

H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı

Şule Şahin CEYLAN*

Giriş

20. yüzyılın en önemli hukuk felsefelerinden biri olan H.L.A Hart, hukuksal pozitivist anlayışa yepyeni bir bakış açısı kazandırarak kendisinden önceki kabulleri değiştirmekte, hiç değilse yeni bir sorgulama alanı açmaktadır. Ona göre hukuka veya doğasına ilişkin tartışmaların merkezinde üç temel sorun yer almaktadır. Bunlar, hukukun tehditle desteklenen buyruklarla ve ahlaki yükümlülüklerle nasıl farklılaşmış ve ilişkilendiği, kuralların ne olduğu ve hukuka ne ölçüde belirlendiğidir. Temelde birbirlerinden oldukça farklı ve tek bir soru veya yanıtta birleştirilemeyecek önemdeki bu meseleler, hukuka ilişkin net bir tanımla da engellemektedir. Hart bu gerekçeyle hukuku tanımlamak yerine bir hukuk sisteminin karakteristik yapısını, hukuk, zorlama ve ahlak arasındaki fark ve benzerlikleri analiz etmeyi, böylece hukuk kuramına katkı sağlamayı tercih etmektedir (Hart, 1994, s. 13-15).

Hart modern bir hukuk sisteminin analizini yapabilmek için, öncelikle kendisine kadarki dönemde hukuksal pozitivistimin ideal görünümü olarak kabul gören buyruk teorilerini eleştirmiş; özellikle Austin'in hukuka ilişkin görüşleri üzerinde durmuştur. Austin'e göre pozitif hukuk, "*siyasi üstünlüğü bulunan bir monark veya egemenin doğrudan veya dolaylı buyruklarıdır (Austin, s. 110)*". Hart Austin'e yönelttiği itirazları üç başlık altında birleştirmiştir. *Yasaların kapsamıyla* hukuk dalları içinde, egemenin tehditle desteklenen buyruklarına benzemeyen, kişilere yaptırım tehdidiyle yükümlülük ve ödev yüklemeyen, belirli

bir davranış biçimini zorunlu kılmayan hukuk alanlarının da olduğunu hatırlatır. *Uygulama sahası*, Austin'in egemeninin hiçbir şekilde yasalarla bağlı olmamasını ve kuramının yasama organının kendini bağlayıcı işlemlerini açıklamakta yetersiz kalmasını; *hukukun kaynakları*, Anglo Sakson sistemi hukuk kuralı sayılması yasalara bağlanmaya bağlı olmayan örf ve adet kurallarına da yer verdiği halde, Austin'in hukukun kaynağı olarak sadece yasama faaliyetini ve egemeni göstermesini hedef alır (Hart, 1994, s. 27-49). Hart'ın analizinde ikinci durak, ahlaki yükümlülüklerdir. Hukuk ve ahlak ayrımı çerçevesinde, önce konvansiyonel ahlak kurallarına atıfta bulunarak, hukukla kesişme ve ayrılma noktalarını ortaya koymuş; daha sonra ahlaki değerlerin hukuka etkisini, erekselcilik, doğal hukukun kabul edilebilir kapsamı ve adalet idesi üzerinden tartışmıştır (Şahin Ceylan, s. 106-109, 113-123).

Tehditle desteklenen buyruklar ve ahlaki yükümlülükler, hukuku tanımlamaya yetmese de, en azından ne olmadığını göstermektedir. Hart'ın analizinin üçüncü ayağı olan kurallar, aynı zamanda bu tebliğin de konusunu oluşturmaktadır. Sırasıyla hukuksal pozitivistime, hukukun tanımlanmasındaki güçlüklerle ve bir kurallar sistemi olarak hukuka değinilecek; Hart'ın birincil ve tamamlayıcı kurallar ayrımı açıklanmaya çalışılacaktır.

