam bir kesinlik ve açıklıkla nitelendirilmiş olur[268]. Bir başka deyişle hakkın; sahibi, ilgili olduğu fiil (ya da kaçınma) ve muhatabı olarak üç terimli önerme biçiminde ifade edilebilmesi söz konusu olur. Bundan dolayı Hohfeld'in temel hukuki kavramları değerli teorik araçlardır.

Tipik olarak Hohfeldçi talep, yetki, serbestlik ve bağışıklık tek başına değil, bir arada yani birlikte (in conjunction with) işlev görür. Örneğin ifade özgürlüğü olarak isimlendirilen hak, Hohfeld'in şemasına göre, değişik taleplerin,

[267] Wellman, **An Approach to Rights,** p. 64-65. Ayrıca bkz. Harris, **Legal Philosophies**, p. 85.

[268] Wellman, **An Approach to Rights,** p. 65.

serbestliklerin ve bağışıklıkların bir birlikteliği veya karmaşık bir demetidir. Buradaki talep, ifade özgürlüğünün kullanılmasının engellenmemesinden; serbestlik, kişinin kendisini farklı şekillerde ifade edebilmesinden veya etmekten kaçınabilmesinden; bağışıklık ise bu talep hakkı ile serbestliğin değiştirilmesine karşı bir koruyuculuk sağlamasından oluşmaktadır[269]. Dolayısıyla ileri sürülen her hakkın Hohfeld'in dört kategorisinden sadece birisine ait olduğunu varsaymak yanıltıcıdır. Bir başka deyişle tek bir hak iddiası, daha derinlemesine bakılınca farklı hak formlarının yani talep, serbestlik, yetki ve bağışıklığın bir demetine dönüşebilir.

Bu nokta mülkiyet hakkı üzerinde gösterilecek olursa; arabam üzerindeki mülkiyet hakkım Hohfeldçi hak tiplerinin karmaşık bir demetinden oluşmaktadır:
Talep: Başkalarının arabama zarar vermekten veya iznim olmaksızın arabamı kullanmaktan kaçınmalarına ilişkin talep hakkımdır.
Serbestlik: Arabanın sahibi olarak onu kullanmam veya kullanmamamdır.
Yetki: Arabayı satabilmem veya başkalarının onu kullanmasına izin verebilmemdir.
Bağışıklık: Rızam olmaksızın başka birisinin arabayı satmasından azade olmamdır.

Aynı nokta seyahat özgürlüğü üzerinde gösterilecek olursa[270];
Talep: Hiç kimsenin seyahat etmemi engellememesi (negatif ödev) ya da başkalarının seyahat etmemi kolaylaştırılmasıdır (pozitif ödev).
Serbestlik: Seyahat etmemi yasaklayan bir kuralın yokluğudur.
Yetki: Muhkim olarak hukuki statümü değiştirebilmemdir.
Bağışıklık: Yasakoyucunun seyahat etmemi önleyecek kural koymasına karşı bağışık olmamdır.

Demek ki Hohfeld'in analizi, bir hak iddiası söz konusu olduğu zaman, bu hakkın ne çeşit bir hak olduğunun dikkatli bir incelemeyi gerektirdiğini göstermektedir. Söz konusu hak bir talep mi, serbestlik mi, yetki mi veya bağışıklık mıdır, yoksa bunlardan ikisinin ya da daha fazlasının bir kombinasyonu mudur?

[269] Harel, "Theories of Rights", p. 193; Campbell, **Rights: A Critical Introduction,** p. 33.

[270] Campbell, **Rights: A Critical Introduction,** p. 33.

Bunun öncelikli olarak saptanması gerekmektedir. Çünkü farklı hak formları muhataplarından ve sahiplerinden farklı şeyleri gerektirir. Çalışma hakkını, grev hakkını, kendini gerçekleştirme hakkını vs. düşündüğümüz zaman, buradaki pratik anlam, bu hakları hangi form ya da formlar içinde kavradığımıza dönüşmektedir[271].

Teorik olarak, herhangi bir kişinin herhangi bir fiilinin hukuki sonucunu Hohfeld'in analiz yöntemini izlemek suretiyle, yani hukuki ilişkileri ayrı ayrı iki taraflı hukuki ilişkilere indirgeyerek ve Hohfeld'in temel hukuki kavramlarını kullanarak tamamıyla betimlemek mümkündür. Mülkiyet, sözleşme vb. herhangi bir hukuki kavram temel hukuki ilişkiler yoluyla analiz edilebilir. Çünkü bu ilişkiler en uzak hukuki sonuçları dahi betimleyebilecek bir sistem oluşturmaktadır. Bu tip bir analitik tutum, insan zihninin kapasitesini aşabilir. Bunun nedeni Hohfeld'in geliştirdiği yöntemin anlaşılmasındaki güçlükten ziyade, hukuki ilişkilere dair detayların karmaşık veya grift bir yapıda olmasıdır. Bu analitik çözümleme, örneğin bilgisayar teknolojisinin yardımıyla yapılabilir. Bir başka ifadeyle bilgisayar teknolojisinin analitik gücü, hukuk terminolojisindeki bu tip bir belirsizliği gidermekte kullanılabilir[272].

Yine de Hohfeld'in analitik şeması, bazı en temel kavramlarının yeterince tanımlanmamış (underdefined) olması nedeniyle eleştirilebilir. Hohfeld'e göre "A'nın X'e talep hakkı vardır." ifadesi, X'le ilgili olarak A'ya karşı bir ödevi bulunan bir B kişisinin olduğu anlamına gelir; yani A'ya borçlu olunan bir ödevin (a duty owed to A) olduğu anlamına gelir. Hohfeld A'ya borçlu olunan ödev kavramını, yani A tarafından sahip olunan bir talep kavramını spesifikleştirmez. Bir varlığa borçlu olunan ödevin (örneğin A'nın arazisine girmeme ödevi), sadece bir varlıkla ilgili olan ödevden (örneğin sahibi olmayan bir sanat eserini tahrip etmeme ödevi -ki bu ödev birisine borçlu olunan bir ödev olmayabilir) farkı olup olmadığı, eğer fark varsa bu farkın ne olduğu noktaları açık değildir. Hohfeldçi haklar ve ödevler ilişkisel (relational) veya yönelimseldir (directional). Yani birisine borçlu olunan

[271] Jones, **Rights,** p. 25; ayrıca bkz. Thomson, **The Realm of Rights**, p. 200.

[272] Cullison, "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", p. 573. Ayrıca benzer bir görüş için bkz. Andrews, "Hohfeld's Cube", p. 484-485.

ödevlerdir. Bundan dolayı bir ilave yaparak birisine borçlu olunan bir ödevin veya birisi tarafından sahip olunan bir hakkın ne anlama geldiğini açıklamak suretiyle Hohfeld'in kavramsal şemasının tamamlanması zorunludur[273].

Hohfeld, analizi ile hak kavramının dört farklı biçimde karşımıza çıktığını ortaya koymuştur. Bu dört farklı hak formu hak kavramının kurucu bileşenleridir. Eğer haklar, Hohfeld'in analizinin ortaya koyduğu gibi farklı formlarda karşımıza çıkabiliyorsa, hepsini yine de hak olarak kavramamızı sağlayan nedir? Bir başka ifadeye verili bir hak ifadesinin kurucu bileşenlerini veya öğelerini biraraya getiren nedir? Dolayısıyla hak kavramının ne olduğu veya bir hakka sahip olmanın ne anlama geldiği sorusu halen daha yanıtlanmamıştır[274]. Bu sorunun yanıtlanması ise hak kavramının fonksiyonunun incelenmesini gerektirmektedir. Çünkü verili bir hak ifadesinde hangi kurucu bileşenlerin yer aldığını belirleyen, aslında söz konusu hakkın sahibi için gördüğü işlevdir. Hak kavramının işlevi veya fonksiyonu meselesi çalışmanın sonraki bölümlerinde, bu sorunun yanıtlanması için geliştirilmiş olan iki ana teori, yani irade ve çıkar teorileri çerçevesinde ele alınacaktır.

[273] Harel, "Theories of Rights", p. 193; Waldron, "Introduction", p. 8.

[274] Riddall, **Jurisprudence**, p. 179; Jones, **Rights**, p. 26; Freeden, **Rights**, p. 4; Sumner, "Rights", p. 294.

II. ARKA PLAN: KLASİK İRADE VE ÇIKAR TEORİLERİ

A. Genel Olarak

Çalışmanın bir önceki bölümünde, Hohfeld'in yaklaşımı üzerinden hak kavramı yapısal açıdan incelenmiştir. Bununla birlikte "Hak nedir?" sorusunun yanıtlanması, kavramın yapısal bakımından analizi yanında fonksiyonu açısından da incelenmesini gerektirmektedir. Hak kavramının, gördüğü fonksiyon, yani işlev bakımından değerlendirilmesi aynı zamanda kavramın özünün ne olduğunu da aydınlatacak bir olanak sunmaktadır. Çalışmanın giriş bölümünde de belirtilmiş olduğu gibi, bu sorun bağlamında geliştirilmiş olan ve halen etkinliklerini koruyan iki ana teori vardır. Bunlar çıkar teorisi ve irade teorisidir.

Günümüzde Anglo-Sakson hukuk felsefesi dünyasında halen daha tüm hızıyla devam etmekte olan[1] söz konusu teoriler arasındaki tartışmanın kökenleri daha eskiye dayanmaktadır. Bundan dolayı günümüzdeki tartışmayı kavrayabilmek için öncelikli olarak tartışmanın arka planını inceleme zorunluluğu vardır. Bu doğrultuda günümüzdeki çağdaş irade ve çıkar teorilerinin "atası" sayılabilecek teorileri isimlendirmek için "klasik irade teorisi" ve "klasik çıkar teorisi" terimlerini kullanmak uygun olabilir. Çalışmanın bu bölümünde öncelikli olarak klasik teorilerin üzerinde durduğu temel meselelere işaret edilmeye çalışılacak, sonrasında ise teoriler önemli temsilcilerinin düşünceleri üzerinden incelenecektir.

Burada değinilmesi gereken bir başka nokta ise çağdaş Anglo-Sakson irade ve çıkar teorilerinin her ikisinin de çıkış noktasında Bentham'ın "hukuki hak" kavramına ilişkin geliştirdiği teorinin bulunmasıdır. Bu doğrultuda çağdaş Anglo-Sakson çıkar teorisinin fikir babası Bentham'dır. Buna ek olarak çağdaş Anglo-Sakson irade teorisinin kurucusu ve en etkili temsilcisi olarak kabul edilen Hart'ın teorisinin zemininde de Bentham'ın teorisi vardır. Bu nedenle çağdaş teorilerin arka

[1] Çağdaş Anglo-Sakson irade ve çıkar teorileri çalışmanın bir sonraki bölümünde ele alınacaktır.

planı kapsamında, söz konusu çağdaş yaklaşımların temel dayanağı olarak Bentham'ın yaklaşımının ele alınması, her iki çağdaş teori açısından da bir giriş imkanı sunmaktadır. Öyle ki Bentham'ın teorisinin işaret ettiği meseleler, günümüzün irade ve çıkar teorileri arasındaki tartışmanın ana hatlarını çizmektedir.

B. Klasik İrade ve Çıkar Teorilerinin Temel Sorunları

Klasik irade ve çıkar teorileri, hak kavramının meşruluk (legitimacy) zeminine ilişkin teorilerdir[2]. Bu teoriler esas itibarıyla hukukun, bireysel çıkarların sübjektifliği ile kolektif yaşamın gerekliliklerini bağdaştırmada nasıl bir rolü olduğunu göstermeye odaklanmıştır. Bir başka deyişle klasik teoriler, hakların sübjektifliği ile hukukun objektifliğinin nasıl uzlaştırılabileceği meselesini merkezi problemleri olarak görmektedir. Genel bir ifadeyle dile getirildiğinde, her iki klasik teori de hem hukukun meşruiyet zeminine, hem de hukuki kurumların ve kavramların özelliklerinin anlamlandırılmasına ilişkin teorilerdir[3].

Hak kavramını açıklamayı amaçlayan sözü geçen klasik teorilerin gündeme gelmesinin altında yatan birinci neden, hukuk düşüncesinde meydana gelen değişimdir. Değişim ile kastedilen Ortaçağ'ın feodal toplum düzeni ve hukuk algısının yerine modern toplum düzeni ve hukuk algısının yerleşmesidir. Bu iki klasik teori, en genel anlamda dile getirildiğinde, modern hukukun doğasını ve özerk (otonom) bir varlık olarak ortaya çıkan bireyin, başka özerk bireylerle ve genel olarak içinde yaşadığı toplumla olan ilişkisini açıklamaya çalışmaktadır. Bu nedenle teorilerin yorumlanabilmesi için sözü edilen değişimin anahatlarının belirlenmesi gerekmektedir.

[2] Çalışmanın bir sonraki bölümünde ele alınacak olan çağdaş Anglo-Sakson irade ve çıkar teorileri, analitik bir tutum benimseyerek hak kavramına açıklık ve belirginlik kazandırmaya çalışmaktadırlar. Bundan dolayı daha ziyade kavram analizi merkezli bir tutum benimsemektedirler.

[3] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 113, 118, 138.

Avrupa'da Batı Roma İmparatorluğu'nun Cermenler tarafından yıkılması ile birlikte 5. yüzyıldan 10. yüzyıla kadar süren ve genellikle "Karanlık Ortaçağ" olarak isimlendirilen bir dönem başlamıştır. Bu dönemde merkezi otoritelerin dağılması ve güçlerini yitirmeleri ile birlikte aşağıdan yukarıya doğru örgütlenmiş bir feodal yapı kurulmuştur. Bu çağda, süreklilik gösteren savaşlar, istilalar, işgaller ve bunların yol açtığı karmaşanın bir sonucu olarak ilkel düşünüş tarzları, geleneksel yaşam biçimleri ile örf ve adetler toplumsal yaşama yeniden egemen olmuştur[4].

Ortaçağ'da hukuku yaratan ve uygulayan tek bir merkezi güç mevcut olmadığından, din temelli ve örf ve adet ağırlıklı bir hukuk anlayışı benimsenmiştir. Bu anlayış doğrultusunda hukukun insan eliyle yaratıldığı düşüncesinin terkedilmesinin ardından uzun zamandan beri uygulanan ve genel kabul gören örf ve adet ile teamüllerin hukuk kuralı olarak sayılması düşüncesi yaygınlık kazanmıştır. Böylece neyin hukuk olduğu mevcut sosyal normlar içerisinden bulunup çıkartılabilmektedir[5].

Ortaçağ hukuk düzeni üzerinde dinin önemli bir etkisi vardır. Bu nedenle hukuk düzeni günahkar insanları disipline edecek hiyerarşik bir yapı görünümündedir. Sosyal ve siyasal düzlemdeki hiyerarşi, Tanrı'nın yarattığı hiyerarşinin bir devamıdır. Sosyal ve siyasal hiyerarşi hukuku da doğrudan etkilemektedir. Bir başka deyişle sosyal yaşamdaki hiyerarşi aynen hukuka da yansımaktadır. Bu nedenle böyle bir hukuk düzeninin kurguladığı haklar da hiyerarşik bir görünüme sahiptir[6]. Ortaçağ toplumu, bireyin hak ve ödevlerinin,

---

[4] Ali Şafak Balı, **Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları,** Konya, Çizgi Kitapevi Yayınları, 2005, s. 86. Ayrıca bkz. Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Genişletilmiş Sekizinci Baskı, İstanbul, Beta, 1998, s. 62 vd; Mehmet Ali Ağaoğulları, Levent Köker, **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, Ankara, İmge Kitapevi, 1991, s. 152 vd; Genel olarak feodal yönetim biçimi için bkz. Gianfranco Poggi, **Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım,** Çeviren: Şule Kut, Binnaz Toprak, İkinci Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 31 vd.

[5] Balı, **Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları,** s. 87.

[6] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 122.

içinde yaşadığı sıkı hiyerarşik düzen tarafından belirlendiği soya, yani asalete dayalı bir statü toplumudur[7].

Ortaçağ'da toplumsal sınıflar aynı zamanda hukuksal olarak da birbirlerinden keskin bir biçimde ayrılmıştır. Üretici sınıflar ile üretici olmayan sınıflar birbirlerinden çok farklı imtiyazlara ve değişik hukuki statülere sahiptir. Örneğin aristokratlar vergi ödemekten muafken, sadece toprağa bağımlı köylüler vergi ödemektedir. Silah taşıma hakkına sadece aristokratlar sahiptir. Bütün devlet mevki ve görevleri, aristokrasi sınıfına mensup olanlarca doldurulmuştur[8].

Kilise öğretisi, insanı "günahkar" bir varlık olarak görmekte ve bu günahkar varlığın ancak onun dışındaki bir irade tarafından doğru yola sokulabileceğini savunmaktadır. Buna karşılık özellikle Aydınlanma ile birlikte, bu türden dogmaların ve boş inançların yerini bilimsel ve akılcı bir düzenin alması gerektiği fikri egemenlik kazanmıştır. Bu düşünce değişikliği sonucunda kilise öğretisinin aksine, artık insanın akılcı iradesi doğrultusunda davranabilmesi için doğuştan sahip olduğu hak ve özgürlüklerle sınırları belirlenmiş özerk faaliyet alanına müdahale etmeyen, insanı kendi yaşamı üzerinde kendi iradesi doğrultusunda hakim kılmayı amaçlayan bir toplumsal ve siyasal düzen istemi de biçimlenmiştir[9].

Bu anlayış değişikliğinin temelinde sosyal, ekonomik ve siyasal yaşamda meydana gelen gelişmelerin önemli bir etkisi vardır. Modern ulus devletlerin kurulması, nüfus artışı, gelişen sanayi ve teknoloji, şehirleşme gibi faktörler hukuk algısında da değişiklik yaratmıştır. Hukuk düşüncesindeki bu farklılaşma, insanların

---

[7] Fatmagül Berktay, "Liberalizm: Tek Bir Teorik Pozisyona İndirgenmesi Olanaksız Bir İdeoloji", **19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler,** Derleyen: H. Birsen Örs, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 55.

[8] Halil Berktay, **Kabileden Feodalizme**, İkinci Baskı, İstanbul, Kaynak Yayınları, 1989, s. 366-367. Aynı konuda bkz. Ağaoğulları, Köker, **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, s. 163 vd.

[9] Levent Köker, **Demokrasi Üzerine Yazılar**, Ankara, İmge Kitapevi, 1992, s. 135-136; "Toplum bir kez Tanrı edimi olarak algılanmaktan çıkınca, her bireyin devletle ve başka bireylerle yaşadığı çıkar uyuşmazlıkları da aynı terimlerin alanına dahil olur. Hukuk, artık toplumu ahlaklı kılmanın aracı değil, bireysel dünyalara ait hale gelmiş ahlakları yaşanabilir kılmaktır." Mehmet Tevfik Özcan "Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXIV, Sayı: 2, 2006, s. 123.

artık Ortaçağ'daki gibi varolanı tespit etmek suretiyle değil, akıl aracılığıyla yeni ve soyut kurallar koymak biçiminde hukuk yapmaya yönelmeleri olarak özetlenebilir. Modern hukuk özellikle bireyi önplana çıkaran tutumuyla ve soyutlayıcı bir nitelikte oluşuyla, temel hak ve özgürlüklerin merkezine bireyi koyan liberal hukuk sistemlerinin doğmasına yol açmıştır[10]. Yaşam, özgürlük ve mülkiyet ile birey özerkliğini garanti altına alan liberal hukuk düşüncesi, bunun güvencesi olarak da hukuk devletini zorunlu kılmaktadır[11].

Ortaçağ düşüncesinden farklılaşmış böyle bir düşünce üzerinde temellenen modern toplum, ekonomik bakımdan birbirlerinden farklı olan toplumsal sınıfların, siyasal ve hukuki hakları bakımından birbirleriyle eşit kılındığı bir toplumdur. Dolayısıyla kanun önünde eşitlik fikrini merkeze alan modern hukuk düşüncesinde de haklar artık hiyerarşik bir karakter göstermez. Aksine haklar herkese eşit biçimde uygulanan hukuk ilkelerinden türetilir. Hukuki eşitlik fikri üzerinde temellenen hukuki hakların sistematik bir yapı içinde ortaya çıkışı, modern liberal toplum ile eski feodal toplum arasındaki sınırı da çizmektedir[12].

İktisadi ve siyasal liberalizm 1789 Fransız Devrimi ile Batı dünyasında formel hukuk devleti düşüncesini yaratırken, aynı zamanda formel-rasyonel bir hukuk anlayışının ortaya çıkmasına da yol açmıştır. Hukukun pozitifleştirilmesi sürecinde bir yasa hukuku ve yasa devleti felsefesi de temellenmiştir. Kodifikasyon hareketleriyle birlikte büyük hukuk sistemlerinin ortaya çıkması sonucunda hukuk, birbiriyle bağlantılı mantıksal yapılar biçimini almıştır[13]. Her hukuki uyuşmazlığın çözümünü kesin olarak kapsayan bir yasa hukuku, dilsel anlamda da bir hukuki kavramlar sistemi olarak tasarlanıp, geliştirilmektedir. Bütün gerçeklik bu kavramlar

---

[10] Balı, **Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları,** s. 92-94; ekonomi-hukuk ilişkilerindeki değişim için ayrıca bkz. Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2007, s. 138 vd.

[11] Mehmet Tevfik Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş,** Üçüncü Baskı, İstanbul, Kavim Yayıncılık, 2007, s. 141. Hukuk devletinin gelişimi konusunda kapsamlı bir inceleme için ayrıca bkz. Mehmet Tevfik Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2008.

[12] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 122.

[13] Yasemin Işıktaç, **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1999, s. 47.

dünyasında tüketilmekte, böylece normlar piramidinin yanında bir de kavramlar piramidi yükselmektedir. Bu doğrultuda alt ve üst kavramlar belirlenmekte ve yine bunlardan başka alt ve üst kavramlar türetilmektedir. Amaç, yasayla hukuk güvenliğini ve elde edilmiş hakları ve özgürlükleri güvence altına almaktır[14].

Böylece sosyal yapıdaki hiyerarşilerin gölgesinden kurtulan ve kendisini eşit hakları tanımlayan bir ilkeler topluluğu olarak sunan hukuk düzeni, gündelik sosyal yaşamın dokusundan soyutlanmış özerk bir kavramlar alemi görünümüne bürünmüştür. Artık esas ilgi hukukun içeriğinde değil, formu üzerinde toplanmıştır[15]. Hukukun formunun içeriğinden bağımsız olarak incelenebileceği düşüncesi feodalizm sonrası hukuk anlayışının en dikkat çekici özelliklerinden birisidir.

Hukukun formu üzerine odaklanmak, iki cephesinin önplana çıkmasına yol açmaktadır[16]:
-Hukukun pozitif karakteri,
-Hukukun sistematik karakteri.

İşte klasik irade ve çıkar teorileri hukukun pozitif karakteri ile sistematik karakterini, birbirinden farklı yollarla bağdaştırmaya çalışmışlardır[17]. Klasik irade teorisi tarihsel olarak klasik çıkar teorisinden önce gelmektedir. Öyle ki klasik çıkar teorisi, esas olarak, klasik irade teorisinin sadece hukukun dış görünüşüne veya formuna odaklanmak suretiyle hukuku ve dolayısıyla da hak kavramını açıklamakta yetersiz kaldığı iddiasıyla kurgulanmış bir teoridir. Bu anlamda klasik çıkar teorisi, formu yanında bir amaca hizmet eden içeriğinin de hukukun meşruiyeti bakımından belirleyici olduğunu vurgulayan ve bu nedenle de hukuki düşüncede değişim yaratan bir teoridir. Bu bağlamda Immanuel Kant ve Carl Von Savigny klasik irade

[14] Hayrettin Ökçesiz, "Hukuk ve Dil", **Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri**, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Alkım Yayınları, 1997, s. 473-474.

[15] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 123, 134.

[16] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 134.

[17] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 121.

teorisinin, Rudolph Von Jhering ise klasik çıkar teorisinin en önemli temsilcileridir. Bu nedenle klasik teoriler ismi geçen düşünürler üzerinden incelenecektir.

C. Klasik İrade Teorisi

1. Genel Olarak

Klasik irade teorisi, hukukun meşruiyetini ve karakterini, sosyal ilişkilerden soyutlanmış bir içeriğe sahip oluşunda görmektedir. Böylece temel vurgusu hukukun sistematik karakteri üzerindedir. Bunun anlamı ise hukukun tutarlı bir sistem oluşudur. Buna ek olarak klasik irade teorisi özel hukuk ile kamu hukuku ayrımını vurgulayarak, hakları öncelikli olarak özel hukukla ilişkilendirmektedir[18].

Özel hukuk kendi çıkarlarının peşinde koşan kişilerin özerk faaliyetlerinin çerçevesini çizerek, kişilerin başkalarıyla ilişkilerini kesin ve önceden tahmin edilebilir kılmaktadır. Bu alanda kişiler birbirleriyle ilişkiye girmenin kendi çıkarlarına uygun olduğunu düşündükleri sürece, serbestçe faaliyette bulunmaktadırlar. Devlet ise gerek yasama gerekse güvenlik güçlerine başvurarak kişilere, sınırları çizilmiş irade alanlarını hukuk aracılığıyla güvence altına alabilmeleri için gerekli olanakları sunmaktadır[19].

Klasik irade teorisi bağlamında hukukun meşruiyeti, iradenin formu üzerinden temellendirilen bir haklar sisteminden kaynaklanmaktadır[20]. Haklar ise iradenin formunu içeriğinden kopartan Kantçı hukuk teorisine göre kavranmaktadır[21]. Bu noktada Kant'ın hukuk felsefesini ele almak uygun olacaktır.

---

[18] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 113-114, 138

[19] Poggi, **Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım,** s. 124-125.

[20] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 113; ayrıca bkz. Massimo La Torre, " 'Rechtsstaat' and Legal Science: The Rise and Fall of the Concept of Subjective Right", **A.R.S.P.,** Vol.: LXXVI, 1990, p. 64 vd.

[21] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 113-114.

2. Immanuel Kant'ın Yaklaşımı

Birçok yazar çağdaş irade teorisinin temellerinin Kant (1724-1804) tarafından atıldığını ileriye sürmektedir[22]. Gerçekten de Kant'ın teorisi ile çağdaş irade teorisi arasında birçok paralellik olduğu gözlemlenmektedir. Kant'ın felsefesinin, düşünce dünyasına yaptığı en önemli katkılardan birisi, bireysel otonomi yani kişilerin seçimlerine saygı gösterme ve onları yaptıkları seçimlerden dolayı sorumlu tutma fikridir. Çalışmanın bir sonraki bölümünde de görüleceği gibi kişinin seçimlerinin korunması olarak hak düşüncesini benimseyen çağdaş irade teorisi açısından da otonomi fikri merkezi bir rol oynamaktadır. Kant'ın hak anlayışını ortaya koyabilmek için geliştirdiği felsefeyi ve özellikle ahlak anlayışını bir bütün olarak göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Bu nedenle öncelikli olarak Kant'ın ahlak felsefesini bu çalışmanın konusuyla ilişkili olduğu oranda kısaca incelemek ve bunun akabinde de hukuk felsefesi bağlamında hak anlayışını ele almak uygun olacaktır.

a. Kant'ın Genel Ahlak Felsefesi

Kant, felsefesini özgürlük fikri üzerinden temellendirmektedir. Kant'ın düşüncesinin merkezinde ikili evren anlayışı vardır. Bunlar teorik akıl aracılığıyla kavranan fenomenler evreni (olgular dünyası) ve pratik akıl aracılığıyla kavranan numenler evrenidir (düşünülür dünya)[23]. Kant'a göre insanın bilgi edinmesinde içerik (madde) ve form (biçim) olmak üzere iki unsur vardır. Bilgi edinme sürecinde hem deney yoluyla elde edilen madde (duyum verileri), hem de aklın a priori formları (kavramlar ve kategoriler) rol oynar. Bilgimizin içeriği, söz konusu a priori formlar aracılığıyla bir düzene sokulur ve böylece bilgimiz rastlantı olmaktan çıkıp,

[22] Bix, **A Dictionary of Legal Theory**, p. 112; Leif Wenar, "The Nature of Rights", **Philosophy & Public Affairs**, Vol.: 33, No: 3, 2005, p. 238; Wenar, "Rights".

[23] Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 185; Zeynep Özlem Üskül, **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, İstanbul, Büke Yayıncılık, 2003, s. 60; Niyazi Öktem, **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2318, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 529, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1977, s. 17-18.

zorunluluk ve genel geçerlik kazanır[24]. Dolayısıyla dış dünyaya ilişkin bilgimizin tüm içeriği deney yoluyla gelse bile, bu içeriği düzene sokan aklın a priori formlarıdır.

Kant'a göre dış dünya, yani fenomenler evreni, nedensellik yasasının egemen olduğu bir dünyadır. İnsan fenomenler evreninde yaşayan doğal bir varlık olarak ihtiyaçları, güdüleri, dürtüleri ve duygulanımları ile doğada egemen olan bu nedensellik yasasına tabidir. Doğal bir varlık olarak insan, kendisi dışındaki doğa yasaları tarafından belirlendiği için heteronom bir konumdadır. Bu nedenle de özgür değildir[25]. Fakat Kant'a göre bilinebilir dünya sadece dış dünya ile sınırlı değildir. İnsan aynı zamanda özgür bir iradeye sahip olan yani otonom olarak eyleyebilen ahlaki bir varlıktır. Özgürlük nedensel olarak belirlenmiş fenomenal dünyanın değil, pratik akıl ile kavranan numenal dünyanın bir özelliğidir. Kant'a göre özgürlük, doğal dünyanın bir özelliği olmadığı için özgür irade ve nedensellik birbiriyle bağdaşmaktadır. Çünkü nedensellik ve özgürlük farklı hakimiyet alanlarında geçerlidir. Bilgi nedenselliğin hakim olduğu dünyaya, özgürlük ise ahlak alanına hasredilmiştir[26]. Nedenselliğin hakim olduğu doğal dünya gayrişahsi ve gayriahlakidir, yani ahlaki olanı içermemektedir. Dolayısıyla ahlak alanı doğa alanının dışında aranmalıdır. Kant, ahlakı sıradan insanın sahip olduğunu düşündüğü ahlak bilincinden hareketle açıklamaya çalışmaktadır[27]. Kant'a göre sıradan insanın ahlak bilincinde yer alan ve ahlaklılığın temeli olan şey iyi niyet[28] veya iyi iradedir.

---

[24] Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, s. 102; bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Bedia Akarsu, **Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi,** Dördüncü Baskı, İstanbul, İnkılap Kitapevi, 1999, s. 20 vd.

[25] Doğan Özlem, **Etik - Ahlak Felsefesi**, İstanbul, İnkılap Kitapevi, 2004, s. 72; Macit Gökberk, **Felsefe Tarihi**, Onuncu Baskı, İstanbul, Remzi Kitapevi, 1999, s. 358-359; Öktem, **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, s. 18-19.

[26] Onora O'Neill, "Kantian Ethics", **A Companion to Ethics**, Edited by: Peter Singer, Oxford, Blackwell Publishers, 1993, p. 176; David West, **Kıta Avrupası Felsefesine Giriş,** Çeviren: Ahmet Cevizci, İstanbul, Paradigma Yayınları, 1998, s. 42.

[27] Alasdair MacIntyre, **Ethik'in Kısa Tarihi**, Çeviren: Hakkı Hünler, Solmaz Zelyüt Hünler, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2001, s. 218; Sercan Gürler, **Ahlak ve Adalet**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007, s. 34.

[28] Gürler, **Ahlak ve Adalet,** s. 34.

Kant'ın ahlak felsefesine hakim olan üç temel unsur vardır. Bunlar; iyi irade, ödev ve özgürlüktür. Kant'a göre kendi başına, mutlak ve koşulsuz olarak iyi olan tek şey iyi iradedir[29]. Bir başka deyişle ahlaki bakımdan değerli olan, tüm diğer iyilerin zorunlu koşulu olan ama kendisi koşulsuz olan biricik şey, iyi iradenin kendisidir. İyi iradeyi en yüksek ve koşulsuz iyi olarak tanımlayan Kant, aslında insanın ahlaki durumunu bütünüyle insanın kendi kontrolüne bırakmayı amaçlamaktadır. Bunun anlamı ise insanın kendi aklını kullanması, yani pratik aklın iradeyi doğru yönlendirmesidir [30].

Kant iyi iradenin yapısını ve anlamını ödev kavramına başvurarak açıklamaktadır. Buna göre iyi irade, ödevin ne olduğunu bilen, yani pratik aklın buyruklarını tanıyan, ödevi ödev olduğu için yerine getiren iradedir. Ahlaka uygun eylem, doğuracağı sonuç ve etkiden bağımsız olarak bizzat kendisi için gerçekleştirilen, ödeve yani insana ahlaki değerini kazandıran ahlak yasasına duyulan saygıdan kaynaklanan eylemdir[31]. Ahlaka uygun olan böyle bir davranış ise ancak içeriğinden soyutlandığında olanak kazanabilir. Çünkü belli amaçlara ulaşmak için eyleyen insan belirli dürtü ve güdülerin altında davranarak belli bir takım sonuç ve etkiler için hareket etmiş olmaktadır[32]. Ahlaki bir eylem kişinin belirli bir çıkarının yahut arzusunun değil, sadece doğru olanı yapma niyetinin veya iradesinin bir sonucu olmalıdır[33]. Böylece Kant'a göre, bir eylemin ahlaki açıdan değerli bir eylem olarak kabul edilebilmesi için ödeve uygun olması yetmez, aynı zamanda bu eylemin ödevden dolayı yapılmış olması da gerekir. Başka bir ifadeyle ödeve uygun ama örneğin kişisel çıkar gibi başka bir saikle yapılan bir eylem, ahlaki açıdan değerli bir

---

[29] Immanuel Kant, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çeviren: İoanna Kuçuradi, Üçüncü Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2002, s. 8.

[30] Ahmet Cevizci, **Etiğe Giriş**, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2002, s. 180.

[31] Cevizci, **Etiğe Giriş**, s. 181; Bedia Akarsu, **Çağdaş Felsefe**, Genişletilmiş ve Yeniden Düzelenmiş Altıncı Baskı, İstanbul, İnkılap Kitapevi, 1994, s. 42-43; Şahabettin Yalçın, "Adaletin Felsefi Temelleri", **H.F.S.A.**, 9. Kitap, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 78.

[32] Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, s. 103.

[33] West, **Kıta Avrupası Felsefesine Giriş,** s. 42.

eylem değildir[34]. Dolayısıyla bir eylemin ahlaka uygun olması, eylemin altında yatan niyetin veya iradenin ahlak yasası tarafından belirlenmiş olması demektir.

Kant'a göre insanın doğanın belirlediği nedenselliği aşabilmesini sağlayarak onu diğer canlılardan farklı kılan işte sahip olduğu bu iyi irade ve bu iradeyi otonom olarak ahlak yasasına uygun biçimde kullanabilme kapasitesidir. Bir başka deyişle insanı insan yapan, ona onurunu ve değerini veren bu kapasiteyi kullanmak suretiyle elde edeceği sonuçlar değil bizatihi bu kapasitedir[35].

Kant'a göre insana onur ve değer kazandıran ahlak yasasının en önemli özelliği evrenselleştirilebilir olmasıdır[36]. Ahlak yasası, tıpkı doğa yasaları gibi tüm insanlar için geçerli olan bir yasadır. Fakat sadece tüm diğer fiziki varlıklar gibi doğal bir varlık olarak ele alındığında insan da doğa yasasına bilinçsizce ve zorunlulukla uyar. Doğa yasasının insan için belirleyiciliği, onu dıştan koşullaması anlamında koşullu (hipotetik) bir belirleyiciliktir. Hipotetik buyruklar heterenom bir karaktere sahiptir. Yani iradeyi belirleyen ön bir amacı varsayar. Buna karşılık ahlak yasasına uymak insan için bir zorunluluk değil bir ödevdir. Sadece insan, ahlak yasasına saygı ile davranabilir. Çünkü bir tek insan, özgür iradeye, yani otonomiye sahiptir. Ahlak yasası her türlü doğal belirlenimin dışında insanın kendi kendisine

---

[34] Yalçın, "Adaletin Felsefi Temelleri", s. 78.

[35] Stephen Mulhall, Adam Swift, **Liberals and Communitarians**, Second Edition, Oxford, Blackwell Publishers, 1997, p. 43; R. S. Downie, "Kantian Ethics", **The Oxford Companion To Philosophy**, Edited by: Ted Honderich, Oxford & New York, Oxford University Press, 1995, p. 438.

[36] Bir kişi için yapılması ahlaki bakımdan doğru olan herşey başka herkes için de doğrudur; onun için ahlaki bakımdan yanlış olan başka herkes için de yanlıştır. Örneğin evli bir çiftin boşanmasını önlemek için yalan söyleyen kişi, ahlaka uygun davranmamış olur. Çünkü "her durumda herkesin yalan söylemesi" bir ilke olarak kabul edilemez. Koşulsuz buyruk, bir kişi için ahlaki bakımdan doğru olanın tüm insanlık için de doğru olması anlamında, herkesi bağlayan ahlaki bir yasadır. Dolayısıyla bir davranışta bulunurken her zaman için şu sorunun sorulması gereklidir: "Davranışım genel bir yasa niteliğine sokulacak olsaydı, tüm insanlık böyle davrandığında ne olurdu?". Böylece bir eylemi herkes için geçerli olmasını düşünerek gerçekleştirmek, koşulsuz buyruğun evrenselliğini ortaya koymaktadır. Kant, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi,** s. 17-18; Yücel, **Hukuk Felsefesi**, s. 175-176; Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, s. 103; Işıktaç, **Hukuk Felsefesi,** s. 194-195; Ayrıca bkz. Campbell, **Rights: A Critical Introduction**, p. 55; MacIntyre, **Etik'in Kısa Tarihi**, s. 220-221; Jeremy Waldron, **The Right To Private Property**, Second Edition, Oxford, Clarendon Press, 2002, p. 71; Nigel Warburton, **Felsefeye Giriş**, Çeviren: Ahmet Cevizci, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2000, s. 49-50.; John Cottingham, **Akılcılık**, Çeviren: Bülent Gözkan, İstanbul, Doruk Yayımcılık, 2003, s. 146-148; Henry E. Allison, "Immanuel Kant", **The Oxford Companion To Philosophy**, Edited by: Ted Honderich, Oxford & New York, Oxford University Press, 1995, p. 437.

koyduğu buyruk anlamında koşulsuz (kategorik) bir buyruktur. Bunun anlamı ise her türlü doğal belirlenimin dışında, insanın kendi kendisine eylemlerini yönlendirmek için koyduğu (otonom) bir yasa veya buyruk olmasıdır. İnsan bu buyruğu veya yasayı kendi iradesi ile kendi kendisine koyup, gereğini yerine getirmeye çalışır. Böyle bir yasa her türlü içerikten yoksun, salt ve formel bir yasadır. Özgür bir insan ise bu yasaya uymayı kendine ödev bilen insandır[37]. Bir başka deyişle Kant, özgürlüğü akıl sahibi bireyin evrensel ahlak yasasına bağlı olarak kendi aklının buyruklarını izlemesi biçiminde kavramaktadır. Özgürlük, bireyin dış zorlamadan bağımsız olarak otonom biçimde yasa koymasıdır[38]. Böylece Kant'ta özgürlüğün iki cephesi vardır. Bunlar; negatif özgürlük ve pozitif özgürlüktür. *Negatif özgürlük*, kişinin rasyonel iradesinin, dış nedenlerin yani doğadaki nedenselliğin belirleyiciliğinden bağımsız olarak işlemesidir. Fakat bu bağımsızlık tümüyle keyfilik veya yasasızlık anlamına gelmemektedir. Buradan hareketle *pozitif özgürlük* ise, kişinin kendi aklının buyruklarını izleyerek kendi kendisine yasa koyması, yani ahlaki eylemlerinin temelindeki ilkelerin kaynağının insanın kendisinin olmasıdır (otonomi)[39]. Bununla birlikte bireyin otonom olarak koyduğu ahlak yasası evrensel

[37] Cevizci, **Etiğe Giriş**, s. 182; Özlem, **Etik-Ahlak Felsefesi**, s. 72-74; Edmundson, **An Introduction to Rights**, p. 32-33; Adil İzveren, **Hukuk Felsefesi**, İkinci Baskı, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 45, 1994, s. 46-47. Koşullu buyruk, bizatihi kendisi için değil, fakat arzulanan veya tasarlanan bir sonuca ulaşmak için gerekli bir kural olarak kabul gören davranış ilkesidir. Bir başka deyişle kendisinin, aracı yahut koşulu olduğu başka bir şeyin gerçekleşmesi için hangi araçların seçilmesi gerektiğini gösteren bir davranış ilkesidir. Bundan dolayı da insanın doğal yanı ile ilgilidir. Buna karşılık koşulsuz buyruk, geçerliliği bir başka amaç tarafından yadsınmayan aksine kendi içinde bir nihai değer konumuna sahip olan koşulsuz bir taleptir. Bir başka deyişle başka bir amacın aracı olarak değil bizatihi kendisi için kabul edilip yaşama geçirilen buyruk türüdür. Koşulsuz buyruk insanın doğal yanını belirleyen koşullara bağlı değil, aksine her türlü koşul düşüncesinden mutlak olarak bağışık bir buyruktur. Bu tür bir buyruk ya da yasa nedensel olarak belirlenmiş fenomenler dünyasında (doğada) bulunmaz. Bkz. Ernst Cassirer, **Kant'ın Yaşamı ve Öğretisi**, Çeviren: Doğan Özlem, İkinci Baskı, Ankara, İnkılap Kitapevi, 1996, s. 259; Cevizci, **Etiğe Giriş**, s. 183-184; Yücel, **Hukuk Felsefesi**, s. 174; MacIntyre, **Etik'in Kısa Tarihi**, s. 221; Warburton, **Felsefeye Giriş**, s. 49; Karl Ameriks, "Immanuel Kant", **The Cambridge Dictionary of Philosophy**, General Editor: Robert Audi, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 403; Cottingham, **Akılcılık**, s. 146.

[38] Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 192.

[39] Immanuel Kant, **The Metaphysics of Morals**, Translated by: Mary Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 48; Kant, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, s. 64-65; Attracta Ingram, **A Political Theory of Rights,** Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 101-102; Yalçın, "Adaletin Felsefi Temelleri", s. 79; Gunnar Beck, "Immanuel Kant's Theory of Rights", **Ratio Juris**, Vol.: 19, No: 4, 2006, p. 382.

ahlak yasasına uygun olmalıdır[40]. Buna göre Kant koşulsuz buyruğu şöyle formüle eder: *"[M]aksimimin aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceğim şekilden başka türlü hiç davranmamalıyım[41]." "[A]ncak aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceğin maksime göre eylemde bulun[42]"*.

Kant'ın ahlak yasasının veya kategorik emperatifin bir başka formülasyonu ise şöyledir:

> *"[İ]nsan ve genel olarak her akıl sahibi varlık, şu veya bu isteme için rastgele kullanılacak sırf bir araç olarak değil, kendisi amaç olarak vardır; ve gerek kendine gerekse başka akıl sahibi varlıklara yönelen bütün eylemlerinde hep aynı zamanda amaç olarak görülmelidir (....) [H]er defasında insanlığa kendi kişinde [şahsında] olduğu kadar başka herkesin kişisinde[şahsında da] de sırf araç olarak değil, aynı zamanda amaç olarak davranacak biçimde eylemde bulun[43]."*

Kant'ın bu formülasyonu oldukça önemlidir: İnsan salt bir insan olduğu için asli bir değere sahiptir ve başlı başına bir amaçtır. Akıl sahibi bir varlık olarak insan araç olarak değil, amaç olarak varolur. Dolayısıyla insanın her zaman amaç olarak muamele görmesi gerekir. Bunun nedeni ise insanın diğer canlıların aksine doğal yanından bağımsız olarak akla da sahip bir varlık olmasıdır[44]. Kant'ın bu temel ilkesi insana iki yönlü bir ödev yüklemektedir. Buna göre insan hem kendisini, hem de diğer insanları birer araç olarak değil, başlı başına amaç olarak görmeli ve buna uygun olarak davranmalıdır[45]. Başka insanları hiçbir zaman salt kendi kişisel amaçlarımızın araçları olarak kullanmamalıyız. Bu nedenle ahlaka uygun biçimde eylemde bulunmak başka kişilere rasyonel varlıklar, dolayısıyla da ahlaki amaçlar

---

[40] Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 192.

[41] Kant, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, s. 17.

[42] Kant, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, s. 38.

[43] Kant, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, s. 45-46.

[44] Cevizci, **Etiğe Giriş,** s. 186; Atilla Yayla, **Liberalizm**, Üçüncü Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, 2000, s. 129.

[45] Yayla, **Liberalizm**, s. 130.

olarak muamele etmek anlamına gelmektedir[46]. Bunun anlamı başka insanları kendi amaçlarımız için kullanmamamız, bilakis onların insanlıklarını, iradelerini ve kendilerine ait amaçları olan bireyler olduklarını kabul etmemiz gerektiğidir[47]. Buna ek olarak başkalarının da kendi amaçları için bizi araç olarak kullanmalarına izin vermemeliyiz. Bir başka deyişle kendi kendimize de irade ve amaç sahibi olan rasyonel bir varlık olarak muamele etmeliyiz.

Sonuçta akıl sahibi bir varlık olarak insanın kendi ahlaki tercihlerini kendi özgür iradesiyle yapabilecek bir kapasitede oluşu ahlaki otonomisini meydana getirmektedir. Böylece insan kendi yaşamına yön verecek kararları kendi özgür iradesiyle alarak, kendi yaşamını kendisi biçimlendirecektir. Bu, insan olmanın doğal bir sonucudur. Bu nedenle insanın ahlaki otonomisinin reddi demek, insanlığının reddedilmesi demektir[48].

b. Kant'ın Hukuk Felsefesi Bağlamında Hak Anlayışı

Kant'ın ahlak felsefesinin hak anlayışı açısından değerlendirmeye alınacak olan noktaları ana hatları ile ortaya konulduktan sonra, bu kısımda Kant'ın hukuk anlayışı ve bu doğrultuda geliştirdiği hak kavrayışı incelenmeye çalışılacaktır. Kant'ın hukuku nasıl kavradığını ortaya koyabilmek için öncelikli olarak hukuk ile ahlak arasında yaptığı ayrımı ele almak gerekmektedir.

Kant'a göre insan davranışları iki evreli bir oluşum sergilemektedir: Davranışı hazırlayan saik ve davranışın dış görünümü. Davranışı hazırlayan saik ahlak alanına, davranışın dışa yansıyan görünümü ise hukuk alanına ilişkindir. Bir başka deyişle ahlak bakımından öncelikle önem taşıyan, eylemin saiki, yani ahlak yasasına uymak niyetiyle gerçekleştirilmiş olmasıyken, hukuk bakımından öncelikle

[46] West, **Kıta Avrupası Felsefesine Giriş**, s. 43.

[47] Warburton, **Felsefeye Giriş**, s. 50-51.

[48] Uygun, **Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, s. 285-286.

önemli olan davranışın dış görünüşünün hukuk normuna uygunluğudur. Buradan hareketle hukuka uygunluk (legalite) ile ahlaka uygunluğun (moralite) birbirinden ayrı olduğu sonucu çıkartılabilir[49]. Bundan başka ahlak alanında otonomi geçerliyken, hukuk alanında heteronomi söz konusudur. Ahlak alanında kuralı koyan ve ona uygun davranan, uygun davranmadığında da yaptırım uygulayan bizzat kişinin kendisidir. Bu nedenle ahlakın yürürlük kaynağı ve sorumlu olunan makam içtedir. Hukuk alanında ise kuralı koyan ve uyulmadığı takdirde yaptırım uygulayan kişinin dışındaki bir makamdır. Dolayısıyla hukukun yürürlük kaynağı ve sorumlu olunan makam dıştadır. Kant, ahlak ile hukuk arasındaki ayrımı bu ölçüler çerçevesinde temellendirmektedir[50].

Böylece Kant'a göre hukukun iki temel özelliği vardır: Hukuk davranışın dış yönüyle ilgilenir ve hukuk zorlayıcıdır[51]. Hukuk insanların dış ilişkilerinin biçimiyle ilgilidir. Bu nedenle hukuk, insan davranışlarının dışa yansıyan sonuçlarıyla ilgilenmektedir. Bir başka deyişle hukukun amacı, insan davranışının dış dünyadaki belirme şeklini, bir anlamda dış özgürlüğü düzenlemektir[52]. Çünkü insanın dış

---

[49] "Doğa yasalarıyla karşılaştırıldığında özgürlük yasalarına *ahlaki* yasalar denir. Salt dışsal eylemlere ve bunların hukuka uygunluğuna yönelik olanlar ise hukuksal yasalar olarak tanımlanır; ama eğer ayrıca yasaların kendileri eylemleri belirleyen temeller olmayı da talep ederse, bunlar [artık] *etik* yasalardır [.] [E]ylemin hukuksal yasalara uygunluğuna *hukuksallık* (legality), etik yasalara uygunluğuna ise *ahlakilik (*morality) denir. Yasaların ilkinin işaret ettiği özgürlük yalnızca iradenin *dışsal* kullanımındaki özgürlük olabilir; ama ikinci yasanın işaret ettiği [özgürlük] iradenin aklın yasaları tarafından belirlendiği ölçüde hem dışsal, hem de içsel kullanımındaki özgürlüktür". Kant, **The Metaphysics of Morals,** p. 42. Böylece hukuka uyma yükümlülüğünün mutlaka ahlaki nedenlere dayanması gerekmez. Hukuka uygunluk için hangi nedenle olursa olsun hukuk kurallarını benimsemek ve onlara saygı göstermek yeterlidir. Annemarie Pieper, **Etiğe Giriş**, Çeviren: Veysel Atayman, Gönül Sezer, İstanbul, Ayrıntı, 1999, s. 66; ayrıca bkz. Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, Filiz Kitapevi, t.y., s. 72-73. Ayrıca bkz. Mehmet Tevfik Özcan, "Rule of Law: A Modus Vivendi Or An Imaginary Relationship", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Vol.: 38, No: 55, 2006, p. 54; Orhan Münir Çağıl, "Filozof 'Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlak ve Hukukun Felsefi Esasları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XIII, Sayı: 3, 1947, s. 1125.

[50] Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, s. 71-75, Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 196; Yücel, **Hukuk Felsefesi**, s. 177.

[51] Ahmet Ulvi Türkbağ, "Immanuel Kant'ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet", **H.F.S.A**., 2. Kitap, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Afa Yayıncılık, 1995, s. 76. Eylemin bir hukuk yasasına uyması ancak zorlama ile sağlanabilir. Bundan dolayı da eylemin dıştan zorlanabilirliği hukuk kavramları ile düzenlenir. Bkz. Cassirer, **Kant'ın Yaşamı ve Öğretisi**, s. 421.

[52] Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, Beşinci Baskı, Ankara, Siyasal Kitapevi, 1999, s. 219; Çağıl, "Filozof 'Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlak ve Hukukun Felsefi Esasları", s. 1124-1125.

dünyaya yansıyan davranışları başka insanların özgürlüklerini etkileyebilmektedir. Hukukun insan davranışlarını düzenlemesinin nedeni, insanların birlikte yaşama halinde de özgürlüklerinin korunmasıdır. Duyular evreninde insanların birlikte yaşamasını sağlayan hukukun sentetik niteliği de bundan kaynaklanır. Bir başka deyişle hukuk, katı bir determinizmin hakim olduğu dış evrene aittir[53]. Buna ek olarak hukuktaki zorlayıcılık hiçbir zaman meşruiyetini kaybetmez. Çünkü hukuk bu zorlamayı, bir kişinin özgürlüğünün başka birisi tarafından tehlikeye atılmasını engellemek amacıyla kullanmaktadır. Bir başka ifadeyle hukuk, zorlama gücünü insanın ahlaken sahip olduğu özgürlüğünü korumak ve bu özgürlüğü gerçekleştirmesine olanak sağlamak için kullanacaktır. Bu yüzden hukuk insan davranışlarının zorla düzenlenmesini içerir. Böylece hukuk, özgürlüğün yani ahlakın fenomenler evreninde gerçekleşme aracı niteliğindedir[54].

Kant hukuk felsefesinde özgür bir biçimde kendi amaçlarının peşinde koşan insanların bir arada yaşayabilmelerinin koşullarını sorgulamaktadır. İnsanların birarada yaşamalarını mümkün kılabilecek evrensel düzeyde geçerli bir ilke bulmaya çalışmaktadır. Bu evrensel ilke aynı zamanda varolan hukuk sistemlerinin ve yönetim biçimlerinin meşruluğunu ölçmekte de kullanılır. Kant insanlar için mümkün olabilecek en fazla özgürlüğün, bir insanın sahip olduğu özgürlüğün başkasınınkini ihlal etmemesini de garanti altına alacak şekilde nasıl başarılabileceği meselesi ile ilgilenmektedir. Bunun için hem özgürlüğü, hem de birlikte yaşamayı garanti altına alacak evrensel özgürlük yasasını formüle etmektedir[55]. *"Böylece evrensel Hukuk (Right) yasası şu şekilde dile getirilebilir: 'Dışsal olarak öyle bir biçimde davran ki evrensel bir hukuka göre iradenin özgür kullanımı başka herkesin*

[53] Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 196; Üskül, **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, s. 61.

[54] Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 196; Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 220. Kant'ın felsefesinde temel değer bireyin kendi öz değeridir. Bu öz değer ise bireyin özgürlüğünde, yani ahlaki kuralları koyma ve bunlara uyma yetisinde temellenir. Bu bakımdan herkes ilke olarak eşittir. Hukuki haklar ve siyasal kurumların amacı da bu eşit özgürlüğü korumaktır. Gunnar Skirbekk, Nils Gilje, **Antik Yunan'dan Modern Döneme Felsefe Tarihi**, Çeviren: Emrullah Akbaş, Şule Mutlu, İstanbul, Üniversite Kitapevi, 2004, s. 366.

[55] Skirbekk, Gilje, **Antik Yunan'dan Modern Döneme Felsefe Tarihi**, s. 368.

özgürlüğü ile birlikte varolabilsin[56]*"*. Bir başka deyişle bu temel hukuk ilkesi, bir kişinin özgür seçimleri ile bir başkasının özgür seçimlerinin, özgürlüğün genel yasasına uyacak şekilde uzlaştırılabileceği durumları belirler. Kant'a göre, bireyin sınırsız davranış özgürlüğünün, genel bir yasaya uygun olarak başka herkesin özgürlüğü ile bağdaşacak şekilde sınırlandırılması gerekir. Bu ilkeye dayanan etkin hukuk, herkesin davranış özgürlüğünü aynı biçimde sınırlar. Bu sınırlama ise, farklı ve birbiriyle çatışan amaçlara sahip olan insanların barış içinde bir arada yaşamalarını mümkün kılar. Bununla birlikte böyle bir özgürlük kısıtlaması, mümkün olan en üst seviyede davranış özgürlüğünü garanti altına alan bir kısıtlamadır[57].

Buna göre haklar da aklın ürünü olan ve bireylerin otonom seçimlerinin birarada mümkün olabilirliğinin koşullarını belirleyen "evrensel özgürlük yasası"ndan türetilir. Bu özgürlük koşullarının gerçekleşebilmesi için ise hukuka ihtiyaç duyulmaktadır[58]. "*Buna göre Hukuk (Right) evrensel bir özgürlük yasasına uygun olarak bir kişinin seçiminin başka birisinin seçimi ile birleşebildiği koşulların toplamıdır"*[59]. Kant'ın hukuk sisteminde hukukun temel amacı genel özgürlük yasasına göre kişilerin özgürlüklerini birbirleriyle uzlaştırmak ve böylece de en fazla özgürlüğü garanti altına almak olduğu için, devletin veya siyasi iktidarın ödevi siyasi liberalizmin genel çizgisine uygun olarak hukuk kuralları aracılığıyla kişilerin özgürlük alanlarını belirlemekle sınırlandırılmıştır[60].

---

[56] Immanuel Kant, **The Philosophy of Law: An Exposition of The Fundamental Principles of Jurisprudence As Science of Right,** Translated by: W. Hastie, Edinburgh, T&T Clark, 1887, p. 46. Cümlenin Türkçe'ye çevrisi için ayrıca bkz. Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, s. 235 dipnot 101.

[57] Skirbekk, Gilje, **Antik Yunan'dan Modern Döneme Felsefe Tarihi**, s. 368-369.

[58] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 113-114, 135, 138;

[59] Kant, **The Metaphysics of Morals**, p. 56; ayrıca bkz Kant, **The Philosophy of Law: An Exposition of The Fundamental Principles of Jurisprudence As Science of Right,** p. 45.

[60] Yasemin Işıktaç, "Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları", **H.F.S.A**., 11. Kitap, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s. 139; Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 221; Stone, **The Province and Function of Law,** p. 245.

Kant, hukukun amacına uygun olarak bireylere yüklediği hukuki ödevleri de üç başlık altında değerlendirmektedir[61]:

Şerefli yaşa (*honeste vive*): Bu ödev kişinin başka kişilerle ilişkilerinde kendi değerini korumasını içermektedir. Bir başka ifadeyle kişi başka kişilerle kurduğu ilişkilerde kendisinin bir araç değil, bir amaç olduğunun bilincinde davranmalıdır.

Başkasına zarar verme (*neminem laede*): Kişi, bir zorunluluk hali ile karşılaşsa bile başka birisine zarar vermemelidir.

Herkese kendi hakkını tanı (*suum cuique tribue*): Bu ödev "herkese hakkı olanı ver" biçiminde değil, "her kişinin kendisine ait olanın, geri kalan herkese karşı korunduğu bir durumda bulun" biçiminde anlaşılmalıdır. Çünkü birisine ait olan zaten onundur, hali hazırda ona ait olan ona verilemez.

Kant'a göre tek tek kişilerin bir arada bir toplum halinde ve mesafeli bir yakınlık içerisinde yaşayabilmeleri, ancak hepsinde ortak olan ahlaki bir paydanın çizdiği sınırlar dahilinde olanaklıdır[62]. Bu ortak payda özgürlüktür. Bu nedenle Kant doğuştan gelen tek bir hak olduğunu belirtmektedir. Bu hak ise özgürlük hakkı, yani başka bir kimsenin zorlayıcı iradesinden bağımsız olma hakkıdır. Her insan, insanlığından, bir başka ifadeyle insan olmasından dolayı doğuştan bu hakka sahiptir. Her insanın doğuştan sahip olduğu özgürlük, aynı zamanda insanlar arasındaki doğuştan eşitliğin de zeminini kurmaktadır. Ayrıca kişinin kendi kendisinin efendisi olması, başka kişilerin özgürlük haklarını etkilemediği sürece düşüncelerini açıklaması, onlara söz vermesi de yine doğuştan gelen özgürlük hakkından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte bu özgürlük, başkalarının özgürlüğü ile birlikte

---

[61] Kant, bu üçlü ayrım konusunda Ulpianus'u izlediğini belirtmektedir. Bkz. Kant, **The Philosophy of Law: An Exposition of The Fundamental Principles of Jurisprudence As Science of Right,** p. 54-55; Kant, **The Metaphysics of Morals**, p. 62-63. Ulpianus'un hukuki ödevlere ilişkin görüşleri için bkz. Erdoğmuş, **Roma Hukuku**, s. 91. Kant hukuk ile ahlak arasında yaptığı ayrıma paralel olarak hukuki ödevler ile ahlaki ödevleri birbirinden ayırt etmektedir. Ahlaki ödevler, dış bir kanuna tabi olmayan ödevlerken, hukuki ödevler dış bir kanuna tabi olan ödevlerdir. Bkz. Çağıl, "Filozof 'Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlak ve Hukukun Felsefi Esasları", s. 1124-1125.

[62] Yücel, **Hukuk Felsefesi**, s. 173.

varolabilen bir özgürlüktür[63]. Bir diğer ifadeyle kişinin özgürlüğü, başka birisinin özgürlüğünün başladığı noktada sona ermektedir.

Kant'a göre hak, *zorlama kullanmak konusunda yetkilendirilmiş olmaktır*[64]. Bir başka deyişle hak ve zorlama yetkisi aynı şeydir[65]. Zorlama, bizatihi kişinin özgürlüğünü gerçekleştirmesine yönelik bir engeldir. Bu nedenle de kişinin seçme özgürlüğüne, yani otonomisine müdahale edilmesi anlamında zorlama (genelde) yanlış birşeydir. Ama eğer bir birey seçme özgürlüğünü başkasının seçme özgürlüğünü engelleyici bir biçimde kullanmışsa, bu bireyin özgürlüğünü kullanmasına zor kullanarak mani olunabilir. Böyle bir zorlama eşit özgürlük ilkesi ile bağdaşmaktadır. Çünkü eğer haksız biçimde iradem dışarıdan zorlanmışsa, irademi zorlayan kişi özgürlüğün varolan dağılımına müdahale etmiş olur. Eğer bu kişinin zorlamasına zorlama ile karşılık verirsem, bir anlamda özgürlüğün dağılımını yeniden sağlamış, yani eski haline döndürmüş olurum. Böylece Kant, zorlamayı "bir özgürlüğün engellemesinin engellenmesi" biçiminde tanımlamaktadır. İşte bu nedenden dolayı haklar sistemi, evrensel özgürlüğün karşılıklı olarak mümkün olabilirliğinin koşullarını betimlemektedir[66].

Kant'ta tıpkı hukukun davranışların dış görünümü ile ilgili olması gibi haklar da davranışlar arasındaki dış ilişkilerle, yani iradeleler arasındaki ilişkinin biçimi ile ilgilidir. Haklar, bireylerin izledikleri amaçların değeri veya arzulanırlığı ile ilgili değildir. Yani hak, hak sahibinin hakkını kullanmak suretiyle doğmasını arzuladığı sonuçlarla ilgili değildir. Bu nedenle örneğin bir sözleşmede tarafların karşılıklı

---

[63] Kant, **The Philosophy of Law: An Exposition of The Fundamental Principles of Jurisprudence As Science of Right,** p. 56; Kant, **The Metaphysics of Morals**, p. 63-64.

[64] Kant, **The Metaphysics of Morals**, p. 57.

[65] Kant, **The Metaphysics of Morals**, p. 58; Abdülhak Kemal Yörük, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 746, Hukuk Fakültesi No: 155, 1958, s. 238.

[66] Kant, **The Metaphysics of Morals**, p. 57; Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 135; Hillel Steiner, "Working Rights", **A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries**, Matthew H. Kramer, Nigel E. Simmonds, Hillel Steiner, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 277; Alexander Somek, "German Legal Philosophy and Theory in the Nineteenth and Twentieth Centuries", **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Edited by: Dennis Patterson, Oxford, Blackwell Publishing, 1996, p. 344; ayrıca bkz. Jeremy Waldron, **Liberal Rights**, New York, Cambridge University Press, 1993, p. 240; Nigel E. Simmonds, "Property, Autonomy and Welfare", **A.R.S.P.**, Vol.: LXVII, No: 4, 1981, p. 63; Hart, "Are There Any Natural Rights", p. 79 vd.

iradelerinin birbirine uygun olması, sözleşmenin geçerli olması için yeterlidir. İlgili işlem sonucunda tarafların elde edecekleri çıkarın bir önemi yoktur[67]. Diğer bir ifadeyle tarafların iradesinin uyuşması hukuk açısından yeterlidir; bu uyuşmanın kapsamı ve içeriği hukuku ilgilendirmez[68]. İradeyi harekete geçiren saik, hukuk bakımından önem taşımaz.

Haklar bir kişinin kendi amacının peşinden gitmesinin, başka birisinin kendi amacını izlemesine ne derecede engel olabileceği ile ilgilidir[69]. Diğer bir ifadeyle bir kişinin özgürlüğünün başka bir kişinin özgürlüğüne hangi koşullar altında sınır çizebileceğini belirlemektedir. Bundan dolayı da haklar, kişilerin içerisinde özgürce eyleyebilecekleri kendilerine ait hakimiyet alanlarının sınırlarını çizmektedir. Bir başka deyişle hak, kişinin otonomisi tarafından temellendirilen kişisel hakimiyet alanını belirlemektedir. Böylece Kant'ta hak kavramı hem yapabilmeyi, yani bir anlamda izin verilebilirliği, hem de buna engel olunmaması, yani ihlal edilemezlik fikrini içermektedir[70]. Bu suretle hak kavramının altında yatan temel düşünce hak sahibinin iradesinin, yani özgür seçiminin veya otonomisinin dışa yansımasının hukuk aracılığıyla garanti altına alınmasıdır.

Kant'ın böylece hakkın sadece dış görünüşünü dikkate aldığını söylemek mümkündür. Bir başka deyişle Kant, hakkı, hak sahibinin iradesine riayet edilmesi için diğer kişileri zorlayabilme gücü olarak tanımlamakla sadece hakkın dışardan nasıl göründüğüne odaklanmaktadır. Böyle bir yaklaşım içeriğinden soyutlanmış irade gibi, içeriğinden soyutlanmış bir hak anlayışını yansıtmaktadır. Dolayısıyla hak kavramının özünün ne olduğuna ilişkin bir fikir vermemektedir. Buna ek olarak hak sahibi olmanın irade sahibi oluşla bağlantılandırılması, küçükler ve akıl hastalarının,

---

[67] Kant, **The Metaphysics of Morals**, p. 57; Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 135; Güriz **Hukuk Felsefesi**, s. 220.

[68] Yücel, **Hukuk Felsefesi,** s. 178; Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 220.

[69] Kant, **The Metaphysics of Morals**, p. 57; Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 135

[70] Halbuki çalışmanın bir önceki bölümünde ele alınan Hohfeld'in yaklaşımı serbestlik ile talep arasında yaptığı ayrımla, Kant'ın hak kavrayışında görülen izin verilebilirlik ve ihlal edilemezliğin birliğini parçalamış olmaktadır. Bir başka deyişle Hohfeld bu ikisi arasında bir gerektirme ilişkisinin kurulamayacağını göstermiştir.

yani temyiz gücü bulunmayanların hak sahipliğini açıklayamamaktadır. Kant'ın hak anlayışına getirilebilecek temel eleştiriler bunlardır.

3. Friedrich Carl Von Savigny'nin Yaklaşımı

Kıta Avrupası'nda ismi Tarihçi Hukuk Okulu ile özdeşleşen ünlü Alman hukukçu Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861) ve onun öğrencisi olan Bernhard Josef Hubert Windscheid (1817-1892) klasik irade teorisinin diğer önemli isimleridir. Hak kavramını açıklamaya yönelik olarak geliştirdikleri görüşlerini incelemeye geçmeden önce Savigny'nin hukuk anlayışını şekillendiren Tarihçi Hukuk Okulu[71] üzerinde durmak uygun olacaktır.

a. Genel Olarak Tarihçi Hukuk Okulu

Tarihçi Hukuk Okulu, rasyonalist doğal hukuk düşüncesinin etkisi altında gerçekleşen Fransız Devrimi ve bu devrimin ürünü olan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ne yönelik bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Klasik doğal hukuk düşüncesi Fransız Devrimi'nin yarattığı hukuki ortamın etkisiyle pozitifleşerek özel bir görünüm almıştır. Bu görünüm rasyonalist doğal hukuk olarak isimlendirilmektedir. Rasyonalist doğal hukukun Fransız Devrimi ile kazanmış olduğu başarı, insan aklı ile ulaşılan ilkelerin en mükemmel hukuk sistemini yaratabileceği ve bu ilkelerin hukuk sistemi içerisinde geçerlilik ve etkinlik kazanması ile toplumun ulaşmak istediği bütün hedeflere ulaşılabileceği düşüncesine yol açmıştır. Doğal hukuk düşüncesine göre, insanın doğuştan sahip olduğu hak ve özgürlüklerin anayasal düzenlemelere taşınması ile birlikte pozitif hukukun temeli

[71] Tarihçi Hukuk Okulu'nun kurucusu Gustav Hugo'dur (1764-1844). Bununla birlikte okulun düşüncelerini sistemleştiren ve geliştiren en önemli temsilcisi Savigny'dir. Bundan dolayı Tarihçi Hukuk Okulu Savigny'nin ismi ile anılmaktadır. Niyazi Öktem, Ahmet U. Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul, Der Yayınları, 1999, s. 307; Tarık Özbilgen, **Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2170, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 485, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 132.

sayılan medeni yasalara da yansıması söz konusu olmuştur. Bunun ilk örneği, Code de Napoléon olarak da bilinen 1804 tarihli Fransız Medeni Yasası'dır. Tüm bu gelişmelerin Alman hukuk düşüncesi üzerindeki etkisi karışık olmuştur. Fransız Medeni Yasası'nın başarısının etkisi altında kalan Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), Almanya'nın değişik bölgelerinde uygulanan farklı hukuk kurallarının bir yana bırakılarak, ülkenin tamamında uygulanacak bir medeni yasanın hazırlanması fikrini ortaya atmıştır. Bu yolla, Napoléon işgali sırasında ve sonrasında siyasal olarak bölünmüş olan Almanya'nın milli birliğinin sağlanmasının kolaylaşacağı düşüncesini savunmuştur. Thibaut söz konusu fikirleri ile Alman hukukçuları arasında yeni bir tartışmanın fitilini de ateşlemiştir[72].

Savigny 1814 yılında basımı yapılan *Vom Beruf Unserer Zeit für Geseztgebung und Rechtswissensachft* [Zamanımızın Kanun Koyma ve Hukuk Bilimi Alanındaki Ödevi] başlıklı eseri ile Thibaut'un önerisine karşıt bir görüş geliştirerek, hukuk ile toplumsal kültür arasındaki ilişkiye dikkat çekmiştir[73]. Savigny için hukukun kaynağı meselesi çözüme kavuşturulması gereken önemli bir konudur. Savigny hukukun kaynağı kavramı ile hem hukukun oluşumunu, hem hukuk kurumlarını, hem de bu kurumlarda soyutlama yoluyla oluşturulan hukuk kurallarını ifade etmektedir. Bir başka deyişle hukukun kaynağı ile hukukun genel anlamda oluşumuna ve de tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkan hukuk kurum ve kurallarına işaret etmektedir[74]. Buna karşılık kendi yaşadığı çağın doğa bilimlerinin ve sosyal bilimlerin ulaştığı aşamanın, hukukun tarihsel süreç içerisinde nasıl ortaya çıktığı sorusuna doyurucu bir yanıt verilmesine olanak sunmadığı düşüncesindedir[75]. Savigny'nin Roma hukukuna yönelik ilgisi, her hukuk sisteminin belirli bir sosyal ve

---

[72] Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 227-228; Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 212-213. Ayrıca bkz. Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş,** s. 36-37; Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi,** Yeniden Düzenlenip Gözden Geçirilmiş Ekli Sekizinci Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 1996, s. 248; Ross, **On Law and Justice**, p. 344-345; Cahit Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 178-179.

[73] Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 37.

[74] Ali Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt:1, Sayı:1, 2006, s. 65-66.

[75] James Harrington Boyd, "Socialization of the Law", **The American Journal of Sociology**, Vol.: 22, No: 6, 1917, p. 822-823.

tarihsel gelişimin ürünü olduğunu düşünmesine yol açmıştır. Böylece bütün çağlar ve ülkeler için geçerli, insanın rasyonalitesinden kaynaklanan bir ideal hukuk düşüncesinin tamamen soyut ve gerçeklikle ilgisiz olduğu fikrine ulaşmıştır. Evrensel ve soyut doğal hukuk düşüncesine karşıt olarak her ulusun hukukunun o ulusun yaşayışı ve kültürü ile yakından ilişkili olduğunu, hatta hukukun bunların sonucu olarak geliştiğini savunmuştur[76]. Hukuk, ulusal kanı ve inançlardan yani halkın ruhundan (*volksgeist*)[77] kaynaklanır ve onunla gelişir. Nasıl ki dil, halk tarafından anonim olarak kendiliğinden yaratılmış ve onunla gelişmişse hukuk da aynı şekilde oluşur ve gelişir. Bir başka deyişle nasıl ki dil, devlet gücüyle yönetenlerin müdahalesi veya rasyonel çabaları sonucu değil, zamanın akışı içinde, bilinçli çabaların ürünü olmaksızın anonim ve mistik biçimde oluşup gelişmekteyse, hukuk da tıpkı böyle bir oluşum ve gelişim sergilemektedir. Dolayısıyla düşünülüp tasarlanmış olmayan hukuk kuralları insan aklının yapay icatları değil, halk ruhunun doğal ürünleridir. Söz konusu gelişme, bilinç düzeyi geliştikçe derinleşir ve yaygınlaşır. Dil gibi hukukun gelişimi de hiçbir biçimde kesintiye uğramayan bir süreçtir. Hukuk halkın bilincinde, bu bilincin diğer unsurları gibi ve onlarla birlikte varolan canlı bir varlıktır[78]. Bu nedenle hukuk yasakoyucunun iradesinin bir görünümü değil, yazılı olmayan örf ve adet hukukundan ibarettir[79].

---

[76] Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 228-229; Balı, **Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları,** s. 151; Munroe Smith, "Four German Jurists", **Political Science Quarterly**, Vol.: 10, No: 4, 1895, p. 666; Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, s. 175-176.

[77] Savigny'e atfedilen halk ruhu kavramını ilk kez Tarihçi Hukuk Okulu'nun bir diğer temsilcisi olan Puchta, *Das Gewohnheitsrecht* [Örf-Adet Hukuku] isimli eserinde kullanmıştır. Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", s. 71; Ross, **On Law and Justice**, p. 345. Halk ruhu, her halkın metafizik anlamda sahip olduğu bir ruhu deyimlemektedir. Tarık Özbilgen, **Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi Dersleri,** İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1655, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 357, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1971, s. 475. Bununla birlikte halk ruhu kavramı bireyin üstünde ve dışında duran bir kavram değil, aksine bireyde ve bireyle varolan bir kavramdır. Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", s. 71.

[78] Savigny'nin hukukun oluşumu ve gelişimi için dili örnek göstermesi, dili halkı birleştiren ve birarada tutan bir unsur olarak görmesinden kaynaklanmaktadır. Hukuk da tıpkı dil gibi, halkı birarada tutan birleştirici unsurlardan birisidir. Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", s. 67; Yücel, **Hukuk Felsefesi**, s. 129; Özbilgen, **Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi Dersleri,** s. 476; Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 215; Hirş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, s. 88; Balı, **Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları,** s. 152; Ross, **On Law and Justice**, s. 345; Özbilgen, **Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri**, s. 132-133; Karadeniz-Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 86.

[79] Yücel, **Hukuk Felsefesi**, s. 129; Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 231; Harris, **Legal Philosophies**, p. 235; Stone**, The Province and Function of Law**, p. 431; Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, s. 175-176.

Savigny'e göre hukuk kuralları halk ruhunun ürünü olduğu için, ne kadar millet varsa o kadar da birbirinden farklı ruh olacaktır. Bu sebeple her milletin hukuk kuralları da diğerlerinden farklı olacaktır. Milletlerin birbirlerinden farklı dilleri olduğu gibi birbirlerinden farklı hukuk sistemleri de vardır. Dolayısıyla bir milettin hukuku bir başkasına uymaz. Benzer şekilde bir milletin bir çağdaki hukuku bir başka çağdaki hukukuna da uymaz. Çünkü halk ruhu da zaman içerisinde değişmekte ve gelişmektedir. Böylece rasyonalist doğal hukuk düşüncesinin aksine, hukuk zaman ve yere göre değişiklik göstermektedir. Bu nedenle hiçbir hukuk sisteminin evrensel olarak yürürlük kazanması söz konusu olamaz[80]. Hukuk toplumsal yaşam içerisinde kendiliğinden yavaş yavaş oluştuğu için, "*hukuk nasıl olmalıdır?"* biçiminde bir sorunun sorulması gereksizdir. Hukukun nasıl meydana geldiğini, oluşmasında hangi etkenlerin rol oynadığını saptamak hukukçu için yeterlidir[81]. Bir başka ifadeyle *"hukuk nasıl ise öyle olmalıdır."* [82]

Savigny'ye göre tarihsel gerçeklik dikkate alındığında her toplumun hukukunun ortaya çıkmasını ve gelişmesini sağlayan üç dönem vardır; bir başka deyişle Savigny hukukun gelişimini üç ayrı döneme ayırmaktadır. Bunlar; ilk dönem, bilimsel dönem ve kanunlar dönemidir[83].

İlk dönemde hukuk halk vicdanından doğarak, örf ve adet biçiminde somut bir görünüm kazanır. Bu aşamda hukuk tıpkı dil gibi, diğer kültürel öğelere benzer biçimde toplumsal yaşamda kendiliğinden ortaya çıkar ve gelişir[84]. Bu dönem halkın tam olarak örgütlenmediği bir durumu yansıtmaktadır. Bu dönemde bireylerin

---

[80] Hirş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, s. 88-89; Balı, **Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları,** s. 152; Smith, "Four German Jurists", p. 666; Harris, **Legal Philosophies**, p. 235-236.

[81] Üçok, Mumcu, Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 248.

[82] Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, s. 176.

[83] Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 229; Balı, **Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları,** s. 151; Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", s. 72; Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 37; Somek, "German Legal Philosophy and Theory in the Nineteenth and Twentieth Centuries", p. 347.

[84] Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 229; Balı, **Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları,** s. 151; Ross, **On Law and Justice**, p. 345.

birbirlerine benzer davranışları gözlemlenmektedir. Bu benzer davranışlar zaman içinde tekrarlana tekrarlana halkın bilincinde yer etmekte ve bu sürecin sonunda halkta benzer davranışlara ilişkin ortak bir bilinç oluşmaktadır[85]. Halkın kendiliğinden hukuku yaratması döneminde hukuk kavramları basit ve kavramların amaçları sınırlı olsa da, bu dönemde hukuk dinamik ve canlıdır[86]. Savigny halkın bilincinde var olmaya devam eden hukuku, *hukukun politik unsuru* olarak nitelendirmektedir[87].

İkinci dönemde ise toplumun da gelişimine paralel biçimde örgütlenme düzeyinin artmasıyla profesyonel olarak hukukla uğraşan bir hukukçular sınıfı ortaya çıkar. Kültürel ilerleme aynı zamanda halkın hukuka ilişkin bilincinin zayıflamasına yol açar. İşte hukuk bilincine ilişkin olarak doğan bu boşluğu doldurmak hukukçuların işidir. Hukukçular sınıfının ortaya çıkışı hukuk dilinin gelişmesine ve hukuksal yaşamın bir bilim alanına dönüşmesine yol açar. Hukukçular halkı temsil etmekle birlikte halkın vicdanından doğan kuralları yorumlamak, düzenlemek ve sistemleştirmek gibi teknik nitelikli faaliyetleriyle hukuku ilk dönemine nazaran daha karmaşık ve yapay bir hale getirir. Bir başka deyişle hukukçuların uğraşı daha ziyade halk hukuku üzerindeki biçimsel ve teknik bir uğraştan ibarettir. Bununla birlikte hukukçular sınıfının yeni hukuk kuralları yaratması söz konusu değildir. Onların ödevi yalnızca halkın bilincinden doğan kuralları, tıpkı bir dilbilgisi uzmanının bir dildeki dil kurallarını tespit etmesi gibi, bulup ortaya çıkartmak, düzenleyip sınıflandırarak hukuk kavramlarını belirtmektir[88]. Diğer bir ifadeyle, tıpkı bir bahçıvanın bitkilerin gelişimine mukayyet olması gibi yasakoyucu da akademik hukuki çalışmaların desteğini alarak hukukun doğal gelişimine doğrudan müdahalede

---

[85] Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", s. 72.

[86] Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 230; Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 215.

[87] Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", s. 70.

[88] Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 229-230; Balı, **Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları,** s. 151; Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", s. 73-74; Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 215; Hirş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, s. 88; Üçok, Mumcu, Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 248-249; Ali Nazım Sözer, **Hukukta Yöntembilim**, İzmir, Beta, 2008, s. 23; Ross, **On Law and Justice**, p. 345; Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, s. 177.

bulunmaksızın bu gelişmeyi kolaylaştırmalıdır[89]. Bu gelişim aşamasında hukuk hem teknik olarak işlenmiştir, hem de kökeninde yer alan toplumsal kültürü yansıtmaktadır[90]. Bu dönemde hukuk ilk döneme nazaran basitliğini ve canlılığını yitirmekte ve daha statik, karmaşık ve suni bir nitelik kazanmaktadır[91]. Savigny, bu aşamadaki, yani hukukçuların elindeki hukuku ise *hukukun teknik unsuru* olarak nitelendirmektedir[92].

Hukukun gelişimindeki üçüncü aşama ise hukukun yazılı hale getirildiği kanunlar dönemi veya pozitif hukuk aşamasıdır. Bilimsel dönemde geliştirilen hukuk artık yasalaştırmaya (kodifikasyona) uygun bir hale gelmiştir. Hukuk, en fazla kesinliğe ve belirliliğe sahip olduğu zaman devlet iktidarı tarafından yazılı hale getirilmelidir[93]. Savigny'e göre gerçek hukuk halkın ruhundan çıkan, örf ve adetler biçiminde somutlaşan hukuktur. Bir başka deyişle yasa da halk ruhunun bir türevidir. Dolayısıyla yasalaştırma yapılmış olsa bile, hukuk yine de yasakoyucunun elinden çıkmış olmayacaktır[94]. Böylelikle bu yaklaşım, klasik irade teorisinin, hukukun, pozitivitesinden (yasakoyucu irade tarafından konulmuş olmasından) ziyade evrimci bir süreç içerisinde kendiliğinden ortaya çıktığına ve hukukçular eliyle sistematik bir karakter kazandığına vurgu yapan bir örneğidir.

---

[89]Ross, **On Law and Justice**, p. 345.

[90] Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 37.

[91] Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 230; Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 215.

[92] Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", s. 70.

[93] Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", s. 75; Balı, **Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları,** s. 151; Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 215. Savigny yaşadığı döneme ilişkin olarak Alman hukukunun henüz ikinci aşamada olduğunu, bundan dolayı hukukçuların öncelikli olarak sistemleştirme çalışmaları yapmaları gerektiğini, ancak bundan sonra yasalaştırmanın söz konusu olabileceğini savunmuştur. Çünkü henüz Alman ulusal birliği sağlanamamıştır ve hukukçular henüz eğitimleri bakımından zayıf durumdadırlar. Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 216; Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 230; Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş,** s. 37; Ross, **On Law and Justice**, p. 345. Gerçekten de Savigny'nin görüşleri, Alman hukuk yaşamı üzerinde etkili olmuş ve Almanya'daki yasalaştırma hareketlerinin yarım yüzyıldan fazla bir süre gecikmesine yol açmıştır. Alman Medeni Kanunu (BGB) Savigny'nin düşüncelerine uygun olarak, Almanya'nın siyasi birliğini kurmasının akabinde 1896'da yapılmış ve 1 Ocak 1900'de yürürlüğe girmiştir. Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 228; Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 37-38. Ayrıca bkz. Boyd, "Socialization of the Law", p. 823; Özbilgen, **Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri**, s. 133-134; Stone**, The Province and Function of Law**, p. 430.

[94] Balı, **Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları,** s. 152; Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", s. 75-77. Böylece Savigny hukukun oluşturulması bakımından iradeci pozitivizme karşı çıkmış, bunun yerine tarihsel pozitivizmi benimsemiştir.

b. Savigny'nin Hak Anlayışı

Savigny'nin Tarihçi Hukuk Okulu bağlamındaki görüşleri ana hatları ile ortaya konulduktan sonra, bu kısımda hak kavramını nasıl kavradığı üzerinde durulacaktır. Yukarıdaki bilgiler ışığında Savigny'nin hukuktaki değişmeden ziyade hukukun değişimini vurguladığı sonucuna ulaşılabilir. Bir başka deyişle Savigny hukukun devrim yoluyla değişimini değil, evrimci bir değişimini savunmuştur. Özellikle söz konusu doğal gelişim özel hukuk konuları bakımından geçerlidir. Savigny'ye göre bu alana yasakoyucunun dışarıdan yapacağı müdahale belirlilik yerine bilakis belirsizlik getirecektir. Savigny özel hukuk alanını kişilerin bireysel iradelerinin egemen olduğu bir alan olarak tanımlamaktadır. Dolayısıyla devlet özel hukuk alanına müdahale etmemelidir. Ona göre dış dünyanın ortasında yer alan insan için en önemli unsur başka insanlarla iletişim içinde bulunmasıdır. Böyle bir iletişimde bireyler özgür varlıklar olarak birarada bulunmak durumundadır. İnsanlığın ilerlemesi sürecinde bireyler birbirlerini sınırlandırmaz, aksine birbirlerinin gelişimine katkıda bulunur. Bunu sağlayan ise görünmez bir sınırın varlığıdır. Bu görünmez sınırı ve özgür alanı belirleyen kurallar ise hukuku oluşturmaktadır. Böylece Savigny (özel) hukuku, bireylerin özgürlük alanlarının sınırlarının belirlenmesi olarak kavramaktadır[95]. Savigny'e göre her hukuki ilişki bir kişinin başka bir kişiyle ilişkisinden ibarettir. Savigny bireyin iradesinin, yani özerkliğinin bir ifadesi olarak, bir başka deyişle otonomisinin gerçekleşme alanı olarak özel hukuka özel bir önem atfetmektedir[96]. Böylece klasik irade teorisinin, hakları bilhassa özel hukuk ile ilişkilendirdiği görülmektedir.

Savigny'nin bu (özel) hukuk tasvirinde, Kant'ın özgürlük anlayışının ve hukuk felsefesinin etkisi aşikardır. Savigny de Kant gibi hukukun bireysel özgürlük alanlarının sınırlarını çizdiği ve bireylerin içinde özgürce hareket edecekleri hakimiyet alanlarını belirlediği fikrindedir. Kant bunu evrensel özgürlük yasasından türetirken, Savigny evrimci bir görüşü benimsemektedir.

---

[95] Acar, "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", s. 74; bu konuda ayrıca bkz. Stig Jorgensen, **On Justice and Law**, Aarhus, Aarhus University Press, 1996, p. 64-65.

[96] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 142, dipnot 41.

Savigny hak kavramını, hukuk düzeni tarafından bireylere tanınan bir irade hakimiyeti veya irade gücü olarak tanımlamaktadır. Hukuki ödev ise bir kişinin davranışının, onun "irade özgürlüğü" alanından çıkması ve başka birisinin egemenliği altına girmesidir. Dolayısıyla hak kavramı bakımından asli nitelik taşıyan, iradedir. Örneğin alacaklı alacağını borçlusundan talep ettiği zaman, alacaklının iradesi borçluyu etkiler. Alacaklı borçlunun belli bir şekilde davranmasını, yani borcunu ödemesini ister. Böylece pozitif hukuk düzeni borçludan borcunu yerine getirmesi talebinde bulunur. Bu durumda alacaklının iradesi borçlunun iradesi ile birleşir ve devlet iradesi tarafından desteklenir. Bu görüşe göre, ancak bir kimse başkalarını kendi iradesine göre hareket etmeye hukuken zorlayabildiği takdirde, ilgili konuda hak sahibi olabilir[97]. Dolayısıyla Kant gibi bu yaklaşımın da sadece hakkın dış görünüşüne, yani formuna odaklandığı anlaşılmaktadır.

Windscheid ise Savigny'nin bu yaklaşımını biraz daha geliştirmiştir. Windscheid 1878 tarihli *Wille und Willenerklarung* [İrade ve İrade Beyanı[98]] isimli eserinde hukuki hakları iradenin korunması bakımından tanımlamıştır[99]. Windscheid'a göre de hakkın özü (essence) irade gücü veya üstünlüğüdür (supremacy)[100]. Bir başka deyişle Windscheid da hakkı, hukuk tarafından bahşedilen bir irade gücü veya hakimiyeti olarak görmektedir. Windscheid bu değerlendirmesi yanında hak kavramını yapısı bakımından da bir incelemeye tabi tutmaktadır. Bu bağlamda Windscheid'a göre iki tür hak vardır: İlk tür hak, hak sahibinin iradesinin bir tezahürü olan eylemlerine karşı gelen diğer kişileri, belli bir biçimde davranmaya zorlama gücüdür. Hukuk düzeni, bu irade gücünü tanıdığı kişiyi bu gücü kullanmasına karşı çıkan diğer kişi aleyhine hukuk yollarına başvurup başvurmamak konusunda serbest bırakır. Hak sahibi eğer isterse karşı çıkanları kamu gücünü

[97] Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 131-132; Oğuzman, Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, s. 90.

[98] Windscheid'in söz konusu eserinin isminin Türkçe karşılığı konusunda Hocam Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'den yardım aldım.

[99] Boyd, "Socialization of the Law", p. 823-824.

[100] Ross, **On Law and Justice,** p. 188.

harekete geçirerek, iradesine uygun davranmaya zorlayabilir. İlgili hukuk kuralının uygulanmasına temel olan yetki bizatihi hak sahibine aittir. İkinci tür hak ise hak sahibinin, hakları üzerinde tasarruf etmesidir. Hak sahibi varolan haklarını değiştirme, azaltma veya ortadan kaldırma yetkisi yanında yeni haklar meydana getirme yetkisine de sahiptir. Dolayısıyla bu tip haklar ilk tip hakların kurulmasına, değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına ilişkin haklardır[101].

Burada kısaca değinilmesi gereken bir başka nokta ise hak kavramını iradenin formu üzerinden temellendiren Savigny'nin, hukukun uygulanması konusunda da Kavramcı Okul olarak tanınan bir yaklaşıma esin kaynağı olmasıdır. Savigny geleneksel hukuk kurumlarının ve kavramlarının nihai hukuksal öğelerine indirgenmesine ve bu suretle, ilgili kavramların saflaştırılarak yeniden formüle edilmesine yönelik çalışmalarda bulunmuştur[102]. Savigny'nın bu yaklaşımı Kavramcı Okul tarafından da benimsenmiştir. Kavramcı yaklaşım, hukuksal bir sorunun çözümlenmesinde hukuk normunun daima daha soyut bir duruma veya genelliğe taşınmasını önermektedir. Hukuk kuralı kavramsallaştırıldıkça daha yüksek bir soyutluğa getirilecek ve böylece de hukuksal kavramların kapalı bir sistemi oluşturulabilecektir[103]. Bu yaklaşıma göre bir kuralın anlamı sadece hukuki kavramlardan, kavramlar arasındaki mantıksal bağdan hareket edilerek bulunabilir. Böyle bir çalışma ile tüm kavramlar üzerinde durularak geometrik bir yaklaşımla bir kavram piramidi veya hiyerarşisi oluşturulur. Hukuk biliminin ödevi, hukuk cümlelerinin birbirleriyle olan sistematik bağlantısını kurmak, hangisinin hangisinden kaynaklandığını belirlemek ve böylece yasakoyucunun ve sıradan insanın düşüncesinin ötesinde onları anlamlandırarak ortaya çıkarmaktır[104]. Yapılacak olan bu genelleme, soyutlama ve sistemleştirme çalışmaları yoluyla da bir

---

[101] Yörük, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, s. 234-235. Windscheid'ın hak tipolojisini Hohfeld'in yaklaşımına göre yorumladığımızda, ilk tür hakkın hem talebi, hem de serbestliği içerdiğini, ikinci tür hakkın ise Hohfeld'deki yetkiye karşılık düştüğünü belirleyebiliriz. Bununla birlikte Windscheid, Hohfeld'deki bağışıklığa karşılık gelen bir ayrım yapmamıştır.

[102] Smith, "Four German Jurists", p. 666-667.

[103] Yasemin Işıktaç, Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2003, s. 69.

[104] Sözer, **Hukukta Yöntembilim**, s. 24; Somek, "German Legal Philosophy and Theory in the Nineteenth and Twentieth Centuries", p. 347.

pozitif hukuk sistemi içerisinde ortaya çıkan bütün hukuki sorunlara, bilimsel olarak reddedilemeyen çözümler sunan bir normlar sistemi kurulmuş olacaktır[105]. Hukuk kuralı uyuşmazlığa uygulanırken, sosyal gerçeklikten veya somut gerçeklikten ziyade, kuralın soyut içeriğinden hareket edilecektir. Çünkü hukukçunun sosyal gerçeklikle ilgili değerlendirmede bulunması, zorunlu olarak sübjektif bir nitelik taşıyacaktır. Hukuk kuralının içeriği hukuk biliminin geliştirdiği kavramlar ile belirlenmelidir. Dolayısıyla hak, mülkiyet, sözleşme, tazminat gibi temel hukuk kavramları mümkün olduğunca soyutlanarak ve genelleştirilerek belirlenecektir. Bu doğrultuda Kavramcı Okul, hukukun yöneldiği sosyal amaçlara kayıtsız kalmakta ve hukukta genelleştirme ve kavram yaratma işlemine önem vermektedir[106]. Bu işlemler yoluyla kurulacak üst kavramlar sistemi kıyas yoluyla sosyal ihtiyaçları karşılayacak biçimde geliştirilebilecektir[107]. Soyut kavramlar üzerinden hareketle çatışan iradeler birbiriyle tutarlı kılınıp bağdaştırılabilecektir. Dolayısıyla burada temel vurgu, hukukun iç tutarlılığı olan sistematik bir yapı oluşu üzerindedir.

D. Klasik Çıkar Teorisi

1. Genel Olarak

Klasik irade teorisi hukukun sistematik ve kendi içinde tutarlı yapısı üzerine odaklanmaktadır. Klasik irade teorisine göre hukukun görevi, çatışan iradelerin birbirleriyle bağdaştırılabileceği bir koşullar kümesi sunmaktır. Hukuk (yasakoyucu) bu görevi yerine getirirken, iradenin içeriğini gözönüne almaz. Bir başka deyişle yasakoyucu, doğrudan doğruya sosyal yaşamdaki çıkar çatışmalarını göz önüne alıp, bu çıkarlar arasında hukuki olarak korunmaya değer bulduklarını diğerlerinden ayırt edecek pozitif bir müdahalede bulunmaz.

---

[105] Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 54.

[106] Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, s. 170; Sözer, **Hukukta Yöntembilim**, s. 24; Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 53-54.

[107] Erdoğan Göğer, **Hukuk Başlangıcı Dersleri**, Cilt: 2, A.Ü.H.F. Yayınları No: 399, Ankara, 1976, s. 126; Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, s. 177.

Klasik irade teorisinin bu yaklaşımına karşılık klasik çıkar teorisi, hukukun biçiminin diğer cephesine yani hukukun konulmuş, pozitif karakterine odaklanmaktadır. Buna göre hukuk, toplumsal yaşamdaki çıkar çatışmaları arasına yasakoyucu eliyle çekilen yapay bir sınırdır. Çıkar teorisi, irade teorisinin aksine, tüm bireysel çıkarların bağdaştırılabileceği ve karşılıklı olarak tutarlı kılınabileceği, örneğin Kant'ın evrensel özgürlük yasasının yol gösterdiği, ideal bir koşullar kümesinin söz konusu olamayacağını vurgulamaktadır. Bundan dolayı da çıkarların makul şekilde dengelenebilmesi için hukuka ihtiyaç vardır[108]. Yasakoyucu pozitif bir müdahalede bulunarak çıkar çatışmalarını çözecek ve dengeleyecek hukuk kurallarını oluşturmalıdır. Hukuku uygulayan makamlar da uygulamalarında çıkarları dengeleyecek kararlara ulaşmalıdır.

Gerçekten de statik bir yapıda olan hukuk kuralı, hayat şartlarındaki değişimi birebir izleyemez. Örneğin sözleşmeyi düzenleyen hukuk kuralı yeni bir ekonomik ilişki karşısında yetersiz kalabilir. Dolayısıyla bir hukuksal uyuşmazlığı çözmek için sadece ileri derecede soyutlaştırılmış ve genelleştirilmiş kavramlar yardımcı olamayacaktır.

Klasik çıkar teorisinin Kıta Avrupası'ndaki en önemli temsilcisi klasik irade teorisindeki yetersizliği vurgulayan Rudolph Von Jhering'dir (1818-1892). Dolayısıyla Jhering'in yaklaşımını burada ele almak uygun olacaktır.

2. Rudolph Von Jhering'in Yaklaşımı

19. yüzyılın önemli hukukçularından birisi olan Jhering, düşünce yaşamının başlangıcında Tarihçi Hukuk Okulu'nun görüşlerini benimsemiştir. Fakat daha sonra bu düşünce çizgisinden ayrılmıştır[109]. Jhering'in adı sosyal faydacılık düşüncesiyle

[108] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 114, 138.

[109] Bkz. Rudolph Von Jhering, **The Struggle For Law**, Translated from the Fifth German Edition: John J. Lalor, Chicago, Callaghan and Company, 1879, p. 7-8. Jhering'in Tarihçi Hukuk Okulu'nun ve kavramcı hukuk biliminin çizgisinden ayrılması Alman ulusal birliğinin kurulması mücadelesinin

anılmaktadır. Jhering'in düşüncelerinin oluşumunda ve gelişiminde bireyciliğe, hukuki kavramların sosyal gerçeklikten soyutlanmasına ve hukukun gelişiminin metafizik kavramlara başvurularak açıklanmasına karşı çıkışı etkili olmuştur[110].

a. Hukuk (Hak) Uğruna Mücadele

Jhering Tarihçi Hukuk Okulu'nun hukukun oluşum ve gelişimine ilişkin görüşlerine karşı çıkmaktadır. Jhering'e göre hukuk, bu görüşün taraftarlarının savunduğu gibi mücadele edilmeksizin, dil gibi kendiliğinden ve zahmetsizce gelişmez[111]. Bilakis hukuk sosyal mücadelelerin bir ürünüdür. Hukukun amacı barıştır, fakat bu amaca ulaşmanın aracı savaştır. Söz konusu savaş milletler arasında, sınıflar arasında ve bireyler arasında yaşanan bir savaştır[112]. Gerçekten de hukuk tarihi incelendiğinde köleliğin kaldırılması, din ve vicdan özgürlüğü gibi birçok hukuki reformun uzun süreli ve çoğu zaman kanlı mücadelelerin sonucunda gerçekleştirildiği görülmektedir[113].

Jhering hukuk kelimesinin iki anlamı olduğunu belirtir. Objektif hukuk, devlet tarafından uygulanan hukuk kurallarını, bir başka deyişle sosyal yaşamın hukuksal olarak düzenlenmesini ifade eder. Buna karşılık sübjektif hukuk ise soyut hukuk kurallarının kişilere sağladığı somut hukuki hakları dile getirir. Jhering'e göre hukuk, her iki anlamı bakımdan da ancak mücadele yoluyla kendi varlığını kabul ettirebileceği bir dirençle karşılaşmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzeninin ve hakların devlet tarafından korunması, bunları ihlal eden kargaşaya ve düzensizliğe karşı

---

hemen arifesine, yani 1860'ların başına rastlamaktadır. Özellikle 1866 yılında Avusturya ile girişilen savaş Jhering'in, hukukun soyut hakları belirleyen bir süreç değil çatışan çıkarları uzlaştıran bir yöntem olduğu biçimindeki temel düşüncesini geliştirmesinde oldukça etkili olmuştur. William Seagle, "Rudolf Von Jhering: Or Law As A Means To An End", **The University of Chicago Law Review**, Vol.: 13, 1946, p. 78.

[110] Stone, **The Province and Function of Law**, p. 300, 311; Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 281; Ahmet Gürbüz, **Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi**, İstanbul, Beta, 1999, s. 88.

[111] Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 7.

[112] Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 1.

[113] Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 12.

verilen sürekli bir mücadeledir[114]. Siyasi iktidarın anayasaya aykırı davranması nedeniyle ulusun ihtilal yoluna başvurması, hakkı ihlal edilen kişinin hakkını korumak için dava yoluna başvurması hukuk için yapılan mücadelenin örneğidir. Benzer şekilde bir devletin uluslararası düzlemde kendi varlığını ve hukukunu korumak için savaş yoluna başvurması da yine hukuk uğruna yapılan bir mücadeledir[115]. Dolayısıyla söz konusu mücadele hukukun bütün alanlarında yani hem özel hukuk, hem kamu hukuku, hem de uluslararası hukukta varolan bir mücadeledir[116].

Hakkı ihlal edilen bir kişi bir tercih yapmak durumundadır; ya hakkını ihlal edene karşı bir mücadeleye girişecektir ya da hakkından vazgeçecektir. İlk durumda hukuk için barış feda edilecektir, ikinci durumda ise barış için hukuk feda edilecektir. İlk bakışta buradaki problem bir aritmetik problemi gibi görülebilir. Hakkı ihlal edilen kişinin, sahip olduğu seçeneklerdeki avantajlarını ve dezavantajlarını karşılaştırıp, ona göre bir tercih yapacağı düşünülebilir. Burada göz önüne alınan hakkın konusunun maddi değeridir. Oysa gündelik deneyimlerden de görülebileceği gibi durum böyle değildir. Hakkı ihlal edilen kişiler, çoğu zaman hakkın konusu olan nesnenin değerini dikkate almaksızın, hakkını korumak için dava yoluna başvurur, yani mücadele yolunu seçer. Benzer şekilde bir devletin başka bir devlete ait olan kurak ve değersiz bir toprak parçasını işgal ettiğini düşünelim. Toprağı işgal edilen devlet de tıpkı hakkı ihlal edilen kişi gibi iki seçeneğe sahiptir; ya toprağını korumak için savaşa girecek ya da olan biteni kabullenecektir. Bununla birlikte kendisine yapılana sessiz kalan bir devletin, son parça toprağına kadar herşeyini kaybedeceği, bir anlamda ölüm fermanını imzaladığı aşikardır. Dolayısıyla savaşa giren devlet, sadece işgal edilen bir parça toprak için değil, ulusal onuru ve bağımsızlığı için de savaşır. Tıpkı bu durum gibi, hakkı ihlal edilen kişinin de hakkını korumak için mücadeleye girmesinin nedeni, hakkın konusunun maddi değeri değil, ama ideal bir amaç olarak kişinin kendi kişiliğini, öz-saygısını ve hak duygusunu savunmasıdır.

[114] Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 5-6.

[115] Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 283, 284.

[116] Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 19.

Dolayısıyla hakkı ihlal edilen kişinin hukuki yollara başvurmasını teşvik eden sırf bir maddi çıkar değil, maruz kaldığı haksızlığın ona verdiği ahlaki acıdır. Böylece kişi dava yoluna gitmekle aslında kendi hakkının, bir başka deyişle kişiliğinin tanınmasını istemektedir[117]. Kişiye ihlal edilen hakkını savunma gücünü veya enerjisini veren ise hakkın maddi değeri ile ortak ölçülemez olan ideal değerdir (ideal value)[118]. Böylece Jhering'in "çıkar" kavramını iki farklı anlamda kullandığı söylenebilir: İlki kelimenin dar anlamıyla maddi, yani değeri para ile ölçülebilen çıkardır. İkincisi ise manevi değerleri kapsayacak biçimde daha geniş bir anlam taşımaktadır. Bu tip bir çıkarın hukuksal ifadesi ise "kişilik haklarıdır"[119].

Jhering'e göre hukuk alanında haksızlığa karşı direnmek yani hakkı için mücadele etmek, hakkı ihlal edilen hukuki hak sahiplerinin bizatihi kendilerine karşı borçlu oldukları bir ödevdir. Bu Jhering'in teorisinin ilk ilkesidir. Bu ödev, ahlaki öz-korumanın (moral self-preservation) evrensel bir emridir. Çünkü varoluşun devam ettirilmesi, yaşayan tüm canlıların en yüksek yasasıdır. Fakat varlığın sürdürülmesi sadece fiziksel anlamda varoluşu değil, aynı zamanda ahlaki varoluşu da içermektedir. Hukukun değişik kısımlarında düzenlenen mülkiyet, evlilik, sözleşme ve ünün (reputation) herbirisi ahlaki varoluşa özgü koşullardır. Bir başka deyişle bunlar kişi olmanın asli şartlarıdır. Dolayısıyla ahlaki varoluşun koşullarını sağlayan hak ve hukuktur. Bundan dolayı kişinin hakkını ileri sürmesi aslında ahlaken varlığını koruması ödevidir. Buna karşılık kişinin haklarından vazgeçmesi ise ahlaken intihar etmesi (moral suicide) demektir[120]. Hukuki haklara sahip olan her kişinin hakkını savunması aslında varlığının ahlaki koşullarını savunmasıdır[121].

Jhering, insanların mülkiyet veya sözleşmenin kişi olmanın şartı olduğunu bilmeseler de, bunu hissettiklerini belirtmektedir. İnsanlar, fiziksel yaşamın devamı

---

[117] Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 21-26.

[118] Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 55.

[119] Stephen C. Angle, "Should We All More English? Liang Qichao, Rudolf von Jhering, and Rights", **Journal of the History of Ideas**, Vol.: 61, No: 2, 2000, p. 245.

[120] Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 28-31, 58.

[121] Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 43.

için böbreklerin, kalbin veya ciğerlerin şart olduğu bilgisine sahip olmasalar da, bu organlardaki ağrıyı veya acıyı hissederler. Fiziksel ağrı veya acı organizmadaki bir bozukluğun belirtisidir. Bu acı hissi yakın tehlikeye karşı bir uyarıdır. Aynı şey kasti bir haksızlığın neden olduğu ahlaki acı için de doğrudur. Tıpkı fiziksel acının fiziksel öz korumayı anımsatması gibi, haksızlığa maruz kalmak karşısında duyulan manevi acı da ahlaki öz-korumayı hatırlatmaktadır[122].

Jhering'e göre, hukuk (hak) uğruna mücadele etmek, hak sahibinin kendine karşı bir ödevi olmanın yanında, topluma karşı da borçlu olduğu bir ödevdir. Bu ise, Jhering'in teorisinin ikinci ilkesidir. Jhering bu ilkeyi objektif hukuk ile sübjektif hukuk yani hukuk düzeni ile hak arasındaki ilişki üzerinden açıklamaktadır. Buna göre, hukuk düzeni veya daha doğru bir ifadeyle hukuk kuralı hakkın varlık koşuludur. Bir başka deyişle kişinin somut hakkı, soyut hukuk kuralından doğmaktadır. Bununla birlikte Jhering'e göre bu durum hukuk ile hak arasındaki ilişkinin sadece bir yanıdır. Hakkın hukuka bağlı oluşu gibi, hukuk da hakka bağlıdır. Hak, varlığını ve gücünü soyut hukuk kuralından alır. Ama aynı zamanda hak da hukukun pratikteki gerçekleşme şeklidir. Bir başka ifadeyle hak da hukuka hayat vermektedir. Pratiğe yansımayan, uygulanma olanağı bulmayan bir hukuk kuralı

[122] Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 38-39. Bununla birlikte Jhering kişilerin içinde bulundukları sosyal koşulların, ait oldukları sosyal sınıfların ve dolayısıyla sahip oldukları mesleklerin haksızlığa uğramaları halinde duyacakları ahlaki acı ve bu itibarla hakları için mücadele etme güçleri üzerinde belirleyici olduğu fikrindedir. Buna göre mesleği askerlik olan bir kişi onur kırıcı bir haksızlığa tahammül edemezken, bir köylü mülkiyet hakkına yapılan bir saldırıya bütün gücüyle direnir. Mesleği tüccarlık olan bir kişi ise ticari itibarını zedeleyen haksızlıklara karşı savunmaya geçecektir. Kişilerin içinde bulundukları sosyal koşullar, hak duygusunun ne derece hassas ve gelişmiş olduğunu da belirlemektedir. Dolayısıyla Jhering'e göre hak duygusunun hassasiyeti sadece bir huy ya da karakter meselesi değildir, aynı zamanda sosyal bir nedeni de vardır. Bu neden, kişinin olduğu gibi sosyal sınıfların da kendilerine has amaçlara ulaşabilmeleri için hukukun ve sahip oldukları hakların vazgeçilmezliği duygusuna sahip olmalarıdır. Bir hakkın ihlali halinde hak duygusunun buna tepki vermek konusunda sahip olduğu enerjinin derecesi, kişinin veya sınıfın hem genel olarak hukuka, hem hukukun spesifik bir kısmına; hem kendi kişiliklerine hem de yaşamdaki spesifik gayelerine verdikleri önemi ölçmenin evrensel olarak doğru olan güvenilir bir ölçüsüdür. Benzer şekilde devletler de ceza hukuku aracılığıyla kendi varlıklarını sürdürme koşullarına yönelik en büyük tehdit gördükleri suçları diğer suçlara nazaran daha ağır bir biçimde cezalandırmaktadır. Örneğin teokratik bir devlet, putperestliği sınır ihlaline nazaran daha ağır biçimde cezalandırırken, bir tarım devletinde durum tam tersidir. Bir ticaret devleti, sahte paranın piyasaya sürülmesini; mutlakiyetçi bir devlet, devlete ihaneti; askeri bir devlet emre itaatsizliği çok ağır biçimde cezalandırmaktadır. Kısacası hem devletin, hem kişilerin, hem de sınıfların hukuk duygusunun vereceği tepki, kendilerine özgü varlık koşullarının tehdit altında olduğunu duyumsadıkları zamanda en şiddetli ve güçlü haldedir. Bu konuda bkz. Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 39-46; hak duygusunun hassasiyeti ve gelişmişliği konusunda ayrıca bkz. p. 59-60.

gücünü kaybetmiş demektir. Jhering'e göre hak ile hukuk arasındaki bu ilişki hem özel hukuk, hem ceza hukuku hem de uluslararası hukuk bakımından geçerlidir. Resmi devlet görevlilerine yükletilen ödevler suretiyle, kamu hukuku ve ceza hukukunun pratikte gerçekleşmesi teminat altına alınmıştır. Böylece kamu hukuku ve ceza hukukunun pratikte uygulanması resmi otoritelerin ve memurların ödevlerini yerine getirmelerine, yani ödevlerine sadık kalmalarına bağlıdır. Buna karşılık özel hukukun pratikte gerçekleştirilmesi ise hukuki haklar biçiminde kişilere verilmiştir. Bir başka deyişle özel hukukun pratiğe yansıması insiyatifi münhasıran hak sahiplerine bırakılmıştır. Böylece hak sahipleri haklarını ileriye sürmek ve savunmak suretiyle özel hukuka hayat vermektedir. Eğer hak sahipleri sistematik bir biçimde kayıtsızlık, korku veya kolaya kaçma gibi nedenlerle haklarını ileriye sürmeyi ve hakları için mücadele etmeyi ihmal ederse haklar ve dolayısıyla (özel) hukuk, gücünü ve otoritesini yitirir. Kısacası özel hukukun gerçekliği ile pratikteki gücü, somut hukuki hakların ileriye sürülmesi ve bunlar uğruna mücadele edilmesiyle kazanılır. Dolayısıyla hak bir yandan varlığını hukuktan alır, diğer yandan da hukuka hayat verir. Bu nedenle objektif hukuk ile sübjektif hukuk arasındaki ilişki, tıpkı kalpten popalanan kanın vücutta deveran edip geri kalbe dönerek onu beslemesi gibidir[123].

Hakkını savunan kişi, hakkın kendisine sunduğu dar bir alanda aslında tüm hukuk düzenini savunmaktadır. Çünkü bir hakkın ihlali demek, hukukun ihlali demektir. Bu nedenle ihlal edilen bir hakkın savunulması da hukukun savunulmasıdır. Hakkı için mücadele eden kişi aslında hukuk için mücadele etmiş olur. Dolayısıyla da hakkını feda eden kişi aslında hukuku feda etmiştir. Hukuk ve adalet, sırf mahkemelerdeki hakimlerin ve onların emrindeki polislerin varlığı ile korunamaz. Hukukun korunması için toplumun her bir üyesinin diğerleri ile işbirliği yapması gerekir. Buna göre her kişinin düzensizliğe, kargaşaya ve haksızlığa karşı mücadele etme ödevi vardır. Bir başka deyişle hukukun nimetlerinden yararlanan her kişinin, hukuka duyulan saygının ve hukukun gücünün muhafaza edilmesi için kendi payına düşen katkıyı yapması gerekir. Dolayısıyla her kişi aslında toplumun çıkarı

[123] Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 64-66; Angle, "Should We All More English? Liang Qichao, Rudolf von Jhering, and Rights", p. 247-248.

için mücadele eden bir hukuk savaşçısıdır. Böylece kişinin kendi çıkarı ve bu çıkara uygun biçimde davranması kendi kişiliğinin de ötesine varan bir sonuca yol açmaktadır. Kişinin bu çabasından kaynaklanan genel yarar (general good), sadece hukukun otoritesinin ve itibarının korunması anlamında ideal bir çıkar değil, aynı zamanda kurulu sosyal düzenin ve sosyal ilişkilerin korunması ve teminat altına alınması anlamında pratik bir çıkardır. Böylece daha altta yer alan bireysel çıkar güdüsü, kişinin ahlaki varlığını koruması ve sürdürmesi yanında, hukukun gerçekleşmesi için diğer kişilerle işbirliği yapması noktasına ulaşır[124].

Böylece bir sosyal faydacı olarak Jhering'in, kişisel çıkar ile toplumsal çıkarı örtüştürdüğünü söylemek mümkündür. Buna ek olarak hukuk ve haklar, bir yandan kişilerin ahlaki varlıklarını korumaları ve yaşamdaki amaçlarını gerçekleştirmeleri için gerekli koşulları sunarken, diğer yandan da kurulu düzenin, diğer bir deyişle toplumsal yaşamın varlığının ve sürdürülmesinin aracıdır. Hak sahibinin hakkını savunmasının altında yatan düşünce, kendi varlığını korumak güdüsüdür. Bu amaçla, yani kendi çıkarı doğrultusunda hareket eden kişi, aynı zamanda hukukun gerçekleşmesine ve dolayısıyla da toplumsal yaşamın sürdürülmesine katkıda bulunmuş olur. Sübjektif hukukun gerçekleşmesi için mücadele eden kişi bu suretle objektif hukukun da gerçekleşmesini sağlar. İşte bu yolla Jhering, hakların sübjektifliği ile hukukun objektifliğini bağdaştıracak bir yaklaşım geliştirmektedir. Jhering'in geliştirdiği bu yaklaşımı en iyi biçimde ifade eden ve özetleyen ilkeleri yine kendisinden aktarmak mümkündür:

> "Ben kendim için varım.
> Dünya benim için var.
> Ben dünya için varım[125]".

---

[124] Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 68-79. Jhering, tıpkı kişiler gibi, bir devletin de uluslararası alanda devlet olarak varlığını, bağımsızlığını ve hukukunu korumak için mücadele etmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 91 vd.

[125] Rudolph Von Jhering, **Law as a Means To an End**, Translated From The German By: Isaac Husik, Boston, The Boston Book Company, 1913, p. 51. Jhering bu ilkelerin sadece tüm hukuk şemasını değil hayatın tüm alanını kapsadığını belirtmektedir. Buna göre sadece hukuk yaşamının değil, ahlaki yaşamın, özel hayatın, iş ilişkilerinin, toplumsal ilişkilerin ve uluslararası ilişkilerin hepsinin temelinde bu üç ilke vardır.

b. Sosyal ve Bireysel Amaçların Aracı Olarak Hukuk

Jhering'e göre, hukuk ve haklar toplumsal yaşamdaki mücadelelerin sonucu olarak gelişir. Dolayısıyla Jhering hukuku ve hakları Savigny gibi metafizik kavramlara veya Kant gibi bir takım a priori ilkelere gönderme yapmaksızın tamamen sosyal gerçeklikten türetmeye çalışmaktadır. Bu bağlamda hukuk ve haklar sosyal yaşamın sürdürülmesine hizmet eden araçlardır.

Jhering'e göre "*Hukuk, kelimenin en geniş anlamında dış zorlama aracılığıyla devlet gücü tarafından teminat altına alınmış olan sosyal yaşam şartlarının bütünüdür*[126]". Buna göre hukuk içerik (content) ve biçim ya da dış görünüş (external form) olarak iki öğeden meydana gelir. Dış zorlama hukukun biçimini, amaç ise içeriğini belirler[127]. Bir başka deyişle hukukun formuna ait olan zorlayıcılık, içeriğini belirlemez. Çünkü hukukun içeriği zamana ve sosyal şartlara göre değişir. Bununla birlikte hukukun içeriğinin temeli veya belirleyicisi, sosyal yaşam koşullarının güvenceye alınmasıdır. Sosyal yaşam koşulları ise toplumun en yüksek seviyedeki refahını güvence altına almayı içerir. Hukukun amacı da işte budur[128].

Görüldüğü üzere amaç kavramı Jhering'in hukuk teorisi bakımından merkezi bir önem taşımaktadır. Ona göre doğadaki hiçbir şey kendiliğinden gerçekleşmez. Fizik dünyada meydana gelen her değişiklik, yani etki kendisinden önceki bir başka değişikliğin, yani nedenin bir sonucudur. Bir başka deyişle doğada hakim olan yasa nedensellik yasasıdır. Bu yasa insanın iradesi bakımından da geçerlidir. Nasıl ki maddenin hareketi bir nedenin onu harekete geçirmesine bağlıysa, insanın iradi kararları ve hareketleri de bir nedenin sonucudur. Yani insan iradesini belirleyen bir neden vardır. Bu neden ise amaçtır. Maddi doğa mekanik nedensellik yasasına tabiyken, insan iradesi psikolojik nedensellik yasasına veya diğer bir ifadeyle *amaç*

[126] Von Jhering, **Law as a Means To an End**, p. 380.

[127] Von Jhering, **Law as a Means To an End**, p. 380.

[128] Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 38.

yasasına (law of purpose) tabidir. Bununla birlikte doğadaki değişimin nedeni geçmişe aitken, iradeyi belirleyen amaç geleceğe aittir. Gelecekte ulaşılmak istenen bir amaç olmaksızın iradeden söz edilemez[129]. İradenin meydana gelişinde iki aşama vardır: İçsel süreç, iradeyi harekete geçiren psikolojik nedensellik, yani amaçtır. Fakat iradenin, duyular yoluyla kavranan dış dünyadaki tezahürü mekanik nedensellik yasasına göre gerçekleşir. Bu ise iradenin, hareket olarak dışa vurumu, yani dışsal sürecidir[130].

İnsanın hareketi hiçbir zaman başlı başına bir amaç değildir, sadece bir amaç için araçtır. Bir insan su içmiş olmak için su içmez, su içmenin doğurduğu etkiden, yani susuzluğunu gidermesinden dolayı su içer. Bir başka deyişle insan, hareketi değil, hareketin doğurduğu sonuçları arzu eder. İnsan iradesinin amacı yapılan hareket değil, fakat bu hareketin yaratacağı etkiye ve sonuçta meydana gelecek olan tatmine ulaşmaktır[131].

Doğa insana kendi varlığını koruma ve devam ettirme amacı vermiştir. Bu amaç yanında bu amaca ulaşabilmesi için ona çıkar arzusu da vermiştir. Çıkar ise insanda haz ve acı biçiminde tezahür eder. Bir başka deyişle haz ve acı duyguları insana, amacına ulaşmak için izlemesi gereken yolu göstermektedir[132]. Böylece Jhering'e göre insan iradesini yöneten gerçek güç, çıkardır[133]. Her insan kendi bireysel çıkarına ulaşma eğilimi taşımaktadır. Bununla birlikte doğa, insana, belirli bir konuda diğer bir insanla işbirliği yapabilmesi için ikisinin de çıkarlarının aynı olması gerektiğini ve çıkarları aynı olan insanların işbirliği yaptığını da göstermektedir. Bir başka deyişle insan, kendi amacına ulaşmak veya çıkarını

---

[129] Von Jhering, **Law as a Means To an End**, p. 1-3; ayrıca bkz. Orhan Münir Çağıl, "Ihering'in Hukuk Nazariyesinin Temel Fikirleri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XI, Sayı: 3-4, 1945, s. 225-227.

[130] Von Jhering, **Law as a Means To an End**, p. 7.

[131] Von Jhering, **Law as a Means To an End**, p. 8-9.

[132] Von Jhering, **Law as a Means To an End**, p. 26-27; Çağıl, "Ihering'in Hukuk Nazariyesinin Temel Fikirleri", s. 228-229.

[133] Von Jhering, **Law as a Means To an End**, p. 40; Seagle, "Rudolf Von Jhering: Or Law As A Means To An End", p. 83; Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 286; Göğer, **Hukuk Başlangıcı Dersleri**, s. 133.

arttırmak için başka insanlar ile işbirliği yapması gerektiğini görür. İşte toplumun ve sosyal ilişkilerin kökeninde bu çıkar benzerliğinin doğurduğu işbirliği vardır. Bireysel çıkarlara veya amaçlara ulaşmak için yapılan işbirliğinin en yüksek ve organize düzeyi devlettir. Hukuk ise, bu işbirliğinin kurulmasını sağlayacak araçlardan birisidir[134].

Bununla birlikte Jhering, toplum ile devlet arasında ayrım yapmaktadır. Buna göre toplum insan yaşamı için vazgeçilmez bir nitelik taşımaktadır. Öyle ki insan yaşamı ve toplumsal yaşam aynı anlama gelmektedir. Toplumsal yaşamdaki birçok amaca, bireylerin ve sınıfların serbestçe etkileşimde bulunmaları yoluyla ulaşılmaktadır. Toplumun insanın egoizmini yenmek amacıyla kullandığı araçlardan birisi *ödül*dür[135]. Fakat bu yolla ulaşılamayacak olan sosyal amaçlar için (dış) *zorlama*ya ihtiyaç vardır. Bir başka deyişle ancak gerçekleşmeleri için bir dış gücün müdahalede bulunmasını gerektiren sosyal amaçlar bakımından kullanılan araç zorlamadır. Jhering'e göre zorlama, bir kişinin amacını, başka bir kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurmak suretiyle gerçekleştirmesidir. Zorlamanın en etkili ve en güçlü düzeyi ise hukuk ve devlet aracılığıyla kullanılan zorlamadır. Diğer bir ifadeyle *devlet (ve hukuk) zor kullanmanın sosyal bakımdan teşkilatlandırılmasıdır*[136].

Bununla birlikte toplumun, devlet gücü aracılığıyla üyelerini belirli bir biçimde davranmaya mecbur bırakması olarak zorlama, hukukun sadece dış görünüşüdür veya biçimsel öğesidir. Dolayısıyla hukukun içeriğini belirlemez. Hukukun içeriğini belirleyen, bir araç olarak hizmet ettiği amaç, yani toplumsal

---

[134] Stone, **The Province and Function of Law**, p. 304.; Çağıl, "Ihering'in Hukuk Nazariyesinin Temel Fikirleri", s. 230-231. Jhering, toplumun insanları kendi amaçlarına yani toplumsal amaçlara uygun davranmak amacıyla kullandığı zorlama ve ödülün, egoist etkenler olduğunu belirtmektedir. Zorlama, ödüle göre daha alt bir düzeyde yer alır. Buna karşılık ödev duygusu ile sevgi daha yüksek bir düzeyde bulunan etik etkenlerdir. Bkz. Von Jhering, **Law as a Means To an End**, p. 73; ayrıca bkz. Yücel, **Hukuk Felsefesi,** s. 188-189.

[135] Jhering'in teorisinde sosyal yaşam daha ziyade ekonomik ve ticari yaşamı ifade etmektedir. Bu nedenle ödül ile kastedilen de ekonomik çıkarların veya arzuların tatminidir. Ödülün, sosyal olarak örgütlenmiş biçimi ise ticarettir. Von Jhering, **Law as a Means To an End**, p. 176.

[136] Von Jhering, **Law as a Means To an End**, p. 68, 176-177; Stone, **The Province and Function of Law**, p. 305-308;

yaşam şartlarıdır. Bir başka deyişle toplumsal yaşamın varoluş şartlarıdır[137]. Böylece hukukun amacı, toplumun yaşam şartlarını garanti altına almaktır. Toplumun varlığının bağlı olduğu şartlar, hukukun bunları düzenleme biçimine göre üç sınıfa ayrılabilir[138]:

Hukuk dışı (extra-legal) şartlar: Bunlar toprağın verimli olması, iklimin kurak olması, ülke topraklarında maden bulunması gibi tabiatla ilgili şartlardır. Hukukun bu şartlara müdahalesi söz konusu olamaz. Çünkü hukuk sadece insanlar üzerinde bir otoriteye sahiptir, tabiata hükmedemez.

Hem hukuki hem hukuk dışı şartlar (mixed-legal): Bu şartlar, insanın kendi iradesi ile kendi çıkarını gerçekleştirmek için çalışması veya içgüdülerine uymasından meydana gelir. Neslin devamı için evlenmek ve çocuk sahibi olmak, üretimde bulunmak, üretilenleri değiştirmek kısaca iş ve ticaret hayatı bu tip karmaşık şartlardandır. Bu alandaki şartlar insanlardaki doğal güdüler (özellikle varlığını sürdürme içgüdüsü) yoluyla karşılandığından dolayı, hukukun bu alana müdahalesi sınırlı olmalıdır. Yasakoyucunun bu alanda insanlara örneğin "beslenin", "üreyin", "çalışın" biçiminde emirler vermesine ihtiyaç yoktur. Bu nedenle hukukun bu alandaki işlevi, bu işlemlerin güvenlik içinde yürütülmesini sağlamak ve bunlardan doğacak uyuşmazlıkları çözümlemekten ibarettir.

Saf hukuki şartlar (purely legal): Bu şartlar, toplumun güvenliğini ilgilendiren şartlardır. Bunlar, yukarıdaki iki kategoriden farklı olarak, tamamen hukuk tarafından sağlanır. "Öldürmemelisin", "çalmamalısın", "borçlarını yerine getirmelisin", "yasalara itaat etmelisin", "askerlik ödevini yerine getirmelisin", "vergini ödemelisin" biçimindeki hukuk kuralları aracılığıyla yasakoyucu toplumun güvenliğini sağlar.

---

[137] Von Jhering, **Law as a Means To an End**, p. 325; Orhan Münir Çağıl, "Jhering'in Hukuk Nazariyesinin Anahatları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XIII, Sayı: 1, 1947, s. 266-267.

[138] Bkz. Von Jhering, **Law as a Means To an End**, p. 337-345; Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 291-292.

Jhering'e göre hukuk soyut hakları sınırlandıran bir sistem değil, toplumda çatışan çıkarları uzlaştırmaya özgülenmiş bir sistemdir[139]. Bir başka deyişle hukuk soyut hakların sınırlarını çizen kapalı bir sistem değil, tekil insanların çatışan çıkarlarının bağdaştırılmasına ilişkin bir yöntemdir[140]. Böylece Jhering, toplumda yaşayan bireyler arasında çıkarlarından kaynaklanan çatışmaları dikkate alarak, hukuku çatışmaları önlemeye yönelik bir süreç olarak görmektedir[141]. Her hukuki uyuşmazlığın arkasında bir çıkar çatışması vardır. Hukuk düzeni, çoğu zaman birleşmiş olan kişisel amaç ve çıkarlar ile toplumsal amaç ve çıkarları göz önünde bulundurmalıdır. Örneğin kamulaştırma sonrası bedel artırımı davasında, kamulaştırmayı yapan ile malı kamulaştırılan arasında kamusal ve özel menfaatler dengelenmelidir[142]. Yasakoyucu ve uygulamacı hukuku yaratırken ve uygularken bu çıkarları ve amaçları dengeleyecektir. Yani hukuk, çatışan çıkarlar arasında bir orta yol bulacaktır. Çıkarlar arasındaki uzlaştırma, değişken hukuki çıkarlar göz önüne alınmak suretiyle yapılacaktır[143]. Birbiriyle çatışan çıkarlar dengelenirken, rasyonel temeli daha sağlam olan ve daha çok korunmaya değer olan çıkara üstünlük tanınacaktır[144]. Hukuku uygulayan hakim de sadece yasaları mekanik olarak yorumlamakla kalmamalı, toplumdaki çıkarları dikkate alarak amaçlar arasında bir denge kurmalıdır[145].

Jhering'e göre hukuki kavramlar kendiliklerinden yaratıcı bir güce sahip değildir. Bir hukuk ilkesi, bir diğerinden mantıksal dedüksüyon yoluyla türetilemez. Bu yolla yaratılmış hukuki kavramlar alemi, toplumdaki çıkar çatışmalarını çözmek için yalnız başına yeterli değildir. Toplum, kendi ihtiyaçlarının karşılanması için hukukçuların kavram yaratmasını bekleyemez. Hukuk ilkelerinin analoji yoluyla

---

[139]Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı**, Ankara, A.Ü.H.F. Yayınları, No: 225, 1967, s. 7; Abdullah Dinçkol, **Hukuka Giriş: Hukukun Temel Kavramları,** Genişletilmiş Dördüncü Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2007, s. 228.

[140] Seagle, "Rudolf Von Jhering: Or Law As A Means To An End", p. 78.

[141] Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 38.

[142] Sözer, **Hukukta Yöntembilim**, s. 25-26.

