

**HUKUK BİLİMİNDE KUŞKUDAN  
KURTULMAK:  
ANAYASA HUKUKUNUN HOHFELD  
USULÜ ANALİZİ**

**Allen Thomas O'Rourke**

**REFUGE FROM A JURISPRUDENCE OF  
DOUBT:  
HOHFELDIAN ANALYSIS OF  
CONSTITUTIONAL LAW**

**Allen Thomas O'Rourke**

Çeviriye esas alınan metin Allen Thomas O'Rourke'nin "Refuge from a Jurisprudence of Doubt: Hohfeldian Analysis of Constitutional Law" başlığıyla **SCL Review dergisinde (61 (2009): 141-142)** yayımlanan metindir. Çeviri, derginin elektronik ortamda alınmış izni ile yayımlanmaktadır.

The translated text is Allen Thomas O'Rourke's "Refuge from a Jurisprudence of Doubt: Hohfeldian Analysis of Constitutional Law" published in **SCL Review (61 (2009): 141-142)**. The translation is published due to publisher's permission given via e-mail.

**Türkçesi**

Burçin Aydoğdu\*

**Translated by**

Burçin Aydoğdu

---

\* Burçin Aydoğdu, Kırklareli Üniversitesi Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Merkezi Öğretim Görevlisi

## GİRİŞ

Yüksek Mahkeme "İçinde kuşku barındıran bir hukuk bilimi, serbestliği koruyamaz" demiştir.<sup>1</sup> Bu yüzden mahkemeler kavramsal olarak tanıdıkları hakları, serbestlikleri ve diğer anayasal korumaları net bir şekilde tarif etmelidir. Bunun için "hak" kelimesinin ve anayasal koruma gerektiren diğer kavramlarının net tanımları olmalıdır. Netliğe ihtiyaç olduğu halde Yüksek Mahkeme "hak" kelimesini pek çok farklı anlamda kullanmıştır.<sup>2</sup> Mesela "kadının seçim hakkını kullanması"<sup>3</sup> derken bu kelime bir şey yapma özgürlüğünü ifade etmekte iken "cinsiyeti esas alınarak ayrımcılığa uğramama hakkı"<sup>4</sup> dendiğinde bir kimsenin bir şeyi yapamaması kast edilmektedir ve "mahremiyet hakkının arama hakkı ile makul surette uyushması gerektiğinde"<sup>5</sup> dendiğinde aynı kelime geniş bir anayasal menfaatler kategorisini ifade eder. "Hak" kelimesini net bir anlamı olmaksızın

kullanmak hukuk doktrininde karışıklığa yol açmakla kalmamakta, anayasal hakların niteliğini de köreltir. Bu makale, bu durum karşısında anayasal analizdeki bu muğlaklığı çözmeye yönelik analitik bir çerçeve sunar ve söz konusu çerçeveyi anayasal hakların niteliğini netleştirmek amacıyla uygulamaya tatbik eder.

Burada sunulan analitik çerçeve Profesör Wesley Hohfeld'in yasal haklara ilişkin, geniş kabul gören teorisi üzerinden oluşturulmuştur.<sup>6</sup> Yirmi birinci yüzyıl itibarıyla Hohfeld usulü analiz özel hukuk doktrininin tartışmasız ve geniş kullanım alanı bulan bir teorisi haline gelmiştir.<sup>7</sup> Bununla birlikte hukuk akademisyenleri bu zamana kadar hep anayasa hukukunun Hohfeld usulü analiz kapsamının dışında kaldığını farz etmiştir.<sup>8</sup> Yakın zamanda bu faraziye değişmeye başlamış olabilir. Akademisyenler artık anayasal meseleleri ele alırken şaşırtıcı bir sıklıkla Hohfeld'e gönderme yapmaktadırlar.<sup>9</sup> Ancak bunu

<sup>1</sup> Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey davası, 505 U.S. 833, 844 (1992).

<sup>2</sup> Krş. Aaron-Andrew Bruhl, Note, Justice Unconceived: How Posterity Has Rights, 14 YALE J.L. & HUMAN. 393, 405-06 (2002) (ABD hukukunda insanların "hak" kelimesini hangi farklı biçimlerde kullandığını tarif eder).

<sup>3</sup> Gonzales v. Carhart davası, 127 S.Ct. 1610, 1627 (2007).

<sup>4</sup> Johnson v. California davası, 543 U.S. 499, 510 (2005).

<sup>5</sup> Groh v. Ramirez davası, 540 U.S. 551, 575 (2004).

<sup>6</sup> Hohfeld'in ufuk açıcı yazısı için bkz. Wesley Newcomb Hohfeld, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 23 YALE L.J. 16 (1913). Yazısı tekrar basılmıştır: WESLEY NEWCOMB HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING<sup>35</sup> (Walter Wheeler Cook ed., Yale U. Press 1919). Bu yazıda, söz konusu kitaba atıf yapılıyor.

<sup>7</sup> Bkz. THE CANON OF AMERICAN LEGAL THOUGHT 45-81 (David Kennedy & William Fisher, III, bası 2006) (Hohfeld'in yazını "geniş kabul görmüş" sayar); Golden State Transit Corp. v. City of Los Angeles, 493 U.S. 103, 115 (1989) (Yargıç Kennedy'nin muhalefet şerhi) ("Aşına olunan Hohfeld terminolojisi" der).

<sup>8</sup> David Kennedy ile William Fisher, III, Hohfeld'in teorisine ilişkin ikincil literature THE CANON eserinde inceler, yuk. dn. 7, s. 52. Tespitlerine göre akademisyenler 1910'lardan 1930'lara kadar Hohfeld'in teorisini Anglo-Amerikan hukuk meselelerine geniş çapta tatbik etmişlerdir. Örnek olarak bkz. Walter Wheeler Cook, Privileges of Labor Unions in the

Struggle for Life, 27 YALE L. J. 779 (1918); Arthur L. Corbin, Offer, Acceptance, and Some of the Resulting Legal Relations, 26 YALE L. J. 169 (1917); Albert J. Harno, Tort-Relations, 30 YALE L.J. 145 (1920). Ayrıca yazarların tespitleri gösterir ki Eleştirel Hukuk Çalışmalar hareketi İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Hohfeld'in teorisine geri dönüş yaptığında akademisyenler Hohfeld usulü analizi Anglo-Amerikan hukukuyla sınırlandırmaya devam etmiştir. Örnek olarak bkz. Kennedy & Michelman, yuk. dn. 7.

Bununla birlikte Kennedy ile Fisher Hohfeld usulü analizi anayasa hukukuna tatbik eden hiçbir akademisyenden bahsetmez. Ayrıca bkz. John Harrison, The Constitutional Origins and Implications of Judicial Review, 84 VA. L. REV. 333, 340 (1998) (Hohfeld'i "bir özel hukuk teorisini" diye adlandırır).

<sup>9</sup> Bkz. Glenn Cohen, The Constitution and the Rights Not to Procreate, 60 STAN. L. REV. 1135 (2008); Frederick Schauer, Hohfeld's First Amendment, 76 GEO. WASH. L. REV. 914 (2008); Howard M. Wasserman, Jurisdiction, Merits, and Non-Extant Rights, 56 U. KAN. L. REV. 227 (2008); Gordon G. Young, Justifying Motive Analysis in Judicial Review, 17 WM. & MARY BILL RTS. J. 191, 256-57 (2008). Bunlardan önce Hohfeld usulü analizi anayasa hukukuna esaslı surette tatbik eden yazılar şunlardan ibaretti: Hon. Jose de Sousa e Brito, Political Minorities and the Right to Tolerance: The Development of a Right to Conscientious Objection in Constitutional Law, 1999 B.Y.U.L. REV. 607 (1999); John Harrison, The Constitutional Origins and Implications of Judicial Review, 84 VA. L. REV. 333 (1998); Jay Bybee, Taking Liberties with the First Amendment: Congress,

yaparken şu esaslı soruyu ele almazlar: “Sadece özel hukuk için amaçlanmış ve uzun zaman öyle anlaşılmiş olan Hohfeld usulü analiz nasıl olur da anayasa hukukuna mantıklı bir biçimde tatbik edilebilir?”<sup>10</sup> Makalemiz bu soruya yanıt vermekte ve böylelikle Hohfeld usulü analizin daha geniş ve daha etkin kullanımına giden yola ışık tutmaktadır.

I. Kısım’da Hohfeld usulü analizin teorisi ve işleyişi açıklanmakta ve biraz daha geliştirilecek ve böylece Hohfeld usulü analizi anayasa hukukuna tatbik etmek için gereken temel oluşturulacaktır. Onun ardından II. Kısım’da Hohfeld usulü analizin anayasa hukukuna tatbik edilişi gösterilecek ve anayasal hakların niteliği hakkında sonuçlara varılacaktır.

## I. HOHFELD USULÜ ANALİZ

Wesley Newcomb Hohfeld önce Stanford ardından da Yale Üniversitesi’nde öğretim üyeliği yapmış, 1918’deki erken vefatından önce sadece birkaç makale bırakmıştır. En meşhur makalesi “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning” [Yargısal Muhakemedeki Bazı Temel Hukuk Kavramları] Amerikan hukuk bilminde genel kabul gören bir dönüm noktası olmuştur. Yayım tarihini izleyen 10 yılı aşkın süre boyunca hukuk akademisyenleri makalenin hukuk bilimine ve özel hukuka dair çıkarımlarını şiddetle tartışmışlardır.<sup>11</sup> Bu tartışmadan

ortaya çıkan literatür bir külliyat olarak “Hohfeld Tartışması” adıyla anılagelmiştir.<sup>12</sup> Özel hukuk akademisyenleri Hohfeld usulü analizden yararlanmaya devam etmiştir; örneğin Amerikan eşya hukukunda aşına olunan “haklar tutamı” (bundle of rights) mecazı bunlardan biridir.<sup>13</sup> Ayrıca hakka ilişkin genel teorileri tartışan felsefeciler arasında da Hohfeld’e gönderme yapmak yaygındır.<sup>14</sup> Kısacası, Hohfeld usulü analiz “akademik hukuk kültürünün temel unsurlarından biri haline gelmiştir”.<sup>15</sup>

Aşağıdaki iki bölümde Hohfeld’in temel teorisi sunulmaktadır. A Bölümünde Hohfeld usulü analizin işleyişi anlatılacak, B Bölümünde ise bu analizle hukuki meselelerin nasıl çözülebileceği gösterilecektir. Diğer iki bölüm Hohfeld’in teorisini iki açıdan ileriye götürecektir. C Bölümü Hohfeld usulü analizin arkasındaki kavramsal yapısı netleştirecek ve D Bölümü Hohfeld usulü analizi kullanarak anayasa hukukunun nasıl tarif edilebileceğini açıklayacaktır.

### A. Temel Kavramlar

Hohfeld “hak” ve “borç” dahil önemli hukuk terimlerinin üstünde uzlaşmış bir anlamı olmadığını ve bu nedenle

Section 5, and the Religious Freedom Restoration Act, 48 VAND. L. REV. 1539 (1995); William T. Mayton, “Buying-Up Speech”: Active Government and the Terms of the First and Fourteenth Amendments, 3 WM. & MARY BILL RTS. J. 373 (1994); Gregory E. Maggs, Innovation in Constitutional Law: The Right to Education and the Tricks of the Trade, 86 NW. U. L. REV. 1038 (1992); and Simeon C. R. McIntosh, On Reading the Ninth Amendment: A Reply to Raoul Berger, 28 HOW. L.J. 913 (1985).

<sup>10</sup> Bu meseleyi ele alan yalnız bir yazı vardır. Bkz. H. Newcomb Morse, Applying the Hohfeld System to Constitutional Analysis, 9 WHITTIER L. REV. 639, 639-640 (1988) (“Hohfeld’in temel terimleri” olan haklar, ayrıcalıklar, yetkiler ve bağışıklık terimlerinin Anayasa’daki kullanımını ve esas olarak Hohfeld mantığı ile anayasal yorumlama arasında bir bağlantı göstermekte ve mahkemelerin bu bağlantıyı anayasal analizde ne derece kullandığını değerlendirmektedir). Mevcut yazı daha iyi bir cevap verir çünkü Hohfeld usulü analizin arkasında yatan kavramsal

yapısı izah eder; Profesör Morse ise sadece Hohfeld’in yazısı ile Anayasa’nın birbiriyle çakışmasına dayanır.

<sup>11</sup> Bkz. Joseph William Singer, The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence From Bentham to Hohfeld, 1982 WIS. L. REV. 975, 989 n.22 (1982) (Söz konusu 10 yıl boyunca Hohfeld’in eseri hakkında yazılan makaleleri listelemektedir).

<sup>12</sup> Id. at 989.

<sup>13</sup> Bkz. Hon. Denise R. Johnson, Reflections on the Bundle of Rights, 32 VT. L. REV. 247, 252-53 (2007).

<sup>14</sup> Örneğin bkz. JUDITH JARVIS THOMSON, THE REALM OF RIGHTS 39-60 (Harv. U. Press 1990); JOHN FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS 199 (Oxford U. Press 1982); A DEBATE OVER RIGHTS: PHILOSOPHICAL ENQUIRIES (Matthew H. Kramer ed., 1998) [kısaca TARTIŞMA denecektir].

<sup>15</sup> Duncan Kennedy & Frank Michelman, Are Property and Contract Efficient?, 8 HOFSTRA L. REV. 711, 751 (1980).

analizin çetrefilleştiğini gözlemlemiştir<sup>16</sup>. Profesör Karl Llewellyn bu hususa şöyle parmak basmıştır: “Bu durum karışıklığa yol açmakta, kötü mantığı neredeyse kaçınılmazlaştırmakta, düşüncenin net ifade edilmesini zorlaştırmakta, net düşüncenin kendisini imkânsızlaştırmaktadır”<sup>17</sup> Hohfeld “hak” kelimesinin dört ayrı anlamı olduğunu kabul etmiştir.<sup>18</sup> Bu muğlaklığı çözmek için Hohfeld her hukuki konumu tarif etmeye imkan tanıyan sekiz “temel” kavram nitelendirmiştir. Bu kavramlar: borç (duty), alacak (claim), serbestlik (liberty), alacaksızlık (no-claim), yetki (power), tabiiyet (liability), yetkisizlik (disability) ve bağışıklık (immunity).<sup>19</sup> Bu kavramlar birbirlerine, Hohfeld’in verdiği adla, “bağlılık” (correlative) ve “karşıtlık” (opposite) üzerinden mantıksal ilişki içindedir. Bu kavramlar ve onlardan çıkan analitik çerçeveyi açıklamanın en iyi yolu hipotetik örneklere başvurmaktır.

Diyelim ki Abe ile Ben birbirleriyle bir sözleşme yaptılar ve bu sözleşmede Abe Ben’e 10 Dolar verme sözü verdi ve karşılığında Ben Abe’nin çimlerini biçme sözü verdi. Sözleşme Ben’in Abe’in çimlerini biçmesi gerektiğini öngördüğü için Ben’in bir “borç”u vardır. Karşılığında ise Abe’in Ben’den bir “alacak”ı vardır. Abe’in alacağı, çimlerinin Ben tarafından biçilmesidir. Abe’in alacağı ile Ben’in borcu “bağlılık”tır. Yani Abe’in, çimlerinin Ben tarafından kesilmesi alacağı Ben’in Abe’in çimlerini biçme

borcunu zorunlu olarak içerir. Bu iki kavram bağlıdır çünkü aynı tek ilişkinin iki tarafını tarif ederler; tıpkı aynı tek ilişkinin iki tarafını tarif eden “ebeveyn” ve “çocuk” kelimeleri gibi. Bu ilişki şöyle ifade edilebilir: “Ben, Abe için çimleri biçecek”.

Ben’in Abe’in bitkilerini sulamaya söz vermemiş olduğunu farz edersek Ben’in Abe’in bitkilerini sulama borcu yok demektir. Dolayısıyla Ben, Abe’in bitkilerini sulama “serbestliği”ne sahiptir.<sup>20</sup> Borç ile serbestlik “karşıtlık” kavramlardır; her biri öbürünü geçersiz kılar. Bir başka ifadeyle, bir kimsenin bir işi yapma borcu yoksa o kişinin o işi yapmama serbestisi var demektir. Ben’in serbestliğinden ortaya çıkan ilişki şöyle ifade edilebilir: “Ben bitkileri Abe için sulamayı reddedebilir”. Bu noktada Abe’in Ben’le hukuki ilişkisini tarif eden kavram nedir? Ben’in, Abe’in bitkilerini sulama borcu yoktur; öyle bir borç olsaydı onunla bağlılık bir alacak var olurdu; dolayısıyla Abe’in, bitkilerini Ben’in sulaması yönünde bir alacağı yoktur. Abe’in konumunu ifade eden bir kelime mevcut olmadığı için Hohfeld kulağa mantıklı gelen bir kelime icat etmiştir.<sup>21</sup> Bu yazıda “alacaksızlık” kelimesi kullanılacaktır. Dolayısıyla Ben’in bitkileri sulamama serbestisi ile Abe’in bitkilerin sulanması yönündeki alacaksızlığı birbiriyle bağlıdır.

Dolayısıyla bu tartışma dört kavramı nitelemiş ve bağlılık ve karşıtlık yoluyla birbirleriyle nasıl ilişki

<sup>16</sup> Curtis Nyquist, Teaching Wesley Hohfeld’s Theory of Legal Relations, 52 J. LEGAL EDUC. 238, 239 (2002).

<sup>17</sup> KARL N. LLEWELLYN, THE BRAMBLE BUSH 85 (1960).

<sup>18</sup> Çeşitli kullanımlar için bkz. yuk. dn. 2.

<sup>19</sup> Bu makale Hohfeld’in terminolojisini modern kullanıma uyum amacıyla kısmen değiştirmiştir. Öncelikle “ayrıcılık” tabiri yerine “serbestlik” kullanılmıştır. Kelime seçimine dair bir analiz için bkz. Glanville Williams, The Concept of Legal Liberty, 56 COLUM. L. REV. 1129, 1131-35 (1956). Ayrıca bkz. HOHFELD, yuk. dn. 6, s. 42 (“Bir hukuki ilişki (ya da gevşek ve jenerik anlamda 'hak') olarak 'serbestlik' teriminin kesin bir içeriği varsa, ayrıcalık ile tamamen aynı anlama gelmelidir). İkinci olarak bu yazıda 'yargısal ilişki' yerine 'hukuki ilişki' terimi kullanılır. Hohfeld her ikisini birbirinin yerine kullanmıştır ve günümüzde 'hukuk ilişki' teriminin kullanımı daha yaygındır. Örneğin bkz. 28 U.S.C. § 2201 (2007) (“Kendi yargı sistemi içinde fiili bir çatışma olması halinde...Amerika Birleşik Devletleri'nin her mahkemesi...menfaati olan tarafın

haklarını ve diğer hukuk ilişkilerini ilan edebilir.”). Son olarak Hohfeld’in “hak” ve “hak yokluğu” tabirleri yerine bu yazıda “alacak” ve “alacaksızlık” terimleri kullanılır. Hohfeld “hak” kelimesinin daha geniş ve popüler çağrışımları ve daha dar, teknik bir düzenlemeye sahip olduğunu bizzat gözlemlemiştir. Geniş ve popüler kullanım günümüzde baskın görüldüğü için, karışıklık olmaması için, bu yazıda kelime dar ve teknik anlamıyla kullanılmamıştır. Hohfeld bu durumu önceden görmüş ve “hak” kelimesinin dar anlamı için “alacak” kelimesine başvurmuştur. HOHFELD, yuk. dn. 6, s. 38.

<sup>20</sup> Hohfeld’in kullandığı terim “ayrıcılık” idi. Bkz. yuk. dn. 19. Terimler Hohfeld’in teorisinde aynı yapısal konumda bulunmakla birlikte “yaygın ayrıma göre düzenlemelerden tamamen bağımsız eylemler serbestliklerdir, genel itibarla yüklenen görevlerin istisnaları ise ayrıcalıklardır. Singer, yuk. dn. 11, s. 987 n.14.

<sup>21</sup> Hohfeld’in kullandığı terim “hak yokluğu” idi. HOHFELD, yuk. dn. 6, s. 39.





mahkeme karar gerekçesinde şöyle demiştir: "Eğer davacının davranışı kendi adına zımnen rıza vermek niteliğinde idiye hekimin davranışı hukuka uygundur; O'Brien'in ifade edilmemiş hislerinin ne yönde olduğu fark etmez."<sup>35</sup> Dolayısıyla Cunard'ın hekimi söz konusu borç altında olsa da O'Brien, muvafakatini vererek söz konusu borcu bir serbestliğe çevirme yetkisine sahipti. Bu nedenle mahkeme açısından olgulara ilişkin olarak şunun sorulması gerekmiştir: O'Brien söz konusu yetkisini Cunard'ın hekimi aşı yaptığı kritik andan önce kullanmış mıdır?

O'Brien'in rızası olduğu tespit eden mahkeme Cunard'ın tazminat ödeme yükümlülüğü olmadığına karar vermiştir.<sup>36</sup> Dolayısıyla söz konusu hukuki ilişkide bir serbestlik ve alacaksızlık vardır. Cunard'ın hekimi O'Brien'a aşı yapma serbestliğine sahipti ve O'Brien hekimin ona aşı yapmaması konusunda alacak sahibi değildi. O'Brien da geri adım atma serbestisine ve kolunu geri çekme serbestliklerine sahipti ama ikisini de yapmadı.

## 2. Feinberg v. Pfeiffer, Co. davası

Anna Feinberg onlarca yıl Pfeiffer Şirketi için çalışmıştır<sup>37</sup>. Günün birinde Pfeiffer'in yönetim kurulu şu kararı alır: "Feinberg'e ne zaman isterse o zaman şirketteki aktif görevinden, hayatının geri kalanı boyunca ayda 200,00 Dolar emekli maaşı almak üzere ayrılma ayrıcalığı tanınacaktır".<sup>38</sup> Pfeiffer şirketi emekliye ayrılmasından sonra Feinberg'e her ay 200 Dolarlık çek göndermeye başlar ancak şirket yönetimindeki iki değişikliğin ardından şirket bu ödemeleri keser.<sup>39</sup> Feinberg Missouri St. Louis Gezici Mahkemesi'nde dava açarak Pfeiffer'in borçlu olduğu tutarı ödemesini talep eder.<sup>40</sup> Gezici Mahkeme'nin Feinberg'i haklı bulması üzerine Pfeiffer dosyayı St. Louis Temyiz Mahkemesi'ne götürür.<sup>41</sup>

Feinberg, Pfeiffer yönetim kurulu söz konusu kararı alınca Pfeiffer'in Feinberg'e ayda 200 Dolar ödeme borcunun doğduğunu ileri sürmüştür. Dolayısıyla Feinberg'in ayda 200 Dolar maaş alacağı vardır.<sup>42</sup> Pfeiffer ise, söz konusu yönetim kurulu kararının bir sözleşmenin unsurlarını taşımadığı için Pfeiffer'in borç altına girmemiş olduğunu, Feinberg'e ödenmiş olan 200 Dolarlık tutarların hediye niteliğinde olduğunu söylemiştir.<sup>43</sup> Temyiz Mahkemesi Pfeiffer'in görüşüne katılmış ve karar gerekçesinde Pfeiffer'in Feinberg'le sözleşme kurma yetkisine sahip olduğunu ancak yönetim kurulu kararından ayda 200 Dolar ödeme borcunun doğmamış olabileceğini çünkü söz konusu vaatin karşı tarafından Feinberg açısından sözleşmede bir karşılıklılık olmadığını belirtmiştir.<sup>44</sup> Dolayısıyla bu koşullar altında Pfeiffer ile Feinberg arasındaki hukuk ilişkide bir serbestlik ve alacaksızlık vardır.

Mahkeme ayrıca Feinberg'in kolayca başka iş bulamayacağı bir yaşta çalışmayı bıraktığı için Pfeiffer'in verdiği taahhütten ötürü mağdur olduğunu da gözlemlemiştir.<sup>45</sup> Meşru beklenti [promissory estoppel] doktrini gereğince Feinberg'in şirkete bel bağlaması, etkin olarak, Pfeiffer'le arzulan sözleşmeyi yaratma yetkisini kullanma fiili yaratmıştır.<sup>46</sup> Feinberg'in davranışı bu şekilde değerlendiren mahkeme alt mahkemenin Pfeiffer tarafından Feinberg'e tazminat ödenmesi yönündeki kararını onamıştır.<sup>47</sup> Bu karar Pfeiffer için bir borç ve Feinberg için bağlaşıklık bir alacak yaratmıştır.

## C. Hohfeld Usulü Analizin Arkasındaki Yapı

Yukarıdaki Bölüm A ve Bölüm B Hohfeld'in asıl teorisini açıklamakta ve göstermektedir. Her ne kadar geniş kabul görse de bu teori bazı soruları cevapsız bırakır. Örneğin bir alacağın bir borç ile bağlaşıklık olup olmadığı nasıl tespit

<sup>35</sup> A.g.e. s. 273.

<sup>36</sup> Bkz. a.g.e. s. 275.

<sup>37</sup> Feinberg v. Pfeiffer, Co. davası, 322 S.W.2d 163, 164 (Mo. App. 1959).

<sup>38</sup> A.g.e. s. 165.

<sup>39</sup> A.g.e.

<sup>40</sup> A.g.e. s. 164.

<sup>41</sup> A.g.e. s. 163-64.

<sup>42</sup> Bkz. Feinberg, 322 S.W.2d s. 166-67.

<sup>43</sup> A.g.e. s. 167.

<sup>44</sup> A.g.e.

<sup>45</sup> A.g.e. s. 168.

<sup>46</sup> A.g.e.

<sup>47</sup> Feinberg, 322 S.W.2d s. 169.

edilecektir? Bu sorular akademisyenleri, özel hukuku netleştirmek için Hohfeld usulü analize başvurmadan allikoymamıştır ama Hohfeld usulü analizi anayasa hukukuna tatbik etmeden önce Hohfeld usulü analizin arkasındaki kavramsal yapıyı netleştirmek şarttır. Bu yüzden bu bölüm Hohfeld'in asıl teorisini üç açıdan geliştirecektir: Alt Bölüm 1 hukuki ilişkilerin yapısını netleştirecek, alt bölüm 2 bağıllık ilkesine açıklama getirecek ve alt bölüm 3 Hohfeld kavramlarının birinden diğerine çıkarım yapmanın iki yolunu anlatır.

### 1. Hukuki İlişki

Tıpkı diğer bağıllık kavram çiftleri gibi alacak ve borç kavramları birbirinden ayrı olmamalıdır çünkü bunlar aynı tek ilişkinin iki tarafını nitelendirmektedir. Hohfeld usulü analiz buna "hukuki ilişki" adını verir.<sup>48</sup> Mesela Abe ile Ben arasındaki hukuki ilişki şöyle ifade edilebilir: "Ben Abe için çimleri biçecek". Her ne kadar hukuki ilişkiler Hohfeld usulü analizin merkezinde yer alsın da Hohfeld bunların temel yapısını hiçbir zaman tartışmamıştır. Aşağıdaki gözlemler söz konusu yapıyı netleştirmektedir.

Profesör John Finnis'in gözlemine göre her hukuki ilişkinin üç bileşeni vardır. Her birinde Hohfeld kavramlarıyla nitelendirilebilen iki konum<sup>49</sup> ve bir de davranış nitelendirmesi mevcuttur, ki Finnis buna "davranış tarifi" adını verir.<sup>50</sup> Mesela "Ben Abe için çimleri biçecek" hukuki ilişkisinde Ben ile Abe iki konumu işgal etmekte, "çimleri biçmek" ise davranış tarifi etmektedir. Bu noktada

konumları borç ve alacak kavramları aracılığıyla belirlemek mümkündür.

Sonrasında profesörler Henry Hart ile Albert Sacks hukukun doğrudan hitap ettiği kişinin konumunu niteleyen kavramları diğer kavramlardan ayırır<sup>51</sup>. Mesela "Ben Abe için çimleri biçecek" hukuki ilişkisinde hukuk Ben'in davranışını düzenlemek suretiyle Ben'e doğrudan hitap eder. Abe'e ise hukuk dolaylı hitap eder; Abe düzenlemeden yararlandır. Borç, serbestlik, yetki ve yetkisizlik kavramlarının hepsi hukukun doğrudan hitap ettiği kişinin konumunu nitelemekte, alacak, alacaksızlık, tabiiyet ve bağıllık kavramlarının hepsi ise hukukun dolaylı hitap ettiği kişinin konumunu nitelemektedir.

Bu gözlemleri bir araya getirmek resmi tamamlayacaktır. Her tür hukuki ilişkide hukukun doğrudan hitap ettiği kişi bir konuma, hukukun dolaylı hitap ettiği kişi ise öbür konuma sahiptir. Bu yazıda hukukun doğrudan hitap ettiği kişinin sahip olduğu konuma "etkin konum", öbür konumu nitelemek için ise "edilgen konum" tabiri kullanılacaktır. Bu tabirler isabetlidir çünkü Hohfeld kavramları aynı önermenin etkin ve edilgen çatılı hallerine benzer.<sup>52</sup> Dolayısıyla, kısaca ifade edersek, bir hukuki ilişkinin kavramsal yapısında bir etkin konum, bir davranış tarifi ve bir de edilgen konum bulunur.

### 2. Bağıllık İlkesi

Şimdiye kadar Hohfeld kavramlarının nasıl bağıllık olduğunu ele aldık ama bağıllık ilkesine ilişkin daha derin bir soru daha var. Bir kişinin belli bir davranış tarifi

<sup>48</sup> Bu yazıdaki kelime seçimi için bkz. yuk. dn. 19.

<sup>49</sup> Krş. HENRY M. HART, JR., & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW 128 (Foundation Press 1994) (1958) ("Hukuki 'borçlar', 'serbestlikler'i ve 'yetkiler'i ve 'haklar' dahil bunların tezahürlerini düşünürken bilgelik için önce bunların ne olduğunu açık seçik biçimde anlamak gerekir. Bunlar doğa düzenindeki metafizik varlıklar ya da kavramlar ya da başka gizemli şeyler değildir. Bunlar insanların sağlam yönlendirici düzenlemeler içinde sahip olduğu salt karakteristik konumlardır.").

<sup>50</sup> FINNIS, yuk. dn. 14, s. 200. Davranış tarifine verilebilecek bir diğer ad "unsurlar" olabilir; "tabiiyetin tesisi için unsurların kanıtlanması şarttır" önermesindeki gibi.

<sup>51</sup> HART & SACKS, yuk. dn. 49, s. 129.

<sup>52</sup> Bkz. Max Radin, A Restatement of Hohfeld, 51 HARV. L. REV. 1141 (1938) ("A'nın talep-hakkı [alacak] ile B'nin borcu ... ayrı değildir ama tamamen yakından bağlantılıdır. Aynı şeyin iki ciheti bile eğildir. Aynı şeyin mutlak surette denk iki beyanıdır. B'nin borcu A'nın hakkından ileri gelmez; sebebi de A'nın hakkı değildir. B'nin borcu A'nın hakkıdır. Bu iki terim bir davranışın ifadesinin etken ve edilgen hali olarak tıpa tıpa aynı şeyi tasvir etme amacını taşır; 'A B tarafından öldürülmüştür' ya da 'B A'yı öldürmüştür'. A ile B'nin tamamen farklı ve ayrı kişiler olması onlar arasındaki ilişkinin tek bir ilişkiden başka bir şey olmadığı gerçeğini değiştirmez").



açısında belli bir borca sahip olduğu bilindiği takdirde onun bağlaşığı olan alacağın kime ait olduğu nasıl tespit edilir? Mesela eğer Carl Dana'ya 10 Dolar ödeme borcuna sahipse o borcun bağlaşığı olan alacak kime aittir? Sezgiyle verilecek cevap alacağı Dana'nın sahip olacağı yönündedir ama diyelim ki Dana hiç sözleşme yapmış değil; onun yerine Ella Carl'ın çimlerini biçmeyi, Carl'ın Dana'ya 10 Dolar vermesi karşılığında kabul etmiş olsun. Üstelik Dana küçük olduğu için Carl'ın borcunu ifa etmemesi halinde sözleşmenin edasını sadece Ella dava edebilecek olsun. Şimdi Carl'ın borcunun bağlaşığı olan alacağın sahibinin kim olacağı zorusu daha zor hale gelmiştir.

Bu soru haklara ilişkin felsefi bir tartışmaya paralellik arz eder ve Hohfeld usulü analizin nasıl işlediğini ortaya koyar.<sup>53</sup> Bir yandan "menfaat teorisi" ya da "fayda teorisi" bir kişinin bir hakka ancak o hak o kişinin menfaatini koruduğu ya da o hak o kişinin bir menfaatini koruduğu takdirde sahip olacağını savunur. Beri yandan ise "irade teorisi" ya da "seçim teorisi" bir kişinin bir hakka ancak o kişi o hakkı talep edebileceği ya da o hakkın icrasından feragat edebileceği takdirde sahip olacağını savunur.<sup>54</sup> Her ne kadar bu tartışma "hak" kelimesinin felsefede ne anlama geldiğini ele alsın ve bu yazıya doğrudan temas etmese de<sup>55</sup> fayda teorisi bir borcun alacağı olan alacağın sahibinin kim olacağı sorusuna cevap verir; bir borcun bağlaşığı alacağına sahip olan kişiyi tespit etmek için o borcun ifa edilmesinin kime faydası olduğu değerlendirilmelidir.<sup>56</sup>

Fayda teorisi sadece ilk adımı sunar ancak hukuki senaryoları tarif etmek daha ayrıntılı bir formül gerektirir. Mesela her ne kadar Dana'ya 10 Dolar vermenin Dana'yı mutlu etmesi ve kız kardeşini de memnun etmesi mümkün

olsa da Dana'nın kızkardeşinin alacak sahibi olduğu söylenemez. Öyle bir sonuca ulaşılması sadece niyetlenen faydaların söz konusu edilmesiyle önlenemez. Ella Carl'dan bu sözü kendi memnuniyeti için ve Dana faydalansın diye almıştır ama Ella da Carl da Dana'nın kızkardeşini sözleşmedeki karşılıklı edimler açısından değerlendirmemiştir. Dolayısıyla sadece Dana ile Ella alacak sahibidir. Bu yaklaşım sezgisel açıdan en uygun olanı görülmektedir ve hukuki analiz için etkili bir yol göstericilik yapar. Dolayısıyla bağlaşıklık ilkesi şu formülle açıklanabilir: Bir kişi bir borca bağlaşıklık olarak bir alacağı ancak ve ancak o borcun o kişinin faydasına olması amaçlandığında sahip olur.

Bu formül Yüksek Mahkeme'nin "hak" kavramını ele alış biçimiyle örtüşmektedir. Söz konusu Mahkemenin verdiği karara göre 42 U.S.C. § 1983 gereğince federal bir yazılı kanunun uygulanması için "davacının federal bir yasanın ihlal edildiğini ileri sürmesi yetmez, federal bir hakkın ihlal edildiğini ileri sürmek zorundadır".<sup>57</sup> Bunun üzerine Mahkeme belli bir yazılı kanun hükmünün bir hak yaratıp yaratmadığını belirlemek amaçlı üç etken tespit etmiştir:

Öncelikle Kongre söz konusu kanun hükmünün davacının faydasına olmasını amaçlamış olmalıdır. İkinci olarak, davacı yazılı kanun tarafından korunduğu ileri sürülen hakkın icrasının mahkemelerin görev sınırını zorlayacak kadar "belirsiz ve biçimsiz" olmaması gerekir. Üçüncü olarak da söz konusu yazılı kanun eyaletlere muğlak olmayan bir bağlayıcı yükümlülük getiriyor olmalıdır.<sup>58</sup>

İlk etken Mahkemenin yukarıdaki formülle bağdaşan bir kural uygulamakta olduğu gösterir. Ayrıca üçüncü etken

<sup>53</sup> Bkz. TARTIŞMA, yuk. dn. 14 (tartışmanın her iki tarafından da makaleler sunar); NEIL MACCORMICK, LEGAL RIGHT AND SOCIAL DEMOCRACY: ESSAYS IN LEGAL AND POLITICAL PHILOSOPHY 154-66 (Clarendon Press 1982).

<sup>54</sup> Bkz. TARTIŞMA, yuk. dn. 14, s. 64-65 ("Sonucu itibarıyla İrade Teorisini savunanlar haklarla alacakların denk olmadığına mutabıktır. Hohfeld'den farklı olarak 'haklar' terimini sadece alacak sahiplerine ait icra/feragat yetkilerinin eşlik ettiği alacaklar için kullanırlar. ... Bir Menfaat Teorisi destekçisi... ise Hohfeld'in 'alacak' ve 'hak' terimlerini birbirinin yerine kullanması konusunda onunla hemikir olmaktan memnundur.").

<sup>55</sup> Bkz. a.g.e. s. 65 ("Hohfeld'in analitik şemasına göre ... Menfaat Teorisi ile İrade Teorisi arasında fark etiketleme meselesinden ibarettir.").

<sup>56</sup> Bkz. Layman Allen, Some Examples of Using the LEGAL RELATIONS Language in the Legal Domain: Applied Deontic Logic, 73 NOTRE DAME L. REV. 535, 536 (1998) (borçlarla alacaklar arasındaki bağlaşıklıkla ilgili tarif etmek amacıyla bir fayda teorisi formülü kullanır).

<sup>57</sup> Blessing v. Freestone davası, 520 U.S. 329, 340 (1997).

<sup>58</sup> A.g.e. s. 340-41 (vurgular sonradan eklenmiştir).

alacaklar ile borçların bağılışıklığının zımnen tanındığını ortaya çıkarır.

### 3. Hukuki Kavramların Türetimi

Hohfeld usulü analiz bir hukuki kavramdan öbürünün türetilmesine imkân tanması sayesinde hukuki gerekçelendirmeyi daha üst bir noktaya taşır. Her ne kadar Hohfeld bir yoldan bahsetmişse de bunu yapmanın iki farklı yolu vardır. Hohfeld usulü analizin anayasal hukuku netleştirmek amacıyla kullanılmasında her iki yolu anlamak önem taşıyacaktır.

Öncelikle Hohfeld "bağılışıklık yoluyla türetim" adını verebileceğimiz yöntemden bahsetmiştir. Bu, daha yeni keşfetmiş olduğu bağılışıklık ilkesinden gelir. Kısaca izah etmek gerekirse bu türetim yolu şöyledir: hem bir hukuki ilişkideki bir konumu niteleyen kavramı hem de tarif edilen davranışı bilen biri, hukuki ilişkideki öbür konumu niteleyen kavramı akıl yürüterek türetebilir.

İkinci olarak, hukuki kavram türetimi yapmanın bir başka yolu "pratik çıkarım yoluyla türetim" diyebileceğimiz yoldur. Diyelim ki Gus, Hanna ile bir sözleşme yapmak istedi ama Hanna, ergin olmadığı için, bağlayıcı sözleşme yapmak konusunda yetkisizdi. Az önce ele aldığımız ilkeye göre Hanna'nın yetkisizliği Gus'un sahip olduğu bir bağılışıklık ile bağılışıklık arz eder. Bununla birlikte Hanna'nın sahip olduğu yetkisizlik aynı zamanda, uygulama açısından bakarsak, Gus'ın Hanna ile bağlayıcı bir sözleşme kurma imkânına sahip olmamasına da sebep olur. Bu çıkarımdan şu sonuca varılabilir: Hanna'nın yetkisizliği Gus'ın Hanna ile bağlayıcı sözleşme kurmak konusunda yetkisiz olmasına sebep olmaktadır. Dolayısıyla, ayrı hukuki ilişkilerdeki yetkisizlik konumlarından bahsediyor olsak bile Hanna'nın yetkisizliğinden Gus'ın yetkisizliğini türetmek mümkündür.

### D. Hohfeld Usulü Analizi Anayasa Hukukuna Genişletmek

Hohfeld usulü analiz özel hukukta yaygınlık kazanmış olsa da akademisyenler anayasa hukukunu tarif etmek için Hohfeld usulü analize başvurmadan belirgin bir biçimde kaçınmıştır.<sup>59</sup> Bunun bir sebebi ikili ilişkilere odaklanan Hohfeld usulü analizin, daha karmaşık ilişkiler mesela hükümetin erklarının özel kişiler arasındaki hukuki ilişkiler yarattığı ve icra ettiği haller içeren kamu hukuku meselelerini taşıyamayacağını farz edilmiş olması olabilir. Bir diğer sebep sözleşme ya da haksız fiil hukukundan doğan haklar ile devlet baskısını engellemek için tasarlanmış anayasal haklar arasında mukayese edilemez bir fark görmüş olmaları olabilir. Sebep her ne olursa olsun bu bölümde Hohfeld usulü analizin aslında anayasa hukukunda nitelendirmeye kullanılmasının ne şekilde mümkün olduğu açıklanmaktadır. Profesör H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı [The Concept of Law] adlı eserindeki hukuk yapısını tanımladığı meşhurdur!<sup>60</sup> Aşağıdaki alt bölüm 1 Hohfeld'in kavramlarının Hart'ın yaptığı ayrımın hukuk kuralları üzerinden nasıl dağıtılabileceğini göstermekte, alt bölüm 2 de Hart'ın teorisinin anayasa hukuku açısından ne anlama geldiğini anlatır.