Genel Hatlarıyla Hukuksal Pozitivizm

Doğal hukuk düşüncesine göre hukukun geçerliliği, bir takım değerlerin ve

* Yard. Doç. Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

bunların ürünü olan ideallerin varlığına bağlıdır. Olması gereken hukuk başlığıyla tanımlanan evrensel, sonsuz ve değişmez nitelikteki doğal hukuk ilkeleri, doğada rasyonel bir şekilde mevcuttur ve insan aklı aracılığıyla kolaylıkla kavranabilir. Pozitif hukukun geçerliliği, doğal hukuka ve sağladığı ahlak kriterlerine uygunluğuyla ilgili olup, buna uymayan bir yasa yanlış ve adaletsizdir (Curzon, s. 38, Cavendish Law Cards, s. 19-21). Doğal hukukun özellikle hukuk ve ahlak arasında kurduğu güçlü bağlantı, karşıt bir düşünce akımına, hukuksal pozitivizme zemin hazırlamıştır. Farklı düşünürlerce farklı yönlerine vurgu yapılan bu kuramın ortak savları şu şekilde birleştirilebilir: Hukuk yasalaştırma faaliyetinden bağımsız olarak varlık kazanamaz, hukuk ve ahlak birbirlerine zorunlu ve sıkı surette bağlı olgular değildir, 'olan' ve 'olması gereken' arasında bir sınır çizilmelidir, hukukun analizi ve araştırılması sürecinde ahlaki sorunlar dışarıda bırakılmamalıdır. Hukukun ne olduğu ve iyi hukukun ne olduğu, olan ve olması gereken ayrımını yansıtan ve tamamen bağımsız sorulardır (Wacks, s.18-19). 'Olan'ı ifade eden ilk soruya verilen cevap hukukun farklı toplumdaki uygulamalarıyla ilgili olup, hukuk kavram ve ilkelerinin analizine yöneliktir. Hukukun ahlakla kesişen bazı yönleri olsa da tamamen kendine ait kavram, kural ve uygulamaları vardır. 'Olması gereken'le ilgili ikinci soru, hukukun değil din, ahlak, siyaset gibi değer yargılarıyla biçimlenen alanların kapsamını belirler (Chinhengo, s. 27-28).

Hukuksal pozitivizmin farklı görünüşlerini Hart beş başlık altında toplamaktadır: (a) Hukuk tanımında pozitivizm: Geniş anlamıyla hukuk, insan iradesinin ifadesi şeklinde tanımlanmıştır ve egemenin buyruğu olarak hukuk, pozitivizmin bu biçimi açısından çok önemli bir örnektir. (b) Yasal bir çalışma biçimi olarak pozitivizm düşüncesi: Amacı yasal kavramların

anlamalarının çözümlenmesi ve açıklanması olan, kavramsal açıdan hukukun sosyolojik, tarihsel, siyasal veya ahlaki araştırmalarından tamamen farklı nitelikteki pozitivizm düşüncesidir. (c) Yargısal bir süreç olarak pozitivizm: Yasal bir düzen, doğru kararların, doğrudan ilgili yasal kuralların anlatımı ve davada geçen olaylar hakkındaki bir anlatımın birleşmesinden çıkarılabildiği kapalı bir mantıksal düzendir. (d) Pozitivizm ve ahlaktaki bilinmezlik: Ahlaki yargılar, akılcı tez, kanıt ya da delillerle kurulamazlar. (e) Pozitivizm ve hukuka uyma yükümlülüğü: Hukuka mutlak biçimde uyma zorunluluğu vardır öyle ki içeriğin ne olduğu önemli değildir (Hart, 1994, s. 302; Hart, 1983, s. 57).

Hukuka İlişkin Bir Tanım Arayışı

Hart'a göre "hukuk nedir?" ve "hukukun doğası nedir?" sorularına cevap ararken kesin bir tanım vermeyi güçleştiren bir takım engeller vardır. İlk zorluk, yapıları ve uygulamaları modern hukuk sisteminden tamamen farklı olan ve hukukilikleri tartışılan uluslararası hukuk veya ilkel hukuk gibi şüpheli durumların varlığıdır. İkincisi, bazen standart ve şüpheli durumlar arasındaki farkın sadece derecelendirme meselesi oluşudur. Örneğin hiç saç olmayan birisi kelken, gür saçlı diğeri değildir ancak kafasının farklı yerlerinde saç olan üçüncü kişi hangi sıfatla tanımlanır? Üçüncüsü, standarttan sapmaların her zaman bir derecelendirme meselesi olarak ortaya çıkmamasıdır. Bazen standart olarak nitelenen durum, birarada bulunan farklı unsurların karışımı olabilir. 'Uçan bir tekne gemi midir?' sorusu, bir teknenin gemi olma özelliğiyle beraber bulunduğunu ancak dışarıdan eklenen 'uçmak' eylemiyle hala bu özelliğini koruyup korumadığını da sorgulamaktadır. 'Şah yoksa bile oynanan oyun hala satranç mıdır?' cümlesi, şah, satranç ve oyun unsurlarından birinin eksilmesi halinde herhangi bir standarttan

bahsedilip bahsedilemeyeceğine ilişkindir. Hart bu tip soruların, kişileri dikkatli düşünmeye zorladıkları ve standartın ne olduğunu belirlemeye yönlendirdiği için öğretici sayılabileceğini kabul eder. Ancak Ona göre böyle bir standartlaştırma ve kavrama çabası, hukukun ne olduğuna ilişkin derin tartışmaları sonuçlandıramayacak kadar geneldir (Hart, 1994, s. 3-5).

