

•Dökmen, Y. Z., (2006), Toplumsal Cinsiyet: Sosyal Psikolojik Açıklamalar, İstanbul, Sistem Yay.

•Dönmezer, S., (1994), Kriminoloji, İstanbul, Beta Yayınları.

•Durkheim, E., (1985), Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, çev. C. B. Akal, İstanbul, BFS Yay.

•Flowers, R. B., (1987), Women and Criminality: The Woman As Victim, Offender and Practitioner, Connecticut, Greenwood Pres.

•İçli, T., (1993), Türkiye'de Suçlular: Sosyal, Kültürel ve Ekonomik Özellikleri, Ankara, AKM Yay.

•İçli, T., Öğün A., (1988), Sosyal Değişme Sürecinde Kadın Suçluluğu, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi.

•Kuş, E., (2003), Nicel-Nitel Araştırma Teknikleri: Sosyal Bilimlerde Araştırma Teknikleri Nicel mi? Nitel mi?, Ankara, Anı Yay.

•Morris, A., (1991), Women, Crime and Criminal Justice, Massachuset, Basil Blackwell Inc.

•TC Başbakanlık Türkiye İstatistik Kurumu: Adalet İstatistikleri 2004, (2006), Ankara, Türkiye İstatistik Kurumu Matbaası.

## Hart'ta Kurallar Sistemi

Aydan Ömür SURLU\*

Hart bir hukuki pozitivisttir ve her hukuki pozitivist gibi hukuku tasvir etmeyi amaçlamıştır. Hukuk teorisini ve kurallar anlayışını "The Concept of Law" adlı kitabında ortaya koymuştur. Amacı, hukuku emir ekseninde açıklayan Austin, Kelsen gibi hukukçuların yanlış olduğunu göstermektir. Kitabında Austin'in zorlayıcılığı içeren egemen tanımını ve emir odaklı hukuk teorisini temel alır ve eleştirme yolunu izler. Hart'a göre hukuku emir, zorlama ve müeyyideye sahip kurallar olarak açıklamaya çalışan bu teori, birçok yönden eksik kalmaktadır. Hukuk, bu teorinin öngördüğünden daha karmaşık bir yapıya sahiptir.<sup>1</sup>

### I- KURALLAR SİSTEMİ VE AUSTİN'İN ELEŞTİRİSİ

Austin hukuku, egemenin emri olarak tanımlamıştır. Egemen, emirlerine toplumun büyük kısmı tarafından itaat etme alışkanlığı bulunan, fakat kendisinin genellikle kimseye itaat etmediği bir kişi veya organdır. Hukuk da egemen tarafından verilen ve uyulmaması duru-

munda müeyyide tehdidiyle desteklenen emirlerden oluşur.<sup>2</sup>

Hart'a göre Austin'in egemen tanımı, bir hukuk sisteminin sahip olması gereken iki temel özelliği içerebilir. Hart'a göre bir hukuk sistemi, öncelikle ardi ardına gelen kanun koyucuların sahip oldukları "kural koyma yetkisinin sürekliliği"ne sahiptir. İkinci olarak da bir hukuk sisteminde, kuralları koyanlarla bunlara itaat edenlerin ölmesinden sonra da bu kuralların devamlılığını sağlayan "kuralların kalıcılığı" özelliği yer alır.<sup>3</sup> Ancak tanımın en önemli unsuru olan egemene itaat edilmesi ve bu itaatin alışkanlığa dönüşmesi, öncelikle egemenliğin devrini ve sürekliliğini sağlayamaz.<sup>4</sup> Çünkü toplumun itaat alışkanlığına sahip olması için belirli bir süre geçmesi gerekir. Oysa yeni egemen, egemenliği henüz devraldığı için böyle bir sürenin geçmiş olmasından söz edilemez. Bu nedenle yeni egemen, eskisinin halefi olarak egemenliğe hak kazanamaz.<sup>5</sup> Egemenliğin devredilememesi, hukuksal alanı da etkiler. Kural koyma yetkisinin sürekliliği, egemenliğin devamlılığına bağlıdır.

\* Araş. Gör. Dr. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Bilim Dalı

1) SHAPIRO, Scott J.; "What is the Internal Point of View?", October 14, 2006, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=937337#PaperDownload](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=937337#PaperDownload), s.1

2) AUSTIN, John; Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, Vol:1, John Murray, Londra, 1940, s.86.

3) COLEMAN, Jules L.; "Rules and Social Facts", Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol:14, 1991, s.703

4) İŞIKTAÇ, Yasemin; Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.314

5) MURPHY, Jeffrie G.- COLEMAN, Jules; Philosophy of Law- An Introduction to Jurisprudence, Revised Edition, Westview Press, 1990, s.24

Egemenlik devredilemediği sürece kural koyma yetkisinin de devredilmesi ve sürekliliği mümkün değildir.<sup>6</sup>

Sürekliliği açıklamak için Hart'a göre itaat alışkanlığından daha karmaşık olan bir kavrama ihtiyaç vardır. O da bir hukuk sisteminin temelini oluşturan kural kavramıdır.<sup>7</sup> Oysa Austin'in egemenlik modelinde, kimin hukuk yapım yapmayacağını kolaylıkla gösterecek hukuksal kural kavramı yer almaz.<sup>8</sup>

Hart'a göre Austin'in egemen tanımı, "kuralların kalıcılığı"nı da açıklayamaz. Bir hukuk sisteminde eski egemen döneminde konmuş olan kuralların yeni egemen döneminde de geçerliliğini devam ettirmesi gerekir.<sup>9</sup> Austin, kuralın varlığı ile egemenin iradesi arasında doğrudan bağlantı kurduğu için, kuralların kalıcılığı açısından sorunu zımni kabul kavramıyla aşmaya çalışmıştır. Buna göre yeni egemen, selefının emirlerini yürürlükten kaldırmadığı sürece, onları zımnen kabul etmiş sayılır. Oysa Hart'a göre, bir kuralın varlığının da, ancak neyin kural olduğunu gösteren bir başka 'kural' tarafından güvenceye bağlanması gerekir.<sup>10</sup>

Hart, Austin'in hukuk tanımına da karşı çıkar. Bu bütüncül anlayış, kural kavramını ve hukukun farklı türleri de

olduğunu göz ardı eder.<sup>11</sup> Emir odaklı kurallar, hukukun, ceza kanunu gibi ödev yükleyen ve müeyyide içeren sadece bir yönünü oluşturur. Oysa Modern bir hukuk sisteminde, emredici kuralların yanı sıra bireylere örneğin sözleşme ve vasiyetname yapmaları için yetki veren normlar da vardır.<sup>12</sup> Hart ayrıca bir hukuk sisteminin birincil ve ikincil kurallardan oluştuğunu da belirtir.<sup>13</sup>

Austin'e ve diğer emir teorisyenlerine göre müeyyide hukukun temel unsurudur. Müeyyideden yoksun hukuk kuralı, davranışları yönlendiremez.<sup>14</sup> Oysa Hart'a göre hukukun otoritesinin toplumsal bir kabule ihtiyacı vardır. Bireyler kurallara, müeyyide içerdiği için uymazlar. Kendi istekleriyle uyarlar. Kuralları, toplumda var olması gerektiğine inandıkları için kabul ederler. Hart bunu içsel bakış açısı olarak ifade eder.<sup>15</sup> Hart'a göre hukuku emir ve müeyyide ekseninde açıklayan teoriler, bireylerin kabulüne dayanan kural kavramını içermediği için sorunludur.<sup>16</sup>

## II- SOSYAL KURALLAR VE İÇSEL BAKIŞ AÇISI

Kural kavramı Hart'ın hukuk teorisinin temel unsurudur. Hart'a göre hukuk kurallardan oluşur.<sup>17</sup> Hart hukuk

kurallarını, sosyal kuralların bir türü olarak kabul eder ve alışkanlıklardan ayırır.<sup>18</sup> Hart'a göre bir kural, bir toplumda geçerli olan, genel ve düzenli davranış kalıplarından oluşan, bir sosyal pratiktir.<sup>19</sup>

Öncelikle söz konusu davranış, bireyler için bir standart oluşturur.<sup>20</sup> Kuralın ihlal edilmesi durumu, bireylerin kuralın öngördüğü davranış standardından ayrılanlara yönelik bir eleştiri getirmelerine neden olur.<sup>21</sup> Kuraldan ayrılma, bireylerin eleştirileri için haklı bir neden oluşturur.<sup>22</sup> Bireyler bu kuralı, uyulmaması durumunda hem kendileri hem de diğer bireylerin davranışlarını eleştirmek için bir standart olarak kabul ederler.<sup>23</sup> İşte Hart, bu unsuru içsel bakış açısı olarak tanımlar. Yani bireylerin davranışlarını yönlendiren kurallara sadece bağlı kalmaları yetmez. Ayrıca kuraldan ayrılmasına karşı bir eleştiri standardı olarak kuralları kabul etmeleri gerekir.<sup>24</sup> Kurallara bu içsel bakış açısı, grup alışkanlıklarını sosyal kurallardan ayırt eder. İçsel bakış açısı, Hart'ın hukuk sisteminde temel bir unsurdur.

İçsel bakış açısı yönünden değerlendirildiğinde hukukun müeyyideyle korkutan veya emredici nitelikte

olmaktan çok, yükümlülük yükleyen bir özelliğe sahip olduğu söylenebilir.<sup>25</sup> Yükümlülüklerin dayanağı, bireylerin hukukun otoritesine duydukları saygıdır, hukukun zorlayıcılığı değildir. Yükümlülükleri destekleyen, bireyler tarafından kuralların kabul edilmesi, kurallara içsel bakış açısının benimsenerek uyulmasıdır.<sup>26</sup> Emir teorilerinin öngördüğü gibi hukukun ceza kanunu gibi müeyyide içeren kuralları olduğu doğrudur. Hart bunu, kurallara "dışsal bakış açısı" olarak ifade eder.<sup>27</sup> Dışsal bakış açısına sahip olanlar, kuralları kabul etmez ve bir ceza tehdidi olarak görürler. Kurallara uymayı istemezler.<sup>28</sup> Ancak Hart'a göre dışsal bakış açısı, hukukun sadece bir yönüdür.<sup>29</sup> Hart, müeyyideyi, bir hukuk sisteminin varlığı için gerekli görmez. Çünkü, zorlama korkusunun dışsal olarak kurallara uymayı sağlamasının yanı sıra, bireyleri bağlayan içsel unsurlar da vardır. 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.<sup>30</sup> Kişinin yükümlü kılınması,

18) 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.

19) 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.1171.

20) HILL, H. Hamner; "H.L.A. Hart's Hermeneutic Positivism: On Some Methodological Difficulties in the Concept of Law", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol:3, 1990, s.120.

21) SHAPIRO, Scott J.; "On Hart's Way Out", *Hart's Postscript*, Edited by: Jules Coleman, Oxford University Press, 2004, s.171-172.

22) KAR, Robin Bradley; "The Deep Structure of Law and Morality", *Texas Law Review*, Vol:84, 2005-2006, s.900, dn.100.

23) HART, The Concept..., s.55.

24) UYGUR, Gülüz; "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", *AÜHFİD*, Cilt:52, Sayı:3, Ankara, 2003, (aynı bası), s.163.

25) SHAPIRO, "What is...", s.1.

26) BENDITT, Theodore; "Legal Theory and Rules of Law", *Western Ontario Law Review*, Vol:12, 1973, s.18.

27) İŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.316.

28) MORRIS, The Concept..., Book Review, s.1458.

29) İŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.316.

30) 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.

6) 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

7) HART, H.L.A.; *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford University Press, 1994, s.55

8) İŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.314

9) MORRIS, The Concept..., Book Review, s.1453

10) İŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s.314

11) 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, s.1693.

12) 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.1362.

13) DWORKIN, Ronald A.; *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Massachusetts 1977, s.19.

14) MURPHY-COLEMAN, Philosophy of..., s.20.

15) MORRIS, The Concept..., Book Review, s.1458.

16) Note; "Hart, Austin and the Concept of a Legal System: The Primacy of Sanctions", *Yale Law Journal*, Vol: 84, 1974-1975, s.587.

17) PATTERSON, Dennis; "Explicating the Internal Point of View", *SMU Law Review*, Vol: 68, 1999, s.68.

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. Bir toplumda bireyler kurallara uymayı, hukuk emrettiği için ve müeyyide korkusuyla değil kendiliğinden ister.<sup>31</sup> Hart yükümlü kılınma fikrinin, kişinin kendisini yükümlü kılmasını açıklayamadığı görüşündedir. Böyle bir yaklaşımda örneğin, soyguncunun meşru olmayan talebiyle yani - kişinin yükümlü kılınması durumuyla-, vergi toplayan memurun meşru talebi yani- kişinin kendini yükümlü kılması arasında bir ayırım yapılamayacaktır. Hart'a göre dışsal bakış açısı, yükümlü kılınmakla ilgili olup tek başına, neden kurallara uyulduğunu açıklamakta yeterli değildir.<sup>32</sup> Hart, böylece müeyyideden öte hukuk kurallarının sosyal bir kaynağı olduğunu göstermektedir.<sup>33</sup> Burada Hart'ın, bir hukuk sisteminin var olabilmesi için vatandaşların tümünün ya da büyük çoğunluğunun içsel bakış açısına sahip olması gerektiğini bir ön koşul olarak ileri sürmediği belirtilmelidir. Hart'a göre, vatandaşların kurallara genel olarak uyması yeterlidir.<sup>34</sup>