#### 1. Birincil ve İkincil Kurallar

Yasaların, arkasında güç olan buyruklar olduğunu savunmuş olan John Austin'e yaptığı itiraz, Hart'ın argümanının başlangıç noktasıdır. Austin yasaların bir egemen tarafından yapılan genel, sürekli ve zorlayıcı güç tehdidiyle desteklenmiş beyanlar olduğunu düşünür.<sup>61</sup> "Kırmızı ışıktaki dur" ve "vergini öde" şeklindeki beyanlar klasik örneklerdir. Hart sözleşme hukukundan karşıt örnekler getirerek Austin'in teorisine karşı çıkmıştır. Diyelim ki kanun, tüm sözleşmelerin iki tanık tarafından imzalanmasını zorunlu tutar ama Abe ile Ben'in, sözleşmelerini imzalayacak sadece bir tanığı vardır. Her ne kadar yasayı çiğnemiş olsalar da Abe ile Ben hiçbir zorlayıcı güç ya da ceza ile karşılaşmayacaklardır. Sadece sözleşme yapmamış olacaklardır o kadar. Vardığı bu sonuca

<sup>59</sup> Bkz. yuk. dn. 8.

<sup>60</sup> H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW(Oxford U. Press 1997) (1961).

<sup>61</sup> Bkz. a.g.e. ch.II.

açıklamak getirmek için Hart, sözleşme hukukunun şekli açıdan Austin'in teorisinde örnek olarak kullandığı trafik ve vergi hukukundan farklı olduğuna işaret etmiştir. "Vergini öde" hukuki kuralı belli bir davranışı emretmekte ve cezalandırmakla tehdit etmektedir ama "sözleşmeler iki tanık tarafından imzalanmak zorundadır" hukuki kuralı belli bir hukuki sonuç elde etmek için yerine getirilmesi gereken aşamaları belirtmekten başka bir şey yapmaz.

Her yasa bir şekilde sahiptir. Hart, tarif ettiği ilk şekilde sahip olan yasalara "birincil kurallar" adını verir.<sup>62</sup> Bunlar gereğince "insanlar isteseler de istemeseler de belli davranışları yapmak ya da yapmamak zorunda kalmaktadır".<sup>63</sup> Örnekler arasında "kırmızı ışıkta dur", "vergini öde", "davet eden, davet ettiği kişiye gerekli özeni göstermelidir" kuralı ve "Abe Ben'e para ödemelidir" ve "Ben Abe'in arazisine girmemelidir" hukuki ilişkileri vardır. Hart ikinci şekilde sahip yasalara "ikincil kurallar" adını verir.<sup>64</sup> Hart ikincil kuralların "insanların belli bir şey yaparak ya da söyleyerek yeni kurallar koymasını, mevcut kuralları kaldırmasını ya da değiştirmesini ya da muhtelif yollarla kuralların etki alanını tespit etmesini ya da işleyişlerini kontrol etmesini mümkün kıldığını" ifade etmiştir.<sup>65</sup> Buna verilebilecek örnekler arasında evlenmek, vasiyetname düzenlemek, sözleşme yapmak veya sınırlı ya da sınırsız sorumlu şirket kurmak veya vekil tayin etmek için tamamlanması gereken aşamaları gösteren kurallar vardır. Hart, yasa yapmak için tamamlanması gereken aşamaları gösteren kuralların da ikincil kurallar olduğunu belirtmiştir.<sup>66</sup>

Hohfeld'in sekiz kavramı Hart'ın birincil kurallar ile ikincil kurallar arasındaki kavramsal ayrımına tam oturmaktadır. Hart'ın gözlemi dört muhtemelen konumu ortaya çıkarır:

Ya (1) bir birincil kural bir fiziksel davranışı zorunlu tutar ya da yasaklar ya (2) bir birincil kural bir fiziksel davranışa izin verir ya (3) bir ikincil kural bir hukuki fiile imkan tanır ya da (4) bir ikincil kural bir hukuki fiile imkan tanımaz.<sup>67</sup> Bu konular, Hohfeld'in ortaya koyduğu dört çift bağlantılı kavrama karşılık gelir. Aşağıdaki diyagram bu örtüşmeyi gösterir:

<i>Kural Türü</i>	<i>Somut Olaya Tatbiki</i>	<i>Hukuki İlişkinin Türü</i>
<b>Birincil Kural Davranışı bağlayıcıdır</b>	→	<b>Borç/Alacak</b>
<b>Birincil Kural Davranışı bağlayıcı değildir</b>	→	<b>Serbestlik/Alacaksızlık</b>
<b>İkincil Kural Davranışa imkân verir</b>	→	<b>Yetki/Tabiyet</b>
<b>İkincil Kural Davranışa imkân vermez</b>	→	<b>Yetkisizlik/Bağışıklık</b>

Hart bizzat bu karşılıklılığı şu sözlerle kabul etmiştir "ilk türden kurallar borç yükler, ikinci türden kurallar kamusal

<sup>62</sup> A.g.e. s. 81.

<sup>63</sup> A.g.e.

<sup>64</sup> A.g.e.

<sup>65</sup> HART, yuk. dn. 60, s. 81.

<sup>66</sup> Bkz. A.g.e. s. 31 ("Yasama organının önüne gelen bir düzenleme yeter sayıda oy alır da meclisten geçerse o düzenleme lehine oy vermiş olanlar, düzenlemenin geçmesi için oy çokluğunu arayan yasaya 'itaat etmiş' olmaz ve o düzenleme aleyhinde oy kullanmış olanlar da oy çokluğu arayan yasaya itaatsizlik etmiş olmaz")("If a measure before a

legislative body obtains the required majority of votes and is thus duly passed, the voters in favour of the measure have not 'obeyed' the law requiring a majority decision nor have those who voted against it either obeyed or disobeyed it: the same is of course true if the measure fails to obtain the required majority and so no law is passed.").

<sup>67</sup> Cf. Corbin, yuk. dn. 26 (Hohfeld'in bağlantılı çiftlerinin genel hatlarını çizdiği, hukuka ilişkin dört muhtemel öngörüü yani devletin bir kimseye karşı hareket edip etmeyeceğine ve bir bireyin devleti harekete geçmek konusunda etki altına alıp almayacağına ilişkin durumu tarif eder).

ya da özel yetki verir."<sup>68</sup> Profesör Lon Fuller bu bağlantıyı şu sözlerle açıkça kabul etmiştir: "Hohfeld usulü analiz dört temel ilişkiyi ayırır... Tüm sistemin üstüne kurulu olduğu temel ayırım hak-borç ayırımıyla yetki-tabiyet ayırımıdır; bu ayırım Hart'ın yapmış olduğu değerlendirmeye tam örtüşmektedir".<sup>69</sup>

## 2. Anayasa Hukukunun Yapısı

Hohfeld'in kavramlarının Hart'ın teorisiyle örtüşme şekli, Hart'ın hukuka dair geri kalan izahatı Hohfeld usulü analizin anayasa hukuku için nitelendirme yapmasının mümkün olduğunu göstermektedir. Hart hukuk kavramımızın birincil ve ikincil kuralların birleşmesinden doğduğunu savunmuştur.<sup>70</sup> Bunun nedenini zor bir deneyle açıklamıştır.<sup>71</sup> Sadece birincil kuralları olan bir toplum hayal edin.<sup>72</sup> Hart, öyle bir toplumdaki insanların 3 ayrı sorunla karşılaşacağını gözlemlemiştir. Bu insanlar (1) bir kuralın bağlayıcılığının tanınıp tanınmadığını tespit etmekte (2) kurallarını değişen koşullara göre değiştirmekte ve (3) bir kişinin bir kuralı ihlal edip etmediğine dair uyumsuzlukları çözmekte zorluk çekeceklerdir. Söz konusu toplum bir kişi bir kuralı ihlal ettiğinde ne ceza verileceğini tespit etmekte de etkin mekanizmalardan yoksun olacaktır.

Hart, her bir sorunun çözümünün toplumun birincil kurallarına ikincil kurallar ekleyerek tamamlamak olduğunu gözlemlemiştir. İlk sorunu çözmek için söz konusu toplum geçerli bir kural yapmanın gerektirdiği aşamaları gösteren bir ikincil kural yapma ihtiyacı

duyacaktır. Hart buna "tanıma kuralı" adını verir.<sup>73</sup> Şunlar örnek verilebilir: "yasalar dikilitaşa kazınmış olanlardır" ve İki Kamaralı Parlamento ve Temsil Hükümleri.<sup>74</sup> İkinci sorunu çözmek için toplum mevcut kuralları değiştirmenin gerektirdiği aşamaları gösteren ikincil kurallara ihtiyaç duyacaktır. Hart bunlara "değişim kuralları"<sup>75</sup> adını verir. Şunlar örnek verilebilir "kral istediği kuralı halka duyuru yaparak değiştirebilir" ve Değişiklik Hükümü.<sup>76</sup> Üçüncü sorunu çözmek için toplum bir kişinin hukuku ihlal edip etmediğini ve ne ceza verilmesi gerektiğini gösteren ikincil kurallara ihtiyaç duyacaktır. Hart bu kurallara "muhakeme kuralları"<sup>77</sup> adını vermiştir. Şunlar örnek verilebilir: "bir kuralın ihlal edilip edilmediğine ve ne ceza verileceğine kraliçe karar verebilir" ve Anayasa'nın III. Maddesi.<sup>78</sup>

Birincil ve ikincil kuralların bu kombinasyonu sadece hukuk kavramını aydınlatmakla kalmaz anayasa hukukunun temel yapısını da ortaya çıkarır. Hart şu sonuca varmıştır: "Burada sadece hukuk sistemine kalbine değil aynı zamanda hem hukuk hem siyaset teorisyenlerini en çok kafa karışıklığı yaşadığı konunun çoğunu analiz etmeye yarayan en etkili araca da sahip olduğumuz açıktır".<sup>79</sup> Hohfeld'in kavramlarının Hart'ın teorisiyle örtüşme şekli göstermektedir ki anayasa hukukunun temelindeki birincil ve ikincil kurallar, Hohfeld usulü analize anayasa hukukunda nitelendirme yapmanın mümkün olmasını gerektirir.

Devam etmeden önce bir uyarıda bulunmamız lazım. Bu bölümün argümanı, Hart'ın, Profesör Ronald Dworkin<sup>80</sup> ve

<sup>68</sup> HART, yuk. dn. 60, s. 81.

<sup>69</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law* 134 n. 50 (Yale U. Press 1969).

<sup>70</sup> Hart, yuk. dn. 60, s. 98.

<sup>71</sup> A.g.e. s. 91-98.

<sup>72</sup> Bunların gerçekleşme imkanını arttırmak için bu kuralların şiddeti, hırsızlığı ve hileyi kısıtladığını ve birkaç kişinin bunlara karşı ayaklandığını farz edin.

<sup>73</sup> A.g.e. s. 94.

<sup>74</sup> ABD Anayasası md. I, § 7, cl. 2. Bkz. Kent Greenawalt, *The Rule of Recognition and the Constitution*, 85 Mich. L. Rev. 621 (1987) (Hart'ın tanıma kuralı kavramını ABD hukuk sistemine tatbik etmektedir).

<sup>75</sup> Hart, yuk. dn. 60, s. 95.

<sup>76</sup> ABD Anayasası md. V.

<sup>77</sup> Hart, yuk. dn. 60, s. 97.

<sup>78</sup> Örneği bkz. ABD Anayasası md. III, § 2.

<sup>79</sup> HART, yuk. dn. 60, s. 98.

<sup>80</sup> Dworkin "zor davaların" yani yerleşmiş hukukun net bir hüküm veremediği davaların pozitivizmin yanlışlığını ortaya çıkardığını savunmaktadır. Dworkin'e göre Hart'ın pozitivist teorisinde bir yargıç zor bir vakayı karara bağladığında onun, izlenen politikanın değerlendirmelerini esas alarak yeni bir hukuk kuralı ihdas eder (ya da "yasamakta") ve sonra onu davadaki olgulara tatbik eder. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* 81 (Harv. U. Press 1978). Dworkin'in kendi yaklaşımında ise zor bir davayı karara bağlayan yargıç, dava

Fuller<sup>81</sup> gibi akademisyenlerce eleştirilmiş pozitivist teorisini kabul etmeyi gerektirmez. Bu bölüm Hart'ın sosyolojik temelli birincil-ikincil kural ayırımı dayanmakla birlikte Hart'ın argümanını daha geniş ele alıp hukuk-ahlak ayrımı yapmak şart değildir. Nitekim bu yazıda sunulan analitik çerçeveye Hart'ın pozitivismine Dworkin<sup>82</sup> ve Fuller<sup>83</sup> tarafından getirilen eleştirilerle de bağdaştırılabilir.