Eğer hukukun sıradan birisinin verebileceği iskelet yanıtla karşılanabilecek bir kapsamı olsaydı ve bu tanım standart durumun belirlenmesine yetseydi, 'hukuk nedir?' sorusuna, bir takım basit hatırlatıcılar yoluyla son verilebilirdi. Teknenin bir gemi olması kolayca anlaşılabilmekte ve sapmalarla ilgili düşünülebilmektedir. Oysa hukuk alanında standart durumların yanısıra bazı ortak özellikleri paylaşıp diğerlerini paylaşmayan, hukuk sayılıp sayılmayacakları belirsiz, farklı ve tartışmalı örnekler de vardır. Standart bir hukuk sisteminin tipik unsurlarına işaret eden kural, mahkeme ve yasama organı zaten hukuk tarafından yaratılmakta (Hart, 1994, s. 4-5), varlıkları hukuktan kaynaklanan unsurlar, hukukun tanımlanmasında da kullanılmaktadır. Bazen bir kelimenin tanımı basit bir harita sağlayabilir ve diğer fenomenlerle arasındaki ilişkileri sergileyebilir. Kimi zaman tanımın yalnızca verbal¹ veya kelimeler hakkında olduğu söylene de bu, tanımlanan ifadenin mevcut kullanımlardan sadece birini simgelediği durumlarda yanıltıcı olabilir. Bir üçgenin 'üç kenarlı düz çizgilerden oluşmuş bir şekil' veya bir filin 'diğerlerinden kalın derisi, dişleri ve hortumuyla ayrılan dört ayaklı' olarak tanımlanması, hem kelimelerin sıradan kullanımını hem de bunlarla kastedilen nesnelere hakkında bilgi sağlamaktadır. Bu genelde geniş bir nesnelere ailesiyle paylaştığı ve

onu ailenin diğer üyelerinden ayıran özelliklerini göstererek kelimeyi diğer terimlere çeviren bir kod ya da formül sağlamakta ve kelimenin ilişkili olduğu nesne türünü saptamaktadır. Burada sadece kelimelerin anlamı değil, ilişkili oldukları gerçeklikler de dikkate alınmaktadır (Hart, 1994, s. 14).

Bu tip bir tanım biçimi, üçgen ve fil örneğinde tatmin edici olsa da, her zaman elverişli ya da aydınlatıcı değildir. Niteliğinden emin olunan ve tanımlanan şeyin de içinde yer aldığı daha geniş bir nesnelere veya *genus* ailesinin bulunması gerekir. Bir üçgenin 'üç kenarlı düz çizgilerden oluşmuş bir şekil' olduğu söylendiğinde, üçgenin şekiller ailesinin üyesi olduğunu gösteren açık bir tanımlama, ailenin niteliğine dair belirsiz ve karışık düşüncelerimiz varsa yardımcı olamayacaktır (Hart, 1994, s. 14). Cins ve türe göre sınıflandırarak tanımlama için, tanımlamak istenilen tür kadar (üçgen) ait olduğu cins kavramının da (şekil) açık ve anlaşılır olması gerekir. Bu, şeklin kaplamasının bilinmesini gerektirir (Özlem, s.120). Oysa temel hukuk kavramlarının üyesi olduğu genel ve açıkça anlaşılmuş bir kategori bulunmamaktadır. Ne hukuku ne de hukuki kavramları içine alan genel, açık, tartışmasız ve belirli bir kaplamadan bahsedilebilmektedir. Ayrıca hukuk kavramlarıyla şeyler ve olgular arasında dolaysız bağlantı kurulamamaktadır. Hukuk kavramları tanımlayıcı değildir; şeylere, kişilere veya süreçlere doğrudan işaret etmezler (Hart, 1983, s. 32). Hukuk ve ilgili kavramlar söz konusu olduğunda, sıradan dildeki gibi doğrudan atflara gidilememekte, tanımlanması istenen kavramın somut dünyada net bir karşılığı bulunmamaktadır. 'R bir inektir' denildiğinde, 'inek' kelimesi varolan gerçek somut bir canlıya, R isimli belirli bir ineğe