### III- ÖDEV YÜKLEYEN VE YETKİ VEREN NORMLAR

Hart, kuralları hukukun normatif ve formel fonksiyonu doğrultusunda ayırma tabii tutar. Hukukun normatif fonksiyonuna göre kurallar, ödev yükleyen ve yetki veren normlar olarak ayrılır.

Hukukun normatif fonksiyonu, hukuk normlarının davranışların nedenlerini oluşturarak, bireyleri yönlendirmesini içerir.<sup>35</sup> Hart, Austin'in ödev yükleyen normlarının normatif fonksiyonunu kabul etmiştir.<sup>36</sup> Ancak tüm hukuk kuralları tek bir türe indirgenemez. Ödev yükleyenlerin yanında yetki veren normlar da vardır.<sup>37</sup>

Hart, ödev yükleyen normlarla yetki veren normlar arasında yaptığı ayırımla, hukukun mutlaka ödev yükleyen veya müeyyide içermeyi şart koşan normları öngören normatif teorilerinden temel olarak ayrılır.<sup>38</sup>

Ödev yükleyen normlar, bireylere belirli bir eylemi yapmaları veya ondan kaçınmaları için yükümlülük yükler ve onların davranışlarını belirli bir yönde yönlendirir.<sup>39</sup> Bu tür normlara verilecek en temel örnek ceza kanunlarıdır.<sup>40</sup>

Ödev yükleyen normlar, müeyyide öngörür ancak Hart'a göre sadece müeyyideye odaklanmak yanıltıcıdır. Bu normlar müeyyide içermek zorunda

31) MORRIS, *The Concept...*, Book Review, s.1458.

32) VALAURI, "Constitutional Theodicy...", s.265-266; HIMMA, "Law's Claim...", s.307.

33) WACKS, Raymond; *Understanding Jurisprudence-An Introduction to Legal Theory*, Oxford University Press, 2005, s.76.

34) BIX, Brian; "H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory", *S.M.U. Law Review*, Vol:52, 1999, s.177.

35) FRANCIONE, "The Distinction...", s.1361- s.1362

36) 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.901

37) 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

38) FRANCIONE, "The Distinction...", s.1365-1366

39) FRANCIONE, "The Distinction...", s.1362

40) FOLEY, Ridgway K.; "Individual Liberty and the Rule of Law", *Willamette Law Journal*, Vol:7, 1971, s.410-412

değildir. Bir hukuk sisteminde ödev yükleyen normlar, bireyler tarafından içsel bakış açısıyla kabul edilmelidir; bireylere zorla kabul ettirilmemelidir. Ödev yükleyen normlar, müeyyideyle değil "kabul" ile işlerlik kazanır.<sup>41</sup>

Bir hukuk sistemi, bireylere sadece bir şey yapmasını ya da yapmamasını emretmez. Ödev yükleyen normlardan başka, bireylere yetki veren normlar da vardır.<sup>42</sup> Yetki veren normlar, davranışları belirli olmayan bir yönde yönlendirir. İstenmesi muhtemel sonuçlar doğmasını yönlendiren davranışları belirler.<sup>43</sup> Yetki veren normlar bireylere, yeni haklar ve ödevler yaratma imkanı verir.<sup>44</sup> Örneğin, bireye vasiyetname yapma yetkisi veren normlar gibi.<sup>45</sup> Bu nedenle Hart ödev yükleyen normlarla yetki veren normların tek ve basit bir tür norma indirgenemeyeceğini çünkü bunların mantıksal olarak birbirinden farklı olduğunu ileri sürmektedir.<sup>46</sup> Ödev yükleyen normların ihlalinin sonucu, bir müeyyidenin uygulanmasıdır. Yetki veren normların öngördüğü şartlara uyulmamasının sonucu ise hükümsüzlüktür.<sup>47</sup>