[143] Göğer, **Hukuk Başlangıcı Dersleri**, s. 133.

[144] Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 56.

[145] Öktem, Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, s. 296.

genişletilmesi de her zaman için mümkün değildir. Çünkü ilkeler her hukuki uyuşmazlığın çözümünü her zaman için içlerinde barındırmamaktadır. Örneğin her dava, anlaşmazlık konusu olan işlemin "kira" veya "satış" kategorilerinden hangisine ait olduğunu belirlemek suretiyle çözümlenemez. Dolayısıyla hukuk bilimini hukuk matematiğine çeviren tümdengelim mantığının bırakılıp, hayatın kavramlar için değil kavramların hayat için varolduğunun farkına varılmalıdır. Böylece Jhering inşacı (constructive) hukuk biliminin terkedilerek, yerine sosyal mekaniğe dayalı bir hukuk biliminin kurulmasını önermektedir[146].

c. Jhering'in Hukuk Teorisi Bağlamında Hak Anlayışı

Jhering'in hak anlayışı, geliştirdiği hukuk teorisi ile paralel özellikler taşımaktadır. Jhering, pozitivist tutumuna uygun olarak hakların hukuk düzeni tarafından bahşedildiğini kabul etmektedir. Hukuk düzeninin hangi hakları tanıyıp, koruma altına alacağını ise hukukun amacı belirleyecektir. Hukukun amacı, devlet gücü tarafından kullanılan zorlama aracılığıyla sosyal yaşam koşullarını güvence altına almaktır. Yasakoyucunun tanıyıp koruma altına alacağı hakları belirleyen ise genel anlamda sosyal yaşam koşullarıdır.

---

[146] Seagle, "Rudolf Von Jhering: Or Law As A Means To An End", p. 83-84; Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı**, s. 7; H. L. A. Hart, "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 265-266. Almanya'da Jhering ile başlayan serbest hukuk akımı Kantorowicz ve Ehrlich gibi hukukçular tarafından geliştirilmiştir. Buna ek olarak yine Jhering'in görüşlerinden esinlenen ve en önemli temsilcisi Philipp Heck olan Menfaatler İçtihadı Okulu'nu (Interessenjurisprudenz) da burada zikretmek uygun olacaktır. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Işıktaç, Metin, **Hukuk Metodolojisi,** s. 70-72; Sözer, **Hukukta Yöntembilim**, s. 25-26; Somek, "German Legal Philosophy and Theory in the Nineteenth and Twentieth Centuries", p. 347-348; Sevtap Metin, "Hukuk Normunun Yorumu", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı**, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2002, s. 114 vd.; Stig Jorgensen, **Hukuk ve Toplum**, Yayına Hazırlayan: Mehmet Tevfik Özcan, Çeviren: Ülker Yükselbaba, Nazime Beysan, İstanbul, Donkişot Yayınları, 2001, s. 98-99; Dinçkol, **Hukuka Giriş: Hukukun Temel Kavramları**, s. 228-230; Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş,** s. 39-40; Michael Martin, **Legal Realism: American and Scandinavian**, New York, Peter Lang Publishing, 1997, p. 20 vd; Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 54-57; Hamide Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk),** Cilt: 1, A.Ü.H.F. Yayınları No: 147, Ankara, 1960, s. 28 vd.; Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi,** s. 186 vd.

Jhering, hukukun içeriğini, biçimsel öğesi olan zorlamanın değil, amacının belirlediğini vurgulamıştır. Jhering'in bu yaklaşımı hak kavramını algılayışı bakımından da çok önemlidir. Çünkü Jhering'in klasik irade teorisine karşı yönelttiği eleştirilerin ve bu doğrultuda geliştirdiği kendi çıkar teorisinin zemininde bu yaklaşım vardır.

Klasik irade teorisi, hakkı, zorlama kullanmak konusunda yetkilendirilmiş olmak ile aynı anlamda kullanmaktadır. Bir başka deyişle hak, hukuk düzeninin bireylere tanıdığı bir irade gücüdür. Buna karşılık Jhering'e göre hukuk düzeni tarafından kişiye, kendisine karşı ödevli olan kişi üzerinde bir irade hakimiyetinin tanınmış olması sadece hak kavramının dış görünüşünü yansıtmaktadır. Diğer bir ifadeyle zorlama kullanmak konusunda yetkilendirilmiş olmak, hak kavramının sadece biçimsel öğesi veya dış görünüşüdür. Buna karşılık tıpkı hukuk gibi hak kavramının da bir içeriği veya özü vardır. Hak kavramının içeriğini belirleyen ise, hukuk kavramı bakımından olduğu gibi, yine amaçtır.

Jhering'e göre sadece iradeden hareketle hak kavramının açıklanması mümkün değildir. Bundan dolayı iradeyi harekete geçiren nedenin araştırılması gerekir[147]. Çünkü ona göre, yukarıda da ortaya konulmaya çalışıldığı gibi, hiçbir şey nedensiz gerçekleşmez. İnsanın da tüm iradi kararlarını ve eylemlerini belirleyen bir neden vardır. Tıpkı doğadaki mekanik nedensellik yasası gibi, insanın iradesini harekete geçiren de psikolojik nedensellik yasası ya da diğer ismiyle amaç yasasıdır. Bir başka deyişle insan, iradesini belli bir amaca ulaşmak için kullanmaktadır.

Jhering'e göre irade başlı başına bir amaç olamaz. Bir başka deyişle hakkın amacı kişinin iradesini tatmin etmek, kişinin irade özgürlüğünü gerçekleştirmesini sağlamak değildir. Bilakis hakkın amacı, sahibinin çıkarlarını korumak, ihtiyaçlarını karşılamak ve sosyal hayatta mübadeleyi gerçekleştirmektir[148]. Diğer bir ifadeyle

[147] Işıktaç, Metin, **Hukuk Metodolojisi**, s. 71.

[148] Emini, "Hak Kavramı", s. 207; Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s. 133.

hukukun toplumsal amaçlara ulaşmanın bir aracı olması gibi, hak da bireysel amaçlara ulaşmanın bir aracıdır[149].

Yukarıda da değinildiği gibi Jhering, insan iradesini yöneten gerçek gücün çıkar olduğu düşüncesindedir. Bu nedenle Jhering'e göre hak sahibinin iradesini harekete geçiren neden veya iradesinin ulaşmak istediği amaç çıkardır. Buradan hareketle Jhering'e göre hakkın özü çıkar, yani menfaattir. Böylece Jhering hakkı, *hukuk tarafından korunan çıkar* olarak tanımlamaktadır[150]. Buna göre bir hakka sahip olmak için iki şart vardır: İlki, bir çıkarın bulunması (hakkın özü), ikincisi ise bu çıkarın hukuk tarafından tanınması ve korunmasıdır[151]. Çıkar hakkın çekirdeğini veya özünü (kernel), hukuki koruma ise kabuğunu (shell) oluşturmaktadır[152]. Hakkın özünü oluşturan çıkar sadece maddi çıkarlardan ibaret değildir, kişilik gibi manevi çıkarlar da buna dahildir. Hukuk düzeninin amacı da bu çıkarları tanıyıp, teminat altına almaktır[153]. Hangi hakların hukuk düzeni tarafından teminat altına alınacağı ise pozitif hukuk kuralları tarafından belirlenmektedir[154].

---

[149] Munroe Smith, "Four German Jurists II", **Political Science Quarterly**, Vol.: 11, No: 2, 1896, p. 293. Yukarıda da değinildiği gibi kişi kendi amaçlarının peşinden giderken, yani kendi varlığını koruma amacıyla hareket ederken, aynı zamanda toplumun amaçlarının gerçekleşmesine de hizmet etmektedir. İnsandaki egoist eğilim, yani çıkar elde etme arzusu, bu amaca ulaşmak için başka insanlarla işbirliği yapılması gerekliliğini de ona göstermektedir. Hakların varlık nedeni de bu işbirliğini sağlayacak zemini kurmaktır. İşbirliği, toplumun, amaçlarına yani en yüksek refah düzeyine ulaşmasını da sağlayacaktır. Hakların sınırı da insandaki egoizmin toplumun amaçları için bir tehdit veya tehlike yaratmasına göre belirlenmektedir.

[150] Von Jhering, **The Struggle For Law**, p. 54; Smith, "Four German Jurists", p. 691; Ross, **On Law and Justice**, p. 188; Yörük, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, s. 240; Çağıl, "Jhering'in Hukuk Nazariyesinin Anahatları", s. 276; La Torre, " 'Rechtsstaat' and Legal Science. The Rise and Fall of the Concept of Subjective Right", p. 65.

[151] Angle, "Should We All More English? Liang Qichao, Rudolf von Jhering, and Rights", p. 245; Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 133. Çıkarın hak sahibine dava yetkisi vermek suretiyle hukuk tarafından tanınıp korunması hak kavramının biçimsel öğesini ifade eder. Yörük, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, s. 240. Bununla birlikte hukuk düzeni her çıkarı tanıyıp korumaz. Bir başka deyişle her çıkar, hak değildir. Bir çıkarın hak sayılabilmesi için, hukuk düzeni tarafından tanınmış ve korunmuş olması gerekir. Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, s. 45; Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 132; Emini, "Hak Kavramı", s. 207.

[152] Smith, "Four German Jurists", p. 691.

[153] Yörük, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, s. 240; Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 132; Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, s. 45; Sungurbey, "Hak Nedir?", s. 153.

[154] Işıktaç, Metin, **Hukuk Metodolojisi**, s. 71.

Bununla birlikte hakkın, hukuk tarafından tanınan ve korunan çıkar olarak tanımlanması oldukça geniş bir çerçeve sunmaktadır. Yani bu tanım, hukuk tarafından korunan her çıkarın hak olduğu sonucunu doğurmaktadır. Fakat gerçekte durum böyle değildir. Örneğin hukukun şehir içindeki trafikte arabaların belirli bir hız sınırını aşmaması, kaldırımlara araç park edilmemesi, ormanların korunması biçiminde getirdiği düzenlemelerin hepsi de çıkarların korunması içindir. Bununla birlikte hukuk tarafından korunan bu çıkarlar belirli bir kişinin değil, toplumun ortak çıkarlarıdır. Yasakoyucu, bu gibi düzenlemelerle özel olarak kişinin özel çıkarını korumayı amaçlamamaktadır. Dolayısıyla park edilmiş bir araç yüzünden kaldırımı kullanamayan bir kişiye, hukuk dava açma yetkisi vermemektedir. Bu tür hukuki düzenlemelerden kişi de, yansıma yoluyla dolaylı olarak yararlansa dahi, burada kişinin hukuki korumayı serbest iradesiyle kendisi için sağlama olanağı ile güçlendirilmiş gerçek anlamda bir hakkın varlığından söz etmek mümkün değildir[155]. Bir başka deyişle böyle bir durumda hak kavramının biçimsel unsuru gerçekleşmiş değildir.

Jhering'in çıkar teorisinin önemli bir katkısı ise irade sahibi olarak görülmeyen küçüklerin ve akıl hastalarının da hak sahibi oluşunu açıklayabilmesidir. Hak kavramının özü çıkar olduğundan dolayı, hak sahibi olmayı belirleyen ana ölçüt çıkar sahibi olmaktır. Böylece temyiz kudreti olmayan küçüklerin ve akıl hastalarının da hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmış çıkarlarının bulunması, onları hak sahibi kılmaktadır. Dolayısıyla bu durumda bulunan kimselerin söz konusu çıkarlarının, kendi iradeleri ile olmasa da, hukuk sisteminin yetkilendirmiş olduğu diğer kişiler aracılığıyla korunması mümkün olabilecektir[156].

---

[155] Sungurbey, "Hak Nedir?", s. 153; Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, s. 45; Emini, "Hak Kavramı", s. 208; Yörük, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, s. 243; Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm**, s. 145. Bu gibi durumlarda yararlanıcının iradesinden bağımsız olarak, dolaylı korumayı doğrudan doğruya devlet organı sağlamaktadır. Burada bir haktan değil, objektif hukukun dolaylı yan etkisinden veya refleksinden söz edilmektedir. Hangi durumda gerçek anlamda bir hakkın, hangi durumda ise bir hukuk yansımasının söz konusu olduğu, dikkatli bir biçimde yerine getirilmesi gereken bir yorum faaliyeti ile belirlenebilir. Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm**, s. 145-146.

[156] Ayrıca bkz. Yörük, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, s. 239; Furtun, **Hukuk Kavramı**, s. 22-23.

Sonuç olarak, Jhering örneği üzerinden de görülebileceği gibi klasik çıkar teorisine göre çatışan çıkarlar arasındaki sınırı çizen ve bu çıkar çatışmalarını çözümleyen araç pozitif hukuktur[157]. Bir başka deyişle hukuk kuralları çıkarlar arasında korunmaya değer olanları belirleyecektir. Bu yolla da kişiler arasındaki çıkar çatışmalarını uzlaştırarak, sosyal yaşamı güvence altına alacaktır. Bu şekilde hukuk düşüncesinin merkezine "yasa"nın yerleşmesi ile hak kavramı merkezden çıkarılır. Bir diğer ifadeyle hukuku yaratan hak düşüncesi değil, bilakis hakkı ortaya çıkartan hukuktur[158]. Hukukun meşruluğunu rasyonel olarak temellendirilmiş haklar şemasından türeten irade teorisinin aksine çıkar teorisi, hukukun meşruluğunu pozitivitesinden ve çatışan çıkarlar meselesinin üstesinden gelmesinden türetmektedir.

E. Çağdaş İrade ve Çıkar Teorilerinin Hareket Noktası Olarak Bentham'ın Hukuki Hak Teorisi

1. Genel Olarak

Jeremy Bentham[159] (1748-1832) genellikle hak kavramını reddeden düşünürler arasında sayılmaktadır[160]. Oysa Bentham sadece doğal hakları reddetmektedir. Dolayısıyla hak kavramını tümüyle reddetmek biçiminde katı bir yaklaşım benimsediği ileriye sürülemez. Buna ek olarak hukuki bir kavram olarak "hak" terimine açık ve tutarlı bir anlam kazandıran ilk düşünürün de Bentham olduğu

[157] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 140.

[158] Bkz. Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 140; Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk),** s. 27; La Torre, " 'Rechtsstaat' and Legal Science. The Rise and Fall of the Concept of Subjective Right", p. 65. Hak, artık hukuk düzenini temellendirmemekte, bilakis kendisi bu düzen tarafından temellendirilmektedir.

[159] Bentham'ın geliştirdiği hak teorisini de klasik çıkar teorisi altında değerlendirmek mümkündür. Bununla birlikte çağdaş Anglo-Sakson irade ve çıkar teorileri açısından Bentham'ın teorisinin kurucu bir önem taşımasından dolayı ayrı bir başlık altında değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

[160] Bkz. Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 138-139; Adnan Güriz, "Hak Kavramı", **Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri,** Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Alkım Yayınevi, 1997, s. 141; Emini, "Hak Kavramı", s. 210.

kabul edilmektedir[161]. Buna karşılık Fransız ve Amerikan Devrimleri'nin esin kaynağı olan doğal haklar düşüncesini, "saçmalığın dik âlâsı" olarak nitelendirip, çürütmeye çalıştığı hatırlandığında, Bentham'a verilen bu payenin ironik olduğu da düşünülebilir[162]. İndirgemeci bir tutum benimseyerek, pozitif hukuk dışında herhangi

---

[161] Eugene E. Dais, "Rights and Judicial Reasoning: The Deprivational Theory", **A.R.S.P.**, **Biotechnology, Ethics, and Law in The Scientific Age**, Edited by: Tom D. Campbell, v.d., Beiheft: 39, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1991, p. 81.

[162] "*Doğal hak* bir saçmalıktır; doğal ve yok edilemez haklar boş laftır; saçmalığın dik âlâsıdır. (...) [H]akların olmamasından kaynaklanan mutsuzukla orantılı olarak, hak diye birşeyin olmasını arzulamak için bir neden vardır. Ancak hak diye birşeyin var olmasını arzulama nedenlerinin kendileri hak olarak nitelenemez. Yokluk arz demek değildir, açlık ekmek demek değildir. (...) Kim doğal bir hakkın ne olduğu hakkında bir fikre sahip? (...) Doğal hak yuvarlak bir kare, cisimsiz bir bedendir. Yasal hakkın ne olduğunu biliyorum. Nasıl ortaya çıktığını biliyorum. Ortaya çıktıktan sonra ne anlama geldiğini biliyorum. Bana göre hak ile yasal hak aynı şeydir; çünkü bence başka hak yoktur. Hak ile hukuk birbiriyle bağlantılı terimlerdir; tıpkı babayla oğul gibi. Benim gözümde hak hukukun çocuğudur; farklı hukuk uygulamalarından farklı haklar doğar. Doğal hak ise hiç babası olmamış bir çocuktur. (...) Nasıl ki makas kumaşı kesmek için icat edildiyse, doğal haklar da hukuku ve yasal hakları kesmek için icat edilmişlerdir. Doğal hak denen şey, soğuk bir hararet, kuru bir nem ve ışıltılı bir karanlıktır." Jeremy Bentham, "Saçmalığın Dik Âlâsı", **Siyasal Düşünce**, Derleyen: Michael Rosen, Jonathan Wolff, Çeviren: Sevda Çalışkan, Hamit Çalışkan, Ankara, Dost Kitapevi, 2006, s. 237-238. Biraz aşağıda da ele alınmaya çalışılacağı gibi, Bentham'a göre bir haktan söz edebilmek için ilgili hakkın arka planında hukuki bir tanım ve yaptırımın bulunması gereklidir. Tüm haklar hukuki olmalı, yani belirli bir nesne ve özneye sahip olma anlamında saptanmış olmalı ve hakka saygı gösterilmeyen durumlar, yani hak ihlalleri de yaptırıma bağlanmış olmalıdır. Bu nedenle bir doğal hak talebi, ilgili konuda belirli bir hukuki hakkın olması gerektiğini dile getirmenin yanlış bir yoludur. Çünkü bir hakkın varolduğunu ifade etmek demek, bir olguyu yani hak sahibinin hakkını ihlal eden kişinin bir yaptırıma maruz kalacağını dile getirmektir. Oysa doğal haklar böyle bir olgusal varoluşa sahip değildir. Böyle bir arka planı olmaksızın yani olgusal bir varlığa sahip olmaksızın insanlar arasındaki ilişkileri açıklamak için kullanılan haklar söylemi bir metafordur veya tümüyle anlamsızdır. Bir başka deyişle Bentham doğal hakları tümüyle reddederken, hukuki hakların varlığını kabul etmektedir. Kısaca ifade edildiğinde Bentham'a göre gerçek haklar hukuki haklardır. Tebitt, **Philosophy of Law: An Introduction**, p. 97, 100; David Miller, **Social Justice**, Oxford, Clarendon Press, 1976, p. 55. Bentham'ın rasyonalist doğal hukuka karşı olan tutumu, doğal haklara yönelik tutumu üzerinde de belirleyicidir. Bentham'a göre tıpkı doğal hukuk gibi onun ürünü olan doğal haklar da bir kurgudan ibarettir. Doğal hukuk ilkeleri belirsiz ve müphemdir. Bu nedenle de pozitif hukuk düzeni için bir ölçüt görevi göremez. Hukukun ve hakların kaynağı hiçbir zaman doğa olamaz. İnsanda doğal olan şey, sahip olduğu imkanlar ve yeteneklerdir. Fakat bunları doğal haklar olarak isimlendirmek, dili kötüye kullanmaktan başka birşey değildir. Haklar, imkan ve yeteneklerin kullanılmasını sağlamak için yaratılır. Hak, bir garantidir, yetenek ise garanti altına alınan şeydir. Dolayısıyla farklı şeylerin aynı terimlerle ifade edilmesinden kaynaklanan dil karmaşasından kurtulmak gereklidir. Bentham'a göre herkesin eşit haklara sahip olduğunu söylemek de anlamsızdır. Çünkü böyle bir ifade, örneğin bir kişinin malvarlığı üzerinde onun kadar mülkiyet hakkına sahip olduğumuzu söylemek anlamına gelir. Oysa mülkiyet kurumu eşit haklar düşüncesi ile bağdaşmaz. Tüm bunların da ötesinde Bentham doğal haklar düşüncesinin anarşist ve tiranik eğilimler taşıyanların elinde kolaylıkla kötüye kullanılabileceği düşüncesindedir. Çünkü doğal hakların varlığını kanıtlamanın bir yolu olmadığından dolayı, haklar üzerindeki tartışmalar da bir güç meselesine dönüşecektir. Her isteyen doğal haklara sığınarak, devlete karşı ayaklanabilecektir. Bir başka deyişle doğal haklara dayanan bir hak anlayışı tüm sınırlamalardan, özellikle de hukuki sınırlamalardan bağımsız bir özgürlük anlayışına ve dolayısıyla da anarşiye neden olacaktır. Bentham'ın doğal hukuk ve doğal haklara ilişkin görüşleri için bkz. F. Schoeman, "Bentham's Theory of Rights", **Jeremy Bentham: Critical Assessments**, Edited by: Brikhu Parekh, Vol.: II, London & Newyork, Routledge, 1993, p. 749 vd; William Twining, "The Contemporary Significance of Bentham's Anarchical

bir hak ifadesinin bir anlamı olmadığını düşünen Bentham'ın hukuki hak teorisi "hak nedir?" sorusunu değil, "bir hakka sahip olmak ne demektir?" sorusunu yanıtlamayı amaçlamaktadır[163]. Bununla birlikte Bentham'ın bu soruyu nasıl yanıtladığı meselesine geçilmeden önce, geliştirdiği ahlak felsefesini hak kavramını kavrayışı açısından ana hatları ile incelemek uygun olacaktır.

Bentham'ın ahlak felsefesinin ve buna bağlı olarak hukuk teorisinin temelinde fayda ilkesi veya Bentham'ın diliyle ifade edildiğinde "*en fazla mutluluk ilkesi*" (greatest happiness principle) vardır. Bu ilkeye göre bir davranış, bu davranıştan etkilenen kişilerin mutluluğunu arttırması veya azaltmasına yani doğurduğu sonuca göre doğru veya yanlış olarak değerlendirilebilir. Mutluluk ise, acı karşısında hazzın daha fazla olmasıdır. Çünkü doğa, insanı iki hükmedici efendinin yönetimine vermiştir: Acı ve haz. İnsan davranışları, hazzı artırmaya ve acıyı azaltmaya yönelmiştir. Dolayısıyla en fazla mutluluk ilkesi, sadece insanların nasıl davranması gerektiğini gösteren etik bir ilke değildir. Aynı zamanda insanların nasıl davranmakta olduğunu da gösteren bir ilkedir[164]. Bu bakımdan da yasakoyucuya denetleyip yöneteceği insan davranışlarının nedenlerini kavraması bakımından yol göstermesi yanında, hukuk için gerekli olan değer ölçüsünü de sunmaktadır[165].

Yasakoyucunun amacı, toplumun bir bütün olarak esenliğini sağlamaktır. Bununla birlikte, toplumun her bir üyesi kendi başına bırakıldığında, sadece kendi hazzının veya çıkarının, yani en fazla mutluluğunun peşinde koşmaktadır.

Fallacies", **A.R.S.P**., Vol.: LXI, 1975, p. 328 vd.; Edmundson, **An Introduction to Rights,** p. 52 vd.; Adnan Güriz, **Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk**, Ankara, A.Ü.H.F. Yayınları, No: 184, 1963, s. 62 vd; Hülya Özkurt, "Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi", **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, s. 83 vd; Tudor Jones, **Introduction to Political Concepts**, Florence, KY, USA, Routledge, 2001, p. 116, 120-121; Jeremy Waldron, "Rights", **The Blackwell Encyclopaedia Of Political Thought,** Edited by: David Miller, Oxford, Blackwell Publishers, 1987, p. 443.

[163] Edmundson, **An Introduction to Rights,** p. 52; David Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries", **American Philosophical Quarterly,** Vol.: 6, No: 3, 1969, p. 173, dipnot 1.

[164] Jeremy Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Edited by: J. H. Burns, H.L.A. Hart, London, University of London The Athlone Press, 1970, p. 11, ayrıca bkz. aynı sayfa dipnot a; Cevizci, **Etiğe Giriş,** s. 195 vd.

[165] George Sabine, **Yakınçağ Siyasal Düşünceler Tarihi**, Çeviren: Özer Ozankaya, Üçüncü Baskı İstanbul, Cem Yayınevi, 1997, s. 81.

Davranışlarının toplumun diğer üyeleri için doğuracağı sonuçları dikkate almamaktadır. Dolayısıyla çıkarlar arasında doğal bir karşıtlık vardır. Bundan dolayı yasakoyucunun kendisine tabi olanların kendi çıkarlarının yerine en fazla mutluluk ilkesini veya genel faydayı izlemeleri konusunda gerekli motivleri sunması gerekmektedir. Bu doğrultuda çıkarların doğal karşıtlığının, çıkarların yapay özdeşliği (artificial identification of interests) ile değiştirilmesi gerekmektedir. Bu ise toplumun yararına olan belirli davranışları yüreklendirecek, zararına olanların ise cesaretini kıracak hukuk kurallarının yapılması ve bunların kamuya ilan edilmesi ile mümkündür. Hukuk kurallarının bu amaca ulaşabilmesi için cezalandırma veya ödül biçiminde olabilecek yaptırımları içermesi gerekmektedir[166]. Böylece Bentham'a göre hukuk, en fazla mutluluğu gerçekleştirecek bir araçtır. Varolan hukuk kuralları ve kurumları da fayda ilkesi doğrultusunda bir reformdan geçirilmeli ve yeniden yapılandırılmalıdır.

Bentham söz konusu amaç için çıkış noktası olarak, temel hukuki kavramların doğru bir tanımına ve anlamlarının açık bir kavranışına ulaşmayı belirlemiştir. Bu amaca ulaştığı takdirde, hukukun ne olması gerektiğini ve varolan hukuki kurumların nasıl bir reformdan geçirilirse öngördüğü vizyona uygun bir hale sokulabileceğini gösteren bir pozisyonda olabilecektir. Dolayısıyla Bentham bakımından kavramsal analizin pratik bir amacı vardır. Kavramların analiz edilmesi, ilgili kavramların yeni baştan inşa edilmesi, yani bu kavramların nasıl kullanılması gerektiğinin gösterilmesi için bir araçtır. Bir başka deyişle kavramsal analiz, hukuktaki reform programının bir parçasıdır. Bu nedenle de pragmatik bir amaç gütmektedir. Bentham, hukuku reformdan geçirme temel amacı doğrultusunda hukuk teorisini ikiye ayırır: İlki *açıklayıcı* (expository) ikincisi ise *denetleyici* (censorial) hukuk teorisidir. Açıklayıcı hukuk teorisi, hukukun ne olduğunu, denetleyici hukuk teorisi ise hukukun ne olması gerektiğini söyleyecektir. Açıklayıcı hukuk teorisinin, sadece hukuk terminolojisine hasredildiğinden dolayı sınırları oldukça dardır. Açıklayıcı hukuk teorisi, hukuki kavramların dilbilimsel analizi ile yasakoyucuya,

[166] Philip Schofield, "Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence", **Jeremy Bentham: Critical Assessments**, Edited by: Brikhu Parekh, Vol.: II, London & Newyork, Routledge, 1993, p. 185-186.

Bentham'ın biçtiği rolü, yani fayda ilkesi doğrultusunda hukuku reformdan geçirme görevini yerine getirmesinde yardımcı olacaktır. Buna göre yasama faaliyeti, insanların davranışlarını fayda gayesi doğrultusunda yönlendirme sanatı veya bilimidir. Bunun için de hukukun ne olduğu, bölümlerinin neler olduğu, tam bir hukuk olması için neleri içermesi gerektiği gibi konuların araştırılması gerekmektedir. Analitik hukuk teorisinin ödevi de işte budur[167].

19. yüzyılın ikinci yarısında İngiltere'de şekillenmeye başlayan analitik hukuk teorisinin kurucusu olarak genellikle John Austin zikredilmektedir[168]. Bununla birlikte Austin, teorisinin anahatlarını Bentham'ın hukuk teorisinden almaktadır[169]. Analitik hukuk teorisi evrensel hukuki kavramların, ahlak ile hukuk arasında teorik bir ayrım yapılması ve hukukun, egemenin emri olarak tanımlanması suretiyle, mantıksal olarak analiz edilmesi fikrine dayanmaktadır[170]. Bir başka deyişle analitik hukuk teorisi, bir hukuk sistemini belirli bir zamanda var olduğu şekliyle ele alıp, bu sistemin sahip olduğu temel kavramları mantıksal olarak analiz etmektedir. Bu analizde bir egemene yani devlet tarafından yaratılmış hukuk kurallarına gönderme yapılır. Amaç, tüm insan eylemlerinin ve tüm olguların bilimsel olarak incelenmesidir[171]. Böylece, dönemin büyük gelişmeler kaydetmiş olan doğa bilimlerinin anlayışı ve kullandıkları yöntem, hukuk alanına da uygulanabilecek ve hukuk bilimsel bir temele kavuşturulabilecektir. Bentham ve Austin'in analitik olana yaptıkları bu güçlü vurgunun arkasında, doğa bilimlerinin başarısını hukuk alanında yineleme arzusu vardır. Öyle ki Bentham, Newton'un doğa bilimlerindeki başarısını,

---

[167] Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, p. 282-283, 293-294; Schofield, "Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence", p. 185-186; ayrıca bkz. Harris, **Legal Philosophies**, p. 84 vd.

[168] Alan R. White, "Austin as a Philosophical Analyst", **A.R.S.P**., Vol.: LXIV, 1978, p. 379; Schofield, "Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence", p. 184.

[169] Bu nedenle analitik pozitivizm büyük ölçüde Bentham'a aittir. Fakat Bentham'ın bu konudaki görüşleri, toplu halde yayımının ancak 1950'lerde yapılabildiği eserleri içerisinde dağınık halde bulunmaktadır. Wayne Morrison, **Jurisprudence: From The Greeks to Post-Modernism**, London, Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 218; Ertuğrul Uzun, "John Austin: Analitik Pozitivizm", **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, Editör: Ahmet Haluk Atalay, İstanbul, Teknik Yayıncılık, 2004, s. 11, dipnot 2.

[170] Schofield, "Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence", p. 184.

[171] Ertuğrul Uzun, "İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin", **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,** Cilt: 3, No: 2, 2004, s. 2; Uzun, "John Austin: Analitik Pozitivizm", s. 11.

ahlak alanına taşımayı ve bu alanın Newton'u olmayı amaçlamaktadır. Bu amacının merkezinde ise hukuk anlayışı vardır[172].

2. Hukuki Kavramların Analizi Bağlamında Hak Kavramının Nitelendirilmesi

Bentham'a göre "hak", "ödev", "yetki", "mülkiyet", "yükümlülük" gibi hukuki kavramların sadece dilbilimsel bir gerçekliği vardır. Bu nedenle de farazi veya kurgusal bir varoluşa sahiptirler[173]. Bu gibi kavramlar farklı bir yapıda oldukları için, kendilerine özgü özel bir analiz yöntemini gerektirmektedirler. Cins ve tür gözetilerek yapılan (*Per genus et differentiam*)[174] basit tanımlama biçimleri bu tip kavramlara uygulanamaz[175]. "Yükümlülük" veya "hakkın" neyin adı olduğunu söyleyemeyiz; çünkü bunlar olgusal olan birşeyin adı değildir. Bununla birlikte bu sözcüklerin içinde geçtiği ifadelerin, örneğin "A'nın X'e hakkı vardır." ifadesinin ne anlama geldiğini açıklayabiliriz[176]. Dolayısıyla Bentham'a göre hak, ödev gibi kavramlar tek başlarına değil, bunların karakteristik rollerini oynadıkları cümlecikleri bir bütün olarak dikkate aldığımızda anlaşılabilir olmaktadır. Buna göre de "hak" sözcüğünü değil, "Hakkım vardır." cümleciğinin anlamı araştırılmalıdır. 20. yüzyıldaki mantıkçılar bu yönteme "kullanımdaki tanım" (definition in use) ismini

---

[172] Schofield, "Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence", p. 185.

[173] Schofield, "Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence", p. 186.

[174] Cins ve tür gözetilerek yapılan tanım, tanımlanan şeyin ait olduğu cinse ve onu aynı cins içindeki başka türlerden ayıran özellik ya da özelliklere işaret edilerek yapılan tanımdır. Bu tanım biçimi kendi içinde dörde ayrılmaktadır: 1- Uzak cins ve ayrım gözetilerek yapılan tanım. Örneğin, "İnsan iki gözlü varlıktır". 2- Uzak cins ve türsel ayrım gözetilerek yapılan tanım. Örneğin, "İnsan akıllı varlıktır". 3- Yakın cins ve türsel ayrım gözetilerek yapılan tanım. Örneğin "İnsan iki gözlü hayvandır". 4- Yakın cins ve türsel ayrım gözetilerek yapılan tanım. Örneğin "İnsan akıllı hayvandır." Bu dört tanım türünden en iyi ve en doğrusu, mantıksal bir zorunluluk ifade etmemekle birlikte, yakın cins (*genus proximum*) ve türsel ayrım (*differentia specifica*) gözetilerek yapılan tanımdır. Bkz. "Tanım" maddesi, Cevizci, **Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü**, s. 319; Doğan Özlem, **Mantık: Klasik\Sembolik Mantık, Mantık Felsefesi**, Yeniden Gözden Geçirilmiş Sekizinci Baskı, İstanbul, İnkılap Kitapevi, 2006, s. 109-110.

[175] Hart, "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", p. 272; H.L.A. Hart, "Bentham: Lecture on a Master Mind", **Proceedings of The British Academy**, Vol.: 48, 1962, p. 312.

[176] Hart, "Bentham: Lecture on a Master Mind", p. 312.

vermişlerdir. Çünkü bu analiz yöntemi tek başına bir terimi değil, analiz edilecek terimin içinde geçtiği cümleciği bir bütün olarak ele almaktadır[177].

Bentham, geliştirdiği "mantıksal faraziyeler" (logical fictions) yaklaşımını, hak, yükümlülük, ödev gibi kavramların insanlar tarafından keşfedilmeyi ve insan ürünü olan yasalara yerleştirilmeyi bekleyen "gizemli varlıklar"ın adları olduğunu kabul eden düşünceyi çürütmek için kullanmaktadır. Bentham'a göre bu gibi kavramlar, gerçekliğe sahip varlıkların adları değildir. Oysa doğal hukukçular, hukuktan kaynaklanmayan, ama hukuku ortaya çıkardığını kabul ettikleri bu kavramların dışsal, yani zihinden bağımsız bir gerçekliğe yani gerçek bir öze (real essences) sahip olduklarını düşünmektedirler[178]. Doğal hukukun idealist yaklaşımı, kavramların bir üst formunun kabulüne uygun olduğu için de, bu yaklaşım doğal hukukçular açısından tutarlı ancak Bentham bakımından hatalı bir yaklaşımdır.

Bentham'a göre hak, ödev, yükümlülük gibi terimler, bir anlam taşıyabilmeleri için gerçek varlıklarla (real entities) ilişkilendirilmesi gereken mantıksal faraziyelerdir[179]. Bununla birlikte bu bakımdan karmaşık olsalar da insanların hak ve ödevlerine ilişkin ifadeler, yani içinde bu terimlerin geçtiği ifadeler uygun yöntemin kullanılması suretiyle açık ve gizemli olmayan olgusal ifadelere indirgenebilir. Böylece ilgili hak veya ödev ifadesinin sağlamlığı da kontrol edilmiş olacaktır.

Bu yönteme Bentham *paraphrase* ismini vermiştir. Bu yöntem, hak veya ödev gibi bir terimi, karakteristik olarak kullanıldığı bir cümlecikle somutlaştırıp, onu olgusal terimlere dönüştürme yöntemidir. Burada terim başka bir terimle değil,

---

[177] H. L. A. Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence", **Essays in Jurisprudence and Philosophy,** Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 26; Hart, "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", p. 272.

[178] Hart, "Bentham: Lecture on a Master Mind", p. 312.

[179] Edmundson, **An Introduction to Rights,** p. 57; Schofield, "Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence", p. 186.

terimin içinde geçtiği cümle başka bir cümle ile açıklanmaktadır[180]. Böylece de ilgili kavram, cümle içindeki anlamı üzerinden analiz edilmektedir.

Bu yöntemi bir örnek üzerinde açıklamaya çalıştığımızda; örneğin hak sözcüğünü içeren bir cümle, hukuki bir ödevi içeren bir cümleye dönüştürülüp yeniden yazılabilir. Örneğin "X'in mülkiyet hakkı vardır." cümlesi, eşdeğer bir anlamı olan başka bir cümleye dönüştürülebilir: "Y'nin X'in mülkünü çalmaktan kaçınma ödevi vardır". Ödev de hak gibi kurgusal bir varlıktır, yani mantıksal bir faraziyedir. Dolayısıyla ödev de zorlama (coercion) biçiminde yeniden ifade edilebilir: "Eğer Y, X'in malını çalarsa, o zaman belirli bir yaptırıma maruz kalır". Yaptırım tehditi ise neden olacağı acı dolayısıyla deneyle algılanabilir bir varlığa sahiptir. Böylece tüm hukuki terimler bu şekilde tefsir edilerek, en sonunda, varlıkları empirik olarak kanıtlanabilen haz ve acıya indirgenebilir[181].

Bu aşamada Bentham'ın hukuki hak yaklaşımını anlayabilmek için bu yaklaşımın hukuk teorisindeki görünümünün de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bentham'ın geliştirdiği hukuk teorisinin amacı, hukuku bilimsel temellerde kurmak ve bu alandaki bilimsel yasalara ulaşmaktır. Bu bağlamda Bentham'ın hukuk teorisinin, epistemolojisi ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bentham'a göre tüm bilgimiz, belirlenebilir gerçek varlıkların duyumsal etkileniminden, yani deneyden gelmektedir. Sahip olduğumuz tüm bilgi, duyumlardan geldiği için, her türlü düşünceyi açık ve belirgin hale getirmenin biricik yolu bilgiyi kaynaklandığı duyulur nesnelerden çıkartmaktır. Buna göre her türlü bilimsel açıklamanın temelinde tanıklık, gözlem ve deneyim bulunmalıdır. Bentham kendi teorisini geliştirirken bu yöntemi benimsediğini belirtmektedir[182].

Bentham'a göre hukukun bir bilim olarak kurulabilmesi için tüm faraziyelerin hukuktan dışlanması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle bu faraziyelerin gerçek

[180] Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence", p. 34.

[181] Tebbit, **Philosophy of Law: An Introduction,** p. 101.

[182] Özkurt, "Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi", s. 95.

olgularla bağlantısının soruşturulması, böyle bir bağlantı kurulamadığı takdirde ise ilgili faraziyenin tümüyle metafizik bir nitelik taşıdığının ortaya çıkmış olmasından dolayı, hukuktan atılması gerekmektedir.

Bentham bu soruşturmaya "genel olarak yasa veya hukuk" fikri ile başlar. Buna göre genel olarak yasa veya hukuk, yasalar olarak bilinen bir sınıfa ait bir soyutlama olduğu için farazi varlıktır. Gerçek bir varlığa sahip olanlar, yalnızca tek tek yasalardır. Böylece Bentham'a göre hukuk veya yasa sözcüğü tek tek yasaların toplamının birlikte düşünülmesinden başka bir anlama sahip değildir[183]. Yasa sözcüğünün bilimsel temelinin ortaya çıkartılması için yapılması gereken, onu gerçeklikle ilişkilendirmek, bir başka ifadeyle içerdiği olguları belirlemektir.

Bu amaca uygun olarak Bentham'a göre öncelikle kendi içinde bir bütün olan tek bir yasanın ne olduğunun açıklanması, sonra da bu yasayı meydana getiren kurucu bileşenlerin, yani hukuk olarak nitelendirilen her nesnede bulunması gereken özelliklerin neler olduğunun gösterilmesi gerekmektedir[184].

Bentham'a göre;

> "Yasa, bir devletteki egemenin, belli bir durumda kendi gücüne boyun eğecekleri varsayılan belli kişi veya kişiler sınıfı tarafından uyulacak hareketle ilgili olarak, tasarladığı veya benimsediği bir iradeyi dışa vuran işaretlerin bir toplamı olarak tanımlanabilir: Böyle bir irade açıklamasının başarısı, kendini gerçekleştirme araçlarına sahip olmasına ve ona uyması beklenenler açısından bir motiv oluşturmasına bağlıdır[185]".

Bentham'ın yasa tanımında üç temel unsur vardır:

-*Egemen*: Bir devletteki egemen yasanın, yani hukukun kaynağıdır. Bir başka deyişle yasa, egemenin irade açıklamasıdır.

---

[183] Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, p. 294.

[184] Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, p. 299-300.

[185] Jeremy Bentham, **Of Laws in General**, Edited by: H. L. A. Hart, London, University of London The Athlone Press, 1970, p. 1.

-*Emir*: Belli bir durumla ilgili olarak, egemen güce tabi olanlar hareketlerini yönlendirirken, egemenin bilgilerine sunmuş olduğu irade açıklamasına uyacaklardır.

-*Yaptırım*: Egemenin irade açıklamasının tasarladığı başarıya ulaşabilmesi için, ona tabi olanları harekete geçirecek araçlardır.

Buna göre *hukuk, egemenin yaptırımlarla desteklenmiş emridir*[186]. Böylece Bentham, "Hukuk nedir?" sorusunu empirik olarak kanıtlanması mümkün olan güç, egemenlik ve yaptırım fikri çerçevesinde cevaplandırmaktadır[187].

Bentham'a göre bir hukuk kuralı iki kısımdan oluşmaktadır[188]:

-*Yönlendirici kısım*: Egemenin kendisine tabi olanlara yönelik irade açıklamasını içeren kısımdır. Bu kısım, insanın algılama yetisine yönelmiştir.

-*Yaptırım kısmı*: Egemenin kendisine tabi olanların söz konusu irade açıklamasına uymalarını sağlayacak motivleri, yani yaptırımları içeren kısımdır. Bu kısım, insanın iradesine yönelmiştir.

Bir hukuk kuralının yönlendirici kısımı üç biçimde ortaya çıkabilir[189]:

1- Emir (command): Hukuk kuralının düzenlediği hareketin yerine getirilmesi gerekliliğinin bildirilmesidir. Burada olumlu içerikte bir ödevin yükletilmesi söz konusudur. Örneğin; "Emniyet kemeri takılmalıdır."

2- Yasak (prohibition): Hukuk kuralının düzenlediği hareketi yapmaktan kaçınılması gerekliliğinin bildirilmesidir. Burada olumsuz içerikte bir ödev yükletilmektedir. Örneğin; "Emniyet kemeri takılmamalıdır."

---

[186] Özkurt, "Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi", s. 98.

[187] Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 224.

[188] Güriz, **Hukuk Felsefesi**, s. 268; Güriz, **Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk**, s. 86; Özkurt, "Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi", s. 98.

[189]Bkz. Bentham, **Of Laws in General**, p. 95; Bu konuda ayrıca bkz. Philip Mullock, "The Choice Theory of Legal Rights", **Western Ontario Law Review**, Vol.: 14, 1975, p. 242 vd; emniyet kemeri örneği için bkz. Morrison, **Jurisprudence: From The Greeks to Post-Modernism**, p. 190.

3- Serbestlik (non-command) veya **İzin** (permission): Burada hukuk kuralı;

-Ya düzenlediği hareketi yapmak konusunda bir gerekliliğin olmadığını bildirilmektedir. Burada olumsuz içerikte bir izin söz konusudur. Yani ilgili hareketi yapmaktan kaçınmakta serbest olma hali söz konusudur. Örneğin; "Emniyet kemeri takılmayabilir."

-Ya da, hukuk kuralının düzenlediği hareketten kaçınmak konusunda bir gerekliliğin olmadığını bildirilmektedir. Burada ise olumlu içerikte bir serbestlik veya izin söz konusudur. Örneğin; "Emniyet kemeri takılabilir."

Yukarıdaki sınıflandırmadan hareketle iki tip hukuk kuralı olduğu sonucu çıkartılabilir[190]:

- *Zorlayıcı* (coercive)

- *Zorlayıcı olmayan* (discoercive) veya *İzin verici* (permissive).

Buraya kadar Bentham'ın hukuk kuralı analizi ana hatları ile ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Bentham'a ilişkin incelemenin bundan sonraki kısmında ise hukuk kuralı analizi ile hukuki hak analizinin bağlantısı kurulacaktır.

Bentham yukarıdaki iki tip hukuk kuralından türetilen veya kaynaklanan iki çeşit hakkı birbirinden ayırmaktadır[191]:

1- Hukuki bir ödevin yokluğunun sonucu olan hukuki haklar, izin verici yasaların ürünüdür. Yani hukuk kuralı herhangi bir davranış konusunda bir ödev yüklemiyorsa, ilgili davranışı yapmak konusunda izinli olma veya serbestlik hali söz konusudur.

---

[190] Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 174; Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", p. 999.

[191] Bu konuda bkz. Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,** p. 212, 302; Bentham, **Of Laws in General**, p. 57-58, 294; Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 174; Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", p. 999; Schoeman, "Bentham's Theory of Rights", p. 749.

2- Başkalarına hukuki ödevler yüklemekten doğan haklar ise zorlayıcı yasalar tarafından bahşedilmektedir.

Yukarıdaki iki tip hak arasındaki ayrımın temelinde, bu ikisinin ödev kavramı ile olan ilişkileri vardır. Bu iki hak türünün ödev kavramı ile olan ilişkisi birbirinden farklıdır ve bu iki hak da birbirinden bu farklılık yoluyla ayrılmaktadır[192].

İlk tip haklar, hak sahibinin belirli bir davranışı yapabilmesi veya yapmaktan kaçınabilmesi ile ilgilidir. Bentham bu tip bir hakkın üç biçimde ortaya çıkabileceğinden söz etmektedir: İlki, aktif izin (active permission) veya önceki bir emrin geri alınmasıdır (countermand). Buna göre hukuk, daha önceden yapılmasını veya yapılmamasını zorunlu kıldığı veya yasakladığı bir davranışa artık izin vermektedir. İkincisi, aktif olmayan (inactive) veya orjinal izindir (original permission). Buna göre ise hukuk, daha önceden yasaklamadığı veya zorunlu kılmadığı bir davranışın yapılabileceğini ilan etmektedir. Üçüncüsü ise hukukun suskun kaldığı durumlardır. Böyle durumlarda ise hukuk, kişiyi, bir davranışı yapmak ya da yapmamak konusunda serbest bırakmaktadır[193].

Yasanın yüklediği bir ödevin bulunmasının sonucu olan ikinci tip haklar ise ödev yükletilen kişi\kişilerin ya belirli bir davranışta bulunmalarına (olumlu hizmet) veya bulunmaktan kaçınmalarına (olumsuz hizmet) ilişkin haklardır. Başka bir deyişle yasanın ödev yüklediği kişi, ya hak sahibinin yararına olacak bir davranışta bulunma ödevi ya da hak sahibine zarar verecek davranışta bulunmaktan kaçınma ödevi altındadır[194].

Görüldüğü üzere emir ve ödev kavramları Bentham'ın hukuk fikrinin merkezinde yer almaktadır. Bentham'a göre bir fiili emreden veya yasaklayan hukuk kuralı gerçek bir varlıktır. Ödev veya yükümlülük ise, bunların birliğinden doğan

[192] Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 174. Bentham'ın öngördüğü bu iki tip hukuki hak, Hohfeld'deki serbestlik ve talebe karşılık düşmektedir.

[193] Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 174.

[194] Bentham, **Of Laws in General**, p. 58-59; Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 176-177.

farazi veya kurgusal bir varlıktır. Bir fiili emreden veya yasaklayan bir hukuk kuralı bu yolla bir ödev veya yükümlülük yaratmaktadır. Hak ise yaratılan ödevin sonucu olan ikincil bir kurgusal varlıktır. Hukukun yüklediği bir ödev, ya birisinin yararına yüklenir ya da hiç kimse bu ödevin yüklenmesinden yarar görmez. Kendi yararına olacak biçimde başka birisine ödev yükletilen kişiye, bu suretle bir hak bahşedilmiş olur [195].

Yasakoyucu bir konuyu herhangi bir amaçla ilk kez hukukun düzenleme alanına almak istediğinde, bunu zorlayıcı biçimde ödev yüklemek suretiyle gerçekleştirmektedir. Hukuk, iki şekilde ödev yüklemektedir[196]:

1- Lehine ödev yükletilen tarafa, hem hakkı, hem de ödev altında olan taraftan negatif veya pozitif içerikte bir hizmeti talep edebilme yetkisi bahşedilmesi suretiyle yüklemektedir.

2- Lehine ödev yükletilen tarafa sadece bir hak bahşedip, bu hakkı talep edebilme yetkisini ise üçüncü bir tarafa (örneğin devletin resmi görevlilerine) vermek suretiyle yüklemektedir.

Bentham, her zorlayıcı hukuk kuralının aynı anda hem haklar, hem de ödevler yarattığından söz etmektedir. Her zorlayıcı hukuk kuralı bir ödev yükler; her ödev bir kimseye bir hizmeti veya bir çıkarı sunmaya ilişkin bir ödevdir; ve bu kimse, yani ödevden yararlanan (lehine başkasına bir ödev yükletilen) kimse ise bir hakka sahiptir. Bundan dolayı da kişilere hak bahşetmeyen hiçbir yasa yoktur[197].

Bentham bu genelleme ile ilgili olarak iki sınırlandırmada bulunmaktadır: İlk olarak, bir yasa ödev yüklediği kişiye bir yarar sağlamak için tasarlanmış olabilir. Kişinin kendisiyle ilgili olan böyle ödevler (self-regarding duties) Bentham'a göre,

[195] Bentham, **Of Laws in General,** p. 293-294; Hart, "Bentham: Lecture on a Master Mind", p. 313.

[196] Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,** p. 236-237.

[197] Bentham, **Of Laws in General,** p. 220; Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 177, 183.

hak bahşetmez. Bentham kişinin kendisine, kendi yararı için yükletilen ödevlerin örneği olarak şunları göstermektedir: İntihar etmekten kaçınma ödevi, kamusal alanda uygunsuz hareketlerde bulunmaktan kaçınma ödevi, ensest ilişkiye girmekten kaçınma ödevi, tembellikten, kumardan ve savurganlıktan kaçınma ödevleri[198]. İkinci olarak, yasakoyucu kişilerin yararına olacak yasalar koymak, yani fayda ilkesinin gereklerini gözönünde tutarak yasama faaliyetinde bulunmak durumunda olsa da, bazen hiç kimseye bir yarar sağlamayan yasalar da yapabilir. Bu tip yasalar tarafından yaratılan "çileci" (ascetic) veya "kısır" (barren) ödevler, hak bahşetmemektedir. Bentham'a göre bu iki istisna hariç, tüm hukuki ödevler kendilerine karşılık gelen hukuki hakları yaratmaktadır[199].

Bentham'a göre çıkar veya yarar (benefit) her hukuk kuralı için önemlidir. Öyle ki bir emir aracılığıyla yükletilen ödev hiç kimseye fayda sağlamıyorsa, yasakoyucunun bu ödevi hiç yaratmamış olması gerekir. Yükletilen ödevden yararlanan kişi bizzat ödev yükümlüsü de olabilir. Fakat böyle bir durumda kişi, kendi kendisinden ödevin yerine getirilmesini talep edebilme yetkisine sahip değildir. Eğer ödeve ve bu ödevin yerine getirilmesinden doğan çıkara veya yarara farklı iki kişi sahipse, böyle bir durum hukuki bir hakkın varlığına delalet etmektedir. Konusu negatif bir hizmet olan bir hak, yükümlü kılınmış veya emir verilmiş tarafın, hak sahibine, yani korunan tarafa karşı belirli bir davranışta bulunmaktan kaçınmasını gerektirmektedir. Buna karşılık konusu pozitif bir hizmet almak olan bir hak ise, ödev yükümlüsünün, hakkın sahibine karşı belirli bir biçimde davranmasını gerektirmektedir[200].

Dolayısıyla Bentham'a göre, *bir hakka sahip olmak, başka birisinin ödevinin veya yükümlülüğünün yararlanıcısı veya lehdarı (beneficiary) olmaktır*[201]. Bu

---

[198] Bentham, **Of Laws in General,** p. 206; Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,** p. 225; ayrıca bkz. Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 177.

[199] Jones, **Rights,** p. 26-27; Hart, "Bentham: Lecture on a Master Mind", p. 313; Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 177.

[200] Dais, "Rights and Judicial Reasoning: The Deprivational Theory", p. 82.

[201] Edmundson, **An Introduction to Rights,** p. 57; Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries", p. 173; Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 177, 178; Kamm, "Rights", p. 481; Thomas R. Kearns,

yaklaşım, hak sahibinin, verili hukuki veya ahlaki bir ilişkide avantajlı durumda olan taraf oluşunu vurgulamaktadır. Bir kişinin hakkı, başka bir kişinin ödevini içermektedir. Bentham'ın hak ile ödev arasında kurduğu bu simetrik ilişki veya başka bir deyişle karşılıklılık, hakkın ödeve indirgenebilmesine yol açmaktadır. Bu nokta, biraz aşağıda ele alınmaya çalışılacak olan Hart'ın Bentham'a yönelttiği önemli bir eleştiridir. Buna ek olarak hak ile ödev arasındaki ilişki meselesi çağdaş irade ve çıkar teorilerinin temel tartışma noktalarından biridir.

Bentham'ın savunduğu çıkar teorisi bir yasakoyucunun varlığını esas almakta, yani önvarsaymaktadır. Bentham'a göre yasakoyucu, korunan tarafın, yani hak sahibinin bu hakkı talep edebilme yetkisine de sahip olup olmadığını veya bu yetkinin üçüncü bir tarafa (devletin resmi görevlilerine) verilip verilmediğini de bir emirle ifade etmektedir[202]. Bununla birlikte tüm hukuki haklar zorla yerine getirilebilir (enforceable) niteliktedir. Eğer hakkı talep etme yetkisi hak sahibine verilmemişse, hakkın gereğinin yerine getirilmesini talep etme yetkisi resmi görevlilerdedir. Çünkü hukuki haklar, kendilerine karşılık gelen hukuki ödevlerin varlığını gerektirmektedir ve hukuki ödevler de her zaman için bir yaptırımla desteklenmektedir[203].

Bentham'a göre hak, ödev ve hukuka aykırılık (offense) tek ve aynı emir veya hukuk kuralından doğmaktadır. Bir başka deyişle bunların hepsi aynı hukuk kuralının veya buyruğun ona tabi olanlar üzerindeki etkisinin farklı görünüm

---

"Rights, Benefits and Normative Systems", **A.R.S.P.**, Vol.: 61, 1975, p. 465; David Lyons, "Utility and Rights", **Theories of Rights,** Edited by: Jeremy Waldron, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 114; Kenneth Campbell, "Legal Rights", **Stanford Encyclopedia of Philosophy,** (Çevrimiçi): http://plato.stanford.edu/entries/legal-rights/, 13.04.2005; Waldron, **The Right to Private Property**, p. 80; Miller, **Social Justice**, p. 55, 63; Michael D. Bayles, "Against Right-Based Moral Theories", **A.R.S.P., Law and The State in Modern Times,** Edited by: Werner Maihofer, Gerhard Sprenger, Beiheft: 42, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1990, p. 105. Bununla birlikte genellikle Bentham'a atfedilen bu yaklaşım ilk olarak Samuel Von Pufendorf (1632-1694) tarafından geliştirilmiştir. Pufendorf, bir haktan söz edebilmek için mutlaka başka birisinin hak sahibine karşı bir ödev yüklenmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Böylece Pufendorf'un, aynı zamanda hak ile ödev arasındaki bağlılaşıklık ilişkisine ilk dikkati çeken düşünürlerden birisi olduğunu söylemek de mümkündür. Bkz. Tuck, **Natural Rights Theories**, p. 1, ayrıca bkz. 156 vd; Edmundson, **An Introduction to Rights**, p. 25.

[202] Dais, "Rights and Judicial Reasoning: The Deprivational Theory", p. 82.

[203] Edmundson, **An Introduction to Rights,** p. 58.

biçimleridir. Hukuk kuralının etkisi, vicdanımızı, yapmamız gerekenle bağlamak değil, eğer yapmamız gerekeni yapmazsak katlanacağımız yaptırımla bağlamaktır[204]. Bir kişinin hukuki bir ödevinin olması demek, hukukun yasakladığı bir davranışta bulunması veya emrettiği bir davranışta bulunmaktan kaçınması durumunda hukuki bir yaptırımla karşılaşacağı demektir[205]. Böylece emrin ya da yasağın muhatabı olan kişiler bu kurallara uyma ödevi altında olduklarından, ilgili emir veya yasak, ihlali halinde söz konusu olan bir zarar tehditi ile de pekiştirilmektedir. Zarar tehditi altında olmak, faydacı geleneğe uygun ve empirik olarak da gözlemlenebilen bir özellik taşımaktadır[206]. Dolayısıyla Bentham'ın hak kavramı analizinin esaslı unsurlarından birisi de yaptırımdır.

Bentham başka kişilere yönelik hukuka aykırı hareketleri üçe ayırmıştır[207]:

1- Özel şahıslara karşı hukuka aykırılıklar (Private offences): Tespit edilebilir\saptanabilir (assignable) olan kişilere karşı gerçekleştirilen hukuka aykırılıklardır. Örneğin cinayet, saldırı, hırsızlık, sözleşmenin ihlali vb. haller. Bunlar belirli bir kişinin hakkını ihlal etmektedir.

2- Yarı-kamusal hukuka aykırılıklar (Semi-Public offences): Tesbit edilebilir\saptanabilir olmayan ve bir grubun üyesi olan kişilere karşı gerçekleştirilen hukuka aykırılıklardır. Örneğin, belirli bir çevrenin korunması için uygulamaya koyulan sağlıkla ilgili düzenlemelerin ihlali durumu vb. haller. Bu ihlaller, toplumun içinde yer alan, ya bazı sınıfsal özellikleri ya da belirli bir yerde ikamet etmeleri bakımından ayırt edilebilir olan kişiler topluluğunun haklarının ihlal edildiği durumlardır.

---

[204] Dais, "Rights and Judicial Reasoning: The Deprivational Theory", p. 82.

[205] Hart, "Bentham: Lecture on a Master Mind", p. 313.

[206] Ayşen Furtun, **John Austin'in Hukuk ve Devlet Teorisi**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s. 10.

[207] Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,** p. 188-194; Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 183-184.

3- Kamusal hukuka aykırılıklar (Public offences): Toplumu oluşturan, tesbit edilemeyen veya saptanabilir olmayan belirsiz sayıda kişiye yönelik belirsiz ölçüde kötülük tehditi bulunan hukuka aykırılıklardır. Örneğin vergi ödememe, ordudan firar etme vb. haller. Bunlar tüm toplumun haklarını ihlal etmektedir.

Bentham'a göre bu hukuka aykırılıkları düzenleyen hukuk kuralları, kişilere ödev yüklemektedir. Bu ödevlerden yararlananlar, yani saptanabilir bireyler, bireylerin oluşturduğu gruplar ve en geniş anlamda kamu bu ödevlere karşılık düşen haklara sahiptir[208]. Bu nedenle de suç işlenmesi ve haksız fiil gibi her hukuka aykırı hareket bir hakkın ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Hak sahibi ise, bir ödevin yerine getirilmesinden yararlanan kişi veya kişilere yapılan gönderme ile ayırt edilmektedir[209]. Bir başka deyişle hak sahibi, ödevin yerine getirilmesinde yararı veya çıkarı olan kişidir. Böylece Bentham'a göre hak sahibi, başka birisinin yaptırım tehditi ile güçlendirilmiş zorlayıcı bir hukuk kuralına riayet etmesinden yararlanan kişidir[210].

Fakat Bentham'ın yaptığı bu genellemede sorun teşkil eden bir nokta vardır. Örneğin vergi ödeme ödevi, trafik kurallarına uyma ödevi, uyuşturucu madde satmama ödevi gibi ödevler yasaların genel olarak toplumdaki herkesin yararına veya çıkarına olacak biçimde, yüklediği ödevlerdir. Bu ödevler, belirli veya spesifik kişilere karşı doğrudan borçlu olunan ödevler değildir. Dolayısıyla bu ödevlerin kişilere yükletilmesiyle, kamusal çıkarlar korunmaktadır. Bu nedenle bu tip ödevleri kişilere hak bahşeden ödevler olarak kabul etmek ilk bakışta zor görünmektedir. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında da gösterilmeye çalışılacağı gibi, Bentham üzerinden kendi çıkar teorilerini geliştiren hak teorisyenleri, "bir ödevden yararlanmak" fikrine bir takım nitelendirmeler veya sınırlamalar getirmek suretiyle bu problemi aşmaya çalışmışlardır.

---

[208] Jones, **Rights,** p. 28; Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 177.

[209] Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 177, 178, 183.

[210] Lyons, "Utility and Rights", p. 114.

Bu nokta kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı bakımından da önemlidir. Daha açık bir ifadeyle, ceza hukuku yasalarındaki düzenlemelerin kişilere hak bahşedip, bahşetmemesi meselesi ile çok yakından ilişkilidir. Örneğin adam öldürmeyi yasaklayan bir hukuk kuralı, bu ödevi yüklemek suretiyle kişilere hak bahşetmekte midir? Hak sahibini, bir ödevin yerine getirilmesinde çıkarı olan kişi, başka bir deyişle bu ödevin ifasından yararlanan kişi olarak belirleyen Bentham'a göre bu sorunun cevabı olumludur. Bentham bu konudaki düşüncesini açık bir şekilde dile getirmektedir:

> "Medeni yasalara zorunlu olarak giren *haklar*, *yükümlülükler*, *hizmetler*, *hukuka aykırılıklar* gibi tüm sözcükler aynı şekilde ceza yasalarında da bulunmaktadır. Ama aynı amaçları, iki farklı bakış açısından dikkate aldıklarından [dolayı], iki farklı terim kümesi ile dile getirirler. *Yükümlülükler*, *haklar*, *hizmetler* medeni yasalarda kullanılan terimlerken; *ihtar*, *yasak*, *suç* ceza yasalarında kullanılan terimlerdir[211]."

Buna karşılık hakkın asli özelliğini, sahibinin iradesini korumak olarak gören irade teorisi bakımından Bentham'ın bu cevabı tartışmalıdır. Özelikle çağdaş irade teorisinin en önemli temsilcisi olan H.L.A. Hart, Bentham'a bu bakımdan önemli eleştiriler getirmektedir.

Sonuç olarak Bentham'ın hukuki haklara ilişkin oluşturduğu kavramsal çerçeve, çağdaş irade ve çıkar teorilerinin ana tartışma noktalarına işaret etmesi bakımından önem taşımaktadır. Bir ödevin yerine getirilmesinden yararlanan kişi olarak hak sahibi fikri, hakkın özünün çıkar oluşuna dikkat çekmektedir. Bir başka ifadeyle hakkın fonksiyonu sahibinin çıkarını korumaktır. Ancak çıkarın söz konusu olduğu her durumun hak bahşettiği gibi bir sonuca varması nedeniyle de oldukça geniş bir hak kavramsallaştırması sunmaktadır[212]. Buna ek olarak hak kavramını

---

[211] Jeremy Bentham, **The Works of Jeremy Bentham**, Edited by: John Bowring, Edinburg, William Tait, 1843, Vol.: III, p. 160'dan aktaran Hart, "Bentham: Lecture on a Master Mind", p. 314, dipnot 3.

[212] Bu nedenden dolayı Bentham'ın çıkar teorisi yaklaşımına çağdaş Anglo-Sakson irade ve çıkar teorisi literatürü kapsamında "Sınırlandırılmamış (Nitelendirilmemiş) Çıkar Teorisi" (Unqualified Interest Theory) veya "Basit (Yalın) Çıkar Teorisi" (Simple Interest Theory) isimlerinin verildiği görülmektedir. Bkz. Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries", p. 175; Waldron, **The Right to Private Property**, p. 80; Bayles, "Against Right-Based Moral Theories", p. 105.

ödev kavramının bir yansımasına indirgemiş olmasından dolayı, hak kavramının kullanılmasının ayırt edici özelliğini zayıflatmış olmaktadır. Bu nedenlerle de bünyesinde bir takım eksiklikleri barındırmaktadır.