1 *Sözcük ya da verbal tanım: a- Bir sözcüğün anlamını dildeki anlamına geri giderek belirtme b- bir sözcüğün anlamını bilinen başka bir sözcükle belirtme' Yasemin Işıktaç, Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi, İstanbul: Filiz, 2003, s.40 (52. dipnot).*

yapılan atfı simgelemektedir. Tanım cümlesindeki inekle, gerçekten yaşayan inek arasında doğrudan ve saydam bir bağlantı vardır. Oysa hukuki kavramlar bakımından bu geçerli değildir. Bir hakkın ne olduğu sorgulandığında, inek örneğinden farklı olarak, gerçek dünyada atfı yoluyla doğrudan bağlandığı, görülebilen, düşünülebilir ya da hayal edilebilen net ve somut bir karşılıktan bahsedilemez. 'Hak ne demektir?' sorusu aslında hakkın neye atıfta bulunduğu sorgulanmasıdır, ki bu bir hakkın atıfta gösterilebilecek bir varlığının bulunduğu yanılığısındır (Hart, 1983, s. 21-35).

Öte yandan cinse-türe ve farklılıklara göre yapılan tanım, üçgenler ve filler gibi tanımlanması gereken tüm örneklerin genel özellikleri bulunduğu varsayımına dayanmaktadır. Ancak şüpheli ve sınır-daki durumların varlığı, genel bir terimin farklı örneklerinin aynı özellikleri taşıması gerektiği varsayımının dogmatikliğini göstermektedir. Sınırdaki durumların yanı sıra, genel bir terimin farklı kullanımları, basit biçimde tanımlanandan farklı yollarla (Örneğin bir insanın 'gözü' ve bir çekmecenin 'gözü' gibi bir benzetmeyle) birbirlerine bağlanmış olabilir. Ana bir unsura farklı ilişkilerle bağlanmaları da mümkündür. Böyle bir bütünleştiricilik, 'sağlıklı' kelimesinin yalnızca bir insandan değil o kişinin görünümünden ve sabah egzersizlerinden bahsederken kullanımında da mevcuttur. Örnekteki ikinci unsur (o kişinin genel görünümü) bir işaretir ve sabah egzersizleri ilk ana niteliğin, sağlıklı olmanın bir nedenidir. Burada belki de yasal düzeni oluşturan farklı kural biçimlerini birleştirene benzeyen bir ilke yer alabilir. Çeşitli örnekler kimi karmaşık faaliyetlerin birleşimi olabilirler. Sıfat niteliğindeki 'demiryolu' sadece bir trenin değil aynı zamanda hatların, bir istasyonun, vagon hizmetlisinin ve limited şirketin bu birleştirme ilkesiyle düzenlenen ifadesidir (Hart, 1994, s. 15-16).

Hart'a göre hukuk kavramları ve olgusal gerçeklik arasındaki bağlantının, sıradan dildeki kelimelere göre çok daha karmaşık, dolaylı ve bulanık oluşu farklı bir yöntemi gerekli kılmaktadır. Bu gerekliliğe dayanarak, temel hukuk kavramlarının Bentham tarafından da kullanılan alternatif bir yöntemle analizini önermektedir. Ona göre kelimelerin tek başlarına ne anlama geldiğinin sorgulanması yerine, bir hukuk sistemi kapsamında kullanılırken karşıladıkları işlev ortaya konulmalıdır. İlk olarak kelimenin kullanımının doğru olduğu standart koşullar belirlenmeli, daha sonra bu koşulların hangi kapsamda ve amaçla oluşturulduğu incelenmelidir (Hart, 1957, s. 960-961). Yani sadece kelime anlamı üzerinde bir analiz çabası gütmektense, kavramın yer aldığı cümleyi bütün halinde değerlendirmek ve kullanılagelişini dikkate almak daha elverişlidir (Birmingham, s. 782-83).

