

HUKUK TEORİLERİNDE YARGI VE HUKUK UYGULAYICISI FETİŞİZMİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.644280>

*Arş. Gör. Yahya Berkol GÜLGEÇ**

Öz

Yargı organı ve hukuku uygulamakla görevli olan organlara hukuk teorisinde özel bir önem atfedilmiştir. Özeldede yargı, geneldeyse bütün hukuk uygulayıcıları kuralların asıl muhatabı veya en nihayetinde hukuk sistemini tesis eden organlar olarak görülmüştür. Hukuk teorilerinin birincil amacı hukuk sistemlerini ve işleyişini açıklamak, hukukun muhataplarının üzerindeki normatif gücünü temellendirebilmektir. Kanımızca özeldede yargı organı ve hukuk uygulayıcılarının önemli rolüne ısrarla yapılan atıf, atıfta bulunan hukuk teorilerinin hukuk sisteminin işleyişine ilişkin açıklayıcı gücünü zayıflatmaktadır. Fetişist olarak adlandırdığımız bu teoriler, özel kişilerin, yani vatandaşların davranış ve tutumlarını önemsizleştirmekte, onları sistemin aslı parçaları olmaktan çıkarıp, sisteme tâbi unsurlar hâline getirmektedir. Kanımızca bu tutum teorik açıdan savunulabilir değildir. Bunu göstermek için makale Hans Kelsen, H.L.A. Hart ve Alf Ross'un hukuk teorilerini inceleyecektir. Bu teorilerin yargı organı ve hukuk uygulayıcılarına bakışındaki fetişist unsurlar ortaya konacak, sonuç bölümündeysede bu unsurların sakıncaları sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Yargı organı, hukuk uygulayıcıları, hukukî pozitivism, İskandinav realizmi, Tanıma Kuralı

* Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: ybulgec@uludag.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2577-5799> (Makalenin Geliş Tarihi: 21.09.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 15.10.2019/Makale Kabul Tarihi: 28.10.2019)

FETISHISM OF JUDICIARY AND OFFICIALS IN LEGAL THEORIES

Abstract

The judiciary and the law-applying organs have been attributed a special importance in legal theory. The judiciary in particular and all law-applying organs in general have been viewed as the real addressees of the rules or the organs ultimately constituting the legal systems. The primary purpose of legal theories is to explain the legal systems and their functioning and to ground the normative force of law on its addressees. We believe that this persistent reference to the crucial role of the judiciary and law-applying organs weakens the explanatory power of these legal theories. These fetishist theories, as we name them, trivialize the actions and attitudes of private persons, i.e. citizens, and renders them components subject to the system rather than being essential factors for the system. We believe that this position is theoretically indefensible. In order to demonstrate this, the article will examine legal theories of Hans Kelsen, H. L. A. Hart and Alf Ross. These theories' fetishist elements concerning the judiciary and other law-applying organs will be exposed and inconveniencies of such elements will be presented.

Keywords

Judiciary, law-applying organs, legal positivism, Scandinavian realism, Rule of Recognition

GİRİŞ

Yargı organı¹ 20. yüzyılda geliştirilen hukuk teorileri açısından büyük önem arz eder. Bu yüzyılda geliştirilen hukuk teorilerini incelediğimizde bunların yargı fonksiyonuna merkezî bir rol biçtiğini görürüz. Austin sonrası Kelsen'in ve Hart'ın teorileri tarafından örneklendirilen hukukî pozitivist yaklaşımdan Dworkin'in düşüncesine, oradan bir bütün olarak realistler ve özellikle de İskandinav realistlerine kadar geniş bir teorik yelpaze yargı organına hukuk sistemindeki diğer aktörlerden daha farklı roller biçmişlerdir. Bu çalışmanın bir amacı bu rolün belli yanlışlara dayandığını ortaya koymaktır. Bununla birlikte, peşinen belirtelim ki maksadımız hiçbir şekilde yargı organının değeri, önemi veya gereğini sorgulamak değil, bazı hukuk teorilerinde bu organa biçilen rolün eleştiriye açık olduğunu göstermektir. Elbette, bu dönemde geliştirilen bütün teorilerde söz konusu yanlışlığa rastlayamayız. Örneğin, Scott Shapiro'nun plan temelli hukuk teorisinde veya Joseph Raz'ın hukuk kurallarını davranış sebebi olarak algılayan teorisinde bu türden yanlışlara rastlanmaz. Bunun nedeni de anılan bu son iki teorinin hukuk sisteminin işleyişinden normların davranışı yönlendirme kapasitesi ve hukukun normativitesiyle ilgilenmesidir. Şurası gerçek ki hukuk teorisi açısından duayen kabul edilen isimler, eğer teorilerinin önceliği de hukuk sistemini açıklamaksa, yargının işlevine odaklanmayı tercih etmektedir.

Bazı hukuk teorilerinde yargı organı ve onun işlevine ilişkin bir yanlış bulunduğundan bahsettik. İşte, bu yanlış dolayısıyla atfedilen önemi fetişizm² olarak ifade ediyoruz. Doğal olarak bir teorinin bu anlamda ne derece fetişist olduğu yanlışlığın ve yargı organına biçilen rolün önemine göre değişecektir. Biz bu farklı dereceleri olabildiğince ortaya koymaya çalışacağız. Ayrıca, bu fetişizmin ardında siyasî, toplumsal, ekonomik, ahlâkî ve benzeri sebepler rol oynamış olabilir. Ancak, bizim öncelikli amacımız teorilerin barındırdığı fetişist yanlışların hukuk sistemini açıklama ve anlamlandırmada niçin başarısız olabileceğini göstermekten ibarettir. Hukukî

¹ Zaman zaman yargı organı yerine hâkimler ifadesini kullanacağız. Elbette, esasen yargı organı ve hâkim farklı kavramlardır. Ancak, makalemiz açısından özellikle bir erk olarak yargı organından bahsedilmediği yerlerde “hâkim” veya “hâkimler” ifadesini kullanmakta bir sakınca görmedik.

² Fetişizmin farklı anlamları bulunmaktadır. Bu anlamlardan hangisini tercih ettiğimizi belirtmeden önce, kullandığımız hâliyle terimin Marksist fetişizm düşüncesine herhangi bir atıfta bulunmadığını belirtelim. Biz Louise Kaplan'ın tanımını benimseyerek fetişizm ifadesini “*maddî bir nesne, fikir veya uygulamaya karşı aşırı, irrasyonel bağlılıklar*” olarak anlıyoruz (bkz. **Kaplan**, Louise J.: *Cultures of Fetishism*, Pallgrave Macmillan, New York, 2006, s. 1).

olmayan açıklamalara çok nadiren ve yalnızca bazı olumsuzluklara işaret etmek için yer vereceğiz.

Yargı fetişizmini üzerinden değerlendireceğimiz teoriler sırasıyla Hans Kelsen, H. L. A. Hart ve Alf Ross'un teorileridir. İddiamız bu üç teorinin de yargı fetişizminden mustarip olduğu değildir. Bu teorilerden bir veya birkaçı yargı fetişisti olmayabilir. Ancak, gösterilecektir ki, bu sefer de özeldeki yargı fetişizmi "hukuk uygulayıcıları"na genişlemektedir. Bu durumda ise hukukun, hukuk uygulayıcısı olarak görülmeyen özel kişilerin davranışlarını yönlendirme fonksiyonu açıklanamamaktadır. Dolayısıyla iddiamız bu üç teoriden en az birinin yargı fetişisti, diğerlerinin ise en azından "hukuk uygulayıcısı" fetişisti olduğudur.

İncelememiz neticesinde Kelsen'in saf hukuk kuramının hukuk uygulayıcısı fetişisti olduğu sonucuna ulaşacağız. Tanıma Kuralı'nın nasıl yorumlanacağına bağlı olarak yargı fetişisti veya hukuk uygulayıcısı fetişisti olarak nitelendirilebilir. Alf Ross'un realist teorisi ise incelenen üç teori açısından tartışmasız biçimde yargı fetişisti olarak adlandırılacak tek teoridir.

I. HUKUKU UYGULAMAK

Bu kısımda³ makalenin geri kalanında önem arz edecek bir soru soracağız: Hukuk uygulayıcısı kimdir? Bu sorunun cevabı için öncelikle kısaca hukukun uygulanmasından ne kastettiğimizi belirlememiz gerekir. Bunu yapmak için klasik olarak hukuk uygulayıcısı olarak görülen yargı organı ve yürütmenin hukuku uygularken ne yaptığına bakmayı önereceğiz.

Yürütmeyi idareyi de kapsayabilecek bir anlamda kullanıyoruz. Öyleyse, yürütmenin hukuku uyguladığını söylediğimizde tam olarak neyi kastederiz? İdarenin hukuku uygulamasıyla kastedilen genellikle yürütmenin genel normlara dayanarak birel bir norm tesis etmesidir. Kısacası, yürütmenin hukuku uygulamasının aracı birel işlemlerdir. Hâkimlerin hukuku uygulamasının da aynı şekilde gerçekleştiğini söyleyebiliriz. Her şeyden önce mahkeme kararları da birer birel normdur⁴. Mahkeme de, tıpkı yürütme gibi

³ Bu kısımdaki tartışmaların temelini "*Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*" başlıklı kitabımızda atmıştık (Gülgeç, Yahya Berkol: *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*, On İki Levha, İstanbul, 2018). Burada ilgili olduğu sürece hukukun uygulanması kavramına ilişkin görüşümüzü özetleyip makale konusuyla bağlantısını kuracağız.

⁴ **Kelsen**, Hans: *General Theory of Law and State*, 3. Baskı, Harvard University Printing Press, Cambridge, 1949, s. 144; **Kelsen**, Hans: *Pure Theory of Law*, 5. Baskı, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008, s. 268. Birel nitelikli mahkeme kararlarının

olaya ilişkin genel normlardan yola çıkarak somut ve birel bir olması gerekene karar verir. Bu noktada genel nitelikli işlemlerin geçerliliğini sona erdiren mahkeme kararlarının birel işlem olarak görülemeyeceği itirazı yöneltilebilir. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin bir kanunu iptali veya idarî yargıda bir düzenleyici işlemin iptali durumunda, bu işlemin sonuçları genel nitelikli olmakta, bir başka deyişle, muhatabı önceden belirlenemeyecek normatif bir değişiklik ortaya çıkmaktadır. Ancak, kanımızca bir normun birel/genel niteliği farklı, bu niteliğin yol açtığı sonuçlar farklıdır. Neticede genel nitelikli normu iptal eden mahkeme kararının içeriği düşünüldüğünde, bu normun belirli ve somut bir içeriğinin olduğu görülecektir. Bu kararlar belirli bir normu geçersiz kılan, yürürlükten kaldıran birel işlemlerdir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan hukukun uygulanmasının yalnızca yürütme ve mahkemelerin yetkisinde olduğu düşünülebilir. Biz aksini iddia ediyoruz. Özel kişiler de pekâlâ hukuku uygulayabilirler. Bunun iki sebebi vardır. İlk sebep, özel kişilerin de genel nitelikteki normları somutlaştıran işlemler yapabilmeleridir. Sözleşmeler bu durumu örneklendirir. Özel kişiler kendi aralarındaki belirli bir ilişkiye dair genel normlardan aldıkları yetkiyle bir sözleşme akdedebilirler. Bu sözleşmenin muhatapları sözleşmenin taraflarıdır; yani, muhatap önceden belirlenebilir niteliktedir. Elbette sözleşme akdedilmesiyle idarî ve yargısal organların işlem ve kararları arasında bazı farklar mevcuttur. Mühim olan bu farkların niçin ilki gruptaki işlemleri hukukun uygulaması kılıp, sözleşmeleri hukukun uygulaması olarak görülmekten alıkoymadığının gösterilmesidir. Örneğin, ilk gruptaki işlemlerin kamu gücü kullanılarak yapıldığı, oysa sözleşmelerde kamu gücünün söz konusu olmadığı düşünülebilir. Ancak, kamu gücü kriterinin hukukun uygulanmasıyla ne gibi bir bağı vardır? Hukukun uygulanmasının ancak kamu gücüyle olabileceği düşüncesi hangi normdan veya teorik postulatattan kaynaklanmaktadır? Biz böyle bir norm veya teorik kaynak bulamadık. Keza, ilk gruptaki işlemlerin bir nevi bağı yetki olduğu; başka bir deyişle, ilk gruptaki işlemlerin gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu, ancak kişilerin sözleşme akdedip akdetmeme konusunda serbest olduğu da ileri

norm olmadığına dair görüşler de mevcuttur (Örn. Bkz. **Gözler**, Kemal: Hukuka Giriş, 10. Baskı, Ekin, Bursa, 2013, s. 191). Bu görüş genel olarak normların genel nitelik arz etmesi gerektiği inancına dayanır ve ancak *stare decisis* ilkesi doğrultusunda genel bağlayıcılığa sahip olan hukukî işlemleri norm olarak kabul eder. Biz bu görüşe niçin katılmadığımızı ve birel nitelikli mahkeme kararlarının norm olarak kabul edilmesi gerektiğini daha önce açıklamıştık. Bkz. **Gülgeç**, Yahya Berkol: Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2018, ss. 108-112.

sürülebilir. Bu durumda hukukun uygulanması ancak hukukun uygulanmayı talep ettiği, bu uygulanmayı zorunlu kıldığı durumlarla sınırlandırılmış olur. Böyle bir sınırlandırmanın geçerliliği teorik açıdan şüphelidir. Nitekim bu durumda, yürütmenin takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda yaptığı işlemler hukukun uygulanması olarak görülemeyecektir.

Özel kişilerin hukuk uygulayıcısı olduğuna dair ikinci ve daha radikal düşüncemiz “hukuka uyma” ve “hukuku uygulama” sırasında hukuk uygulayıcısı makamlarla hukuka uyan özel kişilerin zihinsel faaliyetlerinin karşılaştırılmasını önermektedir⁵. Buna göre, idarî makamlar ve mahkemelerin hukuku uygularken gerçekleştirdiği alelade faaliyet genel nitelikli normlardan yola çıkarak somut duruma ilişkin bir çıkarımda bulunmak ve ona göre davranmaktır⁶. Bir cinayet davasında ceza hâkiminin akıl yürütmesi şu şekilde özetlenebilir:

Öncül 1: Kanun kasten adam öldürenin müebbet hapisle cezalandırılmasını öngörmüştür (Genel norm).