## II. Hohfeld Usulü Analizin Anayasa Hukukuna Tatbiki

I. Kısımda Hohfeld usulü analizi ve söz konusu analizle anayasa hukukunda nitelendirmenin nasıl mümkün olabileceğini gösterdik. Bu kısım ise Hohfeld usulü analizi bilfiil anayasa hukukuna tatbik eder. Bölüm A ve Bölüm B'de anayasanın metni ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin dört önemli kararının Hohfeld usulü analizi kullanarak ele alacağız. Bölüm C ise önceki tartışmayı esas alarak anayasal hakların yapısını keşfedecektir. Bu kısım genel itibarla Hohfeld usulü analizin anayasal analizi özellikle anayasal haklar açısından nasıl geliştirebileceğini gösterecektir.

tarafının haklarını pozitif hukukun içinden çıkarıp davadaki olgulara tatbik eder. A.g.e. Dworkin, bu yöntemle pozitif hukukun ötesine eren yargıçların zor davaları karara bağlamak için, yaygın ve uygun olarak bağımsız var olan haklardan yararlanmaktadır. A.g.e., s. 84. Bu, Hart'ın, yasaların hepsinin doğası itibarıyla pozitif olduğu ve tanıma kuralı çerçevesinde ihdas edildiği şeklinde tezini yanlıştırmaktadır.

<sup>81</sup> FULLER, yuk. dn. 69. Fuller tanımak kuralını bir ikincil kural saymak konusunda hemfikirdir ama Hart'ın teorisine karşı çıktığı husus şudur: "Hart'ın bu karakterizasyondan şu nosyonu da çıkardığı görülmektedir: kural, verdiği yetkinin suistimal halinde geri alınabileceğine dair sarıh ya da zımni hiçbir hüküm içeremez." A.g.e. s. 137.

<sup>82</sup> Bu yazının kavramsal haklar teorisi iki açıdan Dworkin'in Hart'ın teorisine getirdiği eleştiriyle çakışabilir. Dworkin'in eleştirisi için bkz. yuk. dn. 80. Öncelikle; zor bir vakayı Dworkin'in önerdiği ölçütleri esas alarak (aslında hangi ölçütü esas alırsa alsın) karara bağlayan bir yargıç davanın sonucunu tespit ederken hukuki bir ilişkinin varlığını ilan eder. İkincisi; Dworkin'e göre böyle bir yargıç kararını verirken izlenecek politikadan çok ilkeyi göz önüne almaktadır. "İlke" derken ne kast ettiğini şöyle tanımlamaktadır "bir kararın tek ya da bir grup hakka saygı duyduğunu ya da güvence temin ettiğini göstererek siyasi bir kararı haklılaştıran argümanlar." DWORKIN, yuk. dn. 80, s. 82. Dworkin'in "ilke" nosyonu bu

### A. Anayasa Metni

ABD anayasası egemenlik yetkisini devletin 3 erkine verir. Anayasa'nın Giriş kısmı bu konudaki tek güç kaynağını açıklar: "Biz, Amerika Birleşik Devletleri Halkı, daha kusursuz bir Birlik meydana getirmek için ve Serbestliğin Nimetlerinden yararlanmamızı ve gelecek kuşakların yararlanmasını güvence altına almak için bu Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nı uygun bulup oluşturduk."<sup>84</sup> Bu yetkiye dayanarak Anayasa "tüm yasama yetkisini" Kongre'ye<sup>85</sup>, "yürütme yetkisini Başkan'a"<sup>86</sup> ve "yargı yetkisini Yüksek Mahkeme'ye ve Kongre'nin uygun görüp kurabileceği daha alt mahkemelere"<sup>87</sup> vermiştir. Bu yetki verici hükümler ABD Anayasası'nın yapısı açısından temel yapı taşlarıdır çünkü temel tanıma ve muhakeme kurallarını dile getirirler.<sup>88</sup> Ayrıca Anayasa'nın çoğunluğunun, devlet erkleri için yetki yaratan ikincil kurallardan meydana gelişini gösterir.<sup>89</sup> Bu yetkiler ile "Biz, halk ve bizden sonraki nesiller" ("ABD halkı") için geçerli tabiiyetle bağlantılıdır.<sup>90</sup> Ayrıca yetki verici hükümlerin sarıh istisnaları ABD Anayasası'nın belli yetkileri saymaması federal devlet için yetkisizlik hali meydana

yazıda "kural" adı verilen kavrama benzetilebilir ya da bu yazıda geliştirilen analitik çerçeveyi kullanarak kavramsal açıdan istendiği kadar küçük parçalara ayrılabilir. Dworkin zor bir vakayı tartışırken ilkelerin arkasındaki kavramları zımnen tanımıştır: "Eğer davacı davalıya karşı bir hakka sahipse davalının ona karşılık düşen bir ödevi vardır ve kendisine dair verilen hükmü haklı hale getiren mahkemenin ihdas ettiği yeni bir ödev değil o hakka tekabül eden ödevdir." A.g.e. s. 85.

<sup>83</sup> Bkz. FULLER, yuk. dn. 69, s. 134 ("Hart ödev yükleyen kurullarla hukuki yetki veren kurullar arasında ayırım yaparak başlamaktadır. Bu noktaya kadar bir şikayet olması mümkün değildir. Bu ayırım özellikle Hohfeld usulü analizin temel taşı işlevi görmüş olduğu bu ülkede aşına olunan bir ayırımdır").

<sup>84</sup> ABD Anayasası giriş kısmı

<sup>85</sup> A.g.e. md. I, § 1.

<sup>86</sup> A.g.e. md. II, § 1, cl. 1.

<sup>87</sup> A.g.e. md. III, § 1, cl. 1.

<sup>88</sup> Bkz. yuk. dn. bölüm I'de § D.2.

<sup>89</sup> Örneğin bkz. a.g.e. md. I, § 8.

<sup>90</sup> ABD Anayasası giriş kısmı

getirir ve bu yetkisizlik de ABD halkının bağımsızlığı ile bağlantılıdır.

James Madison 8 Temmuz 1789 tarihinde bir teklif sundu ve 1791 yılında kabul edilen bu teklife bugün Haklar Bildirgesi denmektedir.<sup>91</sup> Temsilciler Meclisi'ne yaptığı konuşmada Madison bu teklifi şöyle anlatmıştır: "Buradaki esas amaç devletin eylemde bulunmaması gerektiği ya da sadece belli bir biçimde eylemde bulunması gerektiği hallerde devletten yetkiyi esirgemek suretiyle devletin yetkilerini sınırlandırıp kısıtlamaktır".<sup>92</sup> Dolayısıyla Haklar Bildirgesi genel itibarla federal devlet için yetkisizlikler yaratır ve bu gücü ilk baştaki yetki verici hükümlerden alır ve bu yetkisizlik, ABD halkının bağımsızlığı ile bağlantılılık arz eder.<sup>93</sup>

ABD Anayasası'nın Birinci Ek Maddesi şöyle der: "Kongre bir dinin kuruluşuna ya da tatbikinin yasaklanmasına ilişkin, ifade ya da basın özgürlüğünü, insanların barışçıl bir biçimde toplanma hakkını ve mağduriyetin telafisi için devlete dilekçe verme hakkını sınırlayıcı hiçbir yasa yapmamalıdır."<sup>94</sup> Bu ifade, Kongre'nin ABD halkı ile ilişkisini düzenler. Davranış tarifi "yasa yapmamalıdır" diyerek ikincil bir davranışı tarif ettiği için söz konusu Anayasal Ek Madde Kongre'den belli yasaları yapma yetkisini geri çeken ikincil kuralları hüküm altına alır. Dolayısıyla Ek Birinci Madde ABD Kongresi'ne belli yetkisizlikler izafe etmektedir ve bu yetkisizlikler ABD halkının bağımsızlığı ile bağlantılılık arz etmektedir. Bu yetkisizlikler uygulama açısından zımnen Kongre'nin belli borçları, mesela ifade özgürlüğüne getirilebilecek pek çok yasaklamayı, yaratmasını engellediği için halk belli

serbestliklerden, mesela pek çok şeyi ifade etme serbestliğinden yararlanır. Her ne kadar Ek Madde sadece Kongre için geçerliymiş gibi görünse de Eyaletler dâhil olmak üzere daha geniş bir uygulama alanı vardır.<sup>95</sup>

1865-1870 yılları arasında Kongre, özgürlüğüne yeni kavuşmuş köle nüfusunu güney Eyaletlerin baskısından kurtarmaya yönelik anayasal değişiklikleri kabul etmiştir. Kongre'nin bu yöndeki ilk adımı Onüçüncü Ek Madde idi. Birinci fıkrası şöyle der: "Amerika Birleşik Devletleri'nde de onun yargı çevresine dahil başka hiçbir yerde, kişinin usulüne uygun olarak mahkum edildiği bir suçun cezası hariç, kölelik ya da angarya olmayacaktır".<sup>96</sup> Bu ifade, her kişinin her bir başka kişiyle arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir birincil kural yaratır. Dolayısıyla bu Ek Madde her kişiye hem kimseyi köle edinmeme borcunu hem de köleliğe karşı koyma alacağını tanımaktadır. İkinci fıkra şöyle der: "Kongre bu maddeyi uygun yasama faaliyetiyle uygulama yetkisine sahiptir".<sup>97</sup> Bu ifade, Kongre'ye birinci fıkrayı uygulamaya yönelik yasaları geçirme yetkisi ve birinci fıkranın borç veya alacak verdiği kişilere onunla bağlantılılık tabiiyetler getirmektedir.

On dördüncü Ek Madde'nin benzer bir yapısı vardır. Birinci fıkra Eyaletler ile bireyler arasında hukuk ilişkiler yaratan kuralları hüküm altına alırken beşinci fıkra Kongre'ye bu kuralları uygulama yetkisini vermektedir. Birinci fıkrada Eşit Koruma Hükümü şöyle der: "ve [Hiçbir Eyalet] kendi yargı çevresindeki kimseyi yasaların eşit korumasından yoksun bırakmayacaktır".<sup>98</sup> Bu ifade her Eyaletle hiçbir kişiyi "yasaların eşit korumasından" yoksun bırakmama borcu yüklemekte, "eyaletin yargı çevresindeki her kişi"

<sup>91</sup> Jack Rakove, *Declaring Rights: A Brief History with Documents* 168 (Bedford Books 1998).

<sup>92</sup> James Madison, *Rakove'da Temsilciler Meclisi'ne Yaptığı Konuşma* (8 Haziran 1789), yuk. dn. 91, s. 170-82 [yazıda kısaca Konuşma diye geçecektir]. Ayrıca bkz. David Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. Chi. L. Rev. 864, 865 (1986) ("Hem tasdik sürecindeki tartışmalar hem de Haklar Bildirgesi önergesinin giriş kısmı Madison'ın şu görüşünü teyit eder: Haklar Bildirgesi Genel Devlet'in yetkiyi kötüye kullanması halleri'ne karşı koruma için ve bilhassa Kongre'nin yetkilerini sınırlamak için tasarlanmıştır.").

<sup>93</sup> Örneğin Anayasa'nın Altıncı Ek Maddesi'nde tanınan jürili yargılanma hakkına ilişkin olarak bkz. *Blakely v. Washington*,

542 U.S. 296, 305-06 (2004) ("Söz konusu hak salt usuli bir formalite değil anayasal yapımızdaki güce ilişkin esaslı bir kayıttır.").

<sup>94</sup> ABD Anayasası'nın I. Ek Maddesi.

<sup>95</sup> Bkz. Mark Denbeaux, *Birinci Ek Madde'nin Birinci Kelimesi*, 80 Nw. U. L. Rev. 1156 (1986) (mahkemeler ve akademisyenler tarafından Yargı ve Yürütme Erklerine tatbik edilmekle, Birinci Ek Madde'nin amaçlanan anlamına ters düşer).

<sup>96</sup> ABD Anayasası XIII. Ek Madde 1.

<sup>97</sup> A.g.e. XIII. Ek Madde 2.

<sup>98</sup> A.g.e. XIV. Ek Madde 1.

için bağımlılık bir alacak yaratmakta ve böylelikle bir birincil kural yaratır.<sup>99</sup>

## B. İçtihat Hukuku

Bölüm A'da Anayasa'nın yapısının genel hatlarını çizdikten sonra bu bölümde Hohfeld usulü analizi, ABD Yüksek Mahkemesi'nin Anayasa'yı yorumlayan kararlarına tatbik edeceğiz. Alt bölümlerin her biri bir somut olaydaki hukuki konuların Hohfeld usulü analize nasıl netleştiğini göstermekte ve söz konusu tartışmayı "hak" kelimesinin anlamını netleştirmek için kullanmaktadır. Genel olarak bu bölüm, Hohfeld usulü analizin Kongre'nin tüketici olarak sayılmış yetkileri, federal yapı ve Birinci Ek Madde ile Öndördüncü Ek Madde hakkındaki uyumsuzluklara nasıl netlik kazandırdığını gösterir.

