T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUK (HUKUK FELSEFESİ ve SOSYOLOJİSİ)
ANABİLİM DALI

H.L.A. HART'TA TANIMA KURALI

Doktora Tezi

Aydan Ömür Surlu

Ankara-2008

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUK (HUKUK FELSEFESİ ve SOSYOLOJİSİ)
ANABİLİM DALI

H.L.A. HART'TA TANIMA KURALI

Doktora Tezi

Aydan Ömür Surlu

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Gülriz UYGUR

Ankara-2008

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUK (HUKUK FELSEFESİ ve SOSYOLOJİSİ)
ANABİLİM DAL

H.L.A. HART'TA TANIMA KURALI

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Gülriz UYGUR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi .....

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (/ /2008)

Aydan Ömür SURLU

ÖZET

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), hukuk felsefesine yaptığı katkılar nedeniyle yirminci yüzyılın en önemli hukukçusu olarak kabul edilmektedir. Hukuki positivist olan *Hart,* en ünlü ve önemli eseri "The Concept of Law"da *Austin*'e ve hukuku emir çerçevesinde açıklayan teorilere karşı gelerek kendi hukuk teorisini ortaya koymuştur. *Hart*'ın analitik pozitivizmine göre hukuk, kurallardan oluşur. Hukuk kuralı bir sosyal kural türüdür ve alışkanlıklardan farklıdır. Sosyal kurallar bireyler tarafından, uyulmaması durumunda hem kendileri hem de diğer bireylerin davranışlarını eleştirmek için bir standart olarak kabul edilir. *Hart* bunu içsel bakış açısı olarak nitelendirir. *Hart*'a göre hukuku karakterize eden müeyyideyi öngören zorlayıcılığı değil, bireylerin hukuk kurallarına kendi istekleriyle uymalarını sağlayan bu içsel bakış açısıdır. Hukuk kuralları, emir teorilerinin öngördüğü gibi sadece müeyyide içeren ödev yükleyen kurallardan oluşmaz. Bir hukuk sisteminde bireylere yetki veren kurallar da vardır. Hukuku sadece yükümlülük çerçevesinde açıklamaya çalışan teoriler bu nedenle yetersiz ve eksiktir.

Bir hukuk sistemi, birincil ve ikincil kuralların birliğinden oluşur. İlkel toplumlar sadece birincil kurallara sahipken, modern toplumlarda hukuk sistemi ikincil kuralları da içerir. Birincil kurallar, bireylerin nasıl davranması gerektiğini ve yükümlülüklerini belirtir. İkincil kurallar, birincil kurallar hakkındaki kurallardır. İkincil kurallar; hukuk kurallarının yapılmasını, değiştirilmesini ve ortadan kaldırılmasını düzenleyen "değiştirme kuralları", uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olan "yargılama kuralları" ve "tanıma kuralı"ndan oluşur. En önemli ikincil kural olan tanıma kuralı, bir hukuk sistemindeki yetkillerin içsel bakış açısıyla kabul ettikleri sosyal bir kuraldır. Bir hukuk sisteminin varlığı ve birliği için gerekli olan asgari iki koşul, birincil kurallara bireylerin genel olarak uymaları ve ikincil kuralların yetkililer tarafından kabul edilmesidir. Tanıma kuralı, bir hukuk sistemindeki kuralların ne olduğunu belirler ve geçerlilik kriteri oluşturur. Hukuk kuralları, tanıma kuralında öngörülen kriteri yerine getirdikleri taktirde hukuki geçerlilik kazanırlar. *Hart*'a göre geçerlilik kriteri sosyal kaynağa dayanabileceği

gibi içerikli de olabilir. Yetkililer geçerlilik kriterinin içeriğini belirleme konusunda serbesttir. Geçerlilik kriterinde ahlaki ilkelere yer verilmesi durumunda, hukukun ahlakiliğe göre belirlenmesi mümkün olur.

SUMMARY

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) is known to be the greatest jurist of the twentieth century because of his contributions to the legal philosophy. As a legal positivist, *Hart* put forward his own theory of law in his most famous and important work "The Co54ncept of Law", challenging *Austin* and theories that describe the law within the framework of orders. Law is composed of rules according to *Hart*'s analytic positivism. Legal rules are a kind of social rules, and they are different from habits. Social rules are accepted as a standart that are used to criticize the behavior of others and that of individuals themselves in case not obeyed. *Hart* names this as an internal point of view. According to *Hart*, what characterizes the law is not its coerciveness that stipulates sanction, but this internal point of view that leads individuals to obey the rules of law by their own will. Legal rules do not comprise the norms that stipulate sanctions and impose duties only as suggested by the command theories. There are also some norms in a legal system that confers power to people. In this regard, the theories that are trying to describe law within the boundary of obligations only are insufficient and defective.

A legal system consists of the union of primary and secondary rules. Legal systems in modern societies include the secondary rules also, though primitive societies have primary ones only. Primary rules define how people should act and what their obligations are. Secondary rules are the ones relating to the primary rules. The secondary rules consist of "the rules of chance" that regulate the creating, changing and nullification of the legal rules, "the rules of adjudication" which regulates how to settle the disputes, and "the rule of recognition". The most important rule of the secondary rules is the social rule of recognition that is accepted by the officials from the internal point of view. The two necessary conditions for the existence and union of a legal system are the obeyance of the individuals of the primary rules, and the acceptance of the secondary rules by the officials. The rule of recognition determines what the rules are in a legal system and constitutes a criteria of validity. Legal rules take on legal validity if they satisfy the criteria defined in the rule of recognition. According to *Hart*, the criteria of validity can be based on the

social source, as well as it may be defined with rules context. The officials are free to determine the content of the criteria of validity. In case the criteria of validity include moral principles, then it is possible that law is constituted on morality.

KISALTMALAR

AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	Bakınız
C:	Cilt
Çev:	Çeviren
Dn.	Dipnot
N:	Number
İÜHFY	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
s.	Sayfa No
S:	Sayı
Vol:	Volume

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR……..i
GİRİŞ……1

I. BÖLÜM
HART'TA KURALLAR SİSTEMİ

I- Genel olarak ……7
II- Hart'ın Kurallar Sistemine Giriş:Austin'i Eleştirisi……..……10
A- Kural Koyma Yetkisinin Sürekliliği Sorunu……12
B- Kuralların Kalıcılığı Sorunu……..13
C- Kuralların Farklılığı……...14
III- Hart'ta Kural Kavramının Anlamı……..16
A- Sosyal Kuralların Özellikleri……17
B- Kurallara İçsel ve Dışsal Bakış Açısı Ayrımı……....20
1- İçsel ve Dışsal Bakış Açısının Tanımı……...20
2- İçsel ve Dışsal Bakış Açısının Fonksiyonları…….....27
IV- Hukuk Kurallarının Ayrımı……30
A- Genel Olarak……30
B- Hukukun Normatif Fonksiyonuna Göre Ayrım……32
1- Kuralların Ödev Yükleyen ve Yetki Veren Normlar Şeklindeki Ayrımı ……..……...32
2- Ödev Yükleyen Normlar……..34
3- Yetki Veren Normlar……37
a- Yetki Veren Normların İncelenmesi ve Müeyyide…..……37
b- Yetki Veren Normların Ayrımı……...43
ba- Kişisel Yetki Veren Normlar……43
bb- Kamusal Yetki Veren Normlar……44
i) Yargıya İlişkin Olanlar……..44

ii) Yasamaya İlişkin Olanlar…….46
C- Hukukun Formel Fonksiyonuna Göre Ayrım……47
1- Birincil ve İkincil Kurallar Birliği Olarak Hukuk……47
2- İkincil Kurallar…….52
a-Değiştirme Kuralları……..52
b-Yargılama kuralları……53
c- Tanıma Kuralı……...54

II. BÖLÜM
TANIMA KURALI

I- Hart'ta Tanıma Kuralının Anlamı……..55
A- Tanıma Kuralının Bir Sosyal Kural Olması veya Bir Sosyal Olgu Olması……..56
B- Tanıma Kuralının Kabul Edilmesi……58
II- Tanıma Kuralının Fonksiyonları.....61
A- Tanıma Kuralının Hukuku Belirleme Fonksiyonu……..62
B- Tanıma Kuralının Hukuki Geçerlilik Kriteri Olma Fonksiyonu…….63
1- Hukuki Geçerliliğin Anlamı……63
2- Tanıma Kuralının En Üst Kural Olması…….64
3- Tanıma Kuralının İçeriği……66
III- Tanıma Kuralında İçsel-Dışsal Bakış Açısı…….67
IV- Tanıma Kuralının Ödev Yükleyen Kural Olması ……..70
V- Tanıma Kuralının Konvansiyonel Kural Olup Olmadığı Tartışması……..75
A- Konvansiyonellik Tezi, Konvansiyonel Kuralın Anlamı ve Türleri…..75
1- Konvansiyonellik Tezinin Anlamı……75
2- Konvansiyonel Kuralın Anlamı……75
3- Konvansiyonel Kural Türleri - Marmor'un Ayrımı ve Coleman'ın Görüşü……...77
B- Hart'ta Konvansiyonellik Tezi Tartışması…….82
VI- Hart'ın Tanıma Kuralının Kelsen'in Temel Normuyla Benzerlik ve Farkları……83

III. BÖLÜM
TANIMA KURALININ DEĞERLENDİRİLMESİ

I- Tanıma Kuralının Hukuki Geçerlilik Kriteri Olmasıyla İlgili Problemler…….87
A- Tanıma Kuralının Hukuki Pozitivizmin Ayırma Teziyle Çatışması…….87
1- Hukuki Pozitivizmin Ayırma (ve Ayrılabilirlik)Tezi……87
2- Dworkin'in Eleştirileri…….....90
3- Raz'ın Eleştirileri……...94
4- Coleman'ın Değerlendirmeleri……..97
a- Coleman'ın Ayrılabilirlik Tezine Verdiği Anlam…….…….98
b- Tanıma Kuralının Çeşitli Görünümleri……100
B- Tanıma Kuralının Sosyal Kural Olması Bakımından Yeterli Olmadığı Tartışması……..102
1- Dworkin'in Eleştirileri.…….……102
2- Coleman'ın Değerlendirmeleri…….……105
a- Tanıma Kuralının İçeriğinde Yaşanan Anlaşmazlık.....105
b- Tanıma Kuralının Uygulanmasında Yaşanan Anlaşmazlık…….....106
II-Tanıma Kuralının Epistemik Fonksiyonu: Hukuki Geçerlilik Kriteri Olma ve Hukuku Belirleme…….107
A- Dworkin'in Eleştirileri.…….……107
B- Coleman'ın Değerlendirmeleri…….……108
1- Sosyal Kaynağı İçeren Tanıma Kuralı Açısından……..….....109
2- Ahlakiliği İçeren Tanıma Kuralı Açısından……..110
a- Geçerlilik Kriteri Olma Fonksiyonu…….…,….....110
b- Hukuku Belirleme Fonksiyonu.....…..111

SONUÇ…….….114
KAYNAKÇA……121
ÖZET……141

GİRİŞ

Günümüzün en önemli düşünürlerinden olan *Herbert Lionel Adolphus Hart*, 1907-1992 yıllarında yaşamış bir İngiliz hukukçusudur. *Hart* İngiliz analitik pozitivizmine yeni bir hayat ve boyut katarak zayıflamakta olan bu disiplini tekrar canlandırmış, hatta getirdiği yeniliklerle İngiliz hukuk felsefesinde bir devrim yaptığı ileri sürülmüştür.[1] *Hart*'ın birçok çalışmasının içinde en önemlileri "*Positivism and the Separation of Law and Morals*" başlıklı makalesi[2] ve 1961 yılında yazdığı "**The Concept of Law**" adlı kitabıdır.[3] Kendi hukuk sistemini ortaya koyduğu bu kitap, hukuk felsefesi alanında büyük yankı uyandırmış ve analitik pozitivizme önemli bir katkı sağladığı kabul edilmiştir.[4] *Hart*'a yönelik en önemli eleştiriler ve değerlendirmeler de bu eser hakkında yapılmıştır.[5] *Hart*'ın "**The Concept of Law**" hakkında yapılan eleştirilere cevap verdiği bir bölüm *(Postscript)*, ölümünden sonra bulunmuş ve *Penelope A. Bulloch* ve *Joseph Raz*'ın bölüme ilişkin editörlüğünde, bu kitabın sonuna eklenerek ikinci baskısı 1994 yılında yeniden basılmıştır.[6] Yazıldığı tarihten itibaren hakkında yapılan sayısız çalışmalara, kitabın bu baskısından sonra da yenileri eklenmiş ve gördüğü ilgi artarak devam etmiştir.[7]

"**The Concept of Law"** ilk yayımlandığı 1961 yılından bu yana modern hukuk felsefesinin en önemli klasiklerinden biri olarak kabul edilmektedir. Yarattığı etki, Anglo-Amerikan hukuk biliminde belirleyici bir rol oynamış ve yeni açılımlar sağlamıştır.[8] "**The Concept of Law**" yazıldıktan sonra kitap üzerine ve *Hart*'ın

---

[1] PANNAM; "Professor Hart and Analytical Jurisprudence", Journal of Legal Education, Vol:19, 1963-1964, s.379;
[2] HART, H.L.A; "Positivism and the Separation of Law and Morals", Harvard Law Review, Vol:71, No:4, February 1958
[3] HART, H.L.A.; The Concept of Law, Oxford University Press, 1961
[4] LACEY, Nicola; A Life of H.L.A. Hart-The Nightmare and the Noble Dream, Oxford University Press, 2004, s.4, s.225
[5] KRYGIER, Martin; "The Concept of Law, Analytical Jurisprudence and Social Theory", ASLP Bulletin No:18, 1981, s.3
[6] KORDELA, Marzena – SMOLAK, Marek; "H.L.A. Hart's Postscript", Cambrian Law Review, Vol:27, 1996, s.75; HART, H.L.A; The Concept of Law, Second Edition, Oxford University Press, 1997
[7] GREEN, Leslie; "The Concept of Law Revisited", (The Concept of Law, Second Edition, H.L.A. Hart, With a Postscript Edited by Penelope A Bulloch and Joseph Raz, Oxford: Clarendon Press, 1994), Book Review, Michigan Law Review, Vol:94, 1995-1996, s.1688-1689
[8] KIDNER, Richard; (The Concept of Law, H.L.A. HART, Oxford: Clarendon Press), 1994, Book Review, Legal Studies, Vol:15, No:2, 1995, s.307

analitik pozitivizmi hakkında çok sayıda çalışma yapılmıştır.[9] Modern hukuk felsefesinin gelişim sürecinde yapılan çalışmalar ve *Hart*'ın görüşlerine eleştirel yaklaşımlar içeren analizler kitabın yaptığı katkıyı arttırmıştır.[10] *Hart* bu eserde hukuk felsefesinin geleneksel sorunlarını kapsamlı ve sistematik bir şekilde ele almıştır.[11] Eserin modern hukuk felsefesinin daha önceden bilinen cevaplarına yeni bir anlam ve yön kazandırdığı kabul edilmiştir.[12] *Hart*'ın kendisi de kitabının pozitivist hukuk felsefesinde yeni bir başlangıç oluşturacağını ileri sürmüştür.[13]

Hart, "**The Concept of Law**"da hukukun ne olduğunu ortaya koymak ve geçerli hukukun nasıl tanımlanacağını belirtmek için yola çıkmıştır. Bu süreçte eserinin iki önemli özelliği vurgulanmaktadır. Öncelikle *Hart*, "**The Concept of Law**"un ahlaki ya da etik olarak değerlendirici olmaktan çok tasviri, ikinci olarak da hukuki olmaktan çok felsefi bir proje olduğunu belirtmiştir. Belirli konularda, hukukun ne olduğunu ortaya çıkarmaya çalışmak, *Hart*'a göre hukukçuların işidir. Ancak genel anlamda hukukun ne olduğunun tanımlanması, sadece, özellikle bir yasal çalışma değil, aynı zamanda hukukçuların kullandığı günlük yöntemlerden değişik yöntemlere ihtiyaç duyan felsefi bir çalışmadır.[14]

Hart hukuki pozitivist bir düşünür olup, "**The Concept of Law**"da da pozitivist bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Bilindiği gibi, hukuki pozitivizm sosyal bir kurum olarak hukukun tanımlanmasının objektif şekilde yapılmasını ve ahlaki yargılar ile ideolojilerden ayrı ele alınmasını öngörmekte ve geleneksel pozitivist

[9] FRANCIONE, Gary L.; "The Distinction Between the Normative and Formal Functions of Law in H.L.A. Hart's The Concept of Law", Virginia Law Review, Vol: 65, 1979, s.1359; GAVISON, Ruth; "Legal Theory and the Role of Rules", (Rules and the Rule of Law, Frederick Schauer, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol:14, 1991), Comment, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol:14, 1991, s.733, dn.20

[10] KIDNER; The Concept…, Book Review, s.307

[11] SUMMERS, Robert. S.; "Prof. H. L. A. Hart's Concept of Law", Duke Law Journal, Vol:4, 1963, s.629

[12] ROSS, Alf; The Concept…, (Oxford: The Clarendon Press, 1961, H.L.A. Hart), Book Review, The Yale Law Journal, Vol:71, 1961-1962, s.1185

[13] KRAMER, Matthew; "The Rule of Misrecognition in the Hart of Jurispuredence", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:8 No:3, 1988, s.403-404

[14] DWORKIN, Ronald; "Hart's Postscript and the Character of Political Philosopy", Oxford Journal of Law Studies, Vol: 24, No:1, 2004, s.1

anlayışın temsilcileri olarak da karşımıza *Jeremy Bentham*, *John Austin* ve *Hans Kelsen* çıkmaktadır.[15]

Hukuki pozitivizm, en genel anlamda, neyin hukuk olduğu ile neyin hukuk olması gerektiğinin farklı olduğunu ve bunların birbirine karıştırılmamasını öngörür. Bu anlayışı en iyi şekilde *Austin*'in sözlerinde bulmak mümkündür. *Austin*'e göre hukukun varlığı ile değeri ayrı ayrı şeylerdir.[16] *Hart* da hukukun kavramsal olarak ahlakilikten farklı olduğuna inanmakta ve bu ayrımın korunması gereği üzerinde durmaktadır. Ancak *Hart*, yaklaşımıyla hukuki pozitivizme farklı bir yön vermiş ve modern bir anlayış getirmiştir. *Hart*'ın hukuk teorisini geliştirdiği dönemde geleneksel hukuki pozitivizm hukuku, *Austin*'in oluşturduğu ve *Bentham*'ın da katıldığı, emir teorisi çerçevesinde açıklamaktaydı. Bu anlayış, hukuku yetkili organ tarafından konan ve müeyyide içeren emirler olarak tanımlamaktadır. *Hart* ise *Austin*'i eleştirerek, hukuku bireylerin davranışlarını yönlendiren karmaşık bir sosyal kurum olarak tasvir etmeye çalışan ve bireylerin hukuka yaklaşımlarını da göz önünde bulunduran bir görüş ortaya koymuştur.[17]

Hukukun içeriğinin ahlakilikten bağımsız olarak belirlenmesini öngören hukuki pozitivizm, bu yaklaşımla hukukun içeriğinin herşey olabileceğini ifade etmektedir. *Hart*'ın getirdiği yeniliklerden biri de bu hukuki pozitivist ilkeye bir sınır koymaktır.[18] *Hart* bunu "doğal hukukun asgari içeriği" olarak adlandırmaktadır.[19] Ona göre hukuki pozitivist bir yaklaşımla belirlenen hukukun da belirli bir içeriği olmalıdır. Bir hukuk sistemi ancak bu şekilde var olabilir.[20] *Hart*'a

---

[15] BIX, Brian; Jurisprudence Theory and Context, Carolina Academic Press, Third Edition, North Carolina, 2004, s.33

[16] COTTERRELL, Roger; The Politics of Jurisprudence-A Critical Introduction to Legal Philosophy, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1992, s.118-119

[17] BIX, Jurisprudence Theory…, s.35

[18] HART, The Concept…", s.199; PAUST, Jordan J.; "The Concept of Norm: A Consideration of the Jurisprudential Views of Hart, Kelsen, and McDougal-Lasswell", Temple Law Quarterly, Vol:52, 1979, s.22

[19] ALLAN, James; "Is You Is or Is You Ain't Hart's Baby? Epstein's Minimum Content of Natural Law", Ratio Juris, Vol:20, No:2, June 2007, s.213

[20] SUMMERS, Robert S.; "The Formal Character of Law", Cambridge Law Journal, Vol:51, No:2, July 1992, s.269; WEINBERGER, Ota; "Beyond Positivism and Natural Law", An Institutional Theory of Law- New Approaches to Legal Positivism, Edited by: Neil Maccormick – Ota Weinberger, D. Reidel Publishing Company, Holland 1986, s.118

göre hukukun ve ahlakın asgari belirli bir içeriğe sahip olması, insanların varlığını sürdürme içgüdüsünün gerçekleşebilmesinin bir gereğidir.[21] Hukuk ve ahlakın böyle bir içeriğe sahip olması durumunda, bireyler kendi menfaatlerine olan kurallara isteyerek uyarlar. *Hart*'a göre asgari içeriği belirleyen unsurlar vardır. Bunlar: insanların fiziksel olarak zayıf, bedensel ve mental özellikler anlamında yaklaşık bir eşitliğe sahip olması ve sınırlı bir fedakarlığa sahip olmasının yanı sıra doğanın sınırlı kaynakları ve insan iradesinin sınırlı dayanıklılığı ve kavrayışıdır.[22] Doğa ve insanla ilgili olan bu unsurlar hukukun ve ahlakın belirli temel kurallarını oluştururlar ve bu noktada örtüşmelerini sağlarlar. Buna göre her hukuk sistemi, öncelikle insanların yaşam hakları ile beden bütünlüklerini ve mülkiyet haklarını korumalı, sözleşme yapmaya ilişkin kuralları ve ahde vefa ilkesini içermelidir.[23] Hukuk insanlar arasında eşitlik sağlayarak, menfaatleri doğrultusunda işbölümüne sahip bir toplum olarak yaşamalarının ve karşılıklı olarak fedakarlıkta bulunmalarının gereğini oluşturmaktadır. Bu nedenle bireylerin büyük çoğunluğu kurallara kendi istekleriyle uyarlar.[24] Ancak *Hart* hukukun müeyyide de içermesi gerektiğini ileri sürer. *Hart*'a göre müeyyidenin amacı kurallara uyulmasının gerekçesini oluşturmak değildir. Hukukun, kurallara uyanları uymayanlardan korumak için müeyyideye ihtiyacı vardır.[25]

Hukuki pozitivizmin kavramsal olarak tanımlayıcı yönünü analitik pozitivizm oluşturmaktadır.[26] Analitik pozitivizmde hukuk ahlak ayrımı korunarak, hukuk kavramsal olarak açıklanmaya çalışılır.[27] Analitik pozitivizmin inceleme

[21] FINNIS, John; "Law and What I Truly Should Decide", The American Journal of Jurisprudence, Vol:48, 2003, s.121
[22] FRIEDMANN**,** Wolfgang; "Contemporary Tasks For Legal Theory", University of Western Ontario Law Review,Vol:4, 1965, s.97
[23] PATTERSON, Rachael; "The Minimum Moral Content of Law: A Critique of Hart's Descriptive Theory of Positive and Natural Law", Canberra Law Review, Vol:89, 2005, s.16
[24] EPSTEIN, Richard A.; "The Not So Minimum Content of Natural Law", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:25, No:2, 2005, s.230
[25] HART, The Concept…", s.198; SHERWIN, "Opening Hart's Concept of Law", Valparaiso University Law Review, Vol:20, 1985-1986, s.399
[26] HIMMA, Kenneth Einar; "Situating Dworkin:The Logical Space Between Legal Positivism and Natural Law Theory", Oklahoma City University Law Review, Vol:27, 2002, s.126
[27] ÖKTEM, Niyazi; "Hukuksal Pozitivizm Akımı", İÜHFD, C:43, S:1-4, İstanbul 1977, s.288

alanını, olan hukukun kavramlarının ve yapısının ne olduğu oluşturur.[28] Analitik pozitivizm bunu yaparken, hukukun temel ilkelerini tarihsel kaynağından veya gelişiminden, ayrıca ahlaki anlamından veya geçerliliğinden bağımsız olarak ele alarak analiz eder.[29] Analitik yaklaşımın amacı pozitivist hukukçuya mesleki etkinliğinde teknik araçlar sağlamaktır."[30] Bir hukuk sisteminin ahlakiliğinden ayrı olarak değerlendirilmesi yoluyla, analitik pozitivizm, pozitif hukuk sisteminin yapısına ulaşmaktadır. Bu kapsamda *Austin*'in emir teorisi ile *Kelsen*'in temel normdan türeyen hiyerarşik kurallar modelinden yola çıkılarak, modern bir devletteki hukuksal yapı inceleme konusu olmaktadır.[31]

Analitik pozitivizm hukuk kavramlarını inceler ve tasnif eder. Analitik poztivizmin kurucusu *Austin* teorisiyle, bunu genel anlamda yerine getirmiştir. Ancak *Hart* hukuk kavramlarının tanımlanmasını ve kategorize edilmesini ayrıntılı bir şekilde ele alarak analitik pozitivizmi geliştirmiştir.[32] *Hart*'a göre analitik pozitivizmin görevi hukuki kavramların özelliklerini, hukuki olmayan ve onlardan nispeten daha iyi anlaşılan kavram türlerinden ayırarak, onların farklı olan fonksiyonlarını açıkça ortaya koyan bir taslak veya harita oluşturmaktır.[33] O, getirdiği yeni kavramlar ve yaptığı açılımlarla modern analitik pozitivizmin gelişmesini ve güçlenmesini sağlamıştır.[34] Bugün modern hukuki pozitivizm, özellikle *Hart*'ın "tanıma kuralı" çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Bu çalışmada *Hart*'ın analitik pozitivizmi ve "**The Concept of Law**"da ortaya koyduğu hukuk anlayışının kurallara ilişkin yönü üzerinde durulacak ve

---

[28] MURPHY, Jeffrie G.- COLEMAN, Jules; Philosophy of Law- An Introduction to Jurisprudence, Revised Edition, Westview Press, 1990, s.19
[29] PANNAM, "Professor Hart…", s.381
[30] ÖZCAN, Tevfik; "Hukuk Olgusunun Sosyolojik Elemanları", Mahmut R.Belik'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul 1993, s.311
[31] FRIEDMANN**,** Wolfgang; Legal Theory, Fourth Edition, Stevens & Sons Limited, London 1960, s.210
[32] FRIEDMANN**,** Legal Theory, s.210
[33] PANNAM, "Professor Hart…", s.386
[34] SUMMERS, Robert S; "The New Analytical Jurists", New York University Law Review, Vol:41, 1966, s.896

yaptığı kural ayrımı içinde en önemli yere sahip olan tanıma kuralı esas olarak incelenecektir.

Hukuki pozitivizm normların hukukiliğini değerlendirmek için bir ölçüte başvurur. Bu ölçüt *Hart*'a göre, tanıma kuralının varlığını öngörür. Normlar tanıma kuralına uydukları taktirde hukukilik kazanmış olurlar.[35]

Bir hukuk sisteminin varlığını ve birliğini açıklamak için modern hukuk felsefesinde en çok tartışılan konu, *Hart*'ın tanıma kuralıdır. Tezin problemini de tanıma kuralının bir hukuk sisteminin varlığı ile birliğini ve bir toplumun hukukunu belirleyip belirleyemeyeceği oluşturmaktadır. Bu kapsamda temel amaç, tanıma kuralının tüm yönleriyle ele alınması ve açıklanmasıdır. Tanıma kuralı hukuki pozitivist hukuk anlayışıyla ilgilidir. Bu nedenle tanıma kuralı değerlendirilirken bu değerlendirme pozitivizmin gerekleri bakımından yapılacaktır.

Tez içerik olarak üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, *Hart*'ın kurallar anlayışı, "**The Concept of Law**"un sistemine temel teşkil eden *Austin*'i eleştirisinden başlayarak belirtilecek ve bunlarla ilgili *Hart*'ın alışkanlıklar ile sosyal kurallar arasında yaptığı ayrım ortaya konacaktır. Bu ayrımın en önemli unsuru olan "içsel-dışsal bakış açısı" farkı da etraflıca ortaya konacaktır. Daha sonra, *Hart*'ın kural türlerine ilişkin olarak hukukun normatif fonksiyonu doğrultusunda yaptığı ödev yükleyen kurallar ile yetki veren kurallar ayrımı ele alınacak ve bu kuralların özellikleri belirtilecektir. Ardından hukukun formel fonksiyonu çerçevesinde içerdiği birincil ve ikincil kurallar, açıklanacaktır. İkinci bölümde, ikincil kuralların en önemli türü olan tanıma kuralı, unsurları açısından incelenip ayrıntılarıyla ele alınacaktır. Son bölümde ise, bir hukuk sistemini belirleyen kuralların kaynağı olan tanıma kuralına ilişkin tartışmalar ve değerlendirmeler ortaya konacaktır.

[35] WALINE, Marcel; "Felsefi, Hukuki ve İçtimai Pozitivizm", Çev: Münci Kapani, AÜHFD, C:8, S:3-4, Ankara 1951, s.173-174

I. BÖLÜM

HART'TA KURALLAR SİSTEMİ

I- Genel olarak

Hart, hukukun doğası hakkında hukuk felsefesinin ilgilendiği birbiriyle bağlantılı üç temel soruyu, "**The Concept of Law**"da ele almıştır.[36] Bunlar: Hukuk kuralı nedir?, Hukuk ve ahlak arasındaki benzer ve farklı noktalar nelerdir? ve Bir hukuk sistemi nedir? sorularıdır.[37] *Hart*'ın bu konulara olan yaklaşımı kavramsaldır. Örneğin hukuk ve ahlak konusunu ele aldığında, *Hart* öncelikle bunların kavramsal olarak birbirlerine bağlı olup olmadıklarını ve aralarında nedensel veya diğer koşullu bağlantılar olup olmadığını sorgular; çünkü kavramlar konusunda yaşanan kargaşanın hukukun doğasına dair yapılan birçok felsefi tartışmanın nedeni olduğu görüşündedir. Aynı zamanda bir hukuk teorisi oluşturma girişimi nedeniyle de *Hart*, durumdan duruma değişen değil de her durumda var olan ilişkileri ele alır. Bu anlamda gerekli olan ilişkiler, esas olarak kavramsaldır.[38] *Hart* "**The Concept of Law**"da, kuramsal bir metodoloji izlediğini ileri sürer. Bu, normatif olmayan bir çalışmadır. [39] *Hart*, konuyu şöyle ifade eder:

"Bu kitaptaki amacım, hukukun ne olduğuna dair genel ve tasviri bir teori ortaya koymaktı. Amacım geneldi, çünkü belli bir hukuk sistemine veya hukuk kültürüne bağlı değildi. Ancak, kurallar tarafından yönetilme unsuru barındıran (bu anlamda "normatif") ve karmaşık bir sosyal ve politik kurum olan hukuku açıklamak ve aydınlatmak amacındaydım. Benim açıklamalarım, ahlaki bakımdan tarafsız olmaları ve savunma yapmak gibi amaçları bulunmamaları nedeniyle, **tasviridir:** hukukun tanımına ilişkin genel açıklamamda yer alan biçimleri ve

[36] TWINING, William; "General and Particular Jurisprudence-Three Chapters in a Story", Positivism Today, Edited by: Stephan Guest, Dartmouth Publishing Company, 1996, s.133
[37] Note, "Hart, Austin and the Concept of a Legal System: The Primacy of Sanctions", Yale Law Journal, Vol: 84, 1974-1975, s.584
[38] GOLDSWORTHY, Jeffrey; "Is Jurisprudence Liberal Ideology?", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:13, 1993, s.555
[39] HIMMA, "Situating Dworkin…", s.80

yapıları, ahlaki ya da diğer alanlarda haklı çıkarmak veya övmek gibi bir amacım olmadı".[40]

Bu alıntı, onun hukuka yönelik temel ilgisinin kavramsal olduğunu gösterir. Aynı zamanda *Hart*, "analizle ilgili olmasına rağmen, '**The Concept of Law'**, **tasviri sosyoloji**ye yönelik bir deneme olarak kabul edilebilir" demektedir.[41] Kavramsal analiz, *Hart*'ın kullandığı temel bir araçtır; ancak kavramsal analizin, kavramların kendisini olduğu kadar sosyal pratikleri de aydınlattığı ileri sürülmektedir. Bu düşünceye göre sosyal pratikler büyük ölçüde sosyal pratiklere katılanların verdiği anlamla oluşur. Buna göre iki sosyal durum arasındaki fark kendini çoğu kez dilsel anlamda göstermektedir; çünkü birinde kullanılan kelimeler diğeri için uygun olmayabilmektedir. *Hart* örneğin "yükümlü kılınma" kavramını, "kişinin kendisini yükümlü kılması" kavramından ayırmanın, bu kavramların kullanıldığı ve kendi aralarında etkileşim içinde bulunan sosyal pratikleri de birbirinden ayırmada yardımcı olacağı görüşündedir.[42] *Hart*, bu tür kavramsal ayrımların farklı sosyal olgu türleri olarak hukuk, zorlama ve ahlakın benzerliklerinin ve farklılıklarının daha iyi anlaşılmasını sağlayacağını ve iç hukuk sisteminin ayırıcı yapısının analiz edilebileceğini ileri sürer.[43] *Hart* bunu şöyle ifade eder:

"Tasviri girişimin sonucu olarak kitabımda, ödev yükleyen normlar, yetki veren normlar, tanıma kuralları, değişim kuralları, kuralların kabulü, içsel ve dışsal bakış açıları, içsel ve dışsal ifadeler ve hukuki geçerlilik gibi kavramlar tekrar tekrar kullanıldı. Bu kavramlar, değişik hukuki kurumların ve uygulamaların aydınlatıcı bir biçimde incelenebilmeleri ve bu kurumların incelenmesi neticesinde ortaya çıkmış olan hukukun genel doğasına ilişkin sorulara cevap verilebilmesi bağlamında, dikkatleri bir takım unsurların üzerinde toplar. Bunlar: Kurallar nelerdir?, Kurallar hangi yönleriyle salt alışkanlıklardan veya düzenli davranışlardan ayrılırlar?, Birbirlerinden radikal biçimde farklı olan hukuki kurallar var mı?, Kurallar birbirleriyle nasıl ilişkilendirilebilirler?, Kuralların, bir sistem

[40] HART, The Concept…, s.239-240
[41] HIMMA, "Situating Dworkin…", s.81
[42] GOLDSWORTHY, "Is Jurisprudence…", s.556
[43] CONSTABLE, "Sociological Justice…", s.122

oluşturabilmeleri için ne gerekir?, Hukuki kurallar ve sahip oldukları otorite, nasıl olur da bir taraftan tehditle ilgiliyken, diğer yandan ahlaki gerekliliklerle ilgilidir?[44]

Bu nedenle *Hart* "**The Concept of Law**"un, tasviri sosyoloji denemesi olarak kabul edilebileceğini ileri sürer. Ancak *Hart*'ın teorisinin bütünüyle açıklayıcı bir sosyal hukuk teorisi olduğu söylenemez. *Hart*'ın amaçlarından biri, hukukun sosyal bir olgu olarak kuramsal veya bilimsel incelemesinin öngördüğü kavramsal araçları ortaya koymaktır.[45] *Hart* çoğu yerde bir hukuk sistemini tanımlayan en önemli özellikleri belirlemeye çabalamıştır. Bunu yaparken, örneğin egemeni *Rex* olarak temsil eden kurgulardan ve örneklerden yararlanmıştır. Bu yolla, *Austin*'in emir teorisini eleştirmiş ve reddetmiştir.[46]

Hart hukuk teorisinin, hukukun genel anlamda ayırıcı özelliklerinin ortaya konduğu tasviri bir açıklaması olduğunu kabul eder. Teorisinde, bireylerin hukuk kavramına nasıl uyduklarını açıklamaz; bunun yerine hukuk sistemlerini diğer sosyal kural sistemlerinden ayıran unsurların ne olduğunu açıkladığını ileri sürer.[47] Ayrıca, "**The Concept of Law**"un hukukçuların mesleki uygulamalarına yönelik bir yaklaşım sergilediği için de tasviri bir çalışma olduğunu ifade eder.[48] Örneğin kaynaklar tezinin tümüyle tasviri olduğu kanısındadır; fakat hangi anlamda tasviri olarak kabul edileceğini belirtmez. Bunun yerine hukukçuların nasıl konuştuğunu, hukuk kelimesini nasıl kullandıklarını betimlemeyi tercih eder.[49] *Hart* teorisinin tasviri oluşunu ahlaksal olarak tarafsız olması ve haklı çıkarma amacı taşımamasına bağladığı için, kelimelerin anlamları hakkında olan dilbilimsel ya da anlambilimsel bir teori olarak değerlendirilmesini de reddeder.[50]

[44] HART, The Concept…, s.240
[45] GOLDSWORTHY, "Is Jurisprudence…", s.556
[46] HIMMA, "Situating Dworkin…", s.126
[47] HIMMA, "Situating Dworkin…", s.124-126
[48] HUTCHINSON, "Casaubon's Ghosts…", s.71
[49] DWORKIN, "Keynote Address…", s.1390
[50] HIMMA "Situating Dworkin…", s.124

Hart'ın kurallar sisteminin hukuk teorisindeki yerini belirleyebilmek için "**The Concept of Law**"a bakmak gerekir.[51] "**The Concept of Law**"u, iki kısma ayırarak incelemek mümkündür. Altı bölümden oluşan ilk kısma iki görev yüklenmiştir. İlk kısmın birinci görevi, *Austin*'in hukuki yükümlülük kavramını net bir şekilde açıklamak ve yıkmaktır. İkinci görev, *Hart*'ın hukukun doğasını açıklamakla ilgili olarak ileri sürdüğü temel konuyu içerir yani hukukun bir kurallar meselesi olduğu görüşü. *Hart*'a göre hukuk iki tür kural arasında yapılacak ayrıma göre daha iyi anlaşılacak bir doğaya sahiptir. Bunlar birincil ve ikincil kurallardır. Kısaca birincil kurallar yükümlülük kuralları iken, ikincil kurallar, birincil kurallar hakkındaki kurallardır. Beraber ele alındıklarında bunlar, hukuk sistemini oluştururlar. İkincil kurallar arasında yer alan tanıma kuralı, *Hart*'ın kuralların hukuki niteliğini açıklaması bakımından önem taşır. "**The Concept of Law**"un ikinci kısmı da, *Hart*'ın daha çok tartışılan, takdir hakkı konusunda ve linguistik felsefenin etkisinin en açık örneğini oluşturan, esas anlamla gölgeli anlam konusundaki yorumlarını içerir.[52] Bu tez kapsamında ele alınacak olan birinci kısım olup, ikinci kısım çalışmanın konusu dışında kalmaktadır.

II- Hart'ın Kurallar Sistemine Giriş: Austin'i Eleştirisi

Hart, hukuki pozitivizm tarafından hukuk hakkında yapılmış olan tanımlara, hukukun doğasını açıklama girişimlerini eleştirerek yeni bir açılım getirmeyi amaçlamıştır. *Hart*, hukuk nedir sorusuna cevap oluşturmak için hukukun görünümleri olarak ortaya çıkan zorlama unsuru ve hukukun değer yanına ilişkin açıklamaların yeterli olmayacağı düşüncesindedir.[53] *Hart* bu bağlamda analitik pozitivizmin önemli temsilcisi olan *Austin*'in çalışmalarını temel alarak, "**The Concept of Law"**un kurgusunu yapmıştır.[54] *Austin*'in zorlayıcılığı içeren egemen ve emir odaklı teorisinden yola çıkan *Hart*, hukukun zorlayıcı emirler ve müeyyideye

[51] KIDNER, The Concept…, Book Review, s.307
[52] PATTERSON, Dennis; "Explicating The Internal Point of View", SMU Law Review, Vol:52, 1999, s.68
[53] IŞIKTAÇ, Yasemin; Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.314
[54] IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.314; FULLER, Lon L.; Positivism and Fidelity to Law- A Reply to Professor Hart, Harvard Law Review, Vol:71, 1957, s.630

sahip kurallar olarak açıklandığı bu basit sistemi, eleştirisinde model olarak kullanarak aşama aşama, yanlış ve eksik yönlerini belirtme yolunu seçmiştir.[55]

Austin'in hukuk teorisine göre, hukukun kaynağı egemenin emridir. Egemen, emirlerine toplumun büyük kısmı tarafından itaat etme alışkanlığı bulunulan, fakat kendisinin genellikle kimseye veya kimselere itaat etmediği bir kimse veya organdır. Hukuk, egemen tarafından verilen ve uyulmaması durumunda müeyyide tehdidiyle desteklenen emirlerden oluşur. Egemenin verdiği emirler, egemenin kurallarının uygulandığı ve egemene itaat etme alışkanlığı içinde olan bir toplumun hukukunu oluşturur.[56]

Austin, teorisinde hukukun ne olduğunu tanımlar ve hukuk yapan, yani kural koyan kişi veya organın özelliklerini belirtirken, belirli kavramlar kullanır. Bunlar egemen, itaat alışkanlığı, emir, müeyyide ve zorlamadır. *Hart*, *Austin*'in hukuk ve egemen anlayışına karşı çıkarken, teorinin eksik ve yanlış yönlerini, bu tanımların içerdiği kavramlara yönelttiği eleştiriler çerçevesinde ortaya koyar. Genel olarak ifade edecek olursak, *Hart*, öncelikle *Austin*'in egemen tanımına karşı çıkar. Tanımın en önemli unsuru olan itaat alışkanlığı kavramının, egemenliğin devrini ve buna bağlı olarak kural koyma yetkisinin sürekliliğini sağlayamayacağını ifade eder. Kural koyma yetkisinin devredilememesi, eski egemen döneminde konmuş kuralların, yeni egemen döneminde de geçerli olmalarına etki edecek, yani kuralların kalıcı olmalarını da engelleyecektir. *Hart*'ın eleştirdiği diğer bir nokta da *Austin*'in hukuku, egemenin zorlayıcı emri olarak tanımlamasıdır. *Hart*'a göre hukuk kurallarının tehditle desteklenmiş diğer tür emirlerden ayrılması gerekir. Ayrıca hukuku emir, zorlama ve müeyyide ekseninde açıklayan tüm teoriler, hukukun sadece bir yönünü açıklayabilir. Oysa hukuk kurallarının zorlama ve müeyyide içermeyen, bireylere yetki veren türleri de vardır. Bireylerin büyük çoğunluğunun kurallara zorlama ve müeyyide içerdiği için değil, kendi istekleriyle uydukları da yine bu teorilerce gözden kaçırılmaktadır. Tüm bu noktalar

[55] SHAPIRO, Scott J.; "What is the Internal Point of View?", October 14, 2006, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=937337#PaperDownload, s.1
[56] AUSTIN, John; Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, Vol:1, John Murray, Londra, 1940, s.86

değerlendirildiğinde *Hart*, "**The Concept of Law"**da *Austin*'i üç temel konuda eleştirmektedir:

A- Kural Koyma Yetkisinin Sürekliliği Sorunu

Hart'a göre *Austin*'in egemen tanımı, önceki ve sonraki egemenlik ilişkisi çerçevesinde ele alındığında yetersiz kalmaktadır. *Austin*'in egemen tanımında yer alan itaat alışkanlığı, egemenliğin devrini ve dolayısıyla sürekliliğini sağlayabilen ve açıklayabilen bir unsur olarak kabul edilemez;[57] çünkü toplumun itaat alışkanlığına sahip olması için belirli bir süre geçmesi gerekir. Oysa yeni egemen bakımından, egemenliği devraldığında kendisine itaat edilmesinin alışkanlık haline gelmesi için gerekli olan sürenin geçmiş olması mümkün değildir, çünkü egemenliği henüz devralmıştır. Bu nedenle yeni egemenin, eskisinin halefi olarak egemenliğe hak kazanmış olması ve dolayısıyla egemen olarak kabul edilmesi mümkün değildir.[58] Ayrıca egemenlik teorisinde, daha önce kurallar ve dolayısıyla haklar ve sıfatlar yer almaz. Dolayısıyla devralınacak hiçbir öncelikli hak ve sıfat da yoktur. Egemenlik teorisi, halefin sahip olduğu hakları açıklayamaz. İtaat alışkanlığı, normatif özellikte olmadığından tek başına yeni egemene eskisinin halefi olma hakkı vermez.[59]

Hart'a göre egemenliğin sürekliliği sorunu, hukuksal alanı da etkileyecektir. Kural koyma yetkisinin sürekliliği, egemenliğin devamlılığına bağlıdır. Konuyu hukuk sistemleri açısından ele alan *Hart*'a göre bir hukuk sistemi, ardı ardına gelen kanun koyucuların sahip oldukları kural koyma yetkisinin "sürekliliği" özelliğini içerir. Oysa bu sürekliliği, egemenliğin devrini de açıklayamayan egemenlik teorisinde ileri sürüldüğü üzere, egemene tabi olanların egemene itaat etmesi, bu itaatin alışkanlığa dönüşmesi gibi basit terimlerle açıklamak ve temellendirmek mümkün değildir.[60]

---

[57] IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.314
[58] MURPHY-COLEMAN, Philosophy of…, s.24
[59] HART, The Concept..., s.54-55
[60] MORRIS, Herbert; (The Concept of Law, H.L.A. Hart, Oxford: Clarendon Press, 1961), Book Review, Harvard Law Review, Vol:75, 1961-1962, s.1453

Hart Austin'i, yeni egemenin hiçbir zaman hukuk yapma yetkisinin olamayacağı bir sonuca yol açtığını söyleyerek eleştirmektedir. *Hart*, *Austin*'in egemenlik modeli ile ilgili sorununun, belirli bir toplumda kimin hukuk yapıp kimin yapmayacağını kolaylıkla gösterecek hukuksal kural kavramının eksikliği olduğunu ileri sürmektedir.[61] *Hart*'a göre kural koyma yetkisinin sürekliliği, yani kimin hukuk yapacağı, ancak kanun koyucudan diğerine olan bağlantıyı sağlayacak ve bir hukuk sisteminin temeli olan bir kuralın varlığıyla sağlanabilir. [62]

B- Kuralların Kalıcılığı Sorunu

Hart'a göre bir hukuk sisteminin diğer özelliği, kuralları koyanlarla bunlara itaat edenlerin ölmesinden sonra da bu kuralların sürekliliğini sağlayan "kuralların kalıcılığı"dır.[63] *Austin*'in öngördüğü üzere kuralın varlığı ile egemenin iradesi arasında doğrudan bağlantı kurulduğunda egemenin kuralı açıklayan, kural koyan iradesinden sonra varlığını sürdürmediği durumda, etkinliğin nasıl belirleneceği sorusuna verilecek yanıt, tatmin edici değildir.[64]

Austin'e göre örneğin önceki egemen, egemenliği süresince birçok emir vermiş ve toplumun büyük çoğunluğu kendisine itaat etme alışkanlığına sahip olduğundan, bu emirleri kural olarak kabul edilmiştir. Ancak egemenin ölümünden sonra, *Austin*'in teorisi, tüm bu kuralların egemenle birlikte yok olduğunu kabul etmemize neden olmaktadır. Egemen öldüğü için artık egemen değildir ve bu nedenle, önceki emirleri de kural olarak kabul edilemeyecektir. Bir an için *Austin*'in yeni egemenin kim olacağını, yani egemenliğin devri sorununu çözdüğünü kabul etsek dahi, önceki egemenin koyduğu kuralların sürekliliğini nasıl sağlayacağı hala belirsizliğini koruyacaktır. Yeni egemenin onama ya da tekrar yayınlama yoluyla selefinin emirlerinin kural statüsünü koruması yolunun, pratik ve uygulanabilir olmadığının *Austin* de farkındadır.[65] Bu nedenle *Austin* bu sorunu, zımni kabul

[61] IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.314
[62] HART, The Concept..., s.53-54
[63] MORRIS, The Concept…, Book Review, s.1453
[64] IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.314
[65] MURPHY- COLEMAN, Philosophy of…s.24-25

kavramıyla aşmaya çalışır. Buna göre yeni egemen selefinin emirlerini yürürlükten kaldırmadığı sürece, onları zımnen kabul etmiş sayılır, böylece önceki egemenin verdiği emirlerin tümünün kural statülerinin de devamı sağlanmış olur. Oysa *Hart*'a göre kuralların kalıcılığı bu yolla bir çözüme kavuşturulmuş değildir. Bir kuralın kimin tarafından konacağının, ancak bir kuralla belirlenmesi gerektiğinde olduğu gibi; bir kuralın varlığının da, neyin kural olduğunu gösteren bir başka 'kural' tarafından güvenceye bağlanması gerekir. *Hart*, *Austin*'in, bu konuda da bu tür bir kuralın varlığına gönderme yapmayarak, emir teorisini temelsiz bıraktığı görüşündedir.[66]

Hart'a göre kuralların hem sürekliliğinin hem de kalıcılığının sağlanabilmesi ve bu konulara ilişkin sorunların çözümlenebilmesi için bir hukuk sisteminde: kuralların yapımı, devlet işlerinin yürütülmesi, yasama yetkisinin devri vb. gibi konuları düzenleyen kuralların varlığı gerekir.[67] *Hart*'ın *Austin*'in hukuku egemenin emri olarak tanımlayan hukuk teorisine yönelttiği temel eleştiri, özünde kural kavramını içermemesi ve dolayısıyla kurallara yer vermemesidir.[68] *Austin* hukuk ile ahlak arasında bir ayrım yapmak isterken sadece ahlak kurallarını göz ardı etmemiş, daha da ileri giderek egemenlik gibi temel hukuki ifadeleri incelemek için gerekli olan hukuk kurallarına da uzak kalmıştır. Ahlaki olanların yanı sıra tüm normatif kavramlardan kaçınmakla, *Austin,* bütün hukuki kavramları istek, itaat alışkanlığı, müeyyide ihtimali vb. gibi deneysel vakıalarla açıklamak zorunda kalarak teorisini zayıflatmıştır.[69]

C- Kuralların Farklılığı

Hart, *Austin*'in kurallara ilişkin bir farklılık tanımamasını da eleştirmektedir. *Austin*'in emir teorisinde, tüm kuralların egemenin emirleri olarak ifade edilmesini hatalı bulur. *Hart*, hukukun bir bütünlük olarak ele alınmasının yarattığı sorunlardan

[66] IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.314
[67] MURPHY- COLEMAN, Philosophy of…, s.25
[68] Note, "Hart, Austin…, s.587
[69] MURPHY- COLEMAN, Philosophy of Law…, s.25

kurtulabilmek için, hukuku nitelik bakımından ayrıma tabii tutar.[70] *Hart*'a göre hukukun sadece egemenin verdiği zorlayıcı emirlerden oluştuğunu söylemek, kural kavramını ve hukukun birincil ve ikincil kuralları ve bunlar arasındaki ayrımı içerdiğini göz ardı etmektir.[71] Ayrıca ceza kanunundaki gibi bazı kurallar, bireylere ödev yüklerken, diğer tür kurallar ise bireylere yetki tanımaktadır. Örneğin, bir hukuk sisteminde bireylere sözleşme ve vasiyetname yapma yetkisi veren kurallar da vardır. [72] Hukuku, emirler olarak kabul eden anlayış, *Hart*'a göre, hukukun farklı türlerini açıklamada yetersiz olduğu kadar, egemenin kendi koyduğu kurallarla nasıl bağlı olabileceğini de açıklayamamaktadır.[73]

Hart, hukukun diğer sosyal olgularla çeşitli şekillerde ilişkili, karmaşık bir sosyal olgu olduğu görüşündedir. *Hart*, bu yönden geçmişte ya da hali hazırdaki tüm yaklaşımların yarattığı diğer sorunları da göstermek amacıyla, 'hukukun emir teorisi' üzerine yoğunlaşır. En önemli temsilcisi *Austin* olan ve *Bentham* ile *Kelsen* tarafından da benimsenen, hukuku temel olarak güç, zorlama ve müeyyide çerçevesinde açıklamaya çalışan emir eksenli yaklaşımın temel tezi, hukukun belirli tür davranışların gerçekleştirilmesi veya gerçekleştirilmemesi konusunda bir zorlayıcı tasarruf olduğudur.[74] *Austin*'e göre hukuk, sosyal kontrolün zorlayıcı bir aracıdır. Müeyyideden yoksun hukuk kuralı, davranışları yönlendiremez. Hukuku emir olarak nitelendiren *Austin*'e göre emir, bir istek ve bu isteği yerine getirmeyen kişiye karşı bir tehdit, zarar verme unsurlarından oluşur. *Austin* bu zararı, "müeyyide"; emredilen kişiyi de emredileni yapmakla "yükümlü", "ödeve sahip" olarak ifade eder. Ancak, *Austin*'in bu emir tanımının eleştirilecek yanları vardır. Öncelikle verilen her emir, o emri veya o emrin doğuracağı sonucu istemeyi gerektirmez. Ayrıca, emre uyulmadığı anda zarar verme ihtimalinin ortadan kalkması, bir emrin verilmiş olması gerçeğini de değiştirmez.[75]

---

[70] IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.314
[71] ROSS, The Concept…, Book Review, s.1185; KIDNER; The Concept…, Book Review, s.307, POLAT, Necati; Ahlak Siyaset Şiddet- Bir Kuram Olarak Uluslararası Hukuk, Kızılelma Yayıncılık, İstanbul 1999, s.29
[72] IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.314
[73] GREEN, "The Concept…", Book Review, s.1693
[74] IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.316-317
[75] MURPHY- COLEMAN, Philosophy of…, s.20

Hukukun ceza hukuku gibi pek çok alanının müeyyidelerle desteklendiği ve resmi görevlililerin de bu müeyyideleri uyguladıkları doğrudur. Ancak *Hart*'a göre bu teori, hukukun sadece bir yönünü gösterebilir. Bir hukuk sisteminde hukukun tehditle desteklenmiş emirden nasıl ayrılacağını, ceza kuralları dışında müeyyide ve zorlama içermeyen farklı kural türlerinin de var olduğunu açıklayamamaktadır.[76] Örneğin, bir soyguncunun kişiye parasını vermesi emrini ve aksi taktirde onu vuracağına ilişkin zorlayıcı tehdidini, hukuki bir kuraldan ayıracak kıstas mevcut değildir.[77] Ayrıca burada *Austin*'e göre kişi, emri yerine getirme yükümlülüğü altındadır. Oysa *Hart*, bir toplumda bireylerin büyük çoğunluğunun, kurallara yükümlü oldukları için değil kendi istekleriyle uyduklarını, yani kurallara uymaya kendi kendilerini yükümlü kıldıklarını ileri sürer.[78]

Bu nedenlerle müeyyide merkezli teorilerin kabul edilmesi, üç yönden sakınca doğurur. Birincisi bu teoriler, bireylerin hukuka uymak için sahip olabilecekleri motivasyonlarını açıklamada yetersiz kalırlar; ikinci olarak, bir hukuk sisteminin varlığını açıklayamazlar ve son olarak da hukuk teorisi ve pratiğinin anlaşılırlığını sağlayamazlar.[79]

III- Hart'ta Kural Kavramının Anlamı

Hart'a göre egemenliğin devamına bağlı olarak kural koyma yetkisinin sürekliliğini ve kuralların kalıcılığını sağlamak, bir hukuk sisteminin karakteristik özelliğidir. Bu süreklilik, egemenlik teorisinde ileri sürüldüğü üzere egemene tabi olanların egemene itaat etmesi, bu itaatin alışkanlığa dönüşmesi ile sağlanamaz. Kural koyma yetkisinin sürekliliği, kural koyucudan diğerine olan bağlantıyı sağlayacak ve bir hukuk sisteminin temeli olan bir kuralın varlığıyla mümkün olabilir.[80] Bu nedenle *Hart*'ın hukuk sisteminde, kural kavramının anlamının ortaya

[76] IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.316-317
[77] AKTAŞ, Sururi; Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, Liberte Yayınları, Ankara 2001, s.106; MAYERS, Eugine; A Critique of H. L. A. Hart's Philosophy of with Special Reference to its Theory of Obligation, Archiv Für Recht und Sozialphilosophia, Vol:1, Part:1, 1979, s.124-125
[78] MURPHY- COLEMAN, Philosophy of …, s.21
[79] SHAPIRO, "What is…", s.2
[80] HART, The Concept..., s.53-54

konması önemli bir gerekliliktir; çünkü *Hart* hukuk kurallarını sosyal kuralların bir türü olarak kabul eder. Hukuk kurallarının var olma şartları ancak sosyal kuralların var oluş koşullarından çıkartılabilir.[81] Bu nedenle *Hart*'a göre hukuk kurallarını açıklayabilmek için öncelikle sosyal kurallardan ne anlaşılması gerektiğinin belirtilmesi gerekir.

A- Sosyal Kuralların Özellikleri

Hart hukuk kurallarını sosyal kuralların özel bir türü olarak kabul edip bu çerçevede açıklar. Bu nedenle hukuk kurallarını bir yana bırakarak, öncelikle sosyal kurallara ve sosyal kuralların özelliklerine değinmekte ve sosyal kuralların, hukuk kuralları açısından önemini vurgulayıp aralarındaki ilişkiyi belirtmektedir.[82]

Hart, sosyal kuralların özelliklerini, alışkanlıktan farklarıyla bağlantılı olarak ortaya koyar. Sosyal kurallarla alışkanlıklar arasındaki farka değinmeden önce sahip oldukları benzer bir noktayı vurgulamak, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. *Hart*'a göre sosyal kurallarla alışkanlıklar, davranışları düzenlemeleri noktasında birbirlerine benzerler.[83] Her iki durumda da söz konusu davranışlar değişmez olmamasına rağmen geneldir yani, gerektiğinde toplumun çoğunluğu tarafından tekrar tekrar yapılır. Burada ifade edilmeye çalışılan, "onların bunları kurallar gibi uyguladıkları"dır; fakat bu ortak noktaya rağmen, alışkanlıklarla sosyal kurallar arasında farklılık vardır.[84]

Bir kuralın varlığından belirli tür durumlarda, ancak bir grup insan veya daha fazlası, belirlenmiş benzer şekilde, bir kural varmış gibi davranıyorlarsa söz edilir. Bu sosyal kural haline gelmiş davranışlara örnek olarak kilisede şapka giyilemeyeceği veya "Tanrı Kraliçeyi korusun" çaldığında ayağa kalkılacağı gösterilebilir. Ancak bir sosyal grubun üyeleri arasında benzer davranışlar, yani

[81] RICHARDS, David A. J.; "Taking Taking Rights Seriously: Reflections on Dworkin and the American Revival of Natural Law", New York University Law Review, Vol:52, No:6, December 1977, s.1272
[82] RICHARDS, "Taking Taking.…, s.1272
[83] SHAPIRO, "What is.…", s.12
[84] HART, The Concept..., s.55

benzer alışkanlık haline gelmiş davranışlar olabilir. *Hart* bunları kısaca alışkanlık olarak nitelendirir. Örneğin herkesin düzenli olarak kahvaltıda çay içmesi veya her hafta sinemaya gitmesi gibi. Ancak bu durumu mecbur kılan, öngören bir kural olduğu söylenmez.[85]

Bir sosyal kuralın varlığı ile alışkanlık arasındaki fark, genellikle dilbilimi açısından ortaya çıkar. Alışkanlığı açıklamak için, gerekmemesine rağmen –malı, -meli eklerini içeren kelimeler kullanılır. Ancak bunlar, sadece sosyal kuraldan söz etmek kastedildiyse, yanıltıcı olacaktır. Örneğin, her hafta gidilen düzenli bir yer olduğu gerçeğine rağmen, İngiltere'de herkesin her hafta sinemaya gitmesi gerektiğine dair bir kural yoktur, ancak kilisede şapka çıkarmanın zorunlu olduğuna dair bir kural vardır.[86] Öyleyse sosyal kurallarla ile alışkanlıklar arasındaki en önemli farklılığın ne olduğu ortaya konmalıdır.

Hukuk kuralları söz konusu olduğunda, en önemli fark, belirli tür davranışlardan sapmanın belki düşmanca bir tepki ile karşılaşması ve hukuk kuralları çerçevesinde yetkililer tarafından cezalandırılmasıdır. Öngörülebilir olan bu sonuç kesindir ve resmi olarak örgütlenmiştir. Ancak alışkanlıklar söz konusu olduğunda ise (her hafta sinemaya gitme gibi), sapmalar tepki ile karşılaşmaz.

Sosyal kurallarda da bu kurallardan sapılması durumunda bir tepkinin olması kuvvetle muhtemeldir. Ancak bu şekilde düşmanca tepki gösterilmesi, yapısı itibariyle kesin ve örgütlenmiş değildir.[87]

Bu açıklamalar doğrultusunda sosyal kuralların özellikleri üç yönden belirtilebilir:

1- Bir grubun alışkanlığa sahip olduğundan söz edebilmek için, davranışlarının benzemesi yeterlidir. Olağan davranıştan ayrılmalar, eleştirinin

[85] HART, The Concept..., s.9
[86] HART, The Concept..., s.9
[87] HART, The Concept..., s.10

hiçbir formuna konu olmayı gerektirmez ve bunlar, eleştiriye konu olmamalıdır. Fakat bu davranışların birbirlerine yakınlığı, hatta aynı olmaları, bu davranışı öngören bir kuralın varlığını oluşturmak için yeterli değildir. Bu tür bir kuralın olduğu her yerde davranıştan ayrılmalar, eleştiriye açık şekilde kusur veya hata olarak nitelenir ve eleştiri ve baskı formları değişik kural tiplerinde farklılaşsa da, davranıştan ayrılma belirtisinin olması, kurala uyulması için baskıyla karşılaşır.[88]

2- Bu tür kuralların olduğu yerde, sadece bu tür eleştiriler yapılmaz, aynı zamanda standart davranıştan ayrılma, bu tür eleştirileri yapmak için bir neden oluşturur. Böylece standarttan ayrılma durumu belirdiğinde bu ayrılmanın eleştirilmesinin haklı ve meşru olarak kabul edilmesi, davranış standardıyla uyumlu olan taleplerdir.[89]

3- Dahası, azınlıktaki katı muhaliflerin dışında, bu tür eleştirilerin ve taleplerin, genel olarak, hem bunları yapanlar hem de bunların yapıldığı kişiler bakımından meşru veya iyi nedenlerle yapıldıkları kabul edilir ancak grubun kaç üyesi olağan davranışları eleştirinin standardı olarak almalıdırlar ve bunlar, grubun bir kuralının olduğu ifadesini garantiye almak için ne sıklıkla ve ne kadar süreyle böyle yapmalıdırlar? Bunlar kesin olarak belirlenecek konular değillerdir ve bu sorular, bir erkeğin kel olmaması için kafasında en az kaç tel saç bulunması gerektiği sorusundan daha fazla endişelenilmesini gerektirmemelidir. Hatırlanması gereken şey şudur: Bir grubun belli bir kuralının olduğuna dair bir ifade, bu kuralı sadece çiğnemekle kalmayıp, bunun kendileri ve başkaları için de bir standart olmasını kabul etmeyen bir azınlığın varlığıyla yarış halindedir. *Hart*, sosyal kuralların bu özelliğini **"içsel bakış açısı"** olarak ifade eder;[90] yani *Hart*'a göre sosyal bir kuraldan söz edebilmek için, grubun üyelerinin, davranışın var olan standardını, ortak bir standart olarak kabul etmeleri gerekir. Diğer bir ifadeyle bir grup, belirli davranış standardı oluşturan kurala yönelik içsel bir bakış açısına sahip

[88] BLACKMAN, M.S.; "Harts Idea of Obligation and His Concept of Law", The South Africa Law Journal, Vol:19, 1997, s.415; HART, The Concept..., s.56
[89] HART, The Concept..., s.55-56
[90] BIX, Brian; "H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory", S.M.U. Law Review, Vol:52, 1999, s.173; HART, The Concept..., s.56

olmalıdır.[91] Kurala yönelik içsel bakış açısı, üyelerinin eleştirel bir tutum sergilemeleri durumuyla açıklanır. Grup üyeleri, bir kural varmış gibi davranırlar, çünkü bir kural olduğunu kabul ederler.[92] Hart içsel bakış açısının yanı sıra onunla ilgili olarak dışsal bakış açısı kavramını da getirmektedir. İçsel ve dışsal bakış açılarının *Hart*'ın sisteminde çok önemli bir yere sahip olması nedeniyle, tüm yönleriyle ortaya konması gerekmektedir.

A- Kurallara İçsel ve Dışsal Bakış Açısı Ayrımı

1- İçsel ve Dışsal Bakış Açısının Tanımı

Sosyal kuralın unsurları, *Hart*'ın teorisini biçimlendirmede iki yönden temel teşkil eder. İlk olarak sosyal kural yükümlülük tanımının esasını oluşturur. Buna bağlı olarak da ödev yükleyen kuralların gerekliliği ve bunun yanında yetersizliğini de ileri sürmesine dayanak teşkil eder. İkinci olarak da, bu kural *Hart*'ın yaptığı bir ayrımın temelini oluşturur. *Hart*, kurallara içsel bakış açısı ile dışsal bakış açısı arasında bir ayrım yapmıştır. *Hart*'ın teorisi, büyük ve önemli ölçüde bu ayrıma dayanmaktadır. Bu ayrımda yer alan içsel bakış açısının, *Hart*'ın teorisinde özel bir önemi bulunmaktadır.[93] Bu bakış açısı, *Hart*'ın teorisinde ana unsur olup, onun sadece hukukun önceden tahmin edilebilir yönünü reddedişinin temelini oluşturmamakta, aynı zamanda pozitif hukuk sistemlerinin dayanağı olarak kabul ettiği tanıma kuralı da dahil, sosyal kuralların tanımlayıcı karakterini ifade

[91] GREEN, "The Concept…", Book Review, s.1693-1694; İçsel bakış açısı kavramının, Max Weber'in anlayış sosyolojisi ile paralellik gösterdiği ileri sürülebilir. Bkz. TOPÇUOĞLU, Hamide; Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısıdan Hukuk), Genişletilmiş İkinci Baskı, C:1, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1963, s.43-49; MILOVANOVIC, Dragan; A Primer in the Sociology of Law, Harrow and Heston, Newyork1988, s.287-297; FREYER, Hans; Sosyolojiye Giriş, Çev: Nermin Abadan, Ajanstürk Matbaası, Ankara 1957, s.68-70; DÖNMEZER, Sulhi; Sosyoloji; İ.İ.T.A. Nihad Sayar-Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları, Yedinci Bası, İstanbul 1978, .s.24; Ayrıca bkz. MACCORMICK, Neil; H.L.A. Hart, Second Edition, Standford University Press, Standford-California,2008; s.43; Weber hakkında bilgi için ayrıca Bkz. WEBER, Max; Sosyoloji Yazıları, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul 1986; GÜRKAN, Ülker; Hukuk Sosyolojisine Giriş, Üçüncü Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999

[92] SHAPIRO, "What is…, s.12-13

[93] DECOSTE, Frederick C.; "Radical Discourse in Legal Theory: Hart and Dworkin", Ottowa Law Review, Vol:21, 1989, s.690-691

etmektedir.[94] Böylece *Hart*'ın hukuk felsefesi çalışmalarına yaptığı en önemli katkılardan biri içsel bakış açısına sahip katılanların görüşlerine dikkat çekerek, tasviri hukuk felsefesine de yer vermesidir. Bunun dışında içsel ve dışsal bakış açısı, *Hart*'ın *Austin*'i eleştirisinin ve buna karşı geliştirdiği alternatif hukuki pozitivizminin temelini de teşkil eder.[95]

Hart öngördüğü hukuk sisteminde esas olarak müeyyidenin temel alınmasını hedeflemez. Bunun yerine otoritenin toplumsal bir kabule ihtiyacı olduğunu ve bu kabulün de minimum düzeyde bir gönüllü desteği gerektirdiğini vurgular. *Hart*, bu gereklilikleri kural kavramıyla birleştirir; dışsal olarak gözlemlenebilir nitelikte toplumsal bir hukuki beklenti olması gerektiğini ileri sürer. Kurallar, sosyal grubun bağlayıcı nitelikteki kabulünü veya yapılması gerekenlere ilişkin toplumsal eğilimini yansıtır.[96] *Hart*'a göre kuralların **içsel yön**ünü, davranışın standart oluşturmasına yönelik ayırıcı bir tutum oluşturur. Bu durum, alışkanlıklarda söz konusu değildir. Alışkanlık içeren bir davranışın varlığı için grup üyelerinin üzerinde düşünmelerine gerek yoktur. Davranışların benzer olması yeterlidir. Ancak bir kuraldan söz edebilmek için söz konusu davranışın, grup üyelerinin çoğu tarafından uyulması gereken bir standart olarak kabul edilmesi gerekir. Kuralların **dışsal yön**ü de davranışın bir gözlemci tarafından izlenebilen ve kaydedilen yönünü oluşturur. Kuralın içsel yönü, grubun bazı üyelerinin kural tarafından öngörülen davranış doğrultusunda kuralla bağlı olmalarına yönelik ayırıcı bir tutumdur. Bu ayırıcı tutum da grubun bazı üyelerinin söz konusu davranışın grubun tümü için bağlayıcı nitelikte bir standart olduğuna ilişkin tutumundan oluşur.[97] *Hart*'a göre, alışkanlıktan farklı olarak sosyal kurallara bu şekilde uyan kişilerin benzer davranışa karşı eleştirel bir tutum içinde olmaları söz konusudur. Bu farklılık *Hart* tarafından, içsel bakış açısı

[94] SILVER, Charles; "Outsider Jurisprudence from an Insider", (The Problems of Jurisprudence Richard A. Posner, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990), Book Review, Law and Social Inquiry, Vol:16, No:3, 1991, s.586
[95] BIX, "H.L.A. Hart…, s.167
[96] PAUST, Jordan J.; "The Concept of Norm: A Consideration of the Jurisprudential Views of Hart, Kelsen, and McDougal-Lasswell", Temple Law Quarterly, Vol:52, 1979, s.35
[97] HILL, H. Hamner; "H.LA. Hart's Hermeneutic Positivism: On Some Methodological Difficulties in The Concept of Law", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:3, 1990, s.120

olarak değerlendirilir.[98] Bu bakış açısı, kurallara uyulmamasının eleştirilmesinin yanı sıra, onlara uyulmasını istemeye ve bu taleplerin ve eleştirilerin haklı olduğunun kabul edilmesine açıklık getiren emredici veya içsel yönünü yansıtır. *Hart*'a göre tüm bu gereklilik içeren bakış açısı, normatif terminolojide -malı, -meli gibi terimlerle ifade edilir. Kuralların bu içsel subjektif yönü, grup alışkanlıklarını sosyal kurallardan ayırdeder. Kuralların yükümlülük doğurduğunun kabul edilip edilmemesinin tespitinde birincil etken de, kuralların arkasındaki sosyal baskının önemli ve ciddi olduğunda ısrar edilmesidir.[99] *Hart*'a göre pozitivist teorilerin başarılı olması için, sosyal olayların hak ve ödev doğurabilme niteliği taşıdığını gösterebilmesi gerekir. *Austin*'in egemenliği itaat alışkanlığına indirgeme düşüncesi teorisini zayıflatmıştır; çünkü alışkanlıklar yükümlülük yükleme etkisine sahip değildir.[100]

İçsel bakış açısı yönünden değerlendirildiğinde, hukukun müeyyideyle korkutan veya önceden tahmin edilebilir ya da emredici nitelikte olmaktan çok, yükümlülük yükleyen bir özelliğe sahip olduğu söylenebilir.[101] Yükümlülüklerin dayanağı hukukun zorlayıcı yapısı değildir. Yükümlülükleri destekleyen, vatandaşlar ve görevliler tarafından kuralların kabul edilmesi ve kurallara, içsel bakış açısının benimsenerek, uyulmasıdır.[102] Bir hukuk sisteminin temel kuralları, yetkili organ ve kişilerin standartları içsel bakış açısından değerlendirmeleriyle var olur.[103] Burada *Hart*'ın, bir hukuk sisteminin var olabilmesi için vatandaşların tümünün ya da büyük çoğunluğunun içsel bakış açısına sahip olması gerektiğini bir önkoşul olarak ileri sürmediğini vurgulamakta yarar vardır. *Hart*'a göre, vatandaşların kurallara genel olarak uyması yeterlidir. Kurallara genel olarak uyulması kabulü, örneğin *Kelsen*'de olduğu gibi, bir hukuk sisteminin geçerliliğinin

[98] LOVETT, Frank; "A Positivist Account of the Rule of Law", Law and Social Inquiry, Vol:27, No:1, 2002, s.48, dn.12
[99] PAUST, "The Concept…", s.35-36
[100] SHAPIRO, Scott J.; "Law, Plans, and Practical Reason", Legal Theory, Cambridge University Pres, Vol:8, 2002, s.438
[101] SHAPIRO, "What is…", s.1
[102] BENDITT, Theodore; "Legal Theory and Rules of Law", Western Ontario Law Review, Vol:12, 1973, s.18
[103] SHAPIRO, "Law, Plans…", s.438

temel düzeyde etkinliğe ulaşmayı gerektirdiğini ileri süren diğer norm odaklı hukuk teorileriyle karşılaştırılabilir bir kriter oluşturmaktadır.[104]

Yukarıda da belirttiğimiz gibi hukuka zorlama ve müeyyideye dayanarak açıklama getiren teoriler, hukukun belirli davranışların yapılması ve yapılmamasına yönelik zorlayıcı bir tasarrufu içerdiğini ileri sürer. Hukukun, başta ceza hukuku olmak üzere, müeyyide içeren kuralları olduğu ve bu müeyyidelerin gereğinin de görevliler tarafından yerine getirildiği bir gerçektir. *Hart* bunu kurallara **"dışsal bakış açısı"** olarak ifade eder. Ancak *Hart*'a göre dışsal bakış açısı, hukukun sadece bir yönüdür. Birçok toplumda yurttaşlar hukuka müeyyide korkusuyla değil, kendi istekleriyle uyarlar. Kanun koyucunun otoritesine ve meşruiyetine olan saygılarından kaynaklanan yükümlülük duygusu, hukuk kurallarına uymalarının nedenidir. *Hart* bireylerin belli bir hukuk kuralının gereklerini, beğenmedikleri halde yerine getirmelerini, bu yükümlülük duygusuyla açıklar ve buna **"içsel bakış açısı"** adını verir.[105] Bireyler, müeyyide içermelerini dikkate almadan, kuralları davranışlarının bir standardı olarak kabul edip, kendiliklerinden ve isteyerek onlara uyarlar. Ayrıca bu kurallar onlar için uyulmaması durumunda hem kendileri hem de diğer bireylerin davranışlarını eleştirmeleri için bir ölçü oluştururlar. *Hart*'a göre hukuk kuralları ve bir hukuk düzeni, zorlama unsurunu içerdiği için değil, bireyler bu kuralları kabul ettiği için ve bir hukuk sistemi olması gereğine inandıkları için vardır. *Hart*, bu şekilde hukuk kurallarının emir veya müeyyideden öte bir yanını bize göstermeyi amaçlamaktadır. O da hukuk kurallarının sosyal bir kaynağı olduğudur. Onlar, bireylerin gerçek davranışlarının, sözlerinin ve düşüncelerinin bir bildirimidir.[106]

Hart'a göre bir sosyal kural, grup üyeleri tarafından davranış standardına uyulduğu anda varlık kazanır. Grup üyeleri, kuralı davranışın hukuki standartları olarak kabul ederek, içsel bakış açısına sahip olurlar.[107] *Hart*, böylece içsel bakış

[104] BIX, "H.L.A. Hart…., s.177
[105] IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.316
[106] WACKS, Raymond; Understanding Jurisprudence-An Introduction to Legal Theory, Oxford University Press, 2005, s.76
[107] SHAPIRO, Scott J.; "On Hart's Way Out", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004 , s.171

açısına bir ayrıcalık tanımış olur; çünkü grup üyeleri, bu bakış açısıyla hukuk kuralını davranışlarının bir standardı olarak görmektedirler[108] Bu anlayış, onları sadece, kurala uygun davranmaya yöneltmediği gibi, kuralın öngördüğü davranış standardından ayrılanlara yönelik bir eleştiri getirmelerine de neden olur. Bir sosyal kurala yönelik içsel bakış, herkesin kurala uyması için haklı bir nedeni olduğu yargısını oluşturur.[109] İçsel bakış açısına sahip olanlar, kuralları sadece karşılaşacakları bir eleştiri tehdidi olarak görmezler. Kuralları, kendileri ve başkalarının davranışları için bir standart olarak kabul ederler.[110] Kişinin kendisini yükümlü kıldığı durumda, emredici nitelikte kurala içsel bakış açısı, bu kuralı sadece davranışlarını yönlendiren bir unsur olarak görmesini değil, aynı zamanda bu kuraldan sapıldığında eleştirmek için bir neden oluşturmasını da sağlar.[111] İçeriden bakan kişiler, hukuk uygulamaları hakkındaki düşüncelerini ifade ettiklerinde, konuyu içsel bakış açısıyla değerlendirmiş, dışsal bir gerekçe öngörmeden hukuk üzerinde konuşmuş ve düşünmüş olurlar.[112] Dışsal bakış açısı, kurallara uyma şeklindeki davranışsal yönü ifade ederken, içsel bakış açısı, kuralların normatif karakterini ortaya koyar; yani hukuk bilimi dışsal bakış açısını kabul ederken, içsel bakış açısı tanımını da içerisine dahil etmiş olur. Bu anlamda kurallara, davranışların nedenini oluşturmaları bakımından büyük bir önem atfedilmiştir.[113]

Hart'ın esas amacı, hukuk sisteminin özerkliğini şarta bağlı olmayan bir esasa dayandırarak oluşturmaktır. Eğer bu esas normatif olursa, ya tümüyle bu girişimden vazgeçme sonucu doğacak veya hukuk kurallarıyla diğer normatif kurallar, özellikle de ahlak kuralları arasında zorunlu bir bağlantı olduğunun istemeden de olsa, kabulü gerekecektir. Bu nedenle *Hart*, hukuk sistemi için

---

[108] MURPHY, Marc C.; "Natural Law Jurispuridence", Legal Theory, Vol:9, Cambridge University Press, 2003, s.255
[109] SHAPIRO, "On Hart's…", s.171-172
[110] GEORGE, Robert P.; "One Hundred Years of Legal Philosophy", Notra Dame Law Review, Vol:74, 1998-1999, s.1542
[111] KAR, Robin Bradley; "The Deep Structure of Law and Morality", Texas Law Review, Vol:84, 2005-2006, s.900, dn.100
[112] UTZ, Stephen; "Associative Obligation and Law's Authority", Ratio Juris, Vol:17, No:3, September 2004, s.312
[113] WINTGENS, Luc J.; "Legisprudence as a New Theory of Legislation", Ratio Juris, Vol:19, No:1, March 2006, s.22

deneysel, sosyolojik esası yeğler; yani grup üyelerinin sosyal pratiklerini tercih eder.[114]

Hart'ın hukuk teorisi, önceki hukuki pozitivistlerin görüşlerine oranla çok ileride olmalarını sağlayan üç metodolojik özelliğe sahiptir. Bunlar, hukuk sistemlerinin hukuki uygulamalara yönelik unsuruna dikkat çekmek, tanımlamada anlamı temel alan yaklaşımı kullanmak ve bakış açısı olarak içsel bakış açısını kabul etmektir. *Hart* önceki pozitivist görüşleri, kişilerin bakış açılarına yönelmediği ve onların hukuk sistemine içsel yönden bakarak saygı göstermelerini ve kuralları davranışlarını yönlendiren bir standart olarak kabul etmelerini dikkate almadığı için eleştirir.[115] Hukuku zorlayıcı yönüyle tanımlayan görüşler, hukuk olgusunun subjektif yönüne hiç değinmemekte ve bu konuda bir açıklama yapmamaktadırlar.[116] *Hart*'a göre, müeyyide teorilerinin sorunlu yönü, kurallara yönelik bu içsel bakış açısını ihmal etmiş olmalarıdır. *Hart*'ın tepkisi, bu ihmalkarlığa ve karmaşık olayları basite indirgeyen eğilime karşıdır. *Hart* müeyyidelerin bir hukuk sisteminin varlığı için gerekli olduğunu ileri sürmemiştir; çünkü, zorlama korkusunun dışsal olarak kurallara uymayı sağlamasının yanı sıra, bireyleri bağlayan içsel unsurlar da vardır. Müeyyide teorisi, hukuk kurallarının bu içsel bakış açısını göz ardı ettiği için yetersiz ve basittir. *Hart*'ın içsel bakış açısına vurgu yapması, *Austin*'in hukuku zorlayıcı emirler olarak kabul eden görüşünü yetersiz bulmasından kaynaklanmıştır. *Hart*, *Austin*'in teorisinin, **yükümlü kılınmak** ile **kişinin kendisini yükümlü kılması** arasındaki farkı görmezden geldiğini ileri sürer.[117] Kişinin yükümlü kılınması, kuralları kabul etmediğini ve kurallara uymak istemediğini ifade eder. Kişi burada hukukun zorlayıcılığıyla karşı karşıyadır. Oysa kişinin kendisini yükümlü kılmasında, birey kuralların var olması gerektiği yönünde bir inanç sahibidir. Kurallara uymayı, hukuk emrettiği için ve

[114] MELISSARIS, Emmanuel; "The Limits of Institutionalised Legal Discourse", Ratio Juris, Vol:18, No:4, December 2005, s.479
[115] MURPHY, "Natural Law…", s.255
[116] GIBBS, Jack; "Definitions of Law and Emprical Questions", Law and Society Review, Vol:2, 1967-1968, s.437
[117] VALAURI, John T.; "Constitutional Theodicy: The Antimony of Finality and Fallibility in Judicial Review", Saint Louis University Law Journal, Vol:29, 1984-1985, s.265-266; HIMMA, Kenneth Einar; "Law's Claim of Legitimate Authority", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.307

müeyyide korkusuyla değil, kendiliğinden ister.[118] *Hart* yükümlü kılınma fikrinin, kişinin kendisini yükümlü kılmasını açıklamada yetersiz kaldığı görüşündedir. Böyle bir yaklaşımda, örneğin soyguncunun meşru olmayan talebiyle (yükümlü olunması durumuyla) vergi toplayan memurun meşru talebi (kişinin kendini yükümlü kılması) arasında bir ayrım yapılamayacaktır. *Hart*'a göre dışsal bakış açısı yükümlü kılınmakla ilgili olup, tek başına, neden kurallara uyulduğunu açıklamakta yeterli değildir. [119]

Kurallara dışsal bakış açısı, grubun bir üyesinin, kuralların kendisi ve başkasının davranışları için bir rehber, standart oluşturma etkisine sahip olduğunu kabul etmemesidir; ancak grubun diğer üyelerinin kuralları bu yönde algıladıklarını kabul edebilir.[120] Dışsal bakış açısı, tıpkı bir antropoloğun yerlilere yönelik yaptığı gözleme de benzetilebilir.[121] Böyle bir çalışma yapan antropolog, genelde tarafsız ve bağımsız bir tavır sergiler; çünkü gözlemlediği eylemleri kendisinin veya başkalarının davranış uygulamaları için standartlar olarak görmez.[122]

Dışsal bir bakış açısıyla bakan bir gözlemci, belirli kuralların bir sosyal grubun geçerli hukuk kuralları olduğunu ve belirli kararların geçerliliğinin de ancak bu kurallar doğrultusunda verilmesine bağlı olduğunu görecektir. Ancak bu gözlemleri yaparken, o sistemin kurallarını veya değerlerini kendi açısından bağlayıcı olarak kabul etme gereği duymadan bu sonuçlara varacaktır; çünkü kuralların bağlayıcılığını kabul etmek, içsel bakış açısının unsurudur.[123] Bir hukuk kültürüne ait olan sosyal kurallar, bunları inceleyen bir gözlemci tarafından anlaşılamayabilir veya kabul edilmeyebilir ya da ciddiye alınmayabilir. *Hart*'a göre tamamen dışsal olarak ele alınan hukuk, işte bu nedenle kaçınılmaz olarak eksik,

---

[118] MORRIS, The Concept…, Book Review, s.1458
[119] VALAURI; "Constitutional Theodicy…", s.265-266; HIMMA; "Law's Claim…", s.307
[120] MOORE, Michael S.; "Three Concepts of Rules", Harvard Journal of Law& Public Policy, Vol:14, 1991, s.772
[121] FATTON, Richard H.; "Reflections on Dworkin and the Two Faces of Law", Notra Dame Law Review, Vol:67, 1991-1992, s.556
[122] MOORE, "Three Concepts…", s.772
[123] CAPLAN, Russell L.; (Legal Reasoning and Legal Theory, Neil Mac-Cormick, Oxford:The Clarendon Press, 1978), Book Review, Harvard Law review, Vol:93, 1979-1980, s.824

tamamlanmamış olacaktır.[124] *Hart*, kişilerin eğilimlerini inançlarını ve sosyal kurumların sosyolojik tanımlamalarını, dışsal bakış açısı tezi olarak ifade etmiştir. Bu yolla, *Hart*'a göre, kanun koyucularla mahkemelerin eylemleri ve görüşleri hakkında yorum yapılabilir.[125]

Dışsal bakış açısında kişi toplumun kurallarını sadece bir gözlemci olarak inceler ve kendisi bu kuralları kabul etmez. İçsel bakış açısında ise kişi, kurallara grubun bir üyesi olmak sıfatıyla yaklaşır ve davranışlarını yönlendirmek için bu kurallara başvurur.[126]

Görüldüğü üzere *Hart*, dışsal unsuru kabul etmemeyle; içsel unsuru da, kabul etmeyle özdeşleştirmiştir. Ayrıca dışsal olanı gözlemci, içsel olanı da katılımcı olarak nitelendirmiştir. Buna göre dışsal bakış açısı, katılımcı (participant) olmayan ve kabul etmeyen gözlemciler tarafından temsil edilir. İçsel bakış açısını ise, kabul eden katılımcılar temsil eder.[127]

2- İçsel ve Dışsal Bakış Açısının Fonksiyonları

İçsel bakış açısının pratik yönü, grubun içinde olan bir kişinin hukuk karşısında nasıl davranacağına karar vermesiyle ilgilidir. Konunun teorik görünüşü ise, gruba genelde dışarıdan bakan ve hukuk kurallarına tabi olarak yaşayan, sosyal grubu inceleyen gözlemcidir. İçeride olan kişinin, içsel bakış açısı yönünden, kurallar karşısında tercih edeceği iki durum vardır: Kabul etmek ve kabul etmemek. *Hart*'a göre, kuralları kabul eden kişi, içsel bakış açısına sahip olur. Kuralları kabul etmeyen kişi ise, ya pratik yön doğrultusunda davranarak, ama kuralları kabul etmemesi nedeniyle, dışsal bakış açısına sahip olur veya sadece bir gözlemci olduğundan pratik yöne katılmaz ve bu nedenle dışsal bakış açısına sahip bulunur [128]

---

[124] SILVER, "Outsider Jurisprudence…", Book Review, s.584
[125] RAZ, Joseph; "Legal Rights", Oxford Journal of Legal Studies Vol: 4, No: 1, 1984, s.15
[126] LACOCK, Darrel D.; "The Relevance of Logic to Law", Modern Uses of Logic in Law, Vol:5, 1964, s.14-15
[127] TAMANAHA, Brian Z.; "The Internal/External Distinction and the Notion of a 'Practice' in Legal Theory and Sociolegal Studies", Law and Society Review, Vol:30, No:1, 1996, s.187
[128] SHAPIRO, "What is…, s.6

Hart bireylerin davranışlarına temel olarak kabul ettikleri kurallara içsel bakış açılarının nedenleriyle ilgilenmez. Bu nedenler uzun vadeli çıkarları gözetmese de, başkalarına yönelik bir fedakarlığı içermese de, ahlaki gerekliliklerin dışında olsa da, köklü geleneklere uymayı hedeflese de, kişinin ailesini memnun etmesine dayansa da ve bunlara benzer içeriklere sahip olsa da *Hart* için bir önem taşımazlar. Teorisini oluştururken *Hart*, bireylerin içsel bakış açısına sahip olmalarını motive eden nedenlerin ne olduğuyla ve farklılıklarıyla ilgilenmez[129] Hukuku nedensel olarak davranışları yönlendirme fonksiyonuyla ilişkilendirmekle, *Hart*, hukuk sistemlerinin zaman içinde nasıl geliştiğini ve varlığını sürdürdüğünü ve olgunlaştıkları zamanki şekillerini neden aldıklarını açıklayabileceğimizi kabul eder. *Hart* hiçbir zaman, davranışları nedensel olarak yönlendirmenin hukukun ahlaki görevi olduğunu ileri sürmemiş, teorisinin hiçbir yönü de bunu ileri sürmesini gerektirmemiştir. Dahası *Hart*, içsel bakış açısını müeyyidenin öngöreceği yükümlülükten çekinerek davranan kişinin bakış açısından ahlaken daha üstün görmez. Teorisinin hiçbir yönü, davranışın nedeninin hangi değerle ilgili olduğuna dayanmamıştır. İçsel bakış açısı, teorisinde daha ziyade kavramsal bir gerekliliktir. Hukuki geçerlilik temelinde anayasal bir kural olan tanıma kuralına dayanmakta, tanıma kuralının varlığı da kavramsal bir konu olarak, belirli kişilerin kuralda öngörülen nedene göre davranmak suretiyle, içsel bakış açısını kabul etmelerini gerektirmektedir. İçsel bakış açısı, bu nedenle, hukuki geçerliliğin varlığı için kavramsal olarak gerekli bir unsur olmaktadır; yoksa bireylerin motivasyonunun ahlaki bir şeklini oluşturmaz.[130] Görüldüğü üzere, *Hart* bireylerin kurallara hangi nedenlere dayanarak uyduklarını önemsemediği gibi, bu nedenlerin olumlu ya da olumsuz bulunması veya ahlaki ya da gayri ahlaki temellere dayanıp dayanmaması da *Hart* için dikkate alınacak bir husus değildir.

Hart, kuralların dışsal yönü ve kuralların içsel yönü terimlerini, yükümlü kılınmak ile kişinin kendisini yükümlü kılması arasındaki farkı ortaya koymak için

[129] MURPHY, "Natural Law…", s.255-256
[130] COLEMAN, Jules.; "The Methodology of Theory Construction in Jurisprudence", APA Newsletters, Vol:00, No:2, Spring 2001, s.4-5; HOLTON, Richard; "Positivism and the International Point of View", Law and Philosophy,Vol:17, Kluwer Academic Publishers, 1998, s.597, 602

kullanır; yükümlü kılınmak ile kuralların dışsal yönünü, kişinin kendisini yükümlü kılmasıyla da kuralların içsel yönünü ifade etmek ister. *Hart*'a göre her toplum, kuralları kabul edenlerle onların bir bölümünü ya da tümünü reddedenler arasındaki gerilimi içerir.[131] İçsel ifadeler uygulamaya yönelik, pratik ifadeler olarak kabul edilmelidir; çünkü amaçları insan davranışlarını yönlendirmektir. Bu nedenle hukuk kurallarını tanımlamakla görevli kılınamazlar. Ross'a göre içsel ifadeler tanımlayıcı yapıda değildir.[132] Dışsal ifadeler ise, hukuku tanımlamak istendiğinde kullanılır. İçsel ifadeler hukuk kurallarını insan davranışını yönlendirmek veya değerlendirmek için kabul eden kişiler tarafından kullanılan uygulamaya yönelik pratik ifadelerdir.[133] Hukukun içsel yönüne ilişkin olarak kullanılan ifadeler, kişinin kuralları onayladığını gösterir. Tersi olarak dışsal ifadeler, katılanların hukuk sistemindeki standartlar hakkında neye inandıklarını belirtir. Dışsal ifadeler, içsel ifadelerin özellikleri ve karakterleri hakkında eleştiri veya yorum yapmayı içermez. Bunlar sadece, diğer kişilerin neye inandıklarının tanımlamasıdır.[134] *Hart* bu bağlamda, dışsal olarak gözlemlenebilir fiziksel davranışların tersine, kuralların içsel yönünün sadece duygularla ilgili bir konu olduğunu reddeder. Bunun yerine *Hart*'a göre gerekli olan, ortak bir standart olarak, belirli şekildeki davranışlara yönelik eleştirel bir tutumun olmasıdır. Bu durum kendisini, öz eleştiri de dahil olmak üzere, eleştiride uygunluk talebinde ve bu tür eleştirilerin ve taleplerin haklı görülmesine onay verilmesinde göstermelidir.[135]

Yukarda açıkladıklarımızı özetleyecek olursak içsel bakış açısının, *Hart*'ın teorisinde, dört role sahip olduğu söylenebilir[136]:

a- Hukuka sığınan bir kişide belirli bir tür motivasyon oluşmasını sağlar. Bireyler kurallara uymayı çeşitli nedenlerle kabul ederler. Ancak yukarıda da

[131] PANNAM, "Professor Hart…", s.398
[132] NAVARRO, Pablo E. – MORESO, Jose Juan; "The Dynamics of Legal Positivism-Some Remarks on Shiner's Norm and Nature", Ratio Juris, Vol:10, No:3, September 1997, s.293
[133] NAVARRO–MORESO, "The Dynamics…", s.294
[134] PATTERSON, "Explicating The…", s.70
[135] PAULSON, Stanley L.; "On Transcendental Arguments, Their Recasting in Terms of Belief, and the Ensuing Transformation of Kelsen's Pure Theory of Law", Notre Dame Law Review, Vol:75, 1999-2000, s.1794
[136] SHAPIRO, "What is…, s.2

belirttiğimiz gibi bireylerin hangi nedenlere dayanarak kurallara uydukları *Hart* için bir önem taşımaz.

b- Sosyal ve hukuk kurallarının varlığı için gerekli temel koşulları oluşturur. İçsel bakış açısının en önemli fonksiyonu, bireylerin kurallara zorlayıcı bir nedene gerek duymadan, yükümlülük duygusuyla kendiliklerinden uyulması gerektiğine olan inançlarıdır. Kuralların öngördüğü davranış standardından ayrılanlara gösterdikleri eleştirel tepkiyle, bireyler toplumda kurallara ve dolayısıyla düzene olan inanç ve isteklerini ortaya koymuş olurlar.

c- Hukuk teorisi ve pratiğinin anlaşılırlığını, açıklığını sağlar. İçsel bakış açısı bir kuralın kabul edilmesi kavramını açıklamak için kullanılır. Bireyler, bir sosyal kuralı, o kurala yönelik bir içsel bakışına sahip oldukları zaman kabul ederler.[137] Yani sosyal kuralların normatif bir karakter kazanması, içsel bakış açısıyla sağlanır.[138]

d- Hukuksal ifadeler için doğal olarak kabul edilebilir anlamlar sağlarlar. Böylece öngörülecek çeşitli kurallara yönelik tanımlar ve bunların unsurları için içsel bakış açısı gerekçeler sağlamış olur.