Öncül 2: A B kişisini kasten öldürmüştür (Somut duruma ilişkin tespit).

Çıkarım: A müebbet hapis ile cezalandırılmalıdır.

Şimdi hukuka uyan kişinin durumuna bakalım. Hukuka uymak, normun muhatabının somut durumdaki davranışını belirlemek için normu esas alması

⁵ Buradaki argümanları temel olarak şu kitabımızda dile getirdik: **Gülgeç**, *Lex Superior İlkesi*, *op. cit.*, ss. 17-33. Burada farklı ifadelerle bu argümanları özetlemekle yetinmiyoruz.

⁶ Bu ifadeyle belirtmek istediğimiz mahkemelerin ve idarî makamların hukuku uygularken tek yapabileceğinin bu olduğu değil, “belli bir normun” uygulanmasının bu zihinsel faaliyeti gerektirdiğidir. Örneğin, kolay davalarda mahkemenin genel nitelikli normdan yola çıkarak somut duruma ilişkin bir çıkarımda bulunmak dışında yapması gereken bir şey yoktur. Zor davalarda bu durum değişebilir. Burada bu görüşe karşı çıkmıyoruz. Ancak, zor davalarda durumun değişmesi belli bir normun uygulanmasının nasıl gerçekleştirildiğiyle değil, davaya uygulanacak olan tek şeyin o norm olup olmamasıyla, uygulanacak normun ne olduğuyula veya farklı normların uygulanmasından hangi hukukî sonucun çıkarılacağıyla ilgilidir. Bir başka deyişle, zor dava doktrini bir hukuk kuralının uygulanmasının ne anlama geldiğinden ziyade, davalarda olması gerekenin, verilmesi gereken kararın ne olduğuna karar verirken nelerin gözetileceğine, hâkimin neye göre karar vereceğine dairdir. Dworkin de yerleşik hukuk kurallarının belli bir yönde karar vermeyi zorunlu kılmadığı zor davalarda siyasa (*policy*) veya ilkelere dayanarak karar verilmesinin mümkün olduğunu vurgulayarak zor davalarda kararın dayanağına ilişkin bir zorluk arz ettiğini vurgulamıştır. Bkz. **Dworkin**, Ronald: “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, Cilt: 88, Sayı: 6, 1975, s. 1060. Bir başka deyişle, zor davalarda karar, hukuk kuralı ve olay öncüllerinden dedüktif olarak çıkarılamaz ve yaratıcı yorum yöntemlerine başvurulur. Kararın dayandığı öncüller kümesi genişler. Bkz. **Uzun**, Ertuğrul: *Akıl Tutkunu Hukuk*, On İki Levha, İstanbul, 2010, s.185.

ve normdan çıkarsadığı davranışı yerine getirmesi olarak tanımlanabilir. Hemen belirtelim ki İngilizcede “*comply with*” ve “*conform to*” ifadeleri arasında bir fark bulunmaktadır. Bu fark, bunlardan ilkinde kişinin davranışının temeline normu alması ve bilinçli bir şekilde, o normun sunduğu sebep doğrultusunda hareket ederek gereken davranışı sergilemesi, ikincisinde ise nihaî davranışın gereken davranış veya yasaklanmayan davranış olmasının yeterli olmasıdır⁷. Türkçede bu ifadeleri karşılayacak farklı kelimeler bulamadık⁸. Bizim burada kastettiğimiz “hukuka uymak” “*comply with*” anlamındaki uymadır. Öyleyse kasten adam öldürmeyi yasaklayan ceza kanununa uyacak olan muhatabın akıl yürütmesi şu şekilde gösterilebilir:

Öncül 1: Kanun Ratonya Cumhuriyeti vatandaşları için kasten adam öldürmeyi yasaklamıştır (Genel norma ilişkin tespit).

Öncül 2: Ben Ratonya Cumhuriyeti vatandaşayım (somut duruma ilişkin tespit).

Çıkarım: Öyleyse kasten adam öldürmemeliyim.

Dolayısıyla, hâkimin karar verirken izlediği zihinsel süreçle özel kişinin hukuka uyarken geçirdiği zihinsel süreç mantıksal olarak aynıdır. Bu mantıksal şablonu idarî makamın işlem tesis ederken de izlediğini gösterebiliriz, ama buna gerek görmüyoruz. Sanıyoruz aynı sürecin niçin idarî makam açısından da geçerli olduğu açıktır. Bu noktada, hâkimin, idarî makamın ve özel kişinin yaptığı, somut duruma uygulanabilir normu tespit ettikten sonra, o durumda yapması gerekeni çıkarsamak ve ona göre davranmaktan (karar vermek, işlem yapmak veya normun gerektirdiği bir başka davranışı yerine getirmekten) ibaretse, niçin bir grubun davranışını hukuku uygulamak, özel kişinin davranışını ise hukuka uymak olarak nitelendirdiğimiz sorgulanmalıdır. Acaba hukuka uymak hukuku uygulamak olabilir mi?

Burada şu itiraz öne sürülebilir: “Hâkimin ve idarî makamın hukuku uygulamasından sonra ortaya bir norm çıkmaktadır. Özel kişinin hukuka uyması ise bir norm ortaya çıkarmaz. Dolayısıyla, sözleşme örneğindeki durumla buradaki durum farklıdır”. Peki ama uygulamak normun rehberliğindeki bir davranıştan başka nedir? Niçin uygulamanın neticesinde bir norm ortaya çıkması gereksin? Davranışı yerine getirirken izlenen zihinsel süreç aynı mantıksal izleğe sahipse, bu davranışların neticesinde norm ortaya

⁷ Bu fark Joseph Raz tarafından vurgulanmaktadır. Bkz. **Raz**, Joseph: Practical Reason and Norms, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2002, ss. 179-182.

⁸ Belki “uymak” ve “uygun davranmak” ifadeleri sırasıyla “*comply with*” ve “*conform to*” ifadelerini karşılamak için kullanılabilirdi. Ancak, biz “uymak” ile “uygun davranmak” arasındaki bu anlam farklılığının sunî olacağını düşündük.

çıkıp çıkmaması durumuna göre bunları uygulama olarak nitelendirmek ne derece tutarlı bir düşüncedir? Bu düşüncenin doğru olmadığı bir örnek de gösterilebilir. Hukukun uygulandığını düşündüğümüz her yerde uygulamanın neticesinde bir norm ortaya çıkmaz. Hâkimin kararı gereğince kasten adam öldürmeden hüküm giyen mahkûmu cezaevine götüren kolluk kuvveti, hukuku uygulamaktadır. Bu ise bir işlem değil, eylemdir. Yani, bu davranışın neticesinde bir norm ortaya çıkmaz. Hukukun uygulanmasının neticesi olarak ortaya mutlaka bir norm çıkacağını düşünmek bizi, tereddütsüz biçimde hukukun uygulandığını söyleyebileceğimiz durumlarda aslında uygulananın hukuk olmadığını kabul etmeye zorlar.

Dolayısıyla, kanımızca özel kişilerin hukuka uyma davranışı da hukuku uygulamak olarak algılanabilir ve algılanmalıdır. Ancak, bu görüşümüz kabul edilmese dahi özel kişilerin sözleşme akdetmek suretiyle hukuku uygulayabildiği yönündeki iddiamız bu retten etkilenmez. Bu nedenle, hâkim ve idarî makamların yanında özel kişilerin de hukuk uygulayıcısı olabileceğini düşünmek gerekir.

Şimdiki soru hâkimlerin uygulamasıyla diğerlerinin uygulaması arasında niteliksel bir farklılık olup olmadığıdır. Yargı fetişizmine bir nebze de olsa meyleden bir düşünce şunu öne sürecektir: “Varsayalım ki özel kişiler de hukuk uygulayıcısı. Hâkimlerin uygulamasını diğerlerinden ayıran husus, hâkimin hukuku nihaî olarak uygulamasıdır. Nitekim yazarın da belirttiği gibi, yargı hukukî uyuşmazlıkları hukuken aksi iddia edilemeyecek şekilde çözme faaliyetidir”. Bu itirazda hukukun nihaî uygulayıcısı olarak hâkim kavramına ulaşıyoruz. Bu kavram, hâkimler dışında idarî makamların da (ve belki özel kişilerin de) hukuku uyguladığını kabul etse de, bunların hukuku uygulaması konusundaki nihaî kararı mahkemenin vereceği, yani somut durumda hukukun nasıl uygulanması gerektiğine yargının hükmedeceğini ileri sürmektedir. Bunun sebebi de idarî makamların ve kişilerin hukuk uygulamalarının yargının denetimine tâbi olmasıdır.

Hukukun nihaî uygulayıcısı olarak hâkim anlayışının bazı pürüzleri vardır. Her şeyden önce, bu anlayış hâkimin kararının da bir norm olduğunu ve dolayısıyla, bu normun da uygulanması gerekeceğini unuttur gibidir. Yukarıda verdiğimiz örneği hatırlayacak olursak, kasten adam öldürme suçundan mahkûm olan birinin cezaevine götürülmesi hâkimin kararının uygulanmasıdır. Bu durumda ise, hâkim ve genel olarak yargı hukukun nihaî uygulayıcısı konumunu kaybetmektedir. Bir başka deyişle, hâkimin kararı da en nihayetinde normlar âleminde değişiklik yaratır; olgusal âlemde değil. Dolayısıyla, normun gereğini olgusal âlemde yerine getirecek bir uygulama davranışına gerek olur. Bu uygulayan davranış kimi zaman davanın tarafının

rızasıyla yerine getirdiği hukuka uyma davranışdır, kimi zamansa bir idarî merci tarafından kararın gereğinin yerine getirilmesini sağlayacak işlem ve eylemlerde bulunulmasıdır (borçlunun mallarının haczedilmesi, mahkûmun cezaevine götürülmesi vb.).

Buna rağmen yargının hukukun uygulanması konusundaki önemi korunabilir. İddia şudur: Hâkim hukukun uygulanması konusundaki nihaî merci olmasa dahi, idarî makamların işlemleri ve özel kişilerin hukuka uyma eylemleri yargı denetimine açık olduğu sürece, neticede yine bunlar tarafından uygulanacak olan birel normun ne olduğunu, yani konuya ilişkin genel hükümlerden nihaî olarak hangi birel hükmün çıkarılacağını belirleme kudreti yargıya aittir. Hukukta yorum, yani hukukî metni anlamlandırma sorunu, çoğunlukla genel normların somut olaya uygulanması noktasında ortaya çıkar. Çünkü genel normun kapsamına neyin gireceğinin belirlenmesi zaten bireleştirilmiş normun kapsamında neyin olduğunun belirlenmesinden daha zordur. Eğer bu konuda yargı diğerleri üzerinde bir otoriteye, bir başka deyişle otantik yorum yetkisine, sahipse, hukukta yorumun en sorunlu olduğu alanda yargı, yürütme ve özel kişilerden daha önemli bir role sahiptir.

Bir yönüyle bu tespite katılmamak güçtür. Neticede, genel normları anlamlandırmak, birel normları anlamlandırmaktan çok daha zordur. Dolayısıyla, yargının yürütme ve özel kişiler üzerinde genel normları anlamlandırmak konusunda sahip olduğu üstünlük, hukukun nihaî olarak uygulanması anlamına gelmesede, önemlidir. Ancak, bu konuda bir uyarıda bulunmak zorundayız. Mahkemeler hukukun uygulanması konusundaki yorum yetkisini, ancak söz konusu normun uygulanmasına ilişkin bir uyuşmazlık veya dava söz konusu olduğunda kullanabilir. Dolayısıyla, dava konusu olmadığı sürece bir norm diğer uygulayıcıların (yürütme veya özel kişi) yorumladığı şekliyle uygulanmaya devam etmektedir. Üstelik Kara Avrupası hukuk sistemlerinde *stare decisis* ilkesinin geçerli olmadığı düşünüldüğünde, mahkemelerin yorum yetkisinin somut olaylarla sınırlı kaldığını kabul etmek gerekir. Bir başka deyişle, davaya konu olan bir olayda mahkemenin yorumu diğer hukuk uygulayıcılarının yorumuna üstün gelirken, aynı normun uygulanabileceği başka olaylar dava konusu olmadığı için yargısal yorumun üstünlüğü söz konusu olmayabilir. Buna karşın, *stare decisis* ilkesinin geçerli olduğu Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde mahkemelerin yorum yetkisinin önemi de artacaktır.

Sonuç olarak şuna karar vermiş bulunuyoruz: Yargı yetkisini kullanan hâkim, yürütme ve özel kişiler hukuk uygulayıcısı konumunda olabilirler. Bunlar arasında metnin belirsizliğine bir çare, genel hukuk normunu ifade etme anlamında hâkimin diğer hukuk uygulayıcılarından daha önemli

olduğu, hukuk sistemlerinin bu şekilde tasarlandığı doğrudur. Ancak, mahkemelerin her türlü normun yorumu konusunda diğer hukuk uygulayıcılarından üstün bir konumunun bulunmadığı, bu üstünlüğün uyuşmazlığa konu somut duruma ilişkin belli norm veya normların yorumu ve uygulanmasına ilişkin olduğu unutulmamalıdır. Aşağıda yargı veya “hukuk uygulayıcısı” fetişisti hukuk teorilerinde hâkimin ve yargının rolü değerlendirirken burada vurguladığımız önem ve sınır unutulmamalıdır.

II. YARGI FETİŞİSTİ HUKUK TEORİLERİNDE HÂKİMİN ROLÜ

Bu kısımda yargı veya “hukuk uygulayıcısı” fetişizminin söz konusu olduğu hukuk teorilerinde hâkime ve diğer “hukuk uygulayıcılarına”⁹ biçilen rolleri ele alacak ve inceleyeceğiz. Üç farklı hukuk teorisinde “hukuk uygulayıcılarına” üç farklı fetişist rol biçildiğinden bahsedebiliriz: 1) Bütün normların muhatabı olarak “hukuk uygulayıcıları”, 2) Sistemi tesis eden olarak “hukuk uygulayıcıları” (veya hâkim¹⁰), 3) Bütün normların belirleyicisi olarak hâkim. Bu rolleri sırasıyla ve ilk kısımda yaptığımız açıklamalara olabildiğince bağlı kalarak ele alalım.