Hak, ödev gibi kavramların, karşıladıkları işlevler ve içinde yer aldıkları bütüne göre çözümlenmeleri mümkün olsa da, aynı yöntemin hukukun ne olduğunu ortaya çıkarmak için uygulanması, tatmin edici bir tanımla sonlanmamaktadır. 'Hukuk nedir?' sorusunun cevaplandırılması, tehditle desteklenen buyruklar, ahlaki yükümlülükler ve kuralların tek bir başlıkta birleştirilememesi güçleştirir. Hart hukuku tanımlamaya çalışmak yerine, bir hukuk sisteminin 'olmazsa olmaz'larını ortaya çıkarmayı tercih etmiş; bunu da, tehditle desteklenen buyruklar ve ahlakın yetersizliğinden bahisle, kurallar üzerinden gerçekleştirmiştir. Modern bir hukuk sisteminin karakteristik yapısını oluşturan kurallara göz atmak, sistemin bütünü ve işleyişini kavramamızı kolaylaştırabilir.

Sosyal Kurallar ile Alışkanlıkların Farkları

Kişilerin belli davranışları yerine getirmesini veya bunlardan kaçınmasını gerek-

tiren hukuk kuralları, ahlak, din, moda gibi diğer sosyal kurallarla birlikte toplumsal yaşamı düzenlerler. Kişiler bu kurallara ya isteyerek ve gönüllü biçimde, ya da kendilerini zorunlu hissettikleri için uyarlar. İki koşulda da kurallara uyma davranışı, bir alışkanlığın sürdürülmesiyle benzerlik göstermektedir. Hart bu benzerliğe rağmen sadece kurallara ait özellikleri ortaya koyarak, sosyal kurallara bilinçli olarak ve alışkanlıkla uyma hallerini kurallara ait üç özellikle birbirlerinden ayırmıştır. Öncelikle, bir alışkanlığın bulunması için davranışların birleşmesi yeterlidir. Ortak davranışların bir akışı vardır ve düzenli akıştan sapmalar herhangi bir eleştiriyi gerektirmemektedir. Oysa kurallardan sapmalar, eleştiriye açık yanılğı ve hatalar olarak kabul görmekte; buna ilişkin bir olasılık bile baskıyla karşılanmaktadır (Hart, 1994, s. 55). İkincisi, kurallardan sapma davranışına yönelen eleştirilerin haklılığının, hem ihlalde bulunan hem de diğerleri tarafından kabul edilmesidir. Çoğunluk, kurala uyulması doğrultusunda yapılan tenkitlerin meşru ve haklı olduğuna inanmaktadır (Hart, 1994, s. 55-56).

Sosyal kuralları alışkanlıklardan ayıran üçüncü özellik, kuralların *içsel yönüdür*. Sosyal bir topluluk içinde yaygın bir alışkanlık varsa, bu genellikle sadece topluluğun çoğunun görülebilen davranışlarıyla ilgilidir. Böyle bir alışkanlığın bulunması için grubun hiç bir üyesinin genel davranış üzerine düşünmesi, hatta söz konusunu davranışın genel olduğunu bilmesi gerekmemektedir. Öğretmek için çaba harcamalarına veya bu alışkanlığın devam ettirmeyi planlamalarına ihtiyaç yoktur. Her birinin kendi payına, diğerlerinin de davrandığı biçimde hareket etmesi yeterlidir. Bu, sosyal kuralların alışkanlıklarla paylaştığı ve bir gözlemcinin kaydedebileceği davranış düzenliliklerine dayanan dışsal bakış açısına işaret eder. Bir de sadece kurallara özgü olan içsel bakış açısı vardır. Bir kuralın

varlığı halinde, en azından bir kişi bu davranışın haklılığına ve doğruluğuna inanmakta, herkes için geçerli bir standart olarak kabul etmektedir. Kişi kurala uygun davranması gerektiğini düşünmekte, diğerlerinin de böyle yapması gerektiğine inanmakta, kurala uyacağı hareketlerinden anlaşılamayan veya gerçekten de uymayan birini eleştirebilmekte, kendisi herhangi bir nedenle kurala uymazsa dışarıdan gelen eleştirilere katlanabilmektedir (Hart, 1994, s. 56-57). Kuralların içsel yönü aynı zamanda yükümlü olmak ve bir yükümlülüğü bulunmak arasındaki farka da işaret eder. 'Yükümlü olmak' durumunda kişi, kendisinden isteneni yapmazsa bazı olumsuz sonuçlarla karşılaşacağına inanmakta ve bunlardan kaçınmak için isteği yerine getirmektedir. Oysa kuralların içsel yönünden kaynaklanan 'yükümlülüğü bulunmak', olası bir zarar veya olumsuzluktan bağımsızdır. Kişi kurala uymaması halinde olumsuz bir sonuçla karşılaşmayacağını düşünse ve neredeyse emin olsa bile, bir yükümlülüğünün bulunduğuna inanmakta ve kurallara uymaktadır (Hart, 1994, s. 88-89)