IV- Hukuk Kurallarının Ayrımı

A- Genel Olarak

Hart'a göre hukuk bir kurallar sistemidir. *Hart*, "**The Concept of Law**"da, çok sayıda konuyu ele almakla birlikte, hukukun en iyi şekilde birincil ve ikincil kuralların birliği olarak kavramlaştırılabilecek olmasını temel tez olarak ileri sürmektedir; yani *Hart*'a göre hukuk birincil ve ikincil kurallardan oluşur.[139] Bu birlik, hukuk sisteminin işlerliği için gerekli bir koşuldur.[140] Birincil kurallar

[137] SHAPIRO, "On Hart's…", s.172
[138] HIMMA, "Law's Claim…", s.286
[139] EISELE, Thomas D.; "The Activity of Being a Lawyer: The Imaginative Pursuit of Implications and Possibilities", Tennessee Law Review, Vol:54, 1986-1987, s.365
[140] LACOCK, "The Relevance…", s.15

insanlara yükümlülük yükleyerek, onları belirli şekilde davranmaya zorlar. Ancak bir hukuk sisteminin sadece yükümlülük yükleyen kurallardan oluşması beklenemez. Bir hukuk sisteminde kuralların, yasama ve yargılamaya ilişkin hükümlerin tanımlanmasına da ihtiyaç vardır. *Hart*'a göre bunlar da ikincil kurallar tarafından yerine getirilir.[141]

Hart'ın hukuk kurallarına dair yaptığı diğer tür ayrım, ödev yükleyen ve yetki veren "norm" ayrımıdır.[142] *Hart*, hukuk normlarının mantıksal yapısını açıklamaya çalışmış ve birincil ve ikincil "kurallar" kavramıyla yakından ilgili olarak, ödev yükleyen ve yetki veren "normlar" kavramlarına değinmiştir.[143]

Ödev yükleyen normlar bireylerin nasıl davranacağını belirleyen, hangi eylemleri yapıp hangilerinden kaçınmaları gerektiğini gösteren, zorlayıcılık içeren normlardır. Yetki veren normlar ise bireylere, istekleri doğrultusunda kendi aralarında yapacakları hukuki işlemlerle yeni haklar ve ödevler yaratmalarına imkan verir.[144]

Birincil ve ikincil kurallarla, ödev yükleyen ve yetki veren normlar farklı tanımlara ve fonksiyonlara sahiplerdir; ancak aralarında bir bağ ve etkileşim de vardır.[145] *Hart*, bir hukuk sisteminin var olabilmesi için gerekli olan koşulların ve yapısal unsurların ne olduğunu ortaya koymayı amaçlamıştır. Bu unsurlar bir hukuk sisteminde mantıksal olarak ödev yükleyen normlar ve yetki veren normlardan oluşur ve onlar vasıtasıyla işlerlik kazanır, ayrıca "birincil" ve "ikincil" olarak da tasnif edilirler.[146]

---

[141] BODENHEIMER, "Seventy-Five…", s.191; BRUBAKER, Stanley C.; "The 'Rights Revolution'-Conserving the Constitution", Constitutional Bicentennial Symposium, (Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, Richard Epstein, Cambridge: Harvard University Press, 1985), Book Review, Law and Social Inquiry, Vol:12, No:1, 1987, s.273 dn. 27

[142] Hart'ın bu ayrımı, Gary L Francione'ye göre hukuk felsefesinde can alıcı bir öneme sahiptir. Bkz., FRANCIONE, "The Distinction…", s.1360, dn.13

[143] DEIGH, "Rights and….", Book Review, s.684, dn.44

[144] REAUME, "Language, Rights…", s.45

[145] PERRY, Stephen R.; "Judicial Obligation, Precedent and the Common Law", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:7, No:2, 1987, s.226

[146] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1370

Hart'ın "**The Concept of Law**"da ortaya koyduğu birincil ve ikincil kurallar ile ödev yükleyen ve yetki veren normlar ayrımı, aynı unsurları içermesine rağmen, hukuk teorisinin iki farklı yönüne odaklanır.[147] *Francione*, *Hart*'ın yaptığı bu ayrımın hukukun normatif ve formel olmak üzere iki fonksiyonunu ifade ettiğini ileri sürmektedir. *Francione*'ye göre ilk olarak "ödev yükleyen normlar" ve "yetki veren normlar" arasındaki ayrım, hukukun normatif fonksiyonu ile ilgilidir. Bu fonksiyon, hukuk kurallarının, bireylerin davranışlarını yönlendirdiği şekli-tarzı konu alır. İkinci olarak "birincil kurallar" ve "ikincil kurallar" arasındaki ayrım, hukukun formel fonksiyonu ile ilgilidir. Formel fonksiyon, bir hukuk sisteminin var olabilmesi için normların yerine getirmesi gereken eylemleri, rolleri inceler.[148]

Francione'ye göre teorisyenler, *Hart*'ın "kurallar" (rules) ve "normları" (norms) birbirinden ayırmasını, bu ayrım net olmadığı için yeterince anlayamamış ve birbirine karıştırmışlardır. Bu karışıklık, *Hart*'ın bu ayrımı yapmasındaki amacın iyi anlaşılmasını engellemekte, dolayısıyla normatif ve formel fonksiyonla ilgili olan teorilerinin de ayırt edilmesinde başarısızlığa neden olmaktadır. *Hart*'ın tanındığından daha kapsamlı olduğu ileri sürülen tartışmasının yeterince anlaşılamaması ve karıştırılan eleştiriler yapılması, *Hart*'ın hukuk felsefesinin gelişimine yaptığı katkının yeterince değerlendirilememesi ve bundan yararlanılamaması sonucunu doğurmuştur.[149]

B- Hukukun Normatif Fonksiyonuna Göre Ayrım

1- Kuralların Ödev Yükleyen ve Yetki Veren Normlar Şeklindeki Ayrımı

Hart'ın hukuk kurallarına yönelik olarak yaptığı ödev yükleyen ve yetki veren normlar ayrımını anlayabilmek için, öncelikle böyle bir ayrım yapılmasına karşı çıkan görüşlere değinmek daha açıklayıcı olacaktır.

---

[147] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1380
[148] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1361
[149] FRANCIONE, "The Distinction…", s. 1360-1362, 1380

Hukuk felsefesi alanında ileri sürülen bazı görüşler, hukuk biliminde birliği sağlamak amacını taşımaktadır. Bu nedenle hukuk kuralları ve türleri arasında bir ayrım yapılmasını kabul etmezler. Onlara göre, kuralların ödev yükleyen ve yetki veren şeklinde türlere ayrılmalarına gerek bulunmamaktadır.[150] *Hart* bu görüşlerin amacının, hukuk kurallarının birçok çeşidini hukukun özünü ifade eden tek bir forma indirgemek olduğunu ileri sürer.[151] Bu görüşlere göre hukukun türleri arasında bir ayrım yapılması kabul edilse dahi, bu ayrım yüzeysel olacaktır. Bu görüşler, ödev yükleyen ceza hukuku kuralları kadar tehdit içeren emirler kavramının da yetki veren kuralların analiz edilmesi için yeterli olduğunu ileri sürerler.[152] Onlara göre yetki veren normların ödev yükleyen normlardan ayrı bir varlığı bulunmamaktadır.[153] Bu düşüncede olan *Kelsen*, *Bentham* ve *Austin* gibi hukukçulara göre yetki veren normlar, ödev yükleyen normların bir parçasıdır.[154] *Hart'*a göre bu görüşler müeyyideyi merkeze koyarlar. Ancak, hukukun müeyyide olmadan da mükemmel şekilde tasarlanabilir olabileceğinin ispat edilmesi, bu görüşleri çürütmektedir.[155]

Hukuk kurallarının bir bütün olduğunu ileri süren bu görüşlere değindikten sonra, *Hart*'ın ödev yükleyen ve yetki veren ayrımını açıklayabiliriz. Yukarıda da belirttiğimiz gibi hukukun normatif fonksiyonu teorisi, "ödev yükleyen normlar" ve "yetki veren normlar" arasındaki ayrımı ifade eder. Hukukun normatif fonksiyonu, hukuk normlarının bireylerin davranışlarını yönlendirdiği ve bunun standartlarını meydana getirdiği şekli göz önünde bulundurur. Normlar belirli eylemleri yerine getirmenin veya onlardan kaçınmanın nedenlerini oluşturarak, davranışları yönlendirir ve davranışları değerlendirmek için standartlar öngörürler.[156] *Hart*, tüm hukuk kurallarının tek bir basit türe indirgenmesine karşı çıkarak, hukuk kurallarının

[150] PAULSON, Stanley L.; (Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series, A.W.B. Simpson, London and New York: Oxford University Press, 1973), Book Review, Harvard Law Review,Vol:87, 1973-1974, s.900-901
[151] SPAAK, Torben; "Norms that Confer Competence", Ratio Juris, Vol:16, No:1, March 2003, s.9
[152] SPAAK, "Norms that…", s.9
[153] LACOCK, "The Relevance…", s.21
[154] FINNIS, "Law and…", s.120
[155] SPAAK, "Norms that…", s.9
[156] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1361- s.1362

ödev yükleyen normlar ve yetki veren normlardan oluştuğunu ileri sürer.[157] *Hart*, *Austin*'in ödev yükleyen kurallarının normatif fonksiyonunu kabul etmiştir. Ancak ona göre bir hukuk sisteminin sadece ödev yükleyen normlardan oluşması beklenemez. Böylece *Hart* davranışları kolaylaştıran, rahatlatan ikinci normatif fonksiyona yönelerek, yetki veren kuralları ikinci norm türü olarak kabul etmiştir.[158]

Hart'a göre yetki veren normlar ödev yükleyen normlarla birbirlerine bağlıdır; ancak normatif fonksiyonları açısından farklıdır. Bu nedenle yetki veren normları ödev yükleyen normların bir parçası olarak görmek, onların ayrı olan normatif karakterini göz ardı etmek olacaktır.[159] Böylece *Hart* bir hukuk sisteminin, ödev yükleyen norm kavramının yanı sıra, yetki veren normları da temel bir hukuk kavramı olarak içermesi gerektiğini belirterek, normları tasnif etmiştir.[160]

2- Ödev Yükleyen Normlar

Ödev yükleyen normlar, bireylere belirli bir eylemi yapmaları veya ondan kaçınmaları için yükümlülük yükler ve onların davranışlarını yönlendirir.[161] Bu tür

---

[157] SCHROCK, Thomas S. - WELSH, Robert C.; "Up from Calandra: The Exclusionary Rule as a Constitutional Requirement", Minnesota Law Review, Vol:59, 1974-1975, s.352; MORTON, P.A.; "Conventions of the British Constitution", Holdsworth Law Review, Vol:15, 1991-1992, s. 146

[158] PAULSON, Oxford Essays…, Book Review, s.901

[159] HART, H.L.A; "Bentham on Legal Powers", The Yale Law Journal, Vol:81, No:5, April 1972, s.822

[160] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1362

[161] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1362; Ödev yükleyen normlara bir çok çalışmada değinildiği görülmektedir. Örneğin Bkz. CAMPBELL, Tomd; "Democracy, Human Rights, and Positive Law", Sidney Law Review, Vol:16, 1994, s.210; HUTCHINSON, David; "The Juridical Nature of Article 7 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", Australian Year Book of International Law, Vol:17, 1996, s.223; ENDICOTT, Timothy; "The Reason of the Law", The American Journal of Jurisprudence, Vol:48, 2003, s.84; OBERDIEK, Hans; "The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems", The American Journal of Jurisprudence, Vol:21, 1976, s.86; DOE, Norman; "Seperation and Sovereignty: Duplication in Constitutional Thought", The Cambrian Law Review, Vol:21, 1990, s.61; FOLEY, Ridgway K.; "Individual Liberty and the Rule of Law", Willamette Law Journal,Vol:7, 1971, s.410-412; Emsal kararların da ödev yükleyen normlar olduğuna ilişkin tartışma için Bkz. EVANS, P. J.; "The Status of Rules of Precedent", Cambridge Law Journal, Vol:41, No:1, April 1982, s.162; GOLDSTEIN, Laurence; "Some Problems About Precedent", Cambridge Law Journal, Vol:43, No:1, April 1984, s.100; Ödev yükleyen normlara, yazarlar tarafından çeşitli konularda değinildiğini ve farklı hukuk dallarından örnekler verildiğini görüyoruz. Örneğin, acentalar ve borsayla ilgili olarak Bkz. HOFMANN, Tamaar Hed; "The Maloney Act Experiment", Boston College Industrial and Commercial Law Review, Vol:6, 1964-1965, s.193, 201, 214, 217; Şirketler Hukukunun her iki tür kuralı içerdiğine dair Bkz. ORTS, Eric W.; "The Complexity and Legitimacy of Corporate Law", Washington and Lee Law Review, Vol:50,

normlara verilecek en temel örnek ceza kanunları ve haksız fiile ilişkin kurallardır.[162] Ödev yükleyen normlarda davranışların yönü belirlenmiştir. Davranışlar belirli bir yönde yönlendirilir ve normlar belirlenmiş emirleri içerirler. Bu norm türünde davranışlar, istenmeyen bir sonucun meydana gelmesini önlemek için belirlenmiştir. [163]

Hart bu noktada ödev yükleyen kuralları, yöneltildikleri kişiler açısından farklı şekilde değerlendiren *Kelsen*'in hukuk tanımına da eleştiri getirmektedir. *Kelsen*'e göre tüm kurallar, resmi görevlilere belirli durumlarda müeyyide uygulamalarını emreden normlar olarak kabul edilmelidir.[164] *Hart*'a göre ise hukuk kurallarının anlamını bu tür bir tanıma indirgeme, onların yerine getirmesi gereken görevlerini etkileyecek ve değiştirecektir. Ödev yükleyen kuralların temel görevi bireylerin davranışlarını yönlendirmektir. Bu kurallar bireylerin tümünün uymasının beklendiği kabul edilebilir davranış standartları öngörür. Kamu görevlilerine müeyyide uygulamalarını öngören kurallar, ancak hukuk kurallarının temel görevi ihlal edildiğinde, örneğin davranışları yönlendiremediği anda söz konusu olacaktır. *Kelsen*'in yaptığı gibi her hukuk kuralını, norm süjeleri (muhatapları) kamu görevlileri olacak şekilde formüle etmek, *Hart*'a göre, hukukun davranışlarını yönlendirmesi beklenen hukuk kitlesini tanımama ve göz ardı etme sonucunu doğuracaktır.[165]

Hart, ödev yükleyen normlarla yetki veren normlar arasında yaptığı ayrımla, hukukun mutlaka ödev yükleyen veya müeyyide içermesini şart koşan normları öngören normatif teorilerinden temel olarak ayrılır.[166] Bir hukuk sisteminde ödev

---

1993, s.1580-1582, 1621; Bir kişinin günlük veya hukuksal hayatta, bir ödev yükleyen norma uygun davranma yeteneğine sahip olup olmadığına nasıl karar verildiğinin tartışılmasıyla ilgili olarak Bkz. SPARKS, Richard F.; (Criminal Responsibility, Author: Francis G. Jacobs, L.S.E. Research Monograph, No:8, London: Weidenfeld and Nicolson, 1971), Book Review, British Journal of Criminology, Vol:12, 1972, s.194

[162] FOLEY, "Individual Liberty…", s.410-412

[163] PAULSON, Oxford Essays…, Book Review, s.903

[164] GIBBS, "Definitions of…", s.431

[165] SHAPIRO, "Law, Morality…", s.169

[166] Örneğin Bentham, tüm hukuk kurallarının emredici olduğunu veya ödev yüklediğini (ceza hukukunun zorlayıcı emirlerinde olduğu gibi) kabul eder. Bentham, bireylere vasiyetname yapma yetkisi veren kuralları tanımıştır ancak, bu tür kuralları, cezanın uygulanmasını sabitleyen daha genel hukuk kurallarının parçaları olarak değerlendirmiştir. Austin, tüm kuralların, siyasal altı yönetmek

yükleyen normların, hemen her durumda müeyyide öngördüklerini *Hart* kabul etmektedir. Ancak, norm açısından sadece müeyyideye odaklanmak yanıltıcı ve yanlıştır.[167] *Hart*'a göre ödev yükleyen normların bireylerin davranışlarını yönlendirmesi ve standart oluşturması için müeyyideye sahip olması gerekli değildir. Ödev yükleyen normlar, davranışları sadece müeyyidelerle yönlendirmemektedir. Bunların hukuki yönden önemleri de müeyyidelerin varlığına bağlı değildir. *Hart*'a göre bir hukuk sisteminde ödev yükleyen normlar bireyler tarafından kabul edilmelidir; ancak bireylere zorla kabul ettirilmemelidir. Gerçekte bir hukuk sistemi müeyyidelerle işlerlik kazanmayan ödev yükleyen normları içermelidir. Ödev yükleyen normlar belirlenmiş rehberliklerini, kabul edilmeleriyle sağlamaktadır; müeyyide içermeleriyle değil.[168] *Hart*, ödev yükleyen normların sadece yasaklanan davranışa eklenen müeyyideler vasıtasıyla işlerlik kazanmayacağını, aynı zamanda normda öngörülen davranış standardının bireyler tarafından meşru olarak "kabulü" ile işlerlik kazanacağını ileri sürer.[169] *Hart*'a göre müeyyidelerin varlığı, hukukun zorlayıcılığına dayanmaz. Müeyyideler işlevselliğini, hukuk kurallarının kabul edilmesinden alırlar; yani müeyyide içeren bir kuralın, bireyler tarafından "içsel bakış açısı" ile kabul edilmesi gerekir.[170] Bir toplumdaki özel kişiler ve kamu görevlileri, bir kuralı davranışlarının standardı olarak kabul ettikleri ve bu standarda uyulmaması durumunda eleştirel bir tepki göstermeyi kendi rızalarıyla istedikleri için o kuralın varlığından söz edilebilir. O kural, müeyyide öngördüğü ve bireyler de bu müeyyideden çekindiği için değil.

İçsel bakış açısı, bireylerin normu meşru olarak kabulünü sağlayan, genelde normun öngördüğü davranış standardı hakkındaki düşüncesini içeren unsurdur. Ancak içsel bakış açısı, norma uygun davranmak için ahlaki yükümlülük veya ahlaki zorlama duygusunu gerektirmez,[171] yani normların kabulü ahlakiliğe

---

için siyasal üst tarafından ona yöneltilen genel emirlerden oluştuğunu ileri sürer. Kelsen, tüm hukuk kurallarını, ihlal edilmeleri halinde hukuki müeyyide uygulamakla yetkilendirilmiş görevlilere yöneltilen emirler olarak kabul etmiştir. Bkz. FRANCIONE, "The Distinction…", s.1365-1366

[167] BENDITT; "Legal Theory…", s.17, 18

[168] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1371

[169] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1364

[170] BENDITT, "Legal Theory…", s.18

[171] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1363, dn. 33

dayanmak zorunda değildir.[172] Bununla birlikte, bir sosyal norm ödev yüklemek zorunda değildir. Bir kişinin yükümlülük altında olması, bir kuralın varlığına işaret eder; ancak kuralların olduğu her durumda kuralların öngördüğü davranış standardının yükümlülük olarak kabulü gerekmez.[173] *Hart*'a göre bir hukuk sisteminde, müeyyidelerle işlerlik kazanmayan ödev yükleyen normlar olmalıdır. Ancak bu, ödev yükleyen normların yalnızca müeyyide içerdiklerinde meşru olarak kabul edildiklerini söylemek anlamına gelmez. İçsel bakış açısı, *Hart*'ın teorisinde ödev yükleyen normların varlığı için gerekli bir durumdur.[174]

3-Yetki Veren Normlar

a- Yetki Veren Normların İncelenmesi ve Müeyyide

Hart, bir hukuk sisteminde ödev yükleyen normların yanında yetki veren normların da bulunduğunu kabul etmekle, hukukun mutlaka emir veya müeyyide içermesi gerektiğini öngören normatif teorilerin yetersizliğini ortaya koymuş olmaktadır.

Hart, modern bir hukuk sisteminde bulunan çeşitli hukuk türleri karşılaştırıldığında, tümünün bireylere bir şey yapmasını ya da yapmamasını emretmediğini belirtir. Hukuk türleri, sadece birilerinin isteğini ifade etmek veya başkalarına verilen emirler olmak zorunda değildir. Tüm kurallar emredici değildir. Bir hukuk sisteminde yetki veren normlar da vardır.[175] Yetki veren normlar,

---

[172] SPAAK, Torben; "Legal Positivism, Law's Normativity, and the Normative Force of Legal Justification", Ratio Juris, Vol:16, No: 4, December 2003, s.480

[173] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1363

[174] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1364 -1365

[175] HART, The Concept…, s.26; Yetki veren normlara ilişkin çeşitli örnekler ve tartışmalar da, ödev yükleyen normlarda olduğu gibi, farklı konuları işleyen yazarların eserlerinde rastlanmaktadır. Örneğin, MACDONALD, Roderick A.;"The Fridge-Door Statute", McGill Law Journal, Vol:47, 2001-2002, s.14; MORRIS, Andrew J.; "Practical Reasoning and Contract as Promise: Extending Contract-Based Criteria to Decide Excuse Cases", Cambridge Law Journal, Vol:56, No:1, March 1997, s.149; Note; "Laws That Are Made to Be Broken: Adjusting for Anticipated Noncompliance", Michigan Law Review, Vol:75, 1976-1977, s.687, dn.1; BAYLES, Michael; (The Legal Point of View, Robert A. Samek, New York: Philosophical Library, 1974), Book Review, Wayne Law Review, Vol:21, 1974-1975, s.200; DELONG, Sidney W.; "Placid, Clear-Seeming Words: Some Realism About the New Formalism (with Particular Reference to Promissory Estoppel)", San Diego Law Review, Vol:38, 2001, s.21-22, dn.27; DRIPPS, Donald; "Living with Leon", Yale Law Journal, Vol:95, 1985-1986, s.935, dn.156; GUASTINI, Riccardo; "Grounds of Unconstitutionality: The Italian Case", Cardozo

davranışları belirli olmayan bir yönde yönlendirir. Bu norm türü, istenmesi muhtemel sonuçlar doğmasını yönlendiren davranışları belirler. Bu tür normların varlığı, bazen normda belirtilen eylemi yerine getirmek veya yerine getirmemek için neden oluşturur; sonuçları da bazen avantajlı bazen de avantajsızdır.[176] Yetki veren normlar, sosyal hayatta ödev yükleyen kurallardan farklı fonksiyonlara ve amaçlara sahiptir.[177] Bunlar bireylere kendileri ve başkaları için hukuki olarak bağlayıcılık taşıyan yeni haklar ve ödevler yaratma imkanı verir.[178] Yetki veren normlar gerçek kişilere vasiyetname, anlaşma veya evlilik yapma yetkisi veren kurallarla, kamu görevlilerine, örneğin yargıca yargılama yapma, yasama organına kurallar yapma yetkisi veren kurallar olarak türlere ayrılabilir.[179] Bireylerin, kendi aralarında yapacakları işlemlerle istedikleri sonuçlara gönüllü ve rızalarına dayanarak ulaşmalarını sağlayan usulleri öngören yetki veren normlar, böylece hukukun özgürlük alanlarını belirlemekte ve düzenlemektedir.[180]

Yetki veren normları emredici nitelik taşıyan ödev yükleyen normlarla karşılaştırdığımızda, verilecek en iyi örnek ceza kanunlarıdır. Ceza hukuku kuralları, "ödev" yükleyen nitelik taşırlar. Ceza kanununun içerdiği kurallara uymamak, "ihlal etmek" olarak; yapılan da hukuken "yanlış", "görev ihlali" veya "cürüm" olarak ifade edilir. Ceza hukukunun sosyal fonksiyonu kendilerine uygulanan kişilerin istekleri dikkate alınmaksızın yapılması ya da kaçınılması gereken türdeki davranışları belirlemektir; ceza kurallarına uyulmaması durumunda, "ceza" veya müeyyide yer almaktadır. Bu bakımdan, ceza hukuku ve onun müeyyideleriyle tehdit içeren genel emirler arasında bir benzerlik vardır. Bu tür genel emirlerle,

---

Law Review, Vol;17, 1995-1996, s.254-255; HUND, John; "Formal Justice and Township Justice", Acta Juridica, 1984, s.177; JOHNSON, Conrad D.; "Toward a Cautious Return to Natural Law: Some Comments on Moral and Legal Obligation", Western Ontario Law Review, Vol:14, 1975, s.38; KAR; "The Deep Structure…", s.921-922; Şirketler hukukunun her iki tür normu da içerdiğine dair Bkz. ORTS; "The Complexity and…", s.1580-1582, 1621; Yetki veren normların, sözleşme hukundaki yeri ve bu konuya ilişkin tartışmalar için Bkz. MULLOCK, Philip; "Holmes on Contractual Duty", University of Pittsburgh Law Review, Vol:33, 1971-1972, s.478 vd.

[176] PAULSON, Oxford Essays…, Book Review, s.903; G.L.F.; "The Distinction…", s.1362

[177] GOLDSWORTHY, "Is Jurisprudence…", s.556, dn.26

[178] PERRY, "Judicial Obligation…", s.226

[179] GAVISON. "Legal Theory…", s.737-738

[180] FOLEY, "Individual Liberty…", s.412; *Hart*'a göre, bir hukuk sisteminde yetki veren normlara yer verilmesi, insanlık tarihinde tekerliğin icadı kadar önemlidir ve hukuk öncesi toplumdan, hukuk toplumuna geçmek için bir adımdır. Bkz. HUND; "Formal Justice…", s.177

haksız fiile ilişkin kurallar arasında da bazı benzerlikler vardır. Haksız fiil hukukunun temel amacı, başkalarının davranışları sonucunda uğranılan zararın tazmin edilmesini sağlamaktır. Hakız fiil hukukunun hangi davranışların yanlış olduğunu belirleyen kurallarına, istekleri hilafına bu tür eylemlerden kaçınmalarını sağladığı ve bireyleri zorladığı için "görevler" ya da ender olarak "yükümlülükler" denmektedir. Burada davranışın kendisi "görev ihlali", tazminat ya da diğer hukuki yollar da "müeyyide" olarak ifade edilir. Ancak çok farklı bir sosyal fonksiyona sahip olduğu için, yetki veren hukuk türleri tehdit içeren genel emirlerle benzerlik kurulmasını imkansızlaştırır.[181] Geçerli sözleşmelerin veya vasiyetnamelerin veya evliliklerin ne şekilde yapılacağını belirleyen yetki veren normlar, bireylerin istekleri hilafına belirli şekilde davranmalarını öngörmez.[182] Yetki veren normlar, ödev yükleyenlerin tersine bireylere ödev veya yükümlülük yüklemez. Bireylere sağladıkları imkanlarla isteklerini gerçekleştirmeleri için belirli durumlarda ve belirlenmiş usuller yoluyla, hukukun zorlayıcı yapısı içinde kalarak, haklar ve görevler yaratmaları için hukuki yetkiler verir ve sosyal hayatı kolaylaştırarak gelişimini sağlar. Örneğin, bireye vasiyetname yapma yetkisi veren veya resmi bir görevliye yasa koyma veya yargılama yetkisi veren normlar gibi.[183]

Görüldüğü üzere *Hart* ödev yükleyen normlarla yetki veren normların tek ve basit bir tür norma indirgenemeyeceğini çünkü bunların mantıksal olarak birbirinden farklı olduğunu ileri sürmektedir.[184] Ödev yükleyen normların ihlalinin sonucu bir müeyyidenin uygulanmasıdır. Yetki veren bir normun öngördüğü şartlara uyulmamasının sonucu ise hükümsüzlüktür.[185]

Hart, *Austin* ve *Kelsen*'in öngördüğü kural kavramını da eleştirmiştir. Daha önce belirtildiği gibi, *Austin*'in emir odaklı tanımının en önemli unsuru müeyyidedir. Buna göre hukuk kendisine uyulmasını zorlayıcılıkla sağlar. Bireyler hukuk

[181] HART, The Concept…, s.27
[182] REAUME, "Language, Rights…", s.45
[183] MULLOCK, "Holmes on…", s.474
[184] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1367
[185] MORGAN, Jonathan; "Questioning the 'True Effect' of the Human Rights Act", Legal Studies, Vol:22, No:2, 2002, s.262

kurallarına müeyyide öngördüğü için ve bu müeyyideden çekindikleri için uyarlar.[186] *Kelsen*'e göre de tüm kurallar, resmi görevlilere belirli durumlarda müeyyide uygulamalarını emreden normlar olarak kabul edilmelidir.[187] *Hart*, hukuk kurallarının gerçekte müeyyide öngörmesi gerekip gerekmediğini tartışmaktadır. *Hart*, hukukun ayırıcı unsurunun müeyyide olduğunu şart koşan böyle bir hukuk anlayışını reddetmektedir. *Hart*'a göre bir hukuk sisteminde müeyyide içeren ödev yükleyen kurallar vardır. Ancak tüm kurallar ödev yüklemez. *Austin* ve *Kelsen*'in ileri sürdüğünün aksine, her hukuk kuralı aynı özelliği içermez. Bir hukuk sistemi yetki veren kuralları da içerir. Bu tür yetki veren kurallar emir değildir; zorlayıcılık içermezler ve müeyyide öngörmezler. Yetki veren kurallarla müeyyide arasında zorunlu bir bağlantı yoktur. Yetki veren kurallara uyulmaması sonucunda bir müeyyide uygulanmaz.[188] Yetki veren kuralların öngördüğü koşulların yerine getirilmemesi durumunda ortaya çıkacak hukuki sonuç, "hükümsüzlük"tür.[189]

Bir hukuki işlemin tarafların istediği sonuçları doğurabilmesi, yani geçerli olabilmesi için, kanunların öngördüğü bazı şartları yerine getirmesi gerekir. Hukuki işlemlerin geçerliliği için, kanunlar ehliyet, şekil, irade ile beyan arasındaki ilişki ve konu yönünden bazı şartlar ileri sürerler. Hukuki işlemler kanunun geçerlilik için aradığı şartlara uygun değilse, bu uygunsuzluk, hukuki işlemin geçerliliğini etkileyerek hükümsüzlüğü sonucunu doğurur. Genel olarak hükümsüzlük olarak adlandırılan bu hukuki müessese, doğuracağı sonuçların derecesi bakımından kendi içinde butlan ve feshedilebilirlik olarak ikiye ayrılır. Batıl hukuki işlemler, belli bir sakatlık sebebiyle baştan itibaren kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurmayan ve geçerli hale getirilemeyen işlemlerdir. Feshedilebilen hukuki işlemler ise, kendiliğinden hükümsüz olmayıp belli bir sakatlık sebebiyle fesih hakkına sahip kimse tarafından iptal edilebilen işlemlerdir.[190]

---

[186] DWORKIN, Ronald; "The Model of Rules", The University of Chicago Law Review, Vol. 35, 1967-1968, s.18

[187] COHEN, Julius; "The Myth of Neutrality in Positive Legal Theory: Hart Revisited", American Journal of Jurisprudence, Vol:31, 1986, s.109; SHAPIRO, Scott J.; "Law, Morality...", Legal Theory, Vol:6, Cambridge University Press, 2000, s.169

[188] WINTGENS, "Legisprudence as…", s.12

[189] OBERDIEK, "The Role…, s.79

[190] REİSOĞLU, Safa; Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Beta Yayınları., İstanbul 1993, s.107-110

Ödev yükleyen ve yetki veren norm ayrımına karşı çıkarak hukukta birliği sağlamak isteyen görüşlerin bir kısmı, argümanını bu hükümsüzlük kavramına dayandırarak her iki normun da zorlayıcı emirler olduğunu ileri sürer.[191] Bir yetkinin kullanılması için kuralların öngördüğü gerekliliğinin yerine getirilmemesi durumunda ortaya çıkan hükümsüzlük, bu görüşte, genelde ceza kanununa eklenen ceza veya kuralın ihlali durumunda hukuk tarafından dayatılan müeyyideyle bağdaştırılmıştır. Buna göre hapsedilme fikri, bireyleri nasıl ceza kanununa uymaya yöneltiyorsa, örneğin en az iki tanık olmadan yapılan vasiyetin geçersiz olduğunu öngören miras hukuku hükmü de vasiyet edeni buna göre davranmaya yöneltmektedir. *Hart*'a göre bu görüşün hatası, hükümsüzlük ile müeyyideyi bağdaştırarak karışıklığa sebep olması ve müeyyide fikrini, hükümsüzlüğü de içine alacak şekilde genişlemesidir.[192] Ayrıca bu argüman, yetki veren normların temel tanımını zorlayıcı emirlerle yapmaya teşebbüs etmektedir. *Hart*'a göre bu teşebbüs, müeyyidenin tanımını da genişleterek, bu tür normlar nedeniyle iptal edilmiş bir hukuki işlemin hükümsüzlüğünü de müeyyide tanımına dahil etmektedir.[193]

Hart'a göre hükümsüzlük, bireyleri bir kanunun yasakladığı eylemden kaçınmaya ikna etmek için kanuna eklenen cezayla bir tutulamaz. İnsanların günlük hayatta birbirlerine verdikleri ve yasal gerekliliklerden yoksun olan taahhütleri, ceza kanunu tarafından engellenen eylemler gibi ele alınamazlar.[194] Fonksiyon bakımından yetki veren normlarla ceza kanunu arasındaki en köklü farklılık bu noktada kendini gösterir.[195] Örneğin sözleşmeler için şekil şartı öngören kurallar, bireylere baskı uygulamak için yapılmamıştır. Bu şekil şartına uyulmadığında gerçekleşecek olan şey, yasaların hukuki tanımayı onlardan sadece esirgemesi olacaktır.[196] Örneğin vasiyetname yaparken miras hukukunun şahitler hakkındaki hükümlerine uyulmadığı taktirde yapılan belge, haklar ve borçlar yaratan "geçerli" bir vasiyetname olmayacaktır; hukuki "müeyyideden" veya "etkiden" yoksun bir "

[191] LACOCK, "The Relevance…", s.21
[192] GREEN, The Concept…, Book Review, 1995-1996, s.1702
[193] HART, The Concept..., s.35
[194] LACEY, Nicola; "In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory", Modern Law Review, Vol:64, No:3, 2001 s.958, dn.59
[195] HART, The Concept…, s.28
[196] HART, The Concept..., s.34

hükümsüzlük" doğacaktır. Ancak kanun hükmüne uymadığı için hükümsüz ya da geçersiz olmasına rağmen bu durum, ödev yükleyen normlarda olduğu gibi, ne herhangi bir yükümlülüğün ya da ödevin "ihlali"ni doğuracak ne de "suç" teşkil edecektir.[197]

Hart ayrıca bir an için yetki veren normların, insanların belirli bir yönde davranmalarını sağlamak için yapıldıkları ve itaat etmeleri için de hükümsüzlüğün müeyyide olarak bu kurallara eklendiği kabul edilecek olsa bile, bu kez de tehdit içeren emirlerle benzeştirilmesinin mümkün olmayacağını vurgulamaktadır. Argüman daha da ileri giderek, yasama organının gerekli çoğunluğu sağlayamadığında koyduğu kuralların kanun statüsüne ulaşmaması durumunu da müeyyide olarak kabul etmektedir. *Hart*'a göre, bu durumu da ceza kanununun müeyyideleriyle benzeştirmek anlamsızdır.[198]

Hart'a göre hükümsüzlük ile müeyyidenin bir tutulamayacak olmasının başka ve daha önemli bir gerekçesi vardır. *Hart*, bir ceza kanunu hükmünün iki ana unsurdan, kanunun yasakladığı belirli bir eylem tipi ve bu eylemi engellemek için konulan müeyyideden oluştuğuna dikkat çeker.[199] Ceza kanununun belli bir eylemi yasaklayan bir kuralı, bu kuralın ihlal edilmesi halinde cezalar öngören hükmünden açıkça ayırdedilebilir ve birincisinin ikincisi olmadan da var olabileceği düşünülebilir; yani bir anlamda, müeyyide kısmı çıkar ve hala anlaşılabilir bir davranış standardı oluşturmaya devam edebilir. Ancak belirli durumlarla uygunluk öngören yetki veren normlarda bu ayrım mantıken yapılamaz. Örneğin, geçerli bir vasiyetname için tanıklığın gerekmesi ve sözde müeyyide olarak kabul edilen hükümsüzlük olarak ayrılması mümkün değildir. Hatta *Hart*'a göre eğer temel şartlara uyulmaması durumu hükümsüzlük müeyyidesini doğurmuyorsa, bu normların müeyyide olmadan tek başlarına örf ve adet hukuku olarak bile var olabileceklerinden söz edilemez.[200] Hükümsüzlüğü içeren bölüm yetki veren normların bir parçasıyken, ödev yükleyen norma eklenen ceza, buna benzer

[197] HART, The Concept…, s.28
[198] HART, The Concept..., s.34
[199] HART, The Concept..., s.35
[200] GREEN, The Concept…, Book Review, s.1702

normların bir parçası değildir.[201] Yani ceza hukuku normu, norm ve müeyyide olarak ayrılabilir, ama yetki veren norm yetkiyi gösteren bölüm ve hükümsüzlük olarak ikiye ayrılamaz.

Hart yetki veren normların, yapılarına göre kamusal ve kişisel yetki veren normlar olarak iki türü olduğunu belirtmiştir.[202]

b- Yetki Veren Normların Ayrımı

ba- Kişisel Yetki Veren Normlar

Kişisel yetki veren normlar yasama, yürütme ve yargıya ilişkin alanların dışında kalan konularda, hukukun zorlayıcılığını içermeden bireylerin kendi istekleriyle haklar ve yükümlülükler yaratmalarına olanak veren normlardır. Bu normların verdiği yetkiyle bireyler, kendilerine ilişkin konularda hukuki ilişkiler ve işlemler yoluyla söz sahibi oldukları için, bir anlamda kendi alanlarının kural koyucuları haline gelmektedirler.[203] Bireylerin evlenmesine olanak veren normlar, bir mülk edinimine ilişkin alım satım sözleşmesi yapılması, kira sözleşmesi, bireylere vasiyetname düzenleme yetkisi veren normlar yetki veren normlara gösterilecek en açıklayıcı örneklerdir.[204]

Hart kişisel ve kamusal yetki veren norm ayrımını yaptıktan sonra, kişisel yetki veren normları da kendi içlerinde bölümlere ayırır. Bir bölüm kişisel yetki veren normlar, kendisine verilen sözleşme veya vasiyetname yapma yetkisini kullanan gerçek kişilerin sahip olması gereken fiil ehliyeti veya kişisel özelliklerle (ergin veya akılbaliğ olma gibi) ilgili olan kurallardır. Diğer normlar, yetkinin kullanılış usulünü ve biçimini düzenler ve vasiyetnamelerin veya sözleşmelerin sözlü ya da yazılı yapılacağını, eğer yazılı yapılacaksa tanıklara ilişkin özellikleri ve

[201] SCHROCK- WELSH, "Up from…", s.359
[202] HART, "Bentham on…", s.801
[203] RUITER, Dick W. P.; "A Basic Classification of Legal Institutions", Ratio Juris, Vol:10, No:4, December 1997, s.369-370
[204] RICHARDS, David A. J.; (Anarchy, State and Utopia), Robert Nozick, New York: Basic Books, Inc., 1974), Book Review, Detriot College of Law, 1976, s.681-683; STRASSER, Mark; "Baehr Mysteries, Retroactivity, and The Concept of Law", Santa Clara Law Review, Vol:41, 2000-2001, s.174-175

uygulama biçimini içerir. Bireylerin hukuk içindeki eylemleri yoluyla yaratabileceği hakların ve görevlerin yapısının süresini veya türlerinin sınırlarını belirleyen normlar da vardır. Bu türe örnek olarak kamu düzenine ilişkin sözleşmelere dair veya vasiyetnamelerdeki ya da bağışlardaki birikimlere ilişkin olan normlar gösterilebilir.[205]

bb- Kamusal Yetki Veren Normlar

i) Yargıya İlişkin Olanlar

Yetki veren normların diğer türü, bireysel karakterden çok kamusal ya da resmi niteliktedir. Kamusal yetki veren normların örnekleri yasama, yürütme ve yargı alanında bulunabilir. Öncelikle yargı alanını ele alacak olursak mahkemelerin işlemlerinin arkasında yer alan normları değerlendirebiliriz.[206]

Bir mahkeme söz konusu olduğunda bazı normlar, hukuki ihtilafa ve yargıcın yargılama yapmasına ilişkin kavramları belirler; yani yargıca belirli tip davaları görme yetkisi verir.[207] Bir yargıç, yetki veren kurallar vasıtasıyla yargılama yetkisini elinde bulundurur. Yargıç, yetki veren kurallara dayanarak, mahkemenin yargılama yetkisini kullanır ve uyuşmazlıkları çözümler.[208]

Diğer kurallar, yargı görevine ilişkin olan atama usulünü, görev için gereken özellikleri ve görev süresini belirler. Bunun dışındakiler, mahkemede uyulması gereken kuralları belirler ve yargılamaya ilişkin usul kurallarını ortaya koyarlar.[209] Bunların bir mahkemenin oluşturulması ve normal işlemleri yapmasını düzenleyen hükümler içerdiği ve çok azının ilk bakışta yargıca bir şeyi yapmayı veya yapmamayı emreden kurallar olduğu görülür. Bu tür yetkiler veren normlar,

---

[205] HART, The Concept…, s.28
[206] ZIPURSKY, Benjamin C.; "Tempering Supremacy", Fordham Law Review, Vol:73, 2004-2005, s.1469
[207] COLVIN, Eric; "Legal Theories and the Paramountcy Rule", Comment, McGill Law Journal, Vol:25, 1979-1980, s.84-86
[208] BAYLES, Michael D.; "Obedience to Lawful Authority", San Diago Law Review, Vol:15, No:4, July 1978, s. 670
[209] COLVIN, "Legal Theories…", s.84-86

mahkemenin kararlarının hangi koşul ve sınırlarda geçerli olacağını belirlemek içindir.[210]

Burada yargıya ilişkin olan yetki veren normların, bir yönden diğerlerinden farklı olduğu bir noktayı belirtmekte fayda vardır. Mahkemenin, örneğin yargılama derecesini belirleyen bir kanunu uygularken yetkisini aşması durumunda ne yargıç ne de taraflar bir suç işlemiş sayılır.[211] Yine de durum tam olarak bir gerçek kişinin hukuki yetkinin geçerli kullanımı için gerekli şartlara uymaması nedeniyle "hükümsüz" olmasını doğuran bir şey yapmasına benzemez. Eğer vasiyet yapan vasiyetnamesine imza atmayı ya da iki şahit bulmayı atlarsa, yazdıklarının hiçbir hukuki statüsü ya da hükmü yoktur. Oysa mahkemeye ilişkin bir emir bu şekilde bir müeyyideye maruz kalmaz. Bir mahkemenin hukuken vermemesi gereken bir kararının geçersizliği bir üst mahkemece onaylanmadığı sürece, hukuki bir etkisi vardır. Bu gereklilik de kamu düzeninden kaynaklanır. Bu nedenle yargılama ve hüküm taraflar arasında hukuken etkin olan ve zorlayıcılık içeren bir hüküm olarak kalmaya devam eder. Ancak hukuki bir eksikliği olduğu durumda, üst yargı mercii tarafından "iptal edilmesi" veya bozulması söz konusu olabilir.[212] Bu şekildeki yargıya ilişkin yetki veren kurallara uyulup uyulmaması, özel kişilerin hukuki yetkilerini geçerli şekilde kullanmalarını düzenleyen kurallara uyulup uyulmamasına benzediği için karışıklık yaratmaktadır. Sorun kullanılan terminolojiden kaynaklanmaktadır. Uygun eylem ile kural arasındaki ilişkinin, kuralların emirlerle benzerlik gösterdiği ceza kanununa daha uygun olan "uyma" ve

[210] HART, The Concept…, s.28-29

[211] Örneğin, Federal Mahkemelere, denizlerden arazi kazanmaya ilişkin olarak yargılama yapma yetkisi veren 1959 tarihli değişik Federal Mahkemeler Kanunu'nun, "Yerel Mahkeme, o yılki yıllık değeri, 100 £'dan fazla olan arazilerin geri alınmasına ilişkin tüm davaları bakıp sonuçlandırmakla yetkilidir" hükmüne rağmen, bir Yerel Mahkeme yargıcı, yıllık değeri 100 £'dan fazla olan bir arazinin tazmini için bir yargılama yaparken yetkisini aştığı taktirde, ne yargıç ne de taraflar bir suç işlemiş sayılır. Bkz. HART, The Concept..., s.29-30

[212] HART, The Concept..., s.30; *Hart*, ilk derece mahkemenin verdiği bir hükmün üst yargı mercii tarafından İngilizce'de mutad olarak kullanılan ifadeyle "iptal edilmesi" ile yargılama eksikliği nedeniyle "bozulması" arasında çok önemli bir fark olduğuna dikkat çekmektedir. Eğer bir hüküm "iptal" edilirse bu, ilk derece mahkemenin uygun olarak tespit ettiği, hem davaya uygulanacak hukukun hem de vakıaların yanlış olarak kabul edilmesindendir. Ancak ilk derece mahkemenin verdiği hüküm yargılama eksikliği nedeniyle "bozulduğunda", sözü edilen yönlerden bir kusur teşkil etmeyebilir. Yanlış olan, ilk derece mahkemesindeki yargıcın ne söylediği veya neye hükmettiği değil, söyleyişi veya hükmedişidir. Diğer mahkemeler belki aynı şekilde yetkilendirilmesine rağmen, kendisi, hukuken yetkili olmadığı bir şeyi yapmaya niyet etmektedir. Bkz. HART, The Concept..., s.30

"uymama" kelimeleriyle ifade edilmesi, anlam yönünden böyle bir hata doğmasının nedenidir.[213]

ii) Yasamaya İlişkin Olanlar

Kamusal yetki veren normların yasama alanındaki türü, genel anlamda, yasama organına kural koyma yetkisi veren normlardır. Yasamanın birçok değişik alanında kanun yapılması gerektiği için, yasama yetkisinin arkasında yer alan normların kendisi de çeşitlidir.[214] Buna göre bazı yetki veren normlar yasama gücünün kullanımıyla ilgili konuları düzenlerken, diğerleri yasama organı üyelerinin kimler olacağını ve özelliklerini, bunların dışındakiler de yasa koyucu tarafından izlenmesi gereken prosedürü ve yasa yapmanın biçimini belirler.[215]

Yasamaya ilişkin yetki veren normların kendisine uyulmaması halinde doğacak durumun değerlendirilmesinde fayda vardır. Bu normlara uyulmaması her zaman aynı sonucu doğurmaz. Ancak her zaman kendisine uyulmadığı taktirde yasama gücünün kullanımını geçersiz kılan veya ilk derece mahkemesinin kararının hükümsüzlüğünü doğurması muhtemel yetki veren normlar vardır. Bazen istenilen prosedürün tamamlandığına dair bir onama, iç prosedür konusu olarak hukuk tarafından zorunlu kılınmış olabilir ve bazen kanunlara uygun olarak yetkilendirilmemiş kişilerin yasama işlemlerine katılmaları halinde, bu eylemleri suç olarak nitelendiren özel ceza kanunlarına göre cezaya çarptırılmaları muhtemel olabilir. Ancak *Hart*'a göre, yasama yetkisinin kullanımını öngören ve bunun usulünü belirleyen kurallarla, en azından tehdit içeren emirleri andırmaları noktasında bile, ceza kanununun kuralları arasında radikal bir farklılık vardır.[216]

---

[213] HART, The Concept..., s.30
[214] COLVIN, "Legal Theories…", s.84-86
[215] REAUME, "Language, Rights…", s.46
[216] HART, The Concept..., s.31-32; *Hart*'a göre bazı durumlarda, geniş kapsamlı bu iki tür hukuk kuralını benzer, özdeş kılmaya çalışmak gereksiz olacaktır. Eğer yasama organının önünde olan bir kanun, oyların gerekli çoğunluğunu sağlayarak usulüne göre geçerse, ne kanun lehinde oy kullanılması çoğunluk öngören kanuna uyulmuş ya da uyulmamış olması anlamına gelir ne de aleyhine oy kullanılması aynı sonucu doğurur. Bu durumun aynısı elbette, kanunun gerekli çoğunluğu sağlayamadığı durumda da geçerlidir, böylece hiçbir kanun geçmemiş olur. Fonksiyon bakımından bu tür kanunlar arasındaki kesin fark, bunların ceza kanununun kurallarıyla olan ilişkisini düzenleyen terminolojinin burada kullanılmasını önlemesidir. Bkz. HART, The Concept..., s.31-32

Yasama, hukuki yetkilerin hukuki haklar ve görevler yaratmada etkili veya işlemsel olma eylemidir. Yetki veren normun koşullarına uymama bu doğrultuda yapılanları etkisiz ve hükümsüz kılacaktır; diğer bir ifadeyle yasama, hukuki yetkiler aracılığıyla haklar ve görevler yaratma eylemidir.[217] Kanun yapma yetkisi veren normun koşullarına uymama ise, yapılan kanunu etkisiz, hükümsüz kılma sonucunu doğuracaktır.