A. Bütün Normların Muhatabı Olarak “Hukuk Uygulayıcıları”

Bu kısımda öncelikle Hans Kelsen’in saf hukuk teorisinde “hukuk uygulayıcılarına” biçtiği rolü ele alacak, sonrasında ise bu rolü eleştireceğiz. Kelsen hukuk normlarının muhatabının özel kişiler değil, hukuk sisteminde yaptırım uygulamakla görevli organlar olduğunu düşünür. Ona göre, hukuk kurallarının doğrudan davranışını düzenlemeye yöneldiği kişiler, yaptırım aracılığıyla belli bir şekilde davranmaya sevk edilen özel kişiler değil, yaptırımı uygulayacak olan makam ve organlardır. Özel kişiler hukuk kuralının ancak ikincil muhatabı olabilir¹¹. Hart, hukuk normlarının muhatabının hâkimler olduğu yönündeki düşüncesi “Kelsenci dogma” olarak nitelendirmiştir. Hart’a göre Alf Ross’un bütün normların hâkimlere yönelik olduğu ve özel kişilerin hukuka uyma yükümlülüğünün ancak hâkimin kararına uyma olarak anlaşılabilceği yönündeki düşüncesi bu dogmadan kaynaklan-

⁹ “Hukuk uygulayıcıları” ifadesinin etrafındaki tırnak işareti, bu kavramın kapsamına özel kişilerin dâhil edilmediğini ifade etmektedir. Bizim anlayışımıza göre hukuk uygulayıcılarının özel kişileri de kapsadığını hatırlatmak isteriz.

¹⁰ Aşağıda görüleceği gibi, Shapiro’nun Tanıma Kuralı yorumuna göre Hart’ın teorisinin hukuk uygulayıcısı fetişisti değil, yargı fetişisti olduğu iddia edilebilecektir.

¹¹ Bkz. **Kelsen**, Hans: *General Theory of Norms*, Clarendon Press, Oxford, 1991, s. 52.

maktadır¹². Öyleyse, ilk olarak Hart'ın ifadesiyle bu “dogma”yı incelemek gerekir.

Kelsen'in konuya ilişkin düşüncelerini doğrudan aktarıyoruz:

“Eğer ‘geçerlilik’ ile hukuken ‘olması gereken’ kastediliyorsa, hukuk, yani birincil norm, sadece yaptırımı uygulaması gereken organ için doğrudan ‘geçerli’dir. Yalnızca hukukun sunumunda ikinci normlar kavramı kullanılırsa süjenin ihlalden kaçınması ve hukukî görevi yerine getirmesi gerekir ve böylece, dolaylı bir şekilde, hukuk süje için de geçerli olur”¹³

İlk olarak Kelsen'in birincil norm ve ikincil norm kavramlarına açıklık getirmek gerekir. Kelsen'e göre, hukukî gerekliliğin tek bir gerçek anlamı vardır. Buna göre hukukî gereklilik, mutlaka belli bir organın yaptırım uygulama yükümlülüğünü ifade eder¹⁴. Ahlâkta olanın aksine hukukî olması gerekenler, yaptırımı bağlanan davranışın yapılması gerektiğini ifade etmezler¹⁵. “Kasten adam öldürmek yasaktır. Kasten adam öldüren mahkemeler tarafından müebbet hapisle cezalandırılır” normunu düşünelim. Kelsen'e göre bu normun ifade ettiği olması gereken mahkemelerin kasten adam öldürünlere müebbet hapis cezası vermesidir. Bir başka deyişle, bu hukuk normu kişilerin kasten adam öldürmemesi gerektiğini ifade etmez. Ancak, genellikle hukuku sunma tarzımız burada iki tür norm olduğunu söyler: İlki özel kişilerin davranışa ilişkin kasten adam öldürmekten kaçınma yönünde bir yükümlülükken, ikincisi mahkemelerin öngörülen yaptırımı uygulama yükümlülüğüdür¹⁶. Daha önce buradaki gerçek yükümlülüğün ikincisi olduğunu söylemiş olan Kelsen, ilk yükümlülüğün mevcudiyetinden bahsetmenin ancak onun ikinci yükümlülüğe bağlı olduğu kabul edilirse mümkün olduğunu belirtir¹⁷. Bunun temel nedeni hukukun genel olarak yaptırımlara yer veren cibrî bir düzen olmasıdır. Süjelerin norma aykırı davranışı normla çelişmez, yalnızca yaptırımın uygulanmasının ön şartını oluşturur¹⁸.

Kelsen'in açıklamalarında belirlenmesi gereken ilk husus “yaptırımı uygulayacak organ” ile kastedilenin yalnızca yargı organı olup olmadığıdır. Bu soru önemlidir, çünkü eğer kastedilen yalnızca yargı organı değil de

¹² Bkz. **Hart**, Herbert Lionel Adolphus: “Scandinavian Realism”, The Cambridge Law Journal, Cilt: 17, Sayı: 2, 1959, s. 236.

¹³ **Kelsen**, General Theory of Law and State, *op. cit.*, s. 61. Çeviri bize aittir.

¹⁴ *Ibid.*, ss. 59-60.

¹⁵ *Ibid.*, s. 60.

¹⁶ *Ibid.*, s. 61.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

yaptırım uygulayabilecek olan bütün organlarsa, Kelsenci yargı fetişizmi “hukuk uygulayıcısı” fetişizmine dönüşecektir. Kanımızca Kelsen’in fetişizmi (dogması) ilk aşamada yargı organına değil, yaptırım kavramına ilişkindir. Yaptırım kavramının saf hukuk teorisi açısından öneminden dolayı yargı organı da dâhil olmak üzere yaptırım uygulayan organlar açısından fetişizm söz konusu olur. Yaptırım ise yargı organı yanında yürütme tarafından da uygulanabilir. Zaten Kelsen “*Hâkim - veya daha genel bir ifade kullanmak gerekirse, hukuku uygulayan organ - hukuken yaptırımı uygulamakla yükümlendirilebilir...*”¹⁹ demek suretiyle hukuk normunun muhatabının hâkimlerin yanı sıra yaptırımı uygulayacak olan diğer organlar olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla, Kelsen’in fetişizmi yargı organını kapsayan, ancak onunla kalmayan bir fetişizmdir. Bunun hem olumlu hem de olumsuz sonuçları olabilir. Bir yandan, hukukun muhatabı kümesindeki genişleme yürütmenin de hukuk ve yaptırım uygulamasına rağmen yalnızca yargı organının hukuk uygulayıcısı olarak görülmesine yönelik olası bir eleştiriyi bertaraf etmektedir. Diğer yandan, olası fetişizmin alanı genişlediğinden, yanılmanın yıkıcı sonuçları da hukuk teorisinin geneline sirayet etmektedir.

Kelsen’in fetişizmini şöyle ifade edebiliriz: “Hukuk normu özel kişilerin değil, yaptırımı uygulayacak mercilerin davranışları üzerinde olması gereken teşkil eder”. Bu fetişizmin eleştirisine hukukun cebrî bir düzen olması ve yaptırımın hukuk normunun zorunlu unsuru olması düşüncelerinden başlayabiliriz. Bu konuya daha önce başka çalışmalarımız kapsamında değinmiş ve Kelsen’in yaptırımın hukuk normunun zorunlu unsuru olduğu yönündeki düşüncesini eleştirmiştik²⁰. Burada aynı tartışmayı tekrarlamamızın bir anlamı olmadığını düşünüyoruz. Dolayısıyla, yalnızca görüş ve eleştirimizin bir özetini sunacak ve fırsat buldukça görüşlerimizi farklı pencere-lerden ifade edeceğiz.

Kelsen’e göre hukuk sistemi toplumsal bir düzendir. Bu toplumsal düzeni ahlâk ve din gibi diğer yapılardan ayıran ise cebrî bir düzen olmasıdır²¹. Cebrîlik niteliği nedeniyle yaptırım hukukî olanın önemli ve ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir²². Bir başka deyişle, yaptırım yalnızca hukuk sisteminin cebrîliğini sağlamanın aracı değil, hukuk normu açısından

¹⁹ *Ibid.*, s. 59.

²⁰ Örn.bkz. **Gülgeç**, *Lex Superior İlkesi*, *op. cit.*, ss. 13-15; **Gülgeç**, Yahya Berkol: “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 66, Sayı: 4, 2017, ss. 711-721.

²¹ **Kelsen**, *Pure Theory of Law*, *op. cit.*, s. 50.

²² *Ibid.*

vazgeçilmez bir unsurdur. Kelsen, yaptırımın hukuk normunun zorunlu unsuru olduğu düşüncesine ilişkin iki temel itiraz ileri sürülebileceğini tahmin etmektedir. Bunlardan ilki hukuk sistemlerinde yükümlendirici normların yanında yetki veren normların da bulunması, ikincisi ise yaptırım öngören normun kendisinin yaptırımı bağlanmamış olmasıdır²³. Kelsen ikinci itirazın geçersiz olduğunu düşünmektedir. Bunun sebebi, uygulanmaması bir başka yaptırımı bağlanmamış olan yaptırım normunun, yaptırım uygulanmasını zorunlu tutmayan ama bu yönde yetki veren bir norm olduğunun düşünülmesidir²⁴. İlk itiraz ise “bağımlı normlar” kavramıyla çürütülebilir. Bağımlı normlar kendileri bir yaptırım öngörmese dahi, mutlaka yaptırım öngören bir normla ilişkilidir. Bu ilişki, ya yaptırım öngören normdaki cebriliğin görünüşte yaptırımsız olan norma bir tepki olması veya görünüşte yaptırımsız olan normun bir yaptırımın uygulama kapsamını daraltan, yetki verici bir norm olması şeklindedir²⁵. Örneklendirmek gerekirse, ilk ilişki, bir norma aykırılığının yaptırımın aynı madde veya aynı kanun tarafından değil, bir başka kanun tarafından öngörülmesi durumunda söz konusu olabilir. İkinci ilişki ise yetki veren ve yaptırım içermeyen bir normun, yaptırım içermeyen norm olmasaydı uygulanabilecek olan bir yaptırımın uygulanmasını önlediği yerlerde ortaya çıkar. Yani, yetki veren yaptırımsız norm, yetkiyi kullanan organ, kişi veya makama herhangi bir yaptırım uygulanmasını önler.

Bizim Kelsen’in bu konularda yaptığı açıklamalara bir itirazımız yok. Ancak, Kelsen bu iki kategoriye dâhil olmayan, gerçekten de ne bir yaptırım öngören ne de bir yaptırımın uygulanma kapsamıyla alakalı olan normlar olabileceğini belirtir. Bu normların sübjektif anlamı objektif anlamı olarak algılanamayacağı için, bu normların hukuken ilgisiz (*legally irrelevant*) olduğunu ileri sürer²⁶. Normun sübjektif anlamı onun içeriğinin yorumlanmasıyla elde edilebilecek gereklilik bildiren ifade iken, objektif anlamı söz konusu içeriğin hukuken bir gereklilik ifade edebilmesidir. Kelsen bu konuda usulsüz vasiyetname örneğini vermektedir²⁷. “Ölünce kitaplarım kadreşime kalsın” ifadesinin sübjektif anlamı bunun bir vasiyetname olduğunu söyler. Ancak, objektif anlama göre söz konusu işlem belli usullere uyulmadan tesis edilirse bir vasiyetname teşkil etmez. Bu anlamda normun geçerli

²³ *Ibid.*, s. 51.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, s. 52.

²⁷ *Ibid.*, s. 3.

bir hukuk normu olabilmesi için onun sübjektif anlamı değil, objektif anlamı önemlidir. Gereklilik bildiren her ifadenin norm teşkil etmemesinin nedeni, hukuk normu olmak için ifadenin sübjektif anlamının objektif anlamı olarak yorumlanabilmesinin gerekmesidir.

Bu açıklamalar dikkate alındığında Kelsen gerçek anlamda yaptırım öngörmeyen ve bir yaptırımın uygulanma kapsamıyla ilgili olmayan normlar için ne söylemektedir? Bu normların, daha doğrusu bu ifadelerin, sübjektif anlamının objektif anlamları olarak anlaşılamayacağını söylemek, esasen bunların birer norm olmadığını söylemektir. Dolayısıyla, bunların geçersiz olduğunu, birer hukuk normu olmadığını düşünmek gerekir. Kelsen'in kullandığı "hukuken ilgisiz" ifadesi ise kafa karıştırmaktadır. Kelsen niçin geçersiz demek yerine "hukuken ilgisiz" demektedir? Bu ifade tercihinin gelişigüzel olduğunu düşünmüyoruz. Burada Kelsen'in normun geçerliliğine ilişkin söyledikleriyle yaptırımla ilişkili olma gerekliliğine dair düşünceleri arasında bir gerilim bulunmaktadır.

Kelsen'e göre bir normun geçerli olmasının iki şartı vardır. Bunlardan ilki normun, üst norma uygun şekilde, üst normun öngördüğü ihdas usulü ve içeriğe uygun olarak ihdas edilmesinin gerekmesidir²⁸. İkincisi ise söz konusu normun kalıcı olarak etkisiz olmaması, en azından belli bir etkililiğe sahip olmasıdır²⁹. Normun yaptırım öngörmemesi veya herhangi bir yaptırımın uygulanma kapsamıyla ilişkili olmaması genel bir geçerlilik şartı olarak öngörülmemiştir. Zaten sübjektif anlamı objektif anlamı olarak yorumlanamayan ve dolayısıyla geçersiz olan vasiyetname örneğine baktığımızda, belli bir usule, yani üst normun öngördüğü usule uyulmadan yapılan irade açıklamasının hukuken geçerli bir vasiyetname yaratamayacağını söylenildiğini görürüz. Dolayısıyla, bir irade açıklamasının sübjektif anlamının objektif anlamı olarak yorumlanamamasının sebebi ya üst normun öngördüğü usul ve içeriğe aykırılıktan dolayıdır ya da normun sürekli etkisizliğinden kaynaklanır. Bu noktada, gerçek anlamıyla yaptırımsız olan bir normun

²⁸ **Kelsen**, General Theory of Law and State, *op. cit.*, s. 124.