III. ÇAĞDAŞ İRADE VE ÇIKAR TEORİSİ YAKLAŞIMLARI

A. Genel Olarak

Çalışmanın birinci bölümünde hak kavramı Hohfeld'in analizinden hareketle yapısal bakımdan incelenmiştir. Bu bağlamda Hohfeld'in hak analizi, hak teriminin hukuk dilinde veya hukuki söylemde dört farklı biçimde kullanıldığını ortaya koymuştur. Bu dört farklı hak formu, gündelik hukuki söylemde hak genel teriminin dört türünü veya dört kurucu bileşenini oluşturmaktadır. Fakat Hohfeld'in analizi bu dört türün veya bunların birkaçının ya da hepsinin bileşiminden oluşan bütünün hak olarak kabul edilmesini sağlayan özelliklerin ne olduğu sorusunu yanıtlamamaktadır. Bir başka deyişle hak kavramının özüne ilişkin bir açılım sunmamaktadır. Hak kavramının özünün aydınlatılması bir anlamda hakkın sahibi için gördüğü işlevin veya fonksiyonun belirlenmesi aracılığıyla mümkündür. Bundan hareketle hak kavramının fonksiyonuna ilişkin tartışma, irade teorisi ve çıkar teorisi biçimindeki iki ana teori üzerinden yürütülmektedir. Çalışmanın bir önceki bölümünde, adı geçen teorilerin klasik versiyonları incelenmeye çalışılmıştır. Çalışmanın bu bölümünde ise çağdaş Anglo-Sakson irade ve çıkar teorisi yaklaşımları ele alınacaktır.

Klasik irade ve çıkar teorileri, çağdaş versiyonları ile karşılaştırıldığında, daha kapsamlı teorilerdir. Bu iki klasik teori, değişen toplumsal ve siyasal yapı ile birlikte hukuk düşüncesinde de meydana gelen farklılaşmaya ilişkin geliştirilmiş iki farklı açıklama biçimi olarak görülebilir. Bu bağlamda hukuk, bireysel amaçlar ile toplumsal amaçların bağdaştırlmasını sağlayan bir araçtır. Bir başka deyişle hukuk, hak ile ortak yararın birlikte mümkün olabilme koşullarını düzenlemektedir. Buna karşılık klasik irade ve çıkar teorilerinin aksine çağdaş yaklaşımların analitik bir tutum benimsediği görülmektedir[1]. Çağdaş yaklaşımlar büyük oranda, hak genel

[1] Bu bakımdan klasik teoriler içerisinde Bentham'ın konumu belirleyicidir. Bir başka deyişle çağdaş Anglo-Sakson irade ve çıkar teorilerinin benimsediği analitik tutum ilk olarak Bentham tarafından başlatılmıştır.

kavramının, ödev, yetki, bağışıklık, serbestlik, talep gibi diğer kavramlarla ilişkilendirilerek açıklanmasına odaklanmıştır. Bu nedenle başlangıç noktası olarak Hohfeld'in sunduğu profili kabul etmektedir. Bir başka deyişle bu alanda çalışan düşünürlerin hemen hepsi, hak kavramının yapısal veya kurucu bileşenleri bakımından Hohfeld'in çözümlemesini benimsemektedir. Bununla birlikte yukarıda değinildiği gibi çağdaş teorilerin temel ilgileri, yapısal bileşenleri biraraya toplayan ve bu bütüne hak ismi verilmesini sağlayan özelliğin belirlenmesi üzerinde yoğunlaşmıştır. Söz konusu özellik aynı zamanda teorilerin hak kavramının fonksiyonuna ilişkin tutumlarını da aydınlatmaktadır.

Çağdaş irade ve çıkar teorisi yaklaşımları kendi bünyelerinde değişik varyasyonları barındırmaktadır. Bundan dolayı irade teorisi veya çıkar teorisi ifadesinden ziyade, irade teorileri veya çıkar teorileri ifadesi daha doğrudur. Bu değişik varyasyonlara rağmen onları yine de çıkar veya irade teorisi genel başlıkları altında toplamayı mümkün kılan bir takım ortak özellikleri vardır. Kabaca dile getirildiğinde; teorilere verilen isimlerden de çıkarsanabileceği gibi, irade teorisi genel başlığı altında toplananlar hak sahibinin iradesini hak kavramının merkezine yerleştirirken, çıkar teorisi genel başlığı altında sınıflandırılan teoriler ise hak sahibinin çıkarını merkeze almaktadır.

Bu iki teori özünde formel teoriler olmasına, kavramsal düzeyde çözümlemeler yapmasına yani bir haktan bahsedebilmek için taşıması gereken gerekli ve yeterli özellikleri belirlemesine rağmen, aslında hak kavramına ilişkin tüm sorunlara yanıt oluşturulabilecek temel bir çerçeve sunmaktadır. Bundan dolayı her iki teorinin de hak kavramına ilişkin analitik ve normatif sorunlar arasında bir köprü kurduğu belirlenebilir[2]. Şöyle ki bu iki teoriye, hak kavramına ilişkin analitik tutumlarının altında, aslında daha temel bir niteliğe sahip olan veya daha derindeki ahlaki uyuşmazlıkları yansıtan, birbirine rakip kavramsal çerçeveler nazarıyla bakılabilir[3]. Bu bağlamda her iki teoriden hareketle, hak kavramının analizi ile

[2] Campbell, **Rights: A Critical Introduction,** p. 43.

[3] Harel, "Theories of Rights", p. 193-194.

kavramın ahlak ve siyaset felsefesi alanındaki tarışmalarda kullanılma biçimi arasındaki ilişkiye dair sonuçlar çıkarabilmek de mümkündür.

Çalışmanın bu bölümünde öncelikli olarak çağdaş irade ve çıkar teorilerinin üzerinde durduğu temel meselelere değinilecek, sonrasında ise çağdaş yaklaşımlar en önemli temsilcilerinin görüşleri üzerinden değerlendirilmeye çalışılacaktır. Çağdaş teorilerin ortaya koyulmasının ardından da bu yaklaşımların genel bir değerlendirilmesi yapılmaya çalışılacaktır.

B. Çağdaş İrade ve Çıkar Teorilerinin Temel Sorunları

Yukarıda da işaret edilmiş olduğu gibi, çağdaş Anglo-Sakson irade ve çıkar teorileri, "Hak nedir?" veya "Bir hakka sahip olmak ne demektir?" sorusunu yanıtlamak üzere geliştirilmiş teorilerdir ve benimsedikleri analitik tutuma uygun olarak Hohfeld'in yaklaşımını hareket noktası olarak almaktadırlar. Bununla birlikte bu iki teori arasındaki temel farklılıklardan birisi, Hohfeld'deki bağlılaşıklık (corelativity) tezine yaklaşımları ile belirginleşmektedir. Çünkü bu tez, irade teorisi ile çıkar teorisi arasındaki ana çatışma noktalarından birisini oluşturmaktadır[4]. Yukarıda görüldüğü gibi Bentham'ın "başkasının ödevine karşılık düşen hak" tanımlaması da ödev ile hak arasında bir gerektirme ilişkisi kurmaktadır. Fakat bağlılaşıklık tezi en açık biçimde Hohfeld'in analizinde ortaya konulmuştur.

Hohfeld, normatif hukuki ilişkiler ağının bir bölümünü oluşturan hakların, kendilerine karşılık düşen ödevlerle birlikte karşımıza "bir çift" olarak çıktığını ifade etmiştir. Bu bağlamda bir hakkın (Hohfeld'in terminolojisi bakımından talebin) varlığı, zorunlu olarak bir ödevin varlığını gerektirmektedir; ya da bir ödevin varlığı, zorunlu olarak bir hakkın varlığını gerektirmektedir. Hohfeld'in sisteminde sadece talepler, bağlılaşıkları olan ödevleri gerektirmektedir. Fakat diğer hak formları yani

[4] J.E. Penner, "The Analysis of Rights", **Ratio Juris,** Vol.: 10, No: 3, 1997, p. 300.

serbestlikler, yetkiler ve bağışıklıklar ise bağlılaşıkları olarak ödevlerinin varlığını gerektirmemektedir.

Burada ödevin de her zaman için bağlılaşığı olan bir hakkı gerektirip gerektirmediği sorusu akla gelebilir[5]. Örneğin kişinin yoksullara yardım etme ödevinin varlığı, yoksulların yardım görme hakkı olduğu anlamına mı gelmektedir? Eğer cevabımız hayır olursa o zaman hakkın bağlılaşığı olan ödevi, olmayan ödevden ayıran özelliğin belirlenmesi gerekecektir. Örneğin havanın kirletilmemesi ödevi gibi kamuya yararlı olan ödevler vardır. Fakat bu ödevin yerine getirilmesinden tek bir kişi, kendisiyle aynı koşullarda bulunan diğer kişilerle birlikte yararlanabilir. Bu tip bir ödevi, belirli bir kişinin hakkına karşılık düşen ödevden ayırt edecek unsurların da saptanması gerekir. Bir başka ifadeyle hak kavramının ilişkisel doğasının aydınlatılması önemlidir.

İrade teorisi ile çıkar teorisinin temel ilgilerinden birisi, hakların ödevlerle nasıl bir bağlılaşıklık ilişkisi içerisinde oldukları sorunudur. Bu sorunun bir başka boyutu ise hak ile ödev arasındaki ilişkinin simetrik mi, yoksa asimetrik mi olduğuna ilişkindir. Daha açık bir ifadeyle haklar mı ödevleri, ödevler mi hakları temellendirmektedir? Dolayısıyla teoriler arasındaki tartışma özellikle talep hakları etrafında yürütülmektedir.

Bu sorunların, bir hakkın var olmasının temel koşulları yani bir savı hak olarak kabul edebilmek için aranan gerekli[6] ve yeterli[7] koşulların ne olduğu

[5]Hohfeld'in kendisi bu konuda açık bir fikir beyan etmemiştir. Fakat talep ile ödev arasında gerektirme ilişkisi kurduğu ve bu ilişkinin her iki yönde de işlediğini varsaydığı göz önüne alındığında, her ödev için, ona karşılık düşen bir talebin olduğunu öngördüğünü düşünebiliriz.

[6] Gerekli koşul, yokluğunda belli bir olayın ortaya çıkamayacağı ya da belli bir şeyin varolamayacağı koşuldur. Bir anlamda onsuz olmazlık halini ifade eder. A, B için gerekli koşulsa, A olmaksızın B olamaz. Örneğin oksijen ateş için gerekli koşuldur. Bkz. "gerekli koşul" maddesi, Yıldırım, **Çağdaş Felsefe Sözlüğü**, s. 93; "gerek koşul" maddesi, Cevizci, **Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü**, s. 147.

[7] Yeterli koşul varolduğu zaman belli bir olayın gerçekleştiği ya da varolduğu koşuldur. A'nın varolması, B'nin varolması için yeterli ise A, B için yeterli koşuldur. Örneğin bir yerde ateş varsa, orada oksijen var demektir. Ateş, oksijen için yeterli; oksijen ateş için gerekli koşuldur. Bkz. "yeterli koşul" maddesi Yıldırım, **Çağdaş Felsefe Sözlüğü**, s. 221; "yeter koşul" maddesi Cevizci, **Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü**, s. 370.

konusuyla yakından ilişkisi vardır. Bu sorunların çözümlenmesi irade ve çıkar teorilerinin kavramsal düzeydeki temel ilgi noktalarıdır.

Çıkar teorisine göre haklar, sahibinin çıkarlarına ilişkindir. Buna göre başkasının, kişinin bir çıkarını koruyan bir ödevi olması halinde, bu kişi bir hakka sahiptir. Hak tarafından korunan ödev hak sahibinin çıkarına olduğu için, hakkın ima ettiği ödev hak sahibine borçlu olunan bir ödevdir. Buna karşılık irade teorisine göre haklar, sahiplerinin hukukun kendilerine bir takım sonuçlar bağlayacağı seçimler yapmasına olanak tanımaktadır. Buna göre ise başkalarının, kişinin seçimlerinden birisini koruyan ödevleri olduğu zaman, o kişi bir hakka sahiptir. Hak tarafından korunan seçim hak sahibinin seçimi olduğu için, hak tarafından ima edilen ödev de hak sahibine borçlu olunan bir ödevdir[8]. Rainbolt, temel nitelikleri bu şekilde kısaca özetlenebilecek irade ve çıkar teorilerinin iki ana versiyonu olduğunu belirtmektedir. Bunlar, koruma (protection) versiyonu ve gerekçelendirme (justification) versiyonudur. Çıkar teorisinin koruma versiyonuna göre haklar, hak sahibinin çıkarlarını korumaktadır. Buna göre hakkın özü, hak sahibinin esenliğinin bir cephesini normatif olarak korumasıdır. Biraz aşağıda ele alınacak olan David Lyons ve Neil MacCormick'in teorileri bu kapsamda değerlendirilebilir. Gerekçelendirme versiyonuna göre ise haklara karşılık düşen ödevler, hak sahibinin çıkarları tarafından gerekçelendirilmektedir. Joseph Raz'ın hak teorisi çıkar teorisinin gerekçelendirme versiyonunun en önemli örneğidir. İrade teorisinin koruma versiyonuna göre haklar, hak sahibinin seçimlerini korumaktadır. Buna göre bir hakkın özü, sahibine başka bir kişinin davranışlarına ilişkin olarak normatif bir anlam ve önem taşıyan seçimlerde bulunabilme olanağı sunmasıdır. Anglo-Sakson çağdaş irade teorisinin kurucusu olan H.L.A. Hart'ın hak teorisi bu bağlamda değerlendirilebilir. İrade teorisinin gerekçelendirme versiyonunu savunan herhangi bir düşünür olmamakla birlikte bu versiyonun haklara karşılık gelen ödevlerin, hak sahibinin seçimleri tarafından gerekçelendirildiğini savunabileceğini söyleyebiliriz[9].

[8] George W. Rainbolt, "Rights Theory", **Philosophy Compass**, Vol.: 1, No: 1, 2006, p. 14.

[9] Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 86-87; ayrıca bkz. Matthew H. Kramer, "On The Nature of Legal Rights", **Cambridge Law Journal**, Vol.: 53, No: 3, 2000, p. 473-474.

İrade ve çıkar teorilerinin koruma versiyonlarının temel ilkeleri şu şekilde dile getirilebilir[10]:

Çıkar teorisinin koruma versiyonunun temel ilkeleri:

(1) Bir hakkın X kişisinin bir veya birden fazla çıkarını koruması, X kişisinin söz konusu hakka edimsel olarak sahip olması için gerekli ama yeterli olmayan bir koşuldur.

(2) X kişisinin bir hakkın yerine getirilmesini (enforcement) talep edebilme veya bundan feragat edebilme yeterliliğine ve yetkisine sahip olması, X kişisine söz konusu hakkın bahşedilmesi için ne yeterli ne de gerekli bir koşuludur.

İrade teorisinin koruma versiyonunun temel ilkeleri:

(1) X kişisinin bir hakka sahip olmasının yeterli ve gerekli koşulu, X kişisinin söz konusu hakkın yerine getirilmesini (icra edilmesini) talep etmek veya bundan feragat etmek yeterliliğinin ve yetkisinin bulunmasıdır.

(2) X kişisinin bir hakka sahip olması, onun bir (veya birden fazla) çıkarının korunmasını da zorunlu olarak içermez.

(3) Bir hakkın, X kişisinin bir veya birden fazla çıkarını koruma potansiyeli, X kişisinin söz konusu hakka edimsel olarak sahip olması için tek başına yeterli değildir.

İrade teorisinin üçüncü ilkesi aynı zamanda çıkar teorisinin de bir karakteristiğidir. Her iki teoriye göre de bir hakkın bir çıkarı koruma potansiyeli, o hakkın edimselliği (actuallity) için yeterli bir koşul değildir. Bu nokta dışında ise teorilerin diğer ilkeleri doğrudan doğruya birbiriyle çatışmaktadır. Örneğin irade

[10] Bu sınıflandırma için bkz. Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 61-62; Kramer, "On The Nature of Legal Rights", p. 473-474; Matthew H. Kramer, "Do Animals and Dead People Have Legal Rights?", **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Vol.: XIV, No: 1, 2001, p. 29.

teorisine göre bir hakkın içeriğinde zorunlu olarak yetki öğesinin bulunması gerekirken, çıkar teorisi bakımından böyle bir zorunluluk yoktur.

Rainbolt'un yukarıda yapmış olduğu korumacı versiyon ve gerekçelendirme versiyonu biçimindeki tasnif, hak kavramını açıklamaya yönelik çağdaş irade ve çıkar teorilerini incelemeyi kolaylaştırıcı bir yol haritası çizmektedir. Çağdaş irade ve çıkar teorilerinin incelenmesinin çıkış noktası olarak Hart'ın hukuki hak teorisi belirlenmiştir. Çünkü Hart'ın teorisinde tartıştığı meseleler, çağdaş teoriler arasındaki temel ihtilafların ana zeminini kurmaktadır. Bir başka deyişle bu meseleleri işaretlemektedir. Bu açıdan bakıldığında Hart'ın yaklaşımı yol göstericidir. Buna ek olarak çıkar teorisinin versiyonları, bir anlamda Hart'ın Bentham'a yönelttiği eleştiriler doğrultusunda geliştirdiği yaklaşıma karşı geliştirilen argümanlar olarak da okunabilir. Dolayısıyla Hart'ın yaklaşımını kendi içinde bir bütün olarak ele alıp, işaret ettiği meseleler üzerinden irade ve çıkar teorileri karşılaştırılmaya çalışılacaktır. Böylece teorisyenlerin birbirlerine karşı geliştirdikleri argümanları izleyerek, söz konusu çağdaş yaklaşımların düşünsel gelişimini takip edebilme olanağına da ulaşılabilir.

C. Çağdaş İrade Teorisinin Kurucusu Olarak H. L. A. Hart

1. Hart'ın Hukuki Hak Teorisi

H. L. A. Hart (1907-1992), çağdaş irade teorisinin kurucusu ve en etkili temsilcisi olarak kabul edilmektedir[11]. Hart, kendi teorisini geliştirirken, çıkış noktasına Bentham'ın hukuki hak analizini yerleştirmektedir. Hart, Benthamcı çıkar teorisine "bir tercih veya seçim (choice) olarak hak" nosyonunu ekleyerek, hak kavramının mantıki yapısını ve kurucu ilkesini ortaya koymaya çalışmaktadır. Bir

[11] Steiner, "Working Rights", p. 239; Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. xı; Steiner, **An Essay on Rights**, p. 57, dipnot 1; Waldron, "Introduction", p. 9; Bix, **A Dictionary of Legal Theory,** p. 85; Lord Lloyd of Hampstead, Freeman, **Lloyd's Introduction to Jurisprudence**, p. 441.

başka ifadeyle hak kavramının kurucu bileşenlerini bir araya getiren temel ilkeyi belirlemeye çalışmaktadır.

Hart, Bentham'ın hak veya ödev gibi hukuki kavramların özel bir analiz yöntemi gerektirdiğine ilişkin görüşünü paylaşmaktadır. Hukuk alanında, sıradan dildeki gibi, doğrudan gerçek dünya ile bağlantılı atıflara gidilmesi mümkün değildir. Çünkü tanımlanacak hak veya ödev gibi kavramların somut ya da fiziki dünyada gerçek bir varlığı yoktur. Diğer bir ifadeyle, bir hakkın ne olduğunu düşündüğümüzde bunun gerçek dünyada doğrudan bağlantılı olduğu net ve somut bir karşılığı bulunamamaktadır. "Hak ne demektir?" biçimindeki bir soru, gerçekte hakkın neye atıfta bulunduğunun sorgulanmasıdır. Fakat bu, bir yanılgıdır[12]. Dolayısıyla Hart'a göre de hak sözcüğünün tek başına ele alındığı "Hak nedir?" sorusunun yanıtlanmasından ziyade, hak teriminin karakteristik rolünü oynadığı "A'nın B'nin ona 10 YTL ödemesi konusunda bir hakkı vardır." cümlesindeki kullanımın açıklanması gerekmektedir. Burada söz konusu olan bir bağlamsal tanımdır[13]. Bununla birlikte Hart, Bentham'ın bu cümleyi olgusal ifadelere kadar geri indirme biçimindeki yaklaşımına katılmamaktadır. Çünkü Hart'a göre, hak terimi karakteristik rolünü hukukun sonuçlarında (conclusions of law), yani hukuk kurallarının somut olaylara uygulanmasıyla ulaşılan hukuki sonuçlarda oynamaktadır. Buna göre, böyle bir cümle öncelikle yaptırımları da barındıran ve bugün olduğu gibi yarın da işleyecek olan bir hukuk sisteminin varlığını önvarsaymaktadır. Buna ek olarak böyle bir ifadenin ilgili hukuk sistemindeki belirli bir kuralla özel bir bağlantısı vardır. "A'nın niçin böyle bir hakkı vardır?" sorusu ile bu bağlantı ortaya çıkartılabilir. Bu soruya verilecek yanıt Hart'a göre sadece iki unsurdan meydana gelmektedir. Bu unsurlar ise belirli olguların gerçekleşmesi halinde belirli bir hukuksal sonucun gerçekleşeceğini dile getiren bir kural ve ilgili olayda bu olguların bulunmasıdır. "A'nın hakkı vardır." ifadesi ne hukuk düzenindeki kuralı, ne de olaydaki olguları dile getirir. Bu ifadenin fonksiyonu,

[12] Şule Şahin, "H.L.A. Hart: Hukuk Kavramı ve Ayrım Tezi", **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş,** Editör: Ahmet Haluk Atalay, İstanbul, Teknik Yayıncılık, 2004, s. 96.

[13] "Bağlamsal tanım, bir terimi tek başına değil de, bir dilsel bağlam içinde, başka şeylerle ilişkili olarak onun anlamlı olduğu bağlama işaret ederek yapılan tanımdır." "Tanım maddesi", Cevizci, **Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü**, s. 319.

konuyla ilgili olan kural ile olayla ilgili olan olgulardan sonuç çıkartmasıdır. Bir başka deyişle yukarıdaki ifade yani "A'nın B'nin ona 10 YTL ödemesi konusunda hakkı vardır." ifadesi hukukun somut olaya uygulanması ile varılan sonuçtur[14].

Buna göre Hart "hukuki hakkın" açıklamasını şöyle yapmaktadır[15]:

1) "X'in bir hakkı vardır." biçimindeki bir ifade, aşağıdaki üç koşulu karşılamakta ise doğrudur (true):

a- Bir hukuk sisteminin varlığı,

b- Hukuk sistemindeki bir kural veya kurallar çerçevesinde başka bir Y kişisinin, meydana gelen olayda, belirli bir eylemde bulunma (veya bulunmaktan kaçınma) yükümlülüğü altında olması,

c- Hukuk tarafından bu yükümlülüğün ya X'in ya da onun adına hareket etmek konusunda yetkilendirilmiş diğer bir kişinin *seçimine-tercihine* bağımlı

[14] Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence", p. 27 vd.

[15] Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence", p. 35. Hart, hak teriminin bizzat hukukun kendisinde kullanılan bir terim olmaktan ziyade hukuk hakkındaki söylemde kullanılan yani kişilerin hukuk nazarındaki konumları hakkında ifadeler oluşturmakta kullanılan bir terim olduğu görüşündedir. Bir başka deyişle hak terimi bizzat hukukun içeriğinde yer almaz. Hak terimi, sadece hukuk hakkında konuşurken kullanılan bir terimdir. Dolayısıyla hak teriminin standart kullanımı, hukukun sonuçlarını ifade etmektir. Neil MacCormick, Hart'ın bu düşüncesine katılmamaktadır. McCormick Hart'ın bu analizinin altında yatan varsayımların, empirik düzeyde oldukça basit bir biçimde yanlışlanabileceğini belirtmektedir. Hak terimi ve onunla aynı cinsten olan terimler hukuki metinlerde düzenli olarak ve sıklıkla kullanılmaktadır. MacCormick bu düşüncesini delillendirmek için 1964 tarihli İskoç Miras Yasası'nı örnek vermekte ve bu yasanın sadece ilk sekiz kısmında hak sözcüğünün yirmi dört kez kullanıldığını dile getirmektedir. Dolayısıyla hak terminolojisi sırf hukuktan çıkartılan münferit sonuçları dile getirmekte değil, hukuk kurallarında ve bunların yasama yoluyla yaratılmasında da kullanılmaktadır. Bir başka deyişle hak terimi sadece sonuç önermesinde değil, büyük önermede, yani hukuk normunun kendisinde de kullanılan bir terimdir. Hukuk normunda yer alan hak kazandırıcı olgular münferit bir olayda gerçekleşmişse, ilgili kişi söz konusu hakka sahip olur. Kişisel haklara ilişkin sonuçların kendilerinden çıkartıldığı öncüller, ilgili hak kazandırıcı olguların gerçekleştiği her durumda kişilere söz konusu hakkın bahşedileceğini ifade eden kurallardır. Dolayısıyla sonuç önermesini kurmak için büyük öncüle, yani hukuk kuralına gitmek gerekir. Hukuk kuralları, hak bahşettiklerini lafzi olarak (*expressis verbis*) dile getirmeksizin de hak bahşedebilirler. Dolayısıyla hukuk kurallarında haklardan açık biçimde söz edilmediğini varsaymak kadar, hak bahşettiklerinde de bunu açıkça dile getirmelerini, yani hak terimini açıkça kullanmalarını beklemek de hatalıdır. Bu nedenle de hakların doğasına ilişkin bir araştırma aslında hukuki hakların bahşedilmesi ile ilgili hukuk kurallarının doğası ve tipik özelliklerinin araştırılmasıdır. Bkz. D. Neil MacCormick, "Rights in Legislation", **Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart**, Edited by: P.M.S. Hacker, Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 189-192.

kılınmış olması. Böylece Y, sadece X (veya onun adına hareket eden başka bir kişi) Y'nin bu eylemde bulunmasını (veya eylemde bulunmaktan kaçınmasını) seçerse, bu ödevle bağlı olacaktır; bunun aksini seçerse, o zaman Y bu ödevle bağlı olmaktan kurulmuş olacaktır.

2) "X'in hakkı vardır." formundaki bir ifade, böyle bir kuralın kapsamına giren münferit bir durumda hukuktan sonuç çıkartmak için kullanılır.

Bentham'ın hak analizinin esaslı bir unsuru olan cezalandırılma (yaptırım) kavramının yerine Hart, ödevin ihlalinden doğan zararın tazmini veya telafisi (remedy) kavramını koymaktadır. Fakat Hart, zararın tazmini veya telafi edilmesinin de bir hakka sahip olan kişinin özel pozisyonunu açıklamakta yetersiz kaldığını ileri sürmektedir. Ona göre bu özel pozisyon, hak sahibinin hakkına karşılık düşen ödevin yerine getirilmesi veya getirilmemesi konusunda bir seçime sahip olması nosyonu ile açıklanabilir. Hart'a göre, hak bahşeden hukuk kurallarının (sadece ödev yükleyip hak bahşetmeyen kurallardan ayırt edici) özelliği, hakka karşılık gelen ödevin yerine getirilmesini hakka sahip olan kişinin (veya onun adına hareket eden kişinin) seçimine bırakmış olmasıdır[16].

Hart yukarıdaki nitelendirmesinin sadece Hohfeldçi anlamda talebi ele aldığını, ama aynı açıklama biçiminin serbestlik, yetki ve bağışıklıklara da uygulanabileceğini belirtmektedir[17]. Hart bu dört formun, aralarındaki mantıksal farklılıklara rağmen, hak olarak nitelendirilmelerini sağlayan özelliğin ya da birleştirici unsurun, hak sahibinin *seçimi* veya *tercihi* olduğunu ileriye sürmektedir. Bir başka deyişle kişinin seçiminin hukuk tarafından tanınması, bu dört formun hepsine de sirayet eden ortak noktadır. Bu dört formun her birisinde de hukuk, bireyin seçimini; ya olumsuz şekilde yani bu seçime engel olmayarak (serbestlik ve bağışıklık) ya da olumlu biçimde bu seçime hukuki bir sonuç bağlayarak spesifik olarak tanımaktadır. Olumsuzluk hallerinde, kişinin belirli bir davranışta bulunmayı

[16] Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence", p. 35; Dais, "Rights and Judicial Reasoning: The Deprivational Theory", p. 82; Halpin, **Rights and Law: Analysis and Theory**, p. 68.

[17] Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence", p. 35 dipnot 15.

ya da bulunmaktan kaçınmayı seçmesi halinde (serbestlik) veya hukuki durumunda bir değişiklik meydana gelmemesini seçmesi halinde (bağışıklık), bu seçime müdahale edecek bir hukuk kuralı yoktur. Olumluluk hallerinde ise hukuk, kişinin, başka birisinin kendisi için bir davranışta bulunması veya bulunmaktan kaçınmasını seçmesi durumunda (talep) ya da başka birisinin hukuki durumunda değişiklik yaratmayı seçmesi halinde (yetki), bu seçimlerine hukuki sonuç bağlamaktadır. Hart, bir kişinin bu dört anlamdan birisi bakımından bir hakka sahip olduğunu dile getirdiğimizde, bu kişinin yaptığı herhangi bir edimsel (actual) tercihe veya seçime işaret etmediğimizi belirtmektedir. Kişinin bir hakka sahip olmasının anlamı, eğer kişi seçimde bulunursa ilgili hukuk kuralınının bu seçime bağladığı belirli bir hukuki sonucun doğacağını ya da kişinin seçim yapmasını engelleyecek bir hukuk kuralının bulunmadığını dile getirmesidir[18].

Hak sahipliğini, tercih veya seçim kavramı etrafında açıklayan Hart, Bentham'ın hak sahipliğini "bir ödevin yararlanıcısı (lehdarı)" olmakla özdeşleştirmesini eleştirmektedir. Bentham bakımından bir kişiye hak atfedilmesi demek, o kişinin diğer bir kişiye yüklenen ve ilgili hakka karşılık düşen bir ödevin yerine getirilmesinde bir çıkarı bulunan kişi olduğunu dile getirmektir. Hart'a göre böyle bir düşüncenin vardığı sonuç, kişilerin çıkarına uygun olan tüm ödev yükleyici hukuk kurallarının (ceza hukuku kuralları da dahil olmak üzere) kendilerine karşılık düşen haklar yarattıklarıdır. Böylece askerlik hizmetini veya gelir vergisi ödemeyi düzenleyen hukuk kuralları da, bu ödevlerin yerine getirilmesinde çıkarı olanlara hak bahşetmektedir. Buna ek olarak bir diğer sonuç ise üçüncü kişi yararına sözleşmelerde[19] de sözleşme hükümlerini hukuk zoruyla yerine getirtemeyecek olan üçüncü kişilerin de hak sahibi olarak kabul edilmeleridir. Oysa Hart'a göre bu düşünce tamamıyla temelsizdir. Ona göre, ne hukukçular ne de hukuk mesleğinden olmayanlar, yararlı ödevler (beneficial duties) yükleten hukuk kurallarının her zaman için bu ödevlerin yerine getirilmesinde çıkarı olanlara hak bahşettiğini kabul eder. Bu tip hukuk kurallarının hak bahşetmesi, ödev yüklemeleri yanında ayrıca hak sahibi

[18] Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence", p. 35-36, dipnot 15.

[19] Hart'ın üçüncü kişi yararına sözleşmelerdeki haklara ilişkin yaklaşımı çalışmanın ilerleyen kısımlarında ele alınacaktır. Bkz.: aş. III.E.2.b.

olan kişilerin gereksinimlerini ayrı ayrı dağıtıcı bir biçimde (distinctively distributive way) karşılamalarıdır. Dolayısıyla Hart'a göre, hak sahibi olan kişi, sırf bir hukuki ödevin yerine getirilmesinde çıkarı bulunan bir sınıfın veya topluluğun bir üyesi değildir. Çünkü hak fikri asli olarak dağıtıcıdır (distributive). Bir başka deyişle kimin hak sahibi olduğunun kesin bir biçimde tesbit edilebilir olması gerekmektedir[20].

Bununla birlikte Hart, hak ifadesini daha geniş anlamda kullanmayı tercih eden hukuk mesleğinden olmayanlar ve siyaset felsefecilerinin dahi vergi ödeme veya askerlik ödevine karşılık gelen bir hakkın olduğunu kabul etmediklerini vurgulamaktadır. Söz konusu kişiler, ceza yasasının, adam öldürmeyi veya müessir fiili yasaklamak suretiyle kişilere güvenlik hakkı bahşettiğini düşündüklerinde bile, hak sahibi olan kişiyi sırf bir ödevin yerine getirilmesinden yararlanan bir sınıfın üyesi olarak görmediklerini belirtmektedir. Öldürmeme, müessir fiilde bulunmama ödevleri, askerlik hizmetine benzememektedir. Çünkü öldürmeme ödevinin ihlali, tespit edilebilen yani spesifik bir kişinin zarar görmesini zorunlu olarak içermektedir. Oysa vergi ödeme veya askerlik yapma ödevinin ihlali, olsa olsa bir bütün olarak toplumun daha az emniyette olmasına yol açmaktadır. Bundan dolayı Hart'a göre hak fikrinin dar hukuki anlamından daha da genişletilmesi halinde de, yani ceza hukuku kurallarının yüklediği ödevlerin de hak bahşettiği kabul edilse dahi, yine de hak fikrinin dağıtıcı karakteri muhafaza edilmektedir[21].

Hart, kamu hukuku-özel hukuk ayrımını hakkın nitelendirilmesinde önemsemektedir. Bu doğrultuda hak sahipliğini, seçim veya tercih ile ilişkilendirdiğinden dolayı, hak kelimesinin sınırlı kullanımını benimsemektedir. Dolayısıyla Hart'a göre, sadece haksız fiil ve sözleşme gibi kurumları düzenleyen özel hukuk kuralları hak bahşetmektedir[22]. Bir başka deyişle sadece özel hukukun

[20] Hart, "Bentham: Lecture on a Master Mind", p. 314-315.

[21] Hart, "Bentham: Lecture on a Master Mind", p. 315.

[22] Hart, "Bentham: Lecture on a Master Mind", p. 314-315. Hart burada John Austin'i izlemektedir. Austin mutlak ödevler (absolute duties) ve nispi ödevler (relative duties) ayrımı yapmaktadır. Buna göre, kendilerine karşılık düşen haklar yaratmayan ödevler, mutlak ödevlerdir. Ceza yasalarının yüklediği ödevler, bu türdendir. Buna karşılık, belirli kişilere karşı borçlu olunan ödevler ise nispi ödevlerdir. Austin'e göre, bir ödevin mutlak veya nispi bir ödev olup olmadığını saptamak için bu ödevin ceza hukukuna göre mi yoksa özel hukuka göre mi zorla yerine getirtilebilir olduğunu dikkate

söz konusu kurumları düzenlemek için yüklediği ödevlerde, kişilerin bu ödevlere karşılık düşen veya bu ödevlerin bağlılaşığı olan hakları olduğunu savunmaktadır[23]. Böylece Hart sınırlı anlamıyla hakkın, sadece özel hukuk ilişkileri bağlamında söz konusu olabileceğini düşünmekte ve hakları özel hukuka hasretmektedir.

Ceza hukuku (veya genel olarak kamu hukuku) bağlamında bir kişiden hukukun yerine getirmesini ya da kaçınmasını beklediği davranış, genellikle başka bir kişinin, yani bir özel hukuk kişisinin seçimine bağlanmamıştır. Dolayısıyla "öldürülmeme hakkı" veya "herkesin vergisini ödemesi hakkı" gibi haklardan söz etmenin özel bir gayesi yoktur. Buna karşılık medeni hukuk (genel olarak özel hukuk) bağlamında örneğin kişi, sözleşmenin karşı tarafını yüklenmiş olduğu ödevden ibra edebilir veya uğradığı haksız fiilden dolayı dava açmamaya karar verebilir. Bir başka deyişle özel hukuk, kişilere ceza hukukundan daha farklı bir pozisyon (locus standi[24]) verir. Ceza hukukunun yüklediği ödevler üzerinde, kişilerin takdiri söz konusu değildir. Oysa özel hukuk, kişileri özel bir tarzda yetkiler ile donatmaktadır. Özel hukukun kişiye tanıdığı özel konum, başka bir kişinin ödevi üzerinde münhasır bir kontrol olanağıdır. Bundan dolayı hukuki hak teriminin kullanımı, sadece bu gibi durumlarla sınırlı tutulmalıdır[25].

---

almak gerekir. Bir başka deyişle eğer ilgili ödevi zorla yerine getirtmek ödevin borçlu olunduğu kişinin takdirine veya keyfine bırakılmışsa, söz konusu ödev nispi bir ödevdir; böyle bir takdir söz konusu değilse, ilgili ödev mutlak bir ödevdir. Mutlak ödevler bir bütün olarak topluma karşı borçlu olunan ödevlerdir. Bundan dolayı da bu ödevlerin yerine getirtilmesi, özel kişilerin takdirine bırakılmaktan ziyade devlet tarafından üstlenilmektedir. Buna karşılık nispi bir ödevin ihlali, belirli bir kişiyi zarara uğrattığından dolayı, hukuk sistemi, zarar gören kişinin, zararının giderilmesi için dava yoluna gitmek veya gitmemek konusunda seçimde bulunmasına izin vermektedir. Bkz. John Austin, **Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law,** Edited by: Robert Campbell, Twelfth Impression, London, John Murray, 1913, p. 194 vd.

[23] Hart, **The Concept of Law,** p. 87-88.

[24] Latince bir ifade olan *locus standi*, "davada bulunma hakkı" anlamına gelmektedir.

[25] Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 191; Harris, **Legal Philosophies**, p. 92. Hart, hak sahibi ile ödev taşıyıcısı arasındaki ilişkiyi, iki kişinin bir zincir ile birbirine bağlandığı bir biçimde değil, ödev taşıyıcısının bir zincir ile bağlandığı ve zincirin öteki ucunun ise, eğer tercih ederse kullanmak üzere, hak sahibinin elinde bulunduğu bir durum olarak tasvir etmektedir. Buna ek olarak Hart'a göre, ceza hukukunun yüklediği ödevler kişilere hukuki haklar bahşetmese de, onların ahlaki haklarını korumaktadır. Bkz. Hart, "Are There Any Natural Rights?", p. 82.

Hart'a göre özel hukuk bağlamında hak sahibi olmak, bir ödevin yerine getirilmesinde muhtemel bir çıkarı olmaktan daha fazlasını içermektedir. Hak sahibi, kendi seçimine göre, bu ödevin yerine getirilmesini talep edebilecek veya bundan feragat edip, borçlusunu ibra edebilecek olan kişidir. Bir başka deyişle, bir ödevin içerdiği hareket alanı üzerinde hak sahibi olan kişi, ödev yükümlüsünü münhasıran kontrol edebilecek olan kişidir. Dolayısıyla hak sahibi, ödev yükümlüsü üzerinde sınırlı bir egemenliğe sahip olan kişidir ya da hak sahibi olan kişi, ödev yükümlüsü karşısında küçük ölçekli bir egemendir (a small-scale sovereign). Bir başka deyişle Hart'a göre hak kavramının asli niteliği, sahibini, küçük ölçekte egemen kılmasıdır. Dolayısıyla Hart'a göre bu kişinin bundan başka ayrıca bu ödevin yerine getirilmesinde bir çıkarının da bulunması, (çoğu zaman durum böyle olsa da) hak sahibi olmak için ne gerekli ne de yeterli bir koşuldur[26].

Hart, hak sahibinin hakkına karşılık düşen ödev üzerindeki münhasır kontrolünün en geniş ölçeğinin şu unsurları içerdiğini belirtmektedir[27]:

a) Hak sahibi, ödevin yerine getirtilmesinden feragat edebilir veya ödevi sona erdirebilir veyahut da ödevi olduğu gibi bırakabilir.

b) Ödevin ihlali halinde veya ödevin ihlal edilmesi tehlikesinin varlığı halinde, ödevi yerine getirtmeyebilir (icra ettirmeyebilir) veya uğradığı zararın giderilmesi için dava açma yoluna başvurarak ödevi yerine getirtebilir (icra ettirebilir). Ayrıca belirli durumlarda, ödevin devam eden veya yakın gelecekte ortaya çıkabilecek bir ihlalinin önlenmesi için dava yoluna başvurabilir.

c) Hak sahibi, ödevin ihlali sonucunda doğan tazmin edilme ödevinin yerine getirtilmesinden feragat edebilir veya bu ödevi sona erdirebilir.

---

[26]Hart, "Bentham: Lecture on a Master Mind", p. 315; Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 192; Hart, "Are There Any Natural Rights?", p. 81-82; Penner, "The Analysis of Rights", p. 301; William Nelson, "Varieties of Rights: How They Work, How They Justified", **Social Theory and Practice**, Vol.: 31, No: 3, 2005, p. 362.

[27] Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 192.

Başka bir kimsenin ödevini yerine getirmesinden yararlanan herkes, ilgili ödev üzerinde biricik egemen olma konumunda değildir. Sadece ceza hukukunun yüklediği ve özel hukuk kapsamında bir yansıması olmayan bir ödev üzerinde kişinin, ödev yükümlüsünü ödevinden ibra etmek veya azat etmek gibi bir yetkisi yoktur. Oysa özel hukukta düzenlenen, örneğin bir sözleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanan bir ödevin ihlali halinde, bu sadece bir hukuka aykırılık olarak görülmez. Böyle bir ödevin ihlali, ödeve karşılık gelen hakkın sahibi olan kişiyi zarara uğratır. Yani böyle bir ihlal, ödev üzerinde münhasır bir egemenliği olan hakkın sahibine borçlu olunan bir ödevin ihlalidir; o kişiye karşı yapılmış bir haksızlıktır ya da hukuka aykırılıktır[28].

Hart'a göre hukuki hakkın mahiyeti, hukuk tarafından korunan seçimdir. Hart bu iddiasını, böyle bir kabulün hukuk bilimine olan katkısına dayandırmaktadır. Hukukçular belirli bir durumda uygulanacak hukukun ne olduğuna ilişkin bilgi verirken, tüm söyleyeceklerini ödev terminolojisi ile dile getirebilirler. Fakat bazen bir ödevin varlığı veya işleyişi (operation) bir kişinin tercihine veya seçimine bağımlı kılınmış olabilir. İşte bu özel durumun, kendine özgü bir terminoloji ile ifade edilmesi gerekir. Hart'a göre "hak" sözcüğü bu iş için uygundur[29].

Hart'a göre hak, seçim nosyonu ile ilişkilendirilmeyip, hak sahipliği Benthamcı anlamda, bir ödevin yerine getirilmesinde çıkarı olmak biçiminde açıklandığında, şöyle bir durum ortaya çıkacaktır: Kişinin böyle bir hakka sahip olması, ilgili ödevin yararlanıcısı olmasından başka bir anlama gelmez. O zaman bu anlamda "hak" terimi hukukun betimlenmesi açısından gereksiz, hatta kafa karıştırıcı bir terim olacaktır. Çünkü hak terminolojisini kullanmak suretiyle dile getirilebilecek olan herşey, sadece ödev terminolojisini kullanmak suretiyle de dile getirilebilir. Dolayısıyla Bentham'ın yaklaşımı, ödevlerin alternatif bir biçimde yeniden formüle edilmesinden başka bir şey değildir. Bununla birlikte Hart'a göre böyle bir yeniden formüle etmenin, hukukun açıklığına bir katkısı yoktur. Yani "Kişiler, başka kişileri

[28] Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 192-193.

[29] Harris, **Legal Philosophies**, p. 92.

öldürmeme ödevi altındadır." ifadesinin, "Kişilerin, öldürülmeme hakları vardır." ifadesine dönüştürülmesiyle, anlam ya da açıklık bakımından bir kazanç elde edilmez[30]. Dolayısıyla hak ile ödev arasında kurulan simetrik ilişki, diğer taraftan hak teriminin kullanımını gereksizleştirecektir. Çünkü hak sadece bir ödevin yansımasına indirgenmiş olacaktır. Böylece de hak terminolojisinin kullanılmasının kendine has bir özelliği kalmayacaktır. Oysa hak terimi, ilgili ödevin yerine getirtilmesinin spesifik bir kişinin seçimine bırakıldığı durumları ifade etmek anlamında kullanıldığında, işlevsellik ve önem kazanmış olacaktır[31].

2. Hart'ın Teorisinin Değerlendirilmesi

Hart'a göre, bir haktan söz edebilmek için, hakka sahip olan kişinin hukuk tarafından tanınan bir seçiminin olması gerekir. Bir başka deyişle hukuki hakkın anlamı, hukuk tarafından tanınan seçimdir. Hart'ın bu yaklaşımı zorunlu olarak her hakkın içeriğinde Hohfeldçi anlamda bir yetki öğesinin bulunmasını gerektirir. Çünkü hak sahibi, hukukun kendisine sonuç bağladığı seçimleriyle, kendisine karşı ödevi olan kişinin hukuki pozisyonunda değişiklik meydana getirmektedir. Örneğin bir sözleşme bağlamında alacağı olan hak sahibi, alacak hakkından vazgeçmek suretiyle, borçlu durumunda olan ödev yükümlüsünü ibra ederek, hukuki pozisyonunda bir değişiklik yaratmaktadır[32].

---

[30] Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 190; Penner, "The Analysis of Rights", p. 301; MacCormick, "Rights in Legislation", p. 199.

[31] Hakların ödevlerin yansıması olduğu fikri Bentham'ın hak analizinden çıkan bir sonuçtur. Bentham, hukuk tarafından yükletilen ödevin yerine getirilmesinden yararlanan kimsenin hak sahibi olduğunu kabul etmektedir. Böyle bir açıklama tarzı ise, talep haklarının hukuk tarafından yükletilen ödevlerin bir yansıması olarak görülmesi sonucunu doğurmaktadır. Bir başka deyişle hakkın ödevden ayrık veya farklı bir konumu yoktur. Bu duruma ek olarak ödevin mantıksal bakımdan haktan önce gelmesi söz konusu olur. Yani öncelikli olarak hukuk bir ödev yükleyecek, bu ödevin yerine getirilmesinden yararlanan da hakka sahip olacaktır. Böylece bir hakkın varlığını dile getiren bir ifade, hak ifadesiyle tamamen aynı şeyi dile getiren ve daha temel bir nitelik taşıyan ödevle ilgili bir ifade ile ikame edilebilecektir. Buna karşılık Hart, hak sahibinin seçimi veya tercihi fikrinin, hakkı ödevin yansıması olmaktan çıkardığı düşüncesindedir. Bu konuda ayrıca bkz. MacCormick, "Rights in Legislation", p. 199.

[32] Hart bu durumu şöyle dile getirmektedir: "Yükümlülüğe karşılık gelen bir hak durumu o zaman sadece hak sahibinin başka birisinin yükümlülüğünü yerine getirtmek (icra ettirmek) veya getirtmemek (icra ettirmemek) veyahut da [bu yükümlülükten] feragat etmek veya [onu] sona

Serbestlikler bakımından ise Hart'ın, Hohfeld'in bu kavrama verdiği anlamdan ayrıldığı görülmektedir. Hohfeld'de serbestlik, o konuda aksi bir ödevin olmamasından ibarettir. Oysa Hart, hakkı tercih veya seçim ile ilişkilendirdiği için iki taraflı (bilateral liberty) serbestlik fikrini geliştirmiştir. Buna göre bir serbestlikten söz edebilmek için hem ilgili eylemi yapma ödevinin, hem de yapmama ödevinin yokluğunun birlikte bulunması gerekir[33]. Buna ek olarak ilgili serbestliğin kişinin sahip olduğu talep haklarından oluşan koruyucu bir çevre (protective perimeter) ile korunması da gerekmektedir[34].

Hart kendi teorisinin, hak teriminin hukuk dilindeki yaygın kullanımı ile örtüştüğünü düşünmektedir. Ayrıca hukuk tarafından tanınan seçimler veya tercihler olarak talep, serbestlik, yetki ve bağışıklıkların niçin hak biçiminde kabul edildiğini de açıkladığı kanısındadır. Onları hak yapan, hukuk tarafından tanınan ve kendilerine hukuki sonuçlar bağlanan seçimler oluşlarıdır. Bir başka deyişle spesifik hak terminolojisi ancak kişilerin küçük ölçekli egemen olduğu durumlar ile sınırlı tutulduğu zaman, bu terminolojinin hukukçulara has faydası ortaya çıkar. Hart bu bağlamda, teorisinin sıradan bir hukukçu için işlevsel olduğunu belirtmektedir[35].

Hart, hukuksal olarak tanınan tercihler biçiminde özetlenebilecek olan hak teorisinin, sadece kişiler arasındaki hukuki ilişkilerden doğan hakları açıklamak için elverişli olduğunu, zaten bu amaç için tasarlandığını vurgulamaktadır. Bir başka deyişle Hart'ın teorisi hukuki hakları tümüyle ve etraflı olarak tüketme gayesinde değildir. Onun açıklamaya çalıştığı, sadece vatandaşın vatandaşa karşı ileriye sürebileceği haklardır. Dolayısıyla Hart'ın paradigması özel hukuk ilişkilerinden, özellikle de sözleşmeler ile haksız fiilden doğan haklardır. Hart, bu çerçevenin dışında kalan ve temel haklar olarak nitelendirilebilecek kişinin devlete karşı ileriye

---

erdirmek konusunda serbest olduğu hukuki yetkinin özel bir durumu olarak ortaya çıkar". Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 196-197. Bu konuda bkz, Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 63; Halpin, **Rights and Law: Analysis and Theory**, p. 68.

[33] Hart, Bentham on Legal Rights", p. 176. Ayrıca bkz.: yuk. I.F.2.

[34] Bu konu için bkz.: yuk. I.G.1.a.

[35] Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 197; ayrıca bkz. MacCormick, "Rights in Legislation", p. 194.

sürebileceği hakları açıklama amacını taşımaz. Hart'a göre temel haklar ne kişisel seçim, ne de kişisel çıkar çerçevesinde açıklanabilir. Bunların özünü temel ihtiyaçlar oluşturmaktadır. Dolayısıyla bunları açıklayabilecek başka bir teoriye ihtiyaç vardır. Bu, anayasa hukukçusunun veya siyaset ya da ahlak felsefecisinin ilgi alanına giren bir konudur. Hart kendi sunduğu teorinin, "sıradan hukukla" (sıradan hukukla kastettiği özel hukuktur) ilgilenen hukukçuları tatmin edecek bir teori olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte daha geniş anlamda hak kavramını açıklayacak bir teorinin aydınlatıcı ve tatminkar olabileceğinden de şüphe duymaktadır[36]. Çünkü farklı amaçları olan vatandaşlar arasındaki anlaşmazlıklarla ilgilenen sıradan bir hukukçunun, bir ceza hukukçusunun ve bir anayasa hukukçusunun ortak bir hukuki hak kavramsallaştırmasına sahip olmaya ihtiyaçları yoktur. Dolayısıyla farklı bağlamlarda, farklı hukuki hak kavrayışlarının olması mümkündür[37]. Bu nedenle Hart'ın teorisi "genel bir hak" teorisi olarak kabul edilemez. Ayrıca Hart'ın kendisi de böyle bir teorinin söz konusu olabileceğini kabul etmemektedir.

Gerçekten de Hart'ın teorisi, hak sahibi tarafından da vazgeçilmez olan temel hak ve özgürlükleri açıklayamamaktadır. Çünkü Hart'ın teorisinin özünde, hak sahibinin, hakkını kullanmayı seçebilmesi yanında ondan feragat edebilmeyi de seçebilmesi fikri vardır. Böyle bir yaklaşım, vazgeçilmez bir niteliğe sahip olan kişilik haklarını açıklayamamaktadır. Buna karşılık tüm bağışıklıklar vazgeçilmez bir niteliğe sahip değildir. Örneğin A'nın bir arabası varsa, başka bir B kişisi tek yanlı olarak A'yı arabanın sahipliğinden mahrum bırakamaz. Yani A arabası konusundaki hukuki durumu bakımından B ile olan ilişkisinde bağışıklığa sahipken, B ise yetersiz yani yetkisizdir. Fakat A eğer isterse araba üzerindeki hakkını B'ye satış veya bağışlama yoluyla devredebilir. Bir başka deyişle araba üzerindeki hakkından kendi seçimi ile vazgeçebilir. Bu tip vazgeçilebilen hakların varlığı satım, değiş-tokuş ve bağışlama gibi hukuki kurumları mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla Hart'ın teorisi bağlamında da açıklanabilen bir bağışıklıklar sınıfı vardır. Bu bağlamda sadece

[36] Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 197-201; Ayrıca bkz. Waldron, "Introduction", p. 9; MacCormick, "Rights in Legislation", p. 194-195; Timothy O'Hagan, "Theories of Rights: Beyond the Choice\Benefit Opposition", **A.R.S.P**., Vol.: LXXI, 1985, p. 37.

[37] Mullock, "The Choice Theory of Legal Rights", p. 241.

sahibinin kendi iradesi ile ileri sürebildiği veya bundan feragat edebildiği bağışıklıklar hak olarak kabul edilecek, feragat edilemez nitelikte olanlar ise hak olarak kabul edilmeyecektir[38].

Hart'ın bu yaklaşımına MacCormick, köleleştirilmeme hakkı üzerinden giderek ciddi eleştiriler getirmektedir. Çağdaş hukuk sistemleri kişilerin köleleştirilmelerine olanak vermemektedir. Bağışıklık niteliğindeki bu hak, hak sahibinin kendisine karşı da korunmaktadır. Yani kişi hukuken kendi tercihi ile köle olmayı seçemez. Kişisel özgürlüğe ilişkin böyle bir hak, vazgeçilmez bir hak olarak düzenlenmek suretiyle, hukuk sistemleri tarafından güçlü ve sağlam biçimde teminat altına alınmıştır. Buna karşılık böyle bir hak, Hart'ın teorisine göre hak olarak kabul görmez. Çünkü kişinin böyle bir seçimi hukuk tarafından kabul edilen ve kendisine hukuki sonuçlar bağlanmış bir seçim değildir. Dolayısıyla Hart'ın savunduğu irade teorisi bağlamında bir "hak", sahibine karşı da korunacak kadar güçlü bir biçimde teminat altına alındıkça, o ölçüde de hak olmaktan çıkmaktadır, adeta buharlaşmaktadır. MacCormick'in diliyle ifade edildiğinde, Hart'a göre, bir hak "ne kadar devredilmez [veya vazgeçilmez] olursa, o kadar az hak olacaktır[39]". Bu nokta çağdaş Anglo-Sakson irade teorisi yaklaşımının bünyesinde yer alan en önemli sorunlardan birisini teşkil etmektedir[40].

Bununla birlikte Hart'ın teorisi, ceza hukuku ve özel hukuk bağlamında hak fikrinin farklılıklarına ışık tutması bakımından önemlidir. Gerçekten de teorisi, özel hukuk açısından hakkın önemli bir öğesi olan "hak sahibinin iradesi" fikrini aydınlatan bir zemin kurmaktadır. Ayrıca Hart'ın hukuki hak kavramına ilişkin olarak yukarıda ele alınan görüşleri, çağdaş irade ve çıkar teorileri arasındaki tartışmanın ana hatlarına da işaret etmektedir. Bu bakımdan da kurucu bir zemin sunmaktadır. Bu bağlamda özellikle ceza hukuku kurallarının hak bahşedip bahşetmediği sorunu önemli bir tartışma noktasıdır. Bunun dışında Hart'ın Anglo-

[38] Bu konuda ayrıca bkz. MacCormick, "Rights in Legislation", p. 195.

[39] MacCormick, "Rights in Legislation", p. 199; ayrıca bkz p. 196-198.

[40] Bu konu çalışmanın ilerleyen kısmında ele alınmıştır. Bkz.: aş. III.E.1.a.

Sakson çıkar teorisinin kurucusu olarak görülebilecek olan Bentham'a yönelttiği, hakkı, ödevin bir yansımasına indirgediği şeklindeki eleştirisi, çağdaş çıkar teorisi yaklaşımlarının yanıt oluşturma çabaları üzerinde de belirleyicidir.

D. Çağdaş Çıkar Teorisi

1. David Lyons'un Sınırlandırılmış Yararlanıcı Yaklaşımı

David Lyons, Hart'ın Bentham'a yönelttiği eleştirilere karşı yanıtlar oluşturmak suretiyle Bentham'ın yaklaşımındaki eksiklikleri gidermeyi amaçlamaktadır. Lyons'a göre, Bentham'ın işaret ettiği gibi, hak ile çıkar arasında bir bağlantı olduğu açıktır. Bununla birlikte Bentham'ın, hak sahiplerinin, başkalarının ödevlerini yerine getirmelerinden yararlanan kişiler olduğu kabulü, hak ile çıkar arasındaki bağlantıyı tam ve doğru olarak göstermemektedir.

Bentham, hak sahipliği statüsünü, başka birisinin ödevini yerine getirmesinde çıkarı olan kişiye bahşetmektedir. Fakat örneğin açık arttırma ile gerçekleştirilecek icra satışlarının o bölgenin en büyük tirajlı gazetesinde ilan edilmesini düzenleyen bir hukuk kuralı, ilgili gazeteye bir çıkar sağlamakla birlikte, bu konuda bir hak bahşetmiş olmaz. Bir başka ifadeyle hukukun yüklediği bu ödevin yerine getirilmesi, gazeteye bir çıkar sağlamaktadır; ama bu yolla bir hak bahşetmiş olmamaktadır[41]. Benzer şekilde, alacaklı A, eğer borçlusu B borcunu öderse, gelen parayla C'ye hediye almaya karar vermişse, burada C, ödevin yerine getirilmesinden yararlanan olmasına rağmen, ödevin yerine getirtilmesini isteme yetkisine sahip değildir. Bununla birlikte Bentham'ın yaklaşımı A ve C'nin pozisyonlarını birbirinden farkılaştırmamaktadır. Bir başka deyişle her ikisi de B'nin ödevini yerine getirmesinden yararlandığı için, hak sahibi olarak kabul edilmektedir[42].

[41] Kearns, "Rights, Benefits and Normative Systems", p. 466.

[42] Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries", p. 175. Lyons bu örnekte sırası ile "Alvin", "Bernard" ve "Charles" isimlerini kullanmıştır. Bununla birlikte metnin akıcılığını kolaylaştırmak için burada A, B ve C ifadeleri tercih edilmiştir.

David Lyons'a göre Bentham'ın yaklaşımında küçük bir kusur vardır ve bu kusur "yararlanıcı" veya "lehdar" (beneficiary) nosyonunda yapılacak bir sınırlandırma veya nitelendirme ile giderilebilir. Lyons "sınırlandırılmış veya nitelendirilmiş yararlanıcı" (qualified beneficiary) ismini verdiği kendi tezini yukarda verdiği örnek üzerinden sunmaktadır. Buna göre[43]:

-A'nın ilgili ödevle olan ilişkisi, C'nin ilişkisinden farklıdır. B'nin ödevi, doğrudan A ile ilgilidir. Bir başka deyişle bu ödev A'yı doğrudan ilgilendirmekte ve ona belirli bir biçimde davranılmasını gerektirmektedir. Oysa ödevin yerine getirilmesi C'yi doğrudan ilgilendirmemektedir. Çünkü B'nin C'ye yönelik davranışı, onun yükümlülüğünü yerine getirmesi veya ihlal etmesi ile ilgili bir mesele değildir. Bununla birlikte A'yı doğrudan ilgilendiren bir ödevin varlığı, tek başına onun hak sahibi olduğunu göstermek için yeterli değildir. Eğer bu nokta yeterli olsaydı, ölüm cezasına çarptırılan kişi, cezanın infazını bir hak meselesi olarak talep ederdi. Ama mahkum, cezayı infaz edecek kişinin ödevinin doğrudan ilgilisi olmakla birlikte, bu ödevin yararlanıcısı olarak görülemez.

-A sadece söz konusu ödevin doğrudan ilgilisi olmakla kalmaz, ayrıca bu ödevin yerine getirilmesi yoluyla bir çıkar elde etmesi istenen kişidir. Yani A ödevin doğrudan ve niyet edilmiş (intended) yararlanıcısıdır. Dolayısıyla bu ödev, A'nın çıkarı için veya çıkarına tahsis edilmiş veyahut kurgulanmış bir ödevdir.

Lyons'un sınırlandırılmış yararlanıcı teorisine göre, bir kişinin, başkasının bir ödevine karşılık gelen, yani söz konusu ödevin bağlılaşığı olan bir hakkın sahibi olması, ancak ve ancak ilgili ödevden yararlanması niyet edilen kişinin kendisi olması halinde mümkündür. Bir başka deyişle ilgili ödevin dolaysız, yani doğrudan doğruya yararına veya çıkarına tahsis edildiği kişi, bu ödeve karşılık gelen bir hakka sahiptir. Buna göre hak sahibi, başka birisine bir emir ya da yasaklama getirmek suretiyle ödev yükletilerek kendisine bir iyinin temin edildiği veya kötü bir şeye

[43] Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries", p. 176.

maruz kalmasının engellendiği kişidir[44]. Lyons bu yaklaşımıyla hak ile ödev arasındaki bağlantıyı doğrudan tahsis edilmiş çıkar (intended benefit) kavramı aracılığıyla kurmaktadır[45].

Lyons talep hakkı ile ödev arasındaki ilişkiselliğin simetrik olduğunu vurgulamaktadır. Buna göre, B'nin A'ya 10 YTL borcu olması halinde, bu ilişkiden dolayı A'ya hak, B'ye de ödev atfetmek için eşit gerekçelerimiz vardır. Bu iki atıftan birisinin yanlışlığının kanıtlanması, diğerinin de yanlış olduğunu kanıtlayacaktır. Böylece ne hak, ne de ödev diğeri söz konusu olmaksızın ortaya çıkar. Eğer birisi ortadan kalkarsa, diğeri de ortadan kalkar. Dolayısıyla A'nın hakkı ve B'nin ödevi birlikte varolmaktadır. Hak ile ödev arasındaki bu ilişkisellik, özel hukuk alanındaki ilişkilerde kendisini açık biçimde göstermektedir. Hak sahibi olan kişi, talep eden (claimant) konumundadır. Hukuk hak sahibine, ödev yükümlüsünü ödevini yerine getirmeye zorlama veya hakkından feragat edip borçlusunu ibra etme yetkisi vermiştir[46]. Bu bakımdan özel hukuk ilişkilerinde hak sahibi talep eden konumundadır. Görüldüğü üzere bu aşamaya kadar Lyons, özel hukuk ilişkileri bakımından Hart'tan farklı bir açıklama sunmamaktadır. Lyons'a göre de özel hukuk ilişkilerinden doğan hakların içeriğinde tipik olarak yetki unsuru bulunmaktadır.

Bununla birlikte Lyons ceza hukuku ilişkileri bakımından Hart'tan farklı düşünmektedir. Bu farklılık, Lyons'un Hart'ın aksine çıkar kavramını merkeze almasından kaynaklanmaktadır. Lyons'a göre ceza hukuku bağlamında kişilerin talep eden pozisyonunda olmamalarından hareketle, onlara hak atfedilemeyeceği sonucuna varmak doğru değildir. Çünkü ilk olarak, sıradan hukuk dilinde hak terminolojisi sadece talep eden konumunda olmaya hasredilmemiştir. Örneğin ceza hukuku bakımından haklar, belirli eylemlerde bulunmanın veya bulunmaktan kaçınmanın hukuka aykırı olmadığını dile getirmek amacıyla da kullanılabilir. İkinci olarak ise,

---

[44] Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries", p. 176; Waldron, **The Right To Private Property,** p. 81; Nelson, "Varieties of Rights: How They Work, How They Are Justified", p. 363; Miller, **Social Justice**, p. 63; Gerber, "Rights", p. 330.

[45] Kearns, "Rights, Benefits and Normative Systems", p. 466.

[46] Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries", p. 174. Ayrıca bkz. Lyons, "The Correlativity of Rights and Duties", p. 46.