Hart'a göre bir hukuk sisteminin ayırıcı nitelikleri ödev yükleyen normlar ile bireysel ve kamusal yetkilerin kullanımı için yaptığı normlarda kendisini göstermektedir. *Hart* bu tür normlar aracılığıyla sosyal hayatın gerektirdiği en önemli kavramların açıklanmış olduğunu ileri sürmektedir.[218] *Hart*'a göre örneğin, ceza kanununun tehdit içeren emirlere benzeyen zorunlu hükümleri olmasaydı kavramsal olarak suçlar, cinayetler, hırsızlıklar olmayacağı gibi, yetki veren normların olmaması durumunda da satın almaktan, satmaktan, bağışlamadan, vasiyetnameden, evlenmeden söz edilemezdi; çünkü son durumlar, örneğin mahkeme hükümleri ve yasa koyucunun koyduğu kurallar, sadece hukuki yetkinin geçerli şekilde kullanılmasına bağlıdırlar.[219]

C- Hukukun Formel Fonksiyonuna Göre Ayrım

1- Birincil ve İkincil Kurallar Birliği Olarak Hukuk

Hukukun formel fonksiyonu, "birincil kurallar" ve "ikincil kurallar" arasındaki ayrımı içerir. Formel fonksiyon, bir hukuk sisteminin var olabilmesi için normların yerine getirmesi gereken türdeki eylemlerle ve normların ifa ettikleri rollerle ilgilidir.[220]

Hart'a göre egemenin zorlayıcı emirlerine dayalı basit hukuk modeli birçok temel noktada hukuk sisteminin bazı temel özelliklerini karşılamada yetersiz olmuştur. Başarısızlığın temel nedeni teorinin üzerine inşa edildiği emir, itaat,

[217] HART, The Concept..., s.30-31
[218] SPAAK, "Norms that…", s.9
[219] HART, The Concept..., s.32
[220] FRANCIONE, "The Distinction…", s. 1361, 1370, 1380

alışkanlık ve tehdit gibi öğelerin bir kural fikrini içermemeleridir. Kural kavramı ve anlayışı olmadan, hukukun ilkel biçimlerini dahi açıklamak mümkün değildir.[221] *Hart*'a göre bir hukuk sistemi kurallardan oluşur ve bunlar da birincil ve ikincil olmak üzere ikiye ayrılırlar. *Hart*'a göre kurallar, bir hukuk sisteminin temelidir. Kural fikri olmadan hukukun en basit formlarını bile açıklanamaz. Bir hukuk sistemi birincil ve ikincil kurallar birliğidir.[222] Bu birlik *Hart*'a göre çok önemlidir ve bir hukuk sisteminin varlığından söz edebilmenin koşulu olduğu için hukuk sisteminin kalbini oluşturur.[223]

Daha önce *Austin*'in yanlış olarak, zorlayıcı emirler fikrinde yattığını söylediği "hukuk biliminin anahtarı", *Hart*'a göre, bu iki tür kuralın yapısında yer almaktadır. Hukukun tanımını bulmak, bu iki tür kuralın ve aralarındaki etkileşimin anlaşılmasıyla mümkün olacaktır. Bu öğelerin birliği, hukuk düşüncesinin yapısını oluşturan fikirlerin incelenip açıklanmasındaki güçlü rolü nedeniyle merkezi bir yere sahiptir.[224] *Hart* birincil ve ikincil kurallar birliğinin, hukuksal kavramların yanı sıra, siyasal kavramların da aydınlatılmasında yardımcı olacağını ileri sürmektedir.[225]

Hart'a göre ilkel topluluklarda sadece birincil kurallar olabilir. *Hart* sadece birincil kurallara sahip böyle bir toplumun, "hukuk öncesi" olarak kabul edilmesi gerektiğini savunur; çünkü sadece birincil kuralların olduğu böyle bir toplumda, sosyal kurallarla hukuk kurallarını ayırt etmek mümkün değildir. İlkel topluluklardaki birincil kuralların bağlayıcılıkları, uygulamadan kaynaklanan "kabul edilmeleri"ne dayanır.[226] *Hart*, bu tür bir topluluğun üç önemli eksikliğinin

[221] HART, The Concept..., s.79-80
[222] EISELE, "The Activity…", s.378, 365
[223] LACOCK, "The Relevance…", s.15
[224] HART, The Concept..., s.81; *Hayek*'e göre ise ortak kurallar tarafından fakat bu kuralların uygulanması için tasarlanmış bir organizasyon olmadan var olan gruplarda, kanaat tarafından ve onları ihlal edenlerin gruptan dışlanması yoluyla uygulanan türden kuralları, "hukuk" olarak adlandırmak zorunda olup olmadığımız, bir terminoloji ve dolayısıyla bir uygunluk meselesidir. Bkz. HAYEK, Friedrich; Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük- Kurallar ve Düzen, C:1, Çev: Atilla Yayla, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1994, s.145
[225] EISELE, "The Activity…", s.378, 365
[226] DWORKIN, "The Model…", s.21

olduğunu ileri sürer.[227] Öncelikle böyle bir toplumda yükümlülük yükleyen birincil kuralların ne olduğuyla ilgili olarak bir belirsizlik olacaktır. İkinci olarak, yeni yükümlülük yükleyen birincil kuralların yaratılması veya eskilerinin işlerliğinin değiştirilmesi mümkün olamayacağı için sistem statik olacaktır. Son olarak da böyle bir toplumda kurallara uyulmamasına tepki gösterilmesi sonucu, kurallara ve kuralların işleyişine dair yetersizlikler oluşacaktır.[228]

Hart'a göre bu sorunlar ancak ikincil kuralların, yani 'kurallar hakkında kuralların' eklenmesiyle düzeltilebilir ve giderilebilir. Bu nedenle *Hart*, böyle bir toplumun varlığını sürdürmek için birincil kuralların yanında ikincil kurallara da sahip olması gerektiğini ileri sürer.[229]

Hukukun birincil görevi belirli eylemlerin yapılmasını zorunlu kılarak insan davranışlarını düzenlemektir. Birincil kurallar yükümlülük kurallarıdır; insanları belirli şekilde davranmaya veya ihmal edilen şeyleri yapmaya zorlar. Hukukun birincil fonksiyonu, her zaman ödev yükleyen normlar olan yükümlülük yükleyen birincil kurallar tarafından yerine getirilir. Yükümlülük yüklemek, bir hukuk sisteminin zorunlu ve esaslı fonksiyonu olmasına rağmen, birincil kurallar böyle bir sistemi tek başına oluşturamazlar. Birincil görevine ek olarak hukukun ikincil fonksiyonu; hukuk kurallarının yasama ve yargılamaya ilişkin hükümlerinin tanımlanmasıdır. Bu fonksiyon da ikincil kurallar tarafından yerine getirilir.[230] Bir hukuk sistemi hukukun tanımlanmasını, yeni bir hukukun yaratılması ve uygulanmasını ve uyuşmazlıkların çözümlenmesini sağlayacak hukuk kurallarını gerektirir.[231] Bunlar hukukun ikincil kurallarıdır. *Hart* bu ikincil kuralları "değiştirme" ve "yargılama" kuralları ile "tanıma kuralı" olarak formüle eder.[232] *Hart*'a göre sadece birincil kuralların var olduğu bir toplumda oluşacak eksikler, bu

[227] ENDICOTT, Timothy; "The Subsidiarity of Law and the Obligation to Obey", The American Journal of Jurisprudence, Vol. 50, 2005, s.238
[228] HART, The Concept..., s.91-94
[229] GOODRICH, Peter; "The Rise of Legal Formalism; or the Defences of Legal Faith", Legal Studies, Vol:3, No:3, 1983, s.258-259
[230] LEE, Kevin Tan Yev; "The Evolution of Singapore's Modern Constitution: Developments from 1945 to the Present Day", Singapore Academy of Law Journal, Vol:1, 1989, s.17-19; BRUBAKER, "The 'Rights…", Book Review, s.273 dn.27
[231] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1360, 1371
[232] LACEY, Nicola; A Life…, s.225

ikincil kuralların düzeltici fonksiyonuyla giderilebilecektir. Tanıma kuralı, birincil kuralların tespitinde ortaya çıkabilecek belirsizliği ve kesin olmayışı giderecektir.[233] Değiştirme kuralları, birincil kuralların statik yapısını değiştirecektir. Yargılama kuralları da sadece birincil kuralların olduğu bir toplumda, kuralları ihlal edenlere karşı yöneltilen sosyal baskının yetersizliğini giderecektir. [234]

İkincil kurallar birincil kurallardan, onların varlığından türetilmeleriyle ayırt edilirler. Eğer birincil türden kurallar olmazsa ikincil kurallar da var olamaz.[235] İkincil kurallar, birincil kurallara dayanır veya ihtiyaç duyar. İkincil kurallar, bir anlamda birincil kurallara bağımlıdır ya da onlara göre ikinci plandadır; çünkü ikincil kurallar yetkililere, belli bir şeyi söyleyerek veya yaparak, birincil türden yeni kuralları yapma, eskileri uyarlama veya ortadan kaldırma, değişik şekillerde onların etki alanlarını ve uygulamalarını değiştirme yetkisi verir. Birincil hukuk kurallarında bireyler, isteseler de istemeseler de bazı eylemleri yapmak veya bunlardan kaçınmak zorundadırlar. Birincil kurallar ödev yüklerken, ikincil kurallar kişisel ya da kamusal yetkiler verirler. Birincil kurallar fiziksel hareket ve değişimi içeren eylemlerle ilgilidir. İkincil kurallar ise sadece fiziksel hareket veya değişimi değil, aynı zamanda yeni ödevler veya yükümlülükler yaratılmasını veya değişmeleri sonucunu doğuran hukuki işlemler yapılmasını da sağlarlar.[236] *Hart*'a göre, bir hukuk sistemi ve bunu oluşturan ikincil kurallar, sosyal pratiklere, özellikle de birincil kuralları belirleyen ve uygulanmalarını sağlayan kamu görevlilerinin

---

[233] COLEMAN, Jules - LEITER, Brian.; "Legal Positivism", Philosophy of Law, Edited by: Joel Feinberg- Jules Coleman, Seventh Edition, Thomson-Wadsworth 2004, s.112

[234] LACOCK; "The Relevance…", s.15

[235] WILLIAMSON, Hugh; "Some Implications of Acceptance of Law as a Rule- Structure A: Introduction", The Adelaide Law Review, Vol:3, 1967-1970, s.29; HAMRICK, William, S.; A Phenomenological Critique of Hart's Concept of Rules, Archiv Für Recht und Sozialphilosophia, Vol:1, Part:1, 1979, s.175

[236] HART,The Concept..., s.81; Ancak *Hart*'ın "merkezi olarak teşkilatlanmış müeyyidelerin bulunmadığı sistemlerde, "hukuk" kelimesinin kullanılmasını engelleyen yerleşik ilkeler yoktur" diyerek bunu istemiş olsun veya olmasınlar, insanların belirli eylemleri yapmasını veya bunlardan kaçınmasını gerektiren birincil kurallarla; tanıma, değiştirme ve karar vermeye ilişkin ikincil kurallar (yani, davranış kurallarının cebren uygulanması için kurulmuş olan örgütün kuralları) arasında yaptığı önemli ayırımın, Hayek'e göre hukuk öncesinden hukuki dünyaya geçişin belirleyici adımı olarak geliştiğini düşünmek veya hukuki yükümlülüklere ilişkin birincil kuralların ikincil kurallarla birleşmesi olarak nitelendirmek zor görünmektedir. Bkz. HAYEK, Friedrich; Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük- Sosyal Adalet Serabı, C:2, Çev: Mustafa Erdoğan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları., 1995, s.207-208

pratiğine dayanır. Kamu görevlileri tarafından öngörülen birincil kurallara, bireylerce genel olarak uyulması gerekir.[237]

Bir hukuk sistemindeki birincil ve ikincil kurallar ayrımıyla ödev yükleyen normlar ve yetki veren normlar ayrımı ile aynı unsurları içerir; fakat bunlar farklı şekilde değerlendirilir.[238] Örneğin, bir sözleşme yapmaya izin veren bir kanun, yetki veren bir normdur. Bireylerin davranışlarını belirlenmemiş şekilde yönlendirir. İkincil kural da taraflara aralarında yeni hukuki ilişkiler yaratma yetkisi ve bireylerin "sınırlandırılmış kural koyma yetkisi" kullanmalarına izin verir. Kuralların ikincil kural olarak ayrımı, normun amaçları veya yarattığı sosyal etkileri dikkate alınmaksızın, sadece normun kanun olarak nasıl işlerlik kazandığıyla ilgilidir.[239]

Bir hukuk kuralının birincil veya ikincil mi olduğu sorusu, mutlak olarak, bu kuralın ödev yükleyen norm veya yetki veren bir norm olmasına göre cevaplanamaz; tersine, kuralın hukuk sistemindeki fonksiyonunun incelenmesi gerekir. *Hart*'ın birincil kuralların ödev yüklediğini ve bazı ikincil kuralların yetki verici olduğunu belirtmesi, ne ödev yükleyen tüm normların birincil kurallar olduğunu ne de sadece yetki veren normların ikincil kurallar olduğunu söylediği anlamına gelmez.[240] Ikincil kurallar genelde yetki vericidir.[241] Tüm birincil kuralların ödev yüklediği de doğrudur; ancak tüm ikincil kuralların yetki verdiği söylenemez. Değiştirme, yargılama ve tanıma kuralları ikincil kurallar olarak tanımlanır, çünkü ikincil kurallar birincil kuralların varlığını öngörürler. Ancak birincil kurallar, ikincil kurallar olmadan da var olabilirler. Bu, kurallara yönelik terminolojik bir açıklamadır. Hangi kuralların birincil veya ikincil olduğunu belirlemenin kriterini oluşturmaz. Bu ayrım, kuralların fonksiyonuna göre yapılır.

[237] GOLDSWORTHY; "Is Jurisprudence…", s.551
[238] ROTTLEUTHNER, Hubert; "A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Authnomy of the Legal System", Law and Society Review, Vol:23, No:5, 1989, s.791, dn.8
[239] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1371
[240] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1371-72
[241] MORTON, "Conventions of…", s. 147

Hangi kuralın değiştirme, yargılama ve tanıma kuralı olduğu bu kritere göre belirlenir.[242]

Birincil kurallar ve ikincil kurallar ile ödev yükleyen normlar ve yetki veren normlar aynı unsurları içerse de, bu iki ayrım hukukun farklı yönlerini açıklamaya çalışan farklı teorilerini ortaya koyar. *Hart* hukuk kurallarını inceleyerek, yükümlülüğün yapısı ile yükümlülük içeren normlar arasındaki farkı ve hukuk sisteminin varlığı için gerekli olan fakat bireyleri belirli eylemleri yapmaya ya da yapmamaya zorlamayan kuralların yapısını açıklamak ister. Formel fonksiyon, kuralların hukuk sistemi içinde ifa ettikleri rollerle ilgilidir.[243] *Hart*, her biri önemli bir formel fonksiyonu ifa eden ikincil kuralların üç türü olduğunu belirtir. Bunlar: değiştirme kuralları, yargılama kuralları ve tanıma kuralıdır.[244]

2- İkincil Kurallar

a-Değiştirme Kuralları

Hart, yükümlülük kuralları olan birincil kurallar rejiminin durağanlığına karşı, değiştirme kuralları olarak adlandırdığı kural türlerinin varlığını öngörür. En basit şekliyle, bu kurallar bireylere veya insanlardan oluşan bir makama, gruba veya onun içindeki bir sınıfa kurallar koyması için yetki veren kurallardır.[245] Değiştirme kuralları, yeni kuralların yapılmasını ve mevcut kuralların değiştirilmesini ve kaldırılmasını sağlarlar.[246] Ayrıca buna yetkili olan görevlilerin, hangi koşullar altında yetkilerini kullanmalarının geçerli olacağını düzenlerler. [247]

---

[242] RAZ, Joseph; "The Identitiy of Legal Systems", California Law Review, Vol:59, 1971, s.807-808, dn.24
[243] FRANCIONE, "The Distinction…", s.1380
[244] EPSTEIN, William; "Contemporary Philosophy and Legal Education", Legal Studies Forum, Vol:9, No:3, 1985, s.316
[245] LACOCK, "The Relevance…", s.21; MACCORMICK, H.L.A. Hart, s.32
[246] KAR, "The Deep…", s.940, BLACKSHIELD, Anthony, R.; "Hart's Concept of Law", Archiv Für Recht und Sozialphilosophia, Vol: 48, 1962, s.335
[247] SHAPIRO; "Law, Plans…", s.434

Bu tür değiştirme kuralları, çok basit veya çok karmaşık olabilirler. Verilen yetkiler, türlü şekillerde sınırsız olabilir ve bu kurallar kimin yasa koyucu olacağından başka, yasamanın usulünü de az veya çok katı bir şekilde belirtebilir.[248]

b-Yargılama kuralları

İkincil kurallar rejiminin ikinci türü, yargılama kurallarıdır. *Hart*'a göre yargılama kurallarının varlığı, bir toplumda sosyal baskının yeterli olmamasından kaynaklanır.[249] Buna göre yargılama kuralları, yargılama yetkisine sahip olan kamu görevlilerini belirler ve uyuşmazlıkların çözümlenmesini sağlar.[250] Görevlileri belirli durumlarda birincil kuralların ihlal edilip edilmediğine dair karar vermeleri için yetkili kılar.[251] Böylece görevliler, kurallara uyulup uyulmadığını ve hangi koşullar altında kararlarının geçerli olduğunu belirledikleri yargı yetkisine sahip olurlar.[252] Yargı görevlilerinin kararlarında, asgari düzeyde yargılama bulunur ve yargılamaya ilişkin usulün de düzenlendiği bu yetki veren ikincil kurallara "yargılama-usul kuralları" denir. Bu tür kurallar yargılayacak kişiyi belirtirken, izlenecek usulü de içerirler. Diğer ikincil kurallar gibi, bunlar da birincil kurallardan farklı bir seviyede dururlar.[253] Yine bu kurallar, diğer ikincil kurallar gibi bir grup önemli kavramları tanımlarlar. Örneğin yargıç, mahkeme, yargılama ve hüküm gibi.

Hart'a göre, yargılama yetkisinin sadece birincil kuralların ihlalini tespitle sınırlı olduğu hukuk sistemlerinin sayıca az olduğu kabul edilmelidir. Birçok sistem, belli bir gecikmeden sonra, sosyal baskının merkezileştirilmesinin avantajlarını gördüğü için, fiziksel cezalarla özel şahısların kendi başlarına ceza vermelerini kısmen yasaklamıştır. Bunun yerine, birincil kurallara bir takım ikincil kurallar eklenmiştir. Bu ikincil kurallar, ihlaller için cezaları belirtmekte ya da en azından

[248] LEE, "The Evolution of…", s.18-19
[249] JONES, Mark L.; "The Legal Nature of the European Community: A Jurisprudential Analysis Using H.LA. Hart's Model of Law and a Legal System", Cornell International Law Journal, Vol:17, Winter 1984, s.50
[250] MACCORMICK, D. Neil; "Law, Morality and Positivism", Legal Studies, Vol:1, No:2, 1981, s.140-141
[251] EPSTEIN, "Contemporary Philosophy…", s.316
[252] SHAPIRO; "Law, Plans…", s.434-435
[253] KRYGIER, Martin; "Antropology, Law and Social Control", (Order and Dispute, Simon Roberts, Penguin Books, Harmondsworth, 1979), Book Review, Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy, No:15, 1980, s.36

bunları kısıtlamakta ayrıca yargıçlara, ihlali kesin olarak tespit ettikleri durumlarda, cezayı uygulamaları yönünde diğer yetkililere emir verme yetkisi tanımaktadırlar. Bu ikincil kurallar, sistemin resmi ve merkezi cezalarını oluşturmaktadırlar. [254]

c- Tanıma Kuralı

Hart'a göre sadece birincil yükümlülük kurallarından oluşan bir sistem, hukuk öncesidir ve belirsizlik içerir. Birincil kurallar insanların davranışlarıyla, ne yapmaları ve yapmamaları gerektiğiyle ilgilenirken, ikincil kurallar birincil kuralların kendisiyle ilgilenir. İkincil kurallar, birincil kuralların nasıl kesin olarak soruşturulabileceğini, anlatılabileceğini, değişebileceğini ve ihlal edilip edilmediklerine nasıl kesin olarak karar verileceğini gösterirler. *Hart*'a göre birincil kurallar rejiminin belirsizliğini giderecek olan kural türü, "tanıma kuralı"dır.[255] Birincil kurallara uyulması ve başta tanıma kuralı olmak üzere ikincil kuralların kabulü *Hart*'a göre bir hukuk sisteminin varlığı için asgari koşullardır. Bir hukuk sistemi, tüm hukuk kurallarının kendisine göre uygulanması gereken bir tanıma kuralı içerir.[256] Tanıma kuralı, *Hart*'a göre, bir hukuk sistemindeki en temel ve önemli kuraldır; bu nedenle de bu çalışmada ayrı bir bölüm olarak ele alınacak ve etraflıca incelenecektir.

[254] HART, The Concept..., s.97
[255] HART, The Concept..., s.94
[256] RAZ; "The Identitiy…", s.808; Ayrıca Bkz. IŞIKTAÇ, Yasemin;, Hukuk Sosyolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.232

II. BÖLÜM

TANIMA KURALI

I- Hart'ta Tanıma Kuralının Anlamı

Hukuk teorisyenleri, bir hukuk sisteminin varlığı için tanıma kuralı veya 'temel norm' gibi bir normun olmasının gereği üzerinde durmuşlardır.[257] Tüm hukuk sistemlerini tanımlayan şey, bir tanıma kuralına sahip olmaları ve tüm kuralların tanıma kuralının öne sürdüğü koşulları yerine getirmeleridir.[258] Bir hukuk sistemi tanıma kuralı tarafından temsil edilir.[259] Hukuk kurallarının dayanağını, kendisine tabi oldukları tanıma kuralı oluşturmaktadır.[260]

Hart'a göre de gelişmiş bir hukuk sistemi hakları ve ödevleri belirleyen kurallara ek olarak, o hukuk sistemi içinde kuralın ne olduğunu belirleyecek ve diğer kurallar için geçerlilik kriteri getirecek özel bir kuralı içermelidir. İşte bu kural, tanıma kuralıdır.[261] Diğer bir ifadeyle tanıma kuralı, kuralları belirleyen ve onlara geçerlilik kazandıran ve kurallar hakkındaki tek ve en üstün kuraldır.[262]

Hart tanıma kuralını kabul ederek, *Austin*'in hukuk anlayışındaki bir eksikliği gidermiştir. *Austin* kuralların egemen ya da yetkililer tarafından kabul edilmesine dair yetkisini, onların kurumsal gücünden aldığını kabul etmiştir. Oysa *Hart*, yetkililerin kuralları kabul yetkisini onların gücüne değil, tanıma kuralı şeklinde formüle ettiği kuralda öngörülen standartlara uygun davranmalarına dayandırmıştır.[263]

---

[257] PECZENIK, Aleksander; "Can Philosophy Help Legal Doctrine?", Ratio Juris, Vol:17, No:1, March 2004, s.110
[258] RAZ, Joseph; "Legal Principles and the Limits of Law", The Yale Law Journal, Vol: 81, 1971-1972, s.851
[259] MACCORMICK, Neil; "The Concept of Law and 'The Concept of Law'", Oxford Journal of Legal Studies Vol:14, No:1, 1994, s.14
[260] RAZ, "The Identitiy…", s.808
[261] CAPLAN, (Legal Reasoning…), Book Review, s.824
[262] BARBER**,** N. W.; "Sovereignty Re-examined:The Courts, Parliament, and Statutes", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:20, No:1, 2000, s.135
[263] DWORKIN, "The Model…", s.22

Tanıma kuralı, içerik olarak basit ya da karmaşık bir yapıda olabilir. *Hart*, tanıma kuralının basit türünün nasıl olabileceğine ilişkin bir örnek vermektedir. Buna göre "kraliçenin parlamentoda kanunlaştırdığı şey, (geçerli) hukuktur" tanımı, basit bir tanıma kuralıdır.[264] Daha kompleks olan tanıma kuralına örnek olarak da, modern bir devletin anayasası gösterilebilir.[265]

A- Tanıma Kuralının Bir Sosyal Kural Olması veya Bir Sosyal Olgu Olması

Hart'ın hukuk sisteminde bir kuralın hukuk kuralı olmasının açıklanması, kabul edilme ve hukuki geçerlilik kriterine göre yapılır. Tanıma kuralının hukukilik niteliği de kabul edilmeden dolayıdır. Bunun için önce tanıma kuralının sosyal olgu konusu olmasına bakmak, ardından da kabul edilme üzerinde durmak gerekir.

Hukuki pozitivizmin hukuk anlayışı, hukuk kurallarının toplumdaki insanların kararlarıyla çıkarılmış olmasına veya onlar tarafından kabul edilmesine dayanır. Hukuki pozitivizmin bu yönü sosyal kaynaklar tezi olarak adlandırılır.[266] Sosyal kaynaklar tezine göre belirli bir toplumda hukuk olarak kabul edilen şey temel olarak sosyal olgu konusudur.[267] *Hart*'a göre de hukuk sosyal bir olgudur; ancak bir toplumun sosyal pratiklerine dayanarak anlaşılabilir ve açıklanabilir.[268] Bu nedenle *Hart* da hukukun varlığının ve içeriğinin belirlenmesinin hukukun sosyal kaynaklarına başvurularak ortaya konabileceğini belirtmektedir. Bu kaynaklar kanunlar, yargı kararları ve sosyal gelenekler olabilir.[269] Yani *Hart* hukuku belirleyen tanıma kuralının, sosyal kaynaklara dayanması gerektiğini ileri

---

[264] SILTALA, Raimo; "Whose Justice, Which Ideology?", (A Theory of Precedent- From Analytical Positivism to a Post Analytical Philosophy of Law, Raimo Siltala, Hart Publishing, Oregon 2000), Book Review, Ratio Juris, Vol:16, No:1, March 2003, s.124
[265] DWORKIN, "The Model…", s.21
[266] UYGUR, Gülriz; "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", AÜHFD, C:52, Sayı:3, Ankara, 2003, (ayrı bası), s.146-147
[267] LETTER, Brian; "Positivism, Formalism, Realism", (Legal Positivism in American Jurisprudence, Anthony Sebok, New York, Cambridge University Press, 1998), Book Review, Columbia Law Review, Vol:99, 1999, s.1141
[268] WACKS, Understanding Jurisprudence…, s.73
[269] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…?", s.154

sürmektedir. Bir başka ifadeyle hukukun belirlenmesi tanıma kuralıyla olmakta ve tanıma kuralı da sosyal olguya dayanmaktadır.

Hart'ın sisteminde sosyal olgu yetkililerin pratiğine dayanır. Hukuk sitemindeki yetkililerin hukuku belirleyen tanıma kuralını kabul etmeleri, hukukun sosyal olgu yönünü oluştur.[270] Tanıma kuralı, hukuku yapan ve etkin kılan görevlilerin belirli bir zaman dilimi içindeki davranışlarından kaynaklanan konvansiyonel bir kuraldır.[271] Buna göre *Hart* tanıma kuralının bir hukuk sistemindeki kamu görevlileri tarafından yerine getirilen geleneksel bir sosyal pratiğe dayandığını kabul etmektedir. Tanıma kuralının varlığı, kabul edilmeyi içeren sosyal bir pratik tarafından belirlenir.[272] Tanıma kuralı yetkililer kabul ettiği için ve onu uyguladığı için vardır; yani tanıma kuralının kabul edilmesi onun sosyal olgu boyutudur.

Bir sosyal olgu konusu olan tanıma kuralı, bu yönüyle *Hart*'ın sisteminde aynı zamanda bir sosyal kural olmaktadır.[273] *Hart*'ın tanıma kuralına yönelik en önemli tanımlaması, onun bir sosyal kural olduğudur (sosyal pratiğin belirli bir türü olarak). Bu tanımlama *Hart*'ın öngördüğü hukuk sisteminin temel özelliğini oluşturur.[274] Bir sosyal kuralın en önemli unsuru içsel bakış açısıyla kabul edilmesidir; yani sosyal olgu boyutu olarak yetkililer tarafından içsel bakış açısıyla kabul edilmesi tanıma kuralına sosyal bir kural olma özelliğini kazandırmaktadır.

---

[270] SILTALA, Raimo; A Theory of Precedent- From Analytical Positivism to a Post Analytical Philosophy of Law, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2000, s.222
[271] RAZ, "Legal Principles…", s.851
[272] GREEN, Leslie; "Positivism and Conventionalism", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:12, No:l, January 1999, s.38-39
[273] MITROPHANOUS, Eleni; "Soft Positivism", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:17, Winter 1997, s.639
[274] WACKS, Understanding Jurisprudence…, s.80

B- Tanıma Kuralının Kabul Edilmesi

Tanıma kuralının sosyal bir kural olması ile kabul edilmesi birbirine bağlı ve birbirini tamamlayan konulardır. Bu bağ içsel bakış açısıyla kurulmaktadır.[275] Tanıma kuralının kabul edilmesi, bir hukuk sistemindeki yetkililer tarafından gerçekleştirilmekte ve bu kabul, içsel bakış açısıyla yapılmaktadır.[276] *Hart*'ın sisteminde sosyal kuralların kabul edilmesinde önemli bir yere sahip olan içsel bakış açısı, kendisi de bir sosyal kural olan tanıma kuralı açısından da temel bir unsurdur.[277]

Yetkililerin pratiği, tanıma kuralı ile içsel bakış açısı arasında ilişki kurulmasında rol oynamaktadır. Tanıma kuralı yetkililerin sosyal pratikleriyle kabul edilir. Bu pratik onların benzeşen davranışlarına ilişkin kabullerini içerir. Yetkililer benzeşen davranışlarını içsel bakış açısıyla kabul ederek, kendileri ve diğerleri için kamusal standarda ilişkin bir kural olarak öngörürler; yani yetkililerin sosyal pratiğinin unsurlarını, sosyal kuralların temel özelliği olan benzeşen davranış ve içsel bakış açısı oluşturmaktadır; dolayısıyla içsel bakış açısı, pratiğin zorunlu bir unsuru olduğundan tanıma kuralının da varlık şartını oluşturmaktadır.[278] Sosyal bir kural, içsel bakış açısından kabul edilen benzeşen davranışa göre oluşmaktadır.[279] Diğer bir ifadeyle, tanıma kuralı bir sosyal kural olarak içsel bakış açısından kabul edilen (pratik) benzeşen davranışı düzenleyen kuraldır.

Bu anlamda, *Hart*'a göre, tanıma kuralı hukuk sistemindeki yetkililerle ilgili bir kuraldır. Tanıma kuralını belirlemek ve kabul etmek yetkililerin görevidir. Yetkililer tanıma kuralını kendi ve diğer bireylerin davranışları için kamusal bir standart olarak içsel bakış açısıyla kabul etmelidir. Diğer bireylerin ise böyle bir

---

[275] FULLER**,** Lon L.; The Principles of Social Order- Selected Essays of Lon L. Fuller, Revised Edition, Hart Publishing, Oxford 2001, s.35-36
[276] ROBERTS, Philip; "Observations on Methods in Legal Theory and Linguistics", Positivism Today, Edited by: Stephan Guest, Dartmouth Publishing Company, 1996, s.86
[277] SILVER, "Outsider Jurisprudence…", Book Review, s.586
[278] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.163-164
[279] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.158; LETTER, "Positivism, Formalism…", Book Review, s.1143

yükümlülüğü yoktur. *Hart* vatandaşların sadece birincil kurallara, genel olarak, uymalarını yeterli görmektedir.[280]

Hart tanıma kuralının bu yönünün, hukuk birliğini sağlama özelliğini yerine getirdiğini ileri sürmüştür. Bu nedenle tanıma kuralının yetkililer ve vatandaşlar tarafından kabulüne ilişkin olan bu konunun daha ayrıntılı bir şekilde ortaya konması faydalı olacaktır.

Hart, bir hukuk sisteminin varlığı ve birliğinden söz edebilmek için asgari iki koşulun gerekli ve yeterli olduğunu ileri sürer. Bunlardan ilkinin, sistemdeki yetkililer tarafından yerine getirilmesi gerekir. İkinci koşul ise vatandaşlara yönelik olup onların kurallara itaat etmesini konu alır.[281]

Bir hukuk sisteminin varlığını gerçekleştirecek ilk şart ikincil kurallar ve yetkililerle ilgilidir. *Hart*'a göre ikincil kurallar, içsel bakış açısıyla yetkililer tarafından kabul edilmelidir.[282] Hukuki geçerlilik kriterini belirten tanıma kuralı ile değiştirme ve yargılama kurallarının o hukuk sistemindeki yetkililer tarafından ortak kamusal davranışın resmi standartları olarak kabul edilmesi gerekir. Yetkililer bu davranışları kendilerinin ve başkalarının bu kurallardan sapmaları halinde bir eleştiri standardı olarak değerlendirmelidirler.[283]

Ikinci şart, sistemin tanıma kuralı tarafından geçerli sayılan birincil kurallara o toplum tarafından genel olarak uyuluyor olmasını öngörür.[284] *Hart*'a göre bu şart sıradan vatandaşın yerine getirmesi gereken tek şarttır. Bir hukuk sistemindeki birincil kurallara sıradan bireyler "sadece kendi paylarına düşen kadar" ve her ne nedenle olursa olsun itaat edebilirler; gene de sağlıklı bir toplumdaki vatandaşlar,

---

[280] COTERRELL, The Politics…, s.100
[281] HART, The Concept..., s.116-117; HIMMA, Kenneth Einar; "The Epistemic Sense of the Pedigree Thesis", Pacific Philosophical Quarterly, Vol:80, No:1, 1999, s.50-51
[282] FULLER, The Principles…, s.35-36; ENDICOTT**,** Timothy A.O.; "Herbert Hart and the Semantic Sting", Hart's Postscript- Essays on the Postscript to the Concept of Law, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.289
[283] HART, The Concept..., s.116-117
[284] BENDITT, Theodore M.; "A Functional Theory of Law", West Ontario Law Review, Vol:14, 1975, s.160

sıklıkla, bu kuralları genel davranış standardı olarak kabul edip itaat edilecek yükümlülükler olarak onaylarlar ve hatta bunları anayasaya saygı duyma yükümlülüğü olarak anlamlandırabilirler.[285]

Burada, tanıma kuralını toplumun çoğunluğunun genel olarak kabul etmesinin zorunlu olduğu sanılmamalıdır. *Hart* bu durumu, kompleks bir toplum için geçerli görmektedir. Ancak söz konusu olan basit bir toplum ise, o zaman tanıma kuralını da yetkililer kadar çoğunluğun da kabul etmesi beklenebilecektir.[286] *Hart*, bu ikiliğin bizi şaşırtmaması gerektiğini vurgular. Hukuk sisteminin sadece birincil kurallardan oluştuğu, sosyal yapının nispeten daha basit ve ademi merkezi olduğu hukuk öncesi formunda yetkililer bulunmamaktadır. Bu nedenle nispeten pasif olan bireyler kendi paylarına düşeni yaparak kurallara itaat etmeli ve kurallar, grubun davranışlarına koyduğu eleştirel standartlar olarak görülerek, yaygın olarak kabul edilmelidir. Eğer bu yapıda içsel bakış açısı yaygınlaşmazsa, mantıki olarak kurallardan da söz edilemeyecektir.[287]

Ancak modern toplumlar, kompleks bir yapıya sahip olduğu için böyle bir beklenti gerçekçi olmayacaktır. Modern bir toplumda bireylerin bir kısmı, belki de çoğunluğu, tanıma kuralının hukuksal yapısı veya geçerlilik kriteri olması konusunda genel bir bilgiye veya kavrayışa sahip olmayabilir.[288] Ancak birincil ve ikincil kurallar birliğinin olduğu bir yerde, kuralların grubun davranışlarına getirdiği standartların kabulü, bireylerin kurallara sadece kendi paylarına itaat ederek kabul etmiş olduğu nispeten, daha pasif olan durumdan ayrılabilir. Her iki tür kuralın olduğu bir hukuk sisteminde, içsel bakış açısı, sadece, resmi dünya ile sınırlı tutulabilir. Daha karmaşık olan bu sistemde, sadece yetkililer sistemin geçerlilik kriterini kabul edip kullanabilirler.[289] Bu anlamda, daha önce de belirttiğimiz gibi, *Hart*'a göre tanıma kuralı hukuk sistemindeki yetkililerle ilgili bir kuraldır. Tanıma kuralını belirlemek ve içsel bakış açısıyla kabul etmek yetkililerin görevidir. Diğer

[285] HART, The Concept..., s.116-117
[286] BLACKMAN, "Harts Idea…", s.418
[287] HART, The Concept..., s.116-117
[288] BLACKMAN, "Harts Idea…", s.418
[289] HART, The Concept..., s.116-117

bireylerin ise böyle bir yükümlülüğü yoktur. *Hart*'a göre vatandaşların sadece birincil kurallara genel olarak uymaları yeterli olmaktadır.[290]

Özetleyecek olursak bir hukuk sisteminin varlığı için birincil kurallara vatandaşlar tarafından uyuluyor olması, ikincil kuralların da kamu görevlileri tarafından (içsel bakış açısıyla) kabul edilmesi gerekir.[291]

Burada tanıma kuralının kabulüne ilişkin bir başka konunun daha ortaya konmasında yarar vardır. Bu da tanıma kuralının bağlayıcılığıdır. Tanıma kuralı, bağlayıcılığını da kabul edilmesinden almaktadır. Bir hukuk sisteminde bağlayıcılık gücünün kabul edilmeye dayandığı tek kural, tanıma kuralıdır.[292] Tanıma kuralının kendisi ne geçerlidir ne de geçersizdir; sadece bu şekilde kullanılması kabul edilmiştir. Tanıma kuralının varlığı bir gerçekliktir. Bu şekilde kullanılmak için vardır. *Hart*'a göre konuyu bu yönüyle ele almayıp, tanıma kuralının varlığını tahmine dayandıranlar yanılmaktadır. Bu şekilde düşünenler, tanıma kuralının tahmin edilebilir, ama ispatlanamaz olduğunu ileri sürmektedirler. *Hart* bu düşüncenin içerdiği kavram yanılgısını bir örnekle göstermek ister. *Hart*'a göre bu görüş, Paris'te bulunan ve tüm metreleri ölçmek için en üstün doğruluk testi olan standart metre çubuğunun, kendisinin doğru olduğunun tahmin edilebileceğini ama asla ispatlanamayacağını söylemekle aynı anlama gelmekte ve bizi yanıltmaktadır.[293] Tanıma kuralının varlığı, yetkililerin kabul etmesine dayanır. Bu yönüyle sosyal bir olgu olan tanıma kuralı ya vardır ya da yoktur.

II-Tanıma Kuralının Fonksiyonları

Hart bir hukuk sisteminde, tanıma kuralının iki fonksiyonu olduğunu ileri sürer. İlk fonksiyonu hukuku belirleme fonksiyonudur. Tanıma kuralının ikinci

[290] HIMMA, "Law's Claim…", s.286
[291] WACKS, Understanding Jurisprudence…, s.81-82
[292] DWORKIN, "The Model…", s.21
[293] HART, The Concept..., s.109

fonksiyonu da bir hukuk sistemindeki geçerlilik kriteri olmasıdır.[294] Genel anlamda ifade edilecek olursa, tanıma kuralının hukuku belirleme fonksiyonu hangi kuralların hukuk kuralı olduğunu ortaya koymasıdır. Tanıma kuralının geçerlilik kriteri olması da bir kuralın hukuk sistemine ait bir kural olabilmesi için hangi şartları içermesi gerektiğini belirtmesidir.[295] Bir kural, tanıma kuralının öngördüğü kritere göre geçerli veya geçersiz olur. Geçerlilik kriterinin şartlarını yerine getiren bir kural, hukuki geçerlilik kazanmış olur.[296] Bu fonksiyonları, önemleri nedeniyle, ayrı ayrı açıklamak ve değerlendirmek faydalı olacaktır.