²⁹ **Kelsen**, Pure Theory of Law, *op. cit.*, s. 11. Biz Kelsen'in tekil bir normun etkililiği ile geçerliliği arasında kurduğu ilişkiye de karşıyız. Ancak bu çalışmada bunu iddia etmemize gerek yok. Ayrıca, burada belirtilen şartlara *necessitum nulla est obligatio* ve *impossibilium nulla est obligatio* şartlarını da eklemek gerekir. Bu şartlardan ilki, doğal zorunluluk teşkil eden içeriklerin norm değeri kazanamayacağını ifade eder. Normun içeriğine ilişkin bu ilk şartı "ihlâl edilebilirlik" şartı olarak da ifade edebiliriz. Bu anlamda, ancak bir insan davranışıyla ihlâl edilebilecek olan içerikler normun içeriği olabilir. *Impossibilium nulla est obligatio* ise tam tersini, uyulamayacak bir içeriğin norm teşkil etmediğini ifade eder.

etkisiz olacağı için geçersiz olacağı, dolayısıyla Kelsen'in düşüncesinde bir çelişki veya bizim bahsettiğimiz anlamda bir gerilim olmadığı düşünülebilir. Ancak bu düşünce doğru olmaz. Çünkü bir norma aykırılığın yaptırıma bağlanmamış olması ya da bağlanan yaptırımın uygulanmaması, normun etkisiz olduğu sonucu için yetersizdir. Bu düşünce insanların kendi rızalarıyla norma uyabileceği gerçeğini göz ardı etmektedir. Nasıl yaptırıma bağlanmış, ancak kimsenin fiiliyatta ihlal etmediği bir norm etkisiz olmayacaksa, yaptırımı bulunmayan veya bulunmakla birlikte uygulanmayan bir norm da, eğer vatandaşlar o norma uymaya devam ediyorsa, etkili olmaya devam edecektir. İnsanlar bir hukuk normuna pek çok sebepten uymayı tercih edebilirler. Öyle hukuk normları olabilir ki insanlar bu normun içeriğiyle örtüşen hukuk dışı normlara zaten uzun zamandır uymakta olabilirler. Bu durumda süljeler tarafından gözetilen ve uyulan bir normun etkisiz olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, gerçek anlamda yaptırımdan yoksun, başka bir yaptırımla ilişkisiz olan normları geçersiz ilan etmekte güçlük yaşayacağını bilen Kelsen, daha muğlak ve sonuçları kestirilemeyen "hukuken ilgisizlik" kavramına başvurmuştur.

Kısacası, Kelsen'in hatası hukuk sisteminin cebrîlik özelliğinden her hukuk normunun cebrî olması, yani yaptırım içermesi sonucunu çıkarmaktır. Oysa bütüne ait olan bir niteliğin mutlaka bütünün her parçasına da ait olması gerekmez. Öyleyse, hukuk sisteminin cebrî olması, ne yaptırımsız ne de yaptırımın uygulayıcısını muhatap alan hukuk normlarını gerektirir³⁰. Kanımızca, hukuk sistemindeki normların bütününe ya bir yaptırım içermesi ya da bir yaptırımın uygulanma kapsamıyla ilgili olması gerektiği yönündeki Kelsenci iddia hatalıdır ve reddedilmelidir. Şimdi bu reddin Kelsen'in "hukuk uygulayıcısı" fetişizmine etkisini ele alalım.

Kelsen, yargı veya hukuk uygulayıcısı fetişistinden önce bir yaptırım fetişistidir. Bu fetişin saf hukuk kuramının üzerinde yükseldiği temele aykırı olduğunu ve bu nedenle de gerçek Kelsen'in teorisinde yer almaması gerektiğini elimizden geldiğince göstermeye çalıştık. Her normun yaptırım içermesi veya bir yaptırımın uygulanma kapsamıyla ilgili olması gerekmediğine göre, üst norma uygun usul ve içeriğe sahip, gerçek anlamda yaptırımsız normlar bulunabilir. Kelsen'in hukuk normunun esasen hukuk uygulayıcılarına hitap ettiği ve onların davranışları açısından bir "olması gereken" teşkil ettiği yönündeki iddiası her normun bir yaptırım içerdiği durumlar açısından geçerli olabilir. Her normun bir yaptırımı olması gerekmediğine

³⁰ Ayrıca bkz. **Raz**, Joseph: *The Concept of A Legal System*, 2. Baskı, Clarendon Press, Oxford, 1997, ss. 81-82.

göre yaptırımsız normlar kime hitap etmektedir? Bu normların doğrudan davranışlarını düzenlemeye yöneldiği kişilere hitap ettiğini söylemekten başka bir seçeneğimiz var mıdır? Eğer normların mutlaka yaptırım uygulamakla görevli organlara hitap etmesi gerekmiyorsa, yaptırım içeren normların yalnızca yaptırımı uygulayan organlara hitap ettiğini savunmak için sebebimiz kalır mı?

Kelsen'in teorisinde normların özel kişilerin davranışlarına dair belirttiği gereklilikler gerçek anlamda birer yükümlülük değildir. Bunlar yalnızca normun gerçekten hitap ettiği yetkililerin yaptırım uygulamasının ön koşuludur. Ancak, yaptırım bir normun zorunlu unsuru olmaktan çıkarıldığında, davranışa ilişkin gerekliliğin, davranışını düzenlemeye yöneldiği kişiyi muhatap alan ayrı bir norm olarak kabul edilmemesi için bir sebep kalmaz. Buna göre, kişilerin davranışına ilişkin "olması gereken" ifadeleri ve bu gerekliliğin ihlali durumunda hukuk sistemindeki bazı yetkililere belli bir yaptırım uygulama yetkisi veren ifadeler pekâlâ birbirinden bağımsız iki norm olarak algılanabilir. Muhatap ve içeriği farklı olan iki ifadenin aynı normun parçası olarak yorumlanmasında teorik veya pratik bir fayda yoktur. Böyle bir tabloda kişinin davranışına ilişkin norm ve yaptırım arasındaki ilişki, ikincinin kişi yükümlülüğünü ihlal ettiğinde ona çektirilecek bir "kötülük"³¹ olarak tanımlanabilmesinden ibarettir.

Sonuç olarak, Kelsen'in bütün normların muhatabı olarak hâkim ve diğer yaptırım uygulayan organ ve mercileri görmesi temelden yoksundur. Ancak, şunu da kabul etmemiz gerekir: Kelsen'in fetişizmi doğrudan yargı ve onun fonksiyonundan değil, yaptırımı normun zorunlu unsuru olarak gören görüşten, belki de normativiteye ilişkin bir "güç fetişizmi"nden kaynaklanır. Sanıyoruz eğer Kelsen yaptırımın hukuk normunun zorunlu unsuru olmadığı konusunda ikna olsaydı, bütün normların yaptırım uygulayan organlara hitap ettiği düşüncesinden vazgeçmekte zorlanmazdı. Nitekim bu kabul saf hukuk kuramının özüne tesir eden bir düşünce değildir.

³¹ Austin, John: Lectures on Jurisprudence, Henry Holt and Company, New York, 1875, s. 217.

B. Hukuk Sistemini Tesis Eden Organ Olarak Yargı Organı³²

Hart'ın hukuk teorisi Kara Avrupalı çağdaşı Kelsen'in teorisinde mevcut olmayan bir esneklik sergiler. Saf hukuk kuramı Kant'ın birleştirici ve hakikatçi aklını yansıtırken, Hart'ta Anglo-Sakson geleneğinin pragmatizmini görürüz. Hart, Kelsen kadar birleştirici olmadığından, onun kadar dışlayıcı da değildir. Hukuk sisteminin nihai geçerliliği Hart'ın yazınında ancak resmî hukuk uygulayıcıları veya bir yoruma göre hâkimler tarafından tesis edilebilecek bir hakikattir. Hart'ın fetişizminin yargı fetişizmi olup olmaması bahsi geçen bu yorumun kabul edilip edilmemesine bağlıdır. Eğer bu yorum kabul edilirse, Hart, Kelsen'in aksine yargı fetişisti olacak, aksi hâlde her iki düşünürün teorisi de "hukuk uygulayıcısı" fetişizmi seviyesinde kalacaktır.

Bir olgu olarak hukuk sisteminin geçerliliği Tanıma Kuralı'na dayanır. Buradaki amacımız Tanıma Kuralı'na ilişkin detaylı bir tartışma gerçekleştirmek değildir. Bununla birlikte, Tanıma Kuralı'na ilişkin bazı tartışmalar Hart'ın yargı fetişizmine de temas ettiğinden, bunlara değinmek zorundayız.

1. Genel Olarak Tanıma Kuralı

Biz Hart'ın tanımladığı şekliyle birden fazla tanıma kuralı olabileceğini, ancak yalnızca bir tane Tanıma Kuralı bulunduğunu düşünüyoruz³³. Büyük harfle başlayan Tanıma Kuralı'nın farkı, hukuk sistemi içinde ihdas edilen bir kural değil, toplumsal bir kural olmasıdır³⁴. Toplumsal bir kural olduğu için Tanıma Kuralı'nın geçerliliği değil, varlığı söz konusu olur³⁵. Hart'ın burada ifade ettiği husus, bir kuralın hukuken niçin geçerli

³² Bu kısmı yazarken şu makalemizden faydalandık: **Gülgeç**, Yahya Berkol: "Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, 2017, ss. 81-148. Bununla birlikte, hem buradaki amacımız aynı derecede detaylı bir incelemeyi gerektirmediği için pek çok tartışmaya yer vermedik, hem de bazı tartışmaları yargı fetişizmi iddiasını destekleyecek şekilde tekrar düzenledik. Bunun yanında elimizden geldiğinde yargı fetişizmine işaret eden ek argümanlar üretmeye çalıştık.

³³ Hukuk sisteminde birden fazla tanıma kuralı bulunduğu Marmor işaret etmektedir. Bkz. **Marmor**, Andrei: *Philosophy of Law*, Princeton University Press, New Jersey, 2011, s. 50.

³⁴ Bkz. **Spaak**, Torben: "Kelsen and Hart on the Normativity of Law", *Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honour of Jes Bjarup*, Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm, 2005, s. 408; **Raz**, Joseph: "Legal Principles and the Limits of Law", *Yale Law Journal*, Cilt: 81, Sayı: 5, 1972, s. 851.

³⁵ **Hart**, Herbert Lionel Adolphus: *The Concept of Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 110.

olduğunun değil, ancak belli bir topluluk tarafından benimsenmiş olduğunun gösterile-bileceğidir. Bir başka deyişle, Tanıma Kuralı bir olgudur, normlar âleminde yer alan bir norm değil. Bununla birlikte, işlevi normatiftir: Bir hukuk siste-mindeki normların nihaî geçerliliğini belirlemek³⁶. Diğer tanıma kuralları ise hukuk sistemi içinde ihdas edilmiş olup, aynı Tanıma Kuralı gibi bazı norm-ların geçerliliğine ilişkin kriterler içerirler. Tanıma Kuralı çok sayıda tanıma kuralı arasında hiyerarşik olarak en üstün olandır³⁷.

Tanıma Kuralı bir ikincil kuraldır. Hart'a göre ikincil kurallar bir hukuk sistemini ilkel bir toplumun kurallar bütününden ayıran unsurdur³⁸. Toplam üç tür ikincil kural bulunmaktadır: Tanıma kuralları, değişiklik kuralları ve yargılama kuralları. İkincil kurallar genel itibariyle birincil kurallar hakkındaki kurallardır³⁹. Birincil kurallar ise doğrudan sisteme tâbi olanların davranışını düzenlemeye yönelmiş, vatandaşların yükümlülüklerini düzenleyen kurallardır. Tanıma kuralları bir normun hukuk uygulayıcıları tarafından geçerli bir norm olarak tanınmasını sağlayan kriterleri içerir⁴⁰. Bir hukuk kuralı ancak tanıma kuralında belirtilen kriterlere uygunsa geçerlidir⁴¹. Bu bağlamda Hart Tanıma Kuralı'nın iki fonksiyonu olduğundan bahseder. Bunlarda ilki hukuk sistemindeki normları belirlemek, diğeri ise hukuk sisteminin geçerliliğini sağlamaktır⁴². Bunlardan ilkine Tanıma Kuralı'nın epistemolojik, ikincisine ise ontolojik fonksiyonu denmektedir⁴³.

³⁶ Coleman, Jules L.: "Negative and Positive Positivism", The Journal of Legal Studies, Cilt: 11, Sayı: 1, 1982, s. 141.

³⁷ Gülgeç, "Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralı", *op. cit.*, s. 124, 130; Barber, Nicholas: "Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament and Statutes", Oxford Journal of Legal Studies, Cilt: 20, Sayı: 1, 2000, s. 135. Ayrıca bkz. Raz, Joseph: The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford University Press, Oxford, 1979, ss. 95-96.

³⁸ Hart, The Concept of Law, *op. cit.*, s. 94.

³⁹ *Ibid.* Bir başka yerde ikincil kuralları birincil kurallar veya diğer ikincil kurallar hakkındaki kurallar" olarak tanımlamıştık (Bkz. GÜLGEÇ, "Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralı", s. 104). Bunun nedeni birincil kurallara ilişkin ikincil kuralların da nasıl değiştirileceğine, nasıl geçerlilik kazanacağına vs. ilişkin kuralların da olabileceğidir. Eğer üçüncül kurallar diye farklı bir kategori yoksa, bunların da ikincil kurallar kategorisine dâhil edilmesi uygun olur. Bu anlamda ikincil kurallar diğer kurallar hakkındaki kurallar olarak tanımlanabilir. Bu çalışmada bu açıklamaya ihtiyacımız yok. O nedenle Hart'ın tanımını esas alarak devam ediyoruz.

⁴⁰ Hart, The Concept of Law, *op. cit.*, s. 100.

⁴¹ Barber, *op. cit.*, s. 135.

⁴² Hart, The Concept of Law, *op. cit.*, s. 105.

⁴³ Coleman, *op. cit.*, s. 141.

Tanıma Kuralı ancak hukuk uygulayıcıları tarafından belirlenebilir⁴⁴. Hart'ın hukuk uygulayıcıları ifadesi ile kimi kastettiği net değildir. Bununla birlikte, kimi kastetmediği bellidir. Buna göre, Tanıma Kuralı içsel bakış açısıyla sistemdeki hukuk uygulayıcıları tarafından benimsenecektir⁴⁵. Vatandaşların Tanıma Kuralı'na ilişkin içsel bir bağlılık hissetmesi gerekli değildir. Özel kişilerin birincil kurallara genel olarak uyması, yani sistemin birincil kurallarının belli bir etkililik seviyesine sahip olması yeterlidir⁴⁶. Hart'ın yargı fetişizminin saklı olabileceği yer de burasıdır. Hukuk sistemini hukuk sistemi yapan Tanıma Kuralı'nı benimseyecek olan hukuk uygulayıcıları kimdir?