örneğin adam öldürmeyi yasaklayan hukuk kuralı da koruma altına almayı amaçladığı kişilere bir iyiyi ya a iyi bir durumu sağlarken, kötü bir duruma maruz kalmalarını da önlemektedir. Lyons'a göre, sınırlandırılmış yararlanıcı tezi, bu gibi durumları "her yararlı ödeve karşılık gelen bir hak vardır" imasında bulunmaksızın açıklayabilmektedir. Fayda düşüncesi ile haklılaştırılabilen ve bu anlamda yararlı olan her hukuk kuralı, birey çıkarlarına hizmet etmektedir. Fakat hukuk kuralları bu amaçlarını farklı şekillerde gerçekleştirmektedir. Bireylere doğrudan bir çıkar sağlamak isteyen hukuk kuralları, bunu, sınırlandırılmış anlamıyla yararlanıcı olan kişilere borçlu olunan ödevler yüklemek suretiyle gerçekleştirir. Adam öldürmeyi yasaklayan hukuk kuralı da bu çeşitten bir kuraldır. Bu tip kuralların yüklediği ödevler, başkalarına, onların çıkarlarını koruyacak veya artıracak biçimde tasarlanmış olan muamelelerde bulunulmasını öngörür. Kural, kendi içeriğinde koruma altına alınan kişiler sınıfını da tanımlamaktadır. Böyle bir sınıfın herhangi bir üyesi, sınırlandırılmış anlamıyla yararlanıcıdır. İlgili kişi ne sadece bir ödevin yükletilmesinden yararlanan, ne de ödevin ihlal edilmesiyle bir zarara uğrayan kişidir. İlgili kişi, kurala göre zarar görmemesi gereken kişidir. Bir başka deyişle kuralın, bizatihi çıkarını koruma altına aldığı sınıfın bir üyesidir. Diğer kişiler ise ona, belirli şekilde muamelede bulunmamak, örneğin onu öldürmemek konusundaki bir ödevle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla Lyons'a göre kişinin bu ödeve karşılık gelen bir hakkı vardır[47]. Bu nedenle Lyons, Hart'tan farklı olarak, ceza hukukunun düzenlediği ödevlerin, kişilerin çıkarlarını koruma amacını güttüğünden dolayı yani bu amaçla yükletildikleri için onlara hak bahşettiği düşüncesindedir.

Bununla birlikte Lyons vergi ödeme ödevini veya askerlik hizmetini düzenleyen kuralların, adam öldürmeyi yasaklayan kuraldan daha farklı bir niteliği olduğu konusunda Hart'a katılmaktadır. Bu tip kurallar, kişilerin çıkarlarına doğrudan doğruya değil, dolaylı olarak hizmet etmektedir. Bu tip kuralların yüklediği ödevler, sadece "yararlı" ödevlerdir. Buna karşın bu tip ödevlerin sınırlandırılmış

[47] Lyons, böyle bir kişinin ilgili ödevi ortadan kaldırma yetkisine sahip olmamasının, bir başka deyişle bu ödev üzerinde kontrolünün bulunmamasının, hak sahibi olmadığını söylemek için bir gerekçe oluşturmadığı fikrindedir. Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries", p. 178-179. Buradan hareketle çıkar teorisi bakımından bir haktan söz edebilmek için, içeriğinde yetki öğesinin bulunmasının gerekli bir koşul olmadığı söylenebilir.

veya nitelendirilmiş anlamda yararlanıcıları yoktur. Çünkü bireylerin çıkarlarını arttıracak veya koruma altına alacak muhtemel yarar, doğrudan doğruya bu ödevlerin yerine getirilmesinden kaynaklanmaz. Benzer şekilde, bu ödevlerin ihlali sonucunda doğrudan doğruya bireylerin çıkarları zarar görmez. Örneğin gelir vergisi yoluyla toplanan para, topluma ve dolayısıyla da toplumun üyelerine hizmet sunmak için değişik şekillerde kullanılabilir. Fakat paranın kullanılabileceği bu değişik yollar, bizatihi gelir vergisi ödeme edimi tarafından belirlenmez. Gelir vergisi ödeme ödevinin içeriği sadece ve sadece ödeme (payment) edimi ile ilgilidir, gelir vergisi yoluyla toplanan miktarın nasıl harcanacağı ile ilgili değildir. Gelir vergisi toplanması suretiyle finanse edilen hizmetlerden (muhtemelen) ve dolayısıyla gelir vergisi ödeme ödevinin ifasından yararlanan kişi, nitelendirilmiş anlamıyla yararlanıcı sayılmaz. Çünkü bu kişinin kazancı veya kaybı, ödevin yerine getirilip getirilmediği meselesi ile doğrudan doğruya ilgili değildir[48].

Böylece Lyons, gelir vergisi ödeme ödevi gibi sadece "yararlı" olan ödevlerin, kendilerine karşılık düşen haklar bahşetmediği düşüncesindedir. Bu bakımdan Hart ile aynı fikirdedir. Fakat Hart, bunu "seçim" kavramı etrafında temellendirirken, Lyons "yararlanıcı" kavramına getirdiği sınırlama veya nitelendirme ile temellendirmektedir.

Bununla birlikte Lyons, zorunlu eğitim, işsizlik sigortası veya çöplerin toplanması gibi kamusal hizmetlerden yararlananlara ilişkin olarak daha farklı bir açılım yapmaktadır. Bu tip kamusal hizmetleri düzenleyen hukuk kuralları, aynı zamanda bu hizmetlerden yararlanacak olanlara ilişkin nitelendirmelerde de bulunmaktadır. Bir başka deyişle bu kamusal hizmetleri düzenleyen kurallar, bu hizmetlerden kimlerin yararlanacağını da belirlemektedir. Eğer bir kişi, örneğin

[48] Lyons'a göre, verginin ödenmesi veya ödenmemesinin sonucu olarak bir kimsenin kazancı veya kaybı ile başka bir kimsenin vergi ödevini yerine getirmesi veya ödevini ihlal etmesi arasında, izi sürülebilecek doğrudan bir bağlantı yoktur. Verginin ödenmesi, elde edilen paradan bireylerin yararlandırılması ile sonuçlanabilecek ama böyle olması da zorunlu olmayan uzun ve karmaşık bir sürecin başlangıcına işaret eder. Vergi ödevi olan belirli bir kişinin, vergisini ödemesi veya ödememesi olgusu, belirli başka bir kişinin nihai olarak kazanç elde etmesi veya kayıba uğraması için ne yeterlidir ne de gereklidir. Burada söylenebilecek olan, sadece, vergi ödeme ödevinin ihalinin yaygınlaşmasının uzun vadede toplumun genel çıkarını olumsuz etkileyebileceğidir. Bkz. Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries", p. 179; Miller, **Social Justice**, p. 63; Gerber, "Rights", p. 330.

işsizlik sigortasını düzenleyen kuralın kapsamına giriyorsa, yani kuralda belirlenen özellikleri taşıyorsa, söz konusu hizmete hukuksal olarak hak kazanmıştır. Bu haklara karşılık gelen ödev ise muhtemelen bu hizmetlerin finansmanında kullanılmak üzere yükletilmiş olan vergi ödeme ödevi değil, bu hizmetleri dağıtma veya sağlama ödevidir. Bu ödevin yükümlüleri ise hukukun bu ödevi yüklediği görevlilerdir[49].

Görüldüğü üzere çıkar teorisinin bir versiyonunu savunan Lyons, hakkı, hukukun yüklediği ödevler aracılığıyla korunan kişisel çıkar düşüncesi çerçevesinde açıklamaktadır. Bununla birlikte Bentham'ın, hukukun yüklediği her ödeve karşılık gelen bir hak olduğu düşüncesini paylaşmamaktadır. Lyons, "ödevden yararlanan" fikrine getirdiği sınırlama kapsamında, ödevin doğrudan doğruya yararına veya çıkarına yükletildiği kişinin, yani ilgili ödevin ihlali halinde doğrudan doğruya zarara uğrayacak kişinin hak sahibi olduğunu düşünmektedir. Böyle bir yaklaşım ise ödev yükleyen hukuk kurallarının amacını ve kapsamını göz önünde bulundurmayı gerektirmektedir. Bir başka deyişle ödev yükleyen bir hukuk kuralının bu ödeve karşılık gelen bir hak yaratıp yaratmadığı, hukuk kuralını yorumlamak suretiyle ortaya çıkartılabilir. Bu ise, ödev yükleyen hukuk kuralının doğrudan doğruya kimin yararlanması niyetiyle konulmuş olduğunun araştırılmasıdır. Bir başka ifadeyle "yasakoyucunun niyeti"nin keşfedilmesidir. Böylece bir kişinin ilgili bir kuralın uygulanmasından veya bir ödevin yerine getirilmesinden yararlanan kişi olması, ancak bu yararlandırma, kuralın veya ödevin varlık nedeni (*raison d'étre*) ise o kişiye hak bahşetmek için yeterli sayılacaktır[50].

---

[49] Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries", p. 180. Böylece Lyons, Hart'ın teorisinin açıklayamadığı, örneğin zorunlu eğitim hakkını açıklayabilmektedir. Zorunlu eğitim, hak olmak yanında bir ödev niteliği de taşımaktadır. Dolayısıyla hak sahibinin bu konuda bir tercih ya da seçim yapma olanağı yoktur. Oysa Hart bir haktan söz edebilmek için, hak sahibinin hakkına karşılık gelen ödev üzerinde kontrolünün bulunması gerektiğini savunmaktadır. Zorunlu eğitim konusunda böyle bir kontrolden söz edilemeyeceği için, Hart'ın teorisi bağlamında bunu hak olarak görmek mümkün değildir.

[50] Aynı durum özel hukuk ilişkileri açısından da geçerlidir. Örneğin bir sözleşmeden doğan ödevin kimin yararına yükletildiğinin ortaya çıkartılması için, sözleşme hükümlerinin yorumlanması gerekir. Bu da yine sözleşmeyi yapanların niyetinin keşfedilmesi faaliyetidir. Bu saptama konusunda ayrıca bkz. Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 87; Waldron, **The Right To Private Property,** p. 81. "Yasakoyucunun niyeti"nin hak kavramı bakımından belirleyiciliği, biraz aşağıda ele alınacak olan MacCormick'in teorisi bakımından da önemlidir.

Bununla birlikte yasakoyucunun niyetinin ortaya çıkartılması oldukça problematik bir konudur. Çünkü günümüzde yasa yapan organ olarak parlemento çok sayıda milletvekilinden oluşmaktadır. Bu nedenle her milletvekilinin kişisel niyetinin, yasakoyucunun niyetini belirlemede çıkış noktası olması mümkün değildir. Aynı sorun bir sözleşme yapma konusunda aralarında uzlaşmış olan tarafların sayısının çokluğu halinde de söz konusudur. Tek bir bireyin niyetini keşfetmek bile her zaman için tam olarak mümkün değildir. Kimsenin, başka birisinin niyetini doğrudan doğruya bilebilmesi olanak dahilinde değildir. Kişinin sabit karakteristik özelliklerinden ve bugüne kadar sergilediği davranışlardan hareketle, onun niyetini sadece tahmin edebiliriz. Yani bu kimsenin geçmişinden ve hakkında bilinenlerden yola çıkarak, muhtemel niyeti konusunda bir çıkarsamada bulunuruz. Bununla birlikte hukuk kuralları tek bir otoritenin ürünü değildir. Tek bir birey olarak yasakoyucunun niyetini tahmin edebilmek mümkün olabilse de, bir grup olarak yasakoyucunun niyetini keşfedebilmek çok zor görünmektedir. Kollektif bir niyetin varlığı kabul edilse bile, bunun nasıl ortaya çıkartılabileceği sorun teşkil etmektedir. Çünkü yasalar yürürlüğe girene dek, birçok süreçten geçmektedir. Bu değişik aşamalarda farklı parlemento üyelerinin hatta aynı üyenin bile ilgili yasanın anlamı ya da amacı konusunda ayrı görüşlere sahip olması mümkündür[51]. Dolayısıyla niyet üzerinden giderek, yükletilen ödevden kimin yararlanacağını tespit etmek oldukça güçtür. Bu nedenle hak bahşeden kuralın, hak sahipleri olarak kimleri kapsamına aldığını belirleyebilmek için sadece yasakoyucunun niyetini araştırmak yeterli değildir. Bu amaçla diğer yorum yöntemlerinden de faydalanmak önemlidir.

Lyons, sınırlandırılmış veya nitelendirilmiş yararlanıcı yaklaşımı ile ilgiyi, hak bahşeden ödevlerin ve bunları ortaya çıkartan kuralların ayırt edici özelliklerine yöneltmiştir. Bu özellikler aynı zamanda hak kavramının ödev kavramının, bir yansımasına indirgenmesini de engelleyebilecek özelliklerdir. Söz konusu yaklaşım McCormick tarafından da benimsenerek daha da geliştirilmiştir.

[51] Işıktaç, Metin, **Hukuk Metodolojisi**, s. 212 vd.; Ayrıca bkz. Metin, "Hukuk Normunun Yorumu", s. 209 vd.

2. D. Neil MacCormick'in Çıkar Teorisi Yaklaşımı

D. Neil MacCormick (1941-), irade teorisinin en güçlü versiyonu olarak kabul ettiği Hart'ın teorisini eleştirmekte ve üzerinde değişiklik yapılmış çıkar teorisinin hak kavramını daha uygun ve doğru biçimde açıkladığı görüşünü savunmaktadır. Böylece MacCormick'in hedefinde de Hart'ın irade teorisi yaklaşımı vardır.

MacCormick'e göre hakların mahiyeti, ancak hak bahşeden kuralların doğasının ve tipik özelliklerinin araştırılması ile ortaya çıkartılabilir. Hukuki hakları bahşeden kuralların genel ve tipik özellikleri, irade ve çıkar teorileri arasındaki tartışma üzerinden sorgulanabilir: Hak bahşeden hukuk kuralları, düzenledikleri konu hakkında bir kişinin seçimine (tercihine) diğeri karşısında üstünlük tanıyan, başka bir deyişle özel bir statü veren kurallar mıdır, yoksa gerçekleşmesi muhtemel müdahale biçimlerine karşı bireylerin çıkarlarını koruyan veya bu çıkarların başka bir şekilde arttırılmasını sağlayan kurallar mıdır? MacCormick'e göre hak bahşeden kuralların spesifik gayesi, bireysel çıkarları veya iyileri korumak veya arttırmaktır[52].

MacCormick'in çıkar teorisi yaklaşımı, Bentham'ın yaklaşımından farklıdır. Bentham'ın yaklaşımı, Hart'ın da işaret etmiş olduğu gibi, hakların sadece ödevlerin bir yansıması olduğu sonucunun çıkartılmasına yol açmaktadır. Hart ise hak kavramının rolünün, sahibinin hukuk tarafından tanınan ve kendisine hukuki sonuç bağlanan seçimini dile getirmek olduğunu vurgulamıştır. Böylece hak kavramına, kendisine özgü olan bir işlev sunmuştur. Buna karşılık MacCormick, hakların ödevlere indirgenemeyeceğini, hak bahşeden hukuk kurallarını incelemek suretiyle ortaya koymaya çalışmaktadır. Bu amaçla 1964 tarihli İskoçya Miras Yasası'nın (Succession-Scotland Act 1964) şu hükmünü örnek göstermektedir:

[52] MacCormick, "Rights in Legislation", p. 191-192; Waldron, **The Right To Private Property**, p. 82.

> "2(1) a- Vasiyetname bırakmaksızın vefat eden birisine sağlığında çocukları bakmakta idiyse, çocuklar ölen kişinin tüm malvarlığı üzerinde hak sahibi olur[53]"

Yukarıdaki hüküm, ikametgahı İskoçya'da bulunan ve çocukları hayatta olmasına rağmen vasiyetname bırakmaksızın ölen kişinin, kanuni giderler düşüldükten sonra kalan malvarlığının tümü üzerinde çocuklarına otomatik olarak hak bahşetmektedir. Bu hak verildiği anda, malvarlığının sahipliğine yahut malvarlığının içeriğinde yer alan bir değerin sahipliğine ilişkin gerçek, yani edimsel bir hak değildir. Bu hak daha ziyade ölen kişinin her bir çocuğunun, kanuni giderlerin düşülmesinden sonra vasiyeti tenfiz memurunun elinde kalan malvarlığı üzerinde zamanı geldiğinde eşit pay almasına ilişkin bir haktır. İlk bakışta burada normal bir hak-ödev ilişkisi varmış gibi görünmektedir. Öyle ki hak terminolojisi ile ifade edilebilecek olan durum, sadece ödev terminolojisinin kullanılması ile de ifade edilebilir. Oysa MacCormick'e göre yukardaki durum daha yakından incelendiğinde, hakkın bahşedildiği an ile vasiyeti tenfiz memurunun bu hakka karşılık düşen ödevi yüklendiği anın farklı olduğu görülecektir. Bir başka deyişle hakkın verildiği an vasiyetname bırakmaksızın vefat eden kişinin ölüm anı iken, vasiyeti tenfiz memurunun bu hakkın bağlılaşığı olan ödevi yüklendiği an ölüm anı değildir. Bu nedenle hakkın bahşedildiği an, başka bir kişiye bu hakka karşılık düşen ödevin verildiği andan *zaman bakımından önce gelmektedir*. Hakka karşılık gelen (malvarlığını tasfiye etmek ve bu malvarlığı üzerinde hak sahibi olanlara uygun payları transfer etmek konusundaki) ödev, bir vasiyeti tenfiz memurunun hukuki olarak atandığı veya onaylandığı anda söz konusu olmaktadır. Hak, ödevden zaman bakımından önce geldiği gibi, *mantıksal olarak da önce gelmektedir*. İlgili hukuki düzenlemeye göre, eğer malvarlığının aktif kısmı pasif kısmından fazlaysa, bir başka deyişle borçları karşılayacak miktardaysa, ölen kişinin çocuklarının (içlerinden birisinin) vasiyeti tenfiz memuru olarak atanmak konusunda öncelik hakkı vardır. Bu ise, çocuklardan vasiyeti tenfiz memuru olarak atananın, ilgili yasa hükmü gereğince, kendisi de dahil olmak üzere malvarlığı üzerinde hak sahibi olanlara malvarlığını paylaştırma ödevi altına girmesi sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir durumda ise

[53] Aktaran MacCormick, "Rights in Legislation", p. 200.

ilgili hakkın bahşedilmesi, ona karşılık gelen ödevin yükletilmesinden zamansal bakımdan önce gelmekle kalmayıp, ilgili kişiye hakkın bahşedilmesi onun vasiyeti tenfiz memuru olarak atanmasının, yani kardeşleriyle birlikte sahip olduğu hakka karşılık gelen ödevin de gerekçesini oluşturmaktadır. Bir başka deyişle bu bağlamda hak, ödevden mantıksal olarak da önce gelmektedir[54].

MacCormick, bu örnekteki durumun tipik bir talep-ödev ilişkisi olduğunu, ama talep hakkının sadece ona karşılık gelen ödevin bir yansıması olmadığını gösterdiği düşüncesindedir. Böylece Hart'ın, çıkar teorisini savunan Bentham'a yöneltiği hak teriminin kullanılmasını gereksizleştirdiği eleştirisinin bu bakımdan yersiz olduğunu belirtmektedir[55].

Yasakoyucu vasiyetname bırakmaksızın ölen bir kişinin malvarlığının akibetinin ne olacağını bir yasa ile düzenlemek istediğinde, öncelikli olarak (ve daha önemli olan) ilgili malvarlığından kimin yararlanacağı meselesi ile ilgilenir. Ancak bundan sonraki aşamada çıkarın yasanın belirlediği kişilerin eline ulaşması için gerekli olan araçlar yani çıkarı teminat altına alma araçları (örneğin vasiyeti tenfiz memurunun atanması, ödevlerinin yükletilmesi vb.) meselesini ele alır. Dolayısıyla MacCormick'e göre araçları anlamlı kılan, amaçlardır; tam tersi bir durum, yani

[54] MacCormick, "Rights in Legislation", p. 200-201. MacCormick'in bu yaklaşımı Hohfeldçi bağlılaşıklık aksiyomuna bir karşı çıkışı ifade etmektedir. Bununla birlikte Hohfeld'in sisteminde bir aksiyom niteliği taşıyan ve içinde koşulluluk barındıran sınırlandırıcı bir tanımlamayı gösteren bağlılaşıklık aksiyomunu, MacCormick'in izlediği biçimde, bir yasa hükmünü örnek göstererek empirik verilerle çürütmek mümkün değildir. Bir başka deyişle Hohfeld'in ortaya koyduğu tanımlamalardan farklı bir tanımlama getirmek, zorunlu olarak Hohfeld'inkinden farklı bir uygulamaya yol açar. Buna ek olarak, yukardaki yasa hükmünü Hohfeld'in bağlılaşıklık aksiyomu ile uyumlu hale getirmek de mümkündür. Buna göre vasiyetname bırakmaksızın ölen kişinin her bir çocuğu ilgili hüküm kapsamında iki ayrı aşamada Hohfeldçi anlamda belirli hakları elde etmektedir. Vasiyetname bırakmaksızın ölen kişinin ölüm anında, çocuklarından her biri diğer herkese karşı, malvarlığının uygun biçimde dağıtılmasına müdahale etmelerinden azade olmak konusunda bir talep hakkı elde eder. Vasiyeti tenfiz memurunun atandığı anda ise her bir çocuk, atanmış memura karşı vasiyetin tenfizi ile ilgili ödevlerini doğru biçimde yerine getirmesine ilişkin bir talep hakkı elde etmiş olur. Dolayısıyla her iki aşamada da talep hakkı ile ödev arasındaki bağlılaşıklık ilişkisi kurulmuş olmaktadır. Bu konuda bkz. Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 27-29; Lazarev, "Hohfeld's Analysis of Rights: An Essential Approach to a Conceptual and Practical Understanding of The Nature of Rights".

[55] MacCormick, "Rights in Legislation", p. 201.

amaçların araçları anlamlı kılması söz konusu değildir[56]. Burada amaç, hak kazandırma ve hakkı sahiplerinin eline ulaştırmaktır. Bu amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan araç ise ödev yüklemektir. Dolayısıyla hak bahşetme hem zamansal bakımdan, hem de mantıksal bakımdan hakkı teminat altına alacak ödevden önce gelmektedir. Bir başka deyişle hukuk kuralları öncelikle kimin hak sahibi olduğunu belirlemekte, daha sonra da bu hakkın teminat altına alınmasına ilişkin araçları, yani ödevleri düzenlemektedir. Yasakoyucunun bu düzenleme tarzı, birincil işlevi hakların bahşedilmesi olan özel hukuk düzenlemelerinde kendisini açıkça göstermektedir.

MacCormick'e göre yasakoyucu verili bir kişi sınıfının meşru gördüğü çıkarlarını koruma altına almak istediğinde, söz konusu hukuki düzenlemeyi haklar terminolojisini kullanmak suretiyle kaleme almaktadır. İlgili hukuki düzenlemenin mahkeme tarafından uygulanması süreci ise, ilgili hakların bahşedilmesinin zorunlu sonucu olan ödevler, yetersizlikler vs. aydınlatılmasını ve yerine getirtilmesini (icra ettirilmesini) sağlamaktadır. Bir başka deyişle yargıç hukuk kuralını uygularken, ödevleri aydınlatmış ve yerine getirilmesini sağlamış olur. Böylece ödevler, hukuk kuralının bahşettiği hakların sonucudur[57].

Hak bahşeden hukuk kuralları, bu kural kapsamına giren kişilerin çıkarlarını bir bütün yani kolektif olarak değil, her bir kişi için ayrı ayrı teminat altına

[56] Böyle bir durumda, hukuk sistemi bir özel mülkiyet sistemini tanımakta ve teşkilatlandırmaktadır. Özel mülkiyete konu olan bir varlık, sahibi öldükten sonra zorunlu olarak boşta kalmış olmaktadır. Bu nedenle hukuk sisteminin böyle bir varlığın akibetinin ne olcağına ilişkin bir düzenleme getirmesi, özel mülkiyet sisteminin işleyişi bakımından elzemdir. Hukuk düzeni bu varlığın yeni sahibi olarak kimi belirlerse, mülkiyet sahiplerine karşı borçlu olunan tüm ödevler, ona karşı da borçlu olunacaktır. Buna ek olarak mal sahiplerinin sahip olduğu değişik serbestlikler, yetkiler ve bağışıklıklar da yeni sahip için söz konusu olacaktır. Tüm bunların nedeni hukuk sisteminin halihazırda ilgili kişiye söz konusu malın sahipliği hakkını bahşetmesidir. Bir başka deyişle hukuk sistemi kimin hak sahibi olacağını belirlemektedir. Kişi eğer ilgili hukuki düzenlemede belirlenen koşulları taşıyorsa, ilgili hakkın sahibi olur. Dolayısıyla hukuk sistemi öncelikle ilgili konuda kimlerin hak sahibi olacağını belirler, daha sonra ise bu hakkı teminat altına alacak araçların (ödevlerin, yetersizliklerin vs. kimlere yükleneceğini) ortaya koyar. MacCormick, "Rights in Legislation", p. 201-202; bu konuda ayrıca bkz. Eric J. Mitnick, "Constitutive Rights", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol.: 20, No: 2, 2000, p. 188-190.

[57] MacCormick, "Rights in Legislation", p. 203. Burada MacCormick'in Hart'ın yaklaşımını tam tersine çevirdiğini söylemek mümkündür. Hart, hakkın, hukukun sonucu olduğunu savunurken, MacCormick ödevlerin hukukun sonucu olduğunu ileriye sürmektedir.

almaktadır. Bir başka deyişle onları bir grup olarak ele almamaktadır. Aksine bu grubun veya sınıfın üyeleri olarak ayrı ayrı ele almaktadır. Buna karşılık örneğin havaalanları gürültü kontrolüne ilişkin mevzuat, havaalanları yakınında yaşayan veya çalışan herkesi ayrım yapılmaksızın koruma altına alır. Oysa hak bahşeden kurallarda böyle bir durum söz konusu değildir. Hak bahşeden bir kural, düzenlemesi kapsamına giren kişilere ayrı ayrı hak bahşetmekte ve bu hakları teminat altına alacak araçları temin etmektedir[58].

MacCormick'e göre hukuk kuralları tarafından kendisine hak bahşedilen her kişinin, bu hakkı gerçek yaşamında fiilen bir yararının, avantajının veya çıkarının korunması veya arttırılması biçiminde deneyimlemesi gerekli değildir. Örneğin kendisine miras kalan kişi, bu mirasın yararından çok zararını görebilir. Yani kalan miras, kıymetinden fazla sorun yaratabilir. Bununla birlikte hak bahşeden hukuk kurallarının fonksiyonu, ilgili düzenleme kapsamına aldığı sınıfın veya grubun her bir üyesine hukuki bir hak bahşetmek suretiyle, normal koşullar altında bir avantaj olduğu düşünüleni vermektir[59].

MacCormick sonuçta hem ahlaki haklar, hem de hukuki haklar için geçerli olduğunu düşündüğü şöyle bir formülasyona ulaşmaktadır:

> "C sınıfının tüm üyelerine T muamelesi görme hakkı bahşetmek, T'nin normal koşullar altında C sınıfının her bir üyesi için iyi birşey olduğunun ve T'nin, C sınıfının herhangi bir üyesinden esirgenmesinin [onun bundan mahrum bırakılmasının] yanlış (wrong) sayılacak kadar önemi olan, iyi birşey olduğunu önvarsaymaktır. [Yani C sınıfının herhangi bir üyesinden T muamelesini esirgemek, ahlaka aykırılık teşkil edecektir.] Bu, ahlaki haklar için böyledir. Hukuki haklar için ise şunu söylemeliyim: Hukuk tarafından C sınıfının tüm üyelerine T muamelesi görme hakkı bahşedildiğinde, hukuk C sınıfının her bir üyesinin çıkarlarını artırmak üzere tasarlanır ve hukuk C sınıfının herhangi bir üyesinden T'yi esirgemeyi [onu bundan mahrum bırakmayı] hukuka aykırı kılma etkisine sahiptir. [Yani C sınıfının herhangi bir üyesinden T muamelesini esirgemek hukuka aykırılık teşkil edecektir.]"[60]

---

[58] MacCormick, "Rights in Legislation", p. 202, 203.

[59] MacCormick, "Rights in Legislation", p. 202.

[60] Neil MacCormick, "Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right", **A.R.S.P.**, Vol.: 69, 1976, p. 311.

MacCormick yukarıdaki formülasyonundan hareketle hak bahşeden kuralların nitelendirilmesinde yer alması zorunlu üç özellik olduğunu belirtmektedir[61]:

1. Hak bahşeden kurallar, iyilerle (veya avantajlarla, yararlarla, çıkarlarla veya bu noktayı dile getirebilecek başka bir ifadeyle) ilgilidir. Bir kişinin X'e hakkı olması fikri, X'in kişiler için ya da en azından söz konusu hakkın sahibi olduğu düşünülen kişi için normal koşullarda iyi birşey olduğu önvarsayımına dayanır. Fakat bunun anlamı, her somut durumda hakkın konusu olan X'in potansiyel her hak sahibi için yararlı olması gerektiği veya hak sahibinin kendisinin X'ın kendisi için yararlı olduğu düşüncesini taşıması gerektiği değildir. Örneğin A kişisine kalan miras onun fiili çıkarına aykırı olsa da, A'nın mirasçılık hakkı yine de vardır. Bunun nedeni, mirasçılığın genelde iyi birşey olarak görülmesidir.
2. Hak bahşeden hukuk kuralları, kişilerin her birinin ayrı ayrı olarak iyilerden yararlanmalarıyla ilgilidir. Bir başka deyişle, kendilerine düşen payın diğerlerinden ayırt edilemez veya saptanamaz olduğu ortak bir çıkardan veya iyiden yararlanan bir bütünün üyeleri olarak değil, her birinin bir iyiden ayrı ayrı yararlandırılması söz konusudur. Bununla birlikte hak bahşeden bir hukuk kuralının herhangi bir kişinin lehine olacak şekilde uygulanabilmesi için, bu kişinin taşıması gereken koşullar ve nitelikler hukuk kuralında genel ve soyut olarak düzenlenmiş olduğundan dolayı, hak bahşeden hukuk kuralları kişiler sınıfına ilişkindir. Fakat teminat altına alınan çıkarlar, hak bahşeden hukuk kuralının öngördüğü kurucu veya hak kazandırıcı olguları karşılamalarına bağlı olarak bu kişiler sınıfının her bir üyesi için ayrı ayrı teminat altına alınmıştır.

[61] Bkz. MacCormick, "Rights in Legislation", p. 204 vd; ayrıca bkz. Waldron, **The Right To Private Property**, p. 82. MacCormick'e göre eğer bir kural bu üç koşulu karşılıyorsa, yasakoyucunun kuralı oluştururken hak terminolojisini kullanıp kullanmadığına bakılmaksızın, söz konusu kural bireylere hak bahşeden bir kural olarak değerlendirilir.

3. Kişilerin çıkarlarının teminat altına alınması, hukukun kişilerin bu çıkarlardan yararlanmalarını normatif olarak koruma altına alması ile gerçekleşmektedir. Bu normatif koruma farklı yollardan sağlanabilir: A kişisinin X'den yararlanması veya X'i kullanması, başka bir kişiye veya herkese A'ya X ile ilgili olarak müdahale etmeme ödevinin yüklenmesi veya A'nın kendisine X'den yararlanmaktan kaçınma ödevi yüklenmemesi suretiyle sağlanabilir; ya da başka bir kişiyi veya herkesi A'nın X ile ilgili olarak varsayılan hukuksal olarak avantajlı durumunu değiştirme yetkisinden yoksun kılmak veya A'nın kendisinin hukuk tarafından bazı bakımlardan X ile ilgili hukuki ilişkilerde kendi çıkarına uygun olduğunu düşündüğü biçimlerde değişiklik meydana gertirebilmek konusunda yetkili kılınması suretiyle A'nın X üzerindeki çıkarı hukuk tarafından normatif olarak korunma altına alınmış olur. Bununla birlikte her hakkın yukarıda sayılan tüm düzeylerde korunma altına alınması gerekmez. Bir başka deyişle yukarıdaki tüm düzeylerin aynı anda bulunmasına ihtiyaç yoktur. Bazen sadece birisi ya da birden fazlası bulunabilirken, bazen de hepsi birlikte bulunabilir.

Böylece MacCormick'e göre, hak bahşeden kuralların belirleyici özelliği, kişilerin, belirli çıkarlarını ayrı ayrı teminat altına almaktır. Bu doğrultuda MacCormick de Hart'ın hak kavramının asli olarak dağıtıcı bir nitelikte olduğu görüşüne katılmaktadır. Kişilerin kendi iyilerinin peşinden gitmek konusunda seçim yapabilmeleri de, bu iyilere dahildir. Dolayısıyla MacCormick, hakkı ileri sürebilme veya bundan feragat edebilme yetkisinin hak durumlarının çoğunda bulunduğunu kabul etmektedir[62]. Bir başka ifadeyle MacCormick'e göre çoğu hakkın içeriğinde kurucu bileşen olarak yetki unsuru vardır. Bununla birlikte MacCormick'e göre Hart'ın irade teorisinin kabul ettiği biçimiyle seçme özgürlüğü zorunlu olarak tek iyi değildir. Hak kavramı seçme özgürlüğü yanında başka birçok iyiyi de korumaktadır. Hart, seçim kavramını hak kavramının asli unsuru olarak görürken, MacCormick seçimin hak kavramının tanımı için gerekli olmadığını, bunun hakların tanınmasının

[62] MacCormick, başka kişilere zarar vermediği sürece, eylem özgürlüğünün iyi bir şey olduğu biçimindeki liberal ilkeyi desteklemektedir.

veya bahşedilmesinin bir sonucu olduğunu düşünmektedir. Kişilere haklarından vazgeçme yetkisinin tanınıp tanınmaması ahlaki ve siyasi bir meseledir. Kişilik hakları ve temel haklarda olduğu gibi, bazı durumlarda hakları daha etkin bir şekilde korumak için bireylere böyle bir yetki tanınmaz. Ama bu, ilgili hakkı hak olmaktan çıkartmaz. Oysa Hart, feragat edebilme yetkisini hak kavramının merkezine yerleştirdiği ve bir anlamda bunu hak kavramına ilişkin analitik bir bilgi olarak kabul ettiği için, yani gerekli bir unsur olarak gördüğü için vazgeçilmez hakları açıklayamamaktadır. MacCormick'e göre ise vazgeçilmezlik, hakkın taşıdığı önemin veya koruduğu çıkarın öneminin bir sonucudur. Bir başka ifadeyle burada hakkın, sahibi için gördüğü fonksiyon belirleyicidir. Böylece MacCormick'e göre hakkı ileri sürme veya bundan feragat etme yetkisi, hak kavramının asli veya analitik bir unsuru değil, olumsal veya ikincil bir unsurudur[63].

MacCormick hakları, hukuk tarafından kişilerin ayrı ayrı olarak korunmuş çıkarları olarak açıklamak suretiyle, hak sahipleri kategorisini de genişletmektedir. Bu suretle Hart'ın teorisinde kavramsal düzeyde sorun yaratabilecek olan küçüklerin ve zihinsel engellilerin hak sahibi oluşunu açıklayabilmektedir. Buna göre hukuk tarafından korunma altına alınmış çıkarları olduğu için, bu kişiler de hak sahibidir.

MacCormick'in yaklaşımının dikkat çekici bir başka yönü ise hak ile ödev arasındaki karşılıklılık ilişkisini asimetrik bir ilişki olarak ortaya koymasıdır. Çıkar teorisini savunan Lyons ve irade teorisini savunan Hart hak ile ödev arasındaki ilişkiyi simetrik bir ilişki olarak görmektedir. Bir başka deyişle hakka ilişkin bir ifade, ödeve ilişkin bir ifade ile mantıksal olarak eşdeğerdedir. Bu iki ifade birbirlerini mantıksal olarak gerektirmektedir. Oysa MacCormick, hakkın ödevden hem zamansal, hem de mantıksal olarak önce geldiğini savunmak suretiyle hakkın ödevin gerekçesi veya temeli olduğu fikrini, yani hakkın bir başkasına ödev yükletilmesinin nedeni olduğu düşüncesini savunmaktadır. Bu suretle hak, sırf bir

[63] Bkz. MacCormick, "Rights in Legislation", p. 207-208. Ayrıca bkz. A. M. Cameron, "MacCormick's Liberal Theory of Rights", **A.R.S.P., Law and The State in Modern Times,** Edited by: Werner Maihofer, Gerhard Sprenger, Beiheft: 42, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1990, p. 136; Jones, **Rights**, p. 35.

ödevin bağlılaşığı olarak görülemez. Böylece bu yaklaşım aynı zamanda Hohfeld'in bağlılaşıklık aksiyomunun reddi anlamına da gelmektedir. MacCormick, Hohfeldçi olmayan bir hak açıklaması sunmasına ek olarak Hohfeld'in temel aksiyomuna karşı çıkması bakımından da anti-Hohfeldçi bir tutum benimsemiş olmaktadır[64].

MacCormick'in, hak bahşeden kuralların amacına veya ilgi alanına odaklanmak suretiyle geliştirdiği bu teorinin iki önemli sonucu vardır[65]: İlki, bu yaklaşımın (özellikle Bentham'ın öngördüğü biçimiyle) çıkar teorisinin hak ile ödev arasında kurmuş olduğu sıkı ilişkiyi gevşetmiş olmasıdır. Daha önce de belirtildiği gibi Bentham'ın teorisi bağlamında hak, çıkar sağlayan ödevlerden söz etmenin diğer bir yoludur. Bir başka deyişle birisine çıkar sağlayan bir ödevin olduğu yerde haktan, yani o kişinin bir hakka sahip olduğundan söz edilebilir. Dolayısıyla böyle bir ödev yoksa hak da yoktur. Bununla birlikte MacCormick'in öngördüğü biçimiyle hak, bizatihi ödevle değil, ödevin amacıyla veya nedeniyle bağlantılandırılmaktadır. Böylece bir ödevin edimsel olarak spesifikleştirilmesinden önce hakkın varlığından söz edebilmek mümkün kılınmış olmaktadır. Bir başka ifadeyle bir kural, kişiye çıkar sağlayacak bir ödevi doğrudan yükletmese dahi, böyle bir ödevin yükletilme nedenini veya dayanağını göstermekte ise, ilgili kişiye bir hak bahşetmiş olmaktadır. MacCormick'in teorisinin ikinci sonucu ise; bu analiz biçiminin kuralların kendisine değil, amacına odaklanan bir teori olmasından dolayı, hukuki haklar dışındaki haklara da (yani ahlaki haklara) genişletilebilmesinin mümkün olmasıdır. MacCormick'in teorisi bağlamında bir kuralın hak yaratması, sırf bir ödev yüklemek suretiyle değil, ödev yüklemek için bir gerekçe veya dayanak sunmak biçiminde gerçekleşmektedir. Böylece hak, ödevin yükletilme nedeni veya gerekçesi haline gelmiş olmaktadır. Benzer bir yaklaşımla bir kişiyi ödev altına sokmanın ahlaki nedeni veya gerekçesi de ahlaki bir hak olarak açıklanabilir[66].

---

[64] Hohfeld'in (talep) hak ile ödev arasındaki mantıksal gerektirme ilişkisi olarak tanımlanabilecek bağlılaşıklık aksiyomu ile MacCormick'in (ve Raz'ın) hak ile ödev arasında bir haklı çıkartma veya gerekçelendirme (justification) ilişkisinin bulunduğuna ilişkin savının birbiriyle çatışıp çatışmadığı meselesi biraz aşağıda, Raz'ın çıkar teorisi yaklaşımı başlığı altında tartışılacaktır. Bkz.: aş. III.D.3.

[65] Waldron, **The Right To Private Property**, p. 83-84.

[66] MacCormick'in yaklaşımı biraz aşağıda ele alınacak olan Joseph Raz tarafından benimsenerek, daha da geliştirilmiştir.

3. Joseph Raz'ın Çıkar Teorisi Yaklaşımı

Joseph Raz'ın (1939-) sunduğu çıkar teorisi yaklaşımı, günümüzde en etkili ve en fazla taraftar bulan çıkar teorisi versiyonu olarak kabul edilmektedir. Raz'a göre bir hak teorisinin tüm bağlamlardaki hakları açıklayabilme yeterliliğinde olması gerekir. Raz'ın özelliği hem hukuki hakları, hem de hukuki olmayan hakları açıklama iddiası taşıyan bir teori sunmasıdır.

a. Hukuki Hakların Model Alınmasındaki Sakıncalar

Raz hak kavramının genel bir açıklamasını yapabilecek bir modelin, hukuki hakları değil, ahlaki hakları temel alması gerektiğini düşündüğü için, teorisinin merkezine ahlaki hakları yerleştirmektedir. Çünkü Raz'a göre hukuki hakların hak genel kavramını açıklamak için model alınması bir takım tehlikeleri barındırmaktadır. Herşeyden önce hak kavramı, hukuk kavramından daha genel ve daha belirsiz bir kavramdır. Bu nedenle hak kavramının açıklanmasında, hukuki haklar merkeze alınamaz. Hukuk tarafından bahşedilen haklar olarak hukuki haklar, kurumsal normatif bir sistem olan hukuka özgü bir takım özellikler göstermektedir. Dolayısıyla Raz'a göre bu özelliklere sahip olmayan hukuk dışı diğer hak türlerini hukuki haklardan hareketle açıklamaya çalışmak, nihayetinde hak genel kavramının çarpıtılmasına yol açmaktadır[67].

Raz hukuki haklara özgü kurumsal özelliklerden hareketle bu temel iddiasını şöyle temellendirmektedir: Raz'a göre hukuk kurumsal normatif bir sistem olduğundan dolayı[68], öncelikle yerine getirilebilir (icra edilebilir) ve ihlal edilmeleri

[67] Joseph Raz, "Legal Rights", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol.: 4, No: 1, 1984, p. 2.

[68] Raz'a göre hukuk sistemleri, kurumsallaşmış normatif sistemlerin tipik ve mantıksal olarak en önemli örneğidir. Ona göre hukuk sistemlerinin insan davranışlarını düzenleyen ve düzenlediği bütün davranışlar üzerinde düzenleme otoritesi iddia eden en iyi araç olması, hukuk sistemlerini diğer normatif sistemlerden ayırt eden en önemli özelliktir. Hukukun en önemli özellikleri, normatif olması yani insanların davranışlarını yönlendirme görevi icra etmesi; kurumsallaşmış olması yani uygulanması ve değiştirilmesinin kurumlar aracılığıyla gerçekleştirilmesi ve zorlayıcı olması yani hukuka uymanın ve hukukun uygulanmasının güç kullanma aracılığıyla garanti edilmiş olmasıdır. Bu

halinde telafi (remedy) veya yaptırım uygulanabilir olan hak ve ödevlerle ilgilidir. Kurumsal normatif bir sistem olmak ise kaynak temelli kurallardan oluşmak demektir[69]. Kurallar, tanıma kuralı aracılığıyla sisteme dahil olmaktadır. Sistemin yargılama makamları bu kurallar ile bağlıdır. Normal şartlar altında yargılama makamlarının hüküm vermesi, hak ve ödevlerin ihlali halinde telafi kararı vermek veya yaptırım uygulamak veyahut da söz konusu ihlalin meydana gelmesini önlemek şeklinde gerçekleşmektedir. Dava yoluna başvurmanın amacı, hakların ve ödevlerin icrasını veya bunların ihlal edilmesi sonucu doğan zararların giderilmesini sağlamaktır. Bu ise sadece yukarıdaki sonuçları elde etmek için davaya konu olabilecek hakların ve ödevlerin, hukuki hak ve ödev sayılabileceğini düşünmeye yol açmaktadır. Oysa Raz'a göre bu, bir yanılgıdır. Çünkü icra edilemeyen ve ihlalleri halinde zararın giderilmesine hükmedilemeyen veya yaptırım uygulanamayan hukuki haklar ve ödevler de vardır. Bunların en önemlileri resmi görevlilerin hakları ve ödevleri ile resmi görevlilere karşı haklardır. Bu tip haklar, mahkemelerin ve diğer hukuki mekanizmalardaki görevlilerin faaliyetlerini düzenledikleri için hükme konu olabilmektedirler. İşte bu nedenle de hukuki hak veya ödev olabilmenin koşulunu karşılamaktadırlar. Bununla birlikte bütün hakların her zaman mahkemede dava yoluyla korunması söz konusu değildir[70]. Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin hangi davalara bakma hakkı olduğunu hukuk sistemi belirler. Bununla birlikte eğer

---

konuda bkz. Halit Uyanık, "Joseph Raz'da Hukukun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s. 169 vd.

[69] Modern hukuki pozitivizmin temel iddialarından birisi olan ve belirli bir toplumda hukuk olarak kabul edilen kuralların sosyal olgu veya konvansiyon konusu olduğunu dile getiren tez, *sosyal kaynaklar tezi* olarak isimlendirilmektedir. Bir hukukun varlığı ve içeriği herhangi bir değerlendirici argümana başvurulmaksızın, sadece sosyal olgulara referansla belirlenebiliyorsa o zaman bu hukuk, kaynak temelli bir hukuktur. Pozitivist bir hukuk felsefecisi olan Raz'a göre de hukukun varlık ve içeriği ahlaka başvurulmaksızın, kanun, mahkeme kararı, örf ve adet hukuku vb. kaynaklara bakılarak belirlenir. Bir başka deyişle hukuk ve hukukun geçerliliği, içeriğinden bağımsızdır. Hukukun ne olduğu konusu, bir sosyal olgu meselesidir. Raz'ın da taraftarı olduğu bu pozitivizm anlayışına göre, hukukun geçerliliği tanıma kuralına göre belirlenir. Tanıma kuralı, bir kuralın toplumun hukukunun bir parçası olabilmesi için yerine getirmesi gereken şartları düzenlemektedir. Tanıma kuralı sayesinde bir kural, hukuk kuralı olarak geçerli kılınabilir. Bu konuda bkz. Sevtap Metin, "Joseph Raz'da Hukuki Otorite Kavramı", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2006, s. 57 vd.; Gülriz Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 52, Sayı: 3, 2003, s. 147 vd.; Uyanık, "Joseph Raz'da Hukukun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi", s. 180 vd.

[70] Raz, "Legal Rights", p. 3; Jones, **Rights**, p. 41.

mahkeme görev ve yetkisi dahilinde görmeye hakkı olmayan bir davayı görmeye karar verirse, hiçkimse bunu durduracak bir dava açma hakkına sahip değildir.

Raz'a göre bütün hukuk sistemleri, koruma altına alınmamış hak ve ödevleri barındırmaktadır. Bununla birlikte bu tip haklar çok istisnaidir. Dolayısıyla Raz hukuk sistemlerinde yer alan bu tarz istisnai hakların ve ödevlerin, hukuk sistemlerinin öncelikle icra edilebilir veya ihlalleri halinde telafi veya yaptırım uygulanabilir haklar ve ödevlerle ilgili olduğu temel savının aksini kanıtlamadığı düşüncesindedir[71].

Buna ek olarak, hukuk genellikle hakkın icra edilmesi veya ihlali halinde zararın giderilmesi için dava açılması yetkisini hak sahibine tanımaktadır. Bunun hukuk politikasından kaynaklanan çok önemli gerekçeleri vardır. Eğer herkese, kimin hakkının ihlal edilmiş olduğunun bir önemi olmaksızın, yani buna bakılmaksızın, bir hakkın ihlal edildiği gerekçesiyle mahkemeye başvurma yetkisi tanınsaydı, kişilerin hukuk güvenliği tehlikeye atılmış olurdu. Dolayısıyla hukuk tipik olarak bu tarz ihlallerden doğrudan etkilenen kişiler olarak hak sahiplerine dava açma yetkisi tanımaktadır[72]. Fakat yine zayıfların ve güç durumda olanların korunması düşüncesi biçimindeki hukuk politikasının bir gereği olarak, her durumda hakkın icrası veya ihlali halinde zararın giderilmesi için dava açma yetkisi, hak sahibinin insiyatifine bırakılmamıştır.

Hukuk politikasına ait tüm bu mülahazaları göz önüne alan bazı yazarlar[73], çoğu hukuki hakkın telafi, yaptırım ve icra edilme araçları ile korunduğundan ve normal şartlar altında söz konusu koruyucu tedbirlere veya araçlara başvurmak konusunda hak sahiplerinin hukuken yetkilendirilmiş olduğundan hareketle, hukuki bir hakka sahip olmanın onun mütekabili olan ödev üzerinde kontrole (yani hakkını korumak için dava yoluna başvurabilme yetkisine) sahip olmaktan başka bir anlama

[71] Raz, "Legal Rights", p. 3.

[72] Raz, "Legal Rights", p. 3-4.

[73] Raz, "hukuki haklar üzerine çalışan bazı yazarlar" ifadesini kullanmakla birlikte, herhangi bir isim zikretmemektedir. Fakat Hart'ın bu yazarlardan birisi olduğu sonucu çıkartılabilir.

gelmediği sonucuna varmışlardır. Bununla birlikte hukuki hakların sergilediği bu özelliklerin bütün hakların ortak özellikleri olduğunu kabul ederek, hakkı, kendisine karşılık gelen ödevi kontrol edebilme normatif yetkisi şeklinde açıklamak, hukuki yaptırımların veya onarıcı mekanizmaların ahlak alanındaki benzerlerinin ortaya koyulmasını gerektirmektedir. Raz'a göre çoğunlukla davranışın yanlış veya doğru olduğuna dair düşünce ifadeleri veyahut da vicdan azabı, hukuksal yaptırımın benzeri olarak sunulmuştur. Oysa böyle bir eğilim çarpıtılmış bir ahlak görüşüne yol açmaktadır. Çünkü davranışın yanlışlığı ile yanlış davranışın cezalandırılması birbirinden ayrı şeylerdir. Davranışın yanlışlığı, onun cezalandırılmasının gerekçesidir. Buna ek olarak çoğu ahlak teorisi, sadece hakkı ihlal edilen mağdurun değil, eğer durumun düzelmesine yardımcı olacaksa diğer herkesin de ilgili ihlali cezalandırma hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla hakka karşılık gelen ödevi kontrol edebilme yetkisi, kimin gerçekte hak sahibi olduğunu tam olarak belirleyebilmeyi mümkün kılmamaktadır. Ayrıca herhangi bir hakkı ihlal etmeyen ama yanlış olduğu kabul edilen bir davranışı dahi kimin cezalandırabileceği konusuna da kısıtlama getirilebilir. Örneğin belli dini ödevlerin veya topluma karşı ödevlerin ihlali, çoğu zaman bir hakkın ihlali olarak görülmemekle birlikte, sadece aile reisi veya din adamı tarafından cezalandırılabilmektedir. Bir başka deyişle bu kişilerin veya hiçkimsenin ahlaki bir hakkı ihlal edilmese dahi, cezalandırma hakkı söz konusu olabilmektedir[74].

İşte Raz'a göre hukuki hakların, hak kavramına genel bir açıklama sunmak için, model olarak alınmasının sakıncaları bunlardır. Kısaca ifade edildiğinde Raz'ın esas karşı çıktığı nokta, hukuki haklardan hareketle, hakların zorla yerine getirtilebilmesinin, yani hak sahibinin hakkına karşılık gelen ödev üzerinde kontrolünün bulunmasının, bir hakka sahip olmanın asli ve vazgeçilmez özelliği sayılmasıdır. Tüm bu sakıncalar, hukukun kurumsal normatif bir sistem oluşunun hukuki haklara kattığı özgül niteliklerin, diğer hak türlerine de yaygınlaştırılmak istenmesinden kaynaklanmaktadır. Bu sakıncaların bertaraf edilebilmesi gayesinden

[74] Raz, "Legal Rights", p. 4-5.

hareketle Raz, hak kavramının açıklama modelinin ahlaki haklar olması gerektiği düşüncesine ulaşmaktadır.

b. Hak Genel Kavramının Açıklanması

Raz hem hukuki, hem de ahlaki hakları açıklayabilecek bir tanım olduğunu ileriye sürdüğü şöyle bir hak tanımı önermektedir: "*Tanım: X ancak ve ancak hak sahibi olabilirse ve diğer şeyler eşit olmak koşuluyla, esenliğinin bir yanı (çıkarı) başka kişiye\kişilere ödev yüklemek için yeterli bir neden ise bir hakka sahiptir*[75]*". Raz hak sahipliği kapasitesini ise, "bir birey ancak ve ancak esenliği nihai (ultimate) değerde ise veya tüzel bir kişi ise hak sahibi olma kapasitesindedir*[76]" biçiminde tanımlamaktadır[77].

---

[75] Joseph Raz, **The Morality of Freedom**, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 166; ayrıca bkz. Joseph Raz, "Right-Based Moralities", **Theories of Rights**, Edited by: Jeremy Waldron, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 183. Hukuki bir hak ise hukuk tarafından tanınan bir haktır. Yani hukuk kişinin çıkarını başka birisine ödev yüklemek için yeterli bir neden olarak tanıyorsa, söz konusu hak hukuki bir haktır. Raz, "Legal Rights", p. 14. Raz, Hohfeld'in terminolojisini benimseyen bir yazar olmamakla birlikte, teorisinde esas olarak başkasına ödev yükleyen talep haklarını merkeze aldığını belirtmek mümkündür. Raz'ın, Hohfeld'in terminolojisini kullanmaktan kaçınmasının en önemli nedeni biraz aşağıda da değinileceği gibi hakların mantıksal olarak ödevlerden önce geldiği ve onları gerekçelendirdiği düşüncesini benimsemesidir. Yani Raz'a göre hak ile ödev arasındaki ilişki simetrik bir ilişki değil, asimetrik bir ilişkidir. Buna karşılık Hohfeld hakkın mantıksal olarak ödevlerin bağlılaşığı olduğu fikrindedir. Bu nedenle Hohfeld'e göre hak ile ödev arasındaki ilişki simetrik bir ilişkidir. Bu iki tutumun birbiriyle gerçekten bağdaşmaz olup olmadığı noktası da biraz aşağıda ele alınacaktır. Bu saptamalar hakkında ayrıca bkz. Cruft, "Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory?", p. 370; Andrei Marmor, "On The Limits Of Rights", **Law and Philosophy**, Vol.: 16, 1997, p. 3; Wenar, "The Nature of Rights", p. 243, dipnot 35.

[76] Raz, **The Morality of Freedom**, p. 166.

[77] Raz'ın önerdiği bu tanım, kimin veya neyin hak sahibi olduğu (veya olması gerektiği) sorununa, hak sahibinin çıkar sahibi olan bir varlık olması gerektiğini belirlemekten öteye bir çözüm sunmamaktadır. Çünkü bir varlığın potansiyel hak sahibi oluşunu nitelendiren diğer özellikler içeriksel ahlaki değerlendirmelere bağımlıdır. Bununla birlikte Raz, hak kavramını tüm bağlamlarda açıklayabilecek bir teori geliştirme niyetinde olduğu için, hak sahipliği bakımından da çıkar sahibi olma dışındaki diğer içeriksel ahlaki meselelere nötr kalan bir yaklaşımı benimsemektedir. Raz, hak sahipliğini nitelendirirken üçlü bir ayrım yapmaktadır: *Nihai değer* (ultimate value), *içkin değer* (intrinsic value) ve *araçsal değer* (instrumental value). Buna göre araçsal değere sahip olmak demek, değerini sonuçlarının değerinden veya muhtemel sonuçlarının değerinden yahut kendisi kullanılarak üretilecek sonuçların değerinden almak, yani türetilmiş bir değere sahip olmak demektir. İçkin değere sahip olmak ise, araçsal değerinden bağımsız olarak yani sonuçlarından bağımsız olarak değerli olmak demektir. İçkin değere sahip olanlardan bazıları nihai bir değere de sahiptir. Nihai bir değere sahip olmak ise, değeri hiçbir şekilde başka bir değere referansla gerekçelendirilemeyecek olan, varolan başka şeylerden bağımsız olarak kendi başına yani bizatihi değerli olan demektir. Bununla birlikte içkin değere sahip olan herşey aynı zamanda nihai bir değere sahip değildir. İçkin bir değeri olmakla

Hakların çıkarlara ilişkin olduğunu (rights are to benefits)[78], yani hak sahibinin çıkarını koruduğunu[79] kabul eden Raz'ın yaklaşımı çıkar teorisinin gerekçelendirme (justification) versiyonunun bir örneğidir[80]. Tıpkı Lyons ve MacCormick gibi Raz açısından da bir çıkara sahip olma veya yararlanıcı olma nosyonu hak kavramının merkezini oluşturmaktadır[81]. Bununla birlikte Raz'a göre hak, başkalarına yükletilen ödev(ler)in gerekçesidir. Bir başka deyişle belirli bir kişiye karşı borçlu olunan ödev, ilgili kişinin hakkı tarafından gerekçelendirilmektedir. Buna ek olarak hak sahibinin hakkı ise esenliği[82], yani çıkarı üzerinden gerekçelendirilmektedir[83]. Dolayısıyla Raz'ın verdiği hak tanımında

---

birlikte, nihai bir değere sahip olmayan ise, kendi başına değerli olan birşeyin değerine katkıda bulunan yani bu değerin bir parçasını (bileşenini) oluşturan ve kendi başına değerli olanın bu katkı olmaksızın değerinin azalacağı birşey olmak demektir. Raz bunu göstermek için köpeğine çok bağlı olan bir insan örneğini kullanmaktadır. Ona göre köpekle insan arasındaki bu ilişki değerli bir ilişkidir. Çünkü söz konusu insanın hayatı bu ilişkinin varlığından dolayı daha iyi ve daha zengindir. Dolayısıyla bu ilişki değerli bir yaşam biçiminin kurucu bir parçasını teşkil eder. Buradaki köpeğin değeri, insana verdiği güvenlik ve huzur duygusundan kaynaklanmaz. Yani köpeğin araçsal bir değeri yoktur. Çünkü teskin edici ilaçlar kullanmak suretiyle de aynı etki yaratılabilir. Bu nedenle köpeğin varlığı, ilişkinin değerine katkıda bulunan içkin bir değerdir. Bununla birlikte köpeğin içkin değeri insanın esenliğine yaptığı katkıdan kaynaklandığı için, nihai bir değer teşkil etmez. Burada nihai değere sahip olan insanın esenliğidir. Köpek ise araçsal olmayan bir biçimde insanın esenliğine katkıda bulunmaktadır. Bu nedenle köpeğin varlığı içkin olarak ama türetilmiş bir biçimde değerlidir. Burada, nihai olarak değerli olan insanın esenliği ile içkin değeri olan ama nihai değeri olmayan köpeğin değeri arasındaki ilişki bir gerekçelendirme ilişkisidir. Bir başka deyişle nihai bir değeri olan varlık, içkin olarak değerli olup nihai bir değeri olmayan birşeyin değerini gerekçelendirmekte kullanılmaktadır. Bkz. Raz, **The Morality of Freedom**, p. 176-178, 200; ayrıca bkz. Raz, "Right-Based Moralities", p. 188; Eric Mack, "In Defense Of The Jurisdiction Theory Of Rights", **The Journal of Ethics**, Vol.: 4, 2000, p. 76-77.

[78] Joseph Raz, "Rights and Individual Well-Being", **Ethics In The Public Domain,** Edited By: Joseph Raz, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 45.

[79] Raz, "Legal Rights", p. 20.

[80] Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 88. Raz'ın kendisi de teorisinin çıkar teorisinin bir versiyonu olduğu konusunda hemfikirdir. Bkz. Raz, "Right-Based Moralities", p. 183.

[81] Jones, **Rights**, p. 28.

[82] Raz'a göre esenlik (wellbeing), iyi bir yaşam anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle bir kişinin esenliği, kendisi için neyin iyi bir yaşam olduğunu ifade etmektedir. Kişinin esenliği, tüm kalbiyle ve başarılı bir şekilde değerli amaçların ve ilişkilerin peşinden gitmesinden meydana gelmektedir. Bkz. Joseph Raz, "The Role of Well-Being", **Philosophical Perspectives**, Vol.: 18, 2004, p. 269 vd.; Raz, "Rights and Individual Well-Being", p. 46; ayrıca bkz. Uyanık, "Joseph Raz'da Hukukun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi", s. 115 vd.

[83] Raz'ın öngördüğü bu yaklaşım hak ile çıkar arasındaki ilişkiyi MacCormick ve Lyons'un yaklaşımına nazaran daha da detaylandırmış olmaktadır. Buna göre kişinin bir hakka sahip olması için, sırf bir ödevin yerine getirilmesinden yararlanması niyet edilen kişi olması yeterli değildir. Bilakis kişi, çıkarının başka bir kişiye ödev yüklemek için yeterli bir neden oluşturması halinde, ilgili konuda bir hakkın sahibi olabilir. Bu nedenle bir hakka sahip olabilmek için, bir ödevin ilgili kişinin

iki aşamalı bir gerekçelendirme vardır: Çıkar, hakkın gerekçelendirilmesinin bir parçası, hak ise ödevin gerekçelendirilmesinin bir parçasıdır. Raz buradan hareketle hakkın, çıkardan ödeve yapılan çıkarımlardaki orta sonuç (intermediate conclusion) olduğu düşüncesindedir. Raz'ın ifadesiyle hak iddiaları tipik olarak nihai değerlerden (ultimate value) ödevlere yapılan çıkarımlardaki orta sonuçlardır[84].

Raz'a göre hakların orta sonuç olmaları bakımından, sosyal yaşamı mümkün kılmada çok önemli bir rolleri vardır. İnsanlar çoğu zaman bir hakkın (örneğin ifade özgürlüğü hakkının) altında yatan nihai değer üzerinde hemfikir olmasalar da, yine de böyle bir hakkın olduğu veya olması gerektiği konusunda aralarında genel bir uzlaşmanın varlığından söz etmek mümkündür. Dolayısıyla hangi çıkar olduğu konusunda bir uzlaşma olmamakla birlikte, yine de bir çıkarın varolduğu konusunda hemfikir olunan nokta, hak kavramı ile dile getirilmektedir. Böylece nihai değerlere ilişkin birbirinden farklı görüşler, hak olarak isimlendirilen bir orta noktada buluşturulmuş olmaktadır. Bu orta nokta aynı zamanda ödevlerin temellendirilmesine de hizmet etmektedir. İşte gördüğü bu işlev nedeniyle hak kavramı ortak bir kültürün oluşturulmasına katkıda bulunmaktadır[85].

Raz'ın hak kavramına ilişkin getirdiği açıklama biçiminden, hakkın mantıksal olarak ödev kavramından önce geldiği sonucu çıkmaktadır. Bir başka deyişle bir hakkın varlığı, onu korumak için başkasına yükletilen ödevin varlığından bağımsızdır[86]. Dolayısıyla kişi, başkasına yükletilmiş bağlılaşık bir ödev olmasa veya bu ödevin kimin olduğunu spesifikleştiremese dahi, bir hakka sahip olabilir[87]. Böylece örneğin bir çocuğun eğitim görme hakkı olduğunun belirlenebilmesi için, bu

---

bir çıkarına doğrudan ve kasti olarak hizmet etmesi yetmez; ilgili çıkarın başka birine yükletilecek ödevi gerekçelendirebilecek yeterlilikte bir çıkar olması gerekir. Bkz. Jones, **Rights**, p. 29.

[84] Raz, **The Morality of Freedom**, p. 181.

[85] Raz, **The Morality of Freedom**, p. 181; Margaret Holmgren, "Raz on Rights", **Mind, New Series,** Vol.: 94, No: 376, 1985, p. 591; Penner, "The Analysis of Rights", p. 305.

[86] Bu bakımdan Raz ile MacCormick'in teorileri arasında benzerlik vardır. Dolayısıyla Raz da Hohfeld'in talep (hak) ile ödev kavramı arasında öngörmüş olduğu bağlılaşıklık ilişkisine karşı çıkmaktadır.

[87] Nelson, "Varieties of Rights: How They Work, How They Are Justified", p. 361; Harel, "Theories of Rights", p. 196.

hakka karşılık düşen ödevin devlete mi, yoksa ebeveynlere ait bir ödev mi olduğunun veya bu ödevin nasıl (örneğin çocuğa matematik, sanat, dil vb. öğretmekle) yerine getirileceğinin de belirtilmesine ihtiyaç yoktur. Raz, bu yaklaşımı ile hakkın ödevle eşitlenmesine karşı çıkmış olmaktadır[88]. Bir başka deyişle Raz, hak ile ödevin aynı madalyonun iki yüzü olmadığını, bilakis hakların, ortaya çıkardıkları ödevlerin nedeni olduğunu savunmaktadır[89].

Raz'ın hakların, ödevlerin gerekçesi oluşuna dair geliştirdiği yaklaşımın en önemli özelliklerinden birisi, bir hakkın sadece bir ödevin değil, başka birçok ödevin gerekçesi olabilmesidir. Bir başka deyişle aynı hak için başkalarına yüklenen ödevler, belirli yer ve zaman koşullarına bağlı olarak değişkenlik gösterebilir. Örneğin vatandaşlarının ifade özgürlüğü hakkını korumak için bir devlete yüklenen ödevlerin doğası ve kapsamı, o toplumda egemen olan koşullara (örneğin medyayı kimin kontrol ettiğine, toplumun refah seviyesine veya ne kadar hoşgörülü bir toplum olduğuna) göre değişkenlik gösterecektir. Aynı zamanda bu koşullarda zaman içerisinde meydana gelen değişiklikler gerekli kıldığı ölçüde, ilgili hakka karşılık gelen ödevler de değişebilecektir. Burada değişkenlik gösteren, hakkın doğası değil, bu hakkı korumak için gerekli olan ödevlerin doğasıdır. Raz, bunu "hakların dinamik yanı" (dynamic aspect of rights) olarak isimlendirmektedir. Buna göre bir hak, değişen koşullara uygun olarak kişilere yeni ödevlerin yüklenmesini gerekçelendirebilmektedir. Bir başka ifadeyle aynı hak kendi asli kimliğini

[88] Harel, "Theories of Rights", p. 196. Raz'ın, her hakkın, kendisine karşılık gelen bir ödevi olduğu ve bu ödevin hak sahibinin hakkın konusuna sahip olmasını veya konusundan yararlanabilmesini temin etme ödevi olduğu ve bu ödevden yararlanmanın hak sahibinin arzusuna bırakılmış olduğu düşüncesine karşı çıkma nedenleri şöyle özetlenebilir: İlk olarak hak sahibinin, hakkın konusundan yararlanmasının kendi arzusuna bırakılmış olması doğru değildir. Çünkü kişiler kendi arzularına bağlı olmaksızın birçok hakka sahiptir. Örneğin kişi istese de istemese de eğitim görme hakkına sahiptir. Bir başka ifadeyle eğitim hakkı, kişilerin eğitim görmeyi isteyip istememesine bakılmaksızın, her kişiye eğitim fırsatı sunma ödevini temellendirmektedir. İkinci olarak haklara karşılık gelen ödevlerin tam ve nihai (closed) bir listesini oluşturabilmek mümkün değildir. Bir hakkın varlığı çoğu zaman, hak öznesine ve onun yaşadığı topluma özgü olan belirli olguların varlığından dolayı başka kişiye\kişilere ödev yükletilmesine yol açar. Söz konusu koşullardaki bir değişiklik eski hakka dayanan yeni ödevlerin yaratılmasına neden olabilir. Bkz. Raz, **The Morality of Freedom**, p. 170-171; Marmor, "On The Limits Of Rights", p. 6.

[89] Jones, **Rights**, p. 29; Waldron, **The Right To Private Property**, p. 84. Raz, bu yolla Hart'ın Bentham'ın çıkar teorisine yönelttiği, hakkı sadece kendisine karşılık gelen ödevin bir yansımasına indirgediği biçimindeki eleştirisine de karşı koymuş olmaktadır.

kaybetmeksizin, yani özü aynı kalmakla birlikte yaşam koşullarında meydana gelen değişikliklerle yeni ödevler ve yeni ödev yükümlüleri yaratabilmektedir[90].

Raz'ın teorisinde bir hakkın varlığı, hakka karşılık gelen ödevin yükletilmesinin ardında yatan niyete veya nedene bağlıdır. Bir başka deyişle, belirli bir hakkın varolup olmadığını anlamak, başkasına ödev yükletilmesinin nedenini veya amacını anlamayı gerektirir. Bu nedenle bir hakkın varlığına veya yokluğuna karar vermek, bir gerekçelendirme işlemine bağlıdır[91].

Raz'ın teorisinde hak, hak sahibinin çıkarı tarafından gerekçelendirilmektedir[92]. Çıkar ile hak arasında kurulan bu ilişki, ilk bakışta akla uygun bir ilişkidir. Kişinin yaşamı, özgürlüğü, malvarlığı vs. üzerinde herhangi bir çıkarı olmasaydı, bunlara ilişkin haklardan söz etmenin de bir anlamı olmayacaktı. Bu bağlamda çıkar teorisinin temel kabulüne uygun olarak Raz'a göre hakkın amacı, sahibinin bir çıkarını teminat altına almaktır. Bununla birlikte çıkar sadece hakkın gerekçelendirilmesi sürecinin bir parçasını teşkil etmektedir. Aksi halde çıkarımız olan her konuda hak sahibi olduğumuz gibi bir sonuç doğabilecektir. Raz, teorisinden böyle bir sonucun çıkartılmasının önüne geçmek için, çıkardan doğrudan hakka çıkarım yapılamayacağını belirtmektedir. Böyle bir doğrudan çıkarımın yapılamamasının temel sebebi, çıkarların çoğu zaman çatışma halinde olmasıdır. Çıkar çatışmalarının çözümlenmesi için hangi çıkarın üstün tutulacağına ilişkin bir dağıtım ilkesine (büyük önerme) gerek vardır. Böylece bu ilkenin klavuzluğunda çıkarlar, önemine göre dizilecek ve üstün tutulması gereken çıkar belirlenecektir. Ancak bu suretle diğerlerinden daha önemli olan çıkar ilgili konudaki hakkı gerekçelendirmiş sayılacaktır. İşte bu nedenle çıkar Raz'a göre, akıl yürütmedeki

[90] Raz, **The Morality of Freedom**, p. 171; Harel, "Theories of Rights", p. 196; Penner, "The Analysis of Rights", p. 305; Marmor, "On The Limits Of Rights", p. 3-4; Waldron, **The Right To Private Property**, p. 84-85; Kamm, Rights", p. 484. Raz'a göre hukuki haklar da hukuktaki değişim için hukuksal gerekçeler sunmaktadır. Bir başka deyişle hukuki haklar da hukukun geliştirilmesini gerekçelendirmektedir. Raz, "Legal Rights", p. 14-15.

[91] Penner, "The Analysis of Rights", p. 303-304; Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 117.

[92] Raz, **The Morality of Freedom**, p. 167, 278.

öncüllerden birisi olması bakımından, hakkın gerekçelendirilmesi sürecinin sadece bir bölümünü meydana getirmektedir[93].

Raz'ın, hakkın, sahibinin çıkarı tarafından gerekçelendirildiğine ilişkin bu yaklaşımına yöneltilebilecek iki temel eleştiri vardır: İlk eleştiriye göre, kişiler, çıkarlarına uygun olmayan konularda da haklara sahip olabilmektedir. Örneğin bana, nimetinden çok külfeti olan bir gayrimenkul miras kalabilir. Gayrimenkulün bana bir yararı olmasa dahi, üzerinde miras hakkına sahibim. Yine örneğin fındık yediğim zaman vücudum alerjik reaksiyon gösterse ve bu nedenle bana zararlı bir yiyecek olsa da, fındık yeme hakkına sahibim. Benzer şekilde eğer tırnaklarımı uzatmaya karar vermişsem, onları kesip kısaltma hakkına sahip olmamın benim açımdan bir yararı yoktur[94]. Raz kendi yaklaşımına yöneltilebilecek bu tarz bir eleştiriyi bertaraf etmek için hak ile sahibinin çıkarı arasındaki gerekçelendirme ilişkisine dair nitelendirmede veya sınırlandırmada bulunmaktadır. Buna göre kişinin üzerinde hak sahibi olduğu konu, bir bakımdan çıkarlarına uygunken, başka bir bakımdan çıkarlarına aykırı olabilir. Örneğin kişi değerli olduğu için kolaylıkla hırsızların hedefi olabilecek bir mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olabilir. Böyle bir tehlikeyi barındıran bir malın sahibi olmamak, kişinin toplamdaki çıkarına uygundur. Bununla birlikte "mülkiyet sahibi" olmak yine de başka bir bakımdan kişinin çıkarına olduğu için, kişi böyle bir tehlikeyi içerse de ilgili mal üzerinde hak sahibidir[95]. Dolayısıyla Raz'ın verdiği hak tanımında "çıkar" kavramı "toplam çıkar" anlamında değil, "belli bir çıkar" anlamında kavranmalıdır[96].

---

[93] Holmgren, "Raz on Rights", p. 591-592.

[94] Rainbolt, **The Concept of Rights**, p. 88.

[95] Raz, "Rights and Individual Well-Being", p. 46, dipnot 2. Malımın da bir parçasını oluşturduğu mülkiyet kurumunun varlığı, dolaylı yoldan da olsa çıkarıma hizmet etmektedir. Buna ek olarak söz konusu malı satmam veya kiralamam söz konusu olabileceğinden dolayı da, yine böyle bir malın sahibi olmak çıkarıma uygundur. Cruft, "Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory?", p. 373. Kazağım üzerinde hakkım vardır. Her ne kadar kazağım üzerindeki çıkarım, ona ilişkin bir hakkı yaratmaya yeterli bir çıkar olmasa da, özel mülkiyete sahip olmak çıkarımadır. Kamm, "Rights", p. 483.

[96] Rainbolt, **The Concept of Rights,** p. 89; Kamm, "Rights", p. 483.

Raz, hiçbir çıkarımızın olmadığı yahut çok önemsiz bir çıkarımız olduğu bir şeye ilişkin de hak sahibi olmak konusundaki eleştiriyi cevaplayabilmek amacıyla, "nüve-çekirdek haklar" (core rights) ve "türev haklar" (derivative rights) ayrımı yapmaktadır. Buna göre başka bir hakla temellendirilen haklara türev hak, başka bir hakla temellendirilmeyen ama kendisi başka hakları temellendiren haklara ise nüve hak ismini vermektedir. Türev hak ile türetildiği nüve hak arasındaki ilişki bir gerektirme ilişkisi değil, bir gerekçelendirme (justification) ilişkisidir[97]. Buna göre bir türev hakkın varlığına ilişkin bir ifade, nüve hakkın varlığını gerektiren bir öncülü de içeren bir akıl yürütmenin sonucu olmalıdır. Raz, nüve haktan türev hakka yapılan akıl yürütmeye ilişkin şöyle bir örnek vermektedir: Bir sokakta bulunan evlerin tamamını (ayrı ayrı satış işlemleri sonucu) satın aldığım için, bu sokağın tamamının sahibi olduğumu varsayalım. Her ne kadar "bu sokaktaki bir evin sahibi benim" ifadesi, "tüm sokağın sahibi benim" ifadesi tarafından gerektirilse de, sokaktaki bir evin sahibi oluşum tüm sokağın sahibi oluşumdan çıkartılmaz. Çünkü haklarımın normatif olarak gerekçelendirilebilmesi için, evleri elde ettiğim tekil işlemlere gidilmesi gereklidir. Bundan dolayı da evler üzerindeki haklarım, sokağın tamamı üzerindeki hakkımdan değil, sokağın tamamı üzerindeki hakkım, sokaktaki evler üzerindeki haklarımdan türetilir. Ama sokaktaki evlerin tümü bana büyükbabamdan miras kalmış olsaydı, gerekçelendirme ilişkisindeki durum tersine dönecekti. Bir başka deyişle sokaktaki evler üzerindeki haklarım, sokağın tamamı üzerindeki hakkımdan türetilmiş olacaktı[98].

Raz'ın nüve ve türev haklar arasındaki ilişkiye dair görüşlerinden hareketle, tırnaklarımı kısaltma hakkımın kişisel özgürlük hakkımdan çıkartılan bir türev hak

[97] "Herkesin ifade özgürlüğü hakkı vardır." ifadesi, "Herkesin siyasi görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı vardır." ifadesini gerektirir. Fakat aralarındaki bu gerektirme ilişkisinden hareketle ilkinin bir nüve hak, ikincisinin ise bundan türetilen bir türev hak olduğu kanıtlanamaz. Çünkü siyasi görüşleri serbestçe ifade etme özgürlüğü, başka ifade (speech) türlerine uygulanmayan mülahazalar tarafından haklılaştırılabilir. Bir başka deyişle siyasi görüşleri ifade özgürlüğü, bilimsel ifade özgürlüğü, sanatsal ifade özgürlüğü birbirlerinden farklı mülahazalar tarafından haklılaştırılır. Hepsine birlikte uygulanabilecek genel mülahazalar olmadığı için, ifade özgürlüğü genel hakkı birçok bağımsız nüve hakkın varlığından hareketle ulaşılan bir genellemedir. Dolayısıyla bir türev haktır. Raz, **The Morality of Freedom**, p. 169-170.

[98] Raz, **The Morality of Freedom**, p. 168-169; ayrıca bkz. Rainbolt, **The Concept of Rights,** p. 89; Marmor, "On The Limits of Rights", p. 7.

olduğu sonucuna ulaşılabilir. Benzer şekilde ellerim üzerinde yürüme hakkım da, kişisel özgürlük hakkımdan türetilmektedir. Böylece ellerim üzerinde yürüme hakkımın olması, doğrudan doğruya ellerim üzerinde yürümekteki çıkarıma değil, istediğim gibi davranmakta özgür olmaktaki çıkarıma dayanmaktadır. Dolayısıyla türev bir hakkı gerekçelendiren çıkar doğrudan nüve hakla ilişkilidir. Bu nedenle söz konusu çıkarın nüve haktan türetilen türev hakla ilişkisi, genelde dolaylı bir ilişkidir[99]. Böylece Raz'a göre sadece nüve hakların kişinin doğrudan doğruya bir çıkarına dayanması gerekmektedir. Türev haklarda ise doğrudan bir çıkarın bulunmasına ihtiyaç yoktur[100].

Raz'ın hakkın, hak sahibinin çıkarı tarafından gerekçelendirildiğine ilişkin açıklamasına yöneltilebilecek ikinci temel eleştiri ise şöyledir: Bütün hakların, sahibinin çıkarı ile gerekçelendirilmesi söz konusu değildir. Bir başka ifadeyle bazı haklar, sahibinin değil başka kişilerin çıkarları ile gerekçelendirilebilir. Bu tip hakların en önemli örnekleri, örneğin bir yargıcın davayı sonuçlandıracak kararı verme hakkı gibi, resmi devlet görevlilerinin görevlerinden dolayı sahip olduğu haklardır[101]. Raz kendisine yöneltilebilecek bu eleştiriyi bertaraf etmek amacıyla, araçsal değeri (instrumental value) olan çıkar ile nihai değeri (ultimate value) olan çıkar arasında bir ayrım yapmaktadır. Buna göre gazetecilerin, haber kaynaklarını koruma hakları, bilgi toplayabilmekteki çıkarlarına dayandırılmaktadır. Bununla birlikte söz konusu çıkar, topluma hizmet etmesinden dolayı değerli bir çıkardır. Bir başka deyişle gazetecinin bu konudaki çıkarı, toplumun tüm üyeleri için yararlı olduğu için değerlidir. Bu sebeple de araçsal değeri olan bir çıkardır. Benzer şekilde doktorların, avukatların, vs. profesyonel ilişkilerinin mahremiyetini koruma hakları da bir bütün olarak toplumun üyeleri için taşıdığı değer tarafından gerekçelendirilmektedir[102].

---

[99] Raz, **The Morality of Freedom**, p. 169.

[100] Rainbolt, **The Concept of Rights,** p. 89.

[101] Raz, "Legal Rights", p. 20; Rainbolt, **The Concept of Rights,** p. 93.

[102] Raz, **The Morality of Freedom**, p. 178-179; Raz, "Legal Rights", p. 20; Gopal Sreenivasan, "A Hybrid Theory of Claim-Rights", **Oxford Journal of Legal Studies,** Vol.: 25, No: 2, 2005, p. 265. Mack, "In Defense Of The Jurisdiction Theory Of Rights", p. 77. Türkiye'de zorunlu eğitim çağındaki kız öğrencilerin okula gönderilmesini teşvik etmek amacıyla ebeveynlere devlet tarafından eğitim

Raz, bir hakkın gerekçelendirilmesinde hak sahibi dışındaki başka kişi\kişilerin çıkarının göz önüne alınmasının, ancak hak sahibiyle ilgili kişinin\kişilerin birbiriyle ahenkli bir biçimde birleştiği (harmoniously interwoven), yani adeta içiçe geçtiği durumlarda söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Bu suretle de bir hakkın bu yolla gerekçelendirilebilmesinin sınırını çizmiş olmaktadır. Öyle ki hak sahibine yardım etmek, ilgili kişilere yardım etmenin bir yolu ise ve bu kişilere yardım etmek suretiyle aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarına da hizmet edilmekte ise hak bu yolla gerekçelendirilebilir[103]. Böylece yargıcın görmekte olduğu bir davayı hükme bağlama hakkı, yargıcın yargıç olarak yani profesyonel anlamda görevini icra edebilmesi bakımından çıkarınadır. Çünkü eğer davayı sonuçlandırmaktan kaçınırsa, hukuk sisteminin öngördüğü yaptırımlara maruz kalabilecektir. Dolayısıyla yargıcın hakkını gerekçelendiren, hukuk sisteminin kendisine verdiği ödevi yerine getirmekteki çıkarıdır. Bununla birlikte yargıcın çıkarını başkalarına ödev yükletecek kadar önemli kılan ise yargıcın davayı hükme bağlamasının kamu çıkarına oluşudur. Bir başka deyişle hukuk sisteminin düzgün işleyişi açısından yargıçların davaları sonuçlandırması önemli bir kamusal çıkardır[104].

Raz kolektif haklar konusunda da benzer bir tutum benimsemektedir. Raz'a göre kolektif haklar tipik olarak kolektif iyilere ilişkin haklardır. Kolektif bir hakkın varlığı için üç koşulun karşılanması gerekmektedir[105]: 1- İnsanların çıkarlarının başka insanları ödev altına sokmayı gerekçelendirebilmesi gereklidir. 2- Söz konusu çıkarın, bir grubun üyesi olarak insanların kamusal bir iyideki[106] çıkarı olması ve

---

yardımı yapılmaktadır. Bununla birlikte ebeveynlerin devlete karşı sahip olduğu bu hakkın dayandığı çıkar araçsal bir çıkardır. Bir başka deyişle devletin ebeveynlere yardım etmesi, çocuklara yardım etmenin iyi bir yoludur.

[103] Raz, "Rights and Individual Well-Being", p. 51.

[104] Bu konuda bkz. Raz, "Legal Rights", p. 20; Rainbolt, **The Concept of Rights,** p. 94. Eğer davaların sonuçlandırılmasının kamusal bir çıkara hizmet etmesi söz konusu olmasaydı, yargıcın yargıçlık görevini yerine getirmekteki çıkarı tek başına hakkı gerekçelendirecek denli yeterli bir neden olmayacaktı. Yani yargıç böyle bir hakka sahip olmayacaktı.

[105] Raz, **The Morality of Freedom**, p. 208.

[106] Kamusal iyi (public good) en basit biçimiyle toplumun tüm üyelerinin birlikte hareket etmesi sonucu oluşan, herkesin yararlanacağı fakat sadece kişisel bir iyi olarak deneyimlenemeyecek olan iyilerdir. Çünkü bu tip iyilerden ya herkes hep birlikte yararlanabilir ya da hiç kimse yararlanamaz.

hakkın da grup üyesi olarak onların çıkarına hizmet ettiği için bu kamusal iyiye dair bir hak olması gereklidir. 3- Her bir grup üyesinin bu kamusal iyideki çıkarının, başka bir kişiyi ödev altına sokmayı gerekçelendirmek için tek başına yeterli olmaması gereklidir.

Raz yukarıda öngördüğü koşullardan hareketle bir Filistinli olarak Yaser Arafat'ın, Filistin'in self-determinasyon hakkına sahip olmadığını belirtmektedir. Arafat'ın self determinasyonda çıkarı olmasına rağmen, böyle bir çıkarın tatmin edilmesi bütün toplumlara (örneğin Filistin'in self-determinasyonunu kazanması çabalarına engel olmama ödevi, belli bir toprağı boşaltıp onu Filistinliler'e bırakma ödevi vb.) geniş kapsamlı ödevlerin yükletilmesini gerektirmektedir. Oysa Arafat'ın bu çıkarı, tek başına başka insanların bu derece geniş kapsamlı ödevler altına sokulmasını gerekçelendirememektedir. Bir başka deyişle bu çıkar, başkalarına ödev yüklemek için yeterli bir neden değildir. Dolayısıyla Arafat bir birey olarak böyle bir hakkın sahibi değildir. Bununla birlikte self-determinasyon konusunda çıkarı olan sadece Arafat değildir. Tüm Filistinliler'in bu konuda benzer çıkarları vardır. Bu nedenle self-determinasyon hakkını gerekçelendiren, yani başkalarına ödev yükletmek için yeterli bir neden oluşturan, tüm Filistinliler'in self-determinasyondaki kolektif çıkarlarıdır. Dolayısıyla Raz'a göre self-determinasyon gibi bir hakkın kişisel bir hak olarak analiz edilmesi mümkün değildir. Çünkü tek başına hiçbir bireyin çıkarı, ilgili hakka karşılık gelen ödevleri gerekçelendirmek için yeterli değildir. Raz, temiz bir çevre, eğitimli bir toplum gibi birçok kamusal iyiye ilişkin hakların da self-determinasyonla aynı özellikleri taşıdığı fikrindedir. Ona göre bu tip haklar da kişisel hakların oluşturduğu bir küme olarak analiz edilemez[107].

Bir başka deyişle bu tip bir iyinin bir kişi için teminat altına alınması zorunlu olarak herkes için teminat altına alınmasını gerektirir. Dayanışma hakları olarak isimlendirilen ve çevre hakkı, barış hakkı, gelişme hakkı gibi hakları içeren üçüncü kuşak insan hakları bu tip iyilere ilişkin hakların en önemli örnekleridir. Bkz. Campbell, **Rights: A Critical Introduction**, p. 180; Jeremy Waldron, "Rights", **A Companion to Contemporary Political Philosophy,** Edited by: Robert E. Goodin, Philip Pettit, Massachusetts, Blackwell, 1993, p. 578.

[107] Raz, **The Morality of Freedom**, p. 207-209; Rainbolt, **The Concept of Rights,** p. 94, 207. Ayrıca bkz. Freeden, **Rights,** p. 75.

Raz, yukarıda ele alınan yaklaşımıyla aslında bazı hakların taşıdığı ağırlık veya önem ile bu hakların altında yatan çıkarın ağırlığı veya önemi arasındaki dengesizliği gidermeyi amaçlamaktadır. Bununla birlikte önerdiği çözümle, bu haklar bağlamında hak sahipliği statüsünü bir anlamda araçsallaştırmış olmaktadır.

Raz'ın teorisine yöneltilen en büyük eleştiri ise, verdiği hak tanımında geçen "diğer şeyler eşit olmak koşuluyla" ifadesine yöneliktir. Raz, bu ifadeyle ancak başka mülahazalar tarafından geçersizleştirilmemiş bir çıkarın, birisine yükletilecek ödevi gerekçelendirmek için yeterli bir neden oluşturduğu durumlarda haktan söz edilebileceğini belirtmektedir. Böyle bir yaklaşım ise hakların sahip olduğu mutlak-buyurucu gücü (peremptory force) zayıflatmaktadır. Bunun bir nedeni Raz'ın hak ile ödev arasındaki bağlılaşıklığı kabul etmemesidir. Bağlılaşıklık ilişkisine göre bir hakkın varlığı, ödevin varlığını gerektirir. Yani bir hakka sahip olmak demek, bu hakka karşılık gelen bir ödevin bulunması demektir. Bu ilişki simetrik bir ilişkidir. Aynı zamanda hakka ilişkin bir ifade, ödeve ilişkin bir ifade ile eşdeğerdedir. Bir kişinin bir hakkı varsa, bu hakkın bağlılaşığı olan ödevin taşıyıcısı belli bir biçimde davranmak durumundadır. Bir başka ifadeyle, ödev taşıyıcısı tarafından hak sahibinin hakkı, ona karşı davranışını belirlerken dikkate alacağı mülahazalardan sadece birisi değildir. Hak, ödev taşıyıcısının hak sahibine karşı nasıl davranması gerektiğini buyuran üstün bir güce sahiptir. Oysa Raz, hak ile ödev arasında bir gerekçelendirme ilişkisi kurmaktadır. Bir başka deyişle haklar ödevleri gerekçelendirmektedir. Bununla birlikte eğer ilgili ödevi yükleme gerekçeleri bunlarla çatışan başka mülahazalara ağır basıyorsa, hak bir ödevi gerekçelendirebilmektedir. Dolayısıyla Raz'ın teorisi bağlamında bir hakkın varlığını kanıtlamak, en sonunda belirli bir kişinin ödev altında olduğu neticesine varıp varmayacağı belli olmayan karmaşık bir akılyürütme sürecidir. Hakkımı ileriye sürdüğüm bir kimse, hakkın varlığını kabul etmekle birlikte şu cevapları verebilir: 1- Hakkımın varlığı, bir ödevin bulunduğunu kanıtlar, ama ödev yükümlüsü olan kendisi değildir. 2- Ödev altında olup olmadığı, çıkarlarımın onlarla çatışan birçok mülahaza ile nasıl dengeleneceğine bağlıdır. 3- Eğer çıkarlarımla çatışan mülahazalar, çıkarlarıma üstün gelirse, o zaman hakkıma karşılık gelen bir ödev yoktur. Görüldüğü gibi Raz'ın teorisinde bir hakkın ona karşılık gelen bir ödevle

bağlantılandırılması, karmaşık bir dengeleme süreci yoluyla mümkündür. Bir çıkar, onunla çatışan başka çıkarlara ağır bastığı takdirde, bir ödevi gerekçelendirmek için yeterli bir neden oluşturmaktadır. Böylece haklar da, çatışan birçok mülahazayla birlikte dikkate alınması gereken önemli çıkarları işaretleyen mülahazalardan başka birşey değildir. Oysa örneğin bir miktar para alacağı için borçlusuna karşı dava açan bir kişinin, mahkemeden beklentisi, borçlunun borcu ödeme ödevi olup olmadığına karar verirken alacak hakkının da diğer faktörlerle birlikte hesaba katılması değildir. Bilakis alacaklının beklentisi, alacak hakkının meselenin çözümlenmesinde kesin belirleyici olmasıdır[108].

Raz'a yöneltilen söz konusu eleştirinin alacak hakkı[109] gibi hukuki haklar bakımından geçerli olduğu kabul edilebilir. Fakat ulusal güvenlik, kamu yararı gibi başka faktörlerin bazı haklar karşısında üstün gelebilmesi de söz konusu olmaktadır. Bir başka ifadeyle tüm hakların, her türlü mülahazaya üstün gelen mutlak ve buyurucu bir güce sahip olduğunu söylemek pek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle Raz'ın teorisi bütünsel olarak değerlendirildiğinde çatışan birçok çıkar arasından hangisinin hak olarak nitelendirilebileceğini belirlemek için uygun bir yol sunmaktadır. Çünkü böyle durumlarda hakkın ve onu korumak için yükletilen ödevin varlığına karar verebilmek, birçok farklı faktörü birarada değerlendirmeyi içeren bir akıl yürütme sürecidir.

Burada Hohfeld'deki bağlılaşıklık aksiyomu ile Raz'ın (ve MacCormick'in) benimsediği gerekçelendirme yaklaşımının gerçekten de birbiriyle bağdaşmaz olup olmadığını kısaca değerlendirmek uygun olacaktır. Hakkın, ödevin nedeni veya gerekçesi olduğunu veyahut da hakkın ödevden önce geldiğini savunmak yine de hak ile ödev arasındaki bağlılaşıklık ilişkisini reddetmeyi zorunlu kılmamaktadır. Hak ile ödev arasında bir haklılaştırma veya gerekçelendirme ilişkisinin kurulmuş olmasından, hak ile ödev arasında analitik bir hiyerarşinin bulunduğu sonucu çıkartılamaz. Hakkın altında yatan çıkarın başkalarına ödev yüklemeyi

[108] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 203-205.

[109] Alacak hakkı gibi haklarda bir kişinin hakkı, başka bir kişinin ödevinin olmasını gerektirir. Bir başka ifadeyle alacak varsa, mutlaka bir de borçlu vardır.

gerekçelendirecek kadar önemli bir çıkar olması nedeniyle, başkalarına ödev yüklemek suretiyle koruma altına alınmış olması halinde, ödevin nedeni veya gerekçesi, hakkı ve dolayısıyla altında yatan çıkarı korumaktır. Dolayısıyla hakka, bu anlamda bir öncelik ve önem atfedilmesi halinde bile, ikincil de olsa hakkın korunması işlevini yerine getirecek olan ödev kavramına yine de yer verilmiş olmaktadır. Kramer, bu konuyla ilgili olarak şöyle bir örnek vermektedir: Varsayalım ki bahçesinde bir yamaç veya yokuş (slope) olmasını ve böylece yukarıdan bakarak aşağıdaki manzarayı seyretmeyi arzulayan bir kişi vardır. Bu kişi her ne kadar yokuş aşağı perspektife, yokuş yukarıya göre daha fazla önem ve değer atfetse de, bahçesinde bir yokuş olması halinde yokuş aşağı perspektif yanında bir de yokuş yukarı perspektifi olacağını da bilebilir veya bilmesi gerekir. Böyle bir senaryoda kişi, bahçesine bir yokuş yapmasını gerekçelendirirken veya haklılaştırırken yokuşun aşağıdan yukarıya doğru eğimli olmasını dışlayarak, tümüyle veya öncelikle yokuşun yukarıdan aşağıya doğru eğimli olmasına odaklanmaktadır. Bununla birlikte böyle bir gerekçelendirmeden ya da haklılaştırmadan, yokuşun yukarıdan aşağıya eğiminin veya yönünün, aşağıdan yukarıya eğiminden veya yönünden mantıksal veyahut da varoluşsal olarak önce geldiği sonucu çıkartılamaz. Bu iki yönün varlığı, mantıksal olarak birbirini gerektirmektedir. Bir başka deyişle aralarında öncelik sonralık ilişkisi değil, eş zamanlılık (simultaneity) ilişkisi vardır[110]. Benzer şekilde başka birisine yükletilen ödevin gerekçesi hak olsa da, yani ödev hak ile gerekçelendirilse bile, hak ile ödev birbirinin mantıksal bağlılaşığıdır. Bir başka ifadeyle hakkın haklılaştırılma bakımından ödevden önce gelmesi, hakkın ödevden kavramsal olarak önceliğini gerektirmez. Bir hakkın varlığı, zımni de olsa belirli bir içeriğe sahip olan bir ödevin varlığını zorunlu olarak gerektirmektedir. Bu nedenle ödevlerin, haklar tarafından haklılaştırıldığının kabul edilmesi, hak ile ödev arasındaki mantıksal bağlılaşıklık ilişkisini reddetmeyi gerektirmez[111].

[110] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 39.

[111] Bu konuda bkz. Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 37-41; Penner, "The Analysis of Rights", p. 311; Cruft, "Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory?", p. 370, dipnot 37.

E. Çağdaş İrade ve Çıkar Teorilerinin Değerlendirilmesi

En önemli temsilcileri üzerinden incelenmeye çalışılan çağdaş irade ve çıkar teorileri, hakkın, sahibi için yerine getirdiği işleve odaklanmak suretiyle hak kavramını açıklamaktadır. Söz konusu işlev aynı zamanda verili bir hakkın içeriğinde hangi kurucu bileşenlerin yer alacağının da ipuçlarını vermektedir. Çalışmanın bu kısmında ise her iki teori temel özellikleri bakımından irdelenmeye çalışılacaktır. Bu amaçla öncelikli olarak bu iki teorinin genel bir değerlendirilmesi yapılacak, akabinde ise bünyelerinde taşıdıkları sorunlar ve bunlara verilebilecek yanıtlar ele alınacaktır.

1. Çağdaş İrade Teorisinin Değerlendirilmesi

İrade teorisine göre hakların en genel anlamda fonksiyonu veya işlevi kişilerin, içerisinde özgürce hareket edebilecekleri hakimiyet alanlarına işaret etmektir. Bu alan dahilinde seçim yapan ve bu seçimleri doğrultusunda hareket eden kişiler, başkalarının müdahalelerine veya engellemelerine karşı koruma altına alınmış olmaktadır. Haklar, söz konusu alanları sahiplerinin takdirine bırakarak, onlara, tahsis edilmiş bu alanın sınırları içerisinde dünyayı devam etmesini istedikleri şekilde devam ettirme veya istedikleri yönde değiştirme olanağı sunmaktadır[112]. Öyle ki bu alan dahilinde hak sahibi, küçük ölçekli bir egemendir. Başka kişiler ise hak sahibinin seçimlerine engel olmama ödevi altındadır. Buna göre hakkın asli amacı, sahibine, başka bir kişinin ödevini, yani belirli bir biçimde davranmasını veya davranmaktan kaçınmasını kontrol edebilme olanağı sunmaktır[113].

İrade teorisinin en cazip taraflarından birisi, hak kavramına biçtiği özgül rolün, kişilerin hareketleri üzerinde kendi hakimiyetlerinin bulunmasını, bir başka

[112] Wenar, "The Nature of Rights", p. 223; Steiner, "Working Rights", p. 238. Ayrıca bkz. Weinreb, **Oedipus At Fenway Park: What Rights Are and Why There Are Any**, p. 22-23.

[113] Wenar, "The Nature of Rights", p. 238; Wenar, "Rights".

deyişle nasıl davranacaklarını kendilerinin seçebilmesini teminat altına almak olmasıdır. Gerçekten de birçok önemli hak, sahiplerine bu tarz bir seçim tanımak suretiyle onların özgürlüğüne hizmet etmektedir[114].

Haklarla ilgili olarak kullanılan terminolojinin büyük bölümü irade teorisi ile uyumludur. Kişiler kullanabilecekleri, feragat edebilecekleri, ısrar edebilecekleri haklara sahiptir. Bu ifadelerin hepsi, hakların, kişinin tasarufunda olan yani kişiye tercih veya seçim yapma olanağı sunan birşey olduğunu ima etmektedir[115].

İrade teorisine getirilen en büyük eleştiri, gereğinden fazla dışlayıcı (unduly exclusive) bir teori oluşudur. İrade teorisinin gereğinden fazla dışlayıcı oluşu özellikle iki bakımdan söz konusudur. İlki bu teorinin, üzerinde tercih yapamadığımız yani seçimde bulunamadığımız iyilerin (goods) tamamını, haklar kataloğundan çıkarmamızı gerektirmesidir. Çünkü örneğin saldırıya uğramama hakkı veya adil yargılanma hakkına sahip olmak için, kişinin saldırıya uğramayı veya adil yargılanmamayı da seçebilmesi gerekir. Daha doğru bir ifadeyle hukukun, böyle bir seçimi tanıması veya ona hukuki sonuçlar bağlaması gerekmektedir. Bu haklardan söz edebilmek için gerçekten de böyle bir tercih ya da seçim olanağının bulunması gerekli midir? Medeni hukuk kapsamında kişinin mülkiyeti ve kişiliğine ilişkin sunulan koruma kişiye hak bahşederken, ceza hukuku tarafından bu konularda sunulan korumanın kişiye hak bahşetmemesi mümkün müdür?[116]. İrade teorisinin en fazla eleştiri aldığı noktalardan birisi budur. Bu sorunu, vazgeçilmez (unwaiveable) haklar sorunu olarak isimlendirmek mümkündür. İkinci olarak, irade teorisi "irade" kavramına verdiği merkezi önem nedeniyle, hak sahipleri kategorisini gereğinden fazla daraltmış olmaktadır. Bu sorunu ise hak sahipleri sorunu olarak isimlendirmek mümkündür.

[114] Wenar, "The Nature of Rights", p. 238; Harel, "Theories of Rights", p. 194.

[115] Jones, **Rights,** p. 34-35.

[116] Jones, **Rights,** p. 35; Harel, "Theories of Rights", p. 194-195.

Böylece çağdaş irade teorisinin vazgeçilmez haklar ve hak sahipleri sorunları olarak nitelendirilebilecek iki temel güçlüğü bünyesinde barındırdığı söylenebilir. Burada söz konusu sorunları ele almak uygun olacaktır.

a. Vazgeçilmez Haklar Sorunu

İrade teorisi özgürlük fikrini merkeze almakla birlikte, sadece belirli bir özgürlük türüne odaklanmaktadır. Yani başka bir kişinin nasıl davranması veya davranmaktan kaçınması gerektiğini, kısaca ödevini belirleyebilme özgürlüğüne odaklanmaktadır. Bu ise, teori kapsamında neyin hak olarak kabul edilebileceğine ciddi bir kısıtlama getirmektedir. Bir başka deyişle irade teorisine göre bir hak, ancak sahibine başka bir kişinin ödevini kontrol etme takdiri veya seçimi sunuyorsa, hak olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla irade teorisinin hak paradigması sözleşmelerden, haksız fiillerden ve mülkiyetten doğan haklardır. Fakat irade teorisi bu yaklaşımıyla varolan birçok hakkı, hak kategorisinin dışına itmiş olmaktadır. İrade teorisi özellikle ceza hukukunun yüklediği ödevlerin bir sonucu olan vazgeçilmez nitelikteki hakları açıklamak konusunda yetersiz kalmaktadır. Söz konusu bu eksiklik ise hak kavramını açıklaması bakımından irade teorisini dar kapsamlı bir teori kılmaktadır.

İrade teorisinin hak kavrayışı bakımından kişinin, örneğin köle yapılmama hakkı veya işkence görmeme hakkı yoktur. Çünkü kişinin bu haklara karşılık gelen ödevler üzerinde takdiri veya seçimi söz konusu değildir. Bir başka ifadeyle kişi, ödev yükümlüsünü ödevinden ibra etme yetkisine sahip değildir. Bu nedenle de ilgili konular, kişinin, ödevin yerine getirilmesini kontrol etme yetkisi söz konusu olmadığı için, irade teorisinin hak anlayışının dışında kalmaktadır. Buna karşılık başını kaşımak gibi daha önemsiz bir konu irade teorisi kapsamında hak olarak kabul edilmektedir.

İrade teorisini savunanlar bu problemi aşmak için üç yol benimsemişlerdir. İlki; Hart'ın benimsediği gibi, teorinin geçerlilik ve uygulanma alanını dar bir bağlamla sınırlamaktır. Buna göre daha önce de belirtildiği gibi Hart, teorisinin sıradan hukukla uğraşan hukukçu düzeyinde tatminkar bir teori olduğunu kabul etmekte ve teorisinin sadece sözleşme ve haksız fiil gibi özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan hakları açıklama amacı güttüğünü ifade etmektedir[117].

Vazgeçilmez nitelikteki hakların da irade teorisi kapsamında açıklanabilmesi için benimsenen ikinci yol ise söz konusu seçim veya takdir yetkisine sahip olan birisini saptamaktır. Kendisi de irade teorisini savunan bir hukuk felsefecisi olan Hillel Steiner'ın ortaya koyduğu bu yaklaşıma göre, Hart'ın düşüncesinin aksine irade teorisi, özellikle ceza hukuku kurallarının kişilere yüklediği ödevlerin bir sonucu olan ve vazgeçilmez bir nitelik taşıyan hakları açıklayabilme kapasitesine sahiptir. Bununla birlikte Steiner de Hart gibi ceza hukukunun yüklediği ödevler üzerinde, bu ödevlerin yerine getirilmesinden yararlanan sıradan kişilerin, ilgili ödevleri kontrol edebilme yetkileri bulunmadığı için, hak sahibi olamayacaklarını savunmaktadır. Buna karşılık Steiner, Hart'ın yaklaşımından farklı olarak, ilgili hakkın sahibinin, devlet görevlileri hiyerarşisinde üst konumdaki resmi görevliler olduğunu ileriye sürmektedir[118].

Hart, bir ödev üzerindeki kontrol yetkisinin en geniş kapsamının üç unsurdan oluştuğunu ortaya koymuştur[119]. Steiner, ilgili kontrol yetkisini daha basite indirgeyip daha açık bir hale getirmek için, üç unsuru altı unsur biçiminde sıralamaktadır. Buna göre[120]:

---

[117] Bkz.: yuk. III.C.

[118] Steiner, **An Essay on Rights**, p. 64-66; Steiner, "Working Rights", p. 248-251.

[119] a) Hak sahibi, ödevin yerine getirtilmesinden feragat edebilir veya ödevi sona erdirebilir veya ödevi olduğu gibi bırakabilir; b) Ödevin ihlali halinde veya ödevin ihlal edilmesi tehlikesinin varlığı halinde, ödevi icra ettirmeyebilir veya uğradığı zararın giderilmesi için dava açma yoluna başvurarak ödevi icra ettirebilir. Veya belirli durumlarda, ödevin devam eden veya yakın gelecekte söz konusu olabilecek ihlalinin önlenmesi için dava yoluna başvurabilir; c) Hak sahibi, ödevin ihali sonucunda doğan tazmin edilme ödevinin yerine getirtilmesinden feragat edebilir veya bu ödevi sona erdirebilir. Bu konu Hart'ın irade teorisi yaklaşımı incelenirken ele alınmıştı. Bkz.: yuk. III.C.1.

[120] Steiner, **An Essay on Rights**, p. 69; Steiner, "Working Rights", p. 240; Nigel E. Simmonds, "The Analytical Foundations Of Justice", **Cambridge Law Journal**, Vol.: 54, No: 2, 1995, p. 317.

1- Ödeve uygun davranılmasından (compliance with) feragat etme (yani ödevi sona erdirme),
2- Ödevi olduğu biçimiyle bırakma (yani ödeve uygun davranılmasını isteme),
3- Ödevin, ihlali halinde veya ihlal edilme tehlikesi karşısında, icra edilmesi (enforcement) konusunda dava\ takibattan feragat etme (bu suretle ödevin ihlalini affetme),
4- Ödevin icrası için dava\takibat isteminde bulunma,
5- Ödevin icrasından feragat etme,
6- Ödevin icrasını talep etme.

Bununla birlikte devlet görevlilerinin yukarıda sayılan altı unsurun hepsi üzerinde bir kontrol olanağı yoktur. Bir başka deyişle devlet görevlilerine bu yetkilerin tümü değil, sadece bazıları tanınmıştır. Örneğin hırsızlık yapmama ödevi, devlet görevlilerine bu ödeve karşılık düşen bir hak bahşetmez[121]. Çünkü devletin resmi görevlileri listedeki 4. ve 6. yetkilere sahip olmakla birlikte 5. yetkiden yoksundurlar. 5. yetkiden yoksun olmaları ise 1. ve 3. yetkilerden yoksun olmalarına yol açmaktadır. Bir başka ifadeyle devletin resmi görevlileri hırsızlık yapmama ödevine riayet edilmesini talep etmek ve hırsızlık yaptığı konusunda şüphe duyulan kişiler aleyhine adli takibat başlatmak konusunda yetkilendirilmiş olmalarına rağmen, aynı zamanda görevlilerin bu biçimde davranmak konusunda ödevleri de vardır. Dolayısıyla bu yetkileri kullanmak konusunda takdirde bulunmaları söz konusu değildir. Devlet görevlilerinin talep etme yetkisine ek olarak, bundan feragat etme yetkisine de sahip olmayışları nedeniyle, irade teorisi çerçevesinde hak sahibi olduklarını kabul etmek ilk bakışta güç görünmektedir[122].

Steiner'e göre her ne kadar bazı devlet görevlileri söz konusu feragat etme yetkilerine sahip değilse de, hepsinin bu yetkilerden yoksun olduğu söylenemez. Eğer öyle olsaydı birçok modern hukuk sisteminin kabul ettiği şartlı salıverme, cezanın infazının ertelenmesi, af, ceza pazarlığı, kovuşturma bağışıklığı gibi ceza

[121] Kearns, "Rights, Benefits and Normative Systems", p. 478; Ross, **On Law and Justice,** p. 163-164.

[122] Steiner, **An Essay on Rights**, p. 70;

hukuku uygulamalarının meydana gelişi açıklanamazdı. Steiner'e göre bu tip uygulamalarda ast konumunda bulunan devlet görevlisinin 4. ve 6. yetkileri kullanma ödevini yerine getirmesinden, üst konumunda bulunan devlet görevlisinin feragat etmesi söz konusudur. Bu suretle üst, astına 4. ve 6. yetkileri kullanmama ödevi yükleyebilir, yani onu bu yetkilerden yoksun bırakabilir. Dolayısıyla ceza hukukundan kaynaklanan ödevlere karşılık gelen hakların sahibi, ast konumundaki devlet görevlileri olamaz. Bununla birlikte üst konumundaki devlet görevlilerinin ast konumundaki devlet görevlileri ile ilişkisi, temsil edilenin (principal) temsilcisi (agent) ile ilişkisi gibidir. Bir suç işlenmesi halinde, üst, astına 4. ve 6. yetkileri kullanması talimatını verir, yani suç işleyeni yakalayıp cezalandırmayı emreder. Bununla birlikte bazı nedenlerden dolayı üst konumundaki görevliler bazen de astlarını 4. ve 6. yetkilerden yoksun bırakarak, 3. ve 5. yetkileri kullanmaları talimatını verir. Böylece üst konumundaki devlet görevlileri, tıpkı bir özel hukuk hak sahibi gibi, bir ceza hukuku ödevinin ihlalini affeder veya ödevin icrasından feragat eder. Bir başka deyişle üst konumunda olan devlet görevlileri 3. ve 5. yetkileri kullanma kapasitesine sahiptir. Bu nedenle ceza hukuku tarafından yüklenen ödevler konusunda, üst konumundaki devlet görevlilerinin hak sahibi olduğu söylenebilir[123].

Burada akla gelecek ilk itiraz bir devlet görevlisinin, üst konumunda da olsa, halen daha 1. yetkiye, yani ceza hukukundan kaynaklanan bir ödeve uygun davranılmasından feragat etme yetkisine sahip olmadığıdır. Bir başka ifadeyle üst konumundaki devlet görevlileri ceza hukukundan kaynaklanan bir ödeve riayet edilmemesi halini geçmişe etkili olarak (ex post) affetmek konusunda yetkilendirilmiş olsalar da, bu ödevlere riayet edilmesi konusunda geleceğe etkili olarak (ex ante) yetkilendirilmiş değildirler. Bir başka deyişle bu konuda yetersizdirler. Örneğin bir hırsızlık olayının şüphelisini kovuşturmaktan feragat etme yetkisine sahip olmalarına rağmen, bu onların hırsızlık yapma ödevini kendiliğinden sona erdirebilecekleri anlamına gelmez[124].

---

[123] Steiner, **An Essay on Rights**, p. 70-71; Steiner, "Working Rights", p. 251-252; ayrıca bkz. Simmonds, "The Analytical Foundations Of Justice", p. 318.

[124] Steiner, **An Essay on Rights**, p. 71; Steiner, "Working Rights", p. 252.

Steiner, bazı devlet görevlilerinin söz konusu 1. yetkiye de sahip oldukları düşüncesindedir. Bazı hukuk sistemleri hiyerarşinin en üst seviyesinde yer alan bir kısım devlet görevlilerine bu tip bir yetkiyi tanıyabilmektedir. Söz konusu yetki çok sağlam gerekçelerle kullanılabilecek istisnai bir yetkidir. Üst konumundaki bazı devlet görevlileri, bu yetkinin kullanılması suretiyle, örneğin hırsızlık yapmamak gibi genel bir ceza hukuku ödevinden belirli kişileri istisna edebilir ve bu suretle onlara bağışıklıklar ve ayrıcalıklar bahşedebilir[125].

Steiner'in irade teorisi bağlamında vazgeçilmez hakları açıklayabilmek amacıyla geliştirdiği bu yaklaşımın, her zaman için başarılı olabilmesi güçtür. Buna ek olarak ceza hukukundan kaynaklanan ödevlere karşılık düşen hakların üst konumundaki devlet görevlilerinin hakkı olduğunu savunmak da hak kavramına ilişkin yaygın kavrayışa uygun bir tutum değildir. Bir başka deyişle bu yaklaşıma göre de sıradan bir insanın işkence görmeme hakkı yoktur. Bilakis ilgili ödev üzerinde kontrol yetkisi bulunan resmi devlet görevlisi olarak savcı, bu hakkın sahibidir. Çünkü devletin resmi görevlisi olarak, işkence yapan kişinin kovuşturulup kovuşturulmayacağına karar vermek konusunda takdiri olan kişi odur[126]. İşkence

[125] Steiner, **An Essay on Rights**, p. 71; Steiner, "Working Rights", p. 252-253. Bazı hukuk sistemleri ise yetersiz kılıcı bir takım anayasal düzenlemelere sahip olması nedeniyle, üst konumundaki görevlilere böyle bir yetki tanımayabilir. Bununla birlikte Steiner, Hohfeld'in terminolojisini kullanarak şöyle bir akıl yürütmede bulunmaktadır: Tıpkı sıradan kişiler gibi ast konumundaki devlet görevlileri de ceza hukukundan kaynaklanan ödevlere riayet edilmesinden feragat etmek konusunda yetkisizdir yani yetersizdir. Hohfeld'in terminolojisi izlendiğinde yetersizlik veya yetkisizliğin bağlılaşığı bağışıklıktır. Dolayısıyla üst konumunda bir devlet görevlisi olan A, astı konumundaki B'nin yetersizliğine karşı, bu konuda bir bağışıklığa sahiptir. Eğer bu bağışıklık vazgeçilmez bir bağışıklık ise A, B'nin yetersizliğinden feragat etmek konusunda yetersizdir. Eğer A'nın böyle bir yetersizliği varsa, ondan daha üst düzeyde yer alan başka bir devlet görevlisi olan C'nin bu konuda bir bağışıklığı var demektir. Eğer C'nin bu bağışıklığı da vazgeçilmez nitelikte bir bağışıklık ise, C de A'nın yetersizliğinden feragat edemez. Yani bu konuda yetersizdir veya yetkisizdir. Bu akıl yürütme biçimi sonsuza kadar geri götürülebilir. Bu sonsuz gerigidişi durdurabilmenin tek yolu vazgeçilebilir olan bir bağışıklığın bulunmasıdır. Dolayısıyla vazgeçilmez bağışıklıkların varlığı, vazgeçilebilir bağışıklıkların varlığını gerektirmektedir. (Steiner, bunu mantıksal bir zorunluluk olarak görmektedir.) Bu nedenle devlet görevlilerinin yetersizlikleri mutlak bir yetersizlik olamaz. Üst konumunda olan bir görevli bağışıklığından vazgeçmediği sürece, ast konumundaki görevli yetersizdir. Dolayısıyla bir anayasal düzenleme üst konumdaki bir görevliyi bağışıklığından feragat etmekte yetersiz kılsa dahi, onu bu yetersizlikten ibra edecek daha üst bir konumda olan bir görevlinin bulunması gereklidir. Böylece en üst konumda olan görevli 1. yetkiye de sahiptir. Bkz. Steiner, **An Essay on Rights**, p. 72-73; Steiner, "Working Rights", p. 253-255; Simmonds, "The Analytical Foundations Of Justice", p. 318.

[126] Wenar, "The Nature of Rights", p. 240.

görmeme hakkını, savcının hakkı olarak açıklamak ise, hak kavramına dair yaygın kavrayış bakımından yadırganacak bir yaklaşımdır.

Vazgeçilmez nitelikteki hakların irade teorisi kapsamında açıklanabilmesi için benimsenen üçüncü yol ise Nigel E. Simmonds tarafından ortaya konulmuştur. Simmonds da, Hart'ın ödev üzerindeki kontrol yetkisinin unsurlarına ilişkin yaptığı sınıflandırmadan hareketle, "kısmi vazgeçilmezlik" ile "tamamen vazgeçilmezlik" arasında bir ayrım yapmaktadır. Buna göre kısmi vazgeçilmezlik durumunda kişi, ödevin yerine getirilmesinden feragat etme yetkisine (Hart'daki birinci unsur) sahip olmamakla birlikte, ödevin ihlali halinde dava açma yetkisi ve bunun sonucunda doğan tazmin etme ödevinin yerine getirilmesinden feragat etme yetkisine (Hart'daki ikinci ve üçüncü unsur) sahiptir. Tamamen vazgeçilmezlik durumu ise kişinin, ödev üzerinde hiçbir kontrol yetkisinin bulunmamasıdır. Yani kişi her üç unsura da sahip değildir. Simmonds yaptığı bu ayrımdan hareketle, ceza hukukundan kaynaklanan ödevler ile özel hukuktan kaynaklanan ödevleri karşılaştırmaktadır. Buna göre özel hukuk tarafından bahşedilen, örneğin mülkiyet hakkı gibi birçok hak, ceza hukukunun yüklediği, örneğin hırsızlık yapmama ödevi gibi ödevler yoluyla korunmaktadır. Dolayısıyla birçok ceza hukuku ödevinin, özel hukukta da karşılığı bulunmaktadır. Ceza hukukunun yüklediği ödevler kişilere hak bahşetmese bile, bu ödevlerin özel hukuktaki yansımaları onlara hak bahşetmektedir. Örneğin saldırıya uğramama ödevi bakımından kişi, kontrol yetkisinin birinci unsuruna sahip olmasa dahi, bu ödevin özel hukuktaki yansıması olan haksız fiil bakımından ikinci ve üçüncü unsurlara sahiptir. Böylece Simmonds kısmi vazgeçilmezlik halinin, sıradan bir kişiye ilgili ödeve karşılık gelen bir hakkı bahşettiğini savunmaktadır. Buna karşılık Simmonds tamamen vazgeçilmezlik durumunun söz konusu olduğu haller bakımından ise hukuki haklar ile ahlaki haklar ayrımına başvurmaktadır. Buna göre eğer kişi kontrol yetkisinin bu üç unsurunun üçüne de sahip değilse, ilgili ödev bakımından bir hukuki hakka sahip değildir. Bununla birlikte Simmonds kişinin, kendisine borçlu olunan öldürülmeme veya saldırıya uğramama ödevlerinden ahlaki bakımdan feragat edilebileceğini düşünmektedir. Dolayısıyla Simmonds'a göre

öldürülmeme konusunda hukuki bir hakkı olmayan kişi, bu konuda ahlaki bir hakka sahiptir[127].

Simmonds'un irade teorisi bağlamında vazgeçilmez haklar sorununu aşmak için geliştirdiği bu yaklaşım da vazgeçilmez hakları tümüyle açıklayabilme kapasitesine sahip değildir. Simmonds da Hart gibi ceza hukuku kurallarının kişilere hak bahşetmediği düşüncesini savunmaktadır. Bununla birlikte bir ceza hukuku ödevinin özel hukuk kapsamında da düzenlenmediği durumlarda, kişi ödev üzerinde kısmi de olsa bir kontrol yetkisine sahip olamayacağı için, yine hak sahibi sayılmayacaktır.

Sonuç olarak irade teorisi hak kavramının asli unsurunu, hak sahibinin, hakkına karşılık gelen ödev üzerinde kontrol yetkisinin bulunması şeklinde belirlediğinden dolayı, hak kavramını açıklamak bakımından sınırlı bir teoridir. Bir başka ifadeyle teorinin, sözleşmeler ve haksız fiillerden kaynaklanan haklar dışında kalan hakları açıklayabilecek bir genelliğe sahip olması söz konusu değildir. Bu nedenle irade teorisinin benimsenmesi, normal şartlar altında hak olarak kabul edilen birçok durumun haklar kataloğundan dışlanmasına yol açmaktadır.

b. Hak Sahipleri Sorunu

İrade teorisi, hakları, kişinin otonomisini koruyan ve otonomisini dışa vurabilmesini sağlayan bir araç olarak görmektedir. Bununla birlikte irade teorisinin hakların fonksiyonuna ilişkin bu görüşü, neyin hak olarak kabul edilebileceği yanında hak sahipleri kategorisini de sınırlamaktadır. Bu bağlamda hak sahipleri sadece otonomisi olan varlıklardan ibarettir. Çünkü bu teoriye göre sadece belirli bir kapasiteye, yani başkasının ödevini kontrol edebilecek yetkileri kullanabilecek kapasiteye sahip varlıklar, hak sahibi olarak kabul edilmektedir. Tersinden ifade edildiğinde, bu teori bağlamında seçim (tercih) yapabilme veya rasyonel bir irade

[127] Simmonds, "Rights at the Cutting Edge", p. 230-232; Sreenivasan, "A Hybrid Theory of Claim-Rights", p. 260-261.

ortaya koyma kapasitesinden yoksun olanlar hak sahibi olarak görülmemektedir. Böylece irade teorisi küçükler, akıl hastaları gibi temyiz kudreti olmayan kişileri hak sahipleri kategorisinin dışına itmektedir[128].

İrade teorisine göre, hakkını kullanamayacak olanlara hak bahşetmenin bir anlamı yoktur. Teoriye göre, bir kişinin hakkını kullanabilmesi için gündelik hayatını sürdürürken karşılaştığı seçenekleri kavrayıp, aralarında tercih yapabilmesi yeterli olmamakta, ayrıca hakkı yoluyla kullanabileceği seçenekleri de kavrayabilmesi gerekmektedir. Aksi halde uygun taleplerde bulunması veya talepte bulunmaktan feragat etmesi mümkün olamayacaktır[129].

İrade teorisinin günümüzde oldukça sık bir biçimde dile getirilen "hayvan hakları" kavramsallaştırmasını da dışladığı açıktır. Çünkü her ne kadar bazı hayvan türlerinin basit seçimleri yapabilmesi söz konusu olsa da, bunlar hak fikrini kavrama yeteneğinden yoksun olmaları nedeniyle hak sahipliği kategorisinden dışlanmaktadır. Bir başka deyişle hayvanlar, irade teorisinin hak sahibi olabilmek için gerekli bir nitelik olarak kabul ettiği iradi seçim yapabilme yeteneğinden yoksundur. Fakat bu seçim yapabilme yeteneği koşulu, aynı zamanda birçok insan kategorisinin de hak sahipleri alanından dışlanmasına yol açmaktadır. Bu koşula göre, bebeklerin, zihinsel

---

[128] Wenar, "The Nature of Rights", p. 240; Campbell, **Rights: A Critical Introduction**, p. 45, 47, 49; Kramer, "Do Animals and Dead People Have Legal Rights", p. 30, 32; Sreenivasan, "A Hybrid Theory of Claim-Rights", p. 260; Wellman, **An Approach To Rights,** p. 28, 98; Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 69; Rainbolt, "Rights Theory", p. 14; Steiner, "Working Rights", p. 259; Tom D. Campbell, "The Rights of The Minor: As Person, As Child, As Juvenile, As Future Adult", **International Journal of Law and the Family**, Vol.: 6, 1992, p. 4. Almond, "Rights", p. 264; Andrew Fagan, "Human Rights", **The Internet Encyclopedia of Philosophy**, (Çevrimiçi): http://www.iep.utm.edu/h/hum-rts.htm, 23.03.2006. İrade teorisi söz konusu varlıkları hak sahibi kategorisine dahil etmemekle birlikte, ilgili kapasiteye sahip olmayan varlıkların da, kendilerine hak bahşetmeksizin, hukuk kuralları aracılığıyla koruma altına alınabilme olasılığını dışlamamaktadır. Örneğin hayvanlara kötü muamele etmeyi yasaklayan bir hukuk kuralı, hak bahşetmeksizin hayvanları koruma altına almaktadır. Bununla birlikte irade teorisine göre, böyle bir korumayı hak olarak isimlendirmek, hak ifadesinin boş yere kullanılmasından başka birşey değildir. Böyle bir kullanım, hak kavramının kendine özgü bir anlamı ve gücü olduğu, yani hakkın, sahibinin otonomisini dışa vurma aracı olduğu durumların açıklanmasını karmaşıklaştırmaktan başka bir işe yaramaz.. Bkz. Hart, "Are There Any Natural Rights?", p. 82; Steiner, "Working Rights", p. 259. Steiner ise irade teorisine yöneltilen bu eleştirinin analitik bir eleştiri değil, ahlaki bir eleştiri olduğunu ileriye sürmektedir. Steiner, "Working Rights", p. 259.

[129] Campbell, **Rights: A Critical Introduction,** p. 47; Kramer, "Do Animals and Dead People Have Legal Rights", p. 30; Wellman, **An Approach To Rights**, p. 18, 28; Campbell, "The Rights of The Minor: As Person, As Child, As Juvenile, As Future Adult", p. 4.

engellilerin, derin koma halindeki kişilerin, ölülerin, fetüsün ve gelecek nesillerin kavramsal düzeyde hak sahibi olabilmeleri imkansızdır. Bununla birlikte irade teorisi bağlamında kolektif karar alma kapasitesine sahip gruplar, hak sahibi olarak kabul edilmektedir[130].

İrade teorisini savunanlar hak sahipliğiyle ilgili bu eleştiriye karşı, otonominin dışlayıcı konumunun sadece hak sahipliğine uygulanmasının söz konusu olduğu, oysa ahlak alanındaki bazı değerlerin otonomiden daha üstün bir konumda bulunduğu biçiminde bir savunma getirebilir. Bununla birlikte ahlak alanında hakkın en üstün konumda olduğunu kabul eden yaklaşımlar bakımından, otonomi ile çatışan diğer değerlerin etkisi yine de azalacaktır. Dolayısıyla bu karşı yanıt, eksik bir yanıttır[131].

İrade teorisinin bünyesinde yer alan söz konusu problem, teorinin esas itibarıyla hak sahibinin kendi davranışlarına ilişkin olan serbestlikler ve yetkileri merkeze almasından kaynaklanmaktadır. Yetki ve serbestlik söz konusu olduğunda, bunları kullanamayacak olan bir varlığa örneğin bebeklere veya hayvanlara atfetmenin gerçekten de bir anlamı yoktur. Fakat kendisine karşılık gelen bir ödevin bulunduğu talep bakımından, hak sahibinin değil, ödev yüklenicisinin, ilgili kapasiteye sahip olmasını aramak daha akla uygundur[132]. Böyle bir tutum ise hak sahipleri kategorisini, rasyonel yetişkin insanların ötesine götürmeye olanak sunabilir.

---

[130] Jones, **Rights,** p. 35; Campbell, **Rights: A Critical Introduction,** p. 47; Kramer, "Do Animals and Dead People Have Legal Rights", p. 30. "Kim (ve ne) hak sahibidir?" sorusu, irade (ve çıkar) teorisinin kavramsal belirlemelerinden çok daha çeşitli ve tartışmalı bir konudur. Çünkü bu soru bağlamında birbirinden oldukça farklı ve birbiriyle uyuşmayan değişik görüşler ileriye sürülmektedir. Bu çeşitliliğin ve çatışmanın temel nedenlerinden birisi, hak sahipliği durumunun sadece insanla sınırlı olmadığından hareketle, insan dışındaki diğer varlık türlerine de hak atfeden görüşlerin bulunmasıdır. Kuyurtar, "Hakların Normatif Temelleri", s. 113. Bununla birlikte bu görüşler içeriksel ahlaki değerlendirmeleri barındırdığından dolayı, çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur. Amaçlanan, bu iki teorinin hak sahipleri kategorisini açıklayabilme imkanının değerlendirilmesidir.

[131] Campbell, **Rights: A Critical Introduction,** p. 49.

[132] Wellman, **An Approach to Rights**, p. 28. Yetki ve serbestlik, hak sahibinin kendisinin hukuken neyi yapabileceğine veya neyi yapmaktan kaçınabileceğine ilişkindir. Oysa talep ve bağışıklıklar ilişkinin karşı tarafının, hak sahibine yönelik davranışlarını düzenlemektedir.

Ödevin yerine getirilmesini isteme yetkisi veya bundan feragat etme yetkisi bazı hakların bir parçasını veya bileşenini teşkil etse de, bu durum her zaman için geçerli değildir. Hayvanlar, küçük çocuklar veya ormanlar adına bu yetkiler kullanılabilir. Söz konusu yetkiler, bir hak tarafından korunan çıkarın, bir ödev tarafından gerçekten korunması için gereğinin yapılabilmesiyle ilgili olan mekanizmalardan sadece biridir. Dolayısıyla iyi düzenlenmiş bir bürokratik sistem aracılığıyla, ortada edimsel bir talep olmasa dahi, söz konusu hakkın korunması için gereğinin yapılması sağlanabilir[133].

2. Çağdaş Çıkar Teorisinin Değerlendirilmesi

Çıkar teorisine göre, hak kavramının fonksiyonu kişilerin esenliğini (çıkarını) korumaktır. Bununla birlikte teorinin taraftarları her hakkın her zaman için sahibinin fiili bir çıkarını koruması gerektiği fikrini benimsememektedir. Hakkın herkes tarafından genelde iyi bir şey olarak kabul edilen bir çıkarı koruması, hak kavramı için yeterlidir[134].