A- Tanıma Kuralının Hukuku Belirleme Fonksiyonu

Bir hukuk sisteminde tanıma kuralının varlığı, neyin hukuk olduğu neyin olmadığı arasındaki ayrımın tespit edilmesini sağlar.[297] Tanıma kuralı, kuralların hukuksal dünyaya ait olup olmadığını gösterir. Böylece tanıma kuralı vasıtasıyla kuralların ne olduğu ortaya konmuş ve bir hukuk sistemi tanımlanmış olmaktadır.[298] Kompleks toplumlarda birincil kurallar davranışları yönlendirme ve kolaylaştırma fonksiyonunu yerine getirirken, tanıma kuralı da birincil kuralların ne olduğunu tanımlama görevini üstlenen en üstün kural olmaktadır.[299] *Hart*'a göre bir toplumda hukukun varlığı, tanıma kuralı tarafından tanınıp tanınmamasına bağlıdır. Tanıma kuralı hukuku ve kurallarını yapma, tanımlama ve uygulamalarında kamu görevlilerini yönlendiren bir kuraldır.[300] Tanıma kuralı, yargılama yetkisi kullanılırken neyin hukuk kuralı olduğunu tanımlamakta, kamu görevlilerinin hukuk kuralları yapmasına ve uygulamasına yönelik ödevlerini belirlemektedir.[301] *Hart* bu

---

[294] SEBOK, Anthony J.; "Finding Wittgenstein at the Core of the Rule of Recognition"; S.M.U. Law Review, Vol:52, 1999, s.106
[295] WINTGENS, Luc J.; "Sovereignty and Representation", Ratio Juris, Vol:14, No:3, September 2001, s.278
[296] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.148
[297] BIX, Brian; Jurisprudence Theory and Context, Carolina Academic Press, Third Edition, North Carolina, 2004 , s.39
[298] WINTGENS, Luc J.; "Sovereignty and Representation", Ratio Juris, Vol:14, No:3, September 2001, s.278
[299] JACOBSON, Arthur J.; "Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann", Editor:Gunther Teubner, Autopoietic Law: A New Apporach to Lawand Society, Berlin: Walter de Gruyter 1988, Book Review, Michigan Law Review, Vol:87, 1988-1989, s.1663
[300] MURPHY, "Natural Law…", s.250
[301] FATTON, "Reflections on Dworkin…", s.556

anlamda tanıma kuralının kendisinin, ödev yükleyen bir kural olduğunu kabul etmektedir.[302]

B- Tanıma Kuralının Hukuki Geçerlilik Kriteri Olma Fonksiyonu

1- Hukuki Geçerliliğin Anlamı

Hukuki geçerlilik, bir normun belli bir sisteme ait bir hukuk kuralı olarak var olup olmadığının belirlenmesidir. Bu tespit, bazı kriterlere bağlı olarak yapılmakta ve buna göre de bazen bir sistemin tüm normlarının geçerliliğinin temelini oluşturan bir temel norma gitmeyi gerektirmektedir.[303]

Hart'ın sisteminde tanıma kuralı, bir hukuk sistemindeki geçerlilik kriteridir. Hobbes'ten bu yana hukuki geçerlilik, yapı veya kaynak kökenli olarak açıklanmaya çalışılmıştır. Hukuki geçerliliğin kaynağı Hobbes ve *Austin* için egemenin emri, *Kelsen* için temel norm ve *Hart* için de tanıma kuralıdır.[304]

Tanıma kuralı, diğer kuralların geçerliliğini belirtecek kriterleri ortaya koyar. Diğer tüm kurallar, tanıma kuralında belirtilen geçerlilik kriterine uygun oldukları taktirde geçerli sayılırlar. Tanıma kuralı bir hukuk sisteminde kendi dışındaki normların geçerliliğini kendisinden aldığı, normlar hiyerarşisinde en üst konumdaki ve en önemli kuraldır.[305] Tanıma kuralı hukukun kaynaklarını belirlemekte ve böylece birincil hukuk kuralları için nihai ve temel bir geçerlilik kriteri öngörmüş olmaktadır.[306] *Hart*'a göre, bir kurala geçerli denebilmesi ve onun sistemin bir kuralı olduğunun söylenebilmesi için, o kuralın tanıma kuralınca belirlenmiş bütün testleri geçmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle kuralın geçerli olması tanıma kuralı tarafından konulan tüm kriterleri karşıladığı anlamına gelir.[307]

---

[302] HUGHES, Graham; "Professor Hart's Concept of Law", The Modern Law Review, Vol:25, 1962, s.332
[303] IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.440-441
[304] PATTERSON, Dennis; "Law's Pragmatism: Law as Practise and Narrative", Virginia Law Review,Vol:76, 1990, s.987, dn.188
[305] EISELE, "The Activity…", s.365
[306] GREEN, "Positivism and…", s.38
[307] HART, The Concept..., s.103

Hukuki geçerliliği veya geçerli kuralları hukuksal zorlamanın bir ürünü olarak kabul eden görüşler vardır. *Hart* bunlara karşı çıkarak hukuki geçerliliği zorlayıcılıkla bağdaştırmaz.[308] *Hart*'a göre bir kuralın geçerli olduğunu söylemek, o kurala uyulması gerektiğini söylemek anlamına gelmez. Bir kuralın geçerliliği, o kuralın tanıma kuralı tarafından belirlenen kritere uygun olarak kabul edildiğini veya tanımlandığını ifade etmek demektir.[309]

Hart'a göre bir hukuk sistemindeki kuralların geçerliliğini belirleyen tanıma kuralının kendisi geçerlilik konusu olamaz; çünkü teorik olarak tanıma kuralı temel nitelikte ve nihaidir.[310] Dolayısıyla kendisinden daha temel olduğu ileri sürülen bir kural tarafından öngörülecek koşullara tabi olamaz. Tanıma kuralı, daha önce belirtildiği gibi, var olmasını kabul edilmesinden alır. Ancak bir kere var olduğu kabul edildiğinde ve bireyler davranışlarını değerlendirebilecekleri bir standart olarak kabul ettiklerinde, geçerlilik ve geçersizlik kavramı söz konusu olacak ve bir hukuk sistemi doğmuş olacaktır.[311]

Yetkililer tanıma kuralını, bir hukuk sisteminde geçerli olan hukuk kurallarını belirlemek için kabul eder.[312] *Hart*'a göre yetkililer, tanıma kuralında öngörülen geçerlilik kriterini belirleme yetkisine sahiptir; ancak hukukun içeriğinin ne olacağını belirleme yetkileri yoktur.[313] Sistemin yetkililerinin görevi geçerlik kriterini belirlemek ve tanıma kuralının tanımladığı tüm kuralları uygulamaktır.[314]

2- Tanıma Kuralının En Üst Kural Olması

Tanıma kuralının öngördüğü geçerlilik kriteri *Hart*'ın hukuk sisteminde tanıma kuralına en üstün geçerlilik kriteri olma özelliğini kazandırmaktadır. Gelişmiş hukuk sistemlerinde hukukun kaynakları çok çeşitlidir. Böylece kuralları

[308] SIMMONDS, N. E.; "Legal Validity and Decided Cases", Legal Studies, Vol:1, No:1, 1981, s.29
[309] SIMMONDS, "Legal Validity…", s.27
[310] SILTALA, A Theory…, s.254-255
[311] GREEN, The Concept…, Book Review, s.1693
[312] SILTALA, "Whose Justice…", Book Review, s.124
[313] MITROPHANOUS, "Soft Positivism", s.626
[314] MITROPHANOUS, "Soft Positivism", s.639

tanımlayan kriterler de farklılaşmakta ve sayıca artmaktadır.[315] Bu kriterler genellikle yasama organının çıkardığı anayasa, kanunlar ve yargı içtihatlarıdır. Kriterlerin fazla olması, bu kriterlerden hangisinin geçerli olacağına dair bir çatışma yaşanmasına neden olabilir.[316]

Hukuk sistemine ait birden fazla kriter arasında yaşanacak çatışmanın çözümlenmesi, yani bir kuralın geçerliliğine ilişkin olarak hangi kriterin üstün olduğunun söylenebilmesi için, o kritere dayanan kuralın başka bir kritere dayanan kuralla çatıştığı zaman da kural olarak kabul edilmesi ve diğer kritere dayanan kuralın, bu kriter karşısında kural özelliğini koruyamaması gerekir. Bir hukuk sisteminde bunu sağlayacak olan da kriterlerin görece altlık üstlük derecesini içeren hiyerarşik bir yapıda düzenlenmesidir. En üstte yer verilen kriter nihai olup diğerlerinden üstün olarak kabul edilir. İşte modern bir hukuk sisteminde anayasa olarak kabul edilen tanıma kuralı da bu hiyerarşik yapıda geçerlilik kriteri olarak en üst konumda bulunur ve nihai olarak kabul edilir. Tüm kurallar geçerliliğini nihai olan bu en üstün geçerlilik kriterinden alırlar.[317]

Hart, tanıma kuralının en üstün kural olma özelliğiyle en üstün kriter olma niteliğini bir arada bulundurduğunu vurgulamaktadır. Ona göre tanıma kuralının en üstün geçerlilik kriteri olması ona aynı zamanda bir hukuk sistemindeki en üstün kural olma özelliğini de kazandırmaktadır.

Diğer kuralların kendisine göre değerlendirileceği kriterler sağlayan tanıma kuralı, önem olarak da sistemdeki en yüksek kural olmaktadır. Böylece en üstün geçerlilik kriterinin tespit edilmesi için hukuk kurallarının hiyerarşik yapısının takip edilmesiyle, tanıma kuralı sistemin en üstün kuralı olma niteliğine de ulaşmış olmaktadır.[318] Hukuk sisteminde her kural geçerliliğini başka bir kuraldan almaktadır. Yönetmelik geçerliliğini kanun ve tüzükten, tüzük kanundan, kanun da

[315] GREENWALT, Kent; "The Rule of Recognition and the Constitution", Michigan Law Review, Vol:85, February 1986-1987, s.624-626
[316] HART, The Concept..., s.101
[317] HART, The Concept..., s.105-106
[318] HART, The Concept..., s.107

geçerliliğini anayasadan alır.[319] Bir kuralın geçerli olup olmadığına ilişkin böyle bir sıra izlenerek, başka kuralların geçerlilik kriterini içeren, fakat onlardan farklı olarak kendi geçerliliği hakkında bir kriteri barındırmayan tanıma kuralıyla karşı karşıya kalınır. Bu noktada geçerliliğe ilişkin sorgulama son bulmakta ve sistemin en üstün geçerlilik kriteriyle birlikte, aynı zamanda, en üstün kuralına ulaşılmaktadır.[320] Bu özellikleriyle de tanıma kuralı, bir hukuk sisteminin en üst kuralını oluşturmaktadır.

3- Tanıma Kuralının İçeriği

Hart, tanıma kuralının geçerlilik kriteri olması üzerinde dururken geçerlilik kriterine ilişkin bir sınırlama getirmemektedir. Ona göre geçerlilik kriterine ilişkin bir sınırlandırma gerekli değildir. Bu konu, öncelikle geçerlilik kriterinin belirlenme şeklinde kendini gösterir. Burada *Hart*, herhangi bir sınırlama öngörmemektedir. Geçerlilik kriteri yetkililer tarafından bir veya daha farklı şekilde belirlenebilir. Geçerlilik kriterinin geçerli bir metne, yasama organının koyduğu kanunlara, yöresel uygulamalara, belirli kişilerin beyanlarına ya da geçmiş yargı kararlarına dayanması mümkündür. Böyle bir geçerlilik kriterini içeren bir tanıma kuralı, kompleks yapısıyla modern bir hukuk sistemine ait olabilir. *Hart*'a göre geçerlilik kriterinin daha basit bir şekilde belirlenmesi de mümkündür. Örneğin "kraliçenin parlamentoda kanunlaştırdığı şey, (geçerli) hukuktur" şeklinde bir tanıma kuralı söz konusu olabilir. Böyle bir kriteri içeren bir tanıma kuralı yönünden hukuku tanımlamak için dayanılacak tek olgu, kanun koyucu tarafından yapılan kanun çıkarma faaliyetidir. Yetkililer kuralları bu kritere göre tanımlayacaklardır.[321]

Hart'ın geçerlilik kriterine ilişkin her hangi bir sınırlama getirmemesi, geçerlilik kriterinin içeriğiyle de ilgilidir. *Hart*, geçerlilik kriterinin içeriğine ilişkin de bir sınırlandırma getirmemiştir. Ona göre geçerlilik kriterinin neyi içermesi gerektiği konusunda bir zorunluluk bulunmamaktadır.[322] Bu anlamda *Hart*, geçerlilik kriterinin içeriksiz olabileceği gibi içerikli de olabileceğini kabul

[319] GÜRİZ, Adnan; Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, 9. bası, Ankara 2003, s.236
[320] HART, The Concept..., s.107
[321] HART, The Concept..., s.100-101
[322] HIMMA, "Law's Claim…", s.272

etmektedir. Sistemdeki yetkililer, geçerlilik kriterinin içerik olarak neyi öngöreceğini belirleme konusunda serbesttir.[323] *Hart* böylece geçerlilik kriterinin sosyal kaynağa dayanabileceği gibi, ahlaki ilkeleri veya değerleri de içerebileceğini kabul etmektedir. Bu nedenle kendisi sosyal olgu konusu olan ve dolayısıyla da sosyal kural olan tanıma kuralının öngöreceği geçerlilik kriterinin sosyal kaynağa dayanması *Hart*'a göre gerekli değildir. Geçerlilik kriteri her sisteme göre değişebilir ve bu değişiklik zaman içinde de devam edebilir.[324]

Hart, geçerlilik kriterinde ahlakiliğe yer vermenin, tanıma kuralının sosyal kural olma özelliğini etkilemeyeceğini düşünmektedir; çünkü Ona göre ahlaki ilkeleri hukuki kılan şey, tanıma kuralındaki geçerlilik şartını yerine getirmeleridir. Ahlaki ilkeler, tanıma kuralı altında tanımlandıkları taktirde hukuki olarak bağlayıcı standartlar olma özelliğini kazanırlar; yani ahlaki ilkeler hukukilik niteliğini, ahlaki olmalarından değil, tanıma kuralında öngörülen geçerlilik kriterine uygun bulunmalarından almaktadır.[325] Dolayısıyla, tanıma kuralının sosyal kural olmasını engelleyecek bir durum doğmamaktadır.

III- Tanıma Kuralında İçsel-Dışsal Bakış Açısı

İçsel ve dışsal bakış açılarının, tanıma kuralının kendisi ve etkilediği unsurlarla olan ilişkisine değinmekte fayda vardır.

Öncelikle tanıma kuralının var olması ile yetkililerce kabul edilmesine yönelik olan bakış açısını ele almak faydalı olacaktır. Bu iki konuya yönelik bakış açısı birbirinden farklıdır; yani tanıma kuralına iki bakış açısıyla bakmak mümkündür. Tanıma kuralının yetkililerce kabul edilmesi, sistemin yetkililerinin bakış açısıyla ilgilidir. Tanıma kuralının yetkililer tarafından kuralları tanımlayan ve onların geçerliliğine dair bir kural olduğunun kabul edilmesi, yetkililere dair içsel bir ifadedir; yani gerekli şartları taşıdığı için yetkililerin tanıma kuralını kabul

[323] HART, The Concept..., s.250, 258
[324] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.149-150
[325] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.160

etmeleri, içsel bakış açısıyla olur.[326] Oysa tanıma kuralının varlığından söz etmek, dışsal bir ifadedir.[327] Tanıma kuralının fiili uygulamada var olduğu gerçeği, sosyal bir olgudur. Tanıma kuralının var olduğu tespitini yapan bir gözleme, dışsal bakış açısıyla varılabilir.[328]

Bir kuralın, tanıma kuralının öngördüğü geçerlilik kriteriyle olan ilişkisinde de içsel bakış açısının önemi vurgulanmalıdır. Bir kuralın geçerli olduğunun kabul edilmesi, geçerlilik kriterini yerine getirdiğinin belirlenmesiyle söz konusu olur. Bu belirleme ve kuralın geçerlilik kriterine uygun olduğunun söylenmesi ise içsel bakış açısıyla yapılmaktadır.[329] Yani kuralın geçerliliği, kriteri yerine getirmesinin kabul edilmesiyle ve dolayısıyla içsel bakış açısıyla ilgilidir.

Bir kuralın geçerli olduğunun söylenmesiyle etkin olması arasında da fark vardır. Kuralın geçerliliği belirli kriterleri yerine getirdiğinin kabul edilmesine dayanır. Kuralın etkinliği ise bir hukuk sisteminde uygulanıyor olmasıyla ilgilidir. Geçerlilik ile etkinlik arasındaki fark, bakış açıları yönünden de söz konusudur. Bir kuralın geçerliliği içsel bakış açısının konusuyken, bir kuralın etkin olduğu ifadesi dışsal bakış açısından yapılır. Kuralın uygulanıyor olması, kuralların kabul edilmesiyle ilgili olmayan bir gözlemcinin dışsal bakış açısıyla yapacağı dışarıdan bir yorumdur.[330]

Tanıma kuralının olduğu ve olmadığı sistemlerde kuralların varlığı da yine içsel ve dışsal bakış açılarıyla ilgili bir konudur. Tanıma kuralının olmadığı bir sistemde, bir kuralın var olduğunu söylemek, bir gözlemcinin dışsal bakış açısından söyleyeceği bir ifadedir. Böyle bir sistemde grubun üyeleri kuralları içsel bakış açısından bakarak kabul ederler. Tanıma kuralının olduğu bir sistemde ise, tanıma

---

[326] HART, The Concept..., s.112
[327] STARR, William C.; "Hart´s Rule of Recognition and the E.E.C." Northern Ireland Legal Quarterly, Vol:28, 1977, s.258; SIMMONDS, "Legal Validity…", s.33; PAYNE, Michael; "Hart's Concept of a Legal System", William and Mary Law Review, Vol:18, 1976-1977, s.299
[328] MACCORMICK, Neil; "On Analytical Jurisprudence", An Institutional Theory of Law- New Approaches to Legal Positivism, Edited by: Neil Maccormick – Ota Weinberger, D. Reidel Publishing Company, Holland 1986, s. 103
[329] SILTALA, A Theory…, s.228
[330] HART, The Concept..., s.103-105

kuralına tabi bir kuralın artık varlığından değil, geçerliliğinden söz edilebilir; yani kuralın kabul edilmesi olgusuna dayandırılan ve dışsal ifade konusu olan varlığı, artık içsel bir ifadeye dayanan geçerlilik adını almıştır. Bir kuralın geçerliliği de onun geçerlilik kriterinin gereklerini yerine getirip getirmediğinin içsel bakış açısıyla değerlendirildiği anlamına gelir.[331] Bu nedenle *Hart* tanıma kuralının sosyal bir kural olmasını zorunlu görürken, onun sayesinde geçerli olan birincil kuralların sosyal kural olmasının zorunlu olmadığını ileri sürer.[332] Tanıma kuralının olduğu bir yerde artık birincil kurallar sosyal kural olma özelliklerini yitirirler. Birincil kuralların varlığından değil (sosyal kurallarda ve tanıma kuralının olmadığı bir yerde tartışma konusu olmayan) geçerliliğinden söz edilebilir. Birincil kurallar kabul edildikleri için değil, tanıma kuralındaki geçerlilik kriterini yerine getirdikleri için geçerli olurlar. Kuralların geçerliliği, tanıma kuralındaki kriteri yerine getirmelerine yani tanıma kuralına bağlıdır.

Bu durumu, kuralların bağlayıcılığı yönünden de değerlendirecek olursak, *Hart*'ın birincil kurallar ve ikincil kurallar arasında yaptığı ayrımın önemini bir kez daha vurgulamış oluruz. *Hart*'a göre kurallar iki şekilde bağlayıcılık kazanırlar. Birincisi, bir kuralın (birincil kuralın) bir sosyal grubun içsel bakış açısından kabul edilmesiyle bağlayıcılık kazanmasıdır.[333] Diğeri de bir kuralın geçerli olduğu için bağlayıcılık kazanmasıdır. Bu da bir hukuk sisteminde, tanıma kuralıyla gerçekleştirilir. Böylece *Hart*'a göre sadece birincil kuralların var olduğu hukuk öncesi dönemden gerçek bir hukuk sistemine geçiş yapılmış olur.[334] Dolayısıyla sosyal kural olan birincil kurallar, tanıma kurallı bir sistemde artık geçerli hukuk kuralları haline gelir.

Hart, tanıma kuralının en üstün kural olmasının da bakış açıları yönünden farklılık yaratacağına dikkat çekmektedir. Hatırlanacağı gibi kuralların geçerliliğine ilişkin olarak yaptığımız hiyerarşik takip, bizi tanıma kuralının en üstün kural

[331] HART, The Concept..., s.109-110
[332] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.164
[333] DWORKIN, Ronald A.; Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Massachusetts 1977, s.20; Bu kitabın Türkçe çevirisi için Bkz. DWORKIN, Ronald; Hakları Ciddiye Almak, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2007
[334] DWORKIN, "The Model of…", s.20-21

olmasına götürmektedir. Bu noktada *Hart*'a göre, bir kuralın tanıma kuralındaki kriterleri yerine getirdiği için geçerli olduğunun söylendiği bir durumdan tanıma kuralının en üstün kural olduğunun söylenmesi durumuna geçilmektedir. Bir kuralın, tanıma kuralındaki kriterleri yerine getirdiği için geçerli olduğunu söylemek, içsel bakış açısından söylenecek bir ifadedir. Tanıma kuralının bir hukuk sistemindeki yetkililer veya diğer kişiler tarafından en üstün tanıma kuralı olarak kullanıldığını söylemek ise, bir gözlemcinin dışarıdan bakış açısını gerektirir ve dışsal bir ifadedir. Daha da ileri giderek, sistemin sahip olduğu tanıma kuralının mükemmel olduğuna ilişkin bir ifade kullanmak, bir değerlendirme konusu olarak, dışarıdan bakış açısını gerektirir. Yani hukuki geçerlilik ifadesinden, değer ifadesine geçilmiş olur.[335]

IV- Tanıma Kuralının Ödev Yükleyen Kural Olması

Tanıma kuralının ödev yükleyen bir kural mı olduğu yoksa yetki veren bir kural olarak mı nitelendirilmesi gerektiği hakkında çeşitli yazarlar tarafından görüşler ileri sürülmüştür. *Hart*'ın ödev yükleyen kurallar ile yetki veren kurallara ilişkin yaptığı ayrım ve bunların tanımları açık olmasına rağmen, tanıma kuralı gibi önemli bir kuralın niteliği hakkında görüş birliği olduğu söylenemez. Bazı yazarlar tanıma kuralına yetki veren bir kural özelliğini atfederken, diğerleri onun ödev yükleyen bir kural olduğunu kabul etmiştir.[336]

Diğer bir görüş de, konuya farklı bir açıdan yaklaşarak, tanıma kuralının ödev yükleyen ya da yetki veren bir kural olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür.[337] Bu görüşe göre diğer kuralların geçerliliğini belirleyen kriterleri

[335] HART, The Concept..., s.107-108
[336] *Francione*'ye göre bunun sebebi, Hart'ın hukukun normative fonksiyonu ile formel fonksiyonu arasında yaptığı ayırımın yeterince anlaşılamamış olmasıdır. Bkz. FRANCIONE, "The Distinction…", s.1360-1361
[337] COLEMAN, Jules; "The Conventionality Thesis", Philosophical Perspectives, Vol:11, 2001, s.364

içerdiği için, tanıma kuralının farklı bir kategoride değerlendirilmesi gerekmektedir.[338]

Ödev yükleyen ve yetki veren kural ayrımı, sadece tanıma kuralı açısından değil konvansiyonlar yönünden de ele alınmıştır.

Konvansiyonların hangi tür kurallar olduğunun (ödev yükleyen veya yetki veren kurallar) değerlendirilmesinde negatif bir bakış açısının göz önünde bulundurulduğu söylenebilir. Buna göre konvansiyonların yetkinin ve gücün özellikle siyasal iktidar tarafından kullanılışını düzenleyen veya sınırlayan bir nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Konvansiyonların içerdiği zorlayıcılıkların, doğurduğu yükümlülüklerin muhatapları tarafından yerine getirilmesinin gerekliliği ve ihlal edilmeleri durumunda öngördükleri müeyyideler, bunların ödev yükleyen türde kurallar olarak kabul edilmesini öngörmektedir. *Hart*'ın ödev yükleyen kuralların yanında yetki veren türde kurallar da olduğu ayrımını yapmasından sonra da, bu görüş varlığını sürdürmüştür. Dahası bu görüşün etkileri anayasa hukukunda da kendisini göstermiştir. Anayasa hukukunun temeli, yetkinin alınmasından çok yetki vermeyi öngörmektir. Bu doğrultuda bazı görüşler de konvansiyonlar konusunda mutlak nitelikteki negatif bakış açısından uzaklaşmıştır. Örneğin *Marshall*'a göre tüm konvansiyonlar ödev yüklemezler, bazıları haklar da verir. Daha kabul gören düşünceye göre de bazı kurallar, aynı zamanda hem ödev yükleyebilir hem de yetki verebilir.[339] Ancak tüm bu gelişmelere karşın yine de tanıma kuralının niteliği konusunda bir fikir birliği oluşmamıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, tanıma kuralı bazı yazarlarca ödev yükleyen bir kural olarak kabul edilirken bazıları tarafından da yetki veren bir kural olarak görülmektedir.

Bu yazarlardan *Witgens*'e göre tanıma kuralı, en temel kural olarak yetki veren bir kuraldır.[340] *Eisele*'ye göre de tanıma kuralı belirli görevlileri, hukuk

[338] MULLOCK, Philip; "Power-Conferring Rules and the Rule of Recognition", University of Pittsburgh Law Review, Vol:36, 1974-1975, s.23
[339] SAMPFORD, J. G.;"The Australian Senate and Supply –Some Awkward Questions", Monash University Law Review, Vol:13, 1987, s.143
[340] WINTGENS, "Sovereignty and…", s.278

kurallarını yapmak ve bunları bildirmekle yetkili kılar.[341] *Fatton* da tanıma kuralının, yargılama yetkisi kullanılırken neyin hukuk kuralı olduğunu tanımladığını, kamu görevlilerinin hukuk kuralları yapmasına ve uygulamasına yönelik yetkilerini belirlediğini ileri sürer.[342] Hatta *Samford*, tanıma kuralının *Hart*'ın kendisi tarafından da yetki veren bir kural olarak görüldüğünü ileri sürmektedir.[343] Aynı şekilde *Marmor* da *Hart*'ın tanıma kuralının özelliklerinden birinin yetki veren kural olduğunu belirttiğini ileri sürmektedir.[344] *Zipursky* ise *Hart* ve *Hart*'ın görüşünde olanların, tanıma kuralını ödev yükleyen kural olarak kabul ettiğini ancak bunun hatalı olduğunu savunmaktadır. Bu yanılgıya düşülmesinin nedeni yetkililerin hukuku uygulamakla yükümlü olmaları ve tanıma kuralının bu yükümlülüklerin hangi koşullarda doğduğunu belirlemesinden kaynaklanabilir. Oysa tanıma kuralının bir sosyal kural olduğu düşünüldüğünde, yetkililerin genel olarak hukuku uygulama ödevleri birçok farklı türde kaynağa dayanabilmektedir. Tanıma kuralının bu ödevlerin içeriğini oluşturmada temel bir role sahip olduğu bir gerçektir, ancak *Zipursky*'e göre ödevlerin dayanağının ne olduğu öncelikli bir önem taşımamaktadır.[345]

Diğer bazı yazarlar ise, bizim de katıldığımız görüşe göre, tanıma kuralının ödev yükleyen bir kural olduğunu kabul etmektedirler. Tanıma kuralının neden ödev yükleyici yönünün göz ardı edilip yetki veren kural olarak tanımlandığı araştırıldığında, bunun iki nedenden kaynaklandığı ileri sürülebilir. Bunlardan ilki tanıma kuralının diğer ikincil kurallarla birlikte ele alınarak değerlendiriliyor olmasının yarattığı yanılgıdır. İkincisi ise dile ilişkin şekilsel nedenden kaynaklanmakta ve bazı yazarlara ilişkin olarak yukarıda verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı gibi, tanıma kuralının tanımında yer alan ve yetkililere gerçekte görev

[341] EISELE, "The Activity…", s.365
[342] FATTON, "Reflections on…", s.556
[343] SAMPFORD, "The Australian…s.143; *Samford*, bu çalışmasının aynı yerinde *Raz*'ın da tanıma kuralını ödev yükleyen bir kural olarak kabul ettiğini açıkça ifade etmiştir; ancak *Raz*'ın bu konuda atıfta bulunduğumuz çalışmalarında karşı görüşte yer aldığı görülmektedir.
[344] MARMOR, Andrei; "Legal Conventionalism", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.194
[345] ZIPURSKY, Benjamin C.; "The Model of Social Facts", Hart's Postscript- Essays on the Postscript to The Concept of Law, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.246-247

atfeden ifadelerin yetki vermek şeklinde anlaşılmasıdır. Bu nedenleri daha ayrıntılı şeklide açıklamakta yarar vardır.

İkincil kurallardan değiştirme ve yargılama kuralları, yetki veren kurallardır. Resmi görevliler hukuki yetkilerini ve güçlerini yetki veren kurallardan alırlar. Yetkililerin yeni kurallar yapmaları ve uyuşmazlıkları çözümlemeleri imkanını veren tüm hukuki yetkileri, bu değiştirme ve yargılama kurallarından kaynaklanır. Oysa tanıma kuralı ödev yükleyen bir kuraldır. Tanıma kuralının yetki veren bir kural olduğunu ileri sürmek, onu yetki veren bu diğer ikincil kurallarla karıştırmak anlamına gelir. Tanıma kuralı, hukuku uygulamakla görevli olan yetkililere, sadece bu kuralda öngörülmüş olan belirli kriterleri yerine getiren kuralları hukuk kuralı olarak tanıma ve uygulama ödevini yüklemiştir.[346] Tanıma kuralı, bir kuralın hukuk sistemine ait olarak kabul edilmesi için hangi özelliklere sahip olması gerektiğini belirler. *Hart*'ın tanımıyla bu kural, sistemin geçerli birincil kuralıdır. İşte yetkililer tanıma kuralı tarafından bu şekilde geçerli olarak kabul edilen kuralları uygulama ve etkin kılma yükümlüğü altındadır. Bu nedenle tanıma kuralının ödev yükleyen bir kural olarak kabul edilmesi gerekir.[347]

Hart'a göre tanıma kuralı olan bir devlette hukuk sisteminin kuralları, o devletin mahkemelerinin ve kurumlarının (geleneksel olarak) uygulamakla ödevli olduğu kurallardan oluşmaktadır.[348] Tanıma kuralı, yetkililere yöneltilmiş olan bir kuraldır. Bir hukuk sistemindeki bu yetkililer, devletin kurumlarında ve en başta da hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olan mahkemelerdeki görevlilerdir. Mahkemelerde görev alan yargıçlar tanıma kuralında yer alan kriterlere sahip olan standartları uygulamakla yükümlü kılınmışlardır.[349] Tanıma kuralının yetki vermesi konusunda, bu yetkilere ilişkin koşulların ve bunlar üzerindeki sınırların belirlenmesi ile verilen yetkilerin kullanılmasının düzenlenmesi arasında bir ayrım

[346] RAZ, "The Identity…", s.807-808
[347] PERRY, Stephen; "Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View", Fordham Law Review, Vol:75, 2006-2007, s.1183
[348] RAZ, Joseph; "The Relevance of Coherence", Boston University Law Review, Vol:72, No:2, March 1992, s.291-292 dn.28
[349] RAZ, "Legal Principles…", s.851; SARTORIUS, Rolf ;"The Concept of Law", Archiv Für Recht und Sozialphilosophia, Vol:52, 1966, s.166

yapılması gerekir.[350] Tanıma kuralının çeşitli konularda yetkileri düzenlediği, yani yetkilere yer verdiği doğrudur. Ancak yetkileri konu edinmesi, tanıma kuralının yetki veren bir kural olduğu anlamına gelmez. Yetkilerden söz ederken, tanıma kuralının yaptığı şey sadece yetki vermek değil yetkilerin kullanımına ilişkin olarak gerekli tüm düzenlemeleri içermektir; yani görevliler tanıma kuralıyla, yetkileri dahilinde olan konularda nasıl davranmaları gerektiği yönünde görevlendirilmişlerdir. Yetkililer, yetkilerini gerektiren durumlarda bunun gereklerini yerine getirmekten kaçınamazlar. Bu onlar için bir ödevdir. Bu nedenle tanıma kuralı, ödev yükleyen bir kuraldır.

Dickson ve Maccormic de *Hart*'ın tanıma kuralını yargıçlar açısından bağlayıcı gördüğünü ve ödev yükleyen kural olarak kabul ettiğini ileri sürmektedir.[351] *Coleman*'a göre de tanıma kuralı *Hart*'ın düşüncesinde ödev yükleyen bir kuraldır. *Coleman*'ın kendisi de bu görüşü paylaşmaktadır.[352] *Raz* da tanıma kuralının *Hart* tarafından ödev yükleyen bir kural olarak yorumlanmasının öngörüldüğünü belirtmektedir.[353] *Samford*'a göre *Harris* de tanıma kuralını ödev yükleyen bir kural olarak kabul eden yazarlar arasında yer almaktadır.[354] *Sebok* da *Leiter*'in aynı düşüncede olduğunu ileri sürmektedir.[355]

[350] MACCORMICK, Neil; "After Sovereignty: Understanding Constitutional Change", The King's College Law Journal, Vol:9, 1998-1999, s.26
[351] DICKSON, Julie; "Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:27, 2007, s.9 dn.32; MACCORMICK, H.L.A. Hart, s.132, s.137
[352] COLEMAN, "The Conventionality…", s.375 COLEMAN - LEITER, "Legal Positivism", s.112
[353] PAYNE, "Hart's Concept…", s.307
[354] SAMPFORD, "The Australian…", s.143; Ayrıca *Peczenik*'e göre Kelsen'in temel normu da ödev yükleyen bir kuraldır. Ancak *Raz*, temel normun yetki veren bir kural olduğunu kabul etmektedir. Bkz. BINDREITER, Uta U.; "Presupposing the Basic Norm" Ratio Juris, Vol:14, No:2, June 2001, s. 152
[355] SEBOK, "Finding Wittgenstein…", s.105, dn.178

V- Tanıma Kuralının Konvansiyonel Kural Olup Olmadığı Tartışması

A- Konvansiyonellik Tezi, Konvansiyonel Kuralın Anlamı ve Türleri

1- Konvansiyonellik Tezinin Anlamı

Sosyal kaynaklar tezine göre neyin hukuk olduğu ve neyin hukuk olmadığı sosyal olgu konusudur.[356] Sosyal olgu tezine göre de hukuk normatif bir sosyal pratik olarak, bir grup sosyal olgu tarafından gerçekleşir. Bütün hukuki pozitivistler sosyal olgu tezini benimserler. Konvansiyonellik tezine göre hukuktaki söz konusu sosyal olgu, yetkililer arasındaki konvansiyondur.[357] Hukuki pozitivizm temel olarak hukukun varlığının sosyal bir konvansiyona dayandığını ileri sürer. Pozitivizmin tüm formlarının temelinde hukuki geçerliliğin, sosyal konvansiyonelizmin bir fonksiyonu olduğu tezi yer almaktadır. Bu tez, konvansiyonellik tezi olarak adlandırılmaktadır. Buna göre bir normun hukuki olarak geçerli olduğunu belirleyen kriter otoritesini sosyal bir konvansiyondan alır.[358] Konvansiyonellik tezinin anlayışına göre hukukun temelinde, özel ve kompleks olan gelenek veya konvansiyon kurumu yer alır. Bu konvansiyon kavramının tam olarak anlaşılmasının, sosyal olgu ve gerçek yükümlülük tezlerini uzlaştırarak aralarına bir köprü kuracağı ileri sürülmektedir. Zira konvansiyon hem bir sosyal olgudur hem de davranışların nedenlerinin çerçevesini oluşturur.[359]

2- Konvansiyonel Kuralın Anlamı

Hukukun, eşgüdümlülük içinde bulunan insanların bir arada oluşundan bağımsız bir şekilde var olamayacağı düşünülür. Modern hukuki pozitivistler bu düşünceyi genişletmişlerdir.[360] Konvansiyonellik tezi, genel olarak hukukun

---

[356] SPAAK, "Legal Positivism…", s.472

[357] COLEMAN, Jules; "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.116, Ancak hukuki pozitivistlerin sosyal olgu tezine ilişkin olarak bazı yönlerden ayrıldıkları görülmektedir. Pozitivistler, sosyal olgular ile bu olgularla hukuk arasındaki ilişki yönünden birbirinden farklılık göstermektedir. Bkz. S.116

[358] HIMMA, Kenneth Einar; "Ambiguously Stung: DWORKIN's Semantic Sting Reconfigured", Legal Theory, Vol:8, 2002, s.146

[359] POSTEMA, Gerald J.; "Coordination and Convention at the Foundations of Law", Journal of Legal Studies, Vol:11, January 1982, s.166

[360] HIMMA, "Ambiguously Stung…", s.146

birbiriyle bağlantılı olan benzeşen davranış ve eğilimle mümkün olabileceğini ileri sürer. Bu durum bireylerin aralarında vardığı ve sosyal veya konvansiyonel bir kuralda tezahür eden bir 'anlaşma' olarak kabul edilebilir. *Hart* için bu, tanıma kuralıdır.[361] Pozitivistlere göre hukukun varlığı zorunlu olarak konvansiyonel olan tanıma kuralının varlığına bağlıdır. Bir hukuk kuralı, mahkemeler tarafından uygulanan geleneksel tanıma kuralı tarafından belirlenmiş yetkinin göstergesine sahip olmalıdır.[362]

Konvansiyonel kurallar benzeşen davranışı gerektirir.[363] Bununla birlikte bir konvansiyon tek başına sadece benzeşen davranıştan meydana gelemez.[364] Konvansiyonel bir kural davranışın ve eğilimin birlikteliğinden oluşur.[365] Konvansiyonel kuralın olası her formu, kavrayışa (anlayışa) ilişkin bir unsuru da işaret eder; çünkü bir konvansiyonun varlığı, en azından kabulü gerektirir ki bu da içerik hakkında bilinçli olmak anlamına gelir. Konvansiyonellik tezi, geçerlilik kriterinin içeriği hakkında paylaşılan bir anlayışı öngördüğü ölçüde, hukukun temellerine ilişkin olarak katılanlar arasındaki uyuşmazlık, teorik bir açıklamayı gerektiren karmaşık bir durum ortaya çıkarır. *Hart*'ın sosyal kurallara ilişkin anlayışı konvansiyonellik tezini ayrıntılarıyla anlatmanın uygun yollarından birini oluşturur.[366]

Tanıma kuralının konvansiyonel kural olduğunu ileri sürmek, bir anlamda, tanıma kuralı ve diğer kurallar arasında bir tezat yaratmaktadır. Bunlar arasındaki farklılık varoluş koşullarındadır. Konvansiyonel kuralın var oluş koşulu, yukarıda da belirttiğimiz gibi, davranışa ve eğilime dayanırken diğer kuralların var oluş koşulu, tanıma kuralındaki geçerlilik şartlarını yerine getirmelerine bağlıdır. Tüm konvansiyonel kurallar, bu anlamda konvansiyonel değildir, ancak tanıma kuralı bu

[361] COLEMAN, "Incorporationism…", s.101
[362] HIMMA, "Ambiguously Stung", s.146
[363] COLEMAN, Jules; "Constraints on the Criteria of Legality", Legal Theory, Vol:6, Cambridge University Press, 2000, s.179-180
[364] HIMMA, "Ambiguously Stung…", s.149
[365] COLEMAN, "Incorporationism, Conventionality…", Hart's Postscript, Edited by Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.116
[366] HIMMA, Kenneth Einar; "Ambiguously Stung: Dworkin's Semantic Sting Reconfigured", Legal Theory, Vol:8, 2002, s.149

anlamda konvansiyonel bir kuraldır.[367] Bir hukuk sistemindeki temel geçerlilik kriteri olan tanıma kuralı, yasa-uygulayan yetkililerin pratiğine dayanır. Yetkililer ve diğer katılımcılar tanıma kuralını, o hukuk sisteminin "doğru yargısal kararın ortak kamusal standardı" olarak kabul ederler.[368]

3- Konvansiyonel Kural Türleri - Marmor'un Ayrımı ve Coleman'ın Görüşü

Konvansiyonel kurallar hakkında ayrım yapan yazar *Andrei Marmor*'dır. *Marmor*, iki tür konvansiyonun birbirinden farklı olduğuna dikkat çeker. Bunlar "koordinasyon konvansiyon"ları ve kendi adlandırmasıyla "kurucu konvansiyonlar"dır. Koordinasyon konvansiyonlar, oyun teorisiyle bağlantılandırılan bir türdür ve koordinasyon oyunlarına getirilen çözümleri temsil eder.[369] Kurucu konvansiyonlar, insan davranışının yapısal özelliklerinden kaynaklanan problemlere çözüm getirmezler. Bunun yerine kendileriyle ilgili olan normları ve değerleri şekillendirirken tanımlamaya, karakterize etmeye veya pratikler, kurumlar ya da oyunlar yaratmaya yardımcı olurlar. Bu fikir, oyunlara veya spor karşılaşmalarına ilişkin konulardan dolayı bilinmektedir ve *Marmor* bunu, opera ve hukuk gibi çeşitli aktivitelere doğru genişletmektedir.[370]

Konvansiyonalizm tezi, tanıma kuralının hangi konvansiyon türü olduğu konusunda farklı yorumlar yapılmasını mümkün kılmaktadır. *Marmor*, tanıma kuralı açısından kurucu konvansiyon görüşünü, koordinasyon konvansiyon görüşüne karşı savunmaktadır.[371] Koordinasyon konvansiyonu savunan düşünür ise *Jules Coleman*'dır.[372] *Hart* bu konudaki görüşünü açıkça belirtmemiş olmasına rağmen *Coleman*, tanıma kuralını koordinasyon konvansiyon olarak nitelendirmektedir. Koordinasyon konvansiyonlar insan davranışlarının yapısal özelliklerinden

[367] COLEMAN, "Incorporationism, Conventionality…", s.116
[368] POSTEMA, "Coordination and…", s.168
[369] MARMOR, "Legal Conventionalism", s.206
[370] Aktaran COLEMAN, Jules; "Incorporationism, Conventionality …", s.117
[371] MARMOR, Andrei; "Legal Conventionalism", s.212
[372] COLEMAN, "Incorporationism, Conventionality …", s.117; MARMOR, Andrei; "How Law is Like Chess", Legal Theory, Vol:12, 2006, s.356

kaynaklanan problemlere çözüm getirirler.[373] Tanıma kuralı, belirli bir geçerlilik kriteri (grubu) üzerinde anlaşma, karar kılmadaki koordinasyon problemini çözmektedir. Herhangi bir şekilde hukuka sahip olmak iyi bir düşünceyse, bireyler seçenekleri sıraya koyma konusunda birbirlerinden ayrılsalar da, kriter grubu konusunda uzlaşmak, *Coleman*'a göre hiç uzlaşamamaktan daha iyidir.[374]

Marmor'ın itirazlarına dayanmamakla birlikte, *Coleman*'a göre koordinasyon konvansiyon kavramı lehine belirtilmesi gereken hususlar vardır. Şöyle ki; pozitivizmin amacı, kural tarafından yönetilen belirli bir tür davranışın (hukuk) nasıl açıklanabileceğini, davranışların bir kural tarafından (tanıma kuralı) nasıl yönlendirildiğini anlayarak göstermektir. Diğer konuların arasında hukuk, davranışların nedenini oluşturarak, kendisine tabi olunmasını sağlayan kurallara dayanır. Sorulması gereken, bu fenomenin nasıl mümkün olduğudur. *Hart*'a ve hukukun konvansiyonelliğini vurgulayan diğer pozitivistlere göre cevabın bir kısmı, diğer kuralları belirleyerek (seçerek) hukuki kılan bir kuralın olduğudur. Bu görevi yerine getiren kural, genel olarak davranışları düzenleyen kurallardan tür olarak farklıdır. Kuralların düzenleme durumu kısmen farklı türdeki kural tarafından geçerli kılınmış olmalarından kaynaklanır. Bu diğer kural tanıma kuralı olup davranış için nedenler sağlamayı şart koşması açısından farklı bir kaynağa dayanmayı gerektirmektedir.[375]

Coleman tanıma kuralının, koordinasyon konvansiyonların genelde yaptığı şekilde- ve yaptığı gibi- davranışlar için nedenler yaratan bir koordinasyon konvansiyonu olduğunu ileri sürer.[376] Konvansiyonelist resimdeki anahtar düşünce, tanıma kuralının nedenleri şart koşmasıdır; çünkü tanıma kuralı, bireyler tarafından davranışlarını düzenlemesi için kabul edilmiştir. Davranışlarını düzenlemesi, diğer kuralların hukuk kategorisine ait olma koşullarını belirleyen geçerlilik kriterleriyle yerine getirir. Bu nedenle hukuk olmalarından dolayı o normlara uyulmasını

[373] COLEMAN, "The Conventionality…", s.371
[374] COLEMAN, "Incorporationism, Conventionality …", s.117
[375] COLEMAN, "Incorporationism, Conventionality …", Hart's Postscript, Edited by Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.118
[376] WACKS, Understanding Jurisprudence…, s.76

sağlamak için nedenler vermiş olur. Davranışları düzenleyen hukuk kurallarının olabilirliği, varlığı kabul edilmesine bağlı olan bir kurala bağlıdır. Kabul, sırasıyla grup içinde belirli standartları uygulama pratiğini ve bu pratik doğrultusunda gerçekleştirilen içsel bakış açısını gerektirir. Kural bu anlamda konvansiyoneldir. [377] Tanıma kuralı, kuralın hareketin nedeni olması anlamında davranışları yönlendirir ve bir kural, ilgili tarafların kuralın öngördüğü talepleri yerine getirme isteklerini harekete geçirmeleri için bir nedendir.[378]

Konvansiyonel kural -tanıma kuralı-, diğer kuralları sadece tanımlama veya onların geçerliliğini sağlama durumunda olmamalıdır. İlgili yetkililer tarafından görevlendirilen bir standart olmalıdır; yani tanıma kuralı, kendinde yazılı olan standartları uygulamak için yetkililere nedenler sağlamalıdır. Bir kural, onlar için sadece içsel bakış açısından kabul ettiklerinde var olur. Bu da bir kuralın, yetkililer ancak bu kurala hareketleri için bir neden sağladığı gözüyle baktığında var olduğu anlamına gelir. Konu şu şekilde ortaya konabilir: Tanıma kuralından daha sonra gelen ve daha az önemli olan bağımsız kuralların hukuk (kuralı) olmaları için, kendilerine uyulmasına veya sıradan halkın davranışını düzenlemelerine (veya düzenleyici oldukları anlamına gelmelerine) gerek yoktur. Bununla birlikte, bu kuralların hukuk (kuralları) olması olanağı ve hukuk (kuralı) olarak düzenleyici olmaları, bir tanıma kuralına dayanmaktadır. Tanıma kuralı, ancak onu uygulayan kişiler olan yetkililer tarafından davranışların nedenini gösteren bir kural olarak görüldüğü taktirde böyle kabul edilebilir. Yetkililerin bunu yapma nedeni ne olabilir? Bu noktada koordinasyon konvansiyon fikri, aydınlatıcı olarak kabul edilebilir. Bu tür konvansiyonların hareket için nedenler yarattığı bilinen bir yöntemi vardır[379] ki o da karşılıklılık içeren sabit ve dengeli hukuki beklentiler sistemi oluşturmalarıdır.[380]

Coleman'a göre bu noktada tanıma kuralının koordinasyon konvansiyon olması görüşünün gereksizliğini belirtenlerin yanı sıra, *Hart*'ın tanıma kuralı

[377] COLEMAN, Jules; "Incorporationism, Conventionality …", s.118
[378] COLEMAN, "The Conventionality…", s.375
[379] COLEMAN, Jules; "Incorporationism, Conventionality …", s.118
[380] WACKS, Understanding Jurisprudence…, s.76

teorisine ilişkin bir sorundan söz etmekte fayda vardır. *Hart*'a göre hukuku indirgemeci olarak kabul eden görüşler, içsel bakış açısını dışladıkları ve kaynakları yitirdikleri için hukukun normatifliğini açıklayamamaktadırlar. Birçok eleştirmen *Hart*'ın bu görüşünden belirli bir sonuç çıkarmıştır. Onlara göre, *Hart* bu açıklamasıyla içsel bakış açısının sosyal bir olguyu, yani benzeşen davranışı, hareketin nedeni haline dönüştürdüğünü ileri sürmektedir. Dolayısıyla eğer diğer görüşler, içsel bakış açısını bir yana bıraktıkları için hukukun normatifliğini açıklayamıyorlarsa, bu eleştirmenlerin mantığına göre hukukun normatifliğini açıklayacak olan da içsel bakış açısı olacaktır.[381]

Coleman'a göre içsel bakış açısı, tanıma kuralının nasıl sabit ve karşılıklı beklentiler yarattığına yapılacak açıklamanın bir parçasını oluşturmaktadır. İçsel bakış açısından yapılacak bir kabul, toplum davranışında gösterilmektedir. Bir kuralı içsel bakış açısından kabul eden bir kişi, kuralı diğerlerine, kendi veya başkasının davranışları için bir gerekçe ve davranışın ihlali karşısında eleştiride bulunulmasının dayanağı olarak gösterir. İnsanlar belirli bir şekilde davranmakta, o şekilde davranılmamasını eleştirmektedirler. Bu durum her bireye diğerlerinin davranışları hakkında bir güven derecesi oluşturma ve birbirine bağlı hukuki beklentiler oluşturma yetkisi verir. Toplumsal davranışta ortaya konan içsel bakış açısı bir karşılıklılık anlayışı yaratır; uymamanın toplumsal eleştiriye konu olması gibi. Sabitlik, karşılıklılık ve beklentinin karşılıklı (iki taraflı) olması, kuralı içsel bakış açısıyla kabul edenlerin gösterdiği davranış tarafından yaratılmış ve geliştirilmiştir. *Coleman*, bunlardan herhangi birinin açık olduğunun veya açıkça doğru olduğunun görmezlikten gelinemeyeceğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte bazı yönlere de dikkat çekmek ister.[382] Şöyle ki:

Öncelikle tanıma kuralının koordinasyon konvansiyon olarak açıklanması onu, neden-gösterici olan ve nedenler gösterme kapasitesi çok iyi anlaşılmış bulunan sosyal kuralların bilinen alanına yerleştirmektedir. Diğer yandan bu açıklama, tanıma kuralının varlığını açıklayan içsel bakış açısının önemini ortaya

[381] COLEMAN, "Incorporationism, Conventionality …", s.118-119
[382] WACKS, Understanding Jurisprudence…, s.76

koymaktadır.[383] İçsel bakış açısının bir fonksiyonu da tanıma kuralının normatif gücünü açıklamasıdır.[384] *Hart*'ın doğru bir içgüdüsü vardır. İçsel bakış açısı sadece normatif bir bakış açısı değildir; tanıma kuralının normatifliğinin açıklanmasının bir parçasıdır. *Hart*'ın bu açıklamada içsel bakış açısının nasıl şekil aldığına ilişkin tam olarak makul bir kanıtı yoktur. *Hart* hukuk kurallarının egemenlik, emir veya müeyyideden öte bir yanını bize göstermeyi amaçlamaktadır. *Hart*'a göre hukuk kurallarının sosyal bir kaynağı vardır. Onlar, bizim gerçek davranışlarımızın, sözlerimizin ve düşüncelerimizin bir bildirimidir[385]

Hart'ın içsel bakış açısını, hukukun normatifliğinin dayanağı olarak açıkladığı şeklinde anlayanların birçoğu onu eleştirmeye devam etmiştir. *Hart*'ın içsel bakışının bir sosyal olguyu, normatif veya ahlaki bir olguya dönüştürebileceğini düşünmüş olmasını bu yazarlar kabul etmemektedirler. Bir kural sadece, insanların kuralın yükümlülük yüklediğini düşündükleri için yükümlülük yüklemez. *Hart* içsel bakış açısının hukukun normatifliğini açıkladığını ileri sürerek kötü bir argümanla kısıtlanmıştır; ancak böyle bir argüman ileri sürmemiş olsaydı, tanıma kuralının yetkililerin davranışlarını nasıl yönlendirdiğini yeterli bir şekilde açıklayacak hiçbir argümanı da olamayacaktı.[386]

Coleman'a göre bu eleştiriler zorlayıcıdır; ancak etraflıca ele alındığında *Hart*'ın hiçbir zaman içsel bakış açısının bir kuralın nedenler sağlama kapasitesini açıkladığını, yarattığını ya da onun temellerini oluşturduğunu ileri sürdüğü görülmemektedir. İçsel bakış açısı bir kuralın varlık koşulu olup, bireylerin kuralları düzenleyici olarak ele aldığının göstergesidir. Kuralın bunu neden veya nasıl gerçekleştirdiğini açıklamaz. Bundan anlaşılması gereken şudur: *Hart* gerçekte hiçbir zaman, özel olarak tanıma kuralının ve genel olarak sosyal kuralların, hareketin nedenlerini nasıl yarattığı ve davranışları nasıl yönlendirdiği konusuna değinmemiştir. *Coleman*'a göre içsel bakış açısıyla birlikte ele alınarak tanıma

[383] WACKS, Understanding Jurisprudence…, s.76
[384] SEBOK, Anthony J.; "Is the Rule of Recognition a Rule?", Notre Dame Law Review, Vol:72, 1996-1997, s.1553
[385] WACKS, Raymond; Understanding Jurisprudence-An Introduction to Legal Theory, Oxford University Press, 2005, s.76
[386] COLEMAN, Jules; "Incorporationism, Conventionality …", s.119

kuralının koordinasyon konvansiyon olarak anlaşılması, aranan argümanı karşılayabilir.[387]

B- Hart'ta Konvansiyonellik Tezi Tartışması

Modern bir toplumda bireylerin uydukları çok farlı türde sosyal kural vardır. *Hart*'ı eleştirenler, sosyal kuralların uygulanması teorisinden söz ederken, bu kuralların her birine özgü özelliklerini göz ardı ettiğini ileri sürmüşlerdir. Onlara göre *Hart*, farklılıklarına rağmen tüm sosyal kural türlerini tek bir tanımda toplamış ve sosyal kuralların daha önce belirttiğimiz unsurlarını ortaya koymuştur. Bu konuya ilişkin olarak kendisine çeşitli eleştiriler yöneltilen *Hart* "*Postscrip*"te, diğer bazı konuların yanı sıra bu eleştirilere de cevap vermiştir.[388] Buna göre *Hart*, sosyal kuralların uygulanması teorisini, sosyal kuralların geneline ilişkin olarak ileri sürmediğini belirtmiştir. Teorinin sosyal kuralların sadece bir alt türüne (kategorisine) ilişkin olarak anlaşılması gerektiğini, bunun da sosyal konvansiyonlar olduğunu ifade etmiştir. Ancak tanıma kurallarının konvansiyonlar olduklarının en başından beri açık olması gerektiği öngörülerek, *Hart*'ın bu cevabının tanıma kuralı hakkındaki temel anlayışına etki etmediği ileri sürülmüştür.[389]

Hart dikkatleri hukuk-belirleyen kurumlardan hukuk-uygulayan kurumlara yöneltmiştir. Bir hukuk sisteminde temel geçerlilik kriteri olan tanıma kuralı, hukuk-belirleyen yetkililerin pratiğine dayanır. Tanıma kuralının yetkisi ve düzenleyen veya ödev-oluşturan gücü, hukuk kurumunda yetkililer ve diğer katılımcılar tarafından "doğru yargısal kararın ortak kamusal standardı" olarak görülmesinden kaynaklanır.[390] *Hart*'a göre teori, konvansiyonel sosyal kural anlamında varlığını korumakta ve tanıma kuralını da içermektedir; çünkü tanıma kuralı sadece mahkemelerin hukuk-belirleyen ve hukuk-uygulayan eylemleri tarafından kabul edildiğinde ve uygulandığında var olan geleneksel bir yargısal kuraldır.[391] Tanıma

[387] COLEMAN, Jules; "Incorporationism, Conventionality …", s.117-119
[388] MARMOR, Andrei; "Legal Conventionalism", s.195
[389] MARMOR, "Legal Conventionalism", s.197; MACCORMICK, H.L.A. Hart, s.137
[390] POSTEMA, "Coordination and…", s.168
[391] HART, The Concept…, s.256

kuralı uygulanmadan önce de var olabilen diğer sıradan bir kuraldan farklı bir yapıya sahiptir. Tanıma kuralı, öngördüğü şartlar yetkililer tarafından kabul edilmedikçe ve yetkililer bu şartları yerine getirebilmek için davranışlarında birleşmedikçe var olamaz.[392]

Diğer düşünürler tanıma kuralını konvansiyonel bir kural olarak kabul etme konusunda temkinli davranarak bu görüşü *Hart*'a atfetmektedirler. Örneğin *Leslie Green*, "Positivism and Conventionalism" adlı çalışmasında kendisinin *Hart*'ın "**The Concept of Law**"un ilk basımında tanıma kuralını konvansiyonel bir kural olarak kabul ettiğine yönelik olan tereddütlerini dile getirmekte, ardından da *Hart*'ın "Postscript"te yer verdiği tanıma kuralının konvansiyonalist olmayan bir görüş olarak yorumlanabileceğinin mümkün olduğunu vurgulamaktadır.[393]

Joseph Raz da "On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries" adlı makalesinde, *Hart*'ın "Postscript"de ifade ettiğinin tersine, tanıma kuralının konvansiyonel bir kural olarak görülemeyeceğini ileri sürmektedir. Zira *Raz*'a göre yargıcın parlamentonun geçerli olarak kabul ettiği kanunları uygulama pratiğini takip etmesinin nedeni olarak tüm mahkemelerin aynı şekilde davranıyor olması veya kendilerini görevleri gereği böyle yapmak zorunda görmelerinin gösterilmesi, kaçınılmaz bir gerçek olarak varsayılamaz. *Raz*, tanıma kuralının normatif bir pratik oluşturduğu fakat konvansiyonel bir pratik meydana getirmediği görüşündedir.[394]

VI- Hart'ın Tanıma Kuralının Kelsen'in Temel Normuyla Benzerlik ve Farkları

Hart'ın tanıma kuralı, *Kelsen*'in **"Temel Norm"** kavramı ile bazı benzerlikler ve farklılıklar içermektedir. Bu nedenle, tanıma kuralı ve temel norm

[392] HIMMA, "Ambiguously Stung…", s.147
[393] GREEN, "Positivism and…", s.37-39
[394] RAZ, Joseph; "On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries", Constitutionalism: Philosophical Foundations, Eedited by L. Alexander, Cambridge University Press, 1998,s. 161–162 Aktaran DICKSON, "Is the Rule of…", s.14 dn.45

kavramlarının karşılaştırılmasında ve bu özelliklerin ortaya konmasında fayda vardır.

Kelsen normativist pozitivizmin en önemli savunucularındandır ve hukuka ilişkin görüşlerini **"Saf Hukuk Teorisi"** olarak adlandırmış ve bu teori çerçevesinde ortaya koymuştur.[395] *Kelsen*'in amacı, saf hukuk teorisi oluşturmak ve hukuk teorisini sosyolojik ve politik unsurlardan, ideolojilerden ayrı bir kapsamda incelemeye çalışmak olmuştur.[396] Hukuk bilimine ilişkin metodun saflığını sağlayarak hukuka objektiflik kazandırmayı amaçlamıştır.[397] Böylece hukuku gerçek bir bilim kimliğine kavuşturmanın mümkün olacağını ileri sürmüştür. *Kelsen* de diğer pozitivistler gibi doğal hukukun karşısında yer alarak, hukukun vicdani bir zorunluluk yükleyip yüklemediği sorunuyla ilgilenmez.[398] Onun yaklaşımına göre hukuk teorisi yalnızca pozitif hukukla ilgilenmek durumundadır. Adil hukuku, adalete uygun hukuku araştırma hukuk teorisinin ödevi değildir; çünkü adalet temelde akli olmayan irrasyonel nitelikli bir idealdir. Ahlak insanların davranışlarının düzenlenmesinde doğrudan etkendir. Hukuk ise sosyal bakımdan teşkilatlanmış olan müeyyidenin hukuk tarafından nasıl uygulanacağı sorunu ile ilgilidir.[399] *Kelsen*'in çalışmalarına temel olan hukuku ideolojiyle uzlaştırmama çabasını *Hart* da gösterir. *Hart* hukuku politik unsurların dışında tutmak için sosyal pratiklere dayanır ve yetkililerin uygulamalarının tanıma kuralının varlığını olası kılmasını ve şart koşmasını öngörür.[400]

Kelsen'in saf hukuk teorisinin en önemli unsuru "temel norm**"**dur. *Kelsen*'e göre hukuk normlar veya kurallar sistemidir. Hukuk sisteminde normlar bir yapı oluşturur.[401] Bir hukuk kuralının geçerli olabilmesi için, bir sistemin parçası olması gerekir ve kuralın geçerlilik nedeni de her zaman üstün olan diğer bir normdur. Bu

[395] KELSEN, Hans; Pure Theory of Law, Çev:Max Knight, The Lawbook Exchange Ltd., Clark-New Jersey 2005, s.1
[396] GÜRİZ, Hukuk Başlangıcı, s.236
[397] KELSEN, Pure Theory…., s.1
[398] ARAL, Vecdi; "Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri", İÜHFY, İstanbul 1978, s.2-3
[399] GÜRİZ, Hukuk Başlangıcı, s.236
[400] DELACROIX, Sylvie; "Schmitt's Critique of Kelsenian Normativism", Ratio Juris, Vol:18, No:1, March 2005, s.44
[401] BIX, Jurisprudence Theory…, s.62

üstün norm en temel norm olan, "temel norm" olarak adlandırılır. Temel norm tüm normlar piramidinin en üstünde bulunur.[402]

Hart'ın hukuk anlayışında da tanıma kuralı, bir hukuk sisteminde diğer tüm kuralları belirleyen ve onların geçerliliğini kendisinden alan bir kural olarak en temel ve nihai kuraldır.[403] Bu anlamda tanıma kuralının, *Kelsen*'in temel normu ile arasında bir benzerlik olduğu söylenebilir.

Kelsen'in temel normu toplumda geçerliliğe sahip bulunan kurallar bütünüdür. *Kelsen*'in sisteminde her norm geçerliliğini başka bir normdan alır. Kanun geçerliliğini anayasadan, tüzük kanundan, yönetmelik de kanun ve tüzükten alır.[404] Anayasa, temel norma dayandığı için geçerlidir. Temel norm ise, geçerliliği varsayıldığı için geçerlidir. Temel norm, geçerliliğini hipotetik olmasından alır.[405]

Kelsen temel normun varlığının dayanağını da açıklama gereği duymuştur. *Kelsen*'e göre temel norm, hukuki toplumun herhangi bir organı tarafından daha üstün bir norma göre çıkarılmış değildir. Anayasa normları, kendi yürürlülüklerini pozitif bir hukuk normundan almazlar. Hukuk düşüncesinin varsaydığı temel normdan alırlar. Bu, hukuk düşüncesine ait bir varsayım niteliğini taşır. Yani temel normun varlığı da varsayımsaldır.[406]

Varlıklarının dayanağı açısından karşılaştırılacak olursa, temel norm ile tanıma kuralı arasında çok önemli bir fark vardır. *Kelsen*'in temel normu varsayımsaldır. Bir hukuk sisteminin en üstünde böyle bir kuralın varsayımsal olarak var olduğu kabul edilir.[407] Ancak *Hart*'ın tanıma kuralı, varsayımsal değildir. Temel ve nihai olan tanıma kuralı, varlığını kabul edilmesinden alır. Bir hukuk sisteminde, bağlayıcılık gücü kabul edilmesine dayanan tek kural, tanıma

[402] LEE, "The Evolution….", s.18; VARGA, Csaba; Theory of the Judicial Process, Akadémiai Kiado, Budapest 1999,s.177
[403] ALEXY, Robert; The Argument from Injustice-A Reply to Legal Positivism, Clarendon Press, Oxford 2002, s.122
[404] GÜRİZ, Hukuk Başlangıcı, s.236
[405] SILTALA, A Theory…, s.206-207
[406] GÜRİZ, Adnan; Hukuk Felsefesi, 7. bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 2007, s.304
[407] FRIEDMANN, Legal Theory…, s.230

kuralıdır.[408] Kabul edilme yönüyle tanıma kuralı, varsayıma değil sosyal bir olguya dayanır; bu da hukuk sistemindeki yetkililerin pratiğidir.[409] Tanıma kuralı, yetkililer böyle bir kuralın varlığını kabul ettikleri için vardır. Böyle bir kural var sayıldığı için değil.[410] Diğer bir ifadeyle, tanıma kuralının varlığı bir gerçekliktir. Tanıma kuralı sosyal bir gerçeklik olarak, varsayımdan uzaktır.

Kelsen temel normun geçerliliğinden söz etmektedir. Her kural geçerliliğini temel normdan alırken, temel norm geçerliliğini varsayımsal olmasından alır.[411] Oysa *Hart*'ın tanıma kuralı, geçerlilik konusu olamaz. Diğer tüm kuralların geçerliliğini kendisinden aldığı tanıma kuralının kendisinin ne geçerliliği ne de geçersizliği söz konusudur. Tanıma kuralı sadece bu şekilde kullanılmak için kabul edilmiştir.[412] Tanıma kuralının geçerliliği değil, sadece kabul edilmesine dayanan varlığı söz konusu edilebilir.

Kelsen'in temel normu içerik olarak her zaman aynıdır. Temel norm, tarihi olarak ilk anayasanın vaz ettiği kuralları referans olarak alır. Oysa tanıma kuralı, hukuk sistemlerinde kabul edilmiş hukuki kaynak tezi uyarınca, her hukuk sisteminde farklılık gösterebilecektir.[413]

Tanıma kuralı birden fazla geçerlilik kriteri içerebilir. Temel norm ise sadece bir tanedir, dolayısıyla birden fazla geçerlilik kriteri içermesi mümkün değildir.[414]

[408] DWORKIN; "The Model…", s.21
[409] LACEY, Nicola; A Life…, s.249-250
[410] ALEXY, The Argument…, s.122
[411] SILTALA, A Theory…, s.223
[412] HART, The Concept..., s.109
[413] SILTALA, A Theory…, s.223
[414] WACKS, Understanding Jurisprudence…, s.95

III. BÖLÜM

TANIMA KURALININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Hart tanıma kuralının bir hukuk sisteminin en önemli kuralı olduğunu ve bir toplumun hukukunun tanıma kuralıyla belirleneceğini öngörmüştür. *Hart*'ın teorisi hakkındaki en önemli eleştiriler ve değerlendirmeler de tanıma kuralına yönelik olmuştur. Bu bölümde tanıma kuralının unsurları ve fonksiyonları ile ilgili olan konular ele alınacak ve bir hukuk sisteminin varlığını ve birliğini oluşturup oluşturamayacağına etki eden yönler ortaya konacaktır. Tanıma kuralıyla ilgili olarak yapılacak en önemli değerlendirmeler, geçerlilik kriterine ilişkindir. *Hart* geçerlilik kriterinin içeriğine bir sınırlandırma getirmeyerek, kriterin sosyal kaynağa dayanmasının zorunlu olmadığını kabul etmiştir. Hukukiliğin ahlakiliğe göre belirlenmesine olanak veren *Hart*'ın bu yaklaşımı, hukuk ahlak ilişkisiyle ilgili olan pozitivizmin ayrılabilirlik tezi çerçevesinde yarattığı etkiler ve tartışmalar açısından ele alınacaktır. Bununla bağlantılı olarak değinilecek diğer bir konu da ahlakiliğe yer veren tanıma kuralının, pozitivist anlamda sosyal kural bir olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin yapılan tartışmalardır. Son olarak da tanıma kuralı epistemik fonksiyonları yönünden ele alınacak ve içerikli ve içeriksiz kritelerde bu fonksiyonlarının durumu değerlendirilecektir.

I- Tanıma Kuralının Hukuki Geçerlilik Kriteri Olmasıyla İlgili Problemler

A-Tanıma Kuralının Hukuki Pozitivizmin Ayırma Teziyle Çatışması

1- Hukuki Pozitivizmin Ayırma (ve Ayrılabilirlik)Tezi

Hukuki pozitivizmin temel tezlerinden biri olan ayırma tezi, hukuk ve ahlakilik arasında bir ilişki kurulamayacağıyla ilgilidir.[415] Ayırma tezi hukukun ne olduğuyla ne olması gerektiğinin ayrı konular olduğunu ve ayrı değerlendirilmesi

[415] UYGUR, Gülriz; "Hukuk, Etik ve İlkeler", Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s.54; Daha önce de belirtilen sosyal kaynaklar tezi hukuki pozitivizmin diğer önemli tezi olup, aşığıda yeniden üzerinde durulacaktır.

gerektiğini içerir.[416] Diğer bir ifadeyle, doğal hukukun hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişki olduğu iddiasının karşısında yer alan hukuki pozitivizm, bu tür bir ilişkinin zorunlu olduğu iddiasına karşı çıkar.[417]

Esasen hukuk ve ahlakilik arasında ilişki kurulup kurulamayacağı konusunda hukuki pozitivistler arasında görüş ayrılığı söz konusudur.[418] Ayırma tezi bu bağlamda hukuki pozitivistlerin, hukuk ahlak ilişkisine yaklaşımlarının kendi içlerinde oluşturduğu iki yönü içerir. Buna göre geleneksel pozitivist anlayışı ifade eden hukuki pozitivizmin ilk formunda ayrılabilirlik tezi, hukuk ve ahlak arasında zorunlu veya kurucu bir ilişki olduğunun reddi anlamına gelmektedir.[419] Katı hukuki pozitivizm de denen bu forma göre, hukuk ve ahlak arasında zorunlu veya kurucu bir ilişki kurulamaz.[420] Zira böyle bir ilişki hukukun doğasına aykırıdır. Hukuk herhangi bir ahlaki teste dayanmayı gerektirmemektedir.[421]

Hart'ın oluşmasına temel teşkil ettiği esnek hukuki pozitivizm denen ikinci form ise hukuk ile ahlak arasında ilişki kurulmasının mümkün olduğunu kabul eder. Esasen bu anlayıştaki pozitivistlerin amacı pozitivist sınırlar içinde kalarak hukukta ahlaki olanlar da dahil, ilkelere ve değerlere yer verebilme olanağını yaratmaktır.[422] Esnek hukuki pozitivistler bu olanağa ayrılabilirlik tezi aracılığıyla ulaşmaktadır. Pozitivizmin ikinci formunun ayrılabilirlik tezine verdiği anlam, hukuk ile ahlak arasında bir ilişki kurulabilmesini mümkün kılmaktadır.[423]

Kendisinin esnek hukuki pozitivist olduğunu belirten *Hart*'a göre hukuk ile ahlak arasında bir bağlantı vardır ancak *Hart* hukuk ile ahlak arasında zorunlu

---

[416] LEITER, Brian; "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", Hart's Postscript- Essays on the Postscript to The Concept of Law, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.356
[417] ÖKTEM, Niyazi- TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi; Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları., İstanbul 2001, s.383
[418] UYGUR, Gülriz; "Hukuk, Etik ve İlkeler", Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s.54
[419] SEBOK, "Is the…", s.1549
[420] WALDRON, "Normative or…", s.411
[421] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.152
[422] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.156
[423] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.152

kavramsal bir ilişki değil, rastlantısal bir ilişki bulunduğunu ileri sürer.[424] Hukuk ve ahlak kavramsal olarak birbirinden farklı terimlerdir;[425] yani hukuki pozitivizmin ikinci formunda ayrılabilirlik tezi hukukun bir parçası olarak ahlakiliğe ve değerlere yer vermeyi içermektedir. *Hart* hukukun varlığının ve içeriğinin ahlakiliğe başvurulmadan sosyal kaynaklarına dayanarak belirleneceğini kabul etmektedir. Ancak *Hart*'a göre, hukukun kendisinin ahlaki bir kritere yer vermesi durumunda hukukun ahlakiliğe göre belirlenebilmesi söz konusu olmaktadır. Bunun gerçekleşmesi ise, *Hart*'ın tanıma kuralıyla mümkündür.[426] Yani bir hukuk sisteminde tanıma kuralının öngördüğü geçerlilik kriteri ahlakiliği içerdiği ve ahlakiliğe gönderme yaptığı taktirde, o hukuk sisteminde hukukun belirlenmesinde ahlakiliğe yer verilmesi mümkün hale gelir.[427] Daha önce de belirttiğimiz gibi *Hart*, geçerlilik kriterinin içeriğine ilişkin bir sınırlandırma getirmemiştir. Dolayısıyla sistemdeki yetkililer geçerlilik kriterinin neyi içermesi gerektiğini diledikleri gibi belirleyebilirler. *Hart*'a göre geçerlilik şartı, içeriksiz olabileceği gibi içerikli bir kritere de yer verebilir.

Burada tüm hukuki pozitivistler tarafından kabul edilen sosyal kaynaklar tezinden ve pozitivizmin iki formu tarafından nasıl algılandığından söz etmek gerekmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi hukukun toplumun kararıyla belirlendiğini kabul eden sosyal kaynaklar tezine göre, hukuk sosyal olgu konusudur. Hukuki pozitivizm hukukun sosyal kaynağını tanıma kuralı çerçevesinde ele almakta ve yetkililerin tanıma kuralını kabullerine ilişkin pratiklerinin de sosyal olguyu oluşturduğunu kabul etmektedir.

Sosyal kaynaklar tezi, pozitivizmin ilk formu tarafından tanıma kuralının sosyal bir kural olması ve geçerlilik kriteri oluşturma fonksiyonu açısından ele alınır. Katı hukuki pozitivistler için sosyal kaynaklar tezi tanıma kuralının sadece var oluş koşullarının değil, içeriğinin de sınırını oluşturmaktadır. Katı hukuki pozitivistlere göre tanıma kuralı sosyal olgular tarafından oluşturulan (örneğin

[424] HART, The Concept..., s.268
[425] HIMMA, "Law's Claim…, s.295-296
[426] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.154
[427] ZIPURSKY, "The Model…", s.220; HIMMA, "Law's Claim…", s.272;

yetkililer arasındaki konvansiyonel pratiğe ilişkin olgular) bir sosyal kuraldır. Sosyallik tezi, aynı zamanda tanıma kuralının öngördüğü geçerlilik kriterinin de sosyal olguya dayanması gerektiği diğer bir ifadeyle normun geçerliliğinin sosyal kaynağına bağlı olduğu anlamına gelmektedir. Pozitivizmin ikinci formunda ise, *Hart* ve diğer esnek hukuki pozitivistler sosyallik tezini, bir toplumun tanıma kuralının yetkililerin gerçekte uyuşmazlıklara nasıl karar verdikleri hakkındaki sosyal olgular tarafından oluşturulduğu şeklinde yorumlarlar. Böylece, örneğin, yetkililerin pratikleri veya konvansiyonları, uyuşmazlıklara karar vermelerinde ahlakiliğin referans alınması halinde, ahlakilik o toplumda hukukiliğin de kriteri olmaktadır;[428] yani pozitivizmin ikinci formunda *Hart* ve diğer esnek hukuki pozitivistler, geçerlilik kriterinin içerikli olabileceğini kabul ederler.[429]

İçeriksiz bir kriterde hukuki geçerlilik şartları bir normun sosyal kaynağına dayanacaktır. İçerikli bir kriter ise ahlaki ilkelere veya değerlere de yer verebilecektir; yani *Hart*'a göre tanıma kuralının geçerlilik kriterinin sosyal kaynağa dayanması şart değildir.[430] Pozitivizmin ilk formunu benimseyenler hukukun ne olduğunu belirlemede ahlakiliğe yer vermemek için içeriksiz bir kriteri savunurlar. Pozitivizmin ikinci formunda ise, içeriksiz bir kriterin kabul edilmesi zorunlu değildir; çünkü esnek hukuki pozitivistler ayrılabilirlik tezini, ahlakiliğe ve ilkelere hukukta yer verebilmek için kabul ederler. Böylece hukukun kurallar yanında ilkelerden de oluşması ve hukuk ile ahlak arasında rastlantısal da olsa, bir ilişki kurulması mümkün kılınmış olur.[431]

2- Dworkin'in Eleştirileri

Ayırma tezi bağlamında tanıma kuralına ilişkin eleştirileri getiren ünlü düşünür *Ronald Dworkin*'dir. Özellikle tanıma kuralı aracılığıyla hukuk ile ahlak

[428] LEITER, Brian; "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", Hart's Postscript- Essays on the Postscript to The Concept of Law, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.356-357
[429] HART, The Concept..., s.258
[430] HART, The Concept..., s.258
[431] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.155-156

arasında bir ilişki kurulmasına hukuki pozitivizm çerçevesinde olanak veren görüşler eleştirilerine eklenmektedir.

Dworkin bu tür görüşlerin pozitivizmin ilkeleriyle bağdaşmadığını ileri sürmektedir. Ona göre pozitivizmin en önemli iki ilkesi hukukun kurallardan oluştuğunu ileri sürmesi ve modern hukuk sistemlerinde, hukukun bir tanıma kuralı aracılığıyla belirlenmesini öngörmesidir.[432] *Dworkin* pozitivizme karşı olan eleştirilerinde *Hart*'ın görüşlerini temel alır. Ancak itirazlarına değinmeden önce, *Dworkin*'in de modern bir hukuk sisteminde hukuki geçerliliğin tespit edilmesini sağlayacak bir tanıma kuralının varlığının gerekli olduğunu kabul ettiğini belirtmekte fayda vardır. *Dworkin*'in pozitivizme yönelik en önemli eleştirisi pozitivizmin öngördüğünün aksine, hukukun sadece kurallardan oluşmadığı, ilkeleri de içerdiğidir. Ancak, *Hart* da hukukun kurallar yanında ilkelerden de oluştuğunu kabul etmektedir ve Dworkin de bunu bilmektedir.[433]

Dworkin'in esas olarak *Hart*'ı eleştirdiği nokta, tanıma kuralına yöneliktir. *Dworkin*, *Hart*'ın tanıma kuralını sosyal bir kural olarak tanımlamasını kabul etmemektedir. Zira içerikli bir kritere yer verildiğinde pozitivist anlamda bir tanıma kuralından söz edilemez.[434] *Dworkin*'in genel olarak belirttiğimiz bu görüşlerini açıklamakta yarar vardır.

Dworkin'e göre pozitivizmin en önemli ilkesi hukukun kurallardan oluştuğunu kabul etmesidir.[435] Pozitivizme göre, hukuksal davranış standardı oluşturacak tek ölçü kurallardır. Kuralların dışında ilkeler gibi tartışmalı nitelikte olan diğer standartlar, hukukta yer alamaz. Hukuk, ilkelerden değil kurallardan oluşur.[436] Hukuki pozitivizmin diğer ilkesi ise, hukuk kurallarının ne olduğunu tanımlayacak ve diğer kurallardan ayıracak kriterleri içeren bir tanıma kuralına sahip

[432] DWORKIN, Taking Rights…, s.17
[433] DWORKIN, Taking Rights… , s.58-59
[434] DWORKIN, Taking Rights… , s.62
[435] COLEMAN**,** Jules; "Constraints on the Criteria of Legality", Legal Theory, Vol:6, Cambridge University Press, 2000, s.171
[436] DWORKIN, Taking Rights… , s.17

olmasıdır.[437] Bu kriter ise *Dworkin*'e göre ilkelere hukukta yer vermeyecek bir özellik taşır.[438] *Dworkin*'in "pedigree" olarak adlandırdığı pozitivizmin geçerlilik kriteri, kuralların içeriğine değil, şekli özelliklerine dayanmaktadır; yani bir normun geçerliliği formuna, tarihçesine veya kaynağına dayalıdır. Bu nedenle pozitivist anlamda bir normun geçerliliğini, onun tartışmalı olan değerine veya içeriğine bağlı tutmak mümkün değildir. Oysa ahlaki ilkelerin geçerliliği değerlerine bağlıdır; yani bu ilkeleri geçerli kılan şey sosyal kaynakları değildir.[439]

Dworkin'e göre tanıma kuralının geçerlilik kriterinin içerikli olması, sosyal kaynağa dayanmadığı için pozitivist anlamda mümkün değildir. İçerikli bir kritere yer veren tanıma kuralında kurallar, kaynağına bakılarak değil, içeriğine dayanarak belirlenmek zorunda kalır. Bu nedenle bu kural pozitivist anlamda tanıma kuralı olmaz.[440] *Dworkin*'e göre içerikli bir kritere geçerlilik şartı olarak tanıma kuralında yer verilirse, bu durum tanıma kuralının sosyal kural olma iddiasıyla bağdaşamaz; yani *Dworkin* içerikli bir tanıma kuralının, pozitivist anlamda bir sosyal kural olduğunun kabul edilemeyeceğini ileri sürer.[441] Diğer bir ifadeyle, *Dworkin* hem hukuki geçerlilik kriterinin sosyal kaynağa dayanmamasını eleştirmekte hem de bu durumun tanıma kuralının sosyal kural olmasını engelleyeceğini ileri sürmektedir.

Dworkin'e göre eleştirilmesi gereken diğer bir konu da ahlaki ilkelerin bağlayıcılık kazanmasının dayanağıdır.[442] *Dworkin*'e göre ahlaki ilkeler, tanıma kuralı altında belirlendikleri için, hukuk olarak kabul edilmezler. Ahlaki ilkeler, hakkaniyetin veya ahlakiliğin gereklerini yerine getirdikleri için hukuki bakımdan bağlayıcılık kazanırlar. Ahlaki ilkelerin hukukiliğini sağlayan şey, tanıma kuralında onlara bir ölçüt olarak yer verilmesi değil, hakkaniyet veya adaletin gereklerini karşılayan standartlar olmalarıdır. Bu nedenle *Dworkin* hukukun bir parçası olarak

[437] SHAPIRO; "On Hart's…t", s.158
[438] DWORKIN, Ronald A.; "A Reply by Ronald DWORKIN", Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, Edited and with a Preface by: Marshall Cohen, Duckworth 2001, s.247
[439] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…",s.158
[440] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.157-158
[441] DWORKIN, Taking Rights… , s.62
[442] COLEMAN, "Incorporationism, Conventionality…", s.127

ahlaki ilkeleri ortaya koymanın, ayrılabilirlik tezini de ihlal etmek anlamına geleceğini ileri sürmektedir.[443]

Hart, *Dworkin*'in bu eleştirilerini kabul etmemektedir. Öncelikle *Hart*, hukuki pozitivizmin hukukun sadece kurallardan oluştuğu iddiasına katılmaz; hukukun kurallar yanında ilkeleri de içerdiğini kabul eder.[444] Tanıma kuralıyla ilgili olarak da, *Hart,* tanıma kuralının, "kabul edilme" sosyal olgusu aracılığıyla sosyal kaynağa dayanması gerektiğini ileri sürer. Sosyal olguya ve sosyal kaynağa dayanan tanıma kuralı böylece, daha önce de belirttiğimiz gibi, sosyal bir kural olmaktadır.[445] Ancak *Hart* tanıma kuralının sosyal kaynağa dayanması gerektiğini kabul ederken, geçerlilik kriterinin daima sosyal kaynağa dayanmak zorunda olmadığını ileri sürer.[446] Önemli olan tanıma kuralının var olma koşullarının sağlanmasıdır; geçerlilik kriteri için ise bu koşullar bir gereklilik değildir. Esnek hukuki pozitivizm de geçerlilik kriterine ilişkin bir sınırlandırmayı zorunluluk olarak öngörmemektedir.[447] *Hart*'a göre geçerlilik kriteri içerikli olabilir ve bu durum tanıma kuralının sosyal kural olma niteliğini etkilemez.[448]

Hart'ın tanıma kuralında yer verilecek kriter konusunda sınırlama getirmemesinin, geleneksel pozitivist manzaraya aykırı olmadığı da belirtilebilir. Bu yönde bir iddiada bulunan *David Lyons,* tanıma kuralına getirilecek sınırlamaların, hukukun sosyal olgular tarafından belirlendiğine ilişkin temel pozitivist düşüncenin bir gerekliliği olmadığını ileri sürmektedir. *Lyons'a* göre *Dworkin*'in düşüncesinden hareket edilirse, bir yandan hukukun kurumsal pratik gibi sosyal olgu tarafından belirlendiği kabul edilecek, ardından da yetkililerin tanıma kuralında hangi kriteri kabul edeceğine ilişkin sınırlandırma getirilecektir. Bu tür bir sınırlandırma ise, pozitivist gelenek için zorunlu değildir.[449]

---

[443] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.158-159
[444] HART, The Concept..., s.250
[445] GREEN, "Positivism and…", s.38-39
[446] HART, The Concept..., s.250, 258
[447] COLEMAN, "Incorporationism, Conventionality…", s.127
[448] SILTALA, A Theory of…, s.222
[449] LYONS, David; "Principles, Positivism and Legal Theory", The Yale Law Journal, Vol:87, 1977 Aktaran UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…," s.160

Dworkin'in ahlaki ilkelerin bağlayıcılıklarıyla ile ilgili eleştirisini de *Hart*'ın ve diğer esnek hukuki pozitivistlerin görüşleri çerçevesinde cevaplamak mümkündür. *Dworkin*, ahlaki ilkelerin hukuki bakımdan bağlayıcı olmalarını, bu ilkelerin ahlakiliğin gereklerini karşılamalarına bağlı tutmaktadır. Oysa *Hart* ve diğer esnek hukuki pozitivistlere göre, ahlaki ilkeleri hukuki kılan şey, tanıma kuralındaki şartı yerine getirerek hukuki nitelik kazanmalarıdır; yani ahlaki ilkeler tanıma kuralı altında tanımlandıkları taktirde bağlayıcı standartlar olarak hukukta yer alabilirler. Bu durumda onları hukuki kılan da ahlakilikleri değil, tanıma kuralında düzenlenen gerekleri karşılamaları olmaktadır.[450]

3- Raz'ın Eleştirileri

Joseph Raz, hukuk ile ahlakilik arasında kurucu bir ilişki kurulamayacağını savunan katı hukuki pozitivistler arasında yer alan bir düşünürdür.[451] *Raz* bu bağlamda *Hart*'ı eleştirenler arasında yer alarak geçerlilik kriterinin ahlakiliği içermeyeceğini ileri sürmektedir. Ancak *Raz* yine de ahlaki ilkelerin hukukilik kazanabileceğini kabul eden bir görüş ortaya koymaktadır. *Raz*'ın ileri sürdüğü bu düşüncenin ve gerekçelerinin oluşturduğu farklılık bakımından ele alınması gerekmektedir.

Pozitivizmin temel tezlerinden biri olan sosyal kaynaklar tezi, *Raz* tarafından geliştirilmiş bir tez olup onun düşünce sisteminin temelini oluşturmaktadır.[452] *Raz* sosyal kaynaklar tezini, önceden belirttiğimiz gibi, hem tanıma kuralının kendisinin kabul edilmesinde hem de geçerlilik kriterinin dayanağı olması yönünde arayan katı hukuki pozitivistler arasında yer almaktadır.[453] *Raz*'a göre geçerlilik kriterinde sosyal kaynaklar tezi esas alınmalıdır.[454] *Raz* normların hukuk kuralı olarak geçerliliğinin ve bu statüyü kazanmalarının, sosyal kaynağa

[450] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.160
[451] BIX, Jurisprudence Theory…, s.48
[452] PERRY, Stephen R. "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", Southern California Law Review, Vol:62, 1988-1989, s.952-953
[453] WACKS, Understanding Jurisprudence…, s.70
[454] GREEN, Leslie; "Three Themes from Raz", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:25, No:3, 2005, s.504

dayanan bir tanıma kuralı aracılığıyla gerçekleşmesini bir zorunluluk olarak görmektedir.[455] Bu kapsamda onun ayrılabilirlik tezine verdiği anlam, geçerliliğin daima sosyal kaynağa dayanacak olması ve ahlakiliği içermeyecek olmasıdır. *Raz* bu tür bir ayrılabilirlik tezini bütün hukuk sistemleri için öngörmektedir. Diğer bir ifadeyle *Raz*'da geçerlilik ayrılabilirlik tezine verdiği anlam doğrultusunda, her hukuk normu için ve her hukuk sistemi için sosyal kaynağa dayanmalıdır.[456]

Bu noktada sosyal kaynaklar tezi ile hukuki pozitivizmin fonksiyonları arasındaki ilişkiye değinmek gerekmektedir. Hukuki pozitivizmin genel olarak hukuki alanda kesinliği ve belirliliği sağlama amacını taşıdığı ileri sürülmektedir.[457] Tartışmalı yapısından dolayı hukukta ahlakiliğe yer vermemek, bu amacı gerçekleştirmeyi sağlamaktadır. Ahlakiliği içermeyen sosyal kaynaklar tezi de pozitivizmin bu amaca ulaşmasında bir araç olarak görülmektedir.

Raz'a göre ise ahlakiliğe yer vermeyen sosyal kaynaklar tezinin hukuki kesinlik ve belirliliği sağlayacağının da kanıtlanması mümkün değildir. Örneğin, ona göre ahlaki ölçütlerin tartışmalı olduğu doğrudur. Ancak ahlaki değerlendirmelerin sosyal olgu sorunlarından daha az veya daha fazla kesin olup olmadığı da tartışmalıdır. *Raz* sosyal olgu sorunlarının karışık olduğunu ve birçok yönden belirsiz olduğu görüşündedir.[458]

Raz geçerlilik kriterinde sosyal kaynağı arasa da hukuki standartların, kuralların yanı sıra ilkelerden de oluştuğunu savunan düşünürlerden biridir.[459] *Raz*'ın görüşleri doğrultusunda hukuki pozitivizm çerçevesinde de hukukta ilkelere yer vermenin mümkün olduğu belirtilebilir. Görüşünü desteklemek için *Raz*, diğer bir hukuki pozitivist olan *Austin*'in düşünceleri çerçevesinde dahi ilkelere yer verilebileceğini belirtmektedir. Bilindiği gibi *Austin*'in hukuk anlayışında temel

[455] PERRY, "Judicial Obligation…", s.227
[456] BIX, Brian; "Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:12, No:l, January 1999, s.19
[457] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.161-162
[458] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.162
[459] MATHER, Henry; "Legal Positivism and American Case Law", University of Florida Law Review, Vol:38, 1986, s.618

unsur hukukun egemenin emirlerinden oluşmasıdır.[460] *Raz*'a göre egemen bu kapsamda, bir ilkenin de hukuki olarak bağlayıcı olabileceğini emredebilir. *Austin*'in sisteminde bunu engelleyecek bir durum görünmemektedir. Ayrıca ona göre, *Hart*'ın görüşlerinde de hukukun sadece kurallardan oluştuğuna dair bir düşünce yer almamaktadır. *Hart*'ın kurallardan söz ederken ifade etmek istediği, genel olarak kurallar, ilkeler ve diğer normlara ilişkin standartlardır.[461]

Pozitivizmin ilk formunu savunan diğer katı hukuki pozitivistler gibi *Raz* da belirttiğimiz şekilde, hukuki geçerlilik şartı olarak içerikli bir kritere yer vermeyen tanıma kuralından yanadır;[462] ancak ayrılabilirlik tezine verdiği anlam doğrultusunda, diğer katı pozitivistlerden farklı bir görüşe sahiptir.[463] Onların tersine *Raz*, hukukta ahlakilik de dahil, ilkelerin hiçbir şekilde yer almaması düşüncesinde değildir. *Raz*'a göre, geçerlilik ölçütü olarak sosyal kaynağa dayanan tanıma kuralı, ahlaki veya diğer tartışmalı normların hukuki geçerliliğini önlememektedir. *Raz*'ın önerdiği formülde ahlaki normların sosyal kaynakları sayesinde geçerli ve hukuken bağlayıcı olabilmesi mümkündür.[464] Ona göre ahlaki ilkeler, yetkili organının yasal tasarrufu şeklinde gerçekleşecek sosyal kaynağa dayandıkları taktirde hukuk olabilirler.[465] Böylece *Raz*, tanıma kuralının geçerlilik kriteri olmasıyla ilgili bir sınırlandırma getirmekte, ancak bu durumun belirli ahlaki normların hukuken bağlayıcı olmasını önlemeyeceğini savunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde, örneğin söze bağlılık (ahde vefa) gibi bir ilkenin, yasama organın bu ilkeyi içeren düzenleyici işlemler yapması durumunda, hukukun parçası haline gelebileceğini ileri sürmek mümkündür. Diğer bir ifadeyle söze bağlılık ilkesine hukukilik kazandıran, doğrudan doğruya sosyal kaynağa dayanması olmaktadır.[466] Bu tür bir sosyal kaynaktan yoksun olan ahlaki ilkelerin, *Raz*'a göre, hukukta yer alması

[460] UYGUR, , "Hukuki Pozitivizmin…", s.35
[461] RAZ, "Legal Principles…", s.845
[462] RAZ, "Legal Rights", s.10; *Raz* tanıma kuralının, katı ve basit bir formda olması konusunda ısrarcı olunmamasından yanadır. Bunun yerine tanıma kuralının, metin olarak daha esnek olmasını savunmaktadır. Bkz. MURPHY-COLEMAN, s.46
[463] PERRY, "Second-Order…", s.954
[464] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin….", s.155
[465] HIMMA, Kenneth Einar; "Bringing Hart and Raz to the Table: Coleman's Compatibility Thesis", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:21, N:4, 2001, s.624-625
[466] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.155

mümkün değildir. Görüldüğü gibi *Raz*'ın karşı çıktığı durum, ahlaki ilkelerin hukukilik kazanması değil, geçerlilik kriterini oluşturmalarıdır.[467]

Hart'ın görüşüyle *Raz*'ın ileri sürdüğü bu düşünceleri karşılıklı olarak ele almakta yarar vardır. *Hart*, geçerlilik kriterinin ahlakiliği içerebileceğini kabul etmektedir. Ona göre böyle bir hukuk sisteminde ahlaki normlar hukukilik kazanabilmekte ve bu dayanakla yer almaktadırlar. *Raz* ise tanıma kuralında ahlakiliğe yer verilemeyeceğini savunmakta ancak buna karşın, ahlakiliği içeren normların hukuk kuralı olarak kabul görebileceğini ve bu şekilde hukukta yer alabileceğini ileri sürmektedir. *Raz*'a göre yetkililer tarafından gerçekleştirilen bu kabul, hukukun sosyal kaynağını oluşturmaktadır. Esasen burada *Hart*'ın ve *Raz*'ın çıkış noktaları (dayanak noktaları) farklı olsa bile ahlakiliğin hukukta yer alması konusunda aynı noktaya vardıklarını söylemek mümkün görünebilir. Ancak ayırt edilmesi gereken bir noktaya dikkat çekmekte yarar vardır: Hukukun ahlakiliğe göre belirlenmesi ile (yani geçerlilik kriterinin ahlakiliği içermesi ile) ahlakiliğin hukukilik kazanması arasında fark bulunmaktadır ve bu farkı dayanak noktaları açısından değerlendirmek mümkündür. *Hart*'ın da taraftarı olduğu esnek hukuki pozitivizm, hukukun ahlakiliğe göre belirlenebilmesini içermekte ve kabul etmektedir. Böyle bir hukuk sisteminde ahlaki ilkeler bu dayanakla, hukuk haline gelebilmektedir. Katı hukuki pozitivizmi kendi hukuk anlayışında yorumlayan *Raz* ise, hukukun ahlakiliğe göre belirlenmesini kabul etmemekte ancak bu durumun ahlaki ilkelerin hukukta yer almasına bir engel teşkil etmeyeceğini ileri sürmektedir. *Raz*'ın öngördüğü formüle göre geçerlilik kriteri sosyal kaynağa dayanmaya devam ederken de, ahlaki ilkeler yine hukuk normu haline gelebilmektedir. *Raz*'da bu kuralların dayanağını ise yasama organının bu yöndeki kabulünü içeren sosyal kaynağı oluşturmaktadır.