Hukuku dışarıdan gözlemlenebilen ve egemenin iradesinin ürünü olan normlarla sınırlayan Austin'ci yaklaşım, sadece dışsal yönünü ele almakta ve diğer toplumsal normlarla paylaştığı içsel bakış açısını göz ardı etmektedir. Hukuk, sosyal kurallar ailesinin bir üyesi olmakla, bazı ortak özellikleri barındırır. Ancak hukuk buyruklar toplamı değilse, uyma davranışı alışkanlıktan değil içsel bakış açısından ve bir yükümlülüğün bulunmasından kaynaklanıyorsa, diğer kurallardan ayrıldığı nokta nedir? Daha açık ifadeyle, hukukun kendine özgü bir sistem olmasını sağlayan kurallar nelerdir?

Birincil ve Tamamlayıcı Kuralların Birliği Olarak Hukuk

Austin tüm hukuk kurallarını buyruklara indirirken, Hart birincil ve tamamlayıcı kurallar aracılığıyla hukukun çeşitliliğinin

den bahseder. Birincil tip kurallar kişileri isteseler de istemeseler de belirli davranışlarda bulunmak veya kaçınmak yükümü altına sokarken; tamamlayıcı kurallar insanlara birincil tiptekileri değiştirme, eskilerini kaldırıp yenilerini koyma, ihlalleri halinde yargılamanın nasıl ve kimler tarafından yapılacağını belirleme yetkisi verirler. Birincil kurallar vatandaşlara doğrudan uygulanırken, tamamlayıcı olanlar sistemin bütünüdür düzenlerler. Değiştirme kuralları yasa koyucu ve vatandaşları yeni birincil kurallar yaratma ve değiştirme yönünde yetkilendirir, muhakeme kuralları birincil kuralların ihlal edilip edilmediğini tespit etme yetkisi verir, tanıma kuralı ise vatandaşların bir kuralın hukuk sistemine dahil olup olmadığını kararlaştırabilmeleri için bir kriter oluşturur (Bix, s. 35).

Birincil Kurallar

Yasama organı, mahkemeler veya polis teşkilatının bulunmadığı bir toplumda bile, kişilerin toplumun geri kalanı için zararlı olabilecek vahşi güdülerini ve şiddet eğilimlerini kısıtlayan, diğerleri lehine pozitif ödevler yükleyen, kişiler arası uyumsuzlukları çözen bazı kurallar mevcuttur. Hart'ın birincil sıfatını uygun gördüğü bu kurallar, kişilerin davranışlarını düzenlemekte ve yükümlülüklerini belirlemektedir. Her ne kadar bunlar aracılığıyla asgari bir düzen sağlanıyor olsa da, bazı zorunlu koşulların gerçekleşmesi gerekir. İlki, şiddetin serbestçe kullanımı, hırsızlık, cinayet, dolandırıcılık gibi bazı eylemlerin engellenmesi ya da sınırlandırılmasıdır. Ayrıca kişilere yaşamın akışını kolaylaştıracak ve toplumsal hayata katkıda bulunacak bazı olumlu ödevler de yüklenmektedir. İkincisi, kuralları kendiliğinden benimseyenlerin ve içselleştirenlerin, sosyal baskı korkusuyla uyum gösterenlerden sayıca fazla olması ve çoğunluğu oluşturması gereğidir. Kuralları benimsemediği halde uyarılmış gibi görünenlerin, örgütlenme ve fiziksel güç

bakımından da daha zayıf olması şarttır. Sadece birincil kuralların hüküm sürdüğü böyle bir toplumdaki düzen hukuk olarak tanımlansa bile, gerçekte ahlak kurallarından farklı değildir. Yasal bir sistemin yerleşik ahlak kurallarının egemen olduğu bir düzenden ayrılmasını sağlayan temel özellik, birincil tiptekilere ek olarak tamamlayıcı kuralların da bulunmasıdır (Hart, 1994, 91-92).

Tamamlayıcı Kurallar

a.Tanıma Kuralı

Sadece birincil tipteki kuralların bulunduğu bir toplumda bazı aksaklıklar ortaya çıkabilir. İlki, kuralların kapsamı ve ne olduklarıyla ilgili bir şüphe belirdiğinde, bunu giderecek bir kriterin bulunmayışıdır. Birincil kurallar rejiminin belirsizliğinin çaresi, birincil kuralları belirli bir kritere atıfla tanımlayan ve sistemin hukuki geçerliliğini sağlayan tanıma kuralıdır. Bir tanıma kuralı yazılı bir belge ya da yazıtlar biçiminde ortaya çıkabilir. Daha önce yazılı olmayan kuralların yazıya dökülmesi, yasal öncesi dönemden yasala doğru önemli bir adımdır. Yazılı bir metnin bulunmasına ek olarak, bu metnin hukuk kuralının varlığıyla ilgili şüpheleri gidereceğine inanılmalıdır. Böyle bir kabulün varlığı halinde, tamamlayıcı kuralların birincil kuralları saptayan biçimi, yani tanıma kuralı mevcuttur. Gelişmemiş bir toplumdaki tanıma kuralı bile, birbirinden farklı ve bağlantısız kuralları bütünleştirmekte, yasal geçerlilik düşüncesinin başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Modern bir devlet hukukundaki tanıma kuralı daha karmaşıktır. Kuralları saptarken sadece bağlayıcı bir metne bakılmamakta, tipik bir organ tarafından çıkarılmaları, geleneksel ya da yargısal uygulamalar gibi bazı başka şartlar da aranmaktadır. Özetle tanıma kuralı, kişilerin yasal sistem içerisinde hangi kurallara uymaları gerektiğini, hangi kuralların bağlayıcı olduğunu belirler (Hart, 1994, s. 94-95).

b. Değiştirme Kuralları

İkinci aksaklık, kuralların durağanlığıdır. Kuralların gelişen ve farklılaşan şartlara uydurulması ve planlı bir değişimin sağlanabilmesi için Hart'ın önerdiği çare, değiştirme kurallarıdır. Bu kurallar birincil tipte yeni kurallar koyma ve eskilerini kaldırma yetkisini verir. Değiştirme kuralları, yasa koyma yetkisinin kimlerde bulunduğunu, bu yetkilerin sınırlanmasını, izlenmesi gereken usulü göstermektedir. Değiştirme kurallarının varlığı, tanıma kuralınca saptanan özelliklere bağlıdır. Öyle ki tanıma kuralı geçerli bir yasalastırmanın niteliklerini belirtecek, değiştirme kuralları da bunlara uygun biçimde düzenlemeler yapacaktır. Tanıma kuralının mutlaka yasama usulünün tüm ayrıntılarına değinmesi gerekmemektedir. Bazı resmi belge veya metinlere atıfta bulunması ve hukuka uygun yasalastırmanın koşullarını tanımlaması yeterlidir. Kişilere kendi yasal statülerini değiştirme ve özel hukuk sözleşmelerini gönüllüce yaratma imkanı veren kuralların varlığını da değiştirme kuralları mümkün kılmaktadır (Hart, 1994, s. 95-96).

c. Muhakeme Kuralları

Üçüncü aksaklık, kuralların ihlal edilip edilmediğini araştırmak ve denetlemek için yetkilendirilmiş bir temsilcinin bulunmadığı toplumlarda, kuralların varlığını koruyan sosyal baskının etkisizliğidir. Kuralların ihlali halinde sosyal baskının belirli bir kurum ya da kişi tarafından uygulanmaması veya uygulanmasına karar verilmemesi, kişisel kin gütmelerin önünü açacaktır. Grubun suçluları yakalamak ve cezalandırmak yönündeki örgütlenmemiş çabası aynı zamanda ciddi bir zaman kaybına da neden olacaktır (Hart, 1994, s. 92). Yayılmış sosyal baskının etkisizliğinin çaresi, birincil kuralların ihlal edildiği durumları tespit etme yetkisi veren muhakeme kurallarıdır. Bu kuralların işlevi, hüküm verme yetkisi bulunan kişileri saptamak, izlenme-

si gereken usulü tanımlamaktır. Yargıçlara ödev yüklemeyip, yükümlülüklerin bozulmasıyla ilgili yargısal bildirimlerde bulunmalarına imkan tanıyan yargı yetkisi ve özel bir statü vermektedir. Mahkemelerin bir kuralın ihlaliyle ilgili bağlayıcı karar verme yetkisinin bulunuşu, kuralların ne olduğuna dair kararı da onlara bırakmaktadır; ki bu aslında birincil kuralların mahkemelerin yargısı doğrultusunda saptanması anlamına gelir. Hart'a göre bu bir aksaklık olarak düşünülebilir. Çünkü söz konusu yargılar bir zaman sonra hukukun kaynağı haline gelecektir. Yargı hakkıyla beraber var olan bu kuralların kullanımları, bağlayıcı bir metin ya da yasadan farklı olarak, genel terimlerle açıklanmadığından, bazı kararlardan hatalı ve zayıf anlam çıkarılması tehlikesi her zaman vardır. Öyle ki güvenilirliği yorumcunun tarzına ve yargıçların tutarlığına göre değişecektir (Hart, 1994, s. 96-97) .

Hukuk kurallarını ve düzenini ahlak kurallarından ayıran bu çarelerin ortak özelliği, birbirlerinden ve birincil kurallardan farklı olmaları, birincil kuralları konu edinmeleridir. Birincil kurallar yapılması ya da yapılmaması gerekenlerle ilgiliyken, bunlar birincil kurallarla ilgilidir; bu kuralların araştırılma, tanınma, kaldırılma, değiştirilme yolları ve ihlallerinin kararlaştırılmasını açıklamaktadırlar. Hepsi hukuk literatürüne yeni kavramlar eklemekte, tamamlayıcı kurallar yasal öncesinden yasal dünyaya girişi simgelemektedir (Hart, 1994, s. 94).

Sonuç

Hukuk düşüncesi tarihinin köşe taşlarından biri doğal hukuksa, diğeri hukuksal pozitivizmdir. Hart'ın yaklaşımı, her iki kuramın klasikleşmiş görünümü karşısında bir alternatifi simgeler. Hukukun doğasına yönelik analitik bir yöntemle, en sık karıştırıldığı iki kavramı saf dışı bırakır: Hukuk egemenin tehditle desteklenen buy-

rukları değildir. Hukukun geçerliliği ahlaki değerlerle ölçülemeyeceği gibi, modern bir hukuk sistemi, ahlak kurallarıyla yönetilen bir başkasına da benzetilemez.

Bir hukuk sistemi birincil ve tamamlayıcı kurallardan meydana gelir. İlkine her tip sosyal grupta rastlamak mümkünken, tamamlayıcı kurallar hukukla yönetilen sistemlerin tipik unsurudur. Bu çoklu kurallar mekanizması içinde, hukuki geçerliliğin dayanak noktası, tanıma kuralıdır. Tanıma kuralı genelliğin, kesinlik ve öngörülebilirliğin garantisidir. Bu kural tipini de içine alan ikili kurallar mekanizması, hem Hart'ın hukuksal pozitivist yaklaşımının temelini oluşturur ve hukukun kavranış biçimine ilişkin yeni bir açıklama getirir hem de hukuk ve ahlak kurallarıyla idare edilen sistemlerin farkını ortaya koyar. Pozitif ahlakı oluşturan birincil kurallar, ilkel veya modern fark etmeksizin tüm toplumlarda mevcutken, tamamlayıcı kurallar hukukun varlık koşuludur ve diğer toplumsal kuralardan ayrılma noktasıdır.

KAYNAKÇA

- Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined*, (Edt.) Wilfrid E. Rumble, New York: Cambridge University Press.
- Birmingham, R. (1984). "Hart's Definition and Theory in Jurisprudence Again", *Connecticut Law Review*, Volume 6, Number 4.
- Bix, B. (1999). *Jurisprudence- Theory and Context*, 2nd Edition, London: Sweet&Maxwell.
- Cavendish Law Cards (2002). *Jurisprudence*, 3rd Edition, London: Cavendish Publishing Limited.
- Chinhengo, A.M. (2000). *Essential Jurisprudence*, 2nd Edition, London: Cavendish Publishing Limited.
- Curzon, L. B. (1995). *Jurisprudence- Lecture Notes Series*, 2nd. Edition, London: Cavendish Publishing Limited.
- Hart, H.L.A. (1957). "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 105, No. 7, ss.953-975.
- Hart, H.L.A. (1983). "Definition and Theory in Jurisprudence", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, New York: Oxford University Press, içinde ss. 21- 48.
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*, 2nd Edition, London: Oxford University Press.
- Işıқтаç, Y; Metin, S. (2003). *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul: Filiz.
- Şahin Ceylan, Ş. (2004). "H.L.A. Hart: Hukuk Kavramı" ve Ayrım Tezi", *Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş*, (Edt.) Ahmet Haluk Atalay, İstanbul: Teknik Yayıncılık, içinde ss. 93-123.
- Özlem, D. (1999), Mantık, 6.baskı, İstanbul: İnkılap.
- Wacks, R. (2006). *Philosophy of Law- A Very Short Introduction*, New York: Oxford University Press.