Çıkar veya esenlik kavramını, en geniş anlamıyla bir varlık için iyi olan şey biçiminde tanımlamak mümkündür. Böylece kişinin birçok seçenek arasında seçim yapabilecek bir fail olmaktaki çıkarı da, hak kavramı tarafından korunan bir çıkar

[133] Campbell, **Rights: A Critical Introduction,** p. 48. Bazı irade teorisi taraftarları, ilgili yetkileri kullanamayacak olanların çıkarlarının da onları temsil eden veli veya vasiye bu yetkileri bahşetmek suretiyle korunabileceğini kabul etmektedirler. Fakat onlara göre burada hak sahibi, yetkiyi kullanabilecek durumda olan veli veya vasidir. Buna göre örneğin bir çocuğun saldırıya uğramama hakkı yoktur; ilgili hak, ebeveynine ait olan, çocuğunun saldırıya uğramamasına dair bir haktır. Wellman, **An Approach To Rights**, p. 30; Campbell, "The Rights of The Minor: As Person, As Child, As Juvenile, As Future Adult", p. 4; Campbell, "Legal Rights". Hart ise bu konuda şöyle bir yaklaşımı benimsemektedir: Söz konusu yetkileri tam ehliyetli (sui juris) olmayan küçükler ve akli yetersizliği olan diğer kişiler adına hareket eden veli veya vasileri kullanır. Bununla birlikte veli veya vasilerin bu yetkileri kullanmak suretiyle yapabilecekleri (ve yapamayacakları), temsil ettikleri kişi tam ehliyetli olsaydı onun yapabilecekleri tarafından belirlendiği için ve temsil edilen tam ehliyetli olduğu anda söz konusu yetkileri kendisini önceden temsil edenden devir yoluyla kazanmadığı için, söz konusu yetkiler temsil edilenin yetkisizliği süresince temsilcisi eliyle kullanılsalar da, temsilciye değil, temsil edilene aittir. Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 192, dipnot 86.

[134] Matthew H. Kramer, Hillel Steiner, "Theories of Rights: Is There a Third Way", **Oxford Journal of Legal Studies Advance Access**, 2005, p. 30. MacCormick ve Raz bu durumu açıkça belirtmektedir.

olarak değerlendirilebilir[135]. Çıkar kavramına atfedilebilecek bu kapsam, çıkar teorisinin, irade teorisinin kabul ettiği hakları da açıklayabilmesine imkan tanımaktadır. Bir başka deyişle seçim yapabilmek de kişinin çıkarına olacağı, yani böyle bir durumda olmak o kişiyi daha iyi bir duruma getireceği için çıkar teorisi, irade teorisinin merkeze aldığı bir çok hakkı da kapsamına alıp, açıklayabilmektedir[136]. Böylece irade teorisinin zayıf yönlerinin aynı zamanda çıkar teorisinin güçlü yönlerini teşkil ettiğini belirlemek mümkündür.

Çıkar teorisi, irade teorisinin aksine hak sahibinin seçimini değil, çıkarını merkeze aldığı için vazgeçilmez hakları da açıklayabilmektedir[137]. Kişilere seçim yapabilme olanağı sunulması bir çok hak açısından ortak bir özelliktir. Bununla birlikte seçim yapabilmek kişilerin sahip olduğu tek iyi değildir. Bazı durumlarda kişileri hak sahibi oldukları şeylerden vazgeçmeyi seçme yeterliliğinden veya olanağından yoksun bırakmak, kişilerin sahip oldukları başka iyiler üzerinden haklılaştırılabilir ya da gerekçelendirilebilir[138]. Böylece vazgeçilmez nitelikteki hakların, kişinin seçim yapabilmesini değil, sahip olduğu başka bir değeri koruduğu söylenebilir.

Çıkar teorisi, irade teorisinden farklı olarak seçim veya tercih kavramına değil, çıkar veya esenlik kavramına odaklandığı için haklar tarafından koruma altına alınabilecek çıkarları olan küçükler, zihinsel engelliler, ölüler, hayvanlar vb. varlıkları hak sahibi olarak kabul etmektedir. Bir başka ifadeyle adı geçen varlıklara

---

[135] Wenar, "The Nature of Rights", p. 240, dipnot 27; Kramer, "On The Nature of Legal Rights", p. 477.

[136] Wenar, "The Nature of Rights", p. 241; Campbell, "The Rights of The Minor: As Person, As Child, As Juvenile, As Future Adult", p. 5; Kramer, "On The Nature of Legal Rights", p. 477; Wenar, "Rights".

[137] Wenar, "The Nature of Rights", p. 241; Sreenivasan, "A Hybrid Theory of Claim-Rights", p. 261.

[138] Jones, **Rights,** p. 35; MacCormick, "Rights in Legislation", p. 207-208; Campbell, "The Rights of The Minor: As Person, As Child, As Juvenile, As Future Adult", p. 5; Kramer, "On The Nature of Legal Rights", p. 477.

hak atfedilmesine kavramsal düzeyde olanak sunmaktadır[139]. Böylece çıkar teorisinin, çıkar sahibi olan tüm varlıkların hak sahibi olarak kabul edilebilmesine uygun bir kavramsal zemin kurduğu söylenebilir. Hak sahipleri kategorisi bakımından çıkar teorisi, irade teorisine göre daha geniş bir perspektife sahip olsa da, hak sahibi varlıkları, çıkar sahibi varlıklarla sınırlamaktadır. Bu nedenle burada belirleyici olan çıkar kavramının yorumlanma biçimidir. Çıkar kavramının en geniş yorumlanma biçimi, çıkar sahibi tüm varlıklara hak atfedilebilmesine olanak sunarken, hak sahibi olabilecek varlıkların çıkarının farklı bir doğaya veya daha büyük bir öneme ve üstünlüğe sahip olması gerekçesinin kullanılması suretiyle de hak sahipleri kategorisi daraltılabilir[140]. Örneğin, hak sahipleri kategorisi başka varlıklara yararlı olmasından kaynaklanan araçsal bir değere değil de, kendi başına bir değere yani içkin bir değere sahip olan varlıklarla sınırlanabilir[141].

Bununla birlikte çıkar teorisinin merkezini teşkil eden "çıkar" kavramının belirsiz ve açık uçlu bir kavram oluşu, hak kavramını da açık uçlu bir kavram haline getirmektedir. Birçok değer, çıkar kavramı içerisinde ele alınabilir. Böylece çıkar teorisi temelinde birçok değişik değerin hak kavramı ile korunması mümkündür[142].

Çağdaş Anglo-Sakson çıkar teorilerinin çıkış noktasını oluşturan ve bunlar içerisinde en yalın veya basit çıkar teorisi versiyonu olan teori, Bentham'ın teorisidir. Bentham'a göre bir hakka sahip olmak demek, başka birisinin ödevinin yararlanıcısı olmak demektir. Bu biçimde formüle edilmiş bir çıkar teorisinin hem neyin hak olarak kabul edileceği bakımından, hem de hak sahipleri kategorisi bakımından çok

[139] Wenar, "The Nature of Rights", p. 241; Kramer, "Do Animals and Dead People Have Legal Rights", p. 30, 32; Sreenivasan, "A Hybrid Theory of Claim-Rights", p. 261; Campbell, "The Rights of The Minor: As Person, As Child, As Juvenile, As Future Adult", p. 5-6.

[140] Örneğin yukarıda incelenmiş olan Raz'ın yaklaşımında, hak sahipleri kategorisi, çıkarları nihai değerde olan varlıklar ile sınırlandırılmıştır. Bkz.: yuk. III.D.3.b.

[141] Görüldüğü üzere çıkar teorisi en azından kavramsal düzeyde, çıkar sahibi olan tüm varlıklara hak atfetmeye olanak sunmaktadır. Fakat hangi varlıkların hak sahibi olduğunun belirlenmesi, çıkarın nitelendirilmesine bağlı olduğu için, potansiyel hak sahibi varlığın ahlaki konumunun da dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu ise içeriksel bir ahlaki meseledir. Bir başka deyişle buradaki mesele artık bir çıkara sahip olmak değil, bu çıkarın ahlaki önemidir. Dolayısıyla çıkar teorisinin kavramsal belirlemeleri tek başına kimin ya da neyin hak sahibi olduğunu ortaya çıkartamamaktadır.

[142] Campbell, **Rights: A Critical Introduction,** p. 48; Campbell, "The Rights of The Minor: As Person, As Child, As Juvenile, As Future Adult", p. 6.

geniş bir kapsamı olduğu açıktır. Bir başka deyişle hukukun yüklediği bütün ödevlerin yerine getirilmesi, bu durumdan yararlanan yani çıkarı olan her kişiye hak bahşetmektedir. Benzer şekilde hukukun yüklediği bütün ödevler aynı zamanda bunlara karşılık gelen haklar yaratmaktadır. Buna karşılık Bentham'ın yaklaşımının yol açtığı bu olumsuz durumu göz önünde bulunduran çağdaş çıkar teorisi taraftarlarına göre, bir çıkara sahip olmak veya daha açık bir ifadeyle, sırf bir ödevin yararlanıcısı olmak bir hakkı yaratmak için tek başına yeterli değildir. Dolayısıyla her çıkar, hak kavramı tarafından korunmaya değer görülemez. Benzer şekilde bütün çıkar türleri de, hak öznesi olarak kabul edilmek için kriter teşkil edemez. Hukukun yüklediği her ödeve karşılık gelen bir haktan da söz edilemez.

Çağdaş çıkar teorisi yaklaşımları, Bentham'ın düştüğü hataya düşmeksizin, neyin hak olduğunun tesbiti için üç farklı yol benimsemiştir: İlk yol hak bahşeden ödevlerin doğasının saptanmasıdır. Buna göre bir ödevin yerine getirilmesinin doğrudan ve niyet edilmiş olan yararlanıcısı, bu ödeve karşılık gelen bir hakka sahiptir. Dolayısıyla bu yaklaşıma göre, herhangi bir ödevin hak bahşedip bahşetmediğinin belirlenmesi için ödevin altında yatan niyetin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Ödevin, bizzat yararına yükletildiği kişi hak sahibidir. İlkinden bir adım ileriye giden ikinci yol ise hak bahşeden kuralların doğasının tesbit edilmesidir. Buna göre hak bahşeden bir kural, kapsamına giren kişilerin her birisinin bir çıkarını, hukuken koruma altına alan kuraldır. İlk yoldan farklı olarak burada ilgi, kuralın altında yatan amaç veya kuralın konulma niyetine yönelmiştir. Burada kuralda betimlenen koşulları taşıyan kişilerin hepsi ayrı ayrı, ilgili çıkarları bakımından hak sahibidir. Bunun bir adım ötesi olan üçüncü yol ise hak ile ödev arasındaki ilişkiyi, bir gerekçelendirme veya haklılaştırma ilişkisi haline getirmektir. Buna göre eğer bir çıkar, başka birisine yükletilecek bir ödevi gerekçelendirecek veya haklılaştıracak yeterlilikte bir çıkar ise bu çıkara ilişkin bir haktan söz edilebilir. İlgili çıkarın ait olduğu kişi ise bu konuda bir hakka sahiptir. Bu üçüncü yaklaşım, hakkın altında yatan çıkarı merkeze aldığı için, hukuk kuralları tarafından bahşedilen haklar yanında ahlaki hakları da açıklayabilecek genişlikte bir kavramsal düzlem sunmaktadır.

Görüldüğü üzere kimin hangi çıkarının hak kavramı ile korunduğu, hakları koruyan kurallarda ve bu kuralların yüklediği ödevlerde hangi çıkarların göz önüne alındığı meselesiyle çok yakından ilişkilidir[143]. Bununla birlikte çıkar teorisinin, hakların, hak sahibinin çıkarını koruduğu biçimindeki temel kabulü, teori açısından iki önemli sorun yaratmaktadır. Bunlar, aşağıda ele alınmaya çalışılan mesleki hakların açıklanması sorunu ile üçüncü kişiler yararına sözleşmeler sorunudur.

a. Mesleki Hakların Açıklanması Sorunu

Çıkar teorisinin bünyesinde yer alan sorunlardan birisi, amacı hak sahibinin çıkarını korumak olmayan hakların açıklanması meselesidir. Çıkar teorisi, hak sahibinin çıkarını veya esenliğini merkeze aldığından dolayı, hak sahibinin esenliğini koruma veya arttırma amacı olmayan hakları açıklayabilmek için çıkar kavramının nitelendirilmesine gerek duymaktadır. Bu tip hakların en önemlileri mesleki rollerle ilgili haklardır. Örneğin yargıcın suçluyu cezalandırma hakkı, yargıca sırf kendi çıkarını korumak için bahşedilmiş bir hak değildir. Bilakis böyle bir hak, toplumun tüm üyelerini koruyan adalet mekanizmasının bir parçası olarak yargıca verilmiş bir haktır. Yargıcın ilgili hakkı, tarafsız bir biçimde yani kendi kişisel çıkarlarını göz önünde bulundurmaksızın kullanması gereken bir haktır. Benzer şekilde otopark görevlisinin bilet kesme hakkı, sadece kendi çıkarını korumak için görevliye bahşedilmiş bir hak değildir. Komutanın savaş esnasında askerlerine hücum emri verme hakkı da yalnızca komutanın esenliğini korumak için sahip olduğu bir hak değildir. Doktorun, hastasına reçete yazma hakkı da kendi kişisel çıkarını korunmak için doktora bahşedilmiş bir hak değildir. Kısaca tüm bu durumlarda, ilgili haklar, hak sahibine, kendisinin yanısıra başkalarının da esenliğini korumak için bahşedilmiş haklardır. Mesleki rollerden kaynaklanan bu hakların açıklanabilmesi, hak sahibinin çıkarını merkeze alan çıkar teorisi bakımından güçlük arz etmektedir[144].

---

[143] Campbell, **Rights: A Critical Introduction,** p. 48.

[144] Wenar, "The Nature of Rights", p. 241-242; Jones**, Rights**, p. 31-32; Rainbolt, "Rights Theory", p. 14.

Çıkar teorisindeki söz konusu güçlüğü aşmak için şöyle bir düşünce ileriye sürülebilir: Eğer bir hakkım varsa, ona saygı gösterilmesinde de bir çıkarım vardır. Fakat hakkıma saygı duyulmasında bir çıkarımın olması, hakkın koruduğu çıkardan, yani hakkın kendisini belirleyen çıkardan mantıksal olarak farklı bir çıkardır. Hakkıma saygı duyulmasındaki çıkarım, hak sahibi olmamın bir sonucudur, yani hakkın bir ard bileşenidir. Dolayısıyla böyle bir düşünce çıkar teorisini savunmak için kullanılamaz.

Çıkar teorisini savunanlar bu problemi aşmak için iki temel yöntem benimsemiştir: İlki, yukarıda görüşleri ele alınmış olan Raz'ın benimsediği yöntemdir[145]. Raz, hak sahiplerinin çıkarını, başka kişilerin ve bütün olarak toplumun çıkarı ile güçlendirmek veya takviye etmek suretiyle, çıkar ile hak arasındaki kavramsal bağlantıyı desteklemeye çalışmaktadır. Buna göre bir hakkın varlığı, hakkın bahşedilme amacına yani hak sahibinin çıkarını koruma amacına değil, hak sahibinin çıkarının hakkın normatif etkisini gerekçelendirme yeterliliğinde olmasına bağlıdır. Bununla birlikte Raz'ın teorisinde de bir yargıcın suçlu bulunan kişiye ceza verme hakkını kullanmakta her ne çıkarı olursa olsun, bu çıkar, hakkını kullanmasının yol açacağı dramatik normatif sonuçları gerekçelendirmek için yeterli olmayacaktır. Raz, yargıcın hakkını gerekçelendiren çıkarın gücünü, yargıcın çıkarının korunmasının, aynı zamanda kamunun çıkarını korumak anlamına geleceği fikrine dikkat çekmek suretiyle takviye ederek, bu güçlüğü aşmaya çalışmaktadır. Ama Raz'ın, yargıcın çıkarını, kamunun çıkarını eklemek suretiyle güçlendirme girişimi, yargıcın çıkarının tek başına hakkını gerekçelendirmek için yeterli olmadığını ortaya koymuş olmaktadır. Çoğu zaman sahiplerinin çıkarları, mesleki rollerinden kaynaklanan haklarını tek başına gerekçelendirecek yeterlilikte olmadığından dolayı, kamu yararı ile desteklenemediği durumlarda ilgili kişiler Raz'ın teorisi çerçevesinde hak sahibi sayılmamaktadır[146].

Çıkar teorisini savunanların yukarıdaki problemi aşmak için benimsedikleri ikinci yöntem ise bu tip hakların hak oluşunu inkar etmektir. Hohfeld'in terim

[145] Bkz.: yuk. III.D.3.b.
[146] Wenar, "The Nature of Rights", p. 242.

düzenine bire bir bağlı kalan ve yine onun gibi hak teriminin, sadece kendisine karşılık gelen bir ödevi bulunan taleplerle sınırlanması gerektiğini kabul eden Matthew H. Kramer'in savunduğu bu görüşe göre yargıcın, doktorun, otopark görevlisinin ve komutanın yukarıda dile getirilen "hakları" talep değil de, birer yetki olduğu için hak kabul edilmez[147]. Hakların bu şekilde yeniden tanımlanması, hakkın sahibinin çıkarını koruduğu kabulüne uygun olmakla birlikte hak kavramının sıradan kullanımı ile bağdaşmamaktadır. Kramer'in yorumladığı biçimiyle çıkar teorisi, sadece talepler için geçerli bir teori olması bakımından kavramın sıradan kullanım biçimine uygun değildir[148]. Bu nedenle dar kapsamlı bir teori olduğu için haklı olarak eleştirilmektedir.

b. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmeler Sorunu

Çıkar teorisinin bünyesinde taşıdığı bir diğer önemli sorun ise "üçüncü kişi yararına sözleşmeler sorunu" olarak isimlendirilebilir. Bu meselenin özü, hak sahibi ile hakkın koruduğu çıkarın sahibinin farklı kişiler olmasıdır. Bir başka ifadeyle hak ile çıkarın birleştirilmemiş veya bitiştirilmemiş olduğu durumlarda, çıkar teorisi bağlamında kimin hak sahibi olduğunun belirlenmesindeki güçlüktür.

Sözleşmenin taraflarından birisinin (borçlunun) diğerine karşı (alacaklı), üçüncü bir kişi (yararlanan) için bir edimi yerine getireceğini taahhüt etmesine üçüncü kişi yararına sözleşme adı verilmektedir. Üçüncü kişi yararına sözleşmede, taraflar kendi aralarında sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişi yararına bir edim kararlaştırmaktadır[149]. Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişi lehine hüküm koyduran tarafa "vaadettiren", üçüncü kişiye ifada bulunmayı taahhüt eden tarafa "vaadeden", kendisine ifada bulunulacak üçüncü kişiye de "lehdar" (yararına işlem

[147] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 9-14, 93.

[148] Wenar, "The Nature of Rights", p. 243.

[149] Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2214, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 501, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 10.

yapılan) denilmektedir[150]. Üçüncü kişi yararına sözleşmeler, üçüncü kişinin borçluya karşı ödevin ifasını talep edebilme yetkisinin bulunup bulunmamasına göre, üçüncü kişi yararına eksik sözleşme ve üçüncü kişi yararına tam sözleşme olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre üçüncü kişinin yani lehdarın, borçludan yani vaadedenden, ifayı bizzat talep etme yetkisinin olmadığı, kendisine ifada bulunulmasını sadece alacaklının yani vaadettirenin talep etme yetkisine sahip olduğu sözleşmelere üçüncü kişi yararına eksik sözleşme adı verilmektedir. Buna karşılık eğer ifayı lehdar da vaadedenden talep etme yetkisine sahipse, bu tip sözleşmelere de üçüncü kişi yararına tam sözleşme denilmektedir[151].

Çıkar teorisinin üçüncü kişi yararına sözleşmeleri açıklamakta başarısız olduğuna dair ilk eleştiriyi Hart, verdiği şu örnek üzerinden göstermeye çalışmıştır: Varsayalım ki X, Y'ye, Y'nin yokluğunda yaşlı annesi Z'ye bakacağına dair bir söz vermiş olsun. Bu tip bir durum çıkar teorisi açısından iki güçlük taşımaktadır: Öncelikle X'e karşı bir ödevin yerine getirilmesini isteme yetkisine sahip olan kişi, burada verilen sözün lehdarı olan Z değil, kendisine söz verilen kişi, yani Y'dir. X'in ödevini yerine getirmekle yükümlü olduğu kişi Y'dir; X'in sözünü tutmasını isteyebilecek veya bundan feragat edebilecek olan kişi Y'dir. X, sözünü tutmazsa, haksızlığa uğrayacak olan kişi de Y'dir. İkinci olarak, her ne kadar Y'nin annesi Z, X'in sözünü tutma ödevinin spesifik ve niyet edilmiş (intended) yararlanıcısı olsa da, X'e karşı ödevini yerine getirmesini isteyebilme yetkisine sahip değidir. Çünkü X, sözü Z'ye değil Y'ye vermiştir[152]. Bu örneğin de gösterdiği gibi, hem bir ödevin yerine getirilmesinin lehdarı (yararlanan) olmayan hak sahiplerinin olması, hem de hak sahibi olmayan lehdarın (yararlananın) olması mümkündür[153].

---

[150] M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1995, s. 780-781.

[151] Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler,** s. 782; Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme,** s. 11-12. Akyol, üçüncü kişi yararına eksik sözleşme ifadesi için "basit üçüncü şahıs yararına sözleşme" ifadesini önermektedir.

[152] Hart, "Are There Any Natural Rights?", p. 81-82; ayrıca bkz. Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, s. 279.

[153] Bkz. Simmonds, "The Analytical Foundations of Justice", p. 315.

Hart'a göre, hak sahibinin, bir ödevin yerine getirilmesinden sadece yararlanmakta olan kişi ile özdeşleştirilmesi, özel hukuk ile ceza hukuku arasındaki farkın üstünü örtmesi yanında[154] sözleşme hukukuna da olumsuz bir etkide bulunmaktadır. Hart'ın irade teorisi bağlamında bir ödevin yerine getirilmesinden yararlanmak, bir hakka sahip olmak için ne yeterli ne de gerekli bir koşuldur. İki kişi arasındaki bir sözleşmede, bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerden yararlanan veya yararlanması niyet edilmiş herkesin, bu yükümlülükleri kontrol edebilme yetkilerine sahip olması söz konusu değildir. Birçok hukuk sisteminde, örneğin üçüncü kişiye bir miktar para ödenmesi konusunda iki kişinin kendi arasında bir sözleşme yapması gibi üçüncü kişinin yararına kurulan sözleşmelerde, üçüncü kişi bu sözleşme hükmünü zorla yerine getirtemez, bu yükümlülükten feragat edemez veya bu yükümlülüğü itfa edemez. Böyle bir durumda, sözleşmenin ihlali doğrudan üçüncü kişiyi bir zarara uğratmaktadır. Üçüncü kişi doğrudan yararlanıcı olmasına rağmen, ilgili ödev üzerinde hukuksal bir kontrolü yoktur. Bu nedenle de sözleşmeden doğan hukuki bir hakkı yoktur. Buna karşılık her ne kadar bu ödevin yararlanıcısı olmasa da sözleşmeden doğan ödev üzerinde hukuksal kontrolü olan taraf, hukuki bir hakka sahiptir. Bununla birlikte bazı hukuk sistemleri üçüncü kişiye sözleşmeden doğan yükümlülüğün ifası için dava açma yetkisi tanımaktadır[155]. Dava açma yetkisinin bulunması ise üçüncü kişinin, sözleşmeden doğan ödev üzerinde bir kontrolünün olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla bu durum da yine çıkar teorisini savunmak için kullanılamaz. Çünkü üçüncü kişinin hak sahibi olmasını sağlayan, sözleşmeden doğan ödevden yararlanan veya yararlanması niyet edilen kişi olması değil, söz konusu ödev üzerinde kendisine kontrol yetkisinin tanınmış olmasıdır. Burada üçüncü kişi, irade teorisinin savunduğu görüşe uygun olarak hak sahibi

[154] Hart, ceza hukuku kurallarının yüklediği ödevlerin kişilere hak bahşetmediği düşüncesindedir. Çünkü kişilerin bu ödevleri kontrol edebilmeleri mümkün değildir. Hart'ın bu konuyla ilgili düşünceleri, çalışmanın Hart'ın incelendiği kısmında ele alınmıştır. Bkz.: yuk. III.C.

[155] Yukarıda da değinilmiş olduğu gibi bu tip sözleşmelere "üçüncü kişi yararına tam sözleşme" adı verilmektedir. Bizim hukuk sistemimizde bu tip bir sözleşme tanınmış olmakla birlikte, İngiliz hukuk sisteminde üçüncü kişiye, vaaddi zorla yerine getirtme yetkisi tanınmamıştır. Bkz. MacCormick, "Rights in Legislation", p. 208-209; Finnis, **Natural Law and Natural Rights**, p. 203; Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 82; Simmonds, "The Analytical Foundations of Justice", p. 316.

olmaktadır. Bir başka ifadeyle irade teorisi, böyle bir durumda üçüncü kişinin hak sahibi oluşunu açıklayabilmektedir[156].

Üçüncü kişi yararına sözleşmelerle ilgili bu eleştiri karşısında çıkar teorisini savunan bazı teorisyenlere göre, bir vaad veya sözleşme üçüncü bir tarafın yararına açık bir biçimde yönelmişse, yani üçüncü kişi bu ödevin doğrudan ve niyet edilmiş yararlanıcısı ise üçüncü kişininin bir hakka sahip olduğu söylenebilir. Yani yukarıdaki örnek bakımından Y'nin annesi Z'nin, X'e karşı ileriye sürebileceği bir hakkı vardır[157]. Bu yaklaşım bağlamında ödevin niyet edilmiş doğrudan yararlanıcısı olmak, hak sahibi olmak için yeterli bir koşuldur. Çünkü annenin yani Z'nin çıkarı, arkadaşın yani X'in ödevi ile doğrudan bağlantılıdır. Bir başka ifadeyle X'in ödevinin spesifikleştirilebilmesi zorunlu olarak Z'ye bir gönderme yapılmasını gerektirir. Ayrıca X'in ödevini yerine getirmemesi halinde Z'nin uğrayacağı zarar, bu durumun uzak ya da rastlantısal bir sonucu değildir. Bir başka deyişle annenin uğrayacağı zarar, ödevin ihlalinin doğrudan ve öngörülebilir bir sonucudır. Z'ye bakılmamış olması, X'in yükümlülüğünü yerine getirmekte başarısız olmasının temel nedenidir. Z'nin ilgili hizmeti almış olması da, X'in ödevini yerine getirmiş olduğunu dile getirmenin temel gerekçesidir[158].

---

[156] Hart, "Bentham on Legal Rights", p. 195, ayrıca bkz. dipnot 91; Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries", p. 180; Jones, **Rights**, p. 34; MacCormick, "Rights in Legislation", p. 208; Kamm, "Rights", p. 481. MacCormick, Hart'ın çıkar teorisine yöneltiği bu eleştirinin biraz değiştirilerek irade teorisine karşı da ileriye sürülebileceği düşüncesindedir. Bunu şöyle bir örnek üzerinden göstermeye çalışmaktadır: A ile B, kendi aralarında C'nin lehine veya yararına bir hüküm içeren bir sözleşme yapmış ve bu sözleşmeden doğan ödevin eğer C isterse yerine getirileceğini, istemezse de getirilmeyeceğini kararlaştırmışlardır. Söz konusu sözleşmede her ne kadar B'nin ödevini yerine getirmesi, C'nin seçimine göre düzenlenmiş olsa da, İngiliz hukuk sistemine göre C'nin yine de bir hakkı yoktur. Böylece burada ödev üzerinde seçim yapabilecek olan C'nin, bu seçim olanağına rağmen, hakkı yoktur. Bkz. MacCormick, "Rights in Legislation", p. 208-209.

[157] İrade teorisi, bir haktan söz edebilmek için talep hakkı ile ödevin yerine getirilmesini isteme veya bundan feragat etme yetkisinin, yani ödevi kontrol edebilme olanağının birlikte bulunması gerektiğini savunmaktadır. Oysa çıkar teorisi bağlamında bir haktan söz edebilmek için, böyle bir yetkinin, yani ödevi kontrol edebilme olanağının bulunmasına gerek yoktur. Bu nedenle irade teorisi taraftarları, üçüncü kişi yararına sözleşmelerle ilgili olarak çıkar teorisine yönelttikleri eleştirilerde, kendi hak kavrayışlarından hareket etmektedirler. Böyle bir yaklaşım ise doğal olarak üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü kişinin irade teorisi bakımından hakkı olmadığı sonucuna varılmasına, çıkar teorisi bakımından ise lehine yüklenilmiş bir ödev söz konusu olması nedeniyle hak sahibi olduğu sonucunun çıkmasına yol açmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 67-68.

[158] Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries", p. 181-182.

Burada akla gelebilecek bir diğer nokta ise, ilgili yararlanıcıyı veya lehdarı, sözleşmenin ifası sonucu çıkar elde etmesi söz konusu olan olası diğer kişilerden ayırt etme sorunudur. Bu sorun bir örnek üzerinden gösterilirse; A ile B kendi aralarında B'nin C'ye 100 YTL yardımda bulunması konusunda bir sözleşme yapmıştır. C ise elde edeceği 100 YTL ile D'nin giyim dükkanından yeni kıyafetler almayı planlamaktadır. Senaryoyu biraz daha geliştirip, D'nin de C'ye yapacağı satıştan elde ettiği gelirle kızı E'ye yılbaşı hediyesi alacağını varsayalım. Böyle bir senaryoda D ve dolayısıyla E, B'nin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmesinden dolayı bir çıkar elde edecektir. Çıkar teorisine göre, ilgili sözleşmenin lehdarı olan C, her ne kadar B'nin ödevini zorla yerine getirtme veya bundan feragat etme yetkisine sahip olmasa da, yukarıda değinilen gerekçelerle hak sahibidir. Bununla birlikte D'nin ve E'nin durumu çıkar teorisi bağlamında nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır? Bu sorunun yanıtlanması çıkar teorisinin tutarlı bir teori olarak kabul edilmesi için çok önemlidir. Bir başka deyişle sözleşmenin lehdarı olan C'yi, D ile E'den ayırt edecek bir kriterin saptanması gerekmektedir. Bu konuda Kramer "Bentham'ın Testi" (Bentham's Test) dediği şu fikri önermektedir: Buna göre kişinin bir sözleşmeden (veya normdan) kaynaklanan bir hakka sahip olup olmadığını tespit etmek için, ilgili sözleşmenin (veya normun) ihlal edilmiş olduğuna karar vermek için hangi bulguların yeterli olduğuna bakmak gerekir. Sözleşmenin ihlal edilmiş olduğunu kanıtlamanın yollarından birisi, ödev yükümlüsünün ödevini yerine getirmemesi nedeniyle belirli bir kişinin doğrudan bir zarara uğradığını, yani bir çıkarı elde edememiş veya bir kayba uğramış olduğunu kanıtlamaktır. İşte bu kişi, ilgili sözleşmeden (veya normdan) kaynaklanan bir hakka sahip olan kişidir. Yukarıdaki senaryoda B'nin ödevini yerine getirmemesi doğrudan C'nin bir zarara uğrmasına yol açacağı için, hak sahibi olan kişi sadece C'dir. Buna karşılık C'nin D'nin dükkanından alış veriş yapmaması, B'nin A ile arasındaki sözleşmeden doğan ödevini ihlal etmiş olduğunu kanıtlamak için yeterli bir bulgu değildir. Keza D'nin, kızı E'ye söz verdiği yılbaşı hediyesini almamış veya alamamış olması da B'nin söz konusu ödevini ihlal ettiğini kanıtlamak için yeterli değildir. Bu nedenle söz konusu senaryodaki sözleşme, çıkar teorisi bağlamında, sadece A ile C'ye hak

bahşetmektedir. Buna karşılık D ile E'nin bu sözleşmeden kaynaklanan hakları bulunmamaktadır[159]. Bentham'ın testi, lehdar ile ödevin yerine getirilmesinde çıkarı olan diğer kişileri, sözleşmeden doğan bir hakka sahip olmaları bakımından ayırt edebilmektedir[160].

Bir ödevin yerine getirilmesinin doğrudan niyet edilmiş yararlanıcısı olmak ve bu ödevin ihlali halinde doğrudan zarar görecek kişi olmak eğer hak sahibi olmanın yeterli bir koşulu ise, Hart'ın verdiği örnekte kendisine vaadde bulunulan oğul Y ile ikinci örnekteki A'nın hak sahibi oluşu nasıl açıklanabilir? Bir başka deyişle Hart'ın örneğinde kendisine vaadde bulunulan oğul yani Y bu vaadin doğrudan yararlanıcısı değildir, ikinci örnekte ise A, B ile aralarındaki sözleşmenin doğrudan yararlanıcısı değildir. Bununla birlikte kendisine vaadde bulunulan kişi olarak Y'nin X'e karşı bir hakkı olduğundan, A'nın da B'ye karşı bir hakkı olduğundan şüphe duymak kesinlikle mümkün değildir. Dolayısıyla çıkar teorisini savunanların bu eleştiriye tatmin edici yanıt verebilmesi için, söz konusu vaad kendisine vaadde bulunulandan başka bir kişi yararına düşünülmüş olsa bile, vaadde bulunan kişinin bu vaadini tutmasının, kendisine vaadde bulunulana da bir yarar sağladığını, benzer şekilde vaadin yerine getirilmemesinin ise zarara uğrattığını göstermeleri zorunludur. Burada başvurulacak bir yöntem şu olabilir: Kendisine bulunulan vaadlerin tutulması, o kişinin çıkarına uygundur. Bir başka deyişle her kişinin kendisine verilen sözlerin tutulacak olmasında çıkarı vardır. Verilen sözlerin tutulmasındaki bu genel çıkar, kendisine vaadde bulunulan kişinin belirli bir vaadin içeriğinde sahip olduğu veya olmadığı bir çıkardan oldukça farklıdır. Bir başka deyişle, genel bir çıkar olarak verilen sözün tutulması ile tikel bir çıkar olarak verilen sözün tutulması sonucu elde edilecek çıkar (kendisine veya üçüncü bir kişiye ait olsa da) birbirinden farklıdır. Kişinin, kendisine verilen bazı sözlerde belirgin bir

[159] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 81-83; Sreenivasan, "A Hybrid Theory of Claim-Rights", p. 263.

[160] Raz'ın geliştirdiği çıkar teorisi yaklaşımı da söz konusu problemi aşmak için bir yöntem sunmaktadır. Raz'a göre, bir kişinin hak sahibi olabilmesi için, çıkarının başka bir kişiye ödev yüklemek için yeterli bir gerekçe sunması gerekmektedir. Bu örnekte D ile E'nin çıkarları, B'ye C'ye 100 YTL yardımda bulunma ödevini yüklemek için yeterli bir neden olamayacağından ötürü, D ile E hak sahibi değildir.

çıkarının olmaması veya bunu kaybetmesi mümkündür. Bununla birlikte kişinin kendisine verilen sözlerin yerine getirilmesinde devamlı olarak ve bu dereceye kadar (pro tanto) bir çıkarı vardır. Bu çıkar ise onun başka kişilerle iradi özel ilişkiler kurabilmekteki çıkarıdır. Böylece verilen her sözün, söz verilene bu sözün yerine getirilmesi konusunda bir hak bahşetmesini açıklayan, bu sözün yerine getirilmesinde belirgin bir çıkarının olması değil, kendisine verilen sözlerin tutulmasındaki genel çıkarıdır[161].

Kendisine vaadde bulunulan kişinin yukarıda değinilen genel çıkarına ek olarak, vaadin tutulması yani verilen sözün yerine getirilmesi sonucu üçüncü kişinin herhangi bir türden kazanç elde etmiş olmasında da çıkarı vardır. Tipik olarak bir kimse üçüncü bir kişinin yararına olacak bir sözleşmeye ya bu kişinin esenliğini düşündüğünden veya kendini ona sevdirmeyi arzuladığı için veya onunla arasındaki farklı ve bağımsız bir düzenlemenin koşulunu gerçekleştirmek amacıyla girer. Böylece kendisine verilen sözün yerine getirilmesi bu bakımlardan da kişinin çıkarınadır[162].

Böylece çıkar teorisine göre üçüncü kişi yararına sözleşmelerde kendisine vaadde bulunulan kişi hak sahibidir. Hak sahibi olmasının nedeni irade teorisinin aksine vaadde bulunana vaadini zorla yerine getirtme veya bundan feragat etme yetkisine sahip olması değil, vaadde bulunana karşı sahip olduğu ve çıkarını koruyan talep hakkının varlığıdır. Bir başka deyişle bu talep hakkının, zorla yerine getirtme veya bundan feragat etme yetkileri ile birlikte bulunması mecburi değildir. Kendisine vaadde bulunulan kişinin, çıkarını koruyan bir talep hakkına sahip olması ve bu vaadin yerine gelmemesi halinde doğrudan bir kayba uğrayacak olması yeterlidir[163].

---

[161] Jones, **Rights,** p. 31; Raz, **Morality of Freedom,** p. 175; Kramer, "Rights Without Trimmings", p 79-80; ayrıca bkz. Simmonds, "The Analytical Foundations of Justice", p. 316.

[162] Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 80; Lyons, "Rights, Claimants and Beneficiaries", p. 183.

[163] Ayrıca bkz. Kramer, "Rights Without Trimmings", p. 80.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında, hak kavramının, Hohfeld'in analizi esas alınarak yapısal açıdan ve irade ile çıkar teorilerinden hareketle fonksiyonu bakımından analiz edilmesi suretiyle, "Bir hakka sahip olmak ne demektir?" sorusuna yanıt aranmıştır.

Hak kavramının yapısal açıdan analiz edilmesi ile amaçlanan, hakkı meydana getiren kurucu öğelerin veya temel bileşenlerin saptanmasıdır. Bu bağlamda Hohfeld'in geliştirdiği yaklaşım, hak kavramının anatomisinin ortaya çıkartılması için kurucu bir nitelik taşımaktadır. Hohfeld'in temel amacı, hak ve ödev kavramlarını parçalara ayırmaktır. Hak ve ödev terimleri hukuk dilinde, gerçekte birbirinden farklı olan, örneğin sözleşmeden doğan haklar ve ödevler, mülkiyet hakkı, eşlerin birbirlerine karşı hakları ve ödevleri gibi hukuki ilişkileri ifade etmek için yaygın biçimde kullanılmaktadır. Sözleşme, mülkiyet, evlilik gibi hukuki kavramlara daha yakından bakıldığında ise bunların karmaşık ve değişken bir yapıda oldukları görülebilmektedir. Bu nedenle tüm hukuki ilişkileri sadece hak ve ödev terimlerini kullanmak suretiyle ifade etmek uygun değildir. Bir başka deyişle hukukun koruduğu her çıkarı hak, yüklediği her külfeti ise ödev olarak nitelendirmek, özellikle hukukun uygulanması sürecinde sorunlar yaratabilmektedir. Buna ek olarak hak kavramı hukuk dilinde yetki, serbestlik, ayrıcalık, bağışıklık, talep vb. hukuki durumları ifade etmek için de kullanılmaktadır. Bununla birlikte çoğu zaman aralarındaki mantıksal farklılıklar gözardı edilebilmektedir. Hohfeld'in kendi yaklaşımını geliştirmesinin altına yatan birincil sebep, hukuk dilindeki söz konusu bu karmaşanın giderilmesidir.

Hohfeld bu amaçla, hak ve ödev kavramlarını birbirinden farklı alt kavramlara indirgeyerek, sekiz temel hukuki kavram belirlemiştir. Hohfeld'e göre tüm hukuki ilişkiler ve bu ilişkilerin taraflarının ilişki içindeki hukuki pozisyonları bu sekiz temel kavram yoluyla ifade edilebilir. Böylece tüm hukuki uyuşmazlıklar, bu kavramlara başvurularak dile getirilebilir. Hohfeld, bu özelliklerinden dolayı söz

konusu sekiz kavrama "hukukun temel kavramları" demektedir. Hohfeld'e göre bu sekiz temel kavramın daha basite indirgenebilmesi mümkün olmadığı için, bu kavramlar ancak birbirleriyle olan mantıksal ilişkileri üzerinden tanımlanabilir. Buna göre Hohfeld'in öngördüğü bu sekiz kavram, aralarındaki değilleme ve gerektirme mantıksal ilişkileri yoluyla birbirine bağlanmış sekiz farklı hukuki pozisyonu betimlemektedir. Birbirini gerektiren (talep-ödev, serbestlik-talep yokluğu, yetki-tabi olma, bağışıklık-yetersizlik) kavramlar, hukuki bağlılaşıkları; birbirini değilleyen (talep-talep yokluğu, serbestlik-ödev, yetki-yetersizlik, bağışıklık-tabi olma) hukuki kavramlar ise hukuki karşıtlıkları oluşturmaktadır.

Hohfeld'in ortaya koyduğu kavramsal şemanın en önemli ve orjinal yanı, hukuki ilişkileri iki kişi ve bir fiilden oluşan üç terimli veya değişkenli bir ilişki olarak görmesidir. Tüm hak ifadeleri, üç değişkenli önermelere dönüştürülebilir. Buna göre de her hak türü, en sonunda spesifik bir konuya ilişkin iki taraf arasındaki bir ilişkiye indirgenebilir. İlk bakışta Hohfeld'in analizinin kadın hakları, çocuk hakları, mutlak haklar gibi kavramsallaştırmaları açıklayamadığı düşünülebilir. Buna karşılık söz konusu kavramsallaştırmalar birer soyutlamadır. Örneğin kadın hakları, kadın olmaktan kaynaklanan bazı ihtiyaçların giderilmesi amacıyla hukuk düzeni tarafından tüm kadınlara bahşedilmiş hakları veya bu konularda kadınların ileriye sürdüğü hak taleplerini içeren bir genellemedir. Bu genellemenin içerisinde yer alan örneğin doğum izni gibi bir hak, en son aşamada yeni doğum yapmış ve çalışan spesifik bir kadının, kendi işverenine karşı ileriye sürdüğü bir hak olarak kavranabilir. Benzer bir durum herkese karşı ileriye sürülen mutlak haklar bakımından da geçerlidir. Örneğin mutlak bir hak olan beden bütünlüğü hakkı, aslında sınırsız sayıda paralel haklardan oluşan bir genelleme veya soyutlamadır. Fiziksel bir tehdit veya zorlama ile karşılaşmayan hiç kimse, beden bütünlüğü hakkına başvurmaz. Ancak böyle somut bir tehlikenin varlığı halinde bu hakkın kullanılması veya bu hakka başvurulması söz konusu olur. Böyle bir durum ise üç terimli bir hukuki ilişki olarak ifade edilebilir. Bu nokta hak kavramının ilişkisel bir kavram oluşunu aydınlatmaktadır. Bir başka ifadeyle hak kavramı ancak başka bir kişi ile ilişki içerisinde düşünüldüğünde veya başka bir kişiye karşı ileriye sürüldüğünde anlam ve önem kazanmaktadır. Zaten haklara başvurulan her durumda,

taraflar arasında bir uyuşmazlık veya anlaşmazlık var demektir. Tarafların birbirleri karşısındaki pozisyonlarının çatışması, hak kavramının kendisinde içkin olarak vardır.

Hakların büyük bir çoğunluğu kompleks veya karmaşık bir iç yapıya sahiptir. Hohfeld'in analizi, hakların bu kompleks yapısını ortaya çıkaran ve hak ifadelerini anlaşılır kılan bir yöntem sunmaktadır. Genellikle herhangi bir hakkın içeriği, örneğin "yaşam hakkı" gibi bir isim veya isim tamlaması biçiminde dile getirilmektedir. Halbuki bu tip bir hak ifadesinin gerçek anlamı veya içeriği, yasa, yönetmelik, tüzük vb. hukuk kaynaklarının detaylı bir incelemeden geçirilerek, bir fiil veya fiil tamlamasına dönüştürülmesiyle ortaya çıkartılabilir. Tek bir hak bir çok farklı görünüme sahip olabilir. Bu nedenle de farklı hukuki uyuşmazlıklara konu olabilir. Hohfeld'in analizinin hukukun uygulanmasındaki işlevsel veya kullanışlı yönü de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Hohfeld'in bu sekiz kavram arasında yaptığı mantıksal ayrımlar, yargıcın, önüne gelen somut bir hukuki uyuşmazlığın hem kapsamını belirlemesinde, hem çözüme bağlamasında, hem de bir ilke kararının gerekli olduğu durumları saptamasında kullanabileceği değerli bir teorik araçtır. Yargıç, haklarla ilgili ifadeleri talepleri, serbestlikleri, yetkileri ya da bağışıklıkları ifade eden önermelere dönüştürerek, bu ifadelerde üstü kapalı olarak bulunan karmaşıklığı açığa çıkartma olanağını bulabilir. Bir başka ifadeyle uyuşmazlığı, hakkın sahibi, ilgili olduğu davranış ya da davranmaktan kaçınma ve muhatabı olarak üç terimli önermeler biçiminde ifade edebilmesi mümkün olur. Hohfeld'in temel hukuki kavramlar arasında yaptığı mantıksal ayrımlardan hareketle söz konusu kompleks yapının çözümlenmesi ise uyuşmazlığın taraflarından beklenen davranışların belirginleştirilebilmesini sağlar. Böylece hakların pratikteki anlamı ve önemi ortaya çıkartılmış olur.

Hohfeld'in temel hukuki kavramları, kişilerin davranışlarının tam olarak belirginleştirilebilmesi için bir zemin kurmaktadır. Buna göre her serbestlik ve yetki, sahibinin bir davranışta bulunmasına veya bulunmaktan kaçınmasına ya da var olan hukuki ilişkilerde değişiklik yaratabilmesine ilişkindir. Buna karşılık her talep ve bağışıklık ise muhatabın bir davranışta bulunmasına veya bulunmaktan kaçınmasına

ya da var olan hukuki ilişkilerde bir değişiklik yaratamamasına ilişkindir. Her hukuki uyuşmazlığın insan davranışları sonucunda ortaya çıktığı, hukuk kurallarının ise insan davranışlarını düzenlemek için yapıldığı, var olan hukuk kurallarında değişiklik yapılma ihtiyacının da yine insan davranışlarından kaynaklandığı göz önünde tutulduğunda, Hohfeld'in temel hukuki kavramlarının hukuk bilimi açısından faydası da ortaya çıkmaktadır.

Bu anlamda Hohfeld'in geliştirdiği yaklaşım sadece hukuk uygulamacısı için değil, yasakoyucu için de yararlı bir alettir. Hohfeld'in temel hukuki kavramlar arasında yaptığı mantıksal ayrımlar, yasakoyucuya benimsediği hukuk politikası bağlamında kimlerin nasıl daha etkin bir biçimde koruma altına alınabileceğini belirlemede yol göstericidir. Örneğin bahşedilen hakkın içeriğinde yetki unsurunun bulunması, hakkın sahibinin tek yanlı iradesi ile var olan hukuki ilişkilerde değişiklik yapabilmesini ima ettiği için, ilişkinin karşı tarafını bu değişikliği engellemek konusunda yetersiz bırakmaktadır. Karşı taraftaki bu yetersizlik, hak sahibinin yetkisini kullanmasına hukuken tabi olması yani bu durumu engellemek amacıyla yapabileceği herşeyin, hukuken geçersiz olması sonucunu doğurmaktadır. Buna göre yasakoyucunun hak sahibine böyle bir imkan sunması, hak sahibinin ilişkinin diğer tarafı karşısında daha fazla koruma altına alınmış olmasını sağlamaktadır.

Hohfeld, analizini hukuki haklar ile sınırlandırmıştır. Bununla birlikte kurduğu analitik çerçeve, doğrulanabilir veya haklılaştırılabilir oldukları oranda ahlaki haklar alanına da uygulanabilir bir nitelik taşımaktadır. Bir başka deyişle ahlaki hak savlarının kompleks yapısı da, bu hakları meydana getiren kurucu bileşenlere indirgenmek suretiyle analiz edilebilir.

Hak kavramı normatif bir kavramdır. Yani bir haktan söz edebilmek için bu hakkın varlığının bir normlar veya ilkeler sistemi içerisinde doğrulanması veya haklılaştırılması gereklidir. Hohfeld'in yaklaşımı da hukuki hakları düzenleyen bir hukuk sisteminin varlığını önvarsaymaktadır. Dolayısıyla geliştirdiği analiz, ancak verili yani o hukuk sistemi kapsamında düzenlenmiş bir hak ifadesine uygulanabilir bir özellik taşımaktadır. Bir başka deyişle bizatihi Hohfeld'in analizinden yola

çıkarak, bir savın hak olup olmadığını belirleyebilmek mümkün değildir. Bu nedenle Hohfeld'in analizi hakkın, hukuk sistemi içerisindeki bir kurala atıfla doğrulanmasına veya gerekçelendirilmesine ilişkin bir yöntem sunmamaktadır. Buna ek olarak Hohfeld, analizi çerçevesinde, hukuk sistemi içerisinde düzenlenmiş bir hakkın, ihlal edilmesi durumunda uygulanacak yaptırım meselesini de ele almamaktadır. Bununla birlikte hak kavramını oluşturan kurucu öğelerin saptanmasına ilişkin geliştirdiği analiz, bir hakkın hangi durumlarda ihlal edilmiş olduğunu belirlemede kolaylık sunmaktadır. Çünkü bu analiz kapsamında hak kavramını oluşturan her kurucu bileşen, kendisine karşılık gelen bağlılaşık kavramı ile ilişkisi üzerinden gösterilmektedir. Bu ise hak sahibi ile hakkın muhatabı arasındaki ilişkinin, hak sahibinin neyi yapabileceği veya neyi yapmaktan kaçınabileceği, muhatabın ise neyi yapması gerektiği veya yapmaktan kaçınması gerektiğini öngören bir düzeye indirgenebilmesini mümkün kılmaktadır. Buradan hareketle hakkın muhatabının, hak sahibi ile ilişkisi içindeki durumu veya pozisyonu çözümlenerek, hakkı ihlal edip etmediğini belirlemek kolaylaşmaktadır.

Yukarıda da değinildiği gibi, Hohfeld'in analizi hak kavramını oluşturan kurucu bileşenlerin saptanması için oldukça kullanışlı bir yöntemdir. Buna göre hak kavramının değişmez kurucu bileşenleri talep, serbestlik, yetki ve bağışıklıktır. Bununla birlikte verili her hakkın içeriğinde bu unsurların veya kurucu bileşenlerin hepsinin birlikte bulunması mantıksal bir zorunluluk değildir. Bu durum, Hohfeld'in, kurucu bileşenlerin mantıksal farklılıklarını ortaya koymasından da anlaşılabilmektedir. Bir başka deyişle haktan hakka onları meydana getiren, yani içeriklerinde yer alan kurucu bileşenler değişebilmektedir. Örneğin mülkiyet hakkı, ifade özgürlüğü hakkı gibi haklar söz konusu olduğunda, bu hakların içeriğinde yukarıdaki kurucu bileşenlerin hepsi birlikte bulunabilir. Bu hakların karmaşık bir yapıya sahip oluşları, iki kişi arasındaki tek bir konuya indirgenmiş bir çok ilişki biçiminde analiz edilmeleri ile açığa çıkartılabilir. Bu analiz ilgili hakkın kime karşı ileriye sürülebilir, kime karşı ise ileriye sürülemez olduğuna da ışık tutmaktadır. Hohfeld'in analizi, bir hak savının içeriğinin saptanmasının dikkatli bir incelemeyi gerektirdiğini de göstermektedir.

Kısaca Hohfeld'in analizi hak kavramının dört farklı kurucu bileşeni olduğunu açık bir biçimde ortaya koymuştur. Hohfeld'in analizinden hareketle bir hakka sahip olmanın ilk aşamadaki anlamının, içeriğinde talep, serbestlik, yetki ve bağışıklığın hepsinin veya bir kaçının ya da birisinin bulunduğu bir argümana sahip olmak olduğu sonucuna varılmıştır. Hakların formları bu şekilde değişiklik gösterebilmektedir. Bununla birlikte Hohfeld'in yaklaşımı çerçevesinde kalarak, hakların formlarındaki söz konusu bu değişikliğe karşı hepsinin yine de hak olarak anlaşılmasını sağlayanın ne olduğu sorusuna ilişkin bir yanıta ulaşabilmek mümkün değildir. Bu sorunun yanıtı, ancak hakkın fonksiyonunun analiz edilmesi aracılığıyla verilebilir. Bir başka deyişle verili bir hak ifadesinin içeriğinde hangi kurucu unsurların bulunduğunu belirleyebilmek, bu hakkın sahibi için gördüğü fonksiyonun analiz edilmesini gerektirmektedir. Böyle bir analiz, hak kavramını oluşturan kurucu bileşenleri biraraya toplayan birleştirici unsurun ne olduğunu ortaya çıkarabilir. Bir başka deyişle "Bir hakka sahip olmak ne demektir?" sorusunun yanıtlanması için, Hohfeld'in yaklaşımından hareketle hak kavramının yapısal açıdan analizi ile ulaşılan sonuçların, kavramın fonksiyonu bakımından analiziyle tamamlanması gerekmektedir.

Hak kavramının fonksiyonunun değerlendirilmesi konusunda iki temel yaklaşım vardır. Bunlar, irade teorisi ve çıkar teorisidir. Hak kavramının fonksiyonunu çıkar teorisi, "hak sahibinin çıkarının korunması" fikri çerçevesinde kavrarken, irade teorisi "hak sahibinin iradesinin korunması" fikri çerçevesinde kavramaktadır. Hohfeld ise irade ve çıkar teorileri arasındaki tartışmada, nötr kalmaktadır. Daha doğru bir ifadeyle, eserlerinin hiçbir yerinde açık bir biçimde irade teorisini mi yoksa çıkar teorisini mi benimsediğini belirtmemektedir. Buna karşılık haklardan, "hukuki çıkarlar" biçiminde sıklıkla söz etmesi, çıkar teorisine daha yakın olduğunu düşündürmektedir. Hohfeld, irade teorisi ile çıkar teorisi arasındaki tartışmada açıkça bir tarafı desteklememekle birlikte, geliştirdiği analitik çerçeve bu iki teori arasındaki çatışma noktalarını kavramak için yol göstericidir. Ayrıca çağdaş Anglo-Sakson irade ve çıkar teorisi yaklaşımlarının en önemli temsilcileri, büyük ölçüde Hohfeld'in terminolojisini kullanmaktadır.

Çalışma kapsamında hak kavramının fonksiyonu özellikle çağdaş Anglo-Sakson irade ve çıkar teorisi yaklaşımları bağlamında sorgulanmıştır. Bu teoriler, Hohfeld'in analizinin parçalara ayırdığı hak kavramının yeniden bir bütün olarak kavranmasını sağlayan temel unsura ışık tutan bir yaklaşım benimsemektedir. Bununla birlikte irade ve çıkar teorileri arasındaki tartışmanın oldukça uzun bir geçmişi vardır. Bu nedenle çalışma kapsamında çağdaş irade ve çıkar teorilerinin tarihsel arka planını oluşturan klasik irade ve çıkar teorilerinin ele alınması bir zorunlukluk olarak belirmiştir. Klasik irade teorisinin en önemli temsilcileri Kant ve Savigny'dir. Klasik çıkar teorisinin en önemli temsilcileri ise Jhering ve Bentham'dır.

Bununla birlikte klasik irade ve çıkar teorisi yaklaşımları, Bentham'ın teorisi bir yana bırakılırsa, "bir hakka sahip olmak ne demektir?" sorusundan ziyade "hak nedir?" sorusuna odaklanan yaklaşımlardır. Bu teorilerin oluşturulmasının ardında yatan birincil neden sosyal, ekonomik ve siyasal yaşamda meydana gelen bir takım yapısal değişikliklerle birlikte hukuk algısının da değişime uğramasıdır. Feodal toplum düzeninin yerini alan modern liberal ve bireyci toplum düzeni, bu düzene uygun rasyonel bir hukuk düzeninin oluşturulmasını da gerekli kılmıştır. Batı dünyasında iktisadi ve siyasal liberalizmin etkinlik kazanmasıyla formel-rasyonel bir hukuk anlayışı ortaya çıkmıştır. Hukukun pozitifleştirilmesi süreci, her hukuki uyuşmazlığın çözümünü kendi içinde barındıran bir yasa hukukunun, dilsel anlamda bir hukuki kavramlar sistemi biçiminde oluşturulup, geliştirilmesine yol açmıştır. Hukukun pozitifleştirilmesi sürecinin temel amacı, formel hukuk devletini, yani yasalarla hukuk güvenliğini ve kazanılmış haklar ile özgürlükleri güvence altına almaktır. Böylece hukuk birbirinden farklı amaçları olan otonom bireylerin birlikte yaşayabilmesini mümkün kılan bir araca dönüşmektedir. Tüm bu gelişmeler hukukuka yönelik ilginin, onun içeriğinden ziyade formuna yöneltilmesine neden olmuştur. Hukukun formunun, içeriğinden bağımsız olarak incelenebileceği düşüncesi, modern hukuk düşüncesinin ayırt edici özelliklerinden birisidir. Hukukun formu üzerine odaklanılması ise, pozitivitesinin ve sistematik bir yapıda oluşunun önplana çıkmasına yol açmıştır. İşte klasik irade ve çıkar teorileri de, hukukun

pozitivitesi ile sistematik karakterini uzlaştırmaya çalışan farklı yaklaşımlar biçiminde görülebilmektedir.

Klasik irade teorisi, tarihsel bakımdan klasik çıkar teorisinden önce gelmektedir. Klasik irade teorisinin en önemli özelliği, hukukun formuna dahil olan zorlayıcılığını önplana almasıdır. Benzer şekilde hak kavramı da, hak sahibinin, hakkın muhatabına karşı kullanması için, hukukun ona tanıdığı zorlama gücü üzerinden açıklanmaktadır. Gerçekten de hem Kant'ın, hem de Savigny'nin hak kavramına yönelik tanımlamalarında bu durum açıkça görülmektedir. Kant, hakkı zorlama kullanmak konusunda yetkilendirilmiş olmak biçiminde tanımlarken, Savigny ise hukuk düzeni tarafından kişilere tanınan bir irade hakimiyeti veya gücü olarak tanımlamaktadır. Böyle bir tanım, hakkın sadece dış görünüşüne odaklanan bir tanımdır. Hak kavramı bakımından asli nitelik taşıyan iradedir. Buna göre de bir kişi belirli bir konuda, ancak başkalarını kendi iradesi doğrultusunda hareket etmeye hukuken zorlayabildiği takdirde, bir hakka sahip olabilir. Klasik irade teorisi ile çağdaş irade teorisinin kurucusu olan Hart'ın yaklaşımı arasındaki en büyük benzerlik de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Hart da bir hakka sahip olmayı, başka birisinin ödevini hukuksal olarak kontrol edebilme yetkisi üzerinden açıklamaktadır. Böylece hem klasik, hem de çağdaş irade teorisi yaklaşımları bakımından merkezi öneme sahip olan düşünce, hak sahibinin iradesine başka bir irade karşısında hukukun üstünlük tanınmasıdır. Böylece hak kavramı, bir kişinin kendi amacı peşinden gitmesinin, başkasının kendi amacını izlemesine ne derecede engel olabileceğini saptamaktadır. Diğer bir ifadeyle hak, bir kişinin özgürlüğünün, başka bir kişinin özgürlüğüne hangi koşullar altında sınır çizebileceğini göstermektedir. Bu nedenle de irade teorisine göre haklar, kişilerin, içerisinde özgürce davranabilecekleri ve kendilerine ait olan hakimiyet alanlarını belirlemektedir. Bu suretle hak kavramının altında yatan temel düşünce, hak sahibinin iradesinin, yani otonomisinin dışa yansımasının hukuk aracılığıyla güvence altına alınmasıdır.

Yukarıda da değinildiği gibi Kant ve Savigny'nin yaklaşımları, hak kavramının sadece dış görünüşünü aydınlatmaktadır. Jhering'in teorisinin çıkış noktası da, bu duruma getirdiği eleştiridir. Jhering, Kant ve Savigny gibi hukukun

zorlayıcılığını kabul etmektedir. Bununla birlikte Jhering'e göre hukuk, dış görünüş (biçim) ile içerik olmak üzere iki öğeden meydana gelmektedir. Dış zorlama hukukun biçimini belirlerken, amaç ise hukukun içeriğini belirlemektedir. Bir başka ifadeyle hukukun formuna ait olan zorlayıcılık, içeriğini belirlememektedir. İçeriği belirleyen, toplumsal yaşam şartlarıdır. Jhering'in hukuk kavramına ilişkin bu yaklaşımı, hak kavramını algılayışı bakımından da çok önemlidir. Jhering'e göre, hukuk düzeni tarafından kişiye, kendisine karşı ödevi olan başka bir kişi üzerinde bir irade hakimiyeti tanınmış olması sadece hak kavramının dış görünüşünü yansıtmaktadır. Diğer bir deyişle zorlama kullanmak konusunda yetkilendirilmiş olmak, hak kavramının sadece biçimsel öğesidir. Buna karşılık tıpkı hukuk gibi, hak kavramının da içeriğini belirleyen bir amaç vardır. Dolayısıyla hak kavramının açıklanabilmesi için esas yapılması gereken, hak sahibinin iradesini harekete geçiren amacın ne olduğunu bulmaktır. Jhering'e göre irade başlı başına bir amaç olamaz. Böylece hakkın amacı da sadece hak sahibinin iradesini tatmin etmek veya irade özgürlüğünü gerçekleştirmesine zemin sunmak değildir. Jhering'e göre kişinin iradesini harekete geçiren gerçek güç, hakkın özünü oluşturan çıkar düşüncesidir. Bu bağlamda Jhering, hakkı, hukuk tarafından korunan çıkar olarak tanımlamaktadır. Çıkar, hakkın çekirdeğini, bu çıkarın hukuk tarafından tanınıp korunması ise kabuğunu oluşturmaktadır.

Jhering'in teorisine yöneltilebilecek en büyük eleştiri, hukuk tarafından tanınan ve korunan çıkar biçimindeki bir tanımın oldukça geniş çerçeveli bir hak kavramsallaştırması sunmasıdır. Trafik kuralları, ormanların korunması gibi bir çok hukuki düzenleme, bir bütün olarak toplumun çıkarlarını korumayı amaçlar. Bu nedenle hukukun tanıdığı ve koruduğu her çıkarın hak olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bir haktan söz edebilmek için herşeyden önce kişiye özel bir çıkarın, kişi için, hukuk tarafından koruma altına alınması gerekmektedir. Oysa yukarıdaki düzenlemelerin amacı, özel olarak kişinin kişisel bir çıkarını korumak değildir. Böyle olduğu için de her ne kadar kişi kendi iradesinden bağımsız olarak bu tip düzenlemelerden yararlansa da, söz konusu hukuki korumayı kendi iradesi ile kendisine sağlama yetkisine sahip değildir. Yani bu gibi durumlarda hak kavramının biçimsel öğesi gerçekleşmiş değildir.

Yaklaşımı klasik çıkar teorisi içinde değerlendirilebilecek olan Bentham'la birlikte temel sorunun "Bir hakka sahip olmak ne demektir?"e dönüştüğü görülmektedir. Bentham'a göre hak ve ödev gibi kavramlar, kurgusal kavramlar oldukları için, sadece dilbilimsel bir gerçekliğe sahiptir. Dolayısıyla bu kavramlar ancak içinde geçtikleri bağlamlara göre açıklanabilir. Bu nedenle yapılması gereken "Hak nedir?"sorusuna yanıt bulmaktan ziyade "A'nın X'e hakkı vardır." ifadesinin ne anlama geldiğinin açıklanmasıdır. Bir başka deyişle hak ve ödev gibi kavramlar tek başlarına bir anlama sahip değildir. Bunlar ancak içinde geçtikleri cümlelerin bir bütün olarak ele alınmasıyla anlaşılabilirlik kazanmaktadır. Bentham'ın benimsediği yönteme göre hak ve ödev gibi terimler, karakteristik biçimde kullanıldıkları bir cümle içinde somutlaştırılmalı ve daha sonra da olgusal terimlere dönüştürülmelidir. En sonunda olgusal bir ifadeye indirgenemeyen farazi veya kurgusal ifadeler ise hukuktan dışlanmalıdır. Buna göre "A'nın X'e hakkı vardır." ifadesi, bu ifadeyle eşdeğer bir anlamı olan "B'nin, A'nın X'den yararlanmasını engellememe ödevi vardır." ifadesine dönüştürülebilir. Ödev de hak gibi kurgusal bir kavram olduğu için, zorlama biçiminde yeniden ifade edilebilir. "Eğer B, A'nın X'ten yararlanmasına engel olursa, belirli bir yaptırıma maruz kalır". Yaptırım tehdidi ise doğuracağı acı nedeniyle, olgusal bir varoluşa sahiptir.