### 1. Perez v. ABD davası

Alcides Perez bir "tefeci"dir, Miranda soyadlı bir kişiye borç para vermiştir ve borcun geri ödenmesinde taleplerini arttırmış, borcun ödenmemesi halinde ağır şiddet uygulayacağı tehdidinde bulunmuştur.<sup>100</sup> Sırasıyla 1000, 2000 ve 1000 Dolarlık borçlar vermiştir ve karşılığında borçlunun haftada 105 ila 500 Dolar ödemesini talep etmiştir.<sup>101</sup> Miranda para borcunu ödeyemez hale geldiğinde Perez onu tehdit etmiş ve gerekirse para çalarak borcunu ödemesi gerektiğini çünkü Miranda'nın "hapse girmesinin sırtı ya da bacağı kırık vaziyette hastaneye gitmesinden iyi olduğunu" söylemiştir.<sup>102</sup> Perez "fahiş kredi işlemleri"ni yani "bir borcu ödemeye zorlamak için bir kişiye, itibarına ya da mala zarar vermek amacıyla sarıh ya da zımni şiddet araçlarını ya da suç oluşturan başka araçları kullanmak" suretiyle yürüyen kredi işlemlerini yasaklayan federal bir yazılı kanun gereğince kovuşturmaya uğramıştır.<sup>103</sup> Söz konusu yazılı kanunda fahiş kredi işlemlerinin çoğunlukla eyaletler arası ticarete gerçekleştiğini ve her ne büyüklükte olursa olsun doğrudan eyaletler arası ticareti etkileyen nitelikte olduğu da belirtilmektedir.<sup>104</sup> İkinci Federal İstinaf Mahkemesi

Perez'in mahkûmiyetini onadıktan sonra Perez, söz konusu yazılı kanunun Kongre'nin Ticaret Hükümü'nden doğan yetkisini aştığı iddiasıyla dosyayı ABD Yüksek Mahkemesi'ne götürmüştür.<sup>105</sup>

Söz konusu yazılı kanun bir birincil kuralı hüküm altına alarak Perez'e fahiş kredi işlemi yürütmeme borcunu yüklemiştir. Yazılı kanun muhtemel mağdurları korumayı amaçladığı için Miranda da o borçla bağımlılık alacağı sahiptir. Yazılı kanun ayrıca eyaletler arası ticarete yönelik tehditlere karşı koruma sağlama amacını güttüğü için, ABD halkı da bağımlılık alacağı sahiptir. Bu borcunu ihlal ettiği için Perez hakkında kovuşturma yürütmek suretiyle bu yazılı kanunu uygulama yetkisi yalnızca Eyalet Savcısı eliyle hareket eden federal devlete aittir. Bu kovuşturma yetkisine ceza kovuşturması ikame etme yetkisi ve Perez'in suçunu makul şüphenin ötesinde kanıtlayarak Perez'in cezaya tabiyetini yaratma yetkisi dâhildir.

Ayrıca Kongre "Kongre... yabancı uluslarla ve çeşitli eyaletler arasında ve Amerikan yerlisi kabilelerle yapılacak ticareti düzenleme yetkisine sahip olacaktır" hükmünü içeren Ticaret Hükümü gereğince Perez aleyhine borç yaratma yetkisi olduğunu kabul etmiştir.<sup>106</sup> Bu yetki, ABD halkının tabiyet ile bağımlılık niteliktedir. Perez ise şunu savunur: Ticaret Hükümü bu federal yazılı kanunun geçmesine izin vermediği için Kongre aslında söz konusu yazılı kanunu geçirmek konusunda yetkisizdir ve Perez'in ve ABD'deki diğer insanların bu konuda bağımsızlığı vardır. Uygulama üzerinden çıkarım yaparsak, Kongre'nin yetkisizliği zımnen savcının, yazılı kanunun ihlalden ötürü Perez'e tefecilik nedeniyle ceza verilmesini talep etme konusunda ve Bölge Mahkemesinin Perez'i mahkûm etmek konusunda yetkisiz olduğu anlamına gelir.

Yüksek Mahkeme İkinci Federal İstinaf Mahkemesi'nin Perez'i tefecilikten mahkûm eden kararı onayan kararını

<sup>99</sup> A.g.e.

<sup>100</sup> Perez v. ABD davası, 402 U.S. 146, 147 (1971).

<sup>101</sup> A.g.e. s. 148.

<sup>102</sup> A.g.e.

<sup>103</sup> A.g.e. s. 147 n.1.

<sup>104</sup> A.g.e.

<sup>105</sup> Perez, 402 U.S. at 146-47.

<sup>106</sup> ABD Anayasası md. I, § 8, cl. 3.

onamıştır.<sup>107</sup> Mahkeme adına yazdığı karar gerekçesinde yargıç Douglas Ticaret Hükümünün Kongre'ye eyaletler arası ticaret kanallarının kullanım şeklini düzenleme, eyaletler arası ticaretin işlerliğini koruma ve eyaletler arası ticareti etkileyen faaliyetleri düzenleme yetkisi verdiğini belirtmiştir.<sup>108</sup> Yargıç Douglas'ın vardığı sonuca göre Kongre tefeciliğin eyaletler arası ticareti etkilediğini tespit edebildiği için Ticaret Hükümünün Kongre'ye Perez'in mahkûmiyetine yol açan yazılı kanunu çıkarma yetkisini vermiştir.<sup>109</sup>

Bu tartışma Hohfeld usulü analizin Anayasa'dan doğan hukuki konumları nasıl niteleyebileceğini göstermektedir. Hohfeld usulü analiz Kongre'nin ticari yetkisinin, Başkan'ın yürütme yetkisinin ve Mahkeme'nin yargı yetkisinin Lopez, Miranda ve ABD halkı arasında nasıl hukuki ilişkiler yarattığını göstermektedir. Bu tartışma "bireysel" haklarla "kolektif" haklar arasındaki kavramsal farkı da ortaya koyar. Miranda'nın alacağı bireysel bir alacaktır çünkü "Miranda'ya tefecilik yapmayacaktır" şeklinde davranış tarifinde sadece Miranda edilgen konumdur.<sup>110</sup> Buna karşılık ABD halkının alacağı kolektif bir alacaktır çünkü "tefecilik yapmayacaktır" şeklindeki davranış tarifi tüm topluluğun kolektif yararını amaçlar.<sup>111</sup>

## 2. U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton davası

Arkansas eyaletindeki seçmenler 1992 yılında Arkansas Anayasası'nı değiştirerek "Dönem Sınırlaması Değişikliği"ni ("TLA") kabul etmişlerdir; bu değişikliğe göre normalde Kongre'ye seçilebilecek olan bir aday eğer Temsilciler Meclisi'nde üç dönem ya da Senato'da iki dönem görev yapmışsa adı genel seçim oy pusulasına yazılamayacaktır.<sup>112</sup> Arkansaslı bir seçmen ve vergi

mükellefi olan Bobbie Hill bazı Arkansas devlet memurlarına ve Arkansas'taki Demokrat Parti'ye ve Cumhuriyetçi Parti'ye karşı bir tespit davası açar.<sup>113</sup> Arkansas eyaleti ve U.S. Term Limits, Inc. davaya davalı yanında müdahil olarak katılırlar.<sup>114</sup> Hill, TLA'nın ABD Anayasası'nın 1. maddesini ihlal ettiğini ileri sürer; söz konusu madde Kongre üyesi olmanın şartlarını düzenler.<sup>115</sup> Arkansas Pulaski Bölgesi'ndeki Gezici Mahkeme TLA'nın federal anayasayı ihlal ettiğini tespit eder, Arkansas Yüksek Mahkemesi bu kararı onar ve davalılar dosyayı temyiz yoluyla ABD Yüksek Mahkemesi'ne götürür.<sup>116</sup>

Normalde bir Kongre üyesi seçiminde Arkansaslı vatandaşlar ABD Anayasa'sında koşulan şartları haiz olan ve adı genel seçim oy pusulasında yer alan her aday, kısaca "şartları haiz aday" için oy verme yetkisine sahiptir. Seçmenler ayrıca hangi adaya oy vereceklerine karar verme serbestliğine de sahiptir. Karşılığında, şartları haiz adayların her biri seçilme şeklinde bir tabiiyete sahiptirler, ki bu da Arkansas seçmenlerinin oy verme yetkisinin bağlaştığıdır. Bir aday seçilip yemin ettikten sonra göreviyle bağlantılı çeşitli hukuk konumları (mesela kanun yapma) üstlenir. Seçilmeden önce, ABD Anayasa'nın aradığı şartları haiz olan herkes şartları haiz aday olabilir.

Bu hukuki konumlar TLA yürürlüğe girdikten sonra değişti. Kongre'de çok fazla görev almış kişiler şartları haiz aday olmak konusunda yetkisiz hale geldiler. Uygulamaya dayalı çıkarım yaparsak; Arkansas seçmenleri söz konusu adaylara oy vermek konusunda yetkisiz hale geldiler. Daha öncesinde Arkansaslı seçmenler ABD Anayasası'nın aradığı şartları karşılayan ve adı genel seçim oy pusulasında yer alan her adaya oy verebiliyorken artık TLA'nın aradığı

<sup>107</sup> Perez, 402 U.S. at 147.

<sup>108</sup> A.g.e. s. 150.

<sup>109</sup> A.g.e. s. 154.

<sup>110</sup> "Etken konum" and "edilgen konum" terimleri yukarıda I. Kısımda § C.1'de tanımlanmıştır.

<sup>111</sup> Cf. Heath v. Alabama davası, 474 U.S. 82, 88 (1985) ("İçtihat hukukundaki, devletin hükümlerine karşı bir hukuka aykırılık olarak suç kavramı" ifadesi geçer).

<sup>112</sup> U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton davası, 514 U.S. 779, 783 (1995).

<sup>113</sup> A.g.e. s. 784-85.

<sup>114</sup> A.g.e. s. 785.

<sup>115</sup> Bkz. ABD Anayasası md. I, § 2, cl. 2 ("Yirmi beş yaşını doldurmamış, 7 yıldır Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olmayan ve seçildiğinde seçilmiş olduğu eyaletin sakini olmayan hiçbir kişi Temsilci olamaz."); a.g.e. md. I, § 3, cl. 3 ("Otuz yaşını doldurmamış, 9 yıldır Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olmayan ve seçilmediğinde seçilmiş olduğu eyaletin sakini olmayan hiçbir kişi Senatör olamaz.").

<sup>116</sup> U.S. Term Limits, 514 U.S. at 785-86.



şartları karşılamayan adaylara oy vermekte yetkisiz hale gelmişlerdir. Dolayısıyla Mahkeme için mesele Arkansas eyaletinin, hâlihazırdaki federal Anayasa'nın ötesine geçip Kongre'ye seçilmek için gereken şartları tespit eden bir ikincil kural yaratma yetkisine sahip olup olmadığıdır.

Mahkeme, Arkansas Yüksek Mahkemesi'nin TLA'yı iptal eden kararını onamıştır.<sup>117</sup> Mahkeme kararının gerekçesini yazan yargıç Stevens şunu tespit etmiştir ki Arkansas eyaleti kongre adayları için bu tür şartlar yaratma yetkisine sahip değildir çünkü ABD Anayasası'nın öngördüğü seçilme şartları her eyelerin yarattığı şartların yerine geçerlidir.<sup>118</sup> Bu gerekçe, ABD Anayasası'ndaki Üstünlük Hükümü'ne dayanır; söz konusu hükme göre federal Anayasa "ülkenin üstün yasasıdır. Hangi eyalette olursa olsun Anayasa aykırı her husus için bu, geçerlidir."<sup>119</sup> Dolayısıyla Üstünlük Hükümü Arkansas eyaletinin Arkansas Anayasası'nı ABD Anayasa'sında öngörülen hususlar hilafına değiştirmesi konusunda yetkisiz kılar.

Yargıç Kennedy Arkansas eyaletinin "kongre seçiminde geçerli federal oy hakkına (ve ondan türeyen, çoğunluk oyla seçildiğinde o mevkide hizmet etme hakkına)" müdahale etmiş olup olmadığı konusunda yukarıdaki görüşü destekleyici bir mütalaa yazmıştır.<sup>120</sup> "Oy verme hakkı" tabiri pek çok anlama gelebilir ve buna Kongreye üye seçme alacağı ve seçim sonuçlarına erişme serbestliği de dahildir. Yukarıda yer alan Hohfeld usulü analiz Kennedy'nin oy verme yetkisinden ve ona bağlılaşık nitelikteki seçilme tabiiyetinden bahsettiğini göstermektedir.

### 3. Texas v. Johnson davası

1984 yılında Texas Dallas'ta Cumhuriyetçi Ulusal Kongresi yapılırken dışarıdaki protestocular duvarları spreyle boyayıp bitkileri kırmışlar ve binadaki Amerikan bayrağını indirmişlerdir.<sup>121</sup> Bayrak Gregory Johnson'a verilmiş, o da

bayrağı gaz yağına batırıp yakmış, o sırada diğer protestocular "Amerika, kırmızı, beyaz, mavi, üstüne tükürüyoruz" diye tezahüratta bulunmuşlardır.<sup>122</sup> Gösteriden sonra bayrak yakma eyleminin bir tanığı bayraktan geri kalanları toplayıp evinin arka bahçesine gömmüştür.<sup>123</sup> Diğer tanıklar bayrak yakma eylemini nedeniyle büyük elem duyduklarını beyan etmiştir.<sup>124</sup> Johnson Teksas Ceza Kanunu madde 42.09 gereğince suçlanmış ve mahkûm edilmiştir; söz konusu madde hükmü şöyledir: "Bir kimsenin bir devleti ya da ulusal bayrağa isteyerek ve bilerek saygısızlıkta bulunması suçtur".<sup>125</sup> Yazılı kanun şu açıklamayı getirmektedir: "Bu bölüm bağlamında 'saygısızlık etmek' demek failin eylemini gözlemlemesi ya da fark etmesi muhtemel bir ya da daha çok kişinin ciddi elem duyacağı biçimde tahrif etmek, zarar vermek ya da başka surette kötü davranmak anlamına gelir".<sup>126</sup> Texas Ceza Temyiz Mahkemesi Johnson hakkındaki mahkûmiyet kararını bozmuş ve Texas eyaleti bu kararı ABD Yüksek Mahkemesi'ne götürmüştür.<sup>127</sup>

Texas eyaletindeki yazılı kanun belli bir davranışı yasaklayan bir birincil kural getirmiştir yani suçun unsurlarıyla tanımlanan davranış yasaklanmıştır. Bu kural Johnson'a Amerika bayrağına saygısızlık etmeme borcu getirmekte ve bu tür bir saygısızlığı gözlemlemesi ya da fark etmesi muhtemel kişilere de ona bağlılaşık alacaklar tanımaktadır. Anayasa'nın, Texas eyaleti tarafından Ondördüncü Maddedeki Hukukun Üstünlüğü Hükümü üzerinden uyguladığı Birinci Ek Maddesine göre Texas eyaleti Johnson'un ifade özgürlüğünü sınırlayan bir yasa yapmamak şeklinde bir yetkisizliğe sahiptir ve bu da Johnson'a ona bağlılaşık olarak bağışıklık kazandırır. Bu bağışıklığını öne süren Johnson Birinci Ek Madde'den doğan "farklı olma hakkı"nın Texas'taki yasa tarafından

<sup>117</sup> A.g.e. s. 783.