Hart yetki veren normları, kişisel ve kamusal yetki veren normlar olarak ikiye ayırır. Kişisel yetki veren normlar, yasama yürütme ve yargıya ilişkin alanların dışında kalan konularda, bireylerin

kendi istekleriyle haklar ve yükümlülük yaratmalarına sağlar.<sup>48</sup> Kamusal yetki veren normlar da kamu görevlilerine yasama, yürütme ve yargı alanında yetki verir.<sup>49</sup>

### IV- BİRİNCİL VE İKİNCİL KURALLAR

Hukukun formel fonksiyonuna göre ise hukuk, "birincil kurallar" ve "ikincil kurallardan" oluşur. Formel fonksiyon, bir hukuk sisteminin var olabilmesi için normların yerine getirmesi gereken eylemleri, rolleri içerir.<sup>50</sup>

Normatif ve formel ayırım, aynı unsurları içermesine rağmen hukuk teorisinin iki farklı yönüne odaklanır ve farklı şekilde değerlendirilir.<sup>51</sup> Normatif fonksiyon, normların amaçları veya yarattığı sosyal etkileri dikkate alır. Formel fonksiyon, normların kanun olarak nasıl işlerlik kazandığıyla ilgilidir.<sup>52</sup>

Formel fonksiyona göre ayırmda birincil kurallar, bireylere yükümlülük yükleyerek, onları belirli şekilde davranmaya zorlar. Hart'a göre ikincil kurallar üç türdür. Bunlar; bir hukuk sisteminde kurallara ilişkin değişiklik yapılmasını sağlayan "değiştirme kuralları", yargılama yetkisi ve usulünü gösteren

41) FRANCIONE, "The Distinction...", s.1364, 1371

42) HART, *The Concept...*, s.26

43) PAULSON, *Oxford Essays...*, Book Review, s.903; FRANCIONE, "The Distinction...", s.1362

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

45) MULLOCK, Philip; "Holmes on Contractual Duty", *University of Pittsburgh Law Review*, Vol:33, 1971-1972, s.474

46) FRANCIONE, "The Distinction...", s.1367

47) MORGAN, Jonathan; "Questioning the 'True Effect' of the Human Rights Act", *Legal Studies*, Vol:22, No:2, 2002, s.262

48) RUITER, Dick W. P.; "A Basic Classification of Legal Institutions", *Ratio Juris*, Vol:10, No:4, December 1997, s.369-370

49) ZIPURSKY, Benjamin C.; "Tempering Supremacy", *Fordham Law Review*, Vol:73, 2004-2005, s.1469

50) FRANCIONE, "The Distinction...", s.1361, 1380

51) 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.

52) FRANCIONE, "The Distinction...", s.1361- s.1362 .

"yargılama kuralları" ve kuralların ne olduğunu belirleyen "tanıma kuralı"dır.<sup>53</sup> Tüm birincil kurallar ödev ve yükümlülük yükler ancak tüm ikincil kurallar yetki vermeyebilir. İkincil kurallar birincil kuralların varlığını öngörürler. Ancak birincil kurallar, ikincil kurallar olmadan da var olabilirler.<sup>54</sup>

Hart'a göre hukuk, bir kurallar sistemidir.<sup>55</sup> Bu sistemi birincil ve ikincil kuralların birliği sağlar ve bu birlik çok önemlidir.<sup>56</sup> Kural kavramı ve anlayışı olmadan, hukukun ilkel biçimleri dahi açıklanamaz.<sup>57</sup> İlkel topluluklarda ise sadece birincil kurallar olabilir. Hart böyle bir toplumu "hukuk öncesi" olarak nitelendirir. Çünkü, sadece birincil kuralların olduğu böyle bir toplumda, hangi kuralların hukuk kuralı olduğunu belirlemek mümkün değildir. Birincil kuralların varlığı, uygulamadan kaynaklanan "kabul edilmeleri"ne dayanır.<sup>58</sup> Hart'a göre kurallar bir sistem oluşturmadığı için böyle bir toplulukta eksiklikler oluşur. Toplumda, yükümlülük yükleyen birincil kuralların ne olduğuyla ilgili olarak bir belirsizlik doğar. Yeni kurallar yaratılamaz ve eskileri değiştirilemez. Bu nedenle sistem statik hale gelir.<sup>60</sup> Hart'a göre diğer ikincil kurallar-

la birlikte tanıma kuralı, bu toplumu hukuki toplum haline getirir.<sup>61</sup>

Hart'a göre sadece birincil yükümlülük kurallarından oluşan bir hukuk sistemi, hukuk öncesidir ve belirsizlik içerir. Birincil kurallar, insanların hareketleriyle, ne yapmaları ve yapmalarını gerektiğiyle ilgilenecek ödev ve yükümlülük yükler. İkincil kurallar ise birincil kuralların kendisiyle ilgilendirir. İkincil kurallar, birincil kuralların nasıl belirleneceğini, değişeceğini ve ihlal edilip edilmediğine nasıl karar verileceğini gösterir. Birincil kurallar rejiminin belirsizliğini giderecek olan kural türü, Hart'ın ifadesiyle "tanıma kuralı"dır.<sup>62</sup> Bir hukuk sistemi, tüm hukuk kurallarının kendisine göre uygulanması gereken bir tanıma kuralı içerir.<sup>63</sup>

Tanıma kuralı Hart'a göre, bir hukuk sistemindeki en temel ve önemli kuraldır. Hart'a göre gelişmiş bir hukuk sistemi, kuralların ne olduğunu belirleyecek ve diğer kurallar için geçerlilik kriteri öngörecektir bir tanıma kuralı içermelidir.<sup>64</sup> Tanıma kuralı, kuralları belirleyen ve onlara geçerlilik kazandıran, kurallar hakkındaki tek ve en üstün kuraldır.<sup>65</sup> Hukuk kurallarının dayanağını, kendisine tabi oldukları

tanıma kuralı oluşturur.<sup>66</sup> Tanıma kuralı, içerik olarak basit ya da karmaşık bir yapıda olabilir.<sup>67</sup> Anayasalar, kompleks olan tanıma kuralına örnektir.<sup>68</sup>

Hart, tanıma kuralının sosyal bir kural olduğunu kabul eder.<sup>69</sup> Hart'a göre hukukun kaynağı sosyal olguya dayanır bu da yetkililerin sosyal pratiğidir. Hukuku belirleyen tanıma kuralı, hukuk sistemindeki yetkililerin pratiğiyle yani kabul etmeleriyle var olur.<sup>70</sup> Yetkililer tanıma kuralını kendi ve diğer bireylerin davranışları için kamusal bir standart olarak içsel bakış açısıyla kabul ederler.<sup>71</sup> Tanıma kuralının varlığı sosyal olgu konusuyken diğer kurallar ise tanıma kuralında öngörülen kriterlere göre geçerli ya da geçersizdirler.<sup>72</sup> Tanıma kuralının muhatabı, hukuk sistemindeki yetkililerdir. Diğer ikincil kurallarla birlikte, tanıma kuralını belirlemek ve kabul etmek yetkililerin görevidir. Diğer bireylerin ise böyle bir yükümlülüğü yoktur. Hart vatandaşların sadece birincil kurallara genel olarak uymalarını yeterli görür.<sup>73</sup> Bu iki özellik Hart'a göre, bir hukuk sisteminin varlığı ve birliğinden söz edebilmek için asgari iki koşulu oluşturur.<sup>74</sup>

Tanıma kuralının olmadığı bir durumda birincil kurallar, bireylerin içsel bakış açısından kabulüyle var olur. Tanıma kuralının olduğu bir sistemde ise tanıma kuralına tabi kuralların, artık varlığından değil geçerliliğinden söz edilebilir.<sup>75</sup> Dolayısıyla sosyal kural olan birincil kurallar, tanıma kuralı olan bir sistemde artık geçerli hukuk kuralları haline gelir. Bu nedenle Hart'a göre tanıma kuralının sosyal bir kural olması zorunluysen onun sayesinde geçerli olan birincil kuralların sosyal kural olma zorunluluğu kalmamıştır.<sup>76</sup> Yine bu nedenle Hart, bireylerin hukuk kurallarını kabul etmelerini değil hukuk kurallarına uymalarını yeterli görür. Tanıma kuralı olan bir sistemde kabul, sadece yetkililer için, ikincil kurallar açısından öngörülmüştür.

Tanıma kuralının iki fonksiyonu, hukuku belirlemek ve geçerlilik kriteri oluşturmaktır.<sup>77</sup> Hukuku belirleme fonksiyonu, hangi kuralların hukuk kuralı olduğunu ortaya koymasındır. Tanıma kuralı, birincil kuralları belirler. Geçerlilik kriteri olması da bir kuralın, hukuk sistemine ait bir kural olabilmesi için hangi şartları içermesi gerektiğini belirtmesidir.<sup>78</sup> Bir kural, tanıma

53) BODENHEIMER, Edgar; "Seventy-Five Years of Evolution in Legal Philosophy", *The American Journal of Jurisprudence*, Vol:23, 1978, s.191; BRUBAKER, Stanley C.; "Constitutional Bicentennial Symposium: The 'Rights Revolution'- Conserving the Constitution", *Book Review, Law and Social Inquiry*, Vol:12, No:1, 1987, s.273, dn. 27.

54) RAZ, Joseph; "The Identity of Legal Systems", *California Law Review*, Vol:59, 1971, s.807-808, dn.24.

55) EISELE, Thomas D.; "The Activity of Being a Lawyer: The Imaginative Pursuit of Implications and Possibilities", *Tennessee Law Review*, Vol:54, 1986-1987, s.378, 365.

56) LACOCK, Darrel D.; "The Relevance of Logic to Law", *Modern Uses of Logic in Law*, Vol:5, 1964, s.15.

57) HART; *The Concept...*, s.79-80.

58) DWORKIN, "The Model...", s.21.

59) ENDICOTT, Timothy; "The Subsidiarity of Law and the Obligation to Obey", *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 50, 2005, s.238.

60) HART, *The Concept...*, s.91-94.

61) GOODRICH, Peter; "The Rise of Legal Formalism; or the Defences of Legal Faith", *Legal Studies*, Vol:3, No:3, 1983, s.258-259.

62) HART, *The Concept...*, s.94.

63) RAZ, "The Identity of...", s.808.

64) 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.

65) BARBER, N. W.; "Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament, and Statutes", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol:20, No:1, 2000, s.135.

66) RAZ, Joseph; "The Identity of Legal Systems", *California Law Review*, Vol:59, 1971, s.808.

67) 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.

68) DWORKIN, "The Model...", s.21.

69) MITROPHANOUS, Eleni; "Soft Positivism", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol:17, Winter 1997, s.639.

70) SILTALA, Raimo; *A Theory of Precedent- From Analytical Positivism to a Post Analytical Philosophy of Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2000, s.222.

71) COTERRELL, Roger; *The Politics of Jurisprudence, A Critical Introduction to Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1992, s.100.

72) UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin...", s.148.

73) COTERRELL, "The Politics...", s.100.

74) HIMMA, Kenneth Einar; "The Epistemic Sense of the Pedigree Thesis", *Pacific Philosophical Quarterly*, Vol:80, No:1, 1999, s.50-51.

75) HART, *The Concept...*, s.109-110.

76) UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin...", s.164.

77) SEBOK, Anthony J.; "Finding Wittgenstein at the Core of the Rule of Recognition"; *S.M.U. Law Review*, Vol:52, 1999, s.106.

78) WINTGENS, Luc J.; "Sovereignty and Representation", *Ratio Juris*, Vol:14, No:3, September 2001, s.278.

kuralının öngördüğü kritere göre geçerli veya geçersiz hale gelir. Geçerlilik kriterinin şartlarını yerine getiren bir kural, hukuki geçerlilik kazanmış olur. Tanıma kuralı birincil kuralların geçerliliğini kendisinden aldığı, normlar hiyerarşisinin en üstün, nihai geçerlilik kriteridir ve böylece en üstün kuraldır.<sup>82</sup>

Ancak tanıma kuralının kendisi geçerlilik konusu olamaz; çünkü teorik olarak tanıma kuralı temel nitelikte ve nihaidir. Dolayısıyla kendisinden daha temel olduğu ileri sürülen bir kural tarafından öngörülecek koşullara tabi olamaz. Tanıma kuralının kendisi ne geçerlidir ne de geçersizdir; sadece bu şekilde kullanılması kabul edilmiştir. Tanıma kuralının varlığı, kabul edilmesine dayanan bir gerçekliktir.

Hart, geçerlilik kriterinin hem belirlenmesine hem de içeriğine ilişkin bir sınırlama getirmeyiz. Ona göre böyle bir sınırlandırma gerekli değildir. Yetkililer geçerlilik kriterini belirlerken geçerli bir metne, yasama organının koyduğu

kanunlara, veya geçmiş yargı kararlarına dayandırabilirler.<sup>83</sup>

Yetkililer, geçerlilik kriterinin içeriğini belirleme konusunda da serbesttir. Bu anlamda Hart, geçerlilik kriterinin içeriksiz olabileceği gibi içerikli de olabileceğini kabul etmektedir.<sup>84</sup> Böylece geçerlilik kriteri, sosyal kaynağa dayanabileceği gibi, ahlaki ilkeleri veya değerleri de içerebilir. Yani tanıma kuralı sosyal olguya dayanması gerekirken öngöreceği geçerlilik kriterinin sosyal kaynağa dayanması gerekli değildir.<sup>85</sup>

Bu durum tanıma kuralının sosyal kural olma özelliğini de etkilemez çünkü Hart'a göre örneğin ahlaki ilkeleri hukuki kılan şey, tanıma kuralındaki geçerlilik şartını yerine getirmeleridir. Yani ahlaki ilkeler hukukilik niteliğini, ahlaki olmalarından değil, tanıma kuralında öngörülen geçerlilik kriterine uygun olmasından alır.<sup>86</sup> Dolayısıyla, tanıma kuralının sosyal kural olmasını engelleyecek bir durum söz konusu olmaz.

## Felsefi ve Sosyolojik Boyutlarıyla İnsan Hakları Hukukuna İlişkin Ulusalüstü Standartlar Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu

Gülçin SÜER\* - Mustafa Tarık ŞENTUNA\*\*

*İnsan, her şeyin ölçüsüdür.*

*Protagoras*

### A- GENEL OLARAK

İşkencenin mutlak bir şekilde yasaklanmasına, ortadan kaldırılmasına yönelik birçok düşünürün görüşlerine, ulusal ve ulusalüstü normatif ve içtihadî standartlara karşın, işkence toplumsal gerçeklik olarak varlığını sürdürmektedir. İşkencenin bir baskı aracı olarak yaygın biçimde kullanıldığı toplumlarda, tek tek bireyler aracılığıyla uygulanan işkencenin, topluma korkmayı öğreterek ciddi bir yaptırım olarak kullanıldığı görülmektedir. Özünde işkence bireyi ya da bireyleri değil, bireylerin yaşadığı tüm toplumu hedef alarak, sadece bireye eziyet edip bu yolla ceza vermekten öte sistematik bir işleve hizmet etmektedir.

Korku üzerine kurulan hukuk düşüncesinde, düşman ceza hukuku, temel hukuk ve devlet düzenini tanımayanları düşman olarak nitelendiren ve onları işleyecekleri suçlarda temel haklardan yoksun bırakmanın yollarını arar. Ancak bu durumda unperson olarak nitelenen, bertaraf edilmek istenen tehlikenin hala ve daima insan olduğu gerçeği asla unutulmamalıdır. Bu gerçeği göremeden işkence yasağını ve

bu yasağı temellendiren değerleri anlayamayız'. Gerçekleştirilmesinde değişik saiklerle hareket edilse de, işkence esas olarak geçmişten günümüze siyasi baskı amacıyla veya adli amaçla kullanılmıştır.

İşkence, uluslararası toplum için ciddi bir endişe konusudur. İşkencenin amacı sadece bireylerin fiziksel ve duygusal yapılarına zarar vermek değildir, kimi durumlarda tüm toplumun iradesini ve onurunu da yok etmeyi amaçlar<sup>2</sup>. Adli aygıtın, devletin otoritesini duygusal ve simgesel biçimde sağlamasının bir aracı olduğunu iddia etmek henüz herkes tarafından paylaşılan ortak bir görüş değildir ama toplumsal bilimlerin yakın bir geçmişteki ilerlemeleri içinde yer almaktadır. İktidar sadece kurumlardan oluşmaz. İktidar aynı zamanda törensel bir kavramdır. Düzene, başka bir deyişle itaat üretmek için ara konaklara gereksinim vardır. Adalet hem çağımızda, hem de başka zamanlarda bu ara konakların başlıcalarından biri olmuş; mevcut egemen güçlerle çoğunluk arasındaki vazgeçilmez diyalog çerçevesini, yöneticilerle somut bir

79) EISELE, "The Activity...", s.365.

80) SILTALA, Raimo; *A Theory of Precedent- From Analytical Positivism to a Post Analytical Philosophy of Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2000, s.254-255.

81) GREEN, *The Concept of Law Revisited*, Book Review, s.1693.

82) HART, *The Concept...*, s.109.

83) HART, *The Concept...*, s.100-101.

84) UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin...", s.164.

85) UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin...", s.149-150.

86) UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin...", s.160.

\* Hakim

\*\* Hakim

1) Hayrettin Ökçesiz, "Düşman Ceza Hukuku Düşüncesine Eleştirel Bir Bakış II", HFS 16, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu III, İstanbul, s. 31.

2) İstanbul Protokolü, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yay., 2.b., 2003, s. 1.