2. Hukuk Uygulayıcıları Kavramı

Hart'ın hukuk uygulayıcıları ile kimi kastettiğinin belli olmadığını belirtmiştik. Hart Tanıma Kuralı söz konusu olduğunda bu kavramı kimi zaman bir hukuk sistemindeki bütün yetkililer, kimi zamansa yalnızca mahkemeleri ifade etmek için kullanmaktadır⁴⁷. Bunlardan ilki yürütme ve hatta yasama organını bile hukuk uygulayıcısı kavramına dahil ederken, ikincisi spesifik olarak yargı organını içermektedir. Shapiro'ya göre, Tanıma Kuralı'nın yalnızca mahkemelere, değişiklik ve yargılama kurallarınınsa norm koyan ve uyumsuzluk çözen organ ve makamlara ilişkin olması, başka sorunlara yol açacak olsa da, Hart'ın terminolojik tutarsızlığını giderebilir⁴⁸. Bu yorum kabul edilirse, Hart'ın teorisinin yargı fetişisti olduğu iddia edilebilecektir. Bunun nedenini açıklamadan önce aksinin kabulünün, yani Tanıma Kuralı'nın yalnızca hâkimlere değil de hukuk sisteminin bütün yetkililerine hitap etmesinin niçin teorik açıdan fetişizm anlamına gelmeyeceğini veya gelse bile bu fetişizmin oldukça düşük seviyede, göz ardı edilebilir bir fetişizm olacağını açıklamak isteriz.

Kelsen'in aksine Hart, bir hukuk sistemindeki bütün normların yaptırım uygulayan makam ve organlara yönelik olduğunu düşünmemektedir. Hukuk sistemindeki normlar muhataplarına (ve aynı zamanda yerine getirdikleri fonksiyona) göre birincil ve ikincil kurallar olarak ayrılırlar. Vatandaşların

⁴⁴ **Adler**, Matthew D.: "Constitutional Fidelity, The Rule of Recognition, and the Communitarian Turn in Contemporary Positivism", *Fordham Law Review*, Cilt: 75, Sayı: 3, 2006, s. 1671.

⁴⁵ **Shapiro**, Scott: "What is the Rule of Recognition (And Does It Exist?)", *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 239.

⁴⁶ **Hart**, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 116.

⁴⁷ **Shapiro**, *op. cit.*, s. 239.

⁴⁸ *Ibid.*, s. 241.

yükümlülükleri birincil kurallar tarafından düzenlenir ve bu kuralların muhatabı özel kişilerdir. İkincil kurallar ise hukuk uygulayıcılarını muhatap alırlar. Bunlar belli bir normun hangi kritere göre geçerli olacağını, nasıl değiştirilebileceğini ve uyuşmazlıkların nasıl çözülüp, yaptırımların nasıl uygulanacağını belirler. Hâliyle, ikincil normların muhatabının özel kişiler olması doğaldır. Bir başka deyişle, hukuk sisteminde bazı normların muhatabının farklı olması fetişizm olarak değerlendirilemez. Gerçekten de vatandaşlara değil, yürütmeye, yargı organına veya hukuk sisteminin başkaca bir “yetkilisine” hitap eden normlar mevcuttur. Bu durumda, eğer ikincil normların yalnızca hâkimlere değil, yürütmeye ve yasama organına da hitap ettiği kabul edilirse, sistemin nihaî geçerliliğini kuran Tanıma Kuralı’nı içsel bakış açısıyla benimseyecek olan da bütün bu muhataplar olacaktır. Yani, hâkimin sistem içindeki rolü diğer hukuk uygulayıcılarından farklı olmayacaktır.

Yukarıda hukuk kuralına uyan özel kişilerin de aslında hukuku uyguladığı ve bu nedenle de hukuk uygulayıcısı olduğunu vurgulamıştık. Eğer Hart’ın ikincil kurallarının yalnızca hâkimlere değil de bir bütün olarak hukuk sistemindeki “yetkililere” hitap ettiğini varsayarsak, hukuka uyan “vatandaşlar” hukuk sisteminin geçerliliğini tesis etme konusunda dışlanmış olmaktadır. Bu düşünce de eleştirilebilir. Hart hukuk sisteminin geçerliliği için iki şart aramaktadır. Bunlardan ilki hukuk uygulayıcıları tarafından ikincil kuralların içsel bakış açısıyla benimsenmesi, diğeri ise vatandaşların birincil kurallara uymasındır⁴⁹. Buradaki uymanın yüzde yüz olması gerekmez. Birincil kuralların Kelsen’in hukuk sistemi açısından öngördüğü gibi, genel olarak etkili olması yeterlidir. Dolayısıyla, Tanıma Kuralı bir hukuk sisteminin nihaî geçerliliğini belirleyen olgusal kural olsa da, vatandaşların “uymama” ve ihlal fiillerinin de bir hukuk sisteminin geçerliliğini etkileyebileceğini görüyoruz. Vatandaşların ihlallerinin ardında pek çok neden yatabilir. Belki de sistemin temelinde yatan ve hukuk uygulayıcıları tarafından benimsenen Tanıma Kuralı’nı benimsemedikleri, doğru bulmadıkları için sistemdeki birincil kurallara uymuyorlardır. Bir başka anlatımla, vatandaşların ikincil kurallara ilişkin içsel tutumu, bu kuralların yer aldığı hukuk sisteminin geçerliliğinde etkili olabiliyorken, vatandaşların ikincil kuralların benimsenmesinde tamamen devre dışı bırakılması eleştirilebilir. Ancak, burada “hukuk uygulayıcısı fetişizmi”nden bahsedilebilecek olsa bile ortada bir yargı fetişizmi bulunmamaktadır.

Yargı fetişizmi olarak açıklanabilecek durum daha ziyade Hart’ın hukuk uygulayıcıları kavramına ilişkin Shapiro’nun önerisi kabul edilirse

⁴⁹ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, s. 116.

ortaya çıkmaktadır. Hatırlanacağı üzere, Shapiro değişiklik kurallarının yasama organına, yargılama kurallarının uyuşmazlık çözen organlara ve tanıma kurallarının ise yargı organına hitap ettiği kabul edilirse hukuk uygulayıcıları kavramına ilişkin belirsizliğin giderilebileceğini düşünmekteydi. Ancak, bu durum Shapiro'nun da öngördüğü gibi bambaşka sorunlara yol açmaktadır. Bu sorunları elimizden geldiğince ifade edip, bu yorumun niçin bir tür yargı fetişizmine yol açacağını tartışacağız.

Değişiklik kuralları hukuk sistemindeki birincil kuralların (ve bizim anlayışımıza göre bazı diğer ikincil kuralların) nasıl değiştirileceğini belirleyen kurallardır. Bu durumda, değişiklik kurallarının yasama organına hitap ettiğinin düşünülmesi, genel norm koyan ve bunları koyan organın genellikle yasama organı olmasıdır. Bu özgülemeyle ilgili birkaç sorun vardır. Her şeyden önce, hukuk sisteminde yasama organı dışında kural koyan ve bu kuralları değiştiren başka organlar da bulunmaktadır. İdare de düzenleyici nitelikte işlem yapabilir ve bu işlemleri değiştirebilir. Keza, mahkemelerin de düzenleyici nitelikte içtüzükleri bulunmaktadır. Bunların değiştirilmesine ilişkin kuralların yürütmeye ve mahkemeye hitap ettiğinin kabul edilmesi gerekir. Bir başka deyişle, değişiklik kurallarını sistemdeki bir tanıma kuralı tarafından düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmiş olan bütün organ ve makamlara hitap edebilecek şekilde anlamak ve kurgulamak gerekir.

Gelelim tanıma kurallarının mahkemelere hitap etmesi konusuna. Tanıma kurallarını ikiye ayırmıştık. Bu ayrımı hukuk sisteminin pozitif metinlerinde yerini alan tanıma kuralları ve olgusal, en üstün Tanıma Kuralı olarak özetleyebiliriz. Tanıma kuralları genel olarak bir hukuk sisteminde neyin kaynak olduğunu belirlerler. Yasama organının işlemlerinin kanun ve parlamento kararı olması, yürütmeye verilen düzenleyici işlem yapma yetkisi ve hatta yürütmenin bireysel idarî işlem yapma yetkisi tanıma kurallarıyla belirlenir. Organlar hangi işlemler aracılığıyla işleyeceklerini tanıma kurallarına bakarak belirlerler. İhdas edilmiş tanıma kurallarına bakılarak belirlenemeyen kaynaklar ya geçersizdir ya da Tanıma Kuralı tarafından geçerli kılınmıştır. Türk hukuk sistemini örnek alacaksak, sistemdeki kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi vb. normların tanıma kuralları pozitif niteliktedir. Ancak, Anayasa'nın kendisi pozitif bir tanıma kuralına sahip değildir, ancak olgusal bir Tanıma Kuralı'na dayanabilir.

Hukuk yalnızca yargı organı değil, yasama ve yürütme organları tarafından da - hatta kanımızca özel kişilerce bile - uygulanır. Bu durumda Tanıma Kuralı'nın yalnızca hâkimleri muhatap aldığı iddiası neye dayandırılabilir? Bir olasılık olarak yargının hukuk normlarının geçerliliğine ilişkin yetkileri akla gelmektedir. Buna göre, bir hukuk normunun bir hukuk siste-

mine ait olup olmadığı, yani söz konusu normun geçerliliği hakkında karar verme yetkisi yargı organına aittir. Bu nedenle de bir hukuk sistemindeki normların nihaî geçerlilik kriteri olan Tanıma Kuralı'nın içeriği hâkimler tarafından tespit edilecektir. Bu tespite karşı hukuk kurallarının geçerliliğine veya hukuka uygunluğuna ilişkin siyasî denetim mekanizmaları da öngörülebilir. Bir başka deyişle, bazı normlarının yargısal denetimi mümkün olmayabilir⁵⁰. Kaldı ki, bir hukuk sistemindeki bütün normların yargısal denetimi mümkün olsa dahi, bu normlardan bir kısmı hiçbir zaman geçersizlik iddiasıyla bu mahkemelerin önüne gitmeyebilir. Ancak, buna rağmen bu kurallar geçerli kurallar olarak hukuk sistemindeki diğer uygulayıcılar tarafından uygulanmaya devam etmektedir. Bu durumda mahkemelerin normların geçersizliğine karar verebilme yetkisine dayanarak Tanıma Kuralı'nın bu mahkemelere ilişkin olduğu iddiasında nasıl bulunabilir? Bu cevaba karşılık, yargı organlarının bir normun geçerliliği hakkındaki kararı yalnızca iptal davası vb. yargısal denetim süreçleri sırasında değil, normları uygularken verdiği ileri sürülecektir. Bir başka deyişle, bir anayasa mahkemesi anayasal normları geçersiz kılma yetkisine sahip olmasa bile, bu normları uygulama yetkisine sahip olduğu sürece, söz konusu normları niçin uyguladığı, bu normların hukuk sistemine niçin ait olduğuna dair bir yargıya sahip olmak zorundadır. Bu gerekçelerin de her zaman mahkeme kararında yansıtılması gerekmez. Zaten aksi doğru olsaydı, anayasal normların geçerlilik kriterlerini içeren Tanıma Kuralı'nın ihdas edilmemiş bir kural olma özelliği ihlal edilmiş, nitekim bu kuralın varlığı için bir şekli ihdas şartı (mahkeme kararlarında zikredilmiş olmak) getirilmiş olurdu. Dikkat edilecek olursa bu kez vurgulanan yargının norm denetimi fonksiyonu değil, hukuku uygulama fonksiyonudur. Ancak, bir kez yargının norm denetimi fonksiyonuna değil de hukuku uygulama fonksiyonuna vurgu yapıldığında, aynı hukuku uygulayan ve en azından bazı işlemleri açısından yargı-

⁵⁰ Örneğin Türk hukukunda olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından mümkün olan tek hukukî denetimi Parlamento tarafından gerçekleştirilebilecek olan denetimdir. Parlamento, eğer olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varırsa, söz konusu kararnamenin kendisine sunulmasından sonra bu normu yürürlükten kaldırabilir. Ancak, Anayasa'nın 148/1 maddesi uyarınca söz konusu normun Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz (Olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerine ilişkin olarak bu durum tartışmalıydı. Aynı tartışmanın olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından da söz konusu olması muhtemeldir. Bu konudaki görüş ve açıklamalarımız için bkz. **Gülgeç**, Yahya Berkol: "Presidential Decrees and Their Hierarchical Power in the Aftermath of the Constitutional Amendment: A First Glance", *European Review of Public Law*, Cilt: 30, Sayı: 2, 2018, ss. 392-397; **Gülgeç**, Normlar Hiyerarşisi, *op. cit.*, ss. 204-209).

sal denetim kapsamının dışında tutulmuş olan yasama ve yürütme organlarının niçin Tanıma Kuralı'nın kapsamından dışlandığı açıklanamayacaktır.

Sonuç olarak biz, Tanıma Kuralı'nın yalnızca mahkemelere ilişkin olduğuna, hem yargı organını muhatap alıp hem de bu organ mensuplarınca benimseneceğine dair ikna edici bir argüman geliştirilemeyeceğini düşünüyoruz. Bu durumda Tanıma Kuralı'nın hukuku uygulayan bütün aktörlere hitap ettiğini ve bu aktörlerce içsel bakış açısıyla benimseneceğini kabul etmek gerekir. Bu kabul Hart'ın yargı fetişizminin önüne geçecek, söz konusu fetişizmi hukukun uygulanması konusunda yasama, yürütme ve yargı organları dışında kalan özel kişileri dışlayan bir fetişizm seviyesine indirgeyecektir.

C. Bütün Normların Belirleyicisi Olarak Hâkim

Yargı fetişizminin en bariz biçimiyle ortaya çıktığı teori İskandinav realistlerini temsil eden Alf Ross'un teorisidir. Ross'un realizmiyle birlikte bir şekilde norma bağlı olan hâkim kendini sınırlandırabilecek bütün normatif bağlardan arınır. Yalnızca normun muhatabı, norm tarafından yükümlendirilen değildir artık. Belirleyici etkisi yalnızca hukuk sisteminin nihaî geçerliliğini tesis etmekle de yetinmez. Hâkim bütün normların (kuralların) sınırlanmamış belirleyicisi hâline gelmiştir.

Ross'un teorisinin temel amacı hukuku tamamen ampirik bilimlerin yöntemiyle açıklayabilmektir. Bunu da olan-olması gereken ayrımını ortadan kaldırıp, hukukun yalnızca olanla açıklamak suretiyle yapmaya çalışır. Bu kısımda bizi ilgilendiren yalnızca Ross'u yargı fetişizmine sokan yolda karşımıza çıkan kavram ve analizlerdir. Dolayısıyla, aşağıdaki tartışmayı bu sınır çerçevesinde yürütmeyi planlıyoruz.

Ross hukukun satranç alegorisiyle açıklanabileceğini düşünür. Bu alegorinin sonuçları Ross'un hukuk düşüncesini kavramak açısından çok önemlidir. Dolayısıyla, öncelikle satranç ve hukuk arasındaki benzerliğin nasıl kurulduğuna kendi sözcüklerimizle yer vermek isteriz.

İki kişinin satranç oynadığını ve üçüncü bir kişinin oyuncuları izlediğini düşünelim. Ross ilk olarak izleyicinin oyunu anlamlandırabilmesi için satranç hakkında bir şeyler bilmesi gerektiğini söyler⁵¹. Satranç hakkında hiçbir şey bilmeyen birinin oyuncuların hamlelerini, taşları ve stratejileri anlamlandırması mümkün değildir. Öte yandan, satranç hakkında temel

⁵¹ **Ross**, Alf: *On Law and Justice*, 3. Baskı, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2007, ss. 11-12.

bilgisi olan bir izleyici taşların niçin belli şekilde hareket ettiğini, tahtadan kaldırılan taşlara ne olduğunu bilebilir. Öte yandan, Ross, özellikle oyunlar acemi değilse, bütün stratejileri ve kararları anlamlandırmanın yalnızca satranç oyunlarının kurallarının değil oyunun teorisine ilişkin de belli bir bilgi ve tecrübe sahibi olmayı gerektirdiğini vurgular⁵².

Satranç ve kurallarına ilişkin Ross'un yaptığı ikinci önemli vurgu *fellowship* üzerinedir. Ross'a göre bir oyuncunun satranç oynama davranışı ancak karşısındaki rakip de oyun içindeki kendine ait rolü benimserse mümkündür⁵³. Bu *fellowship* aynı zamanda satranç kurallarına aynı anlamın verilmesi, bu kuralların aynı şekilde yorumlanması gerekliliğinde de kendini gösterir. Aksi hâlde ortada bir oyun olduğundan bahsedilemez⁵⁴. Bu şekilde tasvir edilen satranç oyununun toplumsal bir fenomene benzediğini belirten Ross⁵⁵ sonrasında bir satranç kuralının ne olduğuna ilişkin daha detaylı bir inceleme yürütür.

Ross'a göre satranç kurallarının ilk önemli özelliği bunların bir direktif olması, başka bir saik taşımaksızın oyunculara oyunun nasıl oynanacağını, hangi taşın ne şekilde hareket edebileceğini ifade etmesidir⁵⁶. Ayrıca, Ross satranç kurallarının sosyal bir bağlayıcılığı olduğunu vurgular. Bununla kastettiği, satranç kurallarına aykırı davranacak olan oyuncunun bunun diğer oyuncu tarafından tepkiyle karşılanacağını bilmesidir⁵⁷. Peki, ama satrancın kuralları nasıl tespit edilecektir? Bu konuda Ross'un reddettiği iki yöntem vardır. Öncelikle onlara değinelim.

İlk yöntem oyunları dışarıdan gözlemleyerek, davranış kalıplarından yola çıkarak kurallara ulaşmaktır. Kuşkusuz belli kurallar bu şekilde isabetle tespit edilebilir. Örneğin, atın her zaman "L" çizerek ilerlediği, piyonların ilk hareketlerini tek veya iki kare ilerleyerek yapabilecekleri, filin yalnızca diyagonal ilerleyebildiği vb. kuralları salt gözlem yoluyla tespit etmek mümkündür. Ross'un itirazı bu şekilde gerçek kurallarla örfün ayrılamayacağı yönündedir. Bu şekilde bir yöntem belirlenmesi durumunda, gözlemci kaç tane satranç maçı izlemiş olursa olsun, ilk hamle olarak kalenin önündeki piyonun oynanamayacağını düşünebilir⁵⁸. Bunun nedeni ilk hamle olarak

⁵² *Ibid.*, s. 12.

⁵³ *Ibid.*, s. 13.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, ss. 13-14.

⁵⁶ *Ibid.*, s. 14.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, s. 15.

kalenin önündeki piyonun oynanmasının alışılmadık, satranç teorisi açısından tercih edilmeyen bir hamle olmasıdır. Gözlem yoluyla satrancın kurallarına ulaştığına kani olan kişi, bu hamle daha önce hiç yapılmadığı için hamlenin yasak olduğunu düşünebilir. Ross'un itirazı şu şekilde anlaşılabilirse yerindedir: "Gözlem yoluyla satrancın bütün kurallarına erişemeyebiliriz". Öte yandan erişebiliriz de. Ross'un burada iddia ettiği dışsal gözlemin başarı olasılığı düşük, etkin olmayan bir yöntem olduğu mu? Nitekim satrancın temel kuralları da dâhil olmak üzere pek çok kuralına gözlem yoluyla ve hatasız bir şekilde ulaşmak mümkündür. Burada yetki veren kurallar - mümkün hamleler - ve yükümlendiren kurallar arasında bir ayırım yapmak gerekir⁵⁹. Dışsal gözlem yoluyla yükümlendiren kurallara ulaşmak, yetki veren kurallara ulaşmaktan çok daha kolaydır ve bu alanda dışsal gözlem daha kesin bir yöntemdir. Bununla birlikte, yetki veren kurallar pratikte uygulanmak zorunda olmadığı için - kalenin önündeki piyonu açılış hamlesi olarak ileri sürmek gibi - mümkün hamleler kümesinin önceden gözlem yoluyla tespiti daha güçtür. Yine de burada söz konusu olan bir imkânsızlık değil, zorluktur. Hem de kuralların yalnızca bir bölümüne ilişkin bir zorluk. Birazdan göreceğimiz gibi Alf Ross dışsal gözlemi satranç kurallarına ulaşmanın yöntemi olarak tamamen reddetmektedir. Bunun sebebinin irdelenmesi gerekir. Olasılıkla, Ross daha iyi bir yöntem bulmuştur ya da bulunduğu daha iyi bir yöntem olduğunu düşünmektedir.

Ross'un değerlendirdiği ikinci yöntem satranç için kabul edilmiş bir otoritenin karar ve yayınlarına bakmaktır. Bu yöntemin eksikliği olarak Ross, farklı satranç oyunlarında kuralların değişebildiğini belirtmektedir (örneğin "geçerken alma" kuralına her zaman uyulmamaktadır)⁶⁰. Yani, bu yöntem de bize önümüzde oynanmakta olan oyunun kurallarına ilişkin bir bilgi verebilir. Ancak, kusursuz bir yöntem değildir. Ross'a göre satrancın kuralından bahsederken önemli olan iki kişi arasında oynanmakta olan belirli bir oyunun kurallarıdır⁶¹. Bu tespite dair sıkıntılara işaret etmeden önce Ross'un tercih ettiği - mecburen kabul ettiği - yönteme değinmek ve bu son iki yöntemi birlikte değerlendirmek isteriz.

⁵⁹ Hatta yükümlendirmekle birlikte seçenekli olarak yükümlendiren, seçmeli davranışlardan hangisinin yapılacağını oyuncuya bırakan - yani aslında bir anlamda yetki veren - kuralları da ayırmak gerekir. Bunlarda da, eğer bu kuralların "satrançta" var olduğundan bahsedilebilirse, gözlem yoluyla kurala ulaşmak noktasında belli bir güçlük olabilir. Bunun sebebi de yine fiiliyatta oyuncuların seçeneklerinden belli birini uygulamayı seçip, belli seçenekleri tercih etmemesi, yani satranç stratejisinin satranç kurallarının uygulamasına etkisi olacaktır.

⁶⁰ **Ross**, *op. cit.*, s. 15.

⁶¹ *Ibid.*

Ross'a göre kabul etmek zorunda olduğunuz yöntem içebakışçı (*introspective*) bir yöntemdir. Bir başka deyişle mühim olan belli bir oyunda oyuncuların kendilerini bağlı hissettikleri kuralları keşfetmektir. İlk kriter, kuralların oyunda gerçekten de etkili olmasıdır. Ancak, bunların takip edilen örfi kurallar veya nezaket kuralları vb. olmadığından emin olmak için oyunculara hangi kurallara bağlı hissettiklerini sormak zorundayız⁶².

Ross şu ihtimali reddetmemektedir: Satranç oyuncularına hangi kurallara göre oynadıkları sorulduğunda pekâlâ belli bir satranç otoritesinin yayınlamış olduğu kural kitapçığına işaret etmeleri mümkündür. Benzer şekilde, dışarıdan gözlemlenen satranç oyunları neticesinde de oyunun pek çok kuralı isabetle belirlenebilir. Ancak, Ross'a göre bunlardan hiçbiri oyunculara hangi kurallara göre oynadıklarını sormak kadar hızlı ve doğru sonuç vermez. Oyuncular, standart olarak kabul edilen kurallara hangi istisnaları getirdiklerini, hangi ek kurallara göre oynadıklarını ilk ağızdan iletebilirler. Burada şuna dikkat etmek gerekmektedir: Oyuncuların bağlı hissettiği kurallar nasıl belirlenmektedir? Pekâlâ, bu kuralların oyuncular arasındaki bir sözleşmeyle belirlendiğini söyleyebiliriz. Ross'un da vurguladığı gibi, ancak karşı taraf da oyunun ona biçtiği rolü kabul eder ve bu role bağlı kalarak oynarsa ortada bir oyun vardır. Ancak, Ross'un taraflar arasında bir mutabakattan bahsettiğini görmeyiz. Hangi kurallara bağlı hissettiklerini oyunculara ayrı ayrı mı soracağız? Daha sonra döneceğimiz bu konudaki fikrimizi şu şekilde özetleyelim: Ross, tarafların karşılıklı anlaşmasını, oyun kurallarına ilişkin bir sözleşme fikrini gizlemektedir. Bu sakınmanın Ross'un yargı fetişizminde bir rolü olabilir.

Sözü daha fazla uzatmadan satranç ve hukuk arasındaki bağlantıya değinelim. Ross, satranç kurallarına ilişkin söylediği her şeyin hukuk kurallarının tespitinde de geçerli olduğunu vurgulamaktadır⁶³. Buna göre, ulusal bir hukuk sistemi de "içsel bir anlam tutarlılığı" ile tanımlanır. Bu içsel anlam, hâkimlerin verdiği anlam olacaktır. Nitekim Kelsen gibi Alf Ross da bütün hukuk kurallarının hâkimlere, yani yargı organına hitap ettiğini düşünmektedir. Ross bu düşüncesini hukukun uygulamasının, yani yaptırım uygulayacak olan kişinin hâkimler olmasıyla açıklar⁶⁴. Yine Kelsen gibi Ross da hukuk kurallarının özel kişilere ilişkin yönünün dolaylı olarak kurala aykırı davranış sergileyenlerin hâkimler eliyle yaptırımı tâbi tutulacak olmasında saklı olduğunu düşünür⁶⁵. Hart bütün hukuk normlarının hâkimlere hitap

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*, s. 29.

⁶⁴ *Ibid.*, s. 33.

⁶⁵ *Ibid.*

ettiği düşüncesini Kelsenci bir dogma olarak nitelendirir ve bu dogmanın Ross tarafından gereğince tartışılmadan kabul edildiğini vurgular⁶⁶.

Bu noktadan sonra kısaca Ross'un geçerlilik kavramına bakışından bahsetmek istiyoruz. Bu anlayışın eleştirisini daha sonra sunacağız⁶⁷. Ross'un geçerlilik anlayışına etkililik olarak geçerlilik veya olasılık olarak geçerlilik ismini verebiliriz. Ross en nihayetinde geçerliliği etkililiğe indirgemektedir. Etkililik ise, derecelendirilebilir bir kavram olduğu için, olasılık olarak geçerlilik kavramına yol açmaktadır. Alf Ross geçerliliğin üç farklı anlamda kullanıldığını tespit eder. İlkine göre geçerlilik hukukî işlemin arzu edilen hukukî etkiyi yaratması, ikincisine göre bir normun veya normatif sistemin var olduğu ve üçüncüsü de normun bağlayıcı olduğu anlamına gelir⁶⁸. Ross geçerliliği normun veya normatif sistemin varlığı anlamında kullandığını ifade eder⁶⁹. Bunun ardından Ross, normun varlığı anlamındaki geçerliliğin normun etkililiğiyle aynı şey olduğunu ifade eder⁷⁰. Geçerliliğin "var veya yok" şeklindeki klasik anlamında değil de etkililikle özdeşleştirilerek anlaşılması derecelendirilebilir, siyah-beyaz olmayan bir geçerlilik anlayışına yol açar. Yani, bir normun geçerliliğine ilişkin değerlendirme, o normun gelecekteki bir olayda hâkim tarafından uygulanma olasılığına ilişkindir⁷¹. Bu durumdaysa bir normun varlığı etkililik derecesine göre az veya çok olabilecektir. Hâkimler tarafından sıklıkla dikkate alınan bir normun varlığı fazla, çoğunlukla göz ardı edilen bir normun varlığıysa az olacaktır. Benzer biçimde, hiç uygulanmayan bir norm Kelsen'deki minimum etkililik şartında olduğu gibi geçerliliğini ve varlığını yitirecektir.

Ross'un yargı fetişizminin kalbi de bu noktada atmaktadır. Dolayısıyla, bu düşüncelerin hakkı verilerek değerlendirilmesi önemlidir. İlk önce Hart'ın Tanıma Kuralı'na ilişkin "içsel bakış açısı" şartıyla Ross'un "kendini bağlı hissetme" kriteri arasındaki benzerlik ve farklılığı dile getirelim. Bu iki durum arasındaki benzerlik her ikisinin de belli bir kural veya kuralların bağlayıcılık gücünü belli kimseler tarafından bağlayıcı olduğuna dair duyulan

⁶⁶ Hart, "Scandinavian Realism", *op. cit.*, s. 236.