<sup>118</sup> A.g.e. s. 806.

<sup>119</sup> ABD Anayasası md. VI, cl. 2.

<sup>120</sup> U.S. Term Limits, 514 U.S. s. 844.

<sup>121</sup> Texas v. Johnson davası, 491 U.S. 397, 399 (1989).

<sup>122</sup> A.g.e.

<sup>123</sup> A.g.e.

<sup>124</sup> A.g.e.

<sup>125</sup> A.g.e. s. 400 n.1.

<sup>126</sup> Johnson, 491 U.S. s. 400 n.1.

<sup>127</sup> A.g.e. s. 400.

ihlal edildiğini iddia etmiştir.<sup>128</sup> Dolayısıyla Mahkemenin cevap bulması gereken sorular şunlar olmuştur: Texas eyaletinin davranış Birinci Ek Madde'deki davranış tarifinin kapsamında mıdır ve anayasal zorunluluktan daha öncelikli bir devlet menfaati olabilir mi.

Mahkeme, Texas mahkemesinin Johnson'ın mahkûmiyet kararının bozulması yönündeki kararı onamıştır. Texas eyaleti Johnson'ın davranışının "kendini ifade edici" olduğunu kabul etmiş ve dolayısıyla İfade Özgürlüğü Hükümüne zımnen atıf yapmıştır ancak kendini ifade edici davranışın bu şekilde bastırılmasının hukuka uygun olduğunu savunmuştur. Çoğunluk mütalaasını kaleme alan yargıç Brennan Texas eyaletlerinin beyan ettiği devlet menfaatinin söz konusu davranışın bastırılmasını hukuka uygun hale getirmeyeceği kanaatine varmıştır. Gerekçelendirmesi şöyledir: (1) "barışa yönelik ihlallerin engellenmesi"<sup>129</sup> söz konusu davranışın bastırılmasını hukuka uygun hale getirmez çünkü olayı gören hiçbir makul insan Johnson'ın davranışını "doğrudan şahsına yapılmış bir hakaret ya da yumruklaşma çağrısı" olarak görmeyecektir"<sup>130</sup> ve (2) "bayrağı ulus olmanın ve ulusal birliğin bir sembolü olarak saklamak"<sup>131</sup> söz konusu davranışın bastırılmasını hukuka uygun hale getirmez çünkü "Devlet bir fikrin ifadesini sırf toplum o fikirden alınıyor ya da o fikre katılmıyor diye yasaklayamaz".<sup>132</sup> Brennan bunu şöyle açıklamıştır: "farklı olma hakkı Birinci Ek Madde'deki özgürlüklerin en önemli parçasıdır".<sup>133</sup>

Bu kararın ardından medya, olayı *Johnson* kararını anayasal bir "bayrak yakma hakkı"nın ilanı olarak duyurmuştur.<sup>134</sup> Bu yazıda ve Brennan'ın kast ettiği anlamıyla "farklı olma hakkı"nın, "hak" kelimesinin bir serbestliği ifade etmesi

gerekir çünkü hakkın sahibi olan kişi etkin konumdadır. Sınırlı bir anlamda *Johnson* kararı bir serbestliği muhafaza etmiştir çünkü Texas eyaletinin onu bayrak yakmaktan ötürü suçlu bulup mahkûm etme konusundaki yetkisizliği Johnson'ın belli bir konuda borç sahibi olmasını engeller; Hohfeld usulü analiz Mahkeme'nin Amerikan bayrağı yakmak yönünde anayasal bir serbestlik ilan etmediğini göstermektedir. Aslında Mahkeme tam olarak şu olguyu tanımıştır: "Vurgularız ki Johnson tecavüz, uygunsuz davranış ya da kundakçılık nedeniyle değil sadece bayrağa saygısızlık suçlamasıyla kovuşturulmaya uğramıştır".<sup>135</sup>

Profesör Matthew Adler konuyla ilgili bir gözlemde bulunmuştur: "Anayasal haklar, kurallar karşısında sahip olunan haklardır. Anayasal hak, hak sahibini belli bir kuraldan (yanlış öngörüyle ya da geçmişle kaleme alınmış bir kuraldan) korur, hak sahibinin davranışını o davranış kapsayan kuralların hepsine karşı korumaz".<sup>136</sup> Hohfeld usulü analiz bunun sebebinin göstermektedir. Johnson'la ilgili olarak "anayasal haklar kurallar karşısında sahip olunan haklardır" nosyonu bizi şu gözleme götürür: Birinci Ek Madde Johnson'a Amerikan bayrağını yakması yönünde anayasal bir serbestlik vermemiş Texas'ın belli yasalar koyması karşısında Johnson'a bağışıklık tanımıştır.

#### 4. Grutter v. Bollinger davası

Barbara Grutter, Michigan Üniversitesi Hukuk Okulu'na (kısaca "Hukuk Okulu")<sup>137</sup> kabul edilmek için başvurmuş, beyaz bir Michigan sakinidir. Lisans mezuniyet not ortalaması (kısaca "GPA") 3,8'dir ve Hukuk Okuluna Kabul Testi'nden (kısaca "LSAT") 161 puan almıştır.<sup>138</sup> Hukuk Okulu'nun öğrenci kabul politikasına göre kabul yetkilileri

<sup>128</sup> Temyiz Özeti s. 10, Texas v. Johnson davası, 491 U.S. 397 (1989) (No. 88-155).

<sup>129</sup> Johnson, 491 U.S. s. 407.

<sup>130</sup> A.g.e. s. 409.

<sup>131</sup> A.g.e. s. 407.

<sup>132</sup> A.g.e. s. 414.

<sup>133</sup> A.g.e. s. 401.

<sup>134</sup> Linda Greenhouse, Justices, 5-4, Back Protesters' Right to Burn the Flag, N.Y. TIMES, 22 Haziran 1989,

<http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=950DE0DA1538F931A15755C0A96F948260>.

<sup>135</sup> Johnson, 491 U.S. s. 413 n.8.

<sup>136</sup> Matthew Adler, Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law, 97 MICH. L. REV. 1, 3 (1998) (vurgulanan kısımlar yazıya aktarılmamıştır). Adler'in bu bağlamda "ifade etmek" kelimesini "kuralın kanuni formülasyonunda yer alan davranış tarifi" anlamına gelecek şekilde tanımlaması önemlidir. A.g.e. s. 3 n.6.

<sup>137</sup> Grutter v. Bollinger davası, 539 U.S. 306, 316 (2003).

<sup>138</sup> A.g.e.

başvuru sahibi hakkında erişilebilir tüm bilgileri değerlendirmelidir ve bu bilgiler arasında başvuru sahibinin GPA ve LSAT puanı, ayrıntılı özgeçmişini, referans verenlerin ona ne kadar destek verdiğini ve Hukuk Okulu'na yapması muhtemel katkıları tespit etmeye yarayabilecek diğer her ölçüt vardır.<sup>139</sup> “Herkesin tahsilini zenginleştirme potansiyeli taşıyan bir çeşitliliğe ulaşmak” amacıyla öğrenci kabul politikası kabul memurlarının başvuru sahibi tarafından söz konusu çeşitliliğe yapılacak bir katkı olup olmadığına da “esaslı ağırlık” vermelerini emreder.<sup>140</sup> Bu politikaya göre Hukuk Okulu özellikle “Afrika kökenli Amerikalılar, Latin kökenliler ve Amerikan yerlileri gibi tarihte ayrımcılığa uğramış gruplardan öğrenciler aracılığıyla ırksal ve etnik çeşitlilik”<sup>141</sup> geliştirmeyi amaç edinmiştir ve “Hukuk okulunun karakterine eşsiz katkı yapılmasını temin etmek” amacıyla “önemli miktarda [yetersiz temsil edilmiş] azınlık öğrencisini” okula kaydetmeye çalışmıştır.<sup>142</sup> Grutter, Hukuk Okulu'na yaptığı başvurunun kabul edilmemesi üzerine Hukuk Okulu'na karşı ABD Bölge Mahkemesi'nde dava açmıştır; davada okulun öğrenci kabul politikasının azınlık olmayan başvuru sahipleri açısından ciddi dezavantaj oluşturarak Eşit Koruma Hükmü'nü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.<sup>143</sup> Mahkeme Grutter'in davasını tespit davası ve diğer türden tedbir amaçlı davalardan biri sayarak davacıyı haklı bulmuştur. Altıncı Federal İstinaf Mahkemesi heyeti bu kararı bozmuş ve Grutter da dosyayı ABD Yüksek Mahkemesi'nin önüne götürmüştür.<sup>144</sup>

Hukuk Okulu'nun öğrenci kabul politikasına göre Grutter'in kendisini Hukuk Okulu'na kabul edilmek üzere gerekli şartları haiz bir aday haline getirme yetkisi vardır. Bu yetkiyi kullanmak için lisans eğitimini tamamlamak, LSAT sınavına girmek, başvurusunu postalamak ve diğer aranan şartları ve başvuru şartlarını tamamlaması gerekmiştir. Grutter'in de Hukuk Okulu'nun da bu yetkiyle bağlılaşık tabiyetleri vardır. Başvuru şartlarını haiz olması sayesinde Grutter, yaptığı başvurunun Hukuk Okulu

tarafından değerlendirmeye alınması alacağına sahiptir; buna bağlılaşık olarak Hukuk Okulu da kayıt kabul memurları eliyle hareket etme borcuna sahiptir. Hukuk Okulu başvuru şartlarını haiz olanları kabul etme yetkisine sahip olduğu gibi başvuru şartlarını haiz adaylardan hangisini kabul edeceğini seçme serbestliğine de sahiptir. Dolayısıyla Grutter'in, buna bağlılaşık olarak, başvurusu kabul edilmiş bir aday olmak konusunda tabiyeti vardır ve yine bağlılaşık olarak, Hukuk Okulu'nun onun başvurusunu kabul etmesi konusunda alacaksızlığı vardır. Nihayetinde, devlet üniversitesi üzerinden hareket eden Michigan eyaletinin Grutter'den yasaların eşit korumasını esirgememe borcu vardır ve bunun bağlılığı da Grutter'in bu konudaki alacağıdır. Dolayısıyla Mahkeme'nin çözmesi gereken soru şudur: Hukuk Okulu'nun öğrenci kabul politikası, yasaların eşit korumasını Grutter'den esirgemektedir midir?

Mahkeme, Altıncı Gezici Mahkeme'nin kararını onamıştır. Mahkeme için mütalaa yazan yargıç O'Connor, Hukuk Okulu'nun kayıt kabul politikasının Eşit Koruma Hükmü'ne göre anayasaya uygun olduğunu çünkü okulun kabul politikasında ırk açısından yapılan değerlendirmenin “öğrencilerin çeşitliliğinin getireceği eğitimsel faydaları” elde etmek şeklindeki devlet menfaatini geliştirmek amacıyla özellikle dar biçimde şekillendirilmiş olduğuna hükmetmiştir.<sup>145</sup> Yargıç O'Connor ırk üzerinden yapılan değerlendirmenin dar bir biçimde şekillendirilmesinin nedeninin, söz konusu politika çerçevesinde (1) her bir başvuru sahibinin çeşitliliğe yapabileceği katkının altını çizmesine imkân verecek biçimde bütünsel inceleme imkanı tanımaya ihtiyaç duyulması (2) azınlık olmayan başvuru sahiplerine usulsüz biçimde külfet getirilmemekte olması ve (3) başvuru sahibinin ırkının, doğrudan başvuru sonucunu belirlememesi olduğunu tespit etmiştir.<sup>146</sup>

Grutter davada bir “hak” ile karşısındaki öbür “hak”ın dengelenmesinin söz konusu olduğunu ima eden bir ifade kullanmıştır, ki bu kafa karıştırıcı olabilir. Michigan eyaleti

<sup>139</sup> A.g.e. s. 315.

<sup>140</sup> A.g.e. s. 315-16.

<sup>141</sup> A.g.e. s. 316.

<sup>142</sup> Grutter, 539 U.S. s. 316..

<sup>143</sup> A.g.e. s. 317.

<sup>144</sup> A.g.e. s. 321-22.

<sup>145</sup> A.g.e. s. 343.

<sup>146</sup> A.g.e. s. 344.

ile ilgili olarak O'Connor "okulda 'fikir alışverişininin artışına"<sup>147</sup> en çok katkıda bulunacak öğrencileri seçme hakkı" olduğuna değinmiş, yargıç Kennedy ise muhalefet şerhinde "ırka dayalı sınıflandırma hakkı"ndan bahsetmiştir.<sup>148</sup> Hohfeld usulü analiz bu muğlaklığı Grutter'in bir alacak (Michigan eyaletinin borcuyla bağlantılı bir alacak) ileri sürdüğünü, Michigan eyaletinin ise bir serbestlik (Grutter'in alacaksızlığıyla bağlantılı bir serbestlik) ileri sürdüğünü göstererek açıklığa kavuşturur.

