

TANIMA KURALININ AHLAKİ İÇERİĞİ SORUNU: H.L.A. HART VE JOSEPH RAZ ARASINDAKİ “MUTLAK” ANLAŞMAZLIK

*The Problem of the Moral Content of the Rule of Recognition: The
“Absolute” Conflict between H.L.A. Hart and Joseph Raz*

Muhammet KOÇAKGÖL*

ÖZ

Tanım kuralının ahlaki içeriği problemi hukuki pozitivizm içerisinde birçok bağlamda tartışılan bir konudur. Hukuki pozitivizmin önde gelen iki temsilcisi H.L.A. Hart ve Joseph Raz’ın bu konu hakkındaki görüşleri ise farklılık göstermekte ve bu nedenle önem arz etmektedir. Hart, tanım kuralının ahlakilik kriteri içermesinin mümkün olabileceğini düşünürken, Raz bunun mümkün olmadığını iddia etmektedir. Bu bağlamda iki düşünür arasında keskin bir ayrışma olduğu düşünülebilmektedir. Makalede bu ayrışmanın görüldüğü kadar büyük ya da mutlak bir anlaşmazlık olmadığı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda Hart’ın tanım kuralına yönelik görüşleri ve Raz’ın bu görüşlere yönelik itirazlarına yer verilmiş, devamında bu farklılıkların mutlak bir anlaşmazlık olup olmadığı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu yapılırken düşünürlerin kavramsal analiz yolunu seçmeleri ve hukuki muhakeme konusunda farklı düşünceleri üzerinde durulmuştur. Sonuç bölümünde iki düşünürün kavramsal analiz yolunu seçmeleri ve hukuki muhakemeyi “hukuk nedir” sorusuna dahil edip etmemekten kaynaklı ayrışmaları göz önüne alındığında, tanım kuralının ahlaki içeriğiyle ilgili mutlak bir anlaşmazlığa sahip olmadıkları iddia edilmiştir.

Anahtar kelimeler: Hart, Raz, tanım kuralı, ahlakilik, pozitivizm.

Makalenin Geliş Tarihi: 26.07.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 11.09.2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, E-posta: muhammet.kocakgol@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1406-2427.

ABSTRACT

The moral content of the rule of recognition is discussed within legal positivism. The views of H.L.A. Hart and Joseph Raz as two prominent representatives of legal positivism, on this issue are important. While Hart considers it possible for the rule of recognition to include moral criteria, Raz claims that this is not possible. Hence, it can be thought there is an absolute divergence between the two thinkers. However, in this article, it has been tried to reveal that this separation is not as absolute as it seems. In this context, Hart's views on the rule of recognition and Raz's objections to it are explained. Then, it was tried to reveal whether these differences were absolute or not. It is emphasized that both thinkers choose the way of conceptual analysis and think differently about legal reasoning. In the conclusion part, it is claimed that there are no absolute divergences between the two thinkers because of their choice of the conceptual analysis and the place of legal reasoning in the question of "what is law". In this respect, it is concluded that they have not an absolute disagreement about the moral content of the rule of recognition.

Key words: Hart, Raz, rule of recognition, morality, positivism.

I. Giriş

Hukuki pozitivizm günümüzde de önemini korumakta, çeşitli şekillerde tartışma konusu yapılabilmektedir. Klasik dönem pozitivistlerin düşüncelerine yönelik yapılan değerlendirmeler farklı bakış açıları sunmakta, çağdaş hukuki pozitivizm tartışmaları da büyük ölçüde bu ekseninde şekillenmektedir. Mevcut tartışmalardan en dikkat çekici olanlardan biri kapsayıcı pozitivizm ve dışlayıcı pozitivizm ayrımına ilişkindir. Bu ayrım kapsamında Hart'ın görüşleriyle örtüşen kapsayıcı pozitivizm, zorunlu olmamakla birlikte hukukun belirleyicileri olarak ahlaki değerlendirmeleri mümkün görürken; dışlayıcı pozitivizm kavramsal bir gereklilik olması nedeniyle, ahlaki değerlendirmelerle hukukun belirlenmesini hiçbir şekilde mümkün görmemektedir¹. Bu kapsamda Hart, hukukun ahlaki kriterlerle belirlenebileceği iddiasındadır. Hukuku ahlaki kriterlerle belirlemeyi

¹ Wilfrid J. Waluchow, "The Many Faces of Legal Positivism," *The University of Toronto Law Journal*, Cilt 48, Sayı 3 (1998): 394.

olanaklı kılan kavram ise tanıma kuralıdır². Bu nedenle tanıma kuralı çeşitli biçimlerde tartışılan bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Haliyle tanıma kuralı hakkında çeşitli bağlamlarda fikir yürütmek mümkündür. Tanıma kuralının norm olarak var olup olmadığı, ahlaki bir geçerlilik kriterini barındırıp barındıramayacağı, yetki mi verdiği yoksa sorumluluk mu yüklediği gibi bağlamlar³ bunlardan birkaçıdır⁴.

Bu makalede dışlayıcı pozitivism⁵ bakımından Hart'ın tanıma kuralının içeriğine ve işlevine ilişkin getirilen yorumlar Joseph Raz'ın görüşleri bağlamında ele alınacaktır. Dolayısıyla Hart'ın⁶ ve Raz'ın genel hukuk anlayışları değil, Hart'ın tanıma kuralı kavramı ve buna yönelik dışlayıcı pozitivismin sistemli bir savunucusu olan Raz tarafından getirilen eleştirilere yer verilecektir. Bu kapsamda öncelikle Hart'ın tanıma kuralıyla anlatmaya çalıştığı şey büyük ölçüde Hart'ın *The Concept of Law* (Hukuk Kavramı) adlı eserinden hareketle betimlenecektir. Ardından Raz'ın görüşlerine yer verilecek ve bu yazarların gözden kaçırılabilen ortak yönleri ortaya konulacaktır. Bu kapsamda tanıma kuralının ahlaki içeriğine ilişkin Hart ve Raz'ın kapsayıcı ve dışlayıcı pozitivist olmak bakımından farklı görünmelerinin sebepleri kavram analizi yapmaları ve tanıma kuralının içeriğini hukuk-hukuk muhakemesi ayrımı nedeniyle farklı görmelerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı tartışılacak ve her iki düşünürün yaklaşım farklarının mutlak farklılıklar olup olmadığına yönelik ulaşılan sonuç paylaşılacaktır.

² Gülriiz Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, Sayı 3 (2003): 154.

³ Detaylı bilgi için bkz. Scott J. Shapiro, "What is the Rule of Recognition (and Does it Exist?)," *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution/ Yale Law School, Public Law Working Paper No. 184*, ed. Matthew Adler ve Kenneth Himma (Oxford University Press, 2009): 1-34.

⁴ Tanıma kuralını Hart'ın görüşleri çerçevesinde inceleyen çalışma için bkz. Aydan Ömür Surlu, *H.L.A. Hart'ta Tanıma Kuralı*, Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008).

⁵ Dışlayıcı pozitivism kavramı sert pozitivism ve ayrılma tezi kavramlarıyla eş anlamda kullanılmıştır. Dışlayıcı pozitivismle ilgili ayrıntılı çalışma için bkz. Engin Arıkan, *Sert Pozitivizm* (On İki Levha Yayınları, 2019).

⁶ Hart'ın genel hukuk anlayışıyla ilgili olarak bkz. Şule Şahin Ceylan, *H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı*, (On İki Levha Yayınları, 2014). Hart'ın hukuk-ahlak ayrımına ilişkin bkz. Sercan Gürler (ed.), *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı* (Tekin Yayınları, 2017).