Bentham'ın öngördüğü bu açıklama biçimi, kendi teorisi kapsamında tutarlıdır. Buna göre hak ve ödevin kaynağı, hukuk kurallarıdır. Bir fiili emreden veya yasaklayan hukuk kuralı, olgusal bir varoluşa sahiptir. Çünkü her hukuk kuralı zorlamayı, yani yaptırımı da beraberinde taşımaktadır. Ödev ise bunların birliğinden doğan kurgusal bir varlıktır. Bir fiili gerçekleştirmeyi emreden veya yasaklayan bir hukuk kuralı, kişilere, bu suretle bir ödev yüklemektedir. Hak ise bu ödevin sonucu olan ikincil bir kurgusal varlıktır. Bentham'a göre her zorlayıcı hukuk kuralı aynı anda hem hak, hem de ödev yaratmaktadır. Her bir kural, birisine, başka bir kişiye bir çıkar sunmaya ilişkin bir ödevi yüklemektedir. Hukuk kuralının yüklediği bu ödevin yerine getirilmesinden yararlanan kişi ise hak sahibidir. Bununla birlikte eğer ödeve ve bu ödevin yerine getirilmesinden doğan çıkara, farklı iki kişi sahipse, bir haktan söz edilebilir. Böylece Bentham'a göre bir hakka sahip olmak demek, başka birisinin ödevinin yararlanıcısı olmak demektir.

Bentham'ın bu açıklama biçiminin yol açtığı en önemli sonuç, hak kavramını ödev kavramının bir yansımasına indirgemesidir. Bir başka deyişle ancak hukuk bir ödev yüklüyorsa, bir haktan söz edilebilir. Hak kavramının ödev kavramına göre ikincil oluşu da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Yani hak kavramına hiç başvurulmaksızın, bütün hukuki durumlar ödev kavramı üzerinden ifade edilebilir. Böyle bir açıklama ise Hart'ın da işaret ettiği gibi, hak kavramına başvurmanın özel anlamını veya önemini zayıflatmaktadır.

Bentham'ın hak kavramına getirdiği açıklama biçimi de, tıpkı Jhering'in açıklaması gibi, oldukça geniş kapsamlı bir hak kavramsallaştırması sunmaktadır. Öyle ki hukukun yüklediği her ödevden yararlanan herkes, hak sahibi konumundadır. Vergi ödeme ödevi, trafik kurallarına uyma ödevi gibi genel olarak toplumun yararına olacak biçimde yüklenen bütün ödevler, bu ödevlerden yararlananlara hak bahşetmektedir. Oysa yukarıda da değinildiği gibi, bu tür düzenlemelerin hak bahşettiğini kabul etmek mümkün değildir.

Kısaca dile getirildiğinde Bentham'ın hak teorisi, hak ile çıkar arasındaki bağlantıya işaret etmesi bakımından önemlidir. Bununla birlikte bir ödevden sadece yararlanan kişi ile ödevin doğrudan borçlu olunduğu (yani özel olarak onun için yükletildiği) kişi arasında ayrım yapmak veya bunları birbirinden ayırt etmek konusunda yeterli değildir. Bu nedenle de Bentham Anglo-Sakson çıkar teorisinin kurucusu olmakla birlikte, teorisi çıkar teorisinin en yalın formülasyonu olarak görülebilir.

Bentham'ın teorisi çağdaş Anglo-Sakson irade teorisi açısından da merkezi bir öneme sahiptir. Çağdaş irade teorisinin kurucusu ve en önemli temsilcisi olan Hart, kendi teorisini Bentham'a yönelttiği eleştiriler doğrultusunda oluşturmuştur. Hart da, Bentham'ın önerdiği yöntemi benimsemektedir. Hart'a göre de, hak kavramının anlaşılabilirliği için soruşturulması gereken, kavramın karakteristik rolünü oynadığı "A'nın, B'nin ona 10 YTL ödemesi konusunda hakkı vardır." ifadesindeki kullanımıdır. Hart'ın yaklaşımı da içeriğinde yaptırımları da barındıran ve bugün olduğu gibi yarın da işleyecek olan bir hukuk sistemini önvarsaymaktadır.

Yukarıdaki gibi bir ifadenin, söz konusu hukuk sistemindeki belirli bir kuralla özel bir bağlantısı vardır. "A'nın niçin böyle bir hakkı vardır?" sorusu ile bu bağlantı açığa çıkartılabilir. Hart'a göre böyle bir soruya verilecek yanıt, belirli olguların gerçekleşmesi halinde belirli bir hukuki sonucun ortaya çıkacağını dile getiren bir hukuk kuralı ve ilgili olayda bu olguların varolduğu biçimindeki iki unsurdan meydana gelmektedir. Buna göre "A'nın X'e hakkı vardır." ifadesinin fonksiyonu, konuyla ilgili olan kural ile olayla ilgili olgulardan sonuç çıkartılmasıdır. Bir başka deyişle "A'nın, B'nin ona 10 YTL ödemesi konusunda hakkı vardır." ifadesi hukukun sonucudur. Yani ilgili hukuk kuralının, somut olaya uygulanması ile varılan hukuki sonuçtur. Burada Hart'ın referans noktası Bentham'daki gibi ödev yükleyen hukuk kurallarıdır.

Hart'ın bu yaklaşımı da hak kavramının pratikteki anlamının ve öneminin, ancak hukuki muhakeme veya yargılama süreci sonunda ortaya çıkartılabileceği noktasına ışık tutmaktadır. Gerçekten de hukuk tarafından düzenlenen bir hakkın kapsamının tam olarak belirlenmesi, ancak ilgili hukuk kuralının somut bir olaya uygulanması süreci sonunda mümkündür. Bununla birlikte Hart, hak teriminin bizzat hukuk kurallarında kullanılan bir terim olmadığı, yani hukukun içeriğinde yer almadığı, bilakis kişilerin hukuk nazarındaki konumları hakkında ifadeler oluşturmakta kullanılan bir terim olduğu fikrindedir. Oysa MacCormick'in de saptadığı gibi, hukuk kurallarına daha yakından bakıldığında, hak terminolojisinin sadece hukuktan çıkartılan münferit sonuçları dile getirmekte değil, hukuk kurallarında ve bunların yasama faaliyeti yoluyla yaratılmasında da kullanıldığı görülmektedir. Bir başka ifadeyle hak terimi sadece sonuç önermesinde değil, büyük önermede yani hukuk normunun kendisinde de kullanılan bir terimdir. Bu anlamda aslında büyük önerme olan hukuk normu, taşıdığı genellik ve soyutluk özelliğine paralel olarak, düzenlediği hakkın çerçevesini çizmektedir. Bununla birlikte söz konusu hakkın somut bir içeriğe ve görünüme bürünmesi, hak bahşeden kuralın somut bir uyuşmazlığa uygulanması faaliyeti sonucunda mümkün olmaktadır. Bu süreçte Hohfeld'in analizi, uygulmacının işini kolaylaştıran bir araç olarak görülebilir.

Hart, kendi yaklaşımı bağlamında Bentham'ın teorisinin asli bir unsuru olan yaptırım kavramının yerine, ödevin ihlalinden doğan zararın tazmini, yani eski hale iade kavramını koymaktadır. Fakat Hart'a göre bu kavram, hak sahibinin özel pozisyonunu açıklamak için yeterli değildir. Hart, hak sahibinin özel pozisyonunun, hakkına karşılık gelen ödevin yerine getirilmesi veya getirilmemesini seçebilme olduğunu savunmaktadır. Bir başka ifadeyle bir hakka sahip olan kişi, hakkına karşılık gelen ödevi kontrol edebilme olanağına ve böylece de ödev taşıyıcısı karşısında adeta küçük ölçekli bir egemen pozisyonuna sahip olan kişidir. Buna göre hak bahşeden hukuk kurallarının, vergi ödeme ödevi gibi sadece ödev yükleyip hak bahşetmeyen hukuk kurallarından ayırt edici özelliği, hukukun hakka karşılık gelen ödevin yerine getirilmesini hak sahibinin tercihine bırakmış olmasıdır. Hart'a göre, kişinin ayrıca bu ödevin yerine getirilmesinde de bir çıkarının bulunması –çoğu zaman durum böyle olsa da- hak sahibi olması için ne yeterli ne de gerekli bir koşuldur.

Hart'a göre hak kavramının kurucu unsurlarını biraraya getiren temel birleştirici ilke, seçim veya tercih nosyonudur. Hart'ın yaklaşımına göre hukuk, kişiye böyle bir imkan sunmuşsa yani seçimlerine hukuki sonuç bağlamışsa, kişinin ilgili konuda hak sahibi olduğu söylenebilir. Hart'a göre hak, hukukun tanıdığı ve koruduğu seçimdir. Bir başka ifadeyle hakkın fonksiyonu, sahibinin iradesini veya otonomisini korumaktır. Böylece Hart, "seçim veya tercih" nosyonuna başvurmak suretiyle, Bentham'ın teorisindeki en büyük eksikliği gidermeye çalışmaktadır. Bir ödevin yerine getirilmesinden sadece yararlanan kişiyi, ödevin doğrudan borçlu olunduğu kişiden ayırt eden özellik, hukukun ona ödev üzerinde kontrol olanağı sunmasıdır.

Hart'ın bu yaklaşımına göre, her hakkın içeriğinde zorunlu olarak Hohfeldçi anlamda bir yetki öğesinin bulunması gereklidir. Çünkü hak sahibi, hukukun kendisine sonuç bağladığı seçimleriyle, kendisine karşı ödevi olan kişinin hukuki pozisyonunda değişiklik meydana getirebilmektedir. Örneğin bir sözleşme kapsamında alacaklı pozisyonundaki hak sahibi, alacağından vazgeçmek suretiyle, borçlu pozisyonundaki ödev taşıyıcısını ibra ederek, onun hukuki pozisyonunda bir

değişiklik yaratabilmektedir. Yetki öğesinin hak kavramının zorunlu bir bileşeni olması, birçok varlık kategorisini hak sahipliğinden dışlamaktadır. Çünkü irade teorisine göre bir kişinin hakkını kullanabilmesi için, gündelik yaşamını sürdürürken karşılaştığı seçenekleri kavrayıp, aralarında seçim yapabilmesi yanında ayrıca hakkı yoluyla kullanabileceği seçenekleri de kavrayabilecek bir kapasitede olması gereklidir. Aksi halde uygun taleplerde bulunması veya talepte bulunmaktan feragat etmesi mümkün olamayacaktır. Hak sahipliği meselesi, irade teorisinin bünyesinde yer alan problemlerden birisidir.

Hart'ın söz konusu yaklaşımı, kendisinin de bilincinde olduğu gibi, oldukça dar kapsamlı bir açıklama sunmaktadır. Hart kendi teorisinin paradigmasının sözleşme, mülkiyet ve haksız fiillerden doğan haklar olduğunu belirtmektedir. Bu anlamda teorisinin "sıradan hukukla" (yani özel hukukla) ilgilenen "sıradan hukukçu" için tatminkar bir teori olduğunu savunmaktadır. Hart'ın teorisi haktan yararlanmanın, hak sahibinin insiyatifine veya tasarufuna bırakıldığı durumları açıklamakta gerçekten de başarılı bir teoridir. Bununla birlikte Hart'ın teorisinin benimsenmesi, özellikle hak sahibinin kendisine karşı da korunabilmesi için vazgeçilmezlik niteliği taşıyan ve çok önemli değerleri koruyan "haklar"ı, hak olarak kabul etmemek biçiminde bir sonuca yol açmaktadır. Bir başka ifadeyle Hart'ın savunduğu irade teorisi bağlamında bir "hak", sahibine karşı da korunacak kadar güçlü bir biçimde teminat altına alındıkça, o derece de hak olmaktan çıkmaktadır. Buna ek olarak ceza hukukunun yüklediği ödevlerin, büyük bir kısmı üzerinde kişilerin kontrol olanağının bulunmaması nedeniyle hak bahşetmediği sonucu çıkmaktadır. İrade teorisinin bünyesinde yer alan en önemli problemlerden birisi, vazgeçilmez hakları açıklayamamasıdır. Bu problemi aşmak için Hart'tan sonra değişik yöntemler önerilmiştir. Bunlardan birisi ceza hukukunun yüklediği ödevlere karşılık gelen hakların, ödev üzerinde kontrol yetkisi olan devlet görevlilerinin -örneğin savcının- hakları olmasıdır. Fakat bu da yine söz konusu sorunu aşmak için yeterli değildir.

Hart, Bentham'ın teorisindeki eksiklikleri gidermek için gereğinden fazla dışlayıcı bir teori savunmak durumunda kalmıştır. Lyons ise hem ceza hukukunun

yüklediği ödevlerin hak bahşettiğini açıklayabilecek, hem vergi ödeme ödevi gibi hak bahşetmeyen düzenlemeleri ayrık tutabilecek, hem de bir ödevden sadece yararlanan ile ödevin doğrudan borçlu olunduğu hak sahibini birbirinden ayırt edebilecek özelliklere sahip bir teori geliştirmiştir. Lyons'un sınırlandırılmış ya da nitelendirilmiş yararlanıcı teorisine göre bir kişinin, başkasının ödevine karşılık gelen hakkın sahibi olması, ancak ve ancak söz konusu kişi bu ödevden yararlanması niyet edilmiş kişi ise yani ödev bizzat onun yararına yükletilmiş veya yüklenilmişse söz konusudur. Bir başka ifadeyle ilgili ödevin doğrudan doğruya yararına veya çıkarına tahsis edildiği kişi, bir hakka sahiptir. Vergi ödeme ödevi, askerlik yapma ödevi gibi ödevler, belirli bir kişinin bu ödevin yerine getirilmesinden doğrudan doğruya yararlanması amacıyla yükletilen ödevler olmadıkları için, hak bahşeden ödevler değildir.

Çıkar teorisinin bir versiyonunu savunan Lyons, hakkı, hukukun yüklediği ödevler yoluyla korunan kişisel veya özel, yani kişilere özgülenmiş çıkar düşüncesi etrafında açıklamaktadır. Bu tutum hak kavramının dağıtıcı karakterini, yani herkese ayrı ayrı özgülenmiş olmasını vurgulayan bir yaklaşımdır. Buna göre hakkın fonksiyonu, sahibinin çıkarını korumaktır. Lyons'un savunduğu bu yaklaşıma göre hakkın içeriğinde yetki unsurunun, yani sahibinin ödevi kontrol olanağının bulunması gerekli bir koşul değildir. Bununla birlikte Lyons hukukun yüklediği her ödeve karşılık gelen bir hak olduğu düşüncesini savunmamaktadır. Bir ödevin yerine getirilmesinden yararlanan fikrine getirdiği nitelendirme veya sınırlama ile ödevin doğrudan doğruya yararına veya çıkarına yükletildiği, yani ilgili ödevin ihlali halinde doğrudan doğruya zarar görecek olan kişinin hak sahibi olduğu sonucuna varmaktadır. Lyons'un öngördüğü bu yaklaşım, ödev yükleyen hukuk kurallarının amacını göz önünde bulundurmayı gerektirmektedir. Bir başka deyişle ödev yükleyen bir hukuk kuralının, bu ödeve karşılık gelen bir hak bahşedip bahşetmediğini saptamak, hukuk kuralını yorumlamakla ortaya çıkartılabilir. Böylece bir kişinin ilgili bir kuralın uygulanmasından veya bir ödevin yerine getirilmesinden yararlanan kişi olması, ancak bu yararlandırma, kuralın veya ödevin varlık nedeni ise o kişiye hak bahşetmiş sayılacaktır. Lyons'un yaklaşımı çıkar teorisi bağlamında

ilgiyi, hak bahşeden hukuk kurallarının tipik özelliklerinin sorgulanmasına yöneltmiştir.

MacCormick, Lyons'un bu yaklaşımını daha da geliştirmiştir. MacCormick'e göre hak bahşeden kuralların üç temel özelliği vardır. Hak bahşeden kurallar öncelikle, kişilere bir çıkar sağlayan kurallardır. Ama söz konusu çıkarı, kuralın kapsamına giren her bir kişi için ayrı ayrı sağlamaktadır. Kişilerin çıkarlarının korunması ise hukukun, kişilerin bu çıkarlardan yararlanmalarını normatif olarak teminat altına alması ile gerçekleşmektedir. Hukuk bu korumayı başkalarına ödev yüklemek, hak sahibine bu ödevi kontrol etme yetkisi tanımak vb. gibi çok farklı şekillerde sağlayabilir.

MacCormick, hakkın hizmet ettiği amaç, yani hakkın neyi koruduğu ile bu amacın normatif olarak koruma altına alınması yollarını birbirinden ayırt etmektedir. Hakkın amacı veya işlevi kişilerin çıkarlarını korumaktır. Yasakoyucu, verili bir kişi grubunun meşru gördüğü çıkarlarını koruma altına almak istediğinde, söz konusu hukuki düzenlemeyi, hak terminolojisini kullanmak suretiyle kaleme almaktadır. Kişinin, hukukun meşru gördüğü bir çıkardan yararlanması tehlikeye düştüğünde, yani bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda başlayan mahkeme süreci, hak bahşeden ilgili hukuki düzenlemenin zorunlu bir sonucu olan ödevlerin, yetersizliklerin vb. aydınlatılmasını ve icra ettirilmesini sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle yargıç hukuk kuralını uygularken, ödevleri aydınlatmış ve yerine getirilmesini sağlamış olmaktadır.

Tüm bu açıklamalardan hareketle bir kez daha varılan sonuç, hak bahşeden hukuk kurallarının aslında bir çerçeve niteliğine sahip olduğudur. İlgili hakkın kapsamı ve muhatabı açısından neyi gerektirdiği, söz konusu çerçevenin somut bir olaya uygulanması ile tam olarak aydınlatılabilir. İlgili hakkın içeriğinde Hohfeldçi anlamda hangi kurucu öğelerin yer aldığı ve hakkın muhatabının hukuki pozisyonu bu aşamada aydınlatılabilir. Yasakoyucunun hakkı bahşetme gerekçesine bağlı olarak, ilgili hakkın içeriğinde yer alan kurucu öğeler de değişiklik gösterebilir. MacCormick'in de işaret ettiği gibi, hak bahşeden kuralların en belirleyici özelliği

kişilerin ayrı ayrı, yani dağıtımcı bir biçimde belirli çıkarlarını teminat altına almaktır. Kişilerin hayatlarını kendi istedikleri biçimde sürdürmeleri, yani bir anlamda kendi iyilerinin peşinden gitmek konusunda seçim yapabilmeleri de çıkarlarına dahildir. Bu nedenden dolayı çoğu hak durumunda, hakkı ileriye sürme veya bundan feragat etme yetkisi hak sahibine tanınmaktadır. Fakat seçme özgürlüğü hak tarafından korunan tek çıkar değildir. Bu nedenle seçim yapabilmeyi, hak kavramının asli unsuru olarak görmek yanıltıcıdır. Bir başka deyişle haktan söz edebilmek için, hukukun hak sahibine mutlaka hakkın muhatabı üzerinde bir kontrol olanağı sunmuş olması gerekmemektedir. Buna ek olarak söz konusu kontrol veya seçim, aslında hakkın tanınmasının sadece bir sonucudur. Bir başka ifadeyle hakkın, fonksiyonunu daha iyi yerine getirebilmesinin yollarından sadece birisidir. Fakat eğer hak, sahibine karşı da korunmayı gerektirecek denli önemli bir çıkarı korumakta ise, sahibine böyle bir seçim olanağı sunulmamaktadır. Fakat böyle bir seçim olanağının olmaması, yani hakkın içeriğinde yetki unsurunun bulunmaması, "hakkı, hak olmaktan çıkartmaz". Kişilere, haklarından vazgeçme yetkisinin tanınıp tanınmaması, son aşamada ahlaki ve siyasi bir meseledir.

Hak bahşeden kuralların amacının veya ilgi alanının önplana alınması, hakkın, doğrudan ödevle değil, ödevi yükleme nedeni veya amacıyla bağlantılandırılmasına yol açmaktadır. Böylece bir ödevin edimsel olarak belirginleştirilmesinden önce, hakkın varlığından söz edebilmek mümkün kılınmış olmaktadır. Bir başka ifadeyle kural, kişilere çıkar sağlayacak bir ödevi doğrudan yüklemese dahi, böyle bir ödevi yükleme nedenini veya dayanağını gösterecek bir niteliğe sahipse, ilgili kişiye hak bahşetmektedir. Böylece odak noktası, hak bahşeden hukuk kuralının kendisi değil, amacıdır. Yani bir kuralın hak yaratması, sadece bir ödev yüklemek suretiyle değil, ödev yüklemek için gerekçe veya dayanak sunmak biçiminde gerçekleşmektedir. Böyle bir yaklaşım ise hukuki haklar dışındaki hakları da açıklayabilecek bir çerçeve sunmaktadır. Bu doğrultuda bir kişiyi ödev altına sokmanın ahlaki nedeni veya gerekçesi de, ahlaki bir hak olarak açıklanabilir.

Söz konusu yaklaşım en açık şekilde Raz'ın teorisinde kendisini göstermektedir. Çıkar teorisinin bir versiyonunu savunan Raz'a göre de, hakkın

fonksiyonu, sahibinin bir çıkarını korumaktır. Raz çıkar, hak ve ödev arasında bir gerekçelendirme ilişkisi kurmaktadır. Kişinin bir çıkarının hak olarak korunabilmesi için, bu çıkarın başkalarına ödev yüklemeyi gerekçelendirecek yeterlilikte bir çıkar olması gerekmektedir. Böylece Raz'ın teorisinde bir hakkın varlığı, hakka karşılık gelen ödevin altında yatan niyete veya nedene bağlıdır. Bir başka deyişle belirli bir hakkın varolup olmadığını anlamak, başkasına ödev yüklenmesinin nedenini veya amacını anlamayı gerektirmektedir. Bu nedenle bir hakkın varlığına ya da yokluğuna karar vermek, bir gerekçelendirme işlemine bağlıdır. Raz bu yaklaşımı ile, yargıcın önüne gelen somut uyuşmazlıklardaki çıkar çatışmalarını çözmek için kullanabileceği bir akılyürütme yöntemine işaret etmektedir. Söz konusu süreç, çatışan çıkarlara ilişkin karmaşık bir dengeleme sürecidir.

Çağdaş çıkar teorisi, irade teorisi ile kıyaslandığında daha geniş kapsamlı bir teoridir. İrade teorisinin açıklamakta güçlük taşıdığı vazgeçilmez haklar ve hak sahipleri meseleleri bakımından, çıkar teorisinin bir sorunu bulunmamaktadır. Bununla birlikte hakkın fonksiyonunun, sahibinin çıkarını korumak olduğu biçimindeki temel kabulü, çıkar teorisinin mesleki rollerden kaynaklanan hakları açıklamakta güçlük taşımasına yol açmaktadır. Bir başka ifadeyle amacı, hak sahibinin çıkarını korumak olmayan hakları çıkar teorisi bağlamında açıklamak zordur. Bu tip hakları açıklamak için söz konusu çıkarın, başkalarının çıkarları ile takviye edilmesi gerekir. Çoğu zaman sahiplerinin çıkarları, mesleklerinden dolayı sahip oldukları hakları tek başına gerekçelendirecek yeterlilikte olmadığından, yani hakkı teminat altına almak için başkalarına yüklenecek ödevleri haklılaştıracak güçte olmadığından dolayı, ilgili haklar kamu yararı düşüncesi ile takviye edilmedikçe hak olarak görülememektedir.

İrade teorisi ve çıkar teorisi bir bütün olarak değerlendiridiğinde, her iki teori kapsamında da sorunlar olduğu görülmektedir. Bununla birlikte her iki teori de, hak kavramının bir cephesini aydınlatmaktadır. Şöyle ki, çıkar teorisi, hakkın hangi amaçlara hizmet ettiğini irade teorisine nazaran daha iyi bir biçimde açıklamaktadır. Buna karşılık irade teorisi de, söz konusu amaçlara ulaşmak için, hakların nasıl işlediğini daha uygun bir biçimde ortaya koymaktadır. Böylece bir hakka sahip

olmak, bir çıkarın ilgili kişiye (sahibine) özgülenmiş biçimde koruma altına alınması demektir. Bununla birlikte bu korumanın normatif açıdan gerçekleşme biçimi ise korunan çıkarın mahiyetine uygun olarak ya hak sahibinin iradesine yani seçimine bırakılmıştır ya da bu çıkar konusunda ona seçim olanağı sunulmamıştır. İrade teorisi hakkın normatif açıdan korunmasının sahibinin tasarufuna bırakıldığı sözleşme, haksız fiil gibi durumları aydınlatmaktadır. Hakkın koruduğu değerin mahiyetine göre de, hakkı meydana getiren kurucu bileşenler değişiklik göstermektedir. Bir hakkın içeriğinde yer alan Hohfeldçi anlamdaki kurucu bileşenlerin tam olarak saptanması ise muhakeme veya yargılama süreci sonucunda ortaya çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

Acar, Ali: "Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt:1, Sayı:1, 2006, s. 65-88.

Adal, Erhan: **Hukukun Temel İlkeleri**, Genişletilmiş Sekizinci Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004.

Adams, David M.: "Hohfeld on Rights and Privileges", **A.R.S.P.,** Vol.: LXXI, 1985, pp. 84-95.

Ağaoğulları, Mehmet Ali, Levent Köker: **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, Ankara, İmge Kitapevi, 1991.

Akal, Cemal Bali: **Varolma Direnci ve Özerklik: Bir Hak Kuramı İçin Spinoza'yla,** Ankara, Dost Kitapevi, 2004.

Akarsu, Bedia: **Çağdaş Felsefe**, Genişletilmiş ve Yeniden Düzenlenmiş Altıncı Baskı, İstanbul, İnkılap Kitapevi, 1994.

Akarsu, Bedia: **Felsefe Terimleri Sözlüğü,** Gözden Geçirilmiş Beşinci Baskı, İstanbul, İnkılap Kitapevi, 1994.

Akarsu, Bedia: **Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi,** Dördüncü Baskı, İstanbul, İnkılap Kitapevi, 1999.

Akıllıoğlu, Tekin: **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri,** Ankara, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 17, 1995.

Akyol, Şener: **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2214, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 501, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.

Allison, Henry E.: "Immanuel Kant", **The Oxford Companion To Philosophy**, Edited by: Ted Honderich, Oxford & New York, Oxford University Press, 1995, pp. 435-438.

Almond, Brenda: "Rights", **A Companion to Ethics**, Edited by: Peter Singer, Oxford U.K., Massachusetts U.S.A., Blackwell Publishers, 1991, pp. 259-269.

Ameriks, Karl: "Immanuel Kant", **The Cambridge Dictionary of Philosophy**, General Editor: Robert Audi, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 398-404.

Anayurt, Ömer: **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları,** Güncellenmiş Yedinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.

Anderson, Alan Ross : "Logic, Norms and Roles", **Ratio,** Vol.: 4, 1962, pp. 36-49.

Andrews, Mark: "Hohfeld's Cube", **Akron Law Review**, Vol.: 16, No: 3, 1983, pp. 471-485.

Angle, Stephen C.: "Should We All More English? Liang Qichao, Rudolf von Jhering, and Rights", **Journal of the History of Ideas**, Vol.: 61, No: 2, 2000, pp. 241-261.

Aral, Vecdi: **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, İkinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1992.

Aral, Vecdi: **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, Filiz Kitapevi, t.y.

Austin, John: **Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law**, Edited by: Robert Campbell, Twelfth Impression, London, John Murray, 1913.

Aybay, Aydın, Rona Aybay: **Hukuka Giriş**, Dördüncü Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007.

Balı, Ali Şafak: **Hukuk: Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları,** Konya, Çizgi Kitapevi Yayınları, 2005.

Barry, Norman P.: **Modern Siyaset Teorisi**, Çeviren: Mustafa Erdoğan, Yusuf Şahin, Ankara, Liberte Yayınları, 2003.

Bayles, Michael D.: "Against Right-Based Moral Theories", **A.R.S.P., Law and The State in Modern Times,** Edited by: Werner Maihofer, Gerhard Sprenger, Beiheft: 42, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1990, pp. 103-112.

Beck, Gunnar: "Immanuel Kant's Theory of Rights", **Ratio Juris**, Vol.: 19, No: 4, 2006, pp. 371-401.

Bentham, Jeremy: "Saçmalığın Dik Alası", **Siyasal Düşünce**, Derleyen: Michael Rosen, Jonathan Wolff, Çeviren: Sevda Çalışkan, Hamit Çalışkan, Ankara, Dost Kitapevi, 2006, s. 236-238.

Bentham, Jeremy: **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Edited by: J. H. Burns, H.L.A. Hart, London, University of London The Athlone Press, 1970.

Bentham, Jeremy: **Of Laws in General**, Edited by: H.L.A. Hart, London, University of London The Athlone Press, 1970.

Berktay, Fatmagül: "Liberalizm: Tek Bir Teorik Pozisyona İndirgenmesi Olanaksız Bir İdeoloji", **19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler,** Derleyen: H. Birsen Örs, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 49-114.

Berktay, Halil: **Kabileden Feodalizme**, İkinci Baskı, İstanbul, Kaynak Yayınları, 1989.

Bix, Brian H.: **A Dictionary of Legal Theory,** Oxford, Oxford University Press, 2004.

Bix, Brian H.: "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", Çeviren: Ertuğrul Uzun, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt: 6, Sayı: 2, 2004, s. 291-343.

Bix, Brian H.: **Jurisprudence: Theory and Context,** London, Sweet & Maxwell, 1999.

Bobbio, Norberto: **The Age of Rights**, Translated by: Allan Cameron, Cambridge, Polity Press, 1996.

Boyd, James Harrington: "Socialization of the Law", **The American Journal of Sociology**, Vol.: 22, No: 6, 1917, pp. 822-837.

Brady, James B.: "Law, Language and Logic: The Legal Philosophy of Wesley Newcomb Hohfeld", **Charles S. Peirce Society Fall,** Vol.: 8, No: 4, 1972, pp. 246-261.

Cameron, A. M.: "MacCormick's Liberal Theory of Rights", **A.R.S.P., Law and The State in Modern Times,** Edited by: Werner Maihofer, Gerhard Sprenger, Beiheft: 42, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1990, pp. 133-143.

Campbell, Kenneth: "Legal Rights", **Stanford Encyclopedia of Philosophy,** (Çevrimiçi): http://plato.stanford.edu/entries/legal-rights/ ,13.04.2005.

Campbell, Tom D.: "The Rights of The Minor: As Person, As Child, As Juvenile, As Future Adult", **International Journal of Law and the Family**, Vol.: 6, 1992, pp. 1-23.

Campbell, Tom: **Rights: A Critical Introduction,** London & New York, Routledge, 2006.

Can, Cahit: **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.

Cassirer, Ernst: **Kant'ın Yaşamı ve Öğretisi**, Çeviren: Doğan Özlem, İkinci Baskı, Ankara, İnkılap Kitapevi, 1996.

Cevizci, Ahmet: **Etiğe Giriş,** İstanbul, Paradigma Yayınları, 2002.

Cevizci, Ahmet: **Paradigma Felsefe Terimleri Sözlüğü,** İstanbul, Paradigma Yayınları, 2000.

Comanducci, Paolo: "Justice and Rights: A Conceptual Analysis", **A.R.S.P., Law, Justice and The State: Essays on Justice and Rights**, Edited by: Aleksander Peczenik, Mikael M. Karlsson, Beiheft: 58, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1995, pp. 119-127.

Cook, Walter Wheeler: "Hohfeld's Contributions to The Science of Law", Wesley Newcomb Hohfeld, **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** Edited by: Walter Wheeler Cook, New Haven, Yale University Press, 1923, pp. 3-22.

Corbin, Arthur L. : "Legal Analysis and Terminology", **Yale Law Journal,** Vol.: 29, No: 2, 1919-1920, pp. 163-173.

Corbin, Arthur L.: "Jural Relations and Their Clasiffication", **Yale Law Journal,** Vol.: 30, No: 3, 1921, pp. 226-238.

Corbin, Arthur L.: "Rights and Duties", **Yale Law Journal**, Vol.: 33, 1923-1924, pp. 501-527.

Coşkun, Vahap: **İnsan Hakları: Liberal Açıdan Bir Tahlil**, Ankara, Liberte Yayınları, 2006.

Cottingham, John: **Akılcılık**, Çeviren: Bülent Gözkan, İstanbul, Doruk Yayımcılık, 2003.

Cranston, Maurice: **What are Human Rights?,** London, The Bodley Head, 1973.

Cruft, Rowan: "Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory?", **Law and Philosophy,** Vol.: 23, 2004, pp. 347-397.

Cruft, Rowan: "Why Aren't Duties Rights?", **The Philosophical Quarterly**, Vol.: 56, No: 223, 2006, pp. 175-192.

Cullison, Alan D.: "A Review of Hohfeld's Fundamental Legal Concepts", **Cleveland-Marshall Law Review,** Vol.: 16, 1967, pp. 559-573.

Curran, Eleanor: "Can Rights Curb The Hobbesian Sovereign? The Full Right To Self-Preservation, Duties Of Sovereignty and The Limitations of Hohfeld", **Law and Philosophy**, Vol.: 25, 2006, pp. 243-265.

Curran, Eleanor: "Hobbes's Theory of Rights-A Modern Interest Theory", **The Journal of Ethics**, Vol.: 6, 2002, pp. 63-86.

Çağıl, Orhan Münir: "Filozof 'Immanuel Kant'ın Sisteminde Ahlak ve Hukukun Felsefi Esasları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XIII, Sayı: 3, 1947, s. 1106-1133.

Çağıl, Orhan Münir: "Ihering'in Hukuk Nazariyesinin Temel Fikirleri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XI, Sayı: 3-4, 1945, s. 225-251.

Çağıl, Orhan Münir: "Jhering'in Hukuk Nazariyesinin Anahatları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XIII, Sayı: 1, 1947, s. 259-286.

Çeçen, Anıl: **İnsan Hakları**, Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 2000.

Dais, Eugene E.: "Powers and Rights", **The Philosophy of Law: An Encyclopedia,** Edited by: Christopher Berry Gray, Vol.: II, New York & London, Garland Publishing, 1999, pp. 674-676.

Dais, Eugene E.: "Rights and Judicial Reasoning: The Deprivational Theory", **A.R.S.P**., **Biotechnology, Ethics, and Law in The Scientific Age,** Edited by: Tom D. Campbell, v.d., Beiheft: 39, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1991, pp. 81-87.

Davies, Howard, David Holdcroft: **Jurisprudence: Texts and Commentary**, London, Butterworths, 1991.

Di Marzo, Salvatore: **Roma Hukuku**, Çeviren: Ziya Umur, İkinci Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1959.

Dinçkol, Abdullah: "Küreselleşme ve İnsan Hakları", **Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan,** İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2006, s. 879-919.

Dinçkol, Abdullah: **Hukuka Giriş: Hukukun Temel Kavramları,** Genişletilmiş Dördüncü Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2007.

Dinçkol, Abdullah: **Temel Hukuk Bilgisi**, Gözden Geçirilmiş Dördüncü Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2007.

Donnelly, Jack: **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çeviren: Mustafa Erdoğan, Levent Korkut, Ankara, Yetkin Yayınları, 1995.

Downie, R. S.: "Kantian Ethics", **The Oxford Companion To Philosophy**, Edited by: Ted Honderich, Oxford & New York, Oxford University Press, 1995, pp. 438-439.

Edmundson, William A.: **An Introduction to Rights,** Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Emini, M. Emin: "Hak Kavramı", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı:12, 2004, s. 203-216.

Erdoğan, Mustafa: **Anayasal Demokrasi**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Ankara, Siyasal Kitapevi, 1999.

Erdoğmuş, Belgin: **Roma Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1995.

Fagan, Andrew: "Human Rights", **The Internet Encyclopedia of Philosophy**, (Çevrimiçi): http://www.iep.utm.edu/h/hum-rts.htm , 23.03.2006.

Fay, Thomas A. :"Rights and Natural Law", **A.R.S.P., Law and The State in Modern Times**, Edited by: Werner Maihofer, Gerhard Sprenger, Beiheft: 42, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1989, pp. 90-94.

Feinberg, Joel: **Social Philosophy**, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1973.

Finnis, John: "Some Professorial Fallacies About Rights", **The Adelaide Law Review,** Vol.: 4, 1971-1972, pp. 377-388.

Finnis, John: **Natural Law and Natural Rights**, Oxford, Clarendon Press, 1980.

Foley, Richard: "Analysis", **The Cambridge Dictionary of Philosophy,** Edited by: Robert Audi, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 22-23.

Freeden, Michael: **Rights**, Buckingham, Milton Keynes Open University Press, 1991.

Furtun, Ayşen: **Hukuk Kavramı**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999.

Furtun, Ayşen: **John Austin'in Hukuk ve Devlet Teorisi**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997.

Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş,** Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş Altıncı Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007.

Gerber, David: "Rights", **A.R.S.P**., Vol.: LXIX, 1976, pp. 329-347.

Göğer, Erdoğan: **Hukuk Başlangıcı Dersleri**, Cilt: 2, A.Ü.H.F. Yayınları No: 399, Ankara, 1976.

Gökberk, Macit: **Felsefe Tarihi**, Onuncu Baskı, İstanbul, Remzi Kitapevi, 1999.

Göze, Ayferi: **Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Baskı, İstanbul, Beta, 2005.

Göze, Ayferi: **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Genişletilmiş Sekizinci Baskı, İstanbul, Beta, 1998.

Gözler, Kemal: **Hukuka Giriş**, İkinci Baskı, Bursa, Ekin Kitapevi Yayınları, 2003.

Gözler, Kemal: **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.

Gray, John Chipman: **The Nature and The Sources of The Law,** Second Edition, Boston, Beacon Press, 1963.

Gürbüz, Ahmet: **Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi**, İstanbul, Beta, 1999.

Güriz Adnan: **Hukuk Başlangıcı**, Gözden Geçirilmiş, Değiştirilmiş ve Genişletilmiş Sekizinci Baskı, Ankara, Siyasal Kitapevi, 2001.

Güriz, Adnan: "Hak Kavramı", **Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri,** Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Alkım Yayınevi, 1997, s. 124-150.

Güriz, Adnan: **Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk**, Ankara, A.Ü.H.F. Yayınları, No: 184, 1963.

Güriz, Adnan: **Hukuk Felsefesi**, Beşinci Baskı, Ankara, Siyasal Kitapevi, 1999.

Gürkan, Ülker: **Hukuki Realizm Akımı**, Ankara, A.Ü.H.F. Yayınları, No: 225, 1967.

Gürler, Sercan: **Ahlak ve Adalet**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007.

Güven, Diler Tamer: "Roma Hukukunda Hak ve Dava İlişkisi", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı,** Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987.

Halpin, Andrew: "Hohfeld's Conceptions: From Eight to Two", **Cambridge Law Journal,** Vol.: 44, No: 3, 1985, pp. 435-457.

Halpin, Andrew: **Rights and Law: Analysis and Theory,** Oxford, Hart Publishing, 1997.

Harel, Alon: "Theories of Rights", **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Edited by: Martin P. Golding, William A. Edmundson, Malden, MA, U.S.A., Blackwell Publishing, 2005, pp. 191-206.

Harris, J. W.: **Legal Philosophies**, Second Edition, London, Butterworths, 1997.

Hart, H.L.A. : "Bentham: Lecture on a Master Mind:", **Proceedings of The British Academy**, Vol.: 48, 1962, pp. 297-320.

Hart, H.L.A. : "Definition and Theory in Jurisprudence", **Essays in Jurisprudence and Philosophy,** Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 21-48.

Hart, H.L.A.: "Are There Any Natural Rights?", **Theories of Rights**, Edited by: Jeremy Waldron, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 77-90.

Hart, H.L.A.: "Bentham on Legal Rights", **Oxford Essays in Jurisprudence,** Edited by: A. W. B. Simpson, Second Series, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 171-201.

Hart, H.L.A.: "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence", **Essays in Jurisprudence and Philosophy,** Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 265-277.

Hart, H.L.A.: **The Concept of Law,** Second Edition, Oxford, Clarendon Press, 1994.

Hatemi, Hüseyin: **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004.

Hirş, Ernest: **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Güncel Dile Uyarlayan: Selçuk Baran Veziroğlu, Üçüncü Tıpkı Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2001.

Hislop, David John: "The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions", **A.R.S.P.,** Vol.: LIII, 1967, pp. 53-89.

Hobbes, Thomas: **Leviathan**, Çeviren: Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1993.

Hoebel, E. Adamson: "Fundamental Legal Concepts As Applied in The Study of Primitive Law", **Yale Law Journal**, Vol.: 51, 1941-1942, pp. 951-966.

Hohfeld, Wesley Newcomb: **Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,** Edited by: Walter Wheeler Cook, New Haven, Yale University Press, 1923.

Holmgren, Margaret: "Raz on Rights", **Mind, New Series,** Vol.: 94, No: 376, 1985, pp. 591-595.

Husik, Isaac: "Hohfeld's Jurisprudence", **University of Pennsylvania Law Review,** Vol.: 72, 1923-1924, pp. 263-277.

Ingram, Attracta: **A Political Theory of Rights,** Oxford, Clarendon Press, 1994.

Işıktaç, Yasemin, Sevtap Metin: **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2003.

Işıktaç, Yasemin: "Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları", **H.F.S.A**., 11. Kitap, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s. 138-154.

Işıktaç, Yasemin: "Toplum ve Hukuk", **Sosyolojiye Giriş,** Editör: İhsan Sezal, Ankara, Martı Kitap ve Yayınevi, 2002, s. 571-625.

Işıktaç, Yasemin: **Hukuk Felsefesi,** İkinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2006.

Işıktaç, Yasemin: **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1999.

Işıktaç, Yasemin: **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2007.

İzveren, Adil: **Hukuk Felsefesi**, İkinci Baskı, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 45, 1994.

Jian, Ll: "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty", **2002 Competition for Hong Qian Essay Prizes in Philosophy: Honorable Mention,** (Çevrimiçi): http://www.cass.net.cn/chinese/s14zxs/facu/lijian/zhicheng/lunwen1.htm, 04.2005.

Jones, Peter: "Re-Examining Rights", **British Journal of Political Science**, Vol.: 19, No: 1, 1989, pp. 69-96.

Jones, Peter: **Rights,** London, Macmillan, 1994.

Jones, Tudor: **Introduction to Political Concepts**, Florence, KY, USA, Routledge, 2001.

Jorgensen, Stig: **Hukuk ve Toplum**, Yayına Hazırlayan: Mehmet Tevfik Özcan, Çeviren: Ülker Yükselbaba, Nazime Beysan, İstanbul, Donkişot Yayınları, 2001.

Jorgensen, Stig: **On Justice and Law**, Aarhus, Aarhus University Press, 1996.

Kabaağaç, Sina, Erdal Alova: **Latince-Türkçe Sözlük**, İstanbul, Sosyal Yayınları, 1995.

Kamm, F. M.: "Rights", **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Edited by: Jules Coleman, Scott Shapiro, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 476-513.

Kant, Immanuel: **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çeviren: İoanna Kuçuradi, Üçüncü Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2002.

Kant, Immanuel**: The Metaphysics of Morals**, Translated by: Mary Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

Kant, Immanuel: **The Philosophy of Law: An Exposition of The Fundamental Principles of Jurisprudence As Science of Right,** Translated by: W. Hastie, Edinburgh, T&T Clark, 1887.

Kapani, Münci: **Kamu Hürriyetleri**, Yenilenmiş Beşinci Baskı, A.Ü.H.F. Yayınları No: 392, Ankara, Sevinç Matbaası, 1976.

Karadeniz-Çelebican, Özcan: **Roma Hukuku**, Altıncı Baskı, Ankara, A.Ü.H.F. Yayınları, No: 518, 1997.

Kearns, Thomas R.: "Rights, Benefits and Normative Systems", **A.R.S.P.**, Vol.: 61, 1975, pp. 465-483.

Keeton, G. W. : **The Elementary Principles of Jurisprudence,** Second Edition, London, Sir Isaac Pitman & Sons, 1949.

Knowles, Dudley: **Political Philosophy**, Florence, KY, USA, Routledge, 2001.

Kocourek, Albert: "Tabulae Minores Jurisprudentiae", **Yale Law Journal,** Vol.: 30, 1921, pp. 215-226.

Kocourek, Albert: "The Hohfeld System of Fundamental Legal Concepts", **Illinois Law Review,** Vol.: 15, 1920-1921, pp. 24-39.

Köker, Levent: **Demokrasi Üzerine Yazılar**, Ankara, İmge Kitapevi, 1992.

Kramer, Matthew H., Hillel Steiner, "Theories of Rights: Is There a Third Way", **Oxford Journal of Legal Studies Advance Access**, 2005, pp. 1-30.

Kramer, Matthew H.: "Do Animals and Dead People Have Legal Rights?", **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Vol.: XIV, No: 1, 2001, pp. 29-54.

Kramer, Matthew H.: "On The Nature of Legal Rights", **Cambridge Law Journal**, Vol.: 53, No: 3, 2000, pp. 473-508.

Kramer, Matthew H.: "Rights Without Trimmings", **A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries,** Matthew H. Kramer, Nigel E. Simmonds, Hillel Steiner, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 7-111.

Kuçuradi, İoanna: "Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları", **H.F.S.A**, 13. Kitap, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s. 36-41.

Kuçuradi, İoanna: "Felsefe ve İnsan Hakları", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Hazırlayan: İoanna Kuçuradi, İkinci Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, 1996, s. 49-54.

Kuyurtar, Erol: "Haklar", **H.F.S.A.,** 9. Kitap, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 151-157.

Kuyurtar, Erol: "Hakların Normatif Temelleri", **H.F.S.A.,** 11. Kitap, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s. 109-116.

La Torre, Massimo: " 'Rechtsstaat' and Legal Science: The Rise and Fall of the Concept of Subjective Right", **A.R.S.P.,** Vol.: LXXVI, 1990, pp. 50-68.

Lazarev, Nikolai: "Hohfeld's Analysis of Rights: An Essential Approach to a Conceptual and Practical Understanding of the Nature of Rights", **Murdoch University Electronic Journal of Law,** Vol.:1, 2005, (Çevrimiçi): http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/journals/MurUEJL/2005/9.html, 27.06.2007.

Lord Lloyd of Hampstead, M.D.A. Freeman, **Lloyd's Introduction to Jurisprudence**, Fifth Edition, London, Stevens & Sons, 1985.

Lyons, David: "Rights, Claimants and Beneficiaries", **American Philosophical Quarterly,** Vol.: 6, No: 3, 1969, pp. 173-185.

Lyons, David: "The Correlativity of Rights and Duties", **Nous**, Vol.: 4, No: 1, 1970, pp. 45-55.

Lyons, David: "Utility and Rights", **Theories of Rights,** Edited by: Jeremy Waldron, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 110-136.

MacCormick, D. Neil: "Rights in Legislation", **Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart**, Edited by: P.M.S. Hacker, Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 189-209.

MacCormick, Neil: "Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right", **A.R.S.P.**, Vol.: 69, 1976, pp. 305-317.

MacDonald, Margaret: "Natural Rights", **Theories Of Rights**, Edited by: Jeremy Waldron, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 21-40.

MacIntyre, Alasdair: **Ethik'in Kısa Tarihi**, Çeviren: Hakkı Hünler, Solmaz Zelyüt Hünler, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2001.

Mack, Eric: "In Defense Of The Juristiction Theory Of Rights", **The Journal Of Ethics,** Vol.: 4, 2000, pp. 71-98.

Maher, Frank H. : "The Kinds of Legal Rights", **Melbourne University Law Review,** Vol.:5, 1965, pp. 47-76.

Marmor, Andrei: "On The Limits Of Rights", **Law and Philosophy,** Vol.: 16, 1997, pp. 1-18.

Marshall, Paul: "Two Types of Rights", **Canadian Journal of Political Science**, Vol.: 25, No: 4, 1992, pp. 661-676.

Martin, Michael: **Legal Realism: American and Scandinavian**, New York, Peter Lang Publishing, 1997.

Martin, Rex: **A System Of Rights**, Oxford, Clarendon Press, 1993.

Metin, Sevtap: "Hukuk Normunun Yorumu", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı,** Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2002.

Metin, Sevtap: "Joseph Raz'da Hukuki Otorite Kavramı", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2006, s. 37-63.

Miller, David: **Social Justice**, Oxford, Clarendon Press, 1976.

Mitnick, Eric J.: "Constitutive Rights", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol.: 20, No: 2, 2000, pp. 185-204.

Montague, Phillip: "Two Concepts of Rights", **Philosophy & Public Affairs**, Vol.: 9, No: 3, 1980, pp. 372-384.

Morrison, Wayne: **Jurisprudence: From The Greeks to Post-Modernism**, London, Cavendish Publishing Limited, 2000.

Mulhall, Stephen, Adam Swift: **Liberals and Communitarians**, Second Edition, Oxford, Blackwell Publishers, 1997.

Mullock, Philip: "The Choice Theory of Legal Rights", **Western Ontario Law Review**, Vol.: 14, 1975, pp. 241-261.

Nelson, William: "Varieties of Rights: How They Work, How They Justified", **Social Theory and Practice**, Vol.: 31, No: 3, 2005, pp. 359-378.

Nuttall, Jon: **Ahlak Üzerine Tartışmalar,** Çeviren: Abdullah Yılmaz, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1997.

Nyquist, Curtis: "Teaching Wesley Hohfeld's Theory of Legal Relations", **Journal of Legal Education**, Vol.: 52, 2002, pp. 238-257.

O'Hagan, Timothy: "Theories of Rights: Beyond the Choice\Benefit Opposition", **A.R.S.P**., Vol.: LXXI, 1985, pp. 35-42.

O'Neill, Onora: "Kantian Ethics", **A Companion to Ethics**, Edited by: Peter Singer, Oxford, Blackwell Publishers, 1993, pp. 175-185.

Oğuzman, M. Kemal, Nami Barlas: **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar,** Tümüyle Gözden Geçirilmiş Dokuzuncu Baskı, İstanbul, Beta, 2002.

Oğuzman, M. Kemal, Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1995.

Ökçesiz, Hayrettin: "Hukuk ve Dil", **Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri**, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Alkım Yayınları, 1997, s. 472-476.

Öktem, Niyazi, Ahmet U. Türkbağ: **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul, Der Yayınları, 1999.

Öktem, Niyazi: **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2318, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 529, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1977.

Önder, Ali Rıza: " 'Hak' Sözünün Türkçesi", **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1-2, 1981, s. 125-141.

Özbilgen, Tarık: **Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2170, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 485, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.

Özbilgen, Tarık: **Eleştirisel Hukuk Sosyolojisi Dersleri,** İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1655, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 357, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1971.

Özcan, Mehmet Tevfik: "Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXIV, Sayı: 2, 2006, s. 119-144.

Özcan, Mehmet Tevfik: "Rule of Law: A Modus Vivendi Or An Imaginary Relationship", **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Vol.: 38, No: 55, 2006, pp. 49-59.

Özcan, Mehmet Tevfik: **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, Üçüncü Baskı, İstanbul, Kavim Yayıncılık, 2007.

Özcan, Mehmet Tevfik: **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2008.

Özkurt, Hülya: "Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi", **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı,** Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003.

Özlem, Doğan: **Etik - Ahlak Felsefesi**, İstanbul, İnkılap Kitapevi, 2004.

Özlem, Doğan: **Mantık: Klasik\Sembolik Mantık, Mantık Felsefesi**, Yeniden Gözden Geçirilmiş Sekizinci Baskı, İstanbul, İnkılap Kitapevi, 2006.

Özön, Mustafa Nihat: **Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, Üçüncü Baskı, İstanbul, İnkılap Kitapevi, t.y.

Parlatır, İsmail: **Osmanlı Türkçesi Sözlüğü**, Ankara, Yargı Yayınevi, 2006.

Paychere, François: "Hohfeld Revisited: A Matter of Viewpoint?", **A.R.S.P.,** Vol.: LXXVII, 1991, pp. 374-384.

Penner, J.E.: "The Analysis of Rights", **Ratio Juris,** Vol.: 10, No: 3, 1997, pp. 300-315.

Pieper, Annemarie: **Etiğe Giriş**, Çeviren: Veysel Atayman, Gönül Sezer, İstanbul, Ayrıntı, 1999.

Poggi, Gianfranco: **Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım,** Çeviren: Şule Kut, Binnaz Toprak, İkinci Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2002.

Pound, Roscoe: "Legal Rights", **International Journal of Ethics,** Vol.: 26, No: 1, 1915, pp. 92-116.

Radin, Max: "A Restatement of Hohfeld", **Harvard Law Review**, Vol.: 51, 1938, pp. 1141-1164.

Radin, Max: "Correlation", **Columbia Law Review**, Vol.: 29, 1929, pp. 901-905.

Rainbolt, George W.: "Rights as Normative Constraints on Others", **Philosophy and Phenomenological Research,** Vol.: LIII, No: 1, 1993, pp. 93-111.

Rainbolt, George W.: "Rights Theory", **Philosophy Compass**, Vol.: 1, No: 1, 2006, pp. 11-21.

Rainbolt, George W.: **The Concept of Rights**, Dordrecht, Netherlands, Springer, 2006.

Randall, H. J.: "Hohfeld on Jurisprudence", **The Law Quarterly Review**, Vol.: 41, No: CLXI, 1925, pp. 86-94.

Raz, Joseph: "Rights and Individual Well-Being", **Ethics In The Public Domain,** Edited by: Joseph Raz, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 44-59.

Raz, Joseph: "Legal Rights", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol.: 4, No: 1, 1984, pp. 1-21.

Raz, Joseph: "Right-Based Moralities", **Theories of Rights**, Edited by: Jeremy Waldron, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 182-200.

Raz, Joseph: "The Role of Well-Being", **Philosophical Perspectives**, Vol.: 18, 2004, pp. 269-294.

Raz, Joseph: **The Concept of a Legal System: An Introduction to The Theory of Legal System,** Oxford, Clarendon Press, 1980.

Raz, Joseph: **The Morality of Freedom**, Oxford, Oxford University Press, 1986.

Riddall, JG: **Jurisprudence**, London, Butterworths, 1999.

Roshwald, Mordecai: "The Concept of Human Rights", **Philosophy and Phenomenological Research**, Vol.: 19, No: 3, 1959, pp. 354-379.

Ross, Alf: **On Law and Justice**, London, Stevens & Sons Limited, 1958.

Sabine, George: **Yakınçağ Siyasal Düşünceler Tarihi**, Çeviren: Özer Ozankaya, Üçüncü Baskı, İstanbul, Cem Yayınevi, 1997.

Schoeman, F.: "Bentham's Theory of Rights", **Jeremy Bentham: Critical Assessments**, Edited by: Brikhu Parekh, Vol.: II, London & Newyork, Routledge, 1993, pp. 736-756.

Schofield, Philip: "Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence", **Jeremy Bentham: Critical Assessments**, Edited by: Brikhu Parekh, Vol.: II, London & Newyork, Routledge, 1993, pp. 184-213.

Seagle, William: "Rudolf Von Jhering: Or Law As A Means To An End", **The University of Chicago Law Review**, Vol.: 13, 1946, pp. 71-89.

Serozan, Rona: **Medeni Hukuk: Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004.

Shafer-Landau, Russell: "Rights and Liberties", **The Philosophy of Law: An Encyclopedia,** Edited by: Christopher Berry Gray, Vol.: II, New York & London, Garland Publishing, 1999, pp. 753-756.

Simmonds, Nigel E. : "Property, Autonomy and Welfare", **A.R.S.P**., Vol.: LXVII, No: 4, 1981, pp. 61-75.

Simmonds, Nigel E.: "Rights at the Cutting Edge", **A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries,** Matthew H. Kramer, Nigel E. Simmonds, Hillel Steiner, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 113-232.

Simmonds, Nigel E.: "The Analytical Foundations Of Justice", **Cambridge Law Journal,** Vol.: 54, No: 2, 1995, pp. 306-341.

Singer, Joseph William : "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld", **Wisconsin Law Review,** 1982, pp. 975-1059.

Skirbekk, Gunnar, Nils Gilje: **Antik Yunan'dan Modern Döneme Felsefe Tarihi**, Çeviren: Emrullah Akbaş, Şule Mutlu, İstanbul, Üniversite Kitapevi, 2004.

Smith, Munroe: "Four German Jurists", **Political Science Quarterly**, Vol.: 10, No: 4, 1895, pp. 664-692.

Smith, Munroe: "Four German Jurists II", **Political Science Quarterly**, Vol.: 11, No: 2, 1896, pp. 278-309.

Somek, Alexander: "German Legal Philosophy and Theory in the Nineteenth and Twentieth Centuries", **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Edited by: Dennis Patterson, Oxford, Blackwell Publishing, 1996, pp. 343-354.

Sözer, Ali Nazım: **Hukukta Yöntembilim**, İzmir, Beta, 2008.

Sreenivasan, Gopal: "A Hybrid Theory of Claim-Rights", **Oxford Journal of Legal Studies,** Vol.: 25, No: 2, 2005, pp. 257-274.

Steiner, Hillel: "Working Rights", **A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries,** Matthew H. Kramer, Nigel E. Simmonds, Hillel Steiner, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 233-301.

Steiner, Hillel: **An Essay on Rights**, Oxford, Blackwell Publishers, 1994.

Stone, Julius: **The Province and Function of Law,** Sydney, Associated General Publications, 1946.

Stone, Roy: "An Analysis of Hohfeld", **Minnesota Law Review,** Vol.: 48, 1963, pp. 313-337.

Sumner, L. W.: "Rights", **The Blackwell Guide to Ethical Theory,** Edited by: Hugh LaFollette, Malden, Massachusetts, 2000, pp. 288-305.

Sungurbey, İsmet: "Hak Nedir?", **Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri**, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Alkım Yayınları, 1997, s. 151-159.

Şahin, Şule: "H.L.A. Hart: Hukuk Kavramı ve Ayrım Tezi", **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş,** Editör: Ahmet Haluk Atalay, İstanbul, Teknik Yayıncılık, 2004, s. 93-123.

Tebbit, Mark: **Philosophy of Law: An Introduction,** London & New York, Routledge, 2000.

Thomson, Judith Jarvis: **The Realm of Rights**, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1990.

Topçuoğlu, Hamide: **Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk),** Cilt: 1, A.Ü.H.F. Yayınları No: 147, Ankara, 1960.

Tuck, Richard: **Natural Rights Theories: Their Origin and Development,** Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, Onuncu Baskı, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2005.

Türkbağ, Ahmet Ulvi: "Immanuel Kant'ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet", **H.F.S. A**., 2. Kitap, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Afa Yayıncılık, 1995, s. 71-80.

Twining, William: "The Contemporary Significance of Bentham's Anarchical Fallacies", **A.R.S.P**., Vol.: LXI, 1975, pp. 325-356.

Umur, Ziya: **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983.

Umur, Ziya: **Roma Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1984.

Upton, Hugh: "Right-Based Morality and Hohfeld's Relations", **The Journal of Ethics,** Vol.: 4, 2000, pp. 237-256.

Uyanık, Halit: "Joseph Raz'da Hukukun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.

Uygun, Oktay: "İnsan Hakları Kuramı", **Cogito İnsan Hakları,** Editör: Korkut Tankuter, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s. 13-44.

Uygun, Oktay: "Küreselleşme ve Özgürlük", **Felsefe Tartışmaları**, 28. Kitap, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2001, s. 91-104.

Uygun, Oktay: **Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, İstanbul, İnkılap Kitapevi, 2003.

Uygur, Gülriz: "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 52, Sayı: 3, 2003, s. 145-176.

Uzun, Ertuğrul: "John Austin: Analitik Pozitivizm", **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş,** Editör: Ahmet Haluk Atalay, İstanbul, Teknik Yayıncılık, 2004, s. 11-22.

Uzun, Ertuğrul: "İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin", **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,** Cilt: 3, No: 2, 2004, s. 1-24.

Üçok, Coşkun, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt: **Türk Hukuk Tarihi,** Yeniden Düzenlenip Gözden Geçirilmiş Ekli Sekizinci Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 1996.

Üskül, Zeynep Özlem: **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, İstanbul, Büke Yayıncılık, 2003.

Von Jhering, Rudolph: **Law as a Means To an End**, Translated From The German By: Isaac Husik, Boston, The Boston Book Company, 1913.

Von Jhering, Rudolph: **The Struggle For Law**, Translated from the Fifth German Edition: John J. Lalor, Chicago, Callaghan and Company, 1879.

Waldron, Jeremy: "Introduction" , **Theories of Rights,** Edited by: Jeremy Waldron, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp.1-20.

Waldron, Jeremy: "Rights", **A Companion to Contemporary Political Philosophy,** Edited by: Robert E. Goodin, Philip Pettit, Massachusetts, Blackwell, 1993, pp. 575-585.

Waldron, Jeremy: "Rights", **The Blackwell Encyclopaedia Of Political Thought,** Edited by: David Miller, Oxford, Blackwell Publishers, 1987, pp. 443-446.

Waldron, Jeremy: **Liberal Rights**, New York, Cambridge University Press, 1993.

Waldron, Jeremy: **The Right To Private Property**, Second Edition, Oxford, Clarendon Press, 2002.

Warburton, Nigel: **Felsefeye Giriş**, Çeviren: Ahmet Cevizci, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2000.

Weinreb, Lloyd L.: **Oedipus At Fenway Park: What Rights Are and Why There Are Any,** Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1994.

Wellman, Carl: **An Approach to Rights,** Dordrech, Kluwer Academic Publishers, 1997.

Wenar, Leif: "Rights", **Stanford Encyclopedia of Philosophy,** (Çevrimiçi): http://plato.stanford.edu/entries/legal-rights/, 09.03.2006.

Wenar, Leif: "The Nature of Rights", **Philosophy & Public Affairs**, Vol.: 33, No: 3, 2005, pp. 223-252.

West, David: **Kıta Avrupası Felsefesine Giriş,** Çeviren: Ahmet Cevizci, İstanbul, Paradigma Yayınları, 1998.

White, Alan R.: "Austin as a Philosophical Analyst", **A.R.S.P**., Vol.: LXIV, 1978, pp. 379-399.

Williams, Glanville: "The Concept of Legal Liberty", **Columbia Law Review,** Vol.: 56, No: 8, 1956, pp. 1129-1150.

Wilson, J. G.: "Hohfeld: A Reappraisal", **University of Queensland Law Journal,** Vol.: 11, No: 2, 1980, pp. 190-204.

Yagisawa, Takashi: "Definition", **The Cambridge Dictionary of Philosophy,** Edited by: Robert Audi, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 186.

Yalçın, Şahabettin: "Adaletin Felsefi Temelleri", **H.F.S.A.**, 9. Kitap, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 73-81.

Yayla, Atilla: **Liberalizm**, Üçüncü Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, 2000.

Yeğin, Abdullah, v.d.: **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Büyük Lügat**, İstanbul, Sebat Yayım, 2006.

Yıldırım, Cemal: **Çağdaş Felsefe Sözlüğü**, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2000.

Yörük, Abdülhak Kemal: **Hukuk Felsefesi Dersleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 746, Hukuk Fakültesi No: 155, 1958.

Yücel, Mustafa Tören: **Hukuk Felsefesi**, Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara, Başkent Klişe Matbaası, 2005.

Zevkliler, Aydın, Ayşe Havutçu: **Medeni Hukuk Temel Bilgiler,** Beşinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.

ÖZGEÇMİŞ

08.09.1978 tarihinde Lefkoşa\K.K.T.C.'de doğdum. İlkokulu Şehit Mehmet Eray İlkokulu'nda, ortaokul ve liseyi ise Türk Maarif Koleji'nde tamamladım. 1995 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni kazanarak, İstanbul'a geldim. 1999 yılında buradan mezun oldum. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda yüksek lisansa başladım. Aralık 1999'da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı'na araştırma görevlisi olarak atandım. 2002 yılında "David Hume'da Hukuk ve Devlet Sistemi" başlıklı tezimin kabul edilmesi ile yüksek lisans çalışmamı tamamladım. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda doktora programına başladım. Halen daha İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı'ndaki görevime devam etmekteyim.