Hohfeld usulü analiz ayrıca Grutter davası ile, Mahkeme'nin Michigan Üniversitesi tarafından uygulanan lisans başvuru kabul politikasını iptal ettiği Gratz v. Bolling davası<sup>149</sup> arasındaki farka da netlik kazandırır. Bu politika gereğince başvuru şartlarını haiz adaylara belli ölçütler üzerinden puanlar verilmektedir ve 100 puan toplayabilen her aday okula kabul edilmektedir. Söz konusu politika gereğince başvuru kabul memurlarının ırksal azınlığa mensup adaylara fazladan 20 puan vermesi gerektiği için ırksal azınlık mensubu adaylar buna bağlantılı olarak memurların onlara söz konusu fazladan 20 puanı verme borcu olması karşılığında alacak sahibi olmuş, ırksal azınlık mensubu olmayanlar ise bu davranış tarifine ilişkin olarak alacaksızlık konumuna düşmüştür. Olaydaki Hukuk Okulu'nun kabul politikası ise başvuru kabul memurlarına her başvuru sahibinin Hukuk Okulu'ndaki ırksal çeşitlilik açısından yapabileceği muhtemel katkı için "esaslı ağırlık" verme borcu yüklemiştir ve bu borç başvuru şartlarını haiz adayların bu yöndeki alacaklarıyla bağlantılılık arz eder. Dolayısıyla lisans eğitimine kabul politikası ırksal azınlığa mensup olan başvuru sahipleriyle ırksal azınlığa mensup olmayan başvuru sahipleri arasında farklı hukuki ilişki

öngörülürken Hukuk Okulu'na kabul politikası iki tür başvuru sahibi için de aynı hukuki ilişkiyi görmektedir; sadece aday türlerinin sağladıkları faydanın miktarı farklıdır. Bu ayrım Gratz davası ile Grutter davasında farklı hükümlere varılmış olmasının sebebinin açıklamaya yardımcı olabilir.

Yargıç Ginsburg, çoğunluk görüşünü destekleyen mütalaasında "eşit olmayan ya da ayrı haklar" a değinmiştir.<sup>150</sup> Hohfeld usulü analizin Gratz davası ile Grutter davası arasında işaret ettiği fark, yargıcın bu sözüne açıklık getirir. Gratz davasındaki kabul politikasında "ayrı" haklar söz konusu iken Grutter davasındaki kabul politikasında "eşit olmayan" haklar söz konusudur çünkü Grutter davasındaki "esaslı ağırlık" kavramından ırksal azınlıkların faydalanması daha muhtemeldir. Daha teknik bir üslupta ifade edersek; iki kişi aynı davranış tarifi için ve aynı kişiyle ilgili olarak karşıt konumdalarsa onlar ayrı haklara sahiptir ama iki kişi aynı koşullar altında aynı hukuk konumunda ise ve fakat hukuki ilişkiden farklı miktarda fayda sağlıyorsa onlar eşit haklara sahiptir.<sup>151</sup>

### C. Anayasal Hakların Yapısı

Yukarıdaki tartışmalar Yüksek Mahkeme'nin "anayasal hak" tabirini farklı kavramları ifade etmek için nasıl çok anlamlı kullandığını gösterir.<sup>152</sup> Önemli oldukları için anayasal hakların yapısını net bir biçimde anlamak gerekir. Bu yüzden bu bölümde "anayasal hak" kın ne anlama geldiğine açıklık getirmeye ve dolayısıyla anayasal analizi geliştirmeye çalışacağız.

Anayasa birey ile devlet arasında hukuki ilişkiler yaratır. "Anayasal haklar" genelde Hohfeld usulü analizde

<sup>147</sup> Grutter, 539 U.S. s. 324 (alıntı kaynağı: California Üniversitesi Mütevellileri v. Bakke davası, 438 U.S. 265, 313 (1978)).

<sup>148</sup> A.g.e. s. 395 (Yargıç Kennedy'nin muhalefet şerhi).

<sup>149</sup> 539 U.S. 244 (2003).

<sup>150</sup> Grutter, 539 U.S. at 344 (Yargıç Ginsburg'un karar lehindeki şerhi) (alıntı kaynağı: Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme, md. II, § 2, 4 Ocak 1965, 660 U.N.T.S. 195).

<sup>151</sup> Teoride iki kişinin ayrı haklara sahip olup eşit fayda elde etmeleri mümkündür. Bu aynı kişinin karşılaştırılabilir davranış tariflerinde söz konusu olup da iki kişinin her biri

aynı kişiyle olan hukuki ilişkisinden eşit miktarda fayda elde edince gerçekleşir. Brown v. Topeka Eğitim Kurulu davasındaki ve ABD v. Virginia davasındaki muhalefet şerhlerinde argüman olarak bu kavramsal kalıp kullanılmıştır. Brown v. Topeka Eğitim Kurulu, 347 U.S. 483 (1954) davasında Kansas'taki Topeka Eğitim Kurulu eşit kalitede okullar söz konusu olduğuna göre beyaz çocuklarla Afrika kökenli Amerikalı çocukların ayrı okullara gidebileceğini savunmuştur. ABD v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996) davasında Virginia Eyaleti Virginia Harp Enstitüsü'nü erkekler için mahsus yapabileceğin çünkü kadınlar için olan Virginia Liderlik Enstitüsü'nün eşit niteliğe sahip olduğunu ileri sürmüştür.

<sup>152</sup> Bkz. yuk. dn. 2.

bireylerin sahip olduğu alacak, serbestlik, yetki ya da bağımsızlık adını verdiğimiz konumları ifade eder. Mesela *Johnson* kararı, İfade Özgürlüğü Hükümü sayesinde devletin bayrak yakma yasası yapması karşısında bağımsızlık sahibi olduğuna hükmederek bir anayasal hak beyan etmiştir.<sup>153</sup> Bununla birlikte, insanlar genellikle “anayasal hak” kalıbını daha geniş anlamda, bu tür konumların bütününe ifade etmek için kullanırlar. Mesela “ifade özgürlüğü hakkı” İfade Özgürlüğü Hükümü'nün yarattığı konumların bütününe ifade eder ve “mahremiyet hakkı” Anayasa'daki farklı hükümlerden ve politikallardan çıkan çok sayıda pozisyonu kapsar.<sup>154</sup>

Geniş anlamda “anayasal hak” kavramı “mülkiyet” kavramının geniş anlamlandırılan hali ile mukayese edilebilir. Mahkemeler sahiplik ya da mülkiyet kavramını “haklar tutamı” mecazına başvurarak tarif etmektedir, ki bu tabir malikin mülkü ile ilgili olarak diğer kişilerle kurduğu hukuki ilişkilerden oluşan kümeyi ifade eder.<sup>155</sup>

Benzer şekilde, geniş anlamda “anayasal hak”ka da “ilişkiler tutamı” demek mümkündür; bundan kast edilen, devlet ile birey arasında aynı anayasal hükümden ya da değerden doğan ilişkilerden oluşan kümedir.

Bu nedenle anayasal hakların yapısına açıklık getiren Hohfeld usulü analiz sayesinde bu konularda daha iyi hukuki gerekçelendirme yapmak mümkündür. “Anayasal hak” ifadesinin beş ayrı kavramdan yani alacak, serbestlik, yetki, bağımsızlık ya da ilişkiler tutamı kavramlarından birini ifade edebileceğini kabul etmek bu ifadenin çok anlamlı kullanımından doğan karışıklıkları önleyebilmeye yarar.

Ayrıca anayasal hakların yapısını değerlendirmek soyut bir dille ifade edilmiş hukuki gerekçelendirmeye nüfuz edebilmeye de yarar.<sup>156</sup> Hohfeld usulü analizin önemli uygulama alanlarından biri belli hukuk kurallarına açıklama getiren politika tercihlerine netlik kazandırmak olmuştur. Singer'ın gözlemine göre Hohfeld bu konuda “belli kurallara çok soyut kavramlardan çıkarım yoluyla ulaşılabileceğini iddia eden kavramsalci tekniği” şu sözlerle eleştirmiştir:<sup>157</sup>

Haklar mantığı bizi, siyasi ve ahlaki tercihler yapmamız yönündeki nosyondan korumayı amaçlayan bir insan icadıdır. Bilinçli tercihler yapmak için bir tercih yaptığımızın farkında olmamız şarttır. Seçimi bilgece yapmak için somut hukuk kuralları sonucu kimin kazanıp kimin kaybettiğini ve hangi değerlerin korunduğunu ya da korunmadığını bilmemiz gerekir.<sup>158</sup>

Günümüzde de Mahkemeler ve hakkını mahkeme yoluyla arayanlar anayasal analizde çok soyut kavramlardan çıkarım yaparak belli kurallara ulaşmak iddiasındadırlar. Politikallarda tercihlerin ve ahlaki tercihlerin nasıl sıklıkla “haklar” adı verilen çok soyut kavramlara başvurmayı gerektirdiğini netleştiren Hohfeld usulü analiz, anayasal haklara ilişkin geleneksel gerekçelendirmeye netlik kazandırma için önemli bir araç teşkil eder.

## SONUÇ

Bu makale Hohfeld'in hukuk öğrencilerine ve profesyonellerine uygulamaya dönük fayda sağlama amacını paylaşmaktadır.<sup>159</sup> Bu yazıda sunulan analitik

<sup>153</sup> Johnson, 491 U.S. s. 420.

<sup>154</sup> Bkz. *Griswold v. Connecticut* davası, 381 U.S. 479, 484-85 (1965) (Mahremiyet hakkını çeşitli anayasal hükümlerin ve kararların “yarıgölgesinden” çıkarmaktadır).

<sup>155</sup> Bkz. *ABD v. Craft* davası, 535 U.S. 274, 278 (2000) (“Yaygın bir deyiş, mülkiyeti 'bir tutam çubuk' yani belli kombinasyonları oluşturduğunda mülkiyeti oluşturan bireysel haklar kümesi diye tarif eder”); *Kaiser Aetna v. ABD* davası, 444 U.S. 164, 176 (1979) (noting “bütününe genelde mülkiyet adı verilen haklar tutamındaki en temel çubuklardan biri: başkalarından esirgeme hakkı.”).

<sup>156</sup> Singer, yuk. dn. 11, s. 1056-59.

<sup>157</sup> A.g.e. s. 1057.

<sup>158</sup> A.g.e. s. 1059.

<sup>159</sup> Bkz. HOHFELD, yuk. dn. 6, s. 26. Ayrıca bkz. Charles Clark, *Relations, Legal and Otherwise*, 5 ILL. L. Q. 26, 26 (1922) (Hohfeld'in teorisinden çok verim alındığını çünkü “sistemin sadece öğrencilerin önündeki değil avukat ve hakim önündeki sorunlarla doğrudan ilişkisi olduğunu ve bu tarlanın işlenmesinin uygulamaya dönük sonuçlar getirdiğini” ifade eder. Ayrımları sisteme dahil etmek demek davaları kazanmakla kaybetmek arasındaki, dava lehine olan kararlarla davalı lehine olan kararlar arasındaki farklılık demektir.”); Walter Wheeler Cook, *Hohfeld's Contributions to the Science of Law*, 28 YALE L.J. 721 (1919) (Hohfeld'in teorisini normalde kafa karıştırıcı bir dilden ötürü saklı kalan hukuki meseleleri

çerçeve daha net ve daha odaklanmış anayasal analizi mümkün kılarak bu faydayı temin eder. Profesör Arthur Corbin şu görüşü ifade etmiştir:

Adalet arayışımızda en keskin ve doğru analitik silahları kuşanmaya ciddi derecede ihtiyacımız var. Emsal kararı uygulama sürecinde ve kuralları ve politikaları anlatırken başvurabileceğimiz araçlar terminoloji ve analizdir. Bunlar hayati önem taşıyan araçlardır. Zemini temizleyip, uyuşmazlığın arkasındaki hukuki ya da sosyal sorunu çözülmek üzere yalın vaziyette yere yatırır! Onlar olmasa uyuşmazlığın arkasındaki sorunu hiç göremeyebiliriz ve hatta görsek bile kendi söz kalabalığımızın belirsizliği ve karışıklığı için kaybolabiliriz.<sup>160</sup>

Bu yazı aşağıdaki hususların iç yüzlerini açıklamak ve göstermek suretiyle böyle bir analitik silah işlevi görür. Hohfeld usulü analizin kaynağı, ilişkilerin hukukun yapısında merkezi konumda olduğunun kabulüdür. Hukuku oluşturan ilişkilerin her birinde bir etkin konum, bir davranış tarifi ve bir de edilgen konum vardır. Konumların her birini bir Hohfeld kavramıyla nitelendirmek mümkündür. Dolayısıyla, bir kavramın önemini bilmek normalde daha geniş bir ilişkinin yapısını ve kaynağını nitelendirmeyi gerektirir.

Haklar bir kişinin zilyedi ya da hamili olabileceği nesnelere gibi değildir. Bir hak ya Hohfeld kavramlarından biridir ya da o kavramların birden çoğunun bir araya gelmesiyle oluşmuştur ve her bir Hohfeld kavramı bir hukuki ilişki içinde etkin ya da edilgen bir konumu nitelendirir. Bu tür konumların sadece daha geniş ilişkiye atfen anlam ifade etmesi büyük önem arz eder. Bu konumlar aynı tek ilişkiyi gören farklı gözlem noktalarına benzer.<sup>161</sup> İlişkilerin hukukun yapısında merkezi yeri olduğunun kabul edilmesi sadece anayasal analize açıklık getirmekle kalmaz aynı zamanda anayasal hakların yapısını da aydınlatır.

---

açığ çıkarıp kıyas yapılabilen halleri keşfetme yönündeki uygulamaya dönük bir teori olarak tarif eder).

<sup>160</sup> Corbin, yuk. dn. 26, s. 238.

<sup>161</sup> Bkz. LLEWELLYN, yuk. dn. 17, s. 85 (1960) ("Her zaman her iki uçta birer kişi olur. B'nin bir şey yapması A'nın hakkıdır ve

tekrar ediyorum B eğer o şeyi yapmazsa A mahkemeyi B'nin başına bela edebilir. Ancak hakkın öbür ucunda B vardır. Hak aslında bir görevdir; öbür taraftan bakınca görev görünür. İlişki aynıdır; aradaki fark hangi noktadan gözlemlendiğidir.").