II. Hart'ta Tanıma Kuralının İşlevi ve İçeriği

Hart'a göre, ahlaki talepler hukuk tarafından fiilen çoğu kez karşılanırsa da ahlakilik hukukun zorunlu bir şartı değildir⁷. Fakat bir hukuk sisteminde tanıma kuralına ahlaki kriter getirilerek hukuki niteliğe sahip olup olmadığı konusunda bir kural, geçerlilik testine tabi tutulabilir. Bu kriter sadece ahlaki kuralların hukuki açıdan geçerli olduğu anlamına gelmemektedir. Zira böyle bir tanıma kuralı hukuk kurallarının yapılması ve değiştirilmesi konusunda hiçbir mekanizma sağlamaz. Bu nedenle ilkel düzeyde kalır⁸. Bu sebeple Hart'ın tanıma kuralını değiştirme kuralları ve yargılama kurallarıyla ilişkisi bağlamında anlamak önemlidir.

The Concept of Law adlı eserinde Hart, birincil kurallardan ve ikincil kurallardan meydana gelen bir sistem olarak hukuk üzerinde durmuş, tanıma kuralına ilişkin detaylara bu eserinde yer vermiştir⁹. Hart, bir hukuk sisteminin en azından birincil kurallar ve tanıma kuralından oluşması gerektiğini, bunların bir hukuk sisteminin zorunlu koşulları olduğunu öne sürmüştür. Çeşitli standartlar ile yönetilen, ortak inanç veya kan bağı gibi bağlarla bir arada bulunan küçük toplulukları¹⁰ ise bu iddia bakımından istisna olarak görmüştür¹¹. Hukuk öncesi/ ilkel toplulukların hukukuyla ilgili aşağıdaki ifadeleri açıklayıcı olacaktır.

“Yasama organı, mahkemeler veya herhangi bir türden yetkilileri olmayan... sadece birincil kurallarla varlığını sürdüren bir toplum düşünmek mümkündür. Eğer bir topluluk sadece birincil kurallarla varlığını sürdürüyorsa... şiddetin keyfi kullanımı, hırsızlık, hile gibi davranışları kısıtlayan belirli şartların sağlanması gerekmektedir.”¹²

Hart, bir hukuk düzeninin sadece birincil kurallardan meydana gelmesini mümkün görmekte birlikte, bu tür bir düzenin ciddi kusurlar barındıracağını iddia etmektedir. Ne tür kusurları barındıracağıyla ilgili, yani bir hukuk sisteminden bahsedebilmek için neden en azından bu iki koşula

⁷ Jules Coleman, “Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence,” *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 27, Sayı 4 (2007): 583.

⁸ Einer Kenneth Himma, *Hukukun Ahlaki Kriterleri Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma*, çev. Saim Üye (Bilgesu Yayınları, 2010), 19-20.

⁹ Shapiro, “What is the,” 2.

¹⁰ Makale boyunca hukuk öncesi topluluk olarak adlandırılacaktır.

¹¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 2012), 92.

¹² Hart, *The Concept of*, 91.

ihtiyaç olduğuyula ilgili olarak üç tespitte bulunmaktadır¹³. Bu tespitler ikincil kurallar kategorisine giren tanıma kuralı, değiştirme kuralları ve yargılama kurallarına ilişkin olup, tanıma kuralı geçerlilik kriterini belirleyen kural olması bakımından en önemli kural olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴. Keza tanıma kuralı hangi kuralların bağlayıcı olduğunu belirleyen kuraldır¹⁵.

Birincisi, hukuk öncesi toplulukta belirli bir topluluğun kabul ettiği kimi standartlar söz konusudur. Yani uygulanan kurallar bir sistemi oluşturma yeteneğinden yoksundur. Bu tür kuralların kimi görgü kurallarından farkı yoktur. Zira bir anlaşmazlık olduğunda referansta bulunacak bir otorite veya resmi metin bulunmamaktadır. Bu nedenle belirsizlik oluşacaktır¹⁶. Keza hukuk olanla hukuk olmayanı ayırt etme konusunda bir belirsizlik söz konusu olacaktır¹⁷. Hart burada yükümlülük getiren birincil kurallardan bahsetmekte, birincil kuralların ise belirlilik konusunda yetersiz kalacağını belirterek tanıma kuralını öne sürmektedir. Böylece hangi tür kurallar ihlal edildiğinde toplumsal baskının uygulanacağı konusuna açıklık getirmeye çalışmaktadır. Ayrıca tanıma kuralıyla bir sistem, hukuk sistemi olarak görülmeyi hak etmektedir¹⁸. Zira Hart'a göre birincil kuralların varlığını belirleyen bir tanıma kuralı, bir hukuk sisteminin zorunlu koşuludur¹⁹. Tanıma kuralı bir hukuk sistemindeki nihai üst kural olma özelliğiyle diğer bütün kuralların geçerliliğine etki etmektedir. Keza diğer kuralların geçerliliği tanıma kuralındaki kritere bağlıdır²⁰. Hart'ın aşağıdaki ifadeleri bununla ilgilidir:

“Neyin kural olduğu veya belirli bir kuralın kesin kapsamı konusunda şüpheler ortaya çıkarsa, ne buyurucu bir metne referansta bulunarak ne de

¹³ Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası*, çev. Saim Üye (Pinhan Yayınları, 2019), 150-151.

¹⁴ Surlu, *H.L.A. Hart'ta Tanıma*, 142.

¹⁵ Şule Şahin Ceylan, “H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı,” *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 23. Kitap* (İstanbul Barosu Yayınları, 2012): 84.

¹⁶ Hart, *The Concept of*, 92.

¹⁷ Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, (Filiz Kitabevi, 2010), 352.

¹⁸ Muhammet Koçakgöl, *Hukuki Pozitivizm ve Yargıcın Ahlaki Rolü: Frederick Schauer'in Kararsal Pozitivizme İlişkin Görüşleri Kapsamında Bir İnceleme* (Yetkin Yayınları, 2022), 94.

¹⁹ Grand Lamond, “The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System,” *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, ed. Luis Duarte D'almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti (Hart Publishing, 2013): 182.

²⁰ Arıkan, *Sert Pozitivizm*, 19.

bu konudaki beyanları geçerli olan bir yetkiliye referansta bulunmak suretiyle bu şüpheyi giderme konusunda herhangi bir prosedür olmayacaktır. Zira, açıkça, böyle bir prosedür ve buyurucu metin veya kişilerin kabulü, yükümlülük veya görev yükleyen kurallardan farklı türde kuralların varlığını gerektirir. Birincil kuralların basit toplumsal yapıdaki bu kusuruna belirsizlik diyebiliriz.²¹”

“Birincil kurallar rejiminin belirsizlik sorunu için en basit çözüm yolu, 'tanıma kuralı' olarak adlandırdığım şeyin getirilmesidir. Tanıma kuralı, hangi nitelik ve niteliklere sahip bir kuralın nihai ve teyit edici olduğunu belirli kılacaktır.²²”

İkincisi, hukuk öncesi toplulukta değişen şartlar karşısında, kuralları değişen şartlara uyarlayacak araçlar yoktur. Bu nedenle eski kuralları ortadan kaldıracak veya yeni kurallar çıkarmaya yarayacak kurallara ihtiyaç vardır. Yani değişiklikleri gerçekleştirmeyi sağlayacak olan ve birincil kurallardan farklı kimi kurallara ihtiyaç duyulmaktadır²³. Bu kurallar ikincil kurallardan olan değiştirme kuralları olup, kuralların statik yapısını değiştirmeye yaramaktadır²⁴. Böylece Hart, hukuk öncesi topluluk hukukundaki ikinci önemli eksikliği değiştirme kurallarının olmayışı olarak değerlendirmektedir. Değiştirme kurallarıyla ilgili şunu söylemektedir:

“Birincil kurallar rejiminin statik niteliğinin çözümü, 'değiştirme kuralları' diyeceğimiz unsurun getirilmesinden ibarettir. En basit haliyle bu kural, bir kişiye ya da kişiler topluluğuna, grubun ya da grup içindeki bir sınıfın yaşamını yürütülmesi için yeni birincil kurallar getirme ve eski kuralları ortadan kaldırma yetkisi veren kuraldır.²⁵”

Üçüncü olarak, hukuk öncesi toplulukta bir uyuşmazlık olduğunda son kararı verecek bir otorite eksikliği söz konusudur. Bir kural ihlal edildiğinde, bu ihlalin yaptırımını uygulayacak özel aktörler yoktur. Bunun yerine ihlalden etkilenen kişiler veya topluluğun tamamının dağılık çabası veya tepkisi söz konusu olacaktır²⁶. Bu durum ise toplumsal baskının

²¹ Hart, *The Concept of*, 92.