4- Coleman'ın Değerlendirmeleri

Jules Coleman, hukuk anlayışı yönünden *Hart*'ın yanında yer alan ve onun en önemli destekçilerinden olan bir esnek hukuki pozitivisttir. *Hart*'ın görüşleri

[467] HIMMA, "Bringing Hart…", s.624

temelinde kendi pozitivist anlayışını oluşturan ve geliştiren *Coleman*, *Hart*'a ve tanıma kuralına yönelik eleştirilere cevap vermeye çalışmaktadır. *Coleman* özellikle *Dworkin*'in içerikli tanıma kuralının sosyal kural olamayacağı hakkındaki eleştirileri üzerinde durmaktadır.

a- Coleman'ın Ayrılabilirlik Tezine Verdiği Anlam

Coleman da diğer hukuki pozitivistler gibi hukuk normlarını sosyal temellere dayandırır. *Coleman*'a göre de hukuk sosyal olgu konusu olup, yetkililerinin pratiğinden oluşur. Ancak *Coleman* da *Hart* gibi, hukukta sosyal olguların yanı sıra ahlakiliğe de yer vermek istemektedir.[468] *Coleman*'ın öncelikle sosyal kaynaklar tezi ile ilgili görüşlerine değinmek gerekmektedir.

Coleman tanıma kuralının kendisinin bir sosyal kural olduğunu kabul etmekte ve bu anlamda tanıma kuralının var oluş koşullarını sosyal kaynağa dayandırmaktadır. Bir sosyal olgu konusu olarak tanıma kuralı, yetkililerin kabulünden oluşmaktadır. Ancak *Coleman,* bir esnek hukuki pozitivist olarak, geçerlilik kriterinin mutlaka sosyal kaynağa dayanması gerekmediği görüşünde olup, sosyal kaynaklar tezinin tanıma kuralı üzerinde böyle bir sınırlandırma öngörmediğini kabul etmektedir.[469] Tanıma kuralının ahlakiliği içermesi ve bu durumda da sosyal kural olması mümkündür. *Coleman*'a göre yetkililerin geçerlilik kriterinin ahlakiliği içerdiğini içsel bakış açısıyla kabul ettikleri tanıma kuralı, sosyal bir pratik konusu ve sosyal bir kuraldır.[470] Bu anlamda *Coleman*, *Hart* ve diğer esnek hukuki pozitivistler gibi, kaynaklar tezi yönünden esnek hukuki pozitivizmin ayrılabilirlik tezine verdiği anlamı kabul etmekte ve bu kabulü, hukukun ahlakiliğe göre de belirlenmesini içermektedir.[471]

---

[468] ADLER, Matthew D.; "Popular Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground U.S. Law" Norhwestern University Law Review, Vol:100, No:2, 2006, s.804
[469] SEBOK, "Is the…", s.1555-1556
[470] COLEMAN, Jules; "Rules and Social Facts", Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol:14, 1991, s.720-722
[471] ADLER, "Popular Constitutionalism…" s.804

Sosyal kaynaklar tezini kendi açısından yorumlayarak, konvansiyonellik tezi olarak adlandıran *Coleman*, hukukun konvansiyona dayanan sosyal bir pratik olduğu görüşündedir.[472] *Coleman*, tanıma kuralının tartışmalı konularda konvansiyonu içeremeyeceği için sosyal bir kural olamayacağı eleştirilerine cevap vermeye çalışmaktadır.[473]

Hart'ın ve *Coleman*'ın da kabul ettiği esnek hukuki pozitivizmin, ayrılabilirlik tezine verdiği anlam doğrultusunda, temel iddiası, geçerlilik kriterinin ahlakiliği içerebileceğidir. Bunun anlamı hukukiliğin ahlakiliğe göre belirlenmesinin mümkün, ama gerekli olmadığıdır.[474] Esnek hukuki pozitivizm tanıma kuralının ahlakiliğe yer vermesini tüm hukuk sistemleri için aramamaktadır. Aralarında *Raz*'ın da taraftarı olduğu katı hukuki pozitivizm ise, içeriksiz bir geçerlilik kriterini tüm hukuk sistemleri için aramaktadır. Esnek ve katı hukuki pozitivistlerin arasındaki fark, hukuk sistemlerine ilişkin belirli özelliklerle ilgilidir. Katı pozitivistler bu özelliklerin, tüm sistemler için geçerli olduğunu kabul ederler. Esnek pozitivistler ise en azından bazı hukuk sistemlerinin bu özelliklere sahip olmayabileceğini savunurlar.[475] Bu anlamda ayrılabilirlik tezinin kabulüne göre, ahlakiliğin hukuki geçerlilik kriteri olmadığı en azından bir tanıma kuralının ve buna bağlı olarak bir hukuk sisteminin varlığı, kavramsal olarak mümkündür.[476] Aynı çerçevede konvansiyonalist pozitivizm, tanıma kuralının her toplumdaki hukuk sistemleri için sosyal bir kural olduğunu ileri sürmektedir. *Coleman* ise tanıma kuralının, en azından bir hukuk sistemi için sosyal bir kural olduğunu kabul eder.[477] Böylece ayrılabilirlik tezi ihlal edilmeden, hukukun ahlakiliğe göre belirlenmesi mümkün hale gelmektedir.[478]

---

[472] WALUCHOW, Wil; "In Pursuit of Pragmatic Legal Theory", (The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory, Jules L. Coleman, Oxford: Oxford University Press, 2001), Book Review, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:15, No:l, January 2002, s.141

[473] SHAPIRO; "On Hart's…", s.166

[474] PERRY, Stephen; "The Varieties of Legal Positivism", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:9 , No.2, July 1996, s.362

[475] BIX, "Patrolling the…", s.19

[476] LEITER, "Legal Realism…", s.356

[477] COLEMAN, Jules; "Negative and Positive Positivism", The Journal of Legal Studies, Vol:11, 1982, s.152

[478] COLEMAN, "Negative and…", s.141

b- Tanıma Kuralının Çeşitli Görünümleri

Coleman, genel olarak tanıma kuralına ilişkin çeşitli varyasyonlar üzerinde durmakta ve her seçeneği, ilgili olduğu konu ve doğurabileceği tartışmalar yönünden değerlendirmektedir. Bu konuların tanıma kuralının sosyal kural olması ve geçerlilik kriterinin türüne göre oluşabilecek sorunlar çerçevesinde gerçekleştiği söylenebilir.

Coleman, diğer esnek hukuki pozitivistler gibi, tanıma kuralında ahlakiliğe yer verilmesini kabul ederken, ahlakiliğin tümüyle tartışmalı olmadığını da ileri sürmektedirler. *Coleman*'a göre ahlakiliğe ilişkin tartışmalı konular olabileceği gibi tartışma yaratmayacak durumlar da mevcut olabilir.[479] Ayrıca *Coleman* ahlakiliği içeren tanıma kuralında, ilkelerin ne olduğuna ilişkin tartışma olsa da, tanıma kuralının kendisinin tartışma konusu olmayacağını ileri sürmektedir. Bunun yanında ahlakiliği içermeyen tanıma kuralında da anlaşmazlık yaşanabileceği görüşündedir. Bu anlamda *Coleman*'ın ifade etmek istediği, tanıma kuralına ilişkin tartışmalı konuların olabileceği, ancak bu durumun tanıma kuralının kendisini zorunlu olarak tartışmalı bir konuma sokmayacağıdır. Böylece tanıma kuralı bütünüyle tartışmalı bir kural olmayacak ve sosyal bir kural olmaya devam edecektir.[480] Şöyle ki:

ba- Öncelikle *Coleman*'ın ayrılabilirlik tezi doğrultusunda oluşturduğu anlayışı, konuyla ilgili olarak farklı bir seçenek meydana getirmektedir. Ona göre geçerlik kriteri ahlakiliğe dayanmayan, dolayısıyla sosyal bir kural olan tanıma kuralı en az bir hukuk sistemi için mevcuttur.[481]

Geçerlilik kriterinde ahlakiliğe yer vermeyen yani sosyal kaynağa dayanan bir tanıma kuralı, katı hukuki pozitivistlerin ayrılabilirlik ve sosyal kaynaklar tezine verdikleri anlam doğrultusunda sosyal bir kural olmaktadır. Zira sosyal kaynakta hangi kuralların hukuk kuralı olduğu konusunda bir tartışma yaşanmamaktadır.

[479] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.170
[480] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.166
[481] LEITER, "Legal Realism, s.356

Tanıma kuralının sosyal bir kural olması, katı pozitivistlerin bir ön kabulüdür. Bu anlamda geçerlilik kriterinin sosyal kaynağa dayandığı en az bir hukuk sisteminin olabilirliğini kabul eden *Coleman*, beraberinde tanıma kuralının sosyal bir kural olduğu en az bir hukuk sisteminin de olabilirliğine imkan vermektedir.

bb- *Coleman*'ın tanıma kuralıyla ilgili ortaya koyduğu diğer bir durum yine ahlakiliği içermeyen geçerlilik kriteriyle ilgilidir. *Coleman*'a göre, ahlakiliği içermeyen bir tanıma kuralında da tartışma yaşanabilir.[482] Katı hukuki pozitivistlerin savunduğu konu, sosyal kaynağa dayanan bir tanıma kuralında tartışmanın söz konusu olmayacağıdır.[483] *Coleman*'ın çıkış noktası ise, genel olarak, tanıma kuralına ilişkin tartışmaların yaşanabilecek olmasıdır. Ancak *Coleman* katı hukuki pozitivistlerin her hukuk sistemindeki geçerlilik kriterinin sosyal kaynağa dayanması gerektiğini söylerlerken, aslında her koşul için bunu kastetmediklerini ileri sürer. *Coleman*'ın yorumuna göre, onlar kaynağa dayanan her kriterin sosyal pratiği oluşturacak benzeşen davranışı meydana getirebileceği iddiasında değillerdir. Bu tür kriterlerin bazılarında da uzlaşma olmayabilir. *Coleman* sadece ahlakiliği içeren tanıma kuralının tartışmalı olmayabileceğini özellikle vurgulamak istemektedir. Ona göre sosyal kaynağa dayanan geçerlilik şartında da tartışma yaşanabilir. Sosyal kaynağa ilişkin konular da karmaşıktır ve ahlaki konularda olduğu kadar, toplumda sosyal konular üzerinde de uzlaşma yaşanmaması mümkündür.[484]

bc- *Coleman*'ın ihtimal dahilinde gördüğü bir durum daha vardır ki o da hukuki geçerlilik şartı olarak ahlaki ilkelere yer veren bir tanıma kuralı olabileceğidir. Ancak böyle bir tanıma kuralının ahlaki ilkelere gönderme yaparken, bu ahlaki ilkelerin içeriğini göz önüne almayacak şekilde düzenlenmesi de mümkündür. *Coleman*'a göre, tanıma kuralının ahlakiliğe yaptığı her gönderme tartışmalı olmayabilir. Bir ahlaki ilkenin hukukiliği, içeriksiz özellikleriyle de (örneğin toplum tarafından kabul edilme gibi) belirlenebilir. Bu tür durumlarda hangi ahlaki ilkelerin hukuki olarak bağlayıcı olduğunu belirlemek hangi kuralların hukuk kuralları

[482] COLEMAN**,** "Constraints on…", s.182
[483] SEBOK, "Is the…", s.1555
[484] COLEMAN**,** "Constraints on…", s.182

olduğunu belirlemekten daha fazla tartışma yaratmayacaktır. Bu aynı zamanda, tanıma kuralının sosyal bir kural olmasını da destekleyen bir durumdur.[485]

Coleman ahlaki ilkelerin içeriğine de yer veren tanıma kuralına değinmekte, konuyu tanıma kuralının içeriğine ve uygulamasına ilişkin olarak ayrı ayrı değerlendirmekte ve farklı sonuçlara bağlamaktadır. Önemi nedeniyle bu konu ayrı bir başlıkta ele alınacaktır.

B- Tanıma Kuralının Sosyal Kural Olması Bakımından Yeterli Olup Olmadığı Tartışması

1- Dworkin'in Eleştirileri

Dworkin'in *Hart*'a yönelttiği diğer bir eleştiri de, yukarıda belirttiğimiz gibi tanıma kuralının kabul edilmesine yöneliktir. *Dworkin* sosyal kuralın unsurları ele alındığında, tanıma kuralının kabul edilmesine ilişkin koşulların, onun sosyal kural olma niteliğini de etkileyebileceğini ileri sürmektedir. Sosyal bir kural, içsel bakış açısından kabul edilen benzeşen davranışa göre oluşturulmaktadır.[486] *Dworkin*'e göre ahlakiliği içermesi durumunda, tanıma kuralının sosyal kural olmasıyla, bu ahlaki ilkelerin bağdaşabileceği savunulamaz. Zira ahlaki ilkeler tartışmalı standartlar olma özelliğine sahiptir. Tartışmalı standartlar anlaşmazlığı ortaya çıkaracağından, benzeşen davranıştan çok, farklılığı yansıtır. Bu anlamda ahlaki ilkeler sosyal kural teziyle bağdaşmaz; çünkü bu durumda sosyal kuralın içeriğini tartışmalı argüman oluşturmaktadır. Oysa sosyal kuralın tanımı gereği, benzeşen sosyal pratiği yansıtması gerekmektedir.[487] *Dworkin* buna bağlı olarak, tanıma kuralının konvasiyonel bir kural olarak kabul edilmesinin de mümkün olmadığını ileri sürmektedir.[488] Konvansiyonel kurallar, içeriğine dayanan benzeşen davranışı gerektirir. Ahlakilik ise doğası gereği tartışmalıdır. *Dworkin*'e göre bu nedenle

[485] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.166
[486] ZIPURSKY, "The Model…", s.222
[487] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…?", s.158-159
[488] MARMOR, "Legal Conventionalism", s.197

ahlakiliğin hukukiliğin koşulu olduğu kurallar, konvansiyonun gereğini karşılayamadıkları için, benzeşmeyi engellemektedir.[489]

*Hart***,** bu eleştirileri de cevaplamaktadır. Ona göre *Dworkin*'in göz ardı ettiği bir nokta vardır. *Hart*, tanıma kuralının bir sosyal kural olarak var olma koşullarıyla, tanıma kuralının geçerlilik kriterinin belirlenmesi ve geçerlilik kriterinin uygulanmasına ilişkin konuların birbirinden ayrı olduğunu ileri sürmektedir. Bu konulara ilişkin eleştirilerde bu ayrımın dikkate alınmaması, yanlış değerlendirmeler yapılmasına yol açmaktadır.

Hart, tanıma kuralının sosyal bir kural olarak kaynağı ile geçerlilik kriterinin kaynağı arasında bir ayrım yapmaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, *Hart*'a göre tanıma kuralının sosyal bir kural olması için daima sosyal kaynağa dayanması gerekir. Ancak tanıma kuralının geçerlilik kriterinin yetkililer tarafından belirlenmesi, mutlaka sosyal kaynağa dayanılarak yapılmak zorunda değildir. Bir normun geçerliliğini değerine göre de belirlemek mümkündür. Ancak *Hart* bu durumda yetkililerin, bu özellikte bir kriteri kabul etme konusunda bir anlaşmazlık yaşamadıklarına dikkat çekmektedir. Önemli olan geçerlilik kriteri olarak neyin belirlendiğidir. Tartışma ise kriterin uygulanmasına ilişkin olarak ortaya çıkabilir.[490]

Tanıma kuralının sosyal kural olma özelliği, içsel bakış açısıyla ilgilidir. Tanıma kuralının yetkililer tarafından içsel bakış açısıyla kabulü yani, sosyal olgu konusu olması, ona sosyal kural olma özelliği kazandırmaktadır. Yetkililer aynı şekilde, geçerlilik kriterinin, örneğin ahlakiliği içermesi gerektiğini de yine içsel bakış açısıyla kabul ederler;[491] yani böyle bir durumda yetkililer geçerlilik kriterinin ne olduğu konusunda hemfikirdirler. Bu kriterin ahlaki nitelikte olmasına, diğer bir ifadeyle içerikli olmasına bağlı olan sorunlar, yetkililerin bu özelliğe sahip bir geçerlilik kriterinde karar kılmalarından bağımsız bir durumdur.

[489] COLEMAN, "Constraints on…", s.179-180
[490] HART, The Concept..., s.258
[491] SILTALA, A Theory…, s.222

Geçerlilik kriterinde içeriği tartışmalı olan ahlaki ilkelere yer verilmesi söz konusu olduğunda, *Hart*'a göre geçerlilik kriterinin ne olduğuna ilişkin bir tartışma çıkmamakta, dolayısıyla tanıma kuralının da sosyal kural olma özelliği etkilenmemektedir. Tanıma kuralının fonksiyonu, geçerlilik kriteriyle modern hukuk sistemlerinde doğru yargısal kararlar verilebilmesinin dayanağını oluşturmaktır. Ancak *Hart* yetkililerin tanıma kuralındaki kriterin yerine getirilip getirilmediği konusunda tartışma yaşayabileceklerini kabul etmektedir ki, bu uygulamayla ilgili bir konudur.[492] Tanıma kuralının uygulamasında anlaşılamaması, tanıma kuralında anlaşılmış olmasını etkilemez. Hatta *Hart*'a göre tanıma kuralının uygulamasında uzlaşılamaması, tanıma kuralına hiç sahip olunmamasından daha iyi bir durumdur.[493] Böylece *Hart* geçerlilik kriterinin uygulanmasıyla ilgili konularda yetkililerin görüş ayrılığına düşebilmelerini, hukuk uygulamasına ilişkin doğal bir durum olarak görmektedir. *Hart* için önemli olan, geçerlilik kriterinin ne olduğunun belirlenmesinde yetkililerin bir tartışma yaşamaması, kriter konusunda bir kabule varmalarıdır. Geçerlilik kriterinin uygulanmasıyla ilgili olarak ise, anlaşmazlık yaşanması *Hart*'a göre mümkündür.

Hart bu açıklamaların, tanıma kuralının konvansiyonel olamayacağı iddialarına verilecek cevapla da ilgili olduğunu ileri sürmektedir. Tanıma kuralı, konvansiyonel kural olma özelliğini ahlaki ilkelere yer verdiği takdirde de sürdürmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi tanıma kuralının geçerlilik kriterinin ne olduğunun belirlenmesi, yetkililer arasındaki bir konvansiyona dayanmaktadır. Yani tanıma kuralının konvansiyonu gerektirdiği durum *Hart*'a göre, kriterin belirlenmesi aşamasıdır. Bu koşulların yerine getirilmesi, tanıma kuralını konvansiyonel bir kural yapmaktadır. *Hart* kriterin uygulanmasına ilişkin aşamada ise yetkililer arasında bir konvansiyon aramamaktadır. Ahlaki ilkelerin tartışmayı içerebilmesi nedeniyle, uygulanmaları sırasında yetkililer arasında bir uzlaşma yaşanamaması ihtimal dahilindedir.[494] Bu konuyu daha detaylı bir şekilde ortaya

[492] HART, The Concept..., s.258
[493] ZIPURSKY, "The Model…", s.222
[494] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.172

koyan düşünür *Coleman*'dır. Bu nedenle *Coleman*'ın görüşleri ayrı bir başlık altında ele alınacak ve değerlendirilecektir.

2- Coleman'ın Değerlendirmeleri

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi *Coleman*, geçerlilik kriterinin sosyal kaynağa dayanmadığında, konvansiyonel tanıma kuralının sosyal bir kural olamayacağını ileri süren görüşlere özellikle de *Dworkin*'e cevap vermek ister. Bu görüşlere göre ahlakilik tartışmalı olduğu için, konvansiyonun öngördüğü konsensusu sağlayamaz.[495] Bunun yanında *Coleman*'ın ortaya koyduğu formülün esasen bir genellik içerdiği ve hem kaynağa hem de ahlakiliğe dayanan geçerlilik kriterlerini kapsadığı da ileri sürülebilir. *Coleman*, tanıma kuralında yaşanacak anlaşmazlık konularına göre bir ayrım yapmakta ve konuyu tanıma kuralının içeriği, yani geçerlilik kriterinin tespit edilmesi ile tanıma kuralının uygulanması yönünden ele almaktadır.[496] *Coleman*'a göre tanıma kuralına ilişkin olarak yaşanacak anlaşmazlık ya tanıma kuralının içeriğine ilişkin olabilir ya da tanıma kuralının uygulanması aşamasında doğabilir.[497] *Coleman*'ın düşüncesinde asıl önemli olan tanıma kuralının içeriğine ilişkin bir anlaşmazlık yaşanmamasıdır. Aksi durumda konvansiyon oluşmayacaktır. Bu nedenle yetkililer bir hukuk sisteminin tanıma kuralı belirlenirken, konvansiyonu arama konusunda özen göstermelidirler.[498] Uygulamayla ilgili uyuşmazlık yaşanması ise mümkündür ve bu durum konvansiyonu engellememektedir. *Coleman*'ın bu ayrımı *Hart*'ın görüşleri doğrultusunda yaptığı ve geliştirdiği söylenebilir.

a- Tanıma Kuralının İçeriğinde Yaşanan Anlaşmazlık

Uyuşmazlıkların birinci türü, tanıma kuralının içeriğine ilişkindir. Geçerlilik kriterinin neyi öngördüğü hakkında yetkililer anlaşamamaktadır. Yetkililer geçerlilik kriterinin ahlakiliği mi içerdiği yoksa kaynağa mı dayandığı konusunda hemfikir değillerdir. Bu durum tanıma kuralının kendisini tartışmalı bir kural haline

[495] WALUCHOW, "In Pursuit…", Book Review, s.141
[496] COLEMAN, "Negative and…", s.156-157
[497] SHAPIRO; "On Hart's…", s.166
[498] BIX, "Patrolling the…", s.28

getirmektedir; zira neyin tanıma kuralı olduğu belirsizdir.[499] Örneğin bir tanıma kuralı sosyal kaynağa dayanabilir. Bu durumda kaynaklar tezi, zaten tanıma kuralıyla ilgili bir tartışma doğmayacağını öngörmektedir. Ancak *Coleman*'a göre yetkililer tanıma kuralının kaynağa dayanıp dayanmadığı konusunda uyuşamayabilirler. Bu ihtimalde sosyal kaynağı da içerse, tanıma kuralında tartışma yaşanması mümkün hale gelmektedir.

Aynı durum geçerlik kriterinin ahlakiliğe gönderme yapmasında da söz konusudur. Yetkililer tanıma kuralının ahlakiliği içerdiği konusunda anlaşamayabilirler. İster sosyal kaynağa dayansın ister ahlaki ilkeleri referans göstersin, yetkililer neyin geçerlilik kriteri olduğu konusunda bir uyuşmazlık yaşamaktadırlar. Tanıma kuralının ne olduğu konusunda yetkililer arasında bir konsensus bulunmamaktadır. Bu durumda tanıma kuralında konvansiyon da söz konusu olamamaktadır.[500]

b- Tanıma Kuralının Uygulanmasında Yaşanan Anlaşmazlık

Tanıma kuralı hakkındaki diğer anlaşmazlık ise uygulama alanında söz konusu olabilir. *Coleman* yetkililerin tanıma kuralının uygulamasına ilişkin bir anlaşmazlık yaşamasını mümkün görmekte ve kabul etmektedir.[501] *Coleman*'ın bu ayrımının sadece içerikli kriterleri ilgilendirdiği söylenebilir. *Coleman* içerikli bir tanıma kuralının tartışma doğuracağı ve bu nedenle konvansiyonu oluşturmayacağı ve dolayısıyla sosyal kural olamayacağı iddiasını karşıladığı için, esas olarak bu ayrım üzerinde durmaktadır.

Coleman'a göre tanıma kuralının uygulanmasında anlaşmazlık doğabilmesi için, öncelikle yetkililerin tanıma kuralının neyi içerdiği konusunda uzlaşmış olmaları gerekir. Diğer durumun tersine, burada tanıma kuralının içeriği hakkında konsensus vardır. Konu, belirlenmiş geçerlilik kriterinin uygulanmasıyla ilgilidir. Yetkililer

[499] WALUCHOW, "In Pursuit…", Book Review, s.142
[500] COLEMAN, "Negative and…", s.156-157
[501] WALUCHOW, "In Pursuit…", Book Review, s.141-142

tanıma kuralının ne olduğu konusunda anlaşmış, ancak uygulamasına ilişkin olarak bir tartışma yaşamaktadırlar. Örneğin içerikli bir tanıma kuralı, "doğru olan ahlaki ilkeler geçerlidir" şeklinde düzenlenmiş olabilir. Yetkiler bu tanıma kuralının ahlakiliği içeren bir kritere yer verdiği konusunda hemfikirdir. Ancak yetkililer kriterin uygulanmasında uzlaşamayabilirler. Ahlaki ilkelerin alanı yani bu kritere hangi ahlaki ilkelerin girdiği veya ahlakiliğin anlamı konusunda anlaşmazlık doğabilir. Yetkililerin hukuk uygulamasında farklı sonuçlara varmaları, farklı geçerlilik kriterine dayandıkları anlamına gelmez. Zaten hangi ahlaki ilkelerin tanıma kuralının gereklerini karşıladığını araştırmaları, ahlakiliğin geçerlilik kriteri olduğunu kabul etmeleri anlamına da gelmektedir. Burada yetkililer arasında uygulama konusuna ilişkin bir konsensus bulunmamaktadır.[502] *Coleman*'a göre konvensiyonu sağlayan, tanıma kuralında anlaşılmış olunmasıdır. Yetkililer tanıma kuralının ne olduğunu, yani tanıma kuralının ahlakiliği içerdiğini içsel bakış açısıyla kabul etmektedir.[503] Uygulamada konsensusa varılmaması ise, konvansiyonu engelleyecek bir durum yaratmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, *Coleman* hukuki geçerlilik şartı olarak ahlaki ilkelerin içeriğine yer veren tanıma kuralının kendisinde tartışma olmayabileceğini belirtmektedir.[504] *Coleman*'ın bu görüşü, onun konvansiyonel hukuk anlayışı çerçevesinde tanıma kuralının sosyal bir kural olduğu iddiasını da desteklemektedir. Bu bakımdan *Coleman* ahlakiliğe gönderme yapan tanıma kuralının, sosyal kural olma özelliğini kaybetmeyeceği inancındadır.[505]

II- Tanıma Kuralının Epistemik Fonksiyonu: Hukuki Geçerlilik Kriteri Olma ve Hukuku Belirleme

A- Dworkin'in Eleştirileri

Dworkin'in tanıma kuralı hakkındaki itirazlardan diğeri de tanıma kuralının epistemik fonksiyonuyla ilgilidir. Pozitivist anlamda tanıma kuralı, bir toplumda hukukun belirlenmesini sağlar; yani, bireyler hukukun ne olduğunu ve onlar için neyi gerektirdiğini, tanıma kuralına başvurarak belirleyebilirler. *Dworkin*'e göre

[502] COLEMAN, Jules; "Negative and…", s.156-157
[503] SILTALA, ATheory…, s.222
[504] COLEMAN, "Negative and…", s.156-157
[505] COLEMAN, "Rules and…", s.720-722

ahlakiliğe hukuk içinde yer vermek ise, ahlakiliğin tartışmalı doğasından ötürü, tanıma kuralının epistemik fonksiyonunu yerine getirmesini de imkansız kılmaktadır. Gerçekte *Hart*'ın tanıma kuralını getiriş amaçlarından en önemlisi, hukuki kesinliği sağlamaktır. Hatırlanacağı gibi *Hart*'a göre sadece birincil kurallardan oluşan bir toplumda, neyin hukuk kuralı olduğuna dair bir belirsizlik veya kesin olmayış söz konusu olacaktır. İşte tanıma kuralı bu anlamda, hukuki bakımdan kesinlik bulunmayışını önlemeyi amaçlamaktadır. Ancak tanıma kuralında ahlaki ilkelere veya değerlere yer verilmesi, *Dworkin*'e göre, bu kuralın hukuki kesinliği sağlama amacıyla bağdaşmamaktadır.[506]

B- Coleman'ın Değerlendirmeleri

Tanıma kuralını epistemik fonksiyonları açısından değerlendiren düşünür *Coleman*'dır. *Coleman, Dworkin*'in ahlakiliği içeren tanıma kuralının epistemik fonksiyonlarının geçerli olamayacağı görüşüne karşı, bu konu üzerinde durmaktadır. Tanıma kuralının epistemik fonksiyonlarından söz eden *Hart*'tır. *Coleman*, *Brian Leiter* ile birlikte *Hart*'ın görüşlerinden yola çıkarak tanıma kuralının epistemik fonksiyonları arasında bir ayrım yapmıştır.[507] Buna göre tanıma kuralının epistemik fonksiyonu ikiye ayrılmaktadır; bunlar hukuku belirlemek ve geçerlilik kriteri oluşturmak.[508]

Geçerlilik kriteri olma ve hukuku belirleme fonksiyonları birlikte değerlendirilecek olursa, tanıma kuralı bireylerin, toplumlarının hukukunun ne olduğunu öğrenmelerini sağlayacak bir geçerlilik kriteri belirlemektedir.[509] Konuyu açıklamaya geçmeden önce, bu fonksiyonların muhatabı olan sujelerin farklı olduğunu hatırlatmakta yarar vardır. Geçerlilik kriterinin muhatabı bir hukuk sisteminde yer alan yetkililerdir. Teknik bir konu olarak tanıma kuralının geçerlilik kriterini tespit edip uygulamak yetkililere ait bir görevdir.[510] Tanıma kuralının

[506] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.159
[507] BIX, "Patrolling the…", s.26
[508] COLEMAN, "Negative and…", s.141
[509] COLEMAN, "Rules and…", s.719
[510] SEBOK, "Finding Wittgenstein…", s.106

hukuku belirlemesi ise, bir toplumu oluşturan bireylere yönelik bir fonksiyondur. Bireyler tanıma kuralı aracılığıyla neyin hukuk kuralı olduğu hakkında fikir sahibi olurlar. *Hart*'ın tanıma kuralının temel fonksiyonunun geçerlilik kriteri olduğunu belirtmesine *Coleman* da katılmaktadır.[511] Tanıma kuralının geçerlilik kriteri oluşturma fonksiyonu doğrultusunda, bu kriterin kaynağa dayanması ile ahlakiliği içermesi epistemik yönden farklı sonuçlar doğurmaktadır. Konuyu öncelikle sosyal kaynağı içeren tanıma kuralı açısından ele almak mümkündür.

1- Sosyal Kaynağı İçeren Tanıma Kuralı Açısından

Kaynağa dayalı bir standart söz konusu olduğunda, bir kuralın o hukuk sistemine ait olduğunu belirlemek için, bireylerin sadece tanıma kuralına başvurmaları yeterlidir. Hemen her birey konuyu kavrayabilecek ve tanıma kuralına bakarak hak ve görevlerinin ne olduğunu anlayabilecektir. Bu durumu epistemik fonksiyonlar açısından değerlendirecek olursak, öncelikle sosyal kaynağa dayandığı için geçerlilik kriteri açısından bir sorun doğmamaktadır. [512] Zira geçerlilik kriterinin ne olduğu bellidir, yani dayanağın sosyal kaynak olduğu konusunda yetkililer arasında bir fikir birliği vardır. Bu kaynağın neyi ifade ettiği, bireyler yönünden de açıktır. Bu şekildeki bir geçerlilik kriteri, tartışmalı olmadığı için bireyler yönünden söz konusu olan hukuku belirleme fonksiyonu da etkilenmemektedir.[513] Diğer bir ifadeyle, kaynağa dayanan bir tanıma kuralının epistemik fonksiyonları açısından genel olarak bir problem doğmamakta, yani geçerlilik kriteri oluşturma ve hukuku belirleme fonksiyonları tam olarak işlerlik kazanmaktadır. Sosyal kaynaklar tezinin ön kabulüne uygun düşen bu görüşleri *Coleman* prensipte kabul etmektedir.[514] Ancak *Coleman* öncelikle, geçerlilik kriteri sosyal kaynağa da dayansa, yetkililerin bu konuda uzlaşamama ihtimallerinin olduğu ve geçerlilik kriteri fonksiyonun yerine gelemeyeceği varsayımına dikkat çekmektedir. Ayrıca *Coleman*, kaynaklar tezinde de anlaşmazlık doğabileceğini ve bireylerin bu durumda hukukun ne

[511] BIX, "Patrolling the…", s.25-27
[512] COLEMAN, "Rules and…", s.719-720
[513] BIX, "Patrolling the…", s.25-27
[514] COLEMAN, "Rules and…", s.719-720

olduğunu anlamalarında bir karmaşa yaşayabileceklerine vurgu yapmaktadır. Böyle bir ihtimalde tanıma kuralının hukuku belirleme fonksiyonu da etkilenmiş olacaktır.

2- Ahlakiliği İçeren Tanıma Kuralı Açısından

a- Geçerlilik Kriteri Olma Fonksiyonu

Coleman tanıma kuralının ahlakiliği içeren bir standardı öngörmesi durumunda, epistemik fonksiyonlar açısından farklı bir değerlendirme yapmaktadır. Tanıma kuralının geçerlilik kriteri olma fonksiyonu açısından konu, *Coleman*'ın tanıma kuralında yaşanabilecek anlaşmazlıklarda yaptığı ayrımla ilgilidir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu ayrımlardan olan tanıma kuralının içeriği yani, ne olduğunun tespiti, *Coleman*'a göre asıl önemli konudur.[515] Geçerlilik kriteri yetkililerle ilgili bir fonksiyondur. Geçerlilik kriteri yetkililerin doğru yargısal kararlarının dayanağını oluşturur;[516] eğer yetkililer geçerlilik kriterinin ahlakiliğe gönderme yaptığı konusunda uzlaşmışlarsa, geçerlilik kriteri fonksiyonu yerine getirilmiş demektir. Zira kriterin uygulamasına ilişkin tartışma yaşanması mümkündür ve fonksiyonu etkilememektedir.[517] Burada yine *Coleman*'ın öngördüğü ihtimallerden konuya ilişkin olanını değerlendirmek mümkündür. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi ahlakiliği içeren bir geçerlilik kriterinin, ahlaki ilkelerin içeriğine dayanmaması da söz konusu olabilir. Bu taktirde *Coleman*'a göre, ahlakiliği içeren bir tanıma kuralının uygulanmasında da tartışma yaşanmaması gündeme gelebilecektir. Ancak önemli olan tanıma kuralının belirlenmesi olduğundan, geçerlilik kriteri olma fonksiyonu yönünden bu varsayım bir farklılık yaratmamaktadır. Ayrıca ahlakiliği içerse de böyle bir seçenekte tartışma söz konusu olmayacağından, bireylerin kurallar hakkında bilgilendirilme hakkı da korunmuş, dolayısıyla tanıma kuralının hukuku belirleme fonksiyonu da gerçekleşmiş olacaktır. Yani *Coleman*'a göre ahlakiliği içeren bir tanıma kuralının, hiçbir yönden tartışmalı olmaması da mümkündür. Hukukun belirlenmesi fonksiyonunu ortaya koymadan önce, geçerlilik kriterine ilişkin fonksiyonun genel olarak ele alınması açıklayıcı olacaktır.

---

[515] BIX, "Patrolling the…", s.25-27
[516] HART, The Concept..., s.258
[517] BIX, "Patrolling the…", s.25-27

Esasen tanıma kuralı sosyal kaynağa da dayansa ahlakiliği de içerse, geçerlilik kriteri olma fonksiyonu açısından yapılacak bir değerlendirme sonucu değiştirmemektedir. Öncelikle her iki tür kriter açısından da tanıma kuralının içeriğine ilişkin bir sorun yaşanmamaktadır; çünkü neyin geçerlilik kriteri oluşturduğu konusunda bir belirlilik vardır. Geçerlilik kriterinin muhatabı olan yetkililer, tanıma kuralının içeriğine ilişkin bir anlaşmazlık yaşamamaktadır. Aynı durum tanıma kuralının uygulanması aşaması için de söz konusudur. Geçerlilik kriterinin hiçbir türü için uygulama aşaması sorun doğurmamaktadır. Zira *Coleman, Hart*'ın görüşleri doğrultusunda, tanıma kuralının tespit edilmiş geçerlilik kriterinin uygulanmasına ilişkin uyuşmazlık yaşanabileceğini kabul etmektedir. Özellikle ahlakiliği içeren geçerlik kriterinin gerektirdikleri hakkında anlaşmazlık yaşanması mümkündür. Bununla birlikte *Coleman*, sosyal konuların da kesin ve belirli olmadığını ve sosyal kaynağa dayanan tanıma kuralının uygulanmasıyla ilgili olarak da tartışmalı konular olabileceğini ileri sürmektedir. Ancak esas sorun doğuracak olan, tanıma kuralının ne olduğu konusunda uzlaşılamamış olunmasıdır. Böyle bir durum söz konusu olmadığı sürece, sözünü ettiğimiz diğer her koşulda, tanıma kuralının epistemik yönden geçerlilik kriteri oluşturma fonksiyonu etkilenmemektedir. Bu anlamda *Coleman*'ın asıl olarak hukukun belirlenmesi fonksiyonunu sorunlu gördüğü ve bunun üzerinde durduğu ileri sürülebilir.

b- Hukuku Belirleme Fonksiyonu

Ahlakiliği içeren tanıma kuralının hukuku belirleme fonksiyonu, *Coleman*'ın tanıma kuralına ilişkin yaptığı değerlendirmelerin en önemli yönünü oluşturmaktadır. *Coleman*, konuya ilişkin olarak bir ayrım yapmakta ve epistemik yeterlilik kavramını getirmektedir. *Coleman*'ın hukuku belirleme fonksiyonunu, esas olarak ahlakiliğe ilişkin tartışmalı konular açısından ele aldığı ileri sürülebilir.

Hukukun belirlenmesi fonksiyonu bir toplumdaki bireylerle ilgilidir. Bireyler yaşadıkları toplumun hukukunu tanıma kuralına başvurarak öğrenirler.[518] Sosyal

[518] BRESLIN, Jonathan M.; "Making Inclusive Positivism Compatible with Razian Authority", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:14, No:1, January 2001, s.136

kaynaklar tezini geçerlilik kriterinde de arayan görüşler, ahlakiliği içeren bir tanıma kuralının hukuku belirleme fonksiyonunun yerine gelemeyeceğini savunurlar. Zira genel kabule göre, ahlakilik genel olarak tartışmalı bir alandır. Bireyler için ahlakiliği içeren bir tanıma kuralı rehber olduğunda, bir belirsizlik doğabilir.[519] *Coleman* ise, bir esnek hukuki pozitivist olarak, ahlakiliğin geçerlilik kriterinde yer alabileceğini kabul etmektedir. *Coleman* konuyu daha geniş bir açıdan değerlendirmekte ve tartışmalı ahlakilik konuları kadar tartışmalı olmayan ahlaki ilkelerinden de varlığından yola çıkmaktadır. *Coleman* için önemli olan bir standardın tartışma yaratıp yaratmadığıdır. Ahlakiliği de içerse, bireyler bir standarda bakarak hukukun ne olduğunu anlayabiliyorlarsa, hukukun belirlenmesi fonksiyonu sağlanmış olacaktır. Bu durum *Coleman*'ın getirdiği epistemik yeterlilik kavramıyla ilgilidir.[520]

Coleman'a göre epistemik yeterlilik, sosyal kaynak açısından söz konusu değildir. Sosyal kaynağa dayanan standartlar, prensipte epistemik yeterliliğe sahiptir. Hukukiliğin içeriksiz herhangi bir kriterinin, epistemik açıdan yeterli olabileceği bir ön kabuldür. Esas sorun, içerikli standartların epistemik yönden yeterli olup olmadığıdır. *Coleman* bu tespitin yapılabilmesi için öncelikle iki kavramın birbirinden ayrılması gerektiğini ileri sürer. Ona göre bir standardın içerikli olması ile epistemik yeterlilik kavramı, diğer bir ifadeyle o standardın epistemik yönden yeterli olup olmaması farklıdır. Bir standardın içerikli olması, o standarda göre neyin hukuk olduğunun, normun (kaynağına değil) değerine bakarak belirlenmesidir. Bir standardın epistemik olarak yeterli olması ise bireylerin hem toplumun hukukunun hem de kendi hak ve ödevlerinin neler olduğunu anlamalarını sağlayabilmesidir.[521]

Coleman neyin hukuk olduğunun tespitinde, içerikli bir standardın geçerli olmasının hukukun belirlenmesi fonksiyonu yönünden problem yaratması ihtimalini kabul eder. Ancak *Coleman*'a göre bazı içerikli standartların epistemik olarak

[519] SEBOK, "Is the…", s.1555-1556
[520] COLEMAN, "Rules and…", s.719-722
[521] COLEMAN, "Rules and…", s.720

yeterli olması da mümkündür.[522] Bir normun değeri tartışma yaşanmasını gerektirmeyebilir ve sonuçta hukuki geçerlilik olarak değerlendirme yapmayı gerektiren kriter, epistemik yönden sorun çıkarmayabilir. Örneğin bazı toplumlar ne olduğu belirli somut ahlaki değerlere sahip olabilir. Bu temel değerlerin, soyut nitelikte olmadığı için, bireyler yönünden neyi ifade ettiği açıktır. Eğer bir tanıma kuralı ahlaki standartları referans gösteriyorsa ve bu ahlaki ilkeler toplumun tümü tarafından aynı şekilde anlaşılıyorsa, hukukiliğin de doğru anlaşıldığı söylenebilir. *Coleman*'a göre, bu tür standartlar epistemik olarak yeterli olanlardır ki *Coleman* bu tür içerikli tanıma kurallarının, hukuku belirleme fonksiyonuna sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.[523]

Epistemik yönden yetersiz standartların nasıl değerlendirileceği ise *Coleman*'ın teorisi açsından önem arzeden bir durum oluşturmaktadır. Örneğin *Coleman*'a göre bir tanıma kuralı, o toplumda doğru olan ahlaki ilkelerin geçerli olduğunu içerebilir. Özellikle gelişmiş ve çok kültürlü toplumlarda bu tür ucu açık ve soyut bir standart üzerinde toplumun uzlaşması ve aynı şeyi anlaması kolay değildir. Hatırlanacağı gibi tanıma kuralında yaşanacak anlaşmazlıkla ilgili başlıkta da verdiğimiz bu örnekle ilgili olarak, *Coleman* kriterin uygulanması aşamasında yetkililerin tartışma yaşayabilmesini kabul etmekteydi. Oysa aynı örnekle ilgili olarak *Coleman*, bireyler tarafından neyin hukuk olduğunun anlaşılamayacak olması nedeniyle, bu tür tartışmalı bir tanıma kuralının epistemik yeterliliğini kabul etmemektedir.[524]

Epistemik yeterlilik geçerlik kriteri açısından ele alındığında ise *Coleman* geçerlilik kriterinde epistemik yeterliliği aramamaktadır. Zira *Coleman*'a göre geçerlilik kriterinde epistemik yeterliliği aramak, geçerlilik kriterinin ahlakiliği içeremeyeceğini, sadece sosyal kaynağa dayanabileceğini kabul etmekle aynı anlama gelecektir.[525]

---

[522] SEBOK, "Is the…", s.1556
[523] COLEMAN, "Rules and…", s.721
[524] COLEMAN, "Rules and…", s.720
[525] SEBOK, "Is the…", s.1556

SONUÇ

Hukuki pozitivizm, bir hukuk sisteminde hangi kuralların sistemin parçası olduğunu, hangilerinin olmadığını belirleyecek bir hukuki geçerlilik kriterinin bulunması üzerinde durur.[526] *Hart* da bir hukuki pozitivist olarak bu anlayışın gereğini en iyi şekilde, öngördüğü tanıma kuralıyla yerine getirmiştir. Oluşturduğu hukuk teorisi çerçevesinde gerek tanıma kuralına ilişkin unsurlar gerekse getirdiği diğer kavram ve ayrımlar, hukuk felsefesi alanında önemli yenilikler ve katkılar sağlamıştır.

Tanıma kuralı *Hart*'ın hukuk sistemindeki en önemli kuralı oluşturmaktadır. Esasen kural kavramı *Hart*'ın teorisinde belirleyici bir rol üstlenmektedir. *Hart* hukuku bir kurallar bütünü olarak kabul eder. Emir teorilerini ve *Austin*'i haklı olarak eleştirmesinin temelinde de kural kavramını içermemeleri yer almaktadır. *Austin*'in hukuku egemenin çıkardığı müeyyide öngören emirler bütünü olarak tanımlaması, *Hart*'a göre hukuku tanımlamak ve analiz etmek için yeterli değildir. Ona göre *Austin*'in egemen tanımı bir hukuk sisteminde olması gereken kural koyma yetkisinin sürekliliğini ve kuralların kalıcılığını sağlayamamaktadır. Bu fonksiyonların gerçekleşmesi ancak bir kuralla düzenlendikleri taktirde mümkün olabilir. Ayrıca *Hart*'a göre hukukun sadece müeyyide içeren emirlerden oluştuğu şeklindeki tanımlaması da kural kavramının ve farklı kural türleri olduğunun yadsınması anlamına gelmektedir. Hukuk kuralları sadece müeyyide öngören ve emredici nitelikteki ödev yükleyen kurallardan oluşmaz. Bireylere yükümlülük yükleyen kuralların yanı sıra yetki veren normlar da vardır. Böylece Hart yaptığı bu ayrımla, hukukun karmaşık bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir. Bireylerin davranışlarını yönlendirmede hukukun en temel unsuru da müeyyide değildir. Hukuk kurallarına uyulmasının bireyler tarafından müeyyide içerdikleri için değil, kendi istekleriyle kabul edilmesi bizce de *Hart*'ın hukuk teorisinin en önemli yönünü oluşturmaktadır; içsel bakış açısı olarak ifade ettiği bu konu, kural tanımının da temel unsurudur.

[526] BIX, Jurisprudence Theory…, s.39

Hart hukuk kurallarını sosyal kuralların bir türü olarak tanımlamakta ve alışkanlıklardan ayırmaktadır. Sosyal bir kural bireyler açısından davranışlarının standardı olarak kabul edilir. Kurallara uyulmaması eleştiri için haklı bir neden oluşturur; ancak bunlar yeterli değildir. Bireyler kuralları, uyulmadığı taktirde hem kendilerinin hem de başkalarının davranışları için bir eleştiri standardı olarak kabul ettikleri taktirde bir sosyal kuraldan söz edilebilir. Bu unsur alışkanlıkları sosyal kurallardan ayıran içsel bakış açısıdır.

İçsel bakış açısının iki fonksiyonu olduğu söylenebilir. Öncelikle *Hart*, bir toplumda bireylerin çoğunluğunun bir hukuk düzeninin var olması gerektiğine inandıklarını ve müeyyideyi düşünmeksizin kurallara uymayı istediklerini göstermektedir. Nitekim yükümlülük kavramını getirerek, hukukun emredici nitelikten çok yükümlülük yüklediğine dikkat çekmektedir. Bu durumda bireyler kendilerini kurallara uymakla yükümlü kılarlar. Emir teorilerinin zorlayıcılığı ise, kişiyi kurallara uymakla yükümlü kılar. *Hart* kurallara uymak istemeyenlerin bu durumunu dışsal bakış açısı olarak tanımlar. Bu nedenle *Hart*'ın içsel ve dışsal bakış açısı ayrımı, teorisinde çok önemli bir yere sahiptir. İçsel bakış açısının ikinci fonksiyonu ise, en önemli ikincil kural olan tanıma kuralının varlık koşulunu oluşturmaktadır.