⁶⁷ Burada detaylı tartışmalardan kaçınıp, etkililik veya olasılık olarak geçerlilik anlayışını yalnızca yargı fetişizmine katkıda bulunduğu kadarıyla inceleyeceğiz.

⁶⁸ Ross, Alf: "Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law", *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, Oxford, 1998, ss. 158-159.

⁶⁹ *Ibid.*, s. 161.

⁷⁰ *Ibid.*, s. 159.

⁷¹ Elias, Katarzyna ve Zaluski, Wojciech: "Critical Remarks on Alf Ross's Probabilistic Concept of Validity", *PRINCIPIA*, XXI-LXII, 2015, s. 248.

inanç, kanı veya histen almasıdır. Farklılık ise bu içselciliğin (*internalism*) neyin kriteri olarak görüldüğüdür. Hart'ta yalnızca hukuk sisteminin bütünün geçerliliğini tespit edilmesi noktasında hukuk uygulayıcıları açısından önem arz eden içselcilik, Ross'ta yargıçlar özelinde, kuralların bütününe ilişkindir. Bu nedenle de Ross'taki fetişizm, hukukî realizm akımının şanına uygun olarak, sistemin bütününe yayılır.

İlk olarak şunu sormamız gerekir: Hukuk oyununa katılanlar hâkimlerden mi ibarettir? Ross'un hukukun oyuncularını olarak hâkimleri görmesinin sebebi hukukun hâkimler tarafından uygulandığını düşünmesidir. Biz yukarıda hukuk uygulayıcılarının kimler olduğunu gördük. Orada vardığımız sonuçlardan yola çıkarak Ross'a bazı eleştiriler yöneltmemiz mümkündür.

Her şeyden önce, hâkimlerin hukuk sistemindeki nihaî hukuk uygulayıcısı olmadığını söyleyebiliriz. Hâkimin verdiği bir karar da uygulanmaya ihtiyaç duyar. Bu uygulamayı yapacak olan kararın muhatabı olabileceği gibi icra memuru ya da kolluk kuvveti de olabilir. Bu durumdaysa hâkimlerin yanında muhatapların ve hâkimlerin kararlarını uygulayacak olan diğer memurların da hangi kurallara bağlı hissettiği sorulmalıdır. Bu iddiamıza karşılık, neticede mahkeme kararını uygulayan memurun işlemi veya davranışının da yargı organının denetimine tabi olduğu söylenemez. Çünkü bu düşünce, en nihayetinde söz konusu yargı kararının da uygulayıcı bir işlem veya eyleme ihtiyaç duyduğunu unutmaktadır.

Bunun yanında, yürütmenin bazı uygulamaları yargı denetimine tâbi değildir. Bunun hukuk devleti ilkesi açısından yaratacağı sıkıntılar söz konusu teorik tartışmayla ilgili değildir. Bu tür işlemler hukuk sistemlerinde var olabilmektedir. Bu da demek oluyor ki sınırlı da olsa belli alanlarda hukukun ne olduğunu söylemek için yargının değil yürütmenin hangi kurallarla bağlı hissettiğine bakmak gerekecektir. Örneğin, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin Anayasa'nın metninde öngörölmüş olan sınırların (olağanüstü hâl süresince çıkarılma, olağanüstü hâl ile ilgili olma vb.) geçerli olup olmadığını anlamak için Cumhurbaşkanı'nın hangi kurallarla bağlı hissettiğine bakmak gerekecektir. Öte yandan, eğer bu normun siyasî denetime, yani Parlamento'nun onayına tâbi olduğu düşünülürse, en iyi ihtimalle, hukukîlik değerlendirmesi neticesinde bir olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesini yürürlükten kaldırabilecek olan Parlamento'nun bu anayasal kriterlerle bağlı hissedip hissetmediğini irdelemek gerekir.

Benzer şekilde, en azından teorik olarak, bazı kurallar, yargısal denetimi tâbi olmalarına rağmen, hiçbir zaman yargısal uyuşmazlığa konu olma-

yabilir. Bunun nedeni olasılıkla kuralın yeterince açık bir kural olması ve kimsenin kuralı ihlal etmek için bir sebep görememesidir. Bu durumda bu kuralların hâkimler tarafından uygulanmadığı için var olmadığını mı söyleyeceğiz? Aksine, muhatapları tarafından kusursuz bir biçimde uygulandığı için bunların var olduğundan bahsetmek gerekmez mi? Öyleyse en azından bazı durumlarda kuralların varlığını muhatabı olan özel kişilerin davranışlarına ve neyle bağlı hissettiklerine göre açıklamalıyız.

Nasıl satrançtaki oyuncular belirledikleri satranç kurallarını uygulayan kimselerse, yukarıda bahsettiğimiz yürütme, yargı ve özel kişilerin de hukuk kurallarını uygulayan kişiler olduğunu söyleyebiliriz. Bir başka deyişle, hukuk oyuncuları hâkimlerden daha geniş bir küme oluşturur. Bu kümeye yalnızca hâkimlerin dâhil edilmesi belli durumlarda etkili normların olmadığına hükmetmemize sebep olabilir. Bunun yanında, Ross'un satranç alegorisinde hukuk sisteminin durumuyla bağdaşmayan pek çok yön bulunmaktadır. Bunlara da kısaca değinmek isteriz.

Satrancın kuralları yalnızca oyuncuları tarafından belirlendiğine göre, Ross'un satranç tanımı "satranç oynadığını iddia eden kimselerin oynadığı oyun", satranç kuralları tanımı ise "satranç oynadığını iddia eden kimselerin benimsediği kurallar"dan öteye gitmez. Çünkü Ross'un satranç anlayışında dışsal bir otorite veya gözlemcinin hiçbir rolü yoktur. Tam olarak hangi kurallar değiştirildiğinde, hangi kurallar dâhil edildiğinde satrancın artık satranç değil de dama olacağına Ross'un bakış açısıyla cevap verilemez. Bununla birlikte Ross, içerik olarak hangi kuralların satranç kuralı olduğuna karar vermemizin ancak satranç ve dama kuralları gibi farklı oyun kurallarını "oyun kuralları" başlığı altında birlikte ele aldığımız zaman sorun yaratacağını düşünür. Bir başka deyişle, yalnızca belli bir satranç oyununun kurallarından bahsederken bu tanımcı olmayan bakış açısı sorun yaratmaz⁷². Benzer şekilde, Ross'un hukuk sisteminin de ne zaman bir hukuk sistemi olmaktan çıkacağı belirlenemez. Bu anlamda Ross'ta olan ve olması gereken eşitlenmektedir. Bununla birlikte hukukun ne olduğunu tanımlamaya çalışan bir teoriyi reddederek, belli bir hukuk sisteminin tanımlanamayabileceğini, ancak bu sisteme işaret edilebileceğini belirten⁷³ Ross için bu bir eksiklik değildir.

Bu görüşün diğer normatif sistemlerle hukuk sistemini ayrıştırmayı imkânsız hâle getireceği düşünülebilir. Örneğin, böylelikle hâkimin uyguladığı bir kuralın ahlâk kuralı mı yoksa hukuk kuralı mı olduğu söyleneme-

⁷² **Ross**, *On Justice and Law*, *op. cit.*, ss. 29-30.

⁷³ *Ibid.*, s. 30.

yecektir. Çünkü hukukun nelîğini ahlâkın nelîğinden ayıran bir kriter öne sürülmemektedir. Ross için bu düşünce bir yanlış anlamadan kaynaklanmaktadır. “Hukuk kuralı” diye genel bir kategori yoktur. “Hukuk sisteminin kuralları” vardır. Hukuk sisteminin kuralları ise anlamlı bir bütün teşkil eder. Bu anlamlı bütün içinde hâkim tarafından uygulanan bir kuralın “hukuk kuralı” değil de “ahlâk kuralı” olduğunu söylemek mümkün değildir⁷⁴. Hukuku genel olarak tanımlama gereği görmeyen Ross’un bu düşüncesinin ciddi bir sorun yaratacağını düşünemeyiz. Neticede, yerindeliği tartışılabilir olsa bile, Ross’un teorisinde hukuk kuralı ve ahlâk kuralını ayırmak, daha doğrusu bir kuralın hukuk kuralı mı ahlâk kuralı mı olduğunu söylemek mümkündür. Her şeyden önce, olasılık olarak geçerlilik anlayışına göre, mahkemeler tarafından uygulanma ihtimali olan her kural bir hukuk kuralıdır. Etkililiği sıfır olan bir kuralınsa hukuk kuralı olması mümkün değildir. Bu anlayış doğrultusunda, ahlâk kuralının ne olduğunu, hukuk kuralının ne ifade ettiğini ayrıca tanımlamanın bir anlamı yoktur.

Daha önce Ross’un satranç oyuncuları arasındaki mutabakatı gizlemeye çalıştığını, bunun yerine oyuncuların hangi kurallara bağlı hissettiğini ön plana çıkarmaya uğraştığını ileri sürmüştük. Şimdi bu konuda birkaç şey daha söylemenin vakti geldi. Satranç oyununda bir oyuncu diğerini eleştirebilir, yaptığı hamlenin “olması gereken”e aykırı olduğunu iddia edebilir mi? Cevap evettir. Bunu da aralarındaki önceki mutabakata dayanarak yapar. Ross’un hukuk teorisinde bir hâkimin kararının eleştirilmesi nasıl mümkündür? Bu eleştiri kim yapabilir? Bir hâkimin diğer hâkimlerle arasında bir mutabakat bulunmakta mıdır? Ross bu mutabakattan bahsetmemektedir. Hukuk hâkimlerin kendini bağlı hissettiği kurallardan müteşekkilsen, bir hâkimin kendini bir kuralla bağlı hissetmesi, diğerinse hissetmemesi olasıdır. Burada belli bir yönde hissedilen bir hâkimin diğerini eleştirme şansı yoktur. Bunun sebebi, kuralların olasılık olarak tanımlanmasının her hâkimin hukuka dair belli bir görüşe sahip olmasını gerektirmiyor olmasıdır. Daha açık olmak gerekirse, bir kuralın geçerliliği gelecekte bir hâkim tarafından uygulanma olasılığı ile ifade ediliyorsa ve geçerli hukukun tek kriteri hâkimi kendini bazı kurallarla bağlı hissetmesiyse, belli bir somut duruma ilişkin geçerliliği % 80 olan bir kuralın hâkim tarafından uygulanmaması hukuken mümkündür. Çünkü bu kural zaten % 20 ihtimalle uygulanmayacaktır. Sonuç olarak, satranç örneğinde gizlenen mutabakat, hukuk örneğinde dik-kate bile alınmamaktadır. Bu da satranç alegorisinin hukuk sistemi için uygun olmadığının bir başka göstergesidir.

⁷⁴ *Ibid.*

Satranç örneğinin ardındaki gizli norm “oyuncular üzerinde mutabakata vardıkları kurallara uymalıdır” şeklinde ifade edilebilir. Bu gizli norm, oyuncuları oyunun kural koyucusu olarak tayin etmekte ve yine aynı kişilerin koydukları kurala uymasını salık vermektedir. Peki, ama hukuk sistemi örneğinde böyle bir “temel norm” mevcut mudur? Ross’un bu türden bir norma yer vermemesine şaşmamak gerekir. Hukuku olması gerekene atıfta bulunmadan açıklamaya çalışan realist bir teori bu türden temel ve açıklamaya tenezzül etmeyeceği normatif bir içeriğe yer veremez. Bu durumda Ross’un betimlediği hukuk sistemi ve satranç oyunu arasında gerçek bir benzerlik olmadığını söyleyebiliriz. Betimlenen hukuk sisteminde bir hâkim belli bir kuralla bağlı hissetmediği için kınanamaz. Bunun nedeni de, hâkimin realist bakış açısında, kendini bağlı hissetmedikçe uymakla yükümlü olduğu bir üst normun bulunmamasıdır. Oysa satranç örneğinde oyuncular arası mutabakat oyuncuların ihlal etmemesi gereken bir üst norm konumundadır.

Son olarak, etkililik veya olasılık olarak geçerlilik kavramının yargı fetişizmiyle bağlantısını kuralım. Daha önce belirttiğimiz gibi, Ross’un Amerikan realistlerine yönelttiği eleştiri geçerlilik kavramının açıklanmasına tenezzül edilmemesiydi. Bu nedenle Amerikan realizmi hukukun varlığını açıklayamaz. Ross ise bunu tamamen olgulara bağlı kalarak yapmak istemektedir. Öyleyse, hukuk olgudur. Normatif bir terim olan geçerlilik de etkililikle özdeşleştirilmelidir. Hukuk normları hâkimlere hitap ettiği için, yani normları uygulayacak olan hâkimler olduğu için bunların etkililiğini belirleyen de hâkimlerdir. Onlar tarafından uygulanmayan bir norm geçerli olamaz. Dolayısıyla, hâkimler tarafından uygulanmayan bir norm geçersizdir. Biz daha önce hukuk uygulayıcıları ve hukuk normlarının muhatabı olarak hâkimlerin kabul edilmesine dair eleştirilerimizi sunduk. Burada özellikle olasılık olarak geçerlilik kavramına karşı yöneltilebilecek bazı temel eleştirilerden bahsetmek istiyoruz.

Kanımızca bir şeyin varlığının olasılık olarak ifade edilmesi mümkün değildir. Bize öyle geliyor ki varlık her zaman siyah-beyaz ve bir-sıfır olarak ifade edilebilecek bir kavram. Olasılıklı olabilecek olan bir şeyin varlığına dair sahip olduğumuz bilginin doğru olma olasılığıdır, şeyin kendisinin var olma olasılığı değil. Niceliksel hesaplamalarda bir şeyin belli bir yüzdesinin var olması mümkündür. Örneğin ekmeğin yarısı kalmış, suyun dörtte biri mevcut olabilir. Ancak normların niceliksel varlığı yoktur. Bu nedenle normların varlığının dereceli olarak ifade edilemeyeceğini düşünüyoruz.