²² Hart, *The Concept of*, 94.

²³ Hart, *The Concept of*, 92-93.

²⁴ Surlu, *H.L.A Hart'ta Tanıma*, 50.

²⁵ Hart, *The Concept of*, 95.

²⁶ Hart, *The Concept of*, 93-94.

yetersizliğini doğuracaktır²⁷. Hart, ortaya çıkacak bu yetersizliği yargılama kurallarıyla çözmektedir. Yargılama kuralları aracılığıyla çeşitli organlara yetki verilmekte, bu organlar kural ihlalinin olup olmadığı konusunda karar vermektedir²⁸. Hart'ın yargılama kurallarıyla ilgili aşağıdaki ifadeleri bununla ilgilidir:

“Birincil kurallar rejimini tamamlayan üçüncü unsur, belirli bir durumda birincil bir kuralın ihlal edilip edilmediği sorusuna ilişkin bireyleri yetkilendiren ikincil kurallardan oluşmaktadır. Bu kuralları ‘yargılama kuralları’ yapma yetkisi veren ikincil kurallar olarak adlandıracağız.”²⁹

Neticede Hart, birincil kurallara ek olarak üç tür ikincil kuraldan, yani tanıma kuralı, değiştirme kuralları ve yargılama kurallarından söz ederek bir hukuk sistemini tanımlamaktadır³⁰. Bu üç kuraldan hukuk olanla hukuk olmayanı belirli kılan kural tanıma kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza tanıma kuralı hukuku belirleme işlevi görmektedir.

Tanıma kuralı tam olarak nedir veya tanıma kuralının içeriğinde ne gibi unsurlar yer alır sorusuna Hart'ın net bir cevap vermediği belirtilmelidir. Fakat tanıma kuralının içeriğine ilişkin görüşleri bulunmaktadır. Örneğin Hart, tanıma kuralının gelişmiş hukuk sistemlerinde karmaşık yapıda olabileceğini şu şekilde belirtmektedir³¹:

“Gelişmiş bir hukuk sisteminde tanıma kuralları elbette daha karmaşıktır. Kuralları yalnızca bir metne veya listeye referansta bulunarak belirlemek yerine, bunu birincil kuralların sahip olduğu bazı genel özelliklere referansta bulunarak yaparlar. Bu durum, tanıma kurallarının belirli bir organ tarafından yasalaştırılmış olmaları, uzun süreli teamüller veya yargı kararlarıyla ilişkileri olabilir.”³²

²⁷ Surlu, *H.L.A Hart'ta Tanıma*, 53.

²⁸ Shapiro, “What is the,” 4.

²⁹ Hart, *The Concept of*, 96-97.

³⁰ Raymond Wacks, *Hukuk Kuramını Anlamak Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş*, çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver ve Serdar Ünver (Astana Yay, 2016), 145; Himma, *Hukukun Ahlaki Kriterleri*, 17; Lamond, “The Rule of,” 184.

³¹ Akademik yazında tanıma kuralı kavramı çoğu defa tekil kullanılmakla birlikte Hart, bazı yerlerde tanıma kuralları şeklinde kavramı çoğul biçimde kullanmıştır. Makale boyunca atıf yapılan metindeki kullanım şekli gözetilmiştir.

³² Hart, *The Concept of*, 95.

“Hukukun 'kaynaklarının' çeşitli olduğu modern bir hukuk sisteminde, tanıma kuralı buna bağlı olarak daha karmaşıktır. Hukuku tanımlama kriterleri çok sayıdadır ve genellikle yazılı bir anayasayı, bir yasama organı tarafından çıkarılan yasayı ve yargı içtihatlarını içerir.”³³

Diğer taraftan, tanıma kuralı birincil kuralların geçerli olup olmadığıyla ilgilidir ve diğer kuralların geçerliliğini test etme konusunda işlev görmektedir. Tanıma kuralının ahlaki içerip içermeyeceği meselesi de bununla ilgili olup, geçerlilik testinin ahlaki kriter içerebilmesi söz konusudur. Zira Hart tanıma kuralında getirilebilecek kriterlere herhangi bir kısıtlama getirmemektedir. Zaten tanıma kuralının karmaşık bir yapıda olması bununla ilişkilidir. Bu noktada tanıma kuralının kendisinin geçerlilik testine tabi tutulamayacağı belirtilmelidir. Çünkü Hart’a göre tanıma kuralının kendisi geçerli ya da geçersiz değildir³⁴. Hart tanıma kuralının kendisinin geçerli veya geçersiz olamayacağıyla ilgili ve içeriğinin karmaşık olup, belirli unsurlarla kısıtlı olmadığıyla ilgili yukarıdaki ifadeleriyle paralel biçimde şunları söylemiştir:

“Hiç şüphesiz, bir tanıma kuralının fiili varlığını oluşturan hakimlerin, yetkililerin ve diğerlerinin uygulaması karmaşık bir meseledir. Bu tür bir kuralın kesin içeriği ve kapsamına ve hatta varlığına ilişkin soruların açık veya kesin bir yanıtının bulunmadığı durumlar elbette vardır... Bu tür kuralların³⁵ toplumsal bir grubun fiili uygulamasında mevcut olduğu tespit edilirse, bunların geçerliliği konusunda tartışılacak ayrı bir soru da yoktur.”³⁶

“Tanıma kuralının mevcut olduğu iddiası ancak dışsal bir olgu ifadesidir. Çünkü bir sistemin tabi kuralı geçerli olabilir. Ve bu anlamda genel olarak göz ardı edilse bile bu kural ‘mevcut’ olabilirken, tanıma kuralı da mahkemelerin, yetkililerin ve özel kişilerin belirli kriterlere göre hukuku belirlemede karmaşık, ancak normal olarak koordineli bir uygulaması olarak yine mevcuttur. Yani tanıma kuralının mevcudiyeti olgusal bir meseledir.”³⁷

³³ Hart, *The Concept of*, 101.

³⁴ Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen,” 150.

³⁵ Hart burada görenekleri kastetmekle birlikte, tanıma kuralıyla benzer şekilde bir kuralın varlığını olgusal olarak görmekte ve geçerli olup olmadığının tartışılmayacağını belirtmektedir. Fakat kuralın arzu edilir olup olmadığının her zaman sorgulamaya açık olduğunu da ifade etmektedir (Hart, *The Concept of*, 109).

³⁶ Hart, *The Concept of*, 109.

³⁷ Hart, *The Concept of*, 110.

Hart tanıma kuralının içeriğine ve sayısına bir sınır getirmeyerek ahlaki ilkelerin de tanıma kuralında yer almak koşuluyla geçerlilik kriteri olabileceğini ifade etmekte³⁸, ama bunun zorunlu olmadığını örnekleyerek göstermeye çalışmaktadır:

“Her modern devletin hukukunda, hem kabul edilen toplumsal ahlakın hem de daha geniş ahlaki ideallerin etkisi sayısız noktada görülür. Bu etkiler, yasama yoluyla ani ve açık bir şekilde ya da yargı yoluyla sessizce ve parça parça hukuka dâhil olabilir. Amerika Birleşik Devletleri’nde olduğu gibi bazı sistemlerde, hukuki geçerliliğin nihai kriterleri, açıkça adalet ilkelerini veya maddi ahlaki değerleri içerir. İngiltere’de olduğu gibi, yüksek yasama organının yetkinliği üzerinde hiçbir resmi kısıtlamanın bulunmadığı diğer sistemlerin hukuku da yine adalete veya ahlaka aynı ölçüde uygunluk gösterebilir.”³⁹

Netice itibariyle Hart, tanıma kuralını bilinçli olarak net bir şekilde tanımlamamakta ve geçerlilik kriteri olarak tanıma kuralının adalet gibi ahlaki kriterleri içerebileceğini belirtmektedir. Yukarıdaki alıntıdan da anlaşılacağı üzere tanıma kuralı yasama işlemiyle ortaya çıkabileceği gibi mahkeme kararlarıyla da ortaya çıkabilecek niteliktedir⁴⁰. Ayrıca Hart, tanıma kuralının önemli bir işlevi kesinliği sağlamak olsa da tanıma kuralının belirsizliği bütünüyle ortadan kaldırmayacağını kabul etmektedir⁴¹. Tanıma kuralının ahlakı içerebilmesi, birden çok tanıma kuralının mümkün olması ve dolayısıyla belirsizlikle ilişkilendirilmesi, kimi çağdaş dışlayıcı pozitivistler tarafından tanıma kuralının eleştirilmesine neden olmuştur. Bu düşünürlerden en dikkat çeken dışlayıcı pozitivist sistemli şekilde savunması nedeniyle Raz olmuştur.

III. Raz’dan Gelen İtirazlar

Raz, Hart’ın aksine, hukukla ahlak arasında kurucu bir ilişki olamayacağını, bunun hukukun doğasına aykırılık teşkil edeceğini öne sürmektedir⁴². Ona göre ahlaki kriterler, bir normun hukuki statüsü için

³⁸ Sururi Aktaş, “Hart ve Dworkin’e Karşı Otorite Olarak Hukuk,” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt VIII, Sayı 3-4, (2004): 8-9.

³⁹ Hart, *The Concept of*, 203-204.

⁴⁰ Aktaş, “Hart ve Dworkin’e,” 8-11.

⁴¹ Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen,” 162.

⁴² Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen,” 152.

zorunlu olmadığı gibi yeterli de değildir⁴³. Raz'ın bu iddiasını anlamak için otorite olarak hukuk, hukukun dışlayıcı sebepler sunması ve dâhil edici teze ilişkin görüşlerine başvurmak gerekmektedir. Burada Raz'ın tanıma kuralının varlığını kabul ettiği, fakat ahlaki bir kriterin tanıma kuralında yer alabileceği düşüncesini reddettiği belirtilmelidir. Zira Raz sadece ve sadece sosyal olgulara dayanması koşuluyla tanıma kuralının hukuku belirleyebileceğini kabul etmektedir⁴⁴. Raz bu durumu üç temel tezden hareket ederek ele almaktadır. Bu tezler ve hangisini savunduğunu aşağıdaki gibi ifade etmektedir:

“Kaynaklar tezi: Hukuk tamamen kaynak temellidir.

Dâhil edici tez: Hukuk ya kaynağa dayalıdır ya da kaynak temelli hukuka tabidir.

Tutarlı bütünlük tezi: Hukuk, kaynağa dayalı hukukun ahlaki açıdan en sağlam temellendirmesiyle birlikte vardır.

Hukukun varlığı ve içeriği, herhangi bir değerlendirme argümanına başvurmadan yalnızca sosyal olgulara atıfta bulunularak tanımlanabiliyorsa, kaynağa dayalıdır. Bu makalenin temel amacı da kaynak tezini savunmaktır.⁴⁵”

Raz'ın kaynak tezini savunması, tanıma kuralında ahlaki bir kriterin yer alamayacağı, başka bir ifadeyle hukuku belirlemede ahlaki kriterlerin rol alamayacağını düşünmesi hukukun otoritesi ve bununla ilişkili olarak hukukun dışlayıcı sebepler sunmasıyla ilgilidir. Raz'ın hukuk teorisi özetlemeye pek elverişli olmasa da, sırasıyla 1) hukukun otoritesi ve dışlayıcı sebepler sunması, 2) Hart'ın dâhil edici tezine hukukun parçası olma ve hukukun sonuç bağlaması ayrımıyla Raz'ın nasıl karşı çıktığı üzerinde durulabilir.

Otorite olarak hukuk argümanı ile Raz, esasında hukukun doğasına ilişkin bir açıklamada bulunmaktadır. Zira hukuk sistemi otorite

⁴³ Brian H. Bix, “Hukuki Pozitivizm” çev. Yusuf Umur Çil, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi*, ed. Martin P. Golding ve William A. Edmundson, çev. ed. Ertuğrul Uzun (İslık Yay, 2021): 79.

⁴⁴ Michael S. Green, “The Semantic Thesis in Legal Positivism,” *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, ed. Torben Spaak/ Patricia Mindus (Cambridge University Press, 2021): 539.

⁴⁵ Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford University Press, 1996), 210-211.

iddiasındadır. Dolayısıyla Raz'a göre otorite iddiasında bulunmayan bir normatif sistemin hukuk sistemi olarak nitelenmesi mümkün değildir. Yine hukuk otorite iddiasında bulunurken meşru otoriteye sahip olma veya bu potansiyele sahip olma iddiasına sahiptir⁴⁶. Başka bir ifadeyle herhangi bir hukuk sisteminin yürürlükte olması, hukuk sisteminin otoriteye sahip olduğu iddiasında bulunduğu anlamına gelmektedir⁴⁷.

Raz otoriteyi iki farklı manada ele almaktadır: 1) kişiler üzerinde otorite, 2) belirli eylemlerde bulunmak için sahip olunan otorite. Her iki otorite türü bazı noktalarda örtüşmekle birlikte, Raz bunları farklı nosyonlar olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda kişinin kendi üzerindeki otoritesi kapsamında olmayan, yani diğer kişi ya da kişiler üzerindeki gönüllü yükümlülüklerle ilişkin otoritesi, kişiler üzerinde otoritedir. Başka birine elektronik posta adresine girmek konusunda otorite verilmesi örnek olarak gösterilebilir. Yani bir başkasına devretmeyi gerekli kılan bir otorite söz konusu olup⁴⁸, gönüllülüğe ilişkin bir durum vardır.

Diğer taraftan hukukun otoritesi eylem sebepleri sunmaktadır. Bu bakımdan Raz hukukun otoritesini bir tür pratik otorite olarak görmektedir. Zira hukuk, bireyler üzerinde eylem sebepleri yaratarak toplumu organize etmeye çalışmakta ve bu yönüyle pratik bir otorite olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁹. Hatta hukuk zorunlu biçimde pratik otorite iddiasında olmak durumundadır⁵⁰. Pratik otoritenin karşısında ise teorik otorite vardır. Bilim insanlarının otoritesi buna örnek olarak gösterilmektedir. Pratik otoriteler hak sahibi olma iddiasına sahipken, teorik otorite böyle bir iddiada bulunmamaktadır⁵¹. Başka bir ifadeyle, teorik otorite tıp bilgisi gibi uzmanlık bilgisine sahip olmakla ilgilidir. Bu sebeple inanılmak için kişilere haklı sebepler sunmaktadır. Oysa pratik otorite inanılmakla ilgili değil, kendisinin istediği şekilde davranış sergilenmesiyle ilgili sebep sunmaktadır.

⁴⁶ Halit Uyanık, "Joseph Raz'da Hukukun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi," (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007), 174-175.

⁴⁷ Patricia D. White, "Law and Moral Obligation," *The University of Chicago Law Review*, Cilt 49, Sayı 1, (1982): 251.

⁴⁸ Joseph Raz, *The Authority of Law Essays on Law and Morality* (Oxford University Press, 1979), 19-20.

⁴⁹ Uyanık, "Joseph Raz'da Hukukun," 174.

⁵⁰ Brian H. Bix, "Joseph Raz's Approach to Legal Positivism," *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, ed. Torben Spaak ve Patricia Mindus (Cambridge University Press, 2021): 355.

⁵¹ Uyanık, "Joseph Raz'da Hukukun," 44.

Yani diğerlerinin davranışlarını yönlendirme söz konusudur⁵². Keza pratik otorite olarak hukuk nasıl inanacağımızı değil nasıl davranacağımızı söylemektedir⁵³. Böylece Raz hukuk otoritesini başkalarının davranışlarını yönlendirme bağlamında normatiflikle⁵⁴ birlikte ele almıştır. Nitekim Raz hukukun normatifliğini, davranışları yönlendirme görevi ve zorlayıcı olmasıyla açıklamaktadır⁵⁵.

Hukukun meşruluk iddiasında bulunan bir otorite olması ve davranışları yönlendirmek için sebep sunması Raz'da dışlayıcı sebepler argümanı ile kendini göstermektedir. Dışlayıcı sebepler, belirli bir sebebe dayanarak belirli bir davranıştan kaçınmaya ilişkin sebeplerdir. Dışlayıcı sebepler söz konusu olduğunda kişinin sebepler arasında bir denge gözetmesi değil, dışlayıcı sebeplerin dışladığı sebepleri göz ardı etmesi gerekmektedir⁵⁶. Dolayısıyla hukuk meşru otorite iddiasıyla diğer sebepleri dışlamakta ve kendisine uymayı gerekli kılmaktadır. Bir başka deyişle hukuk kuralları diğer sebeplerden bağımsızdır. Raz'ın aşağıda söyledikleri bir sebebin çeşitli ahlaki değerlendirmelerle revizyona tabi tutulmaması, yani dışlayıcı olması ve bunun hukukun meşru otorite iddiasında olması nedeniyle dışlayıcı sebepler sunmasıyla ilgilidir:

“Kalıcı şekilde revizyona direnmesi, bir kuralın temel dışlayıcı niteliğidir. Uygulandığı her durumda olası revizyon açısından yeniden incelenmesi gerektiği iddiasından bağımsızdır.”⁵⁷

“Dışlayıcı sebepler, başka bir sebeple hareket etmeme sebepleridir.”⁵⁸

“Bu, otorite kavramının ayrılmaz bir şekilde hukuk kavramına bağlı olduğunu göstermek için yeterli görünebilir. Hukuka karşı uygun tutum belirlemek için hukukun bizim üzerimizde kabul etmemiz gereken bir yetkisi

⁵² Kenneth Ehrenberg, “Joseph Raz’s Theory of Authority,” *Philosophy Compass*, Cilt 6 (2011): 884.

⁵³ Bix, “Joseph Raz’s Approach,” 355.

⁵⁴ Normatiflik ve hukuki pozitivizm ilişkisiyle ilgili detaylı çalışma için bkz. Yahya Berkol Gülgeç, *Normativite ve Pozitivizm* (On iki Levha Yayınları, İstanbul 2020).

⁵⁵ Uyanık, “Raz’da Hukukun Otoritesi,” 172.

⁵⁶ Yahya Berkol Gülgeç, “Akıl Temelli Normativite Teorileri ile Hukuki Pozitivizmin Bağdaştırılması,” (Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020), 50, 70-71.

⁵⁷ Raz, *The Authority of*, 33.

⁵⁸ Joseph Raz, “Exclusionary Reasons”, (2021): 6, erişim tarihi 28.02.2022, <https://ssrn.com/abstract=3933033>.

olup olmadığını incelememiz gerektiği gayet açıktır. Fakat hukukun doğasını açıklarken otorite kavramını kullanmamız gerekir mi? Bu kavram, sadece hukuka karşı yükümlülüğümüzün belirlenmesinde değil, aynı zamanda onu anlamamızda da bir rol oynar mı? Cevap olumludur, çünkü meşru otorite talep etmesi hukukun temel bir niteliğidir.⁵⁹

Raz'ın bu ifadelerinden hareketle hukuk kurallarının hukuk kuralı olmakla diğer sebepleri dışladığı belirtilebilir. Örneğin bir kuralla ilke çatıştığında ikisi arasında bir dengeleme söz konusu olamaz. Çünkü kural diğer sebepleri⁶⁰ dışlar⁶¹. Aksi durumda zaten inançları değil de nasıl davranılacağına ilişkin meşru otorite olma iddiası havada kalacaktır. Böylece hukuku belirleyen tanıma kuralının ahlaki bir kriter içermemesi veya bu tür bir tanımlamanın hukukun doğasına aykırı görülmesi Raz'ın kaynak temelli görüşleriyle şekillenmiştir.

Diğer taraftan Raz dışlayıcı sebep argümanının yanında veya bu argümanın bir tamamlayıcısı olarak dahil edici tezle ilgili ilginç bir yaklaşım sergilemektedir. Hukukun dışlayıcı sebepler sunması hukuku belirlemede ahlaki bir kriteri içeremez görüşünü esasında daha ileriye taşımaktadır. Örneğin Anayasada yer alan insan hakları ve insan onuru gibi kavramları içeren hükümleri hukukun parçası saymamaktadır. Yani doğrudan hukuk metinlerinde yer alsa da, ahlakiliğin hukuku belirleyememesinin de ötesinde hukukun parçası dahi olamayacağını iddia etmektedir. Bu konuyu Raz *Incorporation by Law* makalesinde irdelemiş, hukukun belirli bir ahlaki takip etmeyi emredebileceğini belirtmiştir. Hakimlere hakkaniyetli davranmanın emredilmesi buna örnektir. Benzer şekilde anayasada bütün devlet otoritelerinin insan onurunu koruması ve insan onuruna saygı duyması ödev olarak yüklenmiş olabilir. Benzer biçimde örneğin Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, ifade özgürlüğüne aykırı yasa yapılamayacağını hüküm altına almıştır. Raz, bu tür düzenlemelerden, hukukun ahlaki bünyesine kattığı anlamının çıkarıldığını belirtmektedir⁶². Burada gerçekten hukuka dâhil edilme mi söz konusudur? Raz'ın bu soruya cevabı büyük

⁵⁹ Raz, *The Authority of*, 29-30.

⁶⁰ Eylem sebepleriyle ilgili Raz'ın yaptığı ayırım birincil sebepler ve hukuk kurallarının da dahil olduğu ikincil sebepler şeklindedir. Burada kastedilen diğer sebeplerden kasıt ahlakilikten kaynaklı birincil sebeplerdir.

⁶¹ Peng-Hsing Wang, "Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning?," *On the Nature of Legal Principles* (Franz Steiner Verlag Publishing, 2010): 38.

⁶² Joseph Raz, "Incorporation by Law," *Legal Theory*, Cilt 10 (2004): 7-10.

ölçüde “hayır” şeklindedir. Bu cevaba hukukun sonuç bağlaması ile hukukun parçası olmanın birbirinden farklı şeyler olduğundan hareketle ulaşmaktadır. Bu cevap önemlidir, çünkü özellikle tanıma kuralının durumuna baktığımızda dâhil edilme yoksa, hukukun ahlaki geçerlilik kriteri içeremeyeceği argümanı daha güçlü hale gelecektir.

Raz, yukarıda verilen örneklerin ahlakın hukuka dâhil olması şeklinde yorumlanamayacağını düşünmektedir. Eğer “dâhil etme” yasa yapmak ya da standart oluşturup, buna hukuki sonuç bağlamaksa bu örnekler dahil edicilik kapsamında değildir. Örneğin İngiliz ve Amerikan yasaları şirket düzenlemelerine ve üniversite yönetmeliklerine hukuki sonuç bağlamakta, bunları ülke hukukunun bir parçası olarak kabul etmektedir. Aynı şekilde hukuki bakımdan bağlayıcı olan sözleşmelere de sonuç bağlanmaktadır. Fakat bu sözleşmeler hukukun parçası değildir. Dolayısıyla Raz’a göre birçok standarda hukukun parçası olmadan sonuç bağlamak mümkündür⁶³. Böylece Raz, ahlaki kriter hukuka dahil edilmek suretiyle zaten hukukun parçası haline gelir iddiasına karşı çıkmanın ötesinde bir tespit bulunmaktadır. Zira ahlaki kriterlere birçok defa sadece hukuki sonuç bağlandığını ve kriterlerin kendisinin hukukun parçası dahi olmadığını iddia etmektedir⁶⁴. Raz dahil edicilik olarak nitelenen kavramın birçok kez dahil edilmeye ilgisiz olduğu iddiasını şu şekilde özetlemektedir:

“...Bir standardı hukukun bir parçası yapmakla, onu ülke hukukunun bir parçası haline getirmeden ona yalnızca bir ölçüde hukuki sonuç bağlamak arasındaki fark, yasamanın “dâhil ediciliği” diline bağlı değildir. Bu, kısmen, bir hukuk sisteminin ne olduğuna ve hukuk sisteminin dışında kalan normatif standartlarla, (örneğin yabancı hukuka, ahlaki değerlendirmelere veya devlet dışı kuruluşların anayasası ve yasalarıyla) nasıl ilişkili olduğuna dair genel anlayışımıza bağlıdır.”⁶⁵

Raz’ın ahlakiliği tanıma kuralının tamamen dışında tutması Hart ile keskin veya uzlaşması zor yaklaşımlara sahip olduklarını gösterse de iki düşünürün neden anlaşamadıkları ve bu anlaşmazlığın her zaman tanıma kuralının ahlakilik içerip içermemesiyle ilgili olup olmadığını tartışmaya açıktır.

⁶³ Raz, “Incorporation by Law,” 10.

⁶⁴ Raz, “Incorporation by Law,” 10-11.

⁶⁵ Raz, “Incorporation by Law,” 11-12.

IV. Hart ve Raz'ın Tanıma Kuralına İlişkin Görüşleri Ahlakiliği İçerme Bakımından Çatışıyor Mu?

Yukarıdaki bilgilerden hareketle Hart ve Raz'ın hangi noktalarda ne ölçüde çatıştığı ya da örtüştüğü tanıma kuralına ilişkin pozitivist teorinin iç tutarlılığını veya tutarsızlığını göstermek açısından önemlidir. Bu kapsamda doğal hukuka karşı bir teori olarak ve hukuki belirliliği sağlama konusundaki önemi bakımından her iki düşünürün ayrışmadığı ve ortak bir paydada buluştukları açıktır. Zira doğal hukuka karşı geliştirilmesi bakımından Hart'ın görüşleri pozitivist teoriden sapmamaktadır⁶⁶. O halde asıl tartışma konusu pozitivist teorinin kendi içerisinde gerçekleşmekte olup, Raz'ın geçerlilik kriterinin hiçbir şekilde ahlakilik içermeyeceği şeklindeki iddiasıyla ilgilidir. Örneğin hukukun dışlayıcı sebepler sunması hukuki geçerliliğin ahlaki bir kritere bağlanmasına engeldir. Oysa bu durum Hart için öyle değildir. Keskin veya mutlak bir ayrışma gibi görünmekle birlikte bu ayrışmayı mutlak olmayan bir farklılık olarak kabul etmek mümkün müdür?

Bu soruya olumlu cevap vermek, yani tanıma kuralının ahlaki kriter içerip içermeyeceği konusunda her iki düşünürün düşüncelerinin büyük ölçüde ayrışma içermediğini en azından iki noktada ortaya koymak mümkündür: 1) Her iki düşünür de kavramsal analiz yolunu seçmiştir. 2) Hukukun geçerlilik kriterinden çok hukuk ile hukuki muhakeme ayrımında farklı yol izlemişlerdir.

Kavramsal analizin seçilmesiyle ilgili olarak, kapsayıcı pozitivism-dışlayıcı pozitivism yaygın olarak kabul gören bir ayrım olmakla birlikte çağdaş düşünürler hukuki pozitivismi farklı tasnifler yoluyla değerlendirebilmektedir. Bu nedenle Hart ve Raz gibi karşı karşıya görünen pozitivistlerin aynı çatı altında görülmesi mümkündür. Bu konuda Frederick Schauer kavramsal pozitivism/ kararsal pozitivism/ etik-normatif pozitivism şeklinde bir ayrımın mümkün olduğunu ve bu ayrım bakımından Hart ve Raz'ın kavramsal pozitivismi temsil ettiğini düşünmektedir. Zira her ikisi de hukukun kavram olarak tanımlanması üzerinde durmaktadır. Oysa Bentham ve Austin'in temsil ettiği Hart öncesi pozitivism⁶⁷ hakimlerin ve hukuk

⁶⁶ Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen," 152.

⁶⁷ Detaylı bilgi için bkz. Frederick Schauer, "Hart Öncesi Pozitivizm," çev. Muhammet Koçakgöl, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1 (2021): 101-128.

aktörlerinin karar verme davranışına yönelik bir görüşü yani kararsal pozitivizmi temsil etmektedir. Yani Bentham ve Austin'in hedefinde hukuku tanımlamak değil, hukuk aktörlerini sınırlandırmak vardı. Diğer taraftan normatif veya etik pozitivizm hukuk kavramının pozitivist tanımının demokrasi, şeffaflık ve benzeri değerlerin hayata geçmesi bakımından olması gereken yaklaşım olduğu iddiasındadır⁶⁸.

Schauer'in bu ayrımı dikkate alındığında Hart ve Raz arasında mutlak ve aşılabilir bir anlaşmazlık olmadığını belirtmek mümkün hale gelmektedir. Örneğin Bentham ve Austin gibi Hart da yetkinin kötüye kullanılması konusunda benzeşmektedir. Farklı olan Hart'ın kavramsal analiz yolunu, Bentham ve Austin'in ise reform yolunu seçmesi olmuştur⁶⁹. Dolayısıyla kapsayıcı veya dışlayıcı olmasından çok nereye yöneldikleri fark yaratmaktadır. Raz'ın da kavramsal analiz yolunu seçtiği göz önünde bulundurulduğunda Hart ve Raz arasındaki ortak noktaların belirginleştiğini, pozitivizm içerisinde farklı kolları yer almaktan ziyade aynı kolda (kavramsal pozitivizm) yer aldıklarını görmek mümkün hale gelmektedir.

Elbette bu argümanlarla her ne kadar Schauer iki düşünürün ortak noktalarını belirgin hale getirirse de Hart ve Raz'ın tanıma kuralının ahlaki içeriğiyle ilgili ortaklaştıklarını göstermez. Neticede Hart geçerlilik testi için ahlaki bir kriteri mümkün görürken Raz bunun hukukun doğasına ters olacağını düşünmektedir. Fakat bu konuda da iki düşünür arasında keskin bir ayrım olmayabileceğini iddia etmek mümkündür.

Hukuk nedir sorusuna cevap verilirken elbette akla birçok kavram gelebilmektedir. Ama iddiamızı savunmak bakımından hukuk nedir sorusuna düşünürlerin neleri dahil edip etmediğine bakarak cevap vermek yol gösterici olacaktır. Örneğin hukuki muhakeme bu soruya dahil midir? Raz'ın bu konuyla ilgili yaklaşımı son derece tutarlı ve ilginçtir. Zira Raz'a göre hukuki muhakemeyi farklı kılan hukukun kendisidir. Yoksa hukuki muhakemeye özgü farklı bir muhakeme türü yoktur⁷⁰. Bu nedenle hakimlerin ve diğer hukuk uygulayıcılarının muhakeme şekli hukuka dâhil değil, hukukun sonucudur. Burada Raz hukuk nedir sorusuna cevap verirken hukuki muhakemeyi ayrıca değerlendirme gereği duymamaktadır⁷¹. Bu

⁶⁸ Schauer, "Hart Öncesi Pozitivizm," 108-115.

⁶⁹ Koçakgöl, *Hukuki Pozitivizm* ve, 70.

⁷⁰ Joseph Raz, "Reasoning with Rules," *Current Legal Problems*, Cilt 54 (2001): 1-18

⁷¹ Koçakgöl, *Hukuki Pozitivizm* ve, 86.

yaklaşım Raz'ın hukuki muhakemeyi ahlaki muhakemenin bir şekli olarak görmesiyle ilgilidir⁷². Zaten hukuki muhakemeyi dışarıda tutmadan yapılacak bir hukuk tanımı Raz'ı tutarsız kılacaktı.

Raz'ın tespitleri son derece tutarlı olmakla birlikte tanıma kuralının ahlaki bir kriter içermesi hukuki muhakemeye ilişkin görüldüğünde Hart ile arasındaki yaklaşım farkının niteliği değişmektedir. Zira yetkililerin pratiklerini hukuki muhakemeden ayrı düşünmek mümkün değildir. Bu nedenle tanıma kuralını yetkililerin pratikleri ve konvansiyonu olarak gördüğümüzde, sorunun ahlaki kriter içerip içermemesiyle değil, hukuki muhakemeyi tanıma kuralının parçası olarak görüp görmemesiyle ilgili olduğunu söylemek mümkün hale gelecektir. Örneğin başka bir yargı çevresinde bulunan üst mahkemelerin verdiği kararları, diğer bir yargı çevresinin hakimleri bağlayıcı olarak görüyorsa ve buna uygun bir konvansiyon içerisindeyseler buradaki anlaşmazlığın ahlaki bir kriterle ilgili olmadığı daha net görülebilir. Zira hakimlerin diğer bölgelerdeki üst mahkeme kararlarını bağlayıcı olarak görmeleriyle ilgili bir muhakemeleri söz konusudur. Bu muhakeme süreci hukuk değil hukuki muhakemeye, yani hukuk hakkında akıl yürütmeye ilgilidir. Zira mevcut hukuka göre bir bağlayıcılık olmadığı halde hakimlerin kendilerini bu kararlarla bağlı görmeleri ve diğer yargı çevrelerindeki mahkemelerin konsensüsüne referansta bulunarak davranmaları söz konusu olabilmektedir⁷³. Hakimlerin bu şekilde bağlayıcı olmayan kararları takip etmeleri ise ahlakilik testine tabi tutmayla açıkça ilgisizdir. Aynı şekilde Raz'ın hukuk nedir sorusunu net biçimde tanımlama çabasıyla da örtüşmemektedir. Zira diğer yargı çevrelerindeki mahkemelerin konsensüsünü Raz'ın kaynaklar tezi görüşüyle bağdaştırmak zordur. O halde anlaşmazlık her zaman tanıma kuralının ahlaki bir kriter içerip içerememesiyle ilgili değildir.

Diğer taraftan ahlaki bir kritere örneğin “diğer yargı çevrelerindeki mahkemelerin konsensüsü” yerine “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “insan onuru” gibi bir kritere Anayasa metninde referansta

⁷² Detaylı bilgi için bkz. Joseph Raz, “On the Autonomy of Legal Reasoning,” *Ratio Juris*, Cilt 6, Sayı 1 (1993): 1-15.

⁷³ Koçakgöl, *Hukuki Pozitivizm ve*, 150-151. Schauer bu örneği otorite kavramıyla ilişkili olarak vermiştir. Otoritenin otorite olması nedeniyle bağlayıcı olduğunu, yol gösterici otorite şeklinde bir otorite olamayacağını belirtmiştir. Bu tür bir kavramın kendi içerisinde çelişkili kaldığını göstermeye çalışmıştır (Frederick Schauer, “Authority and Authorities,” *Virginia Law Review*, Cilt 94, Sayı 8, 2008: 1945-1946.)

bulunulduğunda tanıma kuralının ahlakilik içerip içermeyeceği önem kazanmaktadır. Zira Raz'ın yukarıda belirtilen ahlaki bir argümana hukukun sonuç bağlaması hukukun parçası olmaktan farklıdır şeklindeki yaklaşımı söz konusu olmaktadır. Bu durumda eğer ahlaki bir kriter hukuki geçerlilik kriterinin parçası olamaz, hukukun sonuç bağladığı bir kriter olabilir önermesi doğru olarak kabul edilirse şu iki yaklaşımdan hangisi doğrudur?

1- Yetkililerin ahlaki bir kriteri geçerlilik testi olarak uygulaması hukuk nedir sorusuna değil hukuki muhakemeye ilişkindir. Bu nedenle ahlakilik kavramı hukukun tanımında yer alamaz.

2- Hukuk nedir sorusu hukuki muhakemeyi de içeriyorsa geçerlilik testinde ahlaki kriterin yer alması mümkündür.

Bu yaklaşımlardan sadece birinin doğru olması Hart ve Raz arasındaki ayrılığın mutlak bir farklılık olduğunu gösterir. Oysa bu yaklaşımların ikisi de kendi içerisinde doğru ve tutarlıdır. Bu önermelerden biri diğerini çürüten nitelikte değildir. Aşağıdaki (ve yukarıdaki) birinci örnek Raz'ın, ikinci örnek Hart'ın yaklaşımıyla paraleldir.

1- A istiyor ama B istemiyorsa evlenemezler.

2- A ve B ikisi de istiyorsa evlenebilirler.

Bu örnekte olduğu gibi en azından hukuki sonuç bağlama-hukukun parçası olma bakımından birbiriyle çatışan argümanlar söz konusu değildir. Sorun sadece ahlaki kriterin olup olmayacağı değil, hukuki muhakemenin hukuka dahil olup olmamasıyla da ilgilidir. Raz'ın Hart'tan farkı hukukun doğasını açıklama bakımından oldukça fazla görünse de, bu yönüyle görüldüğünden azdır.

V. Sonuç

Pozitivist teori içerisindeki tartışmaları sadece ahlakilik kriteri üzerinden değil, hukukun doğasına ve olguya ilişkin tartışmalarla birlikte değerlendirdiğimizde düşünürler arasındaki farkları doğru anlamak mümkün hale gelmektedir. Bu nedenle Hart ve Raz arasındaki yaklaşım farkını sadece tanıma kuralının ahlakilik içerip içermeyeceği şeklindeki bir soru üzerinden değerlendirmek aradaki benzerlikleri görmeye engel olabilmektedir. Her ne kadar Raz'ın ve Hart'ın görüşleri pozitivist teori içerisinde birbirine zıt yaklaşımlar olarak düşünülse de tanıma kuralı bir kural olarak, bir tür norm olarak değil de yetkililerin konvansiyonu olarak görüldüğünde iki düşünür arasındaki farkın mutlak olmadığı iki noktada iddia edilebilir.

Birincisi Schauer'in belirttiği gibi hem Hart'ın hem Raz'ın başvurduğu yöntem kavramsal analizdir ve bu yolla hukukun doğasını anlama kaygısından hareket edilmektedir. Dolayısıyla tanıma kuralının ahlakilik içerip içermemesi her iki düşünürün de kavramsal pozitivist olmasına ve birbirine yakınlaşmasına engel değildir.

İkincisi hukuka dahil edilme konusunda Raz hukukun ahlaki bir kritere sonuç bağlamasını hukukun parçası olmaktan farklı görmektedir. Dolayısıyla sonuç bağlanan insan onuru, demokrasi ve benzeri bir kritere başvuran hukuk aktörü, (Raz'a göre hukuki muhakeme de ahlaki muhakemenin bir türü olduğu için) bir tür ahlaki muhakemede bulunmuş olacaktır. Hart'ın görüşleri bakımından ise yetkililerin konvansiyonu söz konusu ise hukuku tanımlamak söz konusu olacaktır. Her iki ihtimalde de tartışılan mesele temelde ahlakilik hukuka dahil midir sorusu değil, hukuki muhakeme hukuka dahil midir sorusuyla ilgilidir. Yani ahlakiliğin dahil olup olmamasıyla ilgili ulaşılan sonuç farklı görünse de bu farklılık ahlakiliği dışlamakla ilgili değil, hukuki muhakemeyi dışlamakla ilgilidir. Haliyle düşünürler arasındaki fark görüldüğünden azdır.

Sonuç olarak iki düşünürün yaklaşım farkını sadece geçerlilik testindeki ahlaki kriterle sınırlı görmek yanıltıcı olabilmektedir. Bu nedenle hukuki muhakeme süreçlerini hukukun geçerlilik kriterinden ayrı gördüğümüzde Raz haklı iken, hukukun geçerliliği ile ilgili gördüğümüzde Hart haklıdır şeklinde bir sonuç çıkarmak mümkün hale gelmektedir ki bu durum düşünürlerin tanıma kuralındaki ahlaki kritere yönelik mutlak bir anlaşmazlığa sahip olmadıklarını güçlendirir niteliktedir.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Sururi. "Hart ve Dworkin'e Karşı Otorite Olarak Hukuk," *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt VIII, Sayı 3-4 (2004): 1-21.
- Arıkan, Engin. *Sert Pozitivizm*. (On iki Levha Yayınları 2019).
- Bix, Brian H. "Hukuki Pozitivizm," çev. Yusuf Umur Çil, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi*. ed. Martin P. Golding/ William A. Edmundson, çev. ed. Ertuğrul Uzun (Islık Yayınları, 2021): 67-101.
- Bix, Brian H. "Joseph Raz's Approach to Legal Positivism," *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. ed. Torben Spaak ve Patricia Mindus (Cambridge University Press, 2021): 349-370.
- Coleman, Jules. "Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence," *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 27, No. 4 (2007): 581-608.
- Cotterrell, Roger. *Hukukbilimin Politikası*. çev. Saim Üye (Pinhan Yayınları, 2019).
- Ehrenberg, Kenneth. "Joseph Raz's Theory of Authority," *Philosophy Compass*, Cilt 6 (2011): 884-894.
- Green, Michael S. "The Semantic Thesis in Legal Positivism," *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. ed. Torben Spaak ve Patricia Mindus (Cambridge University Press, 2021): 536-558.
- Gülgeç, Yahya Berkol. "Akıl Temelli Normativite Teorileri ile Hukuki Pozitivizmin Bağdaştırılması," (Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020).
- Gülgeç, Yahya Berkol. *Normativite ve Pozitivizm*. (On iki Levha Yayınları 2020).
- Gürler, Sercan. ed. *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*. (Tekin Yayınları 2017).
- Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. (Oxford University Press, 2012).
- Himma, Einer Kenneth. *Hukukun Ahlaki Kriterleri Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma*. çev. Saim Üye (Bilgesu Yayınları, 2010).
- Işıktaç, Yasemin. *Hukuk Felsefesi*. (Filiz Kitabevi, 2010).
- Koçakgöl, Muhammet. *Hukuki Pozitivizm ve Yargıcın Ahlaki Rolü: Frederick Schauer'in Kararsal Pozitivizme İlişkin Görüşleri Kapsamında Bir İnceleme*. (Yetkin Yayınları, 2022).
- Lamond, Grand. "The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System," *Reading HLA Hart's The Concept of Law*. ed. Luis Duarte D'almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti (Hart Publishing, 2013): 179-225.

- Raz, Joseph. "Exclusionary Reasons," (2021): 1-14. erişim tarihi 28.02.2022 <https://ssrn.com/abstract=3933033>.
- Raz, Joseph. "Incorporation by Law," *Legal Theory*. Cilt 10 (2004): 1-17.
- Raz, Joseph. "On the Autonomy of Legal Reasoning," *Ratio Juris*. Cilt 6, Sayı 1, (1993): 1-15.
- Raz, Joseph. "Reasoning with Rules," *Current Legal Problems*. Cilt 54, (2001): 1-18.
- Raz, Joseph. *Ethics in the Public Domain Essays in the Morality of Law and Politics*. (Oxford University Press, 1996).
- Raz, Joseph. *The Authority of Law Essays on Law and Morality*. (Oxford University Press, 1979).
- Schauer, Frederick. "Authority and Authorities," *Virginia Law Review*. Cilt 94, Sayı 8 (2008): 1931-1961.
- Schauer, Frederick. "Hart Öncesi Pozitivizm," çev. Muhammet Koçakgöl, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 25, Sayı 1 (2021): 101-128.
- Shapiro, Scott J. "What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?," *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution/ Yale Law School, Public Law Working Paper No. 184*. ed. Matthew Adler ve Kenneth Himma (Oxford University Press, 2009): 1-34.
- Surlu, Aydan Ömür. "H.L.A. Hart'ta Tanıma Kuralı," (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008).
- Şahin Ceylan, Şule. "H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı," *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 23. Kitap*. (İstanbul Barosu Yayınları, 2012): 79-84.
- Şahin Ceylan, Şule. *H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı*. (On İki Levha Yayınları, 2014).
- Uyanık, Halit. "Joseph Raz'da Hukukun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi," (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007).
- Uygur, Gülriz. "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt 52, Sayı 3 (2003): 145-176.
- Wacks, Raymond. *Hukuk Kuramını Anlamak Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramına Giriş*. çev. Fatma Süzgün Şahin Ünver ve Serdar Ünver (Astana Yayınları, 2016).
- Waluchow, Wilfrid J. "The Many Faces of Legal Positivism," *The University of Toronto Law Journal*. Vol. 48, No. 3 (1998): 387-449.

Wang, Peng-Hsing. “Are Rules Exclusionary Reasons in Legal Reasoning?,” *On the Nature of Legal Principles*. (Franz Steiner Verlag Publishing, 2010): 37-48.

White, Patricia D. “Law and Moral Obligation,” *The University of Chicago Law Review*. Cilt 49, Sayı 1 (1982): 249-257.