Hart hukukun birincil ve ikincil kurallar birliğinden oluşan bir sistem olduğunu ve bu birliğin çok büyük öneme sahip bulunduğunu kabul etmektedir. Hart'ın hukuk kurallarına ilişkin bu ayrımı bir yenilik olarak, hukuk felsefesine yaptığı en önemli katkılardan birini oluşturmaktadır. Birincil kurallar bireylere yükümlülük yükleyerek, neyi yapmaları veya yapmamaları konusunda onların davranışlarını yönlendirir. İkincil kurallar ise birincil kurallar hakkındaki kurallardır. İkincil kurallar bir hukuk sistemindeki kuralları belirler, değiştirir ve bunlara ilişkin uyuşmazlıkları çözümler. *Hart*'a göre sadece birincil kurallardan oluşan bir toplumda, bağlayıcılığını bireylerin kabulünden alan ve diğer sosyal kurallardan ayırt edilemeyen hukuk kuralları bir sistem oluşturamazlar. Bu nedenle böyle hukuk öncesi bir toplumda rejim belirsiz ve statiktir. İşte *Hart* bir toplumun hukukunun bir

birlik ve sistem oluşturması ve belirsizliğin ortadan kalkması için, diğer ikincil kurallarla birlikte tanıma kuralının varlığını öngörmüştür.

Hart tanıma kuralını varlığı hukuk sistemindeki yetkililerin pratiğine yani içsel bakış açısıyla kabullerine dayanan, konvansiyonel nitelikte bir sosyal kural olarak tanımlamaktadır. Kabul edilme tanıma kuralının sosyal olgu boyutunu oluşturmaktadır.

Bir hukuk sisteminde bağlayıcılığını kabul edilmesinden alan tek kural, tanıma kuralıdır. İkincil kuralların da yer aldığı modern bir hukuk sisteminde artık hukuk kurallarının varlığından değil, geçerliliğinden söz edilir. Bu nedenle, tanıma kuralının olduğu bir sistemde vatandaşların birincil kurallara varlık kazandırmak için onları kabul etmelerine gerek kalmaz. Kurallar kabul edilmekle değil, tanıma kuralındaki geçerlilik kriterini yerine getirmekle geçerlilik kazanırlar. *Hart*'ın tanıma kuralının sosyal kural olma zorunluluğunu ararken, birincil kurallar açısından bunu zorunlu görmemesinin nedeni budur. Tanıma kuralının olduğu bir sistemde kabul, sadece tanıma kuralı ve diğer ikincil kurallar için aranır ve bunu yetkililer yerine getirir. Vatandaşlardan beklenen, birincil kurallara genel olarak uymalarıdır. *Hart* bu nedenle, bir hukuk sisteminin oluşabilmesi için asgari iki koşuldan birinin, birincil kurallara vatandaşlar tarafından genel olarak itaat edilmesi, diğerinin de tanıma kuralı ve diğer ikincil kuralların yetkiler tarafından kabul edilmesi olduğunu ileri sürmüştür.

Tanıma kuralı, hukuki pozitivizmin gereği olarak, bir hukuk sisteminde hangi kuralların hukuk olduğunu belirleyen ve kendi dışındaki normların geçerliliğini kendisinden aldığı normlar hiyerarşisindeki en üstün ve nihai kuraldır. Ayrıca tanıma kuralının yetkililer tarafından belirlenmesi ve konvansiyonel bir nitelik taşımasıyla, hukuki pozitivizmin öngördüğü hukukun ahlakiliğinden, yani içerdiği değerden bağımsız olarak ele alınması sağlanmış olup, hukukun ne olduğuyla ne olması gerektiğine ilişkin ayrım korunmuş olur.[527] Ancak *Hart* "**The Concept of Law**"da, hukukun tümüyle ahlaka indirgenemeyeceğini belirtmesine

[527] BIX, Jurisprudence Theory…, s.39

rağmen, tanıma kuralının öngördüğü geçerlilik kriterinde bir sınırlamaya gitmemektedir. *Hart*'a göre yetkililer karar verdiği taktirde tanıma kuralının ahlakiliği içerebilmesi mümkündür. Böylece *Hart*'ın getirdiği sistem hukuki pozitivizmin sınırları içinde kalarak, hem hukukta ahlakiliğe yer verilebilmesini olanaklı kılmış hem de pozitivizmin farklı formlarının doğmasına da yol açmıştır. *Hart*'ın hukuk teorisine getirilen en önemli eleştiriler de ahlakiliği içeren tanıma kuralına yöneliktir. Bazı görüşler tarafından, içerikli bir tanıma kuralının kendisine ve fonksiyonlarına ilişkin olarak çeşitli problemler doğacağı ileri sürülmüştür.

Tanıma kuralının içerikli olmasına yönelik en önemli eleştirileri *Dworkin* getirmiştir. *Dworkin* bu eleştirilerinde pozitivizmin temel tezlerini dayanak almaktadır. Bunlardan ilki, hukuki pozitivizmin kurallardan oluştuğudur. *Dworkin*'e göre pozitivizm kuralların yanı sıra ilkelere yer vermemekte ve tanıma kuralı, ilkelerin geçerliliğini sağlayamayacak pozitivist bir tanım içermektedir. Oysa birçok hukuki pozitivist hukukun sadece kuralardan oluştuğunu kabul etmemektedir. Nitekim *Raz* bu konuda *Austin*'in egemen tanımına başvurarak yasa koyucunun dilerse ilkeleri de hukuken bağlayıcı kabul edeceğini ileri sürer. *Hart* da hukukun ilkeleri de içerdiğini açıkça kabul etmektedir. *Dworkin*'in dayandığı diğer tez, pozitivizmin neyin hukuk olduğunu belirlemede bir kesinlik öngörmesidir. *Dworkin*'e göre bu durum, geçerlilik kriterinde pozitivizmin sosyal kaynağına dayanmakla sağlanabilir. Oysa tanıma kuralının tartışmalı bir yapıya sahip olan ahlakiliği içermesi, hukuk kurallarındaki belirlilik ve kesinliği ortadan kaldıracaktır. Esasen pozitivizmin tezine ilişkin bu görüşler günümüzde tüm hukuki pozitivistler tarafından kabul edilmemektedir. Birçok hukuki pozitivist bu klasik çizgiden ayrılmakta ve hukuki kesinlik ve belirliliğin tam olarak sağlanabileceğini savunmamaktadır. *Dworkin*'in eleştirisi, bu ilkenin pozitivizmin temel amacı olduğu kabul edildiği taktirde anlamlıdır. Ancak esnek hukuki pozitivistler, hukuki kesinliği ve belirliliğin önemini inkar etmeseler de, belirli oranda hukuki kesin olmayışa izin vermektedirler.[528] *Hart* da bu görüşlere katılmaktadır. *Hart*'ın tanıma kuralını getiriş amacı, hukukta kesinlik ve belirlilik olmayışı ortadan kaldırmaktır.[529] Ancak *Hart*

[528] UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin…", s.162, 169
[529] SUMMERS, "Prof. H. L. A…", s.638; HART, The Concept…", s.251-252

belirli oranda kesinlik olmayışını mümkün görmekte; hukuk kuralları ve ilkelerin belirli olmamasını "*açık metin*" olarak nitelendirmektedir.[530] Buna göre kurallar belirli bir anlama olduğu kadar belirsiz bir anlama da sahiptirler. Burada *Hart* açısından söz konusu olan durum hukuk sisteminin bütünüyle belirsiz ve kesin olmayışı değil, kurallara ilişkin olarak tam bir kesinliğin ve belirliliğin olmadığıdır.[531]

Burada hukuku sosyal olguya dayandıran pozitivizmin, geçerlik kriteri konusunda bir sınılandırmayı öngörmediği de hatırlatılmalıdır. Pozitivizm geçerlilik kriterinin sosyal kaynağa dayanmasını, bir gereklilik olarak görmemektedir.

İçerikli tanıma kuralının tartışmalı olması konusuyla ilgili olarak Coleman ve Raz, haklı görüşler ileri sürmektedir. Buna göre *Raz,* sosyal kaynak konularının da karışık olabileceğini ve ahlakiliği içermeyen tanıma kurallarında da tartışma çıkabileceğini kabul etmektedir. *Coleman* da bu görüşü paylaşmakta, ayrıca tartışmayı içermeyen ahlakilik konularının da olabileceğini belirtmektedir. Colaman'ın dikkat çektiği bir ihtimal de, içerikli bir tanıma kuralının ahlakiliğe yaptığı bir göndermenin tartışmalı olmayabileceğidir. Diğer bir ifadeyle, böyle bir tanıma kuralı, bir ahlaki ilkenin hukukiliğini içeriksiz özellikleriyle de düzenleyebilir. Bunlarla bağlı olarak, *Raz*'a göre sosyal kaynaklar tezinin de hukuki kesinlik ve belirliliği sağlama güvencesinin bulunduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. *Raz,* ayrıca katı bir hukuki pozitivist olarak, geçerlilik kriterinde sosyal kaynağa dayanılmasını aramaktadır. Ancak diğerlerinden farklı olarak, ahlaki ilkelerin geçerlilik kriteri oluşturmasına karşı çıksa da, yasama organının bu tür düzenlemeleri yapmasıyla hukukilik kazanabileceklerini kabul etmektedir.

Dworkin'in diğer bir eleştirisine göre, içerikli bir tanıma kuralının tartışmalı yapısı hem sosyal hem de konvansiyonel bir kural olmasına, pozitivist anlamda, olanak vermemektedir. Zira bu durumda tartışma, içsel bakış açısıyla kabul edilen

[530] VARGA, Csaba; Lectures on the Paradigms of Legal Thinking, Akadémiai Kiado, Budapest 1999,s.162-163
[531] SUMMERS, "Prof. H. L. A…", s.638; HART, The Concept…", s.251-252

benzeşen bir pratik oluşturamayacaktır. *Hart* açısından önemli olan ise, tanıma kuralının var olma koşullarının sağlanmasıdır; nitekim bu konuda bir ayrım yapmış ve yetkililerin tanıma kuralında öngörülen kriterin ne olduğu konusunda hemfikir olmalarının önemli olduğunu belirtmiştir. Geçerlilik kriterinin uygulanmasına ilişkin tartışma yaşanması ise, *Hart*'a göre mümkündür ve hukuki alana ilişkin bir gerçekliktir.

Coleman da *Hart*'ın bu konuda yaptığı ayrımı kabul etmiş ve geliştirmiştir. *Coleman*'a göre geçerlilik kriterinin içeriğinde çıkacak anlaşmazlık, tanıma kuralının konvansiyonel bir kural olmasını engelleyeceği için çok önemlidir. Bu durumda yetkililerin geçerlilik kriterinin ne olduğuna karar verememeleri, sosyal kaynağa dayanan tanıma kuralı açısından da söz konusu olabilecektir. Coleman'ın ve Hart'ın bu gerekçelerinin, yöneltilen eleştirileri karşıladıkları ileri sürülebilir.

Coleman'ın ele aldığı diğer bir konu da tanıma kuralının hukuki geçerlilik kriteri oluşturması ve hukuku belirlemesini içeren epistemik fonksiyonudur. *Coleman*'ın yaptığı ayrıma göre geçerlilik kriteri fonksiyonu açısından tanıma kuralının içerikli olup olmaması bir fark doğurmamamaktadır. Geçerlilik kriterini belirlemek yetkililerin görevidir ve yukarıda belirttiğimiz gibi kriterin gereklerine ilişkin olarak uygulamada tartışma yaşanabilir. Dolayısıyla ahlakiliğe yer veren tanıma kuralında hemfikir olunması halinde, geçerlilik fonksiyonu etkilenmemektedir. *Coleman*'ın ayrımında önemli olan epistemik fonksiyondur ve bunun muhatabı vatandaşlardır. *Coleman*'ın çıkış noktası, ahlakiliğin tümüyle tartışmalı olmamasıdır. Eğer vatandaşlar ahlakiliği içeren bir tanıma kuralının öngördüğü bir standarda başvurarak toplumlarının hukukunun ne olduğunu belirleyebiliyorlarsa, bu standart epistemik olarak yeterlidir. Bu durumda tanıma kuralının hukuku belirleme fonksiyonu da gerçekleşmiş olur. Ancak *Coleman*, standardın vatandaşlar açısından anlaşılmaz olduğu durumda epistemik yeterliliğin sağlanamayacağını ve bu tür tanıma kurallarının hukuku belirleme fonksiyonuna sahip olamayacağını kabul etmektedir.

Görüldüğü gibi *Hart*'ın tanıma kuralına yönelik çok farklı yönlerden eleştiriler ve değerlendirilmeler yapılmıştır. Bu tezde tanıma kuralına yöneltilen eleştiriler çerçevesinde, tanıma kuralının bir hukuk sistemini oluşturma ve kurallarını belirleme fonksiyonunu ne derecede yerine getirdiği ortaya konmaya çalışılmıştır. Tanıma kuralının tartışmalı yönlerinin olduğu doğrudur. Ancak yöneltilen eleştirilere, *Hart*'ın gerek kendisinin gerekse o konuda kendisine destek veren düşünürlerin cevaplarının pozitivist açıdan yeterli olduğu görülmektedir. Bunun en önemli nedeninin, esnek hukuki pozitivizmde de hukuk ve ahlak ayrımının korunmaya devam etmesi olduğu söylenebilir. Diğer bir ifadeyle, hukukilin ahlakiliğe göre belirlenmesinde de hukuk ve ahlak kavramsal olarak ayrı kategorileri oluşturmaktadır. Bir standardı hukuki kılan şey ile ahlaki kılan şey arasındaki fark aynı kalmaktadır. Ayrıca ahlakilik kriteri içeren tanıma kuralında da, sosyal kaynağa dayanan tanıma kuralında olduğu gibi, hukuk yine sosyal bir pratikten kaynaklanmaktadır.[532] Böylece tanıma kuralı sosyal kural olmaya devam etmektedir. Bu yönlerden tanıma kuralının hukuki pozitivizmin gereklerini yerine getirmiş olduğu ve bir hukuk sisteminin hukukunu belirleyerek, varlık ve birliğini oluşturabildiğini ileri sürmek mümkündür.

[532] UYGUR, Gülriz; "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", s.171

KAYNAKÇA

ADLER, Matthew D.; "Popular Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground U.S. Law" Norhwestern University Law Review, Vol:100, No:2, 2006

AKTAŞ, Sururi; Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, Liberte Yayınları, Ankara 2001

ALEXY, Robert; The Argument from Injustice-A Reply to Legal Positivism, Clarendon Press, Oxford 2002

ALLAN, James; "Is You Is or Is You Ain't Hart's Baby? Epstein's Minimum Content of Natural Law", Ratio Juris, Vol:20, No:2, June 2007

ARAL, Vecdi; "Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri", İÜHFY, İstanbul 1978

AUSTIN, John; Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, Vol:1, John Murray, Londra, 1940

BARBER**,** N. W.; "Sovereignty Re-examined:The Courts, Parliament, and Statutes", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:20, No:1, 2000

BAYLES, Michael D.; "Obedience to Lawful Authority", San Diago Law Review, Vol:15, No:4, July 1978

BAYLES, Michael D; (The Legal Point of View, Robert A. Samek, New York: Philosophical Library, 1974), Book Review, Wayne Law Review, Vol:21, 1974-1975

BENDITT, Theodore M; "Legal Theory and Rules of Law", Western Ontario Law Review, Vol:12, 1973

BENDITT, Theodore M.; "A Functional Theory of Law", West Ontario Law Review, Vol:14, 1975

BINDREITER, Uta U.; "Presupposing the Basic Norm" Ratio Juris, Vol:14, No:2, June 2001

BIX, Brian; Jurisprudence Theory and Context, Carolina Academic Press, Third Edition, North Carolina, 2004

BIX, Brian; "H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory", S.M.U. Law Review, Vol:52, 1999

BIX, Brian; "Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:12, No:l, January 1999

BLACKMAN, M.S.; "Harts Idea of Obligation and His Concept of Law", The South Africa Law Journal, Vol:19, 1997

BLACKSHIELD, Anthony, R.; "Hart's Concept of Law", Archiv Für Recht und Sozialphilosophia, Vol: 48, 1962

BODENHEIMER, Edgar; "Seventy-Five Years of Evolution in Legal Philosophy", The American Journal of Jurisprudence, Vol:23, 1978

BRESLIN, Jonathan M.; "Making Inclusive Positivism Compatible with Razian Authority", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:14, No:1, January 2001

BRUBAKER, Stanley C.; "The 'Rights Revolution'- Conserving the Constitution", Constitutional Bicentennial Symposium, (Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, Richard Epstein, Cambridge: Harvard University Press, 1985), Book Review, Law and Social Inquiry, Vol:12, No:1, 1987

CAMPBELL, Tomd; "Democracy, Human Rights, and Positive Law", Sidney Law Review, Vol:16, 1994

CAPLAN, Russell L.; (Legal Reasoning and Legal Theory, Neil Mac-Cormick, Oxford:The Clarendon Press, 1978), Book Review, Harvard Law review, Vol:93, 1979-1980

COHEN, Julius; "The Myth of Neutrality in Positive Legal Theory: Hart Revisited", American Journal of Jurisprudence, Vol:31, 1986

COLEMAN, Jules; "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004

COLEMAN, Jules - LEITER, Brian.; "Legal Positivism", Philosophy of Law, Edited by: Joel Feinberg- Jules Coleman, Seventh Edition, Thomson-Wadsworth 2004

COLEMAN, Jules; "The Methodology of Theory Construction in Jurisprudence", APA Newsletters, Vol:00, No:2, Spring 2001

COLEMAN, Jules; "The Conventionality Thesis", Philosophical Perspectives, Vol:11, 2001

COLEMAN, Jules; "Constraints on the Criteria of Legality", Legal Theory, Vol:6, Cambridge University Press, 2000

COLEMAN, Jules; "Rules and Social Facts", Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol:14, 1991

COLEMAN, Jules; "Negative and Positive Positivism", The Journal of Legal Studies, Vol:11, 1982

COLVIN, Eric; "Legal Theories and the Paramountcy Rule", Comment, McGill Law Journal, Vol:25, 1979-1980

CONSTABLE, Marianne; "Sociological Justice and Jurisprudential Nihilism", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:11, 1991

COTTERRELL, Roger; The Politics of Jurisprudence-A Critical Introduction to Legal Philosophy, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1992

DECOSTE; Frederick C.; "Radical Discourse in Legal Theory: Hart and Dworkin", Ottowa Law Review, Vol:21, 1989

DEIGH, John; "Rights and the Authority of Law", (Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory, H.L.A. Hart, The Clarendon Press, Oxford University Press, New York, 1982), Book Review, The University of Chicago Law Review, Vol:51, 1984

DELACROIX, Sylvie; "Schmitt's Critique of Kelsenian Normativism", Ratio Juris, Vol:18, No:1, March 2005

DELONG, Sidney W.; "Placid, Clear-Seeming Words: Some Realism About the New Formalism (with Particular Reference to Promissory Estoppel)", San Diego Law Review, Vol:38, 2001

DICKSON, Julie; "Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:27, 2007

DOE, Norman; "Seperation and Sovereignty: Duplication in Constitutional Thought", The Cambrian Law Review, Vol:21, 1990

DÖNMEZER, Sulhi; Sosyoloji; İ.İ.T.A. Nihad Sayar-Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları, Yedinci Bası, İstanbul 1978

DRIPPS, Donald; “Living with Leon”, Yale Law Journal, Vol:95, 1985-1986

DWORKIN, Ronald; Hakları Ciddiye Almak, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2007

DWORKIN, Ronald; “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosopy”, Oxford Journal of Law Studies, Vol: 24, No:1, 2004

DWORKIN, Ronald; “Keynote Address Rawls and the Law”, Fordham Law Review, Vol:72, 2003-2004,

DWORKIN, Ronald; “A Reply by Ronald DWORKIN”, Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, Edited and with a Preface by: Marshall Cohen, Duckworth 2001

DWORKIN, Ronald; Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Massachusetts 1977, s.20

DWORKIN, Ronald; “The Model of Rules”, The University of Chicago Law Review, Vol. 35, 1967-1968

EISELE, Thomas D.; “The Activity of Being a Lawyer: The Imaginative Pursuit of Implications and Possibilities”, Tennessee Law Review, Vol:54, 1986-1987

ENDICOTT, Timothy; “The Subsidiarity of Law and the Obligation to Obey”, The American Journal of Jurisprudence, Vol. 50, 2005

ENDICOTT, Timothy; “The Reason of the Law”, The American Journal of Jurisprudence, Vol:48, 2003

ENDICOTT, Timothy A.O.; "Herbert Hart and the Semantic Sting", Hart's Postscript- Essays on the Postscript to the Concept of Law, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004

EPSTEIN, Richard A.; "The Not So Minimum Content of Natural Law", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:25, No:2, 2005

EPSTEIN, William; "Contemporary Philosophy and Legal Education", Legal Studies Forum, Vol:9, No:3, 1985

EVANS, P. J.; "The Status of Rules of Precedent", Cambridge Law Journal, Vol:41, No:1, April 1982

FATTON, Richard H.; "Reflections on Dworkin and the Two Faces of Law", Notra Dame Law Review, Vol:67, 1991-1992

FINNIS, John; "Law and What I Truly Should Decide", The American Journal of Jurisprudence, Vol:48, 2003

FOLEY, Ridgway K.; "Individual Liberty and the Rule of Law", Willamette Law Journal,Vol:7, 1971

FRANCIONE, Gary L.; "The Distinction Between the Normative and Formal Functions of Law in H.L.A. Hart's The Concept of Law", Virginia Law Review, Vol: 65, 1979

FREYER, Hans; Sosyolojiye Giriş, Çev: Nermin Abadan, Ajanstürk Matbaası, Ankara 1957

FRIEDMANN, Wolfgang; "Contemporary Tasks For Legal Theory", University of Western Ontario Law Review,Vol:4, 1965

FRIEDMANN, Wolfgang; Legal Theory, Fourth Edition, Stevens & Sons Limited, London 1960

FULLER, Lon L.; The Principles of Social Order- Selected Essays of Lon L. Fuller, Revised Edition, Hart Publishing, Oxford 2001

FULLER, Lon L.; Positivism and Fidelity to Law- A Reply to Professor Hart, Harvard Law Review, Vol:71, 1957

GAVISON, Ruth; "Legal Theory and the Role of Rules", (Rules and the Rule of Law, Frederick Schauer, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol:14, 1991), Comment, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol:14, 1991

GEORGE, Robert P.; "One Hundred Years of Legal Philosophy", Notra Dame Law Review, Vol:74, 1998-1999

GIBBS, Jack; "Definitions of Law and Emprical Questions", Law and Society Review, Vol:2, 1967-1968

GOLDSTEIN, Laurence; "Some Problems About Precedent", Cambridge Law Journal, Vol:43, No:1, April 1984

GOLDSWORTHY, Jeffrey; "Is Jurisprudence Liberal Ideology?", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:13, 1993

GOODRICH, Peter; "The Rise of Legal Formalism; or the Defences of Legal Faith", Legal Studies, Vol:3, No:3, 1983,

GREEN, Leslie; "Three Themes from Raz", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:25, No:3, 2005

GREEN, Leslie; "Positivism and Conventionalism", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:12, No:l, January 1999

GREEN, Leslie; "The Concept of Law Revisited", (The Concept of Law, H.L.A. Hart, Second Edition,With a Postscript Edited by Penelope A Bulloch and Joseph Raz, Oxford: Clarendon Press, 1994), Book Review, Michigan Law Review, Vol:94, 1995-1996

GREENWALT, Kent; "The Rule of Recognition and the Constitution", Michigan Law Review, Vol:85, February 1986-1987

GUASTINI, Riccardo; "Grounds of Unconstitutionality: The Italian Case", Cardozo Law Review, Vol;17, 1995-1996

GÜRİZ, Adnan; Hukuk Felsefesi, 7. bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 2007

GÜRİZ, Adnan; Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, 9. bası, Ankara 2003

GÜRKAN, Ülker; Hukuk Sosyolojisine Giriş, Üçüncü Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999

HAMRICK, William, S.; A Phenomenological Critique of Hart's Concept of Rules, Archiv Für Recht und Sozialphilosophia, Vol:1, Part:1, 1979

HART, H.L.A.; The Concept of Law, Second Edition, Oxford University Press, 1994

HART, H.L.A; "Bentham on Legal Powers", The Yale Law Journal, Vol:81, No:5, April 1972,

HART, H.L.A.; The Concept of Law, Oxford University Press, 1961

HART, H.L.A; "Positivism and the Separation of Law and Morals", Harvard Law Review, Vol:71, No:4, February 1958

HAYEK, Friedrich; Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük- Kurallar ve Düzen, C:1, Çev: Atilla Yayla, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1994

HILL, H. Hamner; "H.LA. Hart's Hermeneutic Positivism: On Some Methodological Difficulties in The Concept of Law", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:3, 1990

HIMMA, Kenneth Einar; "Law's Claim of Legitimate Authority", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004

HIMMA, Kenneth Einar; "Situating Dworkin:The Logical Space Between Legal Positivism and Natural Law Theory", Oklahoma City University Law Review, Vol:27, 2002

HIMMA, Kenneth Einar; "Ambiguously Stung: DWORKIN's Semantic Sting Reconfigured", Legal Theory, Vol:8, 2002

HIMMA, Kenneth Einar; "Bringing Hart and Raz to the Table: Coleman's Compatibility Thesis", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:21, N:4, 2001,

HIMMA, Kenneth Einar; "The Epistemic Sense of the Pedigree Thesis", Pacific Philosophical Quarterly, Vol:80, No:1, 1999

HOFMANN, Tamaar Hed; "The Maloney Act Experiment", Boston College Industrial and Commercial Law Review, Vol:6, 1964-1965

HOLTON, Richard; "Positivism and the International Point of View", Law and Philosophy,Vol:17, Kluwer Academic Publishers, 1998

HUGHES, Graham; "Professor Hart's Concept of Law", The Modern Law Review, Vol:25, 1962

HUND, John; "Formal Justice and Township Justice", Acta Juridica, 1984

HUTCHINSON, Allan C.; "Casaubon's Ghosts: The Haunting of Legal Scholarship", Legal Studies, Vol:21, No:1, 2001

HUTCHINSON, David; "The Juridical Nature of Article 7 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", Australian Year Book of International Law, Vol:17, 1996

IŞIKTAÇ, Yasemin; Hukuk Sosyolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008

IŞIKTAÇ, Yasemin; Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004

JOHNSON, Conrad D.; "Toward a Cautious Return to Natural Law: Some Comments on Moral and Legal Obligation", Western Ontario Law Review, Vol:14, 1975

JONES, Mark L.; "The Legal Nature of the European Community: A Jurisprudential Analysis Using H.LA. Hart's Model of Law and a Legal System", Cornell International Law Journal, Vol:17, Winter 1984

KAR, Robin Bradley; "The Deep Structure of Law and Morality", Texas Law Review, Vol:84, 2005-2006

KELSEN, Hans; Pure Theory of Law, Çev:Max Knight, The Lawbook Exchange Ltd., Clark-New Jersey 2005

KIDNER, Richard; (The Concept of Law, H.L.A. Hart, Oxford: Clarendon Press, 1994), Book Review, Legal Studies, Vol:15, No:2, 1995

KORDELA, Marzena – SMOLAK, Marek; "H.L.A. Hart's Postscript", Cambrian Law Review, Vol:27, 1996

KRAMER, Matthew; "The Rule of Misrecognition in the Hart of Jurispuredence", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:8 No:3, 1988

KRYGIER, Martin; "The Concept of Law, Analytical Jurisprudence and Social Theory", ASLP Bulletin No:18, 1981

KRYGIER, Martin; "Antropology, Law and Social Control", (Order and Dispute, Simon Roberts, Penguin Books, Harmondsworth, 1979), Book Review, Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy, No:15, 1980

LACEY, Nicola; A Life of H.L.A. Hart-The Nightmare and the Noble Dream, Oxford University Press, 2004

LACEY, Nicola; "In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory", Modern Law Review, Vol:64, No:3, 2001

LACOCK, Darrel D.; "The Relevance of Logic to Law", Modern Uses of Logic in Law, Vol:5, 1964

LEE, Kevin Tan Yev; "The Evolution of Singapore's Modern Constitution: Developments from 1945 to the Present Day", Singapore Academy of Law Journal, Vol:1, 1989

LEITER, Brian; "Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis", Hart's Postscript- Essays on the Postscript to The Concept of Law, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004,

LETTER, Brian; "Positivism, Formalism, Realism", (Legal Positivism in American Jurisprudence, Anthony Sebok, New York, Cambridge University Press, 1998), Book Review, Columbia Law Review, Vol:99, 1999

LOVETT, Frank; "A Positivist Account of the Rule of Law", Law and Social Inquiry, Vol:27, No:1, 2002

MACCORMICK, Neil; H.L.A. Hart, Second Edition, Standford University Press, Standford-California, 2008

MACCORMICK, Neil; "After Sovereignty: Understanding Constitutional Change", The King's College Law Journal, Vol:9, 1998-1999

MACCORMICK, Neil; "The Concept of Law and 'The Concept of Law'", Oxford Journal of Legal Studies Vol:14, No:1, 1994

MACCORMICK, Neil; "On Analytical Jurisprudence", An Institutional Theory of Law- New Approaches to Legal Positivism, Edited by: Neil Maccormick – Ota Weinberger, D. Reidel Publishing Company, Holland 1986

MACCORMICK, Neil; "Law, Morality and Positivism", Legal Studies, Vol:1, No:2, 1981

MACDONALD, Roderick A.; "The Fridge-Door Statute", McGill Law Journal, Vol:47, 2001-2002

MATHER, Henry; "Legal Positivism and American Case Law", University of Florida Law Review, Vol:38, 1986

MARMOR, Andrei; "How Law is Like Chess", Legal Theory, Vol:12, 2006

MARMOR, Andrei; "Legal Conventionalism", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004

MAYERS, Eugine; A Critique of H. L. A. Hart's Philosophy of with Special Reference to its Theory of Obligation, Archiv Für Recht und Sozialphilosophia, Vol:1, Part:1, 1979

MELISSARIS, Emmanuel; "The Limits of Institutionalised Legal Discourse", Ratio Juris, Vol:18, No:4, December 2005

MITROPHANOUS, Eleni; "Soft Positivism", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:17, Winter 1997

MORGAN, Jonathan; “Questioning the 'True Effect' of the Human Rights Act”, Legal Studies, Vol:22, No:2, 2002

MOORE, Michael S.; “Three Concepts of Rules”, Harvard Journal of Law& Public Policy, Vol:14, 1991

MORRIS, Andrew J.; “Practical Reasoning and Contract as Promise: Extending Contract-Based Criteria to Decide Excuse Cases”, Cambridge Law Journal, Vol:56, No:1, March 1997

MORTON, P.A.; “Conventions of the British Constitution”, Holdsworth Law Review, Vol:15, 1991-1992

MULLOCK, Philip; “Power-Conferring Rules and the Rule of Recognition”, University of Pittsburgh Law Review, Vol:36, 1974-1975

MULLOCK, Philip; “Holmes on Contractual Duty”, University of Pittsburgh Law Review, Vol:33, 1971-1972

MURPHY, Marc C.; “Natural Law Jurispuridence”, Legal Theory, Vol:9, Cambridge University Press, 2003

MURPHY, Jeffrie G.- COLEMAN, Jules; Philosophy of Law- An Introduction to Jurisprudence, Revised Edition, Westview Press, 1990

NAVARRO, Pablo E. – MORESO, Jose Juan; “The Dynamics of Legal Positivism- Some Remarks on Shiner’s Norm and Nature”, Ratio Juris, Vol:10, No:3, September 1997

Note; “Laws That Are Made to Be Broken: Adjusting for Anticipated Noncompliance”, Michigan Law Review, Vol:75, 1976-1977

Note; “Hart, Austin and the Concept of a Legal System: The Primacy of Sanctions”, Yale Law Journal, Vol: 84, 1974-1975

OBERDIEK, Hans; “The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems”, The American Journal of Jurisprudence, Vol:21, 1976

ORTS, Eric W.; “The Complexity and Legitimacy of Corporate Law”, Washington and Lee Law Review, Vol:50, 1993

ÖKTEM, Niyazi; “Hukuksal Pozitivizm Akımı”, İÜHFD, C:43, S:1-4, İstanbul 1977

ÖZCAN, Tevfik; “Hukuk Olgusunun Sosyolojik Elemanları”, Mahmut R.Belik’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul 1993

PANNAM; “Professor Hart and Analytical Jurisprudence”, Journal of Legal Education, Vol:19, 1963-1964

PATTERSON, Rachael; “The Minimum Moral Content of Law: A Critique of Hart's Descriptive Theory of Positive and Natural Law”, Canberra Law Review, Vol:89, 2005

PATTERSON, Dennis; “Explicating The Internal Point of View”, SMU Law Review, Vol:52, 1999

PATTERSON, Dennis; “Law's Pragmatism: Law as Practise and Narrative”, Virginia Law Review,Vol:76, 1990

PAULSON, Stanley L.; “On Transcendental Arguments, Their Recasting in Terms of Belief, and the Ensuing Transformation of Kelsen's Pure Theory of Law”, Notre Dame Law Review, Vol:75, 1999-2000

PAULSON, Stanley L.; (Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series, A.W.B. Simpson, London and New York: Oxford University Press, 1973), Book Review, Harvard Law Review,Vol:87, 1973-1974

PAUST, Jordan J.; "The Concept of Norm: A Consideration of the Jurisprudential Views of Hart, Kelsen, and McDougal-Lasswell", Temple Law Quarterly, Vol:52, 1979

PAYNE, Michael; "Hart's Concept of a Legal System", William and Mary Law Review, Vol:18, 1976-1977

PECZENIK, Aleksander; "Can Philosophy Help Legal Doctrine?", Ratio Juris, Vol:17, No:1, March 2004

PERRY, Stephen; "Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View", Fordham Law Review, Vol:75, 2006-2007

PERRY, Stephen; "The Varieties of Legal Positivism", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:9 , No.2, July 1996

PERRY, Stephen; "Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory", Southern California Law Review, Vol:62, 1988-1989

PERRY, Stephen; "Judicial Obligation, Precedent and the Common Law", Oxford Journal of Legal Studies, Vol:7, No:2, 1987

POLAT, Necati; Ahlak Siyaset Şiddet- Bir Kuram Olarak Uluslararası Hukuk, Kızılelma Yayıncılık, İstanbul 1999

POSTEMA, Gerald J.; "Coordination and Convention at the Foundations of Law", Journal of Legal Studies, Vol:11, January 1982

RAZ, Joseph; "The Relevance of Coherence", Boston University Law Review, Vol:72, No:2, March 1992

RAZ, Joseph; "Legal Rights", Oxford Journal of Legal Studies Vol: 4, No: 1, 1984

RAZ, Joseph; "Legal Principles and the Limits of Law", The Yale Law Journal, Vol: 81, 1971-1972

RAZ, Joseph; "The Identitiy of Legal Systems", California Law Review, Vol:59, 1971

REİSOĞLU, Safa; Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, Beta Yayınları., İstanbul 1993

REAUME, Demise; "Language, Rights, Remedies, and the Rule of Law", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:1, No:1, January 1988

RICHARDS, David A. J.; "Taking Taking Rights Seriously: Reflections on Dworkin and the American Revival of Natural Law", New York University Law Review, Vol:52, No:6, December 1977

RICHARDS, David A. J.; (Anarchy, State and Utopia), Robert Nozick, New York: Basic Books, Inc., 1974), Book Review, Detriot College of Law, 1976

ROBERTS, Philip; "Observations on Methods in Legal Theory and Linguistics", Positivism Today, Edited by: Stephan Guest, Dartmouth Publishing Company, 1996

ROSS, Alf; The Concept of Law, (Oxford: The Clarendon Press, 1961, H.L.A. Hart), Book Review, The Yale Law Journal, Vol:71, 1961-1962

ROTTLEUTHNER, Hubert; "A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Authnomy of the Legal System", Law and Society Review, Vol:23, No:5, 1989

RUITER, Dick W. P.; "A Basic Classification of Legal Institutions", Ratio Juris, Vol:10, No:4, December 1997

SAMPFORD, J. G.;"The Australian Senate and Supply –Some Awkward Questions", Monash University Law Review, Vol:13, 1987

SARTORIUS, Rolf; "The Concept of Law", Archiv Für Recht und Sozialphilosophia, Vol:52, 1966

SCHROCK, Thomas S. - WELSH, Robert C.; "Up from Calandra: The Exclusionary Rule as a Constitutional Requirement", Minnesota Law Review, Vol:59, 1974-1975

SEBOK, Anthony J.; "Finding Wittgenstein at the Core of the Rule of Recognition"; S.M.U. Law Review, Vol:52, 1999,

SEBOK, Anthony J.; "Is the Rule of Recognition a Rule?", Notre Dame Law Reviw, Vol:72, 1996-1997

SHAPIRO, Scott J.; "What is the Internal Point of View?", October 14, 2006, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=937337#PaperDownload

SHAPIRO, Scott J.; "On Hart's Way Out", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004

SHAPIRO, Scott J.; "Law, Plans, and Practical Reason", Legal Theory, Cambridge University Pres, Vol:8, 2002

SHAPIRO, Scott J.; "Law, Morality and the Guidance of Conduct", Legal Theory, Vol:6, Cambridge University Press, 2000

SHERWIN, Richard K.; "Opening Hart's Concept of Law", Valparaiso University Law Review, Vol:20, 1985-1986

SILTALA, Raimo; "Whose Justice, Which Ideology?", (A Theory of Precedent- From Analytical Positivism to a Post Analytical Philosophy of Law, Raimo Siltala, Hart Publishing, Oregon 2000), Book Review, Ratio Juris, Vol:16, No:1, March 2003

SILTALA, Raimo; A Theory of Precedent- From Analytical Positivism to a Post Analytical Philosophy of Law, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2000

SILVER, Charles; "Outsider Jurisprudence from an Insider", (The Problems of Jurisprudence Richard A. Posner, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990), Book Review, Law and Social Inquiry, Vol:16, No:3, 1991

SIMMONDS, N. E.; "Legal Validity and Decided Cases", Legal Studies, Vol:1, No:1, 1981

SPAAK, "Norms that Confer Competence", Ratio Juris, Vol:16, No:1, March 2003

SPAAK, Torben; "Legal Positivism, Law's Normativity, and the Normative Force of Legal Justification", Ratio Juris, Vol:16, No: 4, December 2003

SPARKS, Richard F.; (Criminal Responsibility, Author: Francis G. Jacobs, L.S.E. Research Monograph, No:8, London: Weidenfeld and Nicolson, 1971), Book Review, British Journal of Criminology, Vol:12, 1972

STARR, William C.; "Hart´s Rule of Recognition and the E.E.C." Northern Ireland Legal Quarterly, Vol:28, 1977

STRASSER, Mark; "Baehr Mysteries, Retroactivity, and The Concept of Law", Santa Clara Law Review, Vol:41, 2000-2001

SUMMERS, Robert S.; "The Formal Character of Law", Cambridge Law Journal, Vol:51, No:2, July 1992

SUMMERS, Robert S.; "The New Analytical Jurists", New York University Law Review, Vol:41, 1966

SUMMERS, Robert. S.; "Prof. H. L. A. Hart's Concept of Law", Duke Law Journal, Vol:4, 1963

TAMANAHA, Brian Z.; "The Internal/External Distinction and the Notion of a 'Practice' in Legal Theory and Sociolegal Studies", Law and Society Review, Vol:30, No:1, 1996

TOPÇUOĞLU, Hamide; Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısıdan Hukuk), Genişletilmiş İkinci Baskı, C:1, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1963

TWINING, William; "General and Particular Jurisprudence-Three Chapters in a Story", Positivism Today, Edited by: Stephan Guest, Dartmouth Publishing Company, 1996

UTZ, Stephen; "Associative Obligation and Law's Authority", Ratio Juris, Vol:17, No:3, September 2004

UYGUR, Gülriz; "Hukuk, Etik ve İlkeler", Siyasal Kitabevi, Ankara 2006

UYGUR, Gülriz; "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", AÜHFD, C:52, Sayı:3, Ankara, 2003, (ayrı bası)

VALAURI, John T.; "Constitutional Theodicy: The Antimony of Finality and Fallibility in Judicial Review", Saint Louis University Law Journal, Vol:29, 1984-1985

WACKS, Raymond; Understanding Jurisprudence-An Introduction to Legal Theory, Oxford University Press, 2005

WALDRON, Jeremy; "Normative (or Ethical) Positivism", Hart's Postscript, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004

WALINE, Marcel; "Felsefi, Hukuki ve İçtimai Pozitivizm", Çev: Münci Kapani, AÜHFD, C:8, S:3-4, Ankara 1951

WALUCHOW, Wil; "In Pursuit of Pragmatic Legal Theory", (The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory, Jules L. Coleman, Oxford: Oxford University Press, 2001), Book Review, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol:15, No:l, January 2002

VARGA, Csaba; Theory of the Judicial Process, Akadémiai Kiado, Budapest 1999

WEBER, Max; Sosyoloji Yazıları, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul 1986

WEINBERGER, Ota; "Beyond Positivism and Natural Law", An Institutional Theory of Law- New Approaches to Legal Positivism, Edited by: Neil Maccormick – Ota Weinberger, D. Reidel Publishing Company, Holland 1986, s.111-126

WILLIAMSON, Hugh; "Some Implications of Acceptance of Law as a Rule-Structure A: Introduction", The Adelaide Law Review, Vol:3, 1967-1970

WINTGENS, Luc J.; "Legisprudence as a New Theory of Legislation", Ratio Juris, Vol:19, No:1, March 2006

WINTGENS, Luc J.; "Sovereignty and Representation", Ratio Juris, Vol:14, No:3, September 2001

ZIPURSKY, Benjamin C.; "Tempering Supremacy", Fordham Law Review, Vol:73, 2004-2005

ZIPURSKY, Benjamin C.; “The Model of Social Facts”, Hart’s Postscript- Essays on the Postscript to The Concept of Law, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004

ÖZET

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), hukuk felsefesine yaptığı katkılar nedeniyle yirminci yüzyılın en önemli hukukçusu olarak kabul edilmektedir. Hukuki positivist olan *Hart,* en ünlü ve önemli eseri "The Concept of Law"da *Austin*'e ve hukuku emir çerçevesinde açıklayan teorilere karşı gelerek kendi hukuk teorisini ortaya koymuştur. *Hart*'ın analitik pozitivizmine göre hukuk, kurallardan oluşur. Hukuk kuralı bir sosyal kural türüdür ve alışkanlıklardan farklıdır. Sosyal kurallar bireyler tarafından, uyulmaması durumunda hem kendileri hem de diğer bireylerin davranışlarını eleştirmek için bir standart olarak kabul edilir. *Hart* bunu içsel bakış açısı olarak nitelendirir. *Hart*'a göre hukuku karakterize eden müeyyideyi öngören zorlayıcılığı değil, bireylerin hukuk kurallarına kendi istekleriyle uymalarını sağlayan bu içsel bakış açısıdır. Hukuk kuralları, emir teorilerinin öngördüğü gibi sadece müeyyide içeren ödev yükleyen kurallardan oluşmaz. Bir hukuk sisteminde bireylere yetki veren kurallar da vardır. Hukuku sadece yükümlülük çerçevesinde açıklamaya çalışan teoriler bu nedenle yetersiz ve eksiktir.

Bir hukuk sistemi, birincil ve ikincil kuralların birliğinden oluşur. İlkel toplumlar sadece birincil kurallara sahipken, modern toplumlarda hukuk sistemi ikincil kuralları da içerir. Birincil kurallar, bireylerin nasıl davranması gerektiğini ve yükümlülüklerini belirtir. İkincil kurallar, birincil kurallar hakkındaki kurallardır. İkincil kurallar; hukuk kurallarının yapılmasını, değiştirilmesini ve ortadan kaldırılmasını düzenleyen "değiştirme kuralları", uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olan "yargılama kuralları" ve "tanıma kuralı"ndan oluşur. En önemli ikincil kural olan tanıma kuralı, bir hukuk sistemindeki yetkillerin içsel bakış açısıyla kabul ettikleri sosyal bir kuraldır. Bir hukuk sisteminin varlığı ve birliği için gerekli olan asgari iki koşul, birincil kurallara bireylerin genel olarak uymaları ve ikincil kuralların yetkililer tarafından kabul edilmesidir. Tanıma kuralı, bir hukuk sistemindeki kuralların ne olduğunu belirler ve geçerlilik kriteri oluşturur. Hukuk kuralları, tanıma kuralında öngörülen kriteri yerine getirdikleri taktirde hukuki geçerlilik kazanırlar. *Hart*'a göre geçerlilik kriteri sosyal kaynağa dayanabileceği

gibi içerikli de olabilir. Yetkililer geçerlilik kriterinin içeriğini belirleme konusunda serbesttir. Geçerlilik kriterinde ahlaki ilkelere yer verilmesi durumunda, hukukun ahlakiliğe göre belirlenmesi mümkün olur.

SUMMARY

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) is known to be the greatest jurist of the twentieth century because of his contributions to the legal philosophy. As a legal positivist, *Hart* put forward his own theory of law in his most famous and important work "The Co54ncept of Law", challenging *Austin* and theories that describe the law within the framework of orders. Law is composed of rules according to *Hart*'s analytic positivism. Legal rules are a kind of social rules, and they are different from habits. Social rules are accepted as a standart that are used to criticize the behavior of others and that of individuals themselves in case not obeyed. *Hart* names this as an internal point of view. According to *Hart*, what characterizes the law is not its coerciveness that stipulates sanction, but this internal point of view that leads individuals to obey the rules of law by their own will. Legal rules do not comprise the norms that stipulate sanctions and impose duties only as suggested by the command theories. There are also some norms in a legal system that confers power to people. In this regard, the theories that are trying to describe law within the boundary of obligations only are insufficient and defective.

A legal system consists of the union of primary and secondary rules. Legal systems in modern societies include the secondary rules also, though primitive societies have primary ones only. Primary rules define how people should act and what their obligations are. Secondary rules are the ones relating to the primary rules. The secondary rules consist of "the rules of chance" that regulate the creating, changing and nullification of the legal rules, "the rules of adjudication" which regulates how to settle the disputes, and "the rule of recognition". The most important rule of the secondary rules is the social rule of recognition that is accepted by the officials from the internal point of view. The two necessary conditions for the existence and union of a legal system are the obeyance of the individuals of the primary rules, and the acceptance of the secondary rules by the officials. The rule of recognition determines what the rules are in a legal system and constitutes a criteria of validity. Legal rules take on legal validity if they satisfy the criteria defined in the rule of recognition. According to *Hart*, the criteria of validity can be based on the

social source, as well as it may be defined with rules context. The officials are free to determine the content of the criteria of validity. In case the criteria of validity include moral principles, then it is possible that law is constituted on morality.