Etkililik veya olasılık olarak geçerlilik kavramına yönelik benzer bir eleştiri Ross’un olasılık olarak geçerlilik anlayışının siyah-beyaz, “var ya da

yok” şeklinde bir geçerlilik anlayışını varsayması gerektiğini öne sürmektedir. Aksi takdirde hangi normun gelecekte uygulanıp uygulanmayacağı bilinemez⁷⁵. Bir başka deyişle, bir normun gelecekteki uygulanma olasılığının tespiti için öncesinde neyin bir norm olduğunun belirlenebilmesi gerekir. Kısacası diyebiliriz ki, etkililik veya olasılık olarak geçerlilik kavramı Ross’un yargı fetişizmini hayata geçirebilmek için kullandığı bir kurgudur; teorik olarak tutarsız ve anlamsız bir kurgu.

Netice itibarıyla, Ross’un teorisinde yargı fetişizminin doruğa ulaştığını söyleyebiliriz. Hukuk uygulayıcılarının hâkimlerden ibaret görülmesi ve hukuku olgulara dayandırma ısrarı sebebiyle hukuku uygulayan hâkimlerin hukukun yegâne yaratıcısı hâline gelmesi bu fetişizmin ana sebepleridir. Şu ana kadar yargı fetişizminin ele alınan teoriler açıdan olanaksızlığına işaret ettik. Makalenin sonuç kısmını farklı bir tartışmaya, yargı fetişizminden niçin kurtulmak gerektiğine ayıracağız.

SONUÇ YERİNE: YARGI FETİŞİZMİNİ NİÇİN TERK ETMELİ?

Alexander M. Bickel yargı organını “organların en az tehlikeli olanı” (*the least dangerous branch*) olarak nitelendirdiğinde⁷⁶ yargı organının tehlikesiz olmadığını bilincindeydi. Bu tehlike temel olarak yargı organının, yetkileri uygun şekilde sınırlanmazsa demokratik meşruiyete sahip olan yasa ve yürütme organlarının yetki alanına müdahale edebilecek olmasıdır. Bu müdahalede bulunan bir organın yalnızca yargı organı olduğunu söylemek zordur. İncelenen hukuk teorilerindeki yargı fetişizmi belli oranlarda bu tehlikeleri körüklemektedir. Ancak, bu konuda fetişizmin boyutu arttıkça tehlike de artmakta, yargı organı yavaş yavaş organların en tehlikelisi hâline gelmektedir.

Kelsen’in yargı fetişizminin bizzat yargısal faaliyetin kutsanması ve yüceltilmesinden değil, yaptırım temelli hukuk anlayışı ve dolayısıyla bir nevi “zor fetişizmi”nden kaynaklandığını söylemiştik. Kaldı ki, hukuk uygulayıcısı rolü Kelsen’in yazınında yalnızca hâkimlere atfedilen bir rol değildir. İdare de bu rolün kapsamında değerlendirilebilir. Bu husus da Kelsen’in yargı fetişizmini hafifletmektedir. Şöyle diyebiliriz: Kelsen’in teorisine göre işleyen bir hukuk sistemiyle, hukuk uygulayıcılarının bizim

⁷⁵ **Eliasz** ve **Zaluski**, *op. cit.*, ss. 249-250. Benzer ve varlık olarak geçerlilik anlayışını da kapsayan bir eleştiri için bkz. **Munzer**, Stephen: *Legal Validity*, Martinus Nijhoff, Lahey, 1972, s. 8 vd.

⁷⁶ Bkz. **Bickel**, Alexander M.: *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. Baskı, Yale University Press, New Haven, 1986.

savunduğumuz gibi özel kişilere de genişletildiği bir sistem arasında uygulamada çok büyük farklılık olmayacaktır. Bunun en büyük sebebi Kelsen'in teorisindeki hâkimlerin daha önceden başka organlarca konmuş hukuk kurallarıyla sınırlı, bu kurallara göre işlemesi gereken kişiler olmasıdır. Bu nedenle de Kelsen'in yargı fetişizminin yaratacağı sakınca minimumdur. Sorun daha çok yaptırım odaklı hukuk normu anlayışı ve hukuk uygulayıcısı sıfatının yalnızca yürütme ve yargıya atfedilmesinin yerindeliğiyle ilgilidir.

Hart da hukuk uygulayıcıları kavramına yer vermektedir. Hukuk sistemi için önemli olan, daha doğru bir ifadeyle hukuk sistemini tesis eden ikincil kuralların hukuk uygulayıcılarına yöneldiğini belirtmektedir. Bununla birlikte, hukuk uygulayıcılarının kimler olduğu konusunda Hart pek açık değildir. Gerçeğe en yakın yorum hukuku uygulamakla yetkili olan her organın, yani yürütmenin (idarenin), yargının ve hatta hukuk uygulayıcı işlemleri açısından parlamentoların "hukuk uygulayıcısı" kavramına dâhil olduğudur. Bu durumda da Hart'ın kusuru en fazla Kelsen'inki kadardır. Bu kusur özel kişileri hukuk uygulayıcısı kabul etmemek noktasında ortaya çıkar. "Hukuk uygulayıcısı" fetişizmi olarak adlandırabileceğimiz bu durum da eleştiriye açıktır. Bunun sebebi, yukarıda da kısaca açıkladığımız gibi, özel kişilerin hukuk sistemindeki birincil kurallara uymamak, bu kuralları etkisiz kılmak suretiyle hukuk sistemini geçersiz kılacak olmasına rağmen, hukuk sisteminin nihâi geçerlilik kaynağı olan Tanıma Kuralı'nın benimsenmesi noktasında bu gruba hiçbir rol tanınmamış olmasıdır.

Geldik yargı fetişizminin gerçek sakıncalarıyla korkunç yüzünü gösterdiği noktaya. Ross'un yargı fetişizmi o denli ağırdır ki, yukarıda ifade etmeye çalıştığımız gibi hâkimleri hukuk oyununun yegâne oyuncuları olarak görür. Bunu yapmak için pek geçerli bir sebebi de yoktur. Ross'un teorisinde hâkimler yalnızca hukukun yegâne uygulayıcıları değil, aynı zamanda ancak uygulanan norm var olduğu için, hukuk kurallarının yapıcısıdır. Öyle ki bir olaya ilişkin olarak hangi kuralın uygulanacağına, hangi kuralın uygulanması gerektiğine ilişkin ancak hâkimlerin söz konusu kurallara ilişkin "bağlılık hisleri" temelinde bir tahminde bulunabiliriz. Bu durumda hukuku önceden bilmek mümkün değildir. Burada hukukun her zaman belli bir belirsizlik içerdiği öne sürülebilir. Bu tespit doğru da olacaktır. En azından kâğıda yazılı metnin yorumunu gerektiren hukuk hep bir nebze belirsizlik içerecektir. Mühim olan bu belirsizliğin belli sınırlar içinde tutulabilmesi, aşağı yukarı bir hukukî öngörülebilirliğin sağlanabilmesidir. Netice itibarıyla, hukukî öngörülebilirliğin maksimum olabilmesi için hukuk sistemindeki normların etkililiğinin tam veya sıfır olması gerekir. Hukuk teorisine göreysel etkililiği sıfır olan normlar yoktur. Benzer şekilde etkililiği tam olan normlar da yoktur. Bunlar artık doğa kuralı hâline gelmiştir. Sonsuz bir zaman süre-

cinde asla ihlal edilmeyen normlar davranışa ilişkin normlar olamazlar. Nitekim normativite belli bir miktar ihlal edilebilirlik gerektirir. Nitekim *necessitum nulla est obligatio*⁷⁷. Ross'un teorisi açısından sorun hukukî belirliliğin sağlanmasında önceden ilan edilmiş metinlere dahi dayanılamayacak olmasıdır. Böyle bir atmosferde hukuk güvenliği ve hukuk devleti ilkesinden de vazgeçilmiş olur. Hukuk sistemi yargı organının insafında bir oyuncak hâline gelir.

Söz konusu durumun demokrasi ilkesi açısından da sakıncalı olduğu unutulmamalıdır. En azından hâkimlerin seçimle işbaşına gelmediği sistemlerde - ki hukuk sistemlerinin büyük çoğunluğunda hâkimler atanır - hukuku tesis etme ve uygulama yetkisi aynı anda yargı organına verilmiş olur. Kişiler doğrudan seçmediği kişilerin koyduğu kurallara göre, yine seçmediği kişiler tarafından yargılanır hâle gelirler. Yargı organı hem yasama hem de yürütme organı hâline gelir. Bu durum yalnızca demokrasi ilkesine değil, kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırıdır.

Hukuk teorisinin amacı belli bir hukuk sistemiyle bağlı kalmaksızın, genel olarak hukuk mefhumunun işleyişini, hukuk sistemini ve bu sistemdeki normların birbiriyle ilişkisini olabildiğince açıklamaktır. Bize öyle geliyor ki, hâkimlerin hukuk sistemlerinde genellikle üstlendiği denetleme, temel hak ve özgürlükleri koruma gibi fonksiyonlar, bu fonksiyonların arkasındaki liberal ideolojinin de desteğiyle, hukuk teorisyenlerini yanıltmaktadır. İncelediğimiz üç önemli teorisyen de en azından "hukuk uygulayıcısı" fetişizmi hatasına düşmekte, yani özel kişilerin hukuk ve hukuk sistemi açısından oynadığı önemli rolü açıklık, basitlik ve anlaşılabilirlik uğruna göz ardı etmektedir⁷⁸.

Alf Ross'un teorisi ise daha ağır bir hataya imza atarak hukuku hâkimin uygulamasından ibaret olarak görmektedir. Kanımızca Ross'un ne diğer hukuk uygulayıcılarının ne de özel kişilerin tutum ve davranışlarını dışlaması haklı bir gerekçeye dayanır. Hukuku ve hukuk sistemini "olduğu gibi" algılama ve teorileştirme çabası çok mühim ve elzemdir. Yine de bu amaca ancak teorilerdeki fetişist unsurlar ayıklandıktan sonra ulaşılabilir.

⁷⁷ Bu konuda bkz. **Grabowski**, Andrzej: *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law*, Springer, Berlin, 2013, s. 302.

⁷⁸ Bu açıdan bakıldığında bizim düşüncemizin daha liberal bir anlayış olduğu, yalnızca resmi kurumların davranış ve işlemlerini değil, özel kişilerin davranış ve bakış açısını da dikkate aldığı düşünülebilir. Belki de bu doğrudur. Sanıyoruz ki, eğer bu makalede ileri sürdüğümüz düşüncenin anti-liberal bir çehresi varsa, bu çehre yargı organının hukukun yegâne uygulayıcısı veya otantik yorumcusu olmadığı, diğer organların da en az yargı organı kadar hukukun uygulanması ve yorumlanması sürecinde önem arz ettiği noktasında kendini gösterecektir.

BİBLİOGRAFYA

- Alder**, Matthew D.: “Constitutional Fidelity, The Rule of Recognition, and the Communitarian Turn in Contemporary Positivism”, *Fordham Law Review*, Cilt: 75, Sayı: 3, 2006, ss. 1671-1695.
- Austin**, John: *Lectures on Jurisprudence*, Henry Holt and Company, New York, 1875.
- Barber**, Nicholas: “Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament and Statutes”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt: 20, Sayı: 1, 2000, ss. 131-154.
- Bickel**, Alexander M.: *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. Baskı, Yale University Press, New Haven, 1986.
- Coleman**, Jules L.: “Negative and Positive Positivism”, *The Journal of Legal Studies*, Cilt: 11, Sayı: 1, 1982, ss. 139-164.
- Dworkin**, Ronald: “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, Cilt: 88, Sayı: 6, 1975, ss. 1057-1109.
- Eliasz**, Katarzyna ve **Zaluski**, Wojciech : “Critical Remarks on Alf Ross’s Probabilistic Concept of Validity”, *PRINCIPIA*, KXI-LXII, 2015, ss. 245-257.
- Gözler**, Kemal: *Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Ekin, Bursa, 2013.
- Grabowski**, Andrzej: *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law*, Springer, Berlin, 2013.
- Gülgeç**, Yahya Berkol: “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 66, Sayı: 4, 2017, ss. 677-730.
- Gülgeç**, Yahya Berkol: *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- Gülgeç**, Yahya Berkol: *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- Gülgeç**, Yahya Berkol: “Presidential Decrees and Their Hierarchical Power in the Aftermath of the Constitutional Amendment: A First Glance”, *European Review of Public Law*, Cilt: 30, Sayı: 2, 2018, ss. 369-415.
- Gülgeç**, Yahya Berkol: “Uluslararası Hukukun Teorik Kaynağı Olarak Temel Norm ve Tanıma Kuralının Değerlendirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2, 2017, ss. 81-148.

- Hart**, Herbert Lionel Adolphus: “Scandinavian Realism”, The Cambridge Law Journal, Cilt: 17, Sayı: 2, 1959, ss. 233-240.
- Hart**, Herbert Lionel Adolphus: The Concept of Law, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Kaplan**, Louise J.: Cultures of Fetishism, Pallgrave Macmillan, New York, 2006.
- Kelsen**, Hans: General Theory of Law and State, 3. Baskı, Harvard University Printing Press, Cambridge, 1949.
- Kelsen**, Hans: General Theory of Norms, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- Kelsen**, Hans: Pure Theory of Law, 5. Baskı, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008.
- Marmor**, Andrei: Philosophy of Law, Princeton University Press, New Jersey, 2011.
- Munzer**, Stephen: Legal Validity, Martinus Nijhoff, Lahey, 1972.
- Raz**, Joseph: “Legal Principles and the Limits of Law”, Yale Law Journal, 81 (5), 1972, ss. 823-854.
- Raz**, Joseph: Practical Reason and Norms, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Raz**, Joseph: The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- Raz**, Joseph: The Concept of A Legal System, 2. Baskı, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- Ross**, Alf: On Law and Justice, 3. Baskı, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2007.
- Ross**, Alf: “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law”, Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Clarendon Press, Oxford, 1998, ss. 147-163.
- Shapiro**, Scott: “What is the Rule of Recognition (And Does It Exist?)”, The Rule of Recognition and the U.S. Constitution, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Spaak**, Torben: “Kelsen and Hart on the Normativity of Law”, Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honour of Jes Bjarup, Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm, 2005, ss. 397-414.
- Uzun**, Ertuğrul: Akıl Tutkunu Hukuk, On İki Levha, İstanbul, 2010.