

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

H.L.A. HART'TA AÇIK METİN KAVRAMI

Yüksek Lisans Tezi

Zeynep İspir Toprak

Ankara - 2008

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

H.L.A. HART'TA AÇIK METİN KAVRAMI

Yüksek Lisans Tezi

Zeynep İspir Toprak

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Gülriz Uygur

Ankara – 2008

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

H.L.A. HART'TA AÇIK METİN KAVRAMI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Gülriz Uygur

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Doç.Dr. Gülriz Uygur

Prof. Dr. Adnan Güriz

Prof. Dr. Ülker Gürkan

Tez Sınavı Tarihi : 21.07.2008

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	IV
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

H.L.A. HART'IN HUKUK TEORİSİNDE AÇIK METNİN YERİ

D) H.L.A. HART'IN HUKUK TEORİSİNE GENEL BAKIŞ.....	6
1) Hukuki Pozitivist Olarak H.L.A. Hart.....	7
2) H.L.A. Hart'ın Kurallar Anlayışı.....	11
II)H.L.A. HART'IN HUKUK TEORİSİ- AÇIK METİN KAVRAMI İLİŞKİSİ.....	16
1) Açık Metin Kavramının Farklı Kullanılışları.....	16
a) Bertrand Russell	17
b) Friedrich Waismann.....	19
c) Ludwig Wittgenstein	24
2) H.L.A. Hart'ı Açık Metin Kavramına Götüren Neden: Hukuki Belirsizlik.....	29

İKİNCİ BÖLÜM:

AÇIK METNİN KAYNAĞI OLARAK HUKUKİ BELİRSİZLİK

D) GENEL OLARAK HUKUKİ BELİRSİZLİK	33
II) HUKUKTA BELİRLİLİK: HUKUKİ FORMALİZM.....	39

1) Formalizmin Anlamı.....	39
2) Hukuki Formalizmin Temel Savları ve Değerlendirmeler.....	42
III) HUKUKTA BELİRSİZLİK: HUKUKİ REALİZM.....	48
1) Hukuki Realizmin Temel Savları.....	48
2) Amerikan Hukuki Realizm Akımı.....	50
3) Olay Şüpheliği - Kural Şüpheliği Ayrımı.....	54
IV) H.L.A HART'IN HUKUKİ FORMALİZM VE HUKUKİ REALİZM KARŞISINDAKİ TUTUMU.....	57

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

H.L.A. HART'TA AÇIK METİN KAVRAMININ ANLAMI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

I) H.L.A. HART'TA AÇIK METNİN ANLAMI.....	64
1) Hukuki Belirsizlik ve Açık Metin	64
2) Dille İlgili Belirsizlik ve Açık Metin.....	73
3) Kuralın Uygulanmasıyla İlgili Belirsizlik: Zor Davalar.....	80
4) Açık Metin Karşısında Yargıcın Takdir Yetkisi	89
II) AÇIK METİN ÇERÇEVESİNDE KARŞILAŞILAN TEMEL ELEŞTİRİLER ...	99
1) Lon L. Fuller.....	100
2) Ronald Dworkin.....	103
3) David Lyons.....	112
4) Diğer Değerlendirmeler.....	117
SONUÇ	120

KAYNAKÇA.....	125
ÖZET.....	132
ABSTRACT.....	133

KISALTMALAR

Bkz.	:Bakınız
çev.	:Çeviren
ed.	:Editör
s.	:Sayfa
vd.	:ve devamı
vol.	:Volume

GİRİŞ

Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* isimli eserinin adalete ayırdığı beşinci bölümünün hakkaniyetten söz ettiği kısmında şöyle demektedir:

“...Çünkü doğru olan belirli bir adaletli olandan daha iyi olsa bile, adaletli olandan başka bir cins altında bulunan bir şey olarak adaletli olandan daha iyi bir şey değildir. O halde doğru ile adaletli olan aynı şeydir; ve her ikisi de erdemli şeyler olmakla birlikte, doğru olan daha iyidir. Bu çıkmaza götüren, doğru olanın adaletli olması, ama yasaya uygun olan adaletli olmaması, yasaya uygun olanı düzelterek adaletli olmasıdır. Bunun nedeni, her yasanın genel olması, oysa kimi konulardan genellik düzeyinde söz etmenin olanaksız olmasıdır. Demek ki, genel olarak konuşmanın zorunlu olduğu ama bunu doğru yapmanın olanaksız olduğu durumlarda yasa, çoğu zaman olanı hesaba katar, yaptığı yanlışları bile bile. Ancak bu yüzden yasa daha az doğru olmuyor; çünkü hata yasada ya da yasa koyucuda değil, konu edilenin doğal yapısındadır, çünkü eylemle ilgili konuların malzemesi doğrudan doğruya öyledir ki, **yasanın dile getirdiği genel olana aykırı bir şey olduğu zaman, doğru olan yasa koyucunun genel olarak konuşmakla atladığı ve yanıldığı yerde eksik olanı düzeltmek, yasa koyucunun eğer kendisi orada bulunsaydı, söyleyeceği şeyi söylemek ve eğer bilseydi, yasasına koyacağı şeyi yapmaktır.** Bunun için doğru, adaletli bir şeydir ve bir tür adaletten daha iyidir, ama genel olarak adaletten değil; genel olarak adaletin yanlıya götürdüğü yerde daha iyidir. Ve doğrunun özü şudur: Genel olması nedeniyle yetersiz kaldığı yerde yasayı düzeltmek. Bunun nedeni ise her şeyin yasaya göre olmaması, bazı konularda yasa konamaması, dolayısıyla bir kararnamenin gerekmesidir; çünkü belirlenmemiş olanın ölçüsü de belirlenmemiştir...”¹

¹ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, çev.: Saffet Babür, Kebikeç Yayınları, Ankara, 2005, 5.kitap, 1137 b, s. 112. Brian Bix, *Jurisprudence- Theory And Context* isimli eserinde hukukta boşluk probleminin çok uzun zamandır tartışılmasına kanıt olarak Aristoteles'in eserinden, yukarıda vurgulanan kısmı örnek göstermiştir. Ancak bu çalışmanın devam eden bölümlerinde hukuki belirsizlik tartışmalarında yargıcın rolüne de değinileceğinden eserin aynı bölümünden daha geniş bir alıntı yapılması tercih edilmiştir. Bix'in değinisi için bkz. Brian Bix, *Jurisprudence Theory And Context*, 3rd ed., Carolina Academic Press, Durham - North Carolina, 2004, s. 43.

Aristoteles'in yukarıdaki görüşleri yasaya uygun olanın her zaman adaleti gerçekleştirilmeye yetmeyebileceğini veya kanun koyucunun her konuda düzenleme getirmemiş olabileceğini göstermektedir. Bu durumda adaletin sağlanması için eksikliğin giderilmesi veya hatalı olanın düzeltilmesi gerekmektedir. Yani sorun sadece hukukta boşluk olması şeklinde belirmemekte, olan yasanın adil çözümü karşılayamaması şeklinde de karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla Aristoteles'in yukarıdaki değinisi sadece hukukta boşluk sorunu ile değil, hukuki belirsizlik problemiyle de ilişkili görünmektedir.

Hukuki belirsizlik problemi hakkındaki görüşler, "hukuki sorunların doğru yanıtlarının, en azından tek bir doğru yanıtın olmadığı"² savı etrafında toplanmaktadır. Argümanlarını çoklukla tabii hukuk akımına tepki olarak oluşturan hukuki pozitivizm de belirsizlik problemini gündemine almıştır. Temel özelliği inceleme konusu olarak sadece yürürlükteki hukuku kabul etmek olan klasik hukuki pozitivizm³, hukukta kesinliği ve belirliliği hedeflemekte ve bunun da pozitif hukukun uygulanmasıyla mümkün olabileceğini ileri sürmektedir. Hukuk kurallarının tam ve eksiksiz olduğu şeklindeki formalist yorum bu açıdan pek çok eleştiriye uğramıştır. Formalizme yönelik en büyük eleştiri hukuki belirsizliğin kaçınılmazlığını savunan hukuki realistlere aittir; ancak hukuk kurallarının her hukuki sorunun cevabını eksiksiz şekilde yanıtlamak konusunda yetersiz kaldığını dile getirmek açısından realistler yalnız kalmamışlardır. Hatta hukuki pozitivistler içerisinden bu yönde eleştiriler ortaya koyanlar olmuştur. Yirminci yüzyıl hukuk

² Brian H.Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 97.

³ Selahattin Keyman, "Hukuki Pozitivizm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 35, sayı 1, 1978, s. 20.

felsefesi tartışmalarının belirleyici isimlerinden olan Herbert Lionel Adolphus Hart da bu isimlerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukuk kurallarının ve genel olarak hukukun nihai olarak tamamlanmamış olduğunu vurgulayan ve hukuki belirsizliğin kaçınılmaz olduğunu savunan Hart, bu belirsizliği sadece karşılaşılan olgu durumlar için kuralların mevcut olamayabileceği şeklinde algılamamaktadır. Düşünürü göre hukuki sorunlara uygulanabilecek kuralların varlığı halinde de mevcut kural sorunu çözmeye yetmeyebilecek, kuralın bulunduğu alanda da belirsizlikle karşılaşılabilir. Bu düşüncelerini ortaya koyarken Hart, “açık metin (*open texture*)” teriminden faydalanmaktadır.

Hart’ın hukuk teorisi incelenirken bir kurallar modeli olarak hukuk anlayışıyla karşılaşılmaktadır. Hukuki sorunların çözümünde mevcut pozitif hukukun yetersizliği göz önüne alındığında bu model bazı soruları akla getirmektedir. Örneğin, hukuk kurallarının ve genel olarak hukuki belirsizliğin kökeninde neler yer almaktadır? Bu soruya verilecek yanıt tüm hukuk kuralları bakımından geçerli midir? Dile ilişkin belirsizlik veya kuralların uygulanması sırasında karşılaşılan güçlükler hukuk uygulayıcısı açısından ne gibi sonuçlar doğurabilecektir? Buna benzer soruları çıkış noktası alan bu çalışmada, böylesi bir çalışmanın niteliği ve kapsamı gözetilerek birtakım sınırlamalara gidilecektir. Anılan sebeplerle çalışmanın konusu “H.L.A Hart’ta Açık Metin Kavramı” olarak belirlenmiştir. Konuyla bağlantılı ve değinilmesi zaruri olan tartışmalara da Hart’ın teorisinde açık metin kavramını değerlendirirken işaret ettiği oranda değinme yolu tercih edilecektir.

Bu çalışmada amaçlanan, Hart’ın teorisi içerisindeki “açık metin” kavramıyla ilgili olarak, düşünürün bağlantı kurduğu konular çerçevesinde, genel bir değerlendirme yapmaktır. Açık metin kavramının teorisindeki yerini anlayabilmek

için, Hart'ın hukuk anlayışının ve hukuk felsefesi içerisindeki konumunun incelenmesinin gerekli olduğu düşünüldüğünden öncelikle bu konular üzerinde durulacaktır. Felsefe literatüründe, Hart'ın teorisi dışında da, açık metin ve hukuki belirsizliğe ilişkin değerlendirmelerle karşılaşmaktadır. Açık metnin farklı kullanılışlarına yer vermenin kavramın somutlaşmasına yardımcı olabileceği düşünülerek Bertrand Russell, Friedrich Waismann ve Ludwig Wittgenstein'in kavramla ilişkilerine, Hart'la benzeşen ve ayrılan yanlarına yer verilecektir.

Yukarıda da belirtildiği üzere hukuki belirsizlik, açık metnin kaynağı olarak gösterilen temel konuların başında gelmektedir. Bu açıdan hukuki belirsizlik kavramından ne anlaşıldığının incelenmesi önemli görünmektedir. Gerek belirsizliğe ilişkin argümanlarının hukuk felsefesi içerisindeki yeri gerekse Hart'ın konuyla ilgisinde işaret ettiği iki ana akım olmaları sebebiyle hukuki formalizm ve hukuki realizm akımlarının değerlendirilmesi de açık metnin hukuk felsefesi içerisindeki yerini belirlemede yol gösterici olabilecektir. Çalışmada Hart'ın hukuki formalizm ve hukuki realizm karşısında nasıl bir konum belirlediği ve bu konumla açık metin kavramı arasında nasıl bir ilişki kurulabileceği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Yukarıda değinilen konular ışığında kavramsal bir çerçevesi çizilecek olan açık metin sorununun Hart'ın teorisinde nasıl ve hangi bağlamlarda ortaya konduğu da bir diğer tartışma konusudur. Hart, hukuk felsefesi alanında dilbilimsel analizin imkanlarından faydalanmaktadır. Düşününürün açık metin görüşünde de dil felsefesi ve semantik yaklaşımın izlerinin bulunduğu iddia edilmiştir. Bu açıdan dile ilişkin belirsizliğin konumuzla ilgisi ve sonrasında hukuk kurallarının uygulanması sırasında ortaya çıkan belirsizliğin en bilinen örneği olan zor davalar konusu ele alınacaktır. Açık metin alanı, önüne gelen hukuki uyumsuzluğa bir çözüm bulmakla

görevli olan uygulayıcı bakımından problemlı bir alan olarak görölmektedir. Çalışmada Hart'ın bu problemlı alanda yargıca nasıl bir rol yüklediğine de değinilecektir. Hart'ın hukuk teorisi hukuk felsefesi alanında pek çok tartışmaya yön vermiştir, bazı açılardan da eleştirilmiştir. Bu nedenle çalışmanın son bölümü düşünürün açık metin kavramına ilişkin değerlendirmelerini farklı açılardan ele alan isimlere ayrılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

H.L.A. HART'IN HUKUK TEORİSİNDE AÇIK METNİN YERİ

I) H.L.A. HART'IN HUKUK TEORİSİNE GENEL BAKIŞ

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), hukuki pozitivistin ve genel olarak analitik hukuk felsefesinin yeniden canlanması bakımından merkezi rol üstlenmiş bir hukuk felsefecisidir.⁴ Analitik yaklaşımın hukuk bilimi ve hukuk felsefesi alanındaki önemli temsilcilerinden olan H.L.A Hart, Jeremy Bentham ve John Austin'in hukuki pozitivist geleneğini, hukukun varlığı ve ahlaki nitelikleri arasında ayırım yaparak yeniden belirtmiştir.⁵ Bentham ve Austin'in hukuku egemenin emirleri şeklinde açıklayan tespitlerine karşı çıkmış, bunun yerine özel ve sistematik şekilde organize edilmiş sosyal kuralları kapsayan bir hukuk teorisi geliştirmiştir.⁶ Kurallar sistemi çerçevesinde yaptığı bu belirlemelerde, dilbilimsel-analitik bir yol izlemiş, kurallar hakkındaki konuşmalarımızın ve düşüncelerimizin onların doğalarına ilişkin yeni anlayışlar sağlayabileceğini ortaya koymuştur.⁷

Hukuki terimlerin tanımlanması için yapılan geleneksel girişimlerin ileri sürdükleri şeyin, bu sözcüklerin şeyleri, kişileri veya olayları tasvir ettiği ya da

⁴ Brian H. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 83.

⁵ Neil MacCormick, "Hart, Herbert Lionel Adolphus", *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, ed.: Edward Craig, vol.4, Routledge, England, 1998, s. 234.

⁶ MacCormick, "Hart, Herbert Lionel Adolphus", s. 234. Ayrıca bkz. Marshall Cohen, "Hart, Herbert Lionel Adolphus", *The Encyclopedia of Philosophy*, ed. Paul Edward, vol.3, The Macmillan Company-The Free Press, New York, 1967, s. 417.

⁷ MacCormick, "Hart, Herbert Lionel Adolphus", s. 234. Cohen'e göre, Hart'ın düşündüğü gibi hukuk felsefesinin ana görevi hukuki kavramların analizi ise Hart, hukukçu olmasının yanı sıra, Gottlob Frege, Ludwig Wittgenstein, G.E.Moore, J.L. Austin tarafından geliştirilen kavramsal ve dilbilimsel analiz metodlarının hakimi olan bir felsefeci oluşunun da büyük avantajını taşımaktadır. Bkz. Cohen, "Hart, Herbert Lionel Adolphus", s. 417.

onların yerine geçtiği düşüncesi olduğunu belirten Hart, daha sonradan bu girişimlerin yanlış şekilde, örneğin “hak” terimini deneyüstü (superempirical) bir varlığın yerini tutmakla sonuçlandırdıklarını ileri sürmüştür.⁸ Hart’a göre hukuki kavramların analiziyle yapılan hukuki terimlerin hangi ifadeler altında kullanılmasının doğru olduğunu belirten koşullar ile bu terimlerin kullanım amaçlarını ve kullanılma biçimlerini belirtmektir.⁹ Dolayısıyla Hart’ın hukuk yaklaşımının kavramsal analize dayalı olduğu ve bu anlamda da hukuk kavramlarının tasviriyile ilgilendiği ileri sürülebilecektir.

Hukukun doğası, hakların doğası, cezalandırma teorisi, hukukta nedensellik gibi alanlarda da çalışmalar yürüten¹⁰, “*Causation in the Law (T. Honore ile birlikte)*”, “*The Concept of Law*”, “*Law, Liberty and Morality*”, “*Punishment and Responsibility*”, “*Essays on Bentham*”, “*Essays in Jurisprudence and Philosophy*” gibi eserleriyle tanınan Hart’ın görüşleri yukarıda da değinildiği üzere hukuki pozitivism içerisinde değerlendirilmektedir.

1) Hukuki Pozitivist Olarak H.L.A. Hart

Doğal hukuk görüşü, “Ahlakın akıl yoluyla kanıtlanabilir tutum ilkelerini kapsadığı ve yasal geçerliliğin diğer gereklilikleri ne olursa olsun, bu ilkelere karşıt durumdaki bir hukukun geçerli ya da bağlayıcı olamayacağı şeklindeki iki temel sav üzerine kurulmuştur.”¹¹ Bu görüşün karşısında yer alan “hukuki pozitivism, pozitif

⁸ Cohen, “Hart, Herbert Lionel Adolphus”, s. 417.

⁹ Cohen, “Hart, Herbert Lionel Adolphus”, s. 417.

¹⁰ Bix, *A Dictionary...*, 2004, s. 83.

¹¹ Neil MacCormick, “Natural Law Reconsidered”, *Oxford Journal of Legal Studies*, spring 1981, vol.1, no.1, s. 101’den aktaran Şule Şahin, *H.L.A Hart’ın Hukuk Anlayışı Çerçevesinde Hukuk - Ahlak*

hukuk üzerinde, yani konulmuş olan, insanlar tarafından yaratılan hukuk üzerinde durmaktadır”.¹² Buna göre özellikle Bentham’ı izleyen ve sadece pozitif hukukun üzerinde duran hukuki pozitivistler açısından hukukun temel özelliği, toplumdaki insanların kararıyla çıkarılmış olmasıdır.¹³

Hart hukuki pozitivismin beş anlamını şu şekilde sıralamıştır¹⁴:

“ 1) Hukuki pozitivism, hukukun insanların emirlerinden oluştuğunu iddia eder.

2) Hukuki pozitivism göre, hukuk ile ahlak arasında ya da olan hukuk ile olması gereken hukuk arasında zorunlu bir bağlantı yoktur.

3) Hukuki pozitivism göre, hukuki kavramların analizi üzerinde durmaya değer bir uğraştır. Bu uğraş hukukun sebepleri ve kökeniyle ilgili tarihsel soruşturmalardan, hukuk ile diğer sosyal fenomenlerin arasındaki ilişkiyle ilgili sosyolojik soruşturmalardan, ahlaka, sosyal amaçlara, fonksiyonlara dayanarak yapılan eleştiri ve değerlendirmelerden ayrılır.

4) Hukuki pozitivism göre hukuk sistemi kapalı mantıksal bir sistemdir. Doğru hukuki kararlar önceden belirlenmiş, sosyal amaçlara, politikalara ve ahlaki standartlara referans içermeyen hukuk kurallarından, mantıksal araçlar vasıtasıyla çıkarılır.

Ayrımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003, s. 1.

¹² Gülriz Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, sayı 3, 2003, s. 146. Hukuki pozitivismin doğuşu, gelişimini etkileyen faktörler, özellikleri ve görünüm biçimleri konusunda detaylı bilgi için bkz. Selahattin Keyman, “Hukuki Pozitivizm”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 35, sayı 1, 1978, s. 17-56.

¹³ Uygur, “Hukuki Pozitivizmin...”, s. 146. Hart ve Joseph Raz bu teze hukukun sosyal kaynakları tezi veya hukukun sosyal kaynakları doktrini adını vermektedirler. (Bkz. Uygur, “Hukuki Pozitivizmin...”, s. 146.)

¹⁴ H.L.A Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol.71, no.4, 1958, 25 numaralı dipnot, s. 601-602. (Hart makalesinin aynı bölümünde bu sayılanların hukuki pozitivism açısından tüketici bir belirleme olamayabileceğini de belirtmiştir.)

5) Hukuki pozitivizme göre ahlaki yargılar bir olgunun ifadesi veya ortaya konulması biçiminde kurulamaz ve savunulamaz; ancak rasyonel tartışmalar, kanıtlar veya delillerle kurulup savunulabilirler.”

Bugün hukuki pozitivizm ile ilgili tartışmalarda özellikle iki tez dikkati çekmektedir. Hart da bu ikili ayrımın belirleyici isimlerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu iki tez: *sosyal kaynaklar tezi* ve *ayrılabilirlik tezi* olarak belirtilebilir.¹⁵ Sosyal kaynaklar tezi (sosyallik tezi), belirli bir toplumda hukuk olarak değerlendirilen şeyin sosyal olgu veya konvansiyon konusu olduğunu ileri sürmekte, bu çerçevede hukuk ahlaki olarak değil sosyal olgu konusu olarak ele alınmaktadır.¹⁶ Ayrılabilirlik tezi, hukuk ve ahlak arasında tabii hukukun iddia ettiğinin aksine zorunlu bir bağ bulunmadığını ileri sürmektedir. Hukuki pozitivizmin bir formunun desteklediği bu görüşü¹⁷ Hart’ın da benimsediği görülmektedir. Şöyle ki Hart, hukuk ile ahlak arasında pek çok rastlantısal bağ bulunabileceğini fakat hukuk ve ahlakın içeriği arasında zorunlu kavramsal bağlardan söz etmenin doğru olmayacağını düşünmektedir.¹⁸ Robert Gerstein, Hart’ın hukuk felsefesinin hukuki pozitivizme yakın durmasıyla ilgili en tutarlı ve

¹⁵ Bkz. Uygur, “Hukuki Pozitivizmin...”, s. 147-156.

¹⁶ Uygur, “Hukuki Pozitivizmin...”, s. 147.

¹⁷ Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Uygur, “Hukuki Pozitivizmin...”, s. 150-155.

¹⁸ H.L.A Hart, *The Concept of Law*, Second edition, Oxford University Press, Oxford, 1997, s. 268. Ayrıca bkz. Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 605. Bununla birlikte Hart, her bir hukuk kuralının yasa olabilmek için minimum düzeyde de olsa bir ahlak normunu karşılamak zorunda olmadığını; ancak bunları karşılamak konusunda tümüyle yetersiz kalan bir kurallar sisteminin hukuki bir sistem olup olamayacağının sorgulama konusu olduğunu da belirtmiştir. (Bkz. Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 601.)

göze çarpan niteliğinin hukuk ve ahlak ayrımı yapması olduğu düşüncesindedir.¹⁹ Buna göre bir hukuk tamamen ahlak dışı da olsa hukuktur ve bir standardın ahlaki olması ya da ahlak dışı olması onun hukuki geçerliliğini etkilemeyecektir.²⁰ Fakat yukarıda da değinildiği üzere zorunlu olmayan bu bağ rastlantısal da olsa karşımıza çıkabilecektir, hatta aşağıda değinilecek olan tanıma kuralının içeriği de buna göre değişebilecektir.²¹

Hart'ın analizi hukuk sisteminde açıklık ve netliği sağlamaya yönelik olup sistemin şeffaflığını gölgeleyecek herhangi bir kavramsal karışıklıktan kaçınmayı amaçlamaktadır.²² Hukuk düşüncesi içinde ahlaka merkezi bir yer vermemesi de bu karışıklığın ortaya çıkmamasını istemesindedir; zira onun düşüncesine göre ahlak, belirli bir zamandaki hukuk ve hakların içeriği gibi, söz konusu içeriği değiştirmeye ya da bu içeriğe ekleme yapmaya yetkili otoritenin yeri gibi, belirli olabilecek şeyleri belirsiz kılabilir.²³

¹⁹ Robert S. Gerstein, "Hart's Positivism"(review essay), *American Bar Foundation Research Journal*, 1985, s. 630.

²⁰ Gerstein, "Hart's Positivism", s. 630.

²¹ Uygur'un belirttiği gibi Hart, hukukun varlığının ve içeriğinin ahlaka referans verilmeden, hukukun sosyal kaynaklarına (yasama, yargısal kararlar, sosyal gelenekler gibi) başvurularak ortaya konulabileceğini; ancak hukukun kendisinin ahlaki kriteri içermesi halinde hukukun ahlakiliğe yer verilerek belirlenmesinin söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir. (Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 269; Uygur, "Hukuki Pozitivizmin...", s. 154.)

²² Gerstein, "Hart's Positivism", s. 633.

²³ Gerstein, "Hart's Positivism", s. 633. Hart'ın hukukun doğasının analizini yaparken ahlaki ayrı tuttuğu belirlemesi bizi, Hart'ın ahlaki konuların hukukla ilgisini kurmadığı şeklinde bir sonuca götürmemelidir. Hart, hukukun analizinin ötesinde, ahlaki değerlendirmesiyle oldukça ilgilenmiştir. Atası sayılabilecek pozitivistler Austin ve Bentham katı şekilde faydacılarken Hart, diğer ahlaki görüşleri de açmış, haklar teorisini bütünüyle ele alıp geliştirmiştir. (Bkz. Gerstein, "Hart's Positivism", s. 633.)

Hart'ın hukuk ve ahlak ayırımına ilişkin tutumu ve hukuki pozitivizme yaklaşımı onun *esnek hukuki pozitivizm* içerisinde değerlendirilmesine yol açmıştır.²⁴

Buraya kadarki açıklamalar ve özellikle ayrılabilirlik teziyle ilgili tartışmalara kısmen de olsa değinilmesinin nedeni hukuki pozitivizm ile hukuki kesinlik-belirlilik ilişkisinin çalışmanın konusuyla ilgili olduğu düşüncesidir. Hart'ın da içerisinde yer aldığı esnek hukuki pozitivistler hukuki kesinliğin ve belirliliğin önemini inkar etmemekte; ancak en azından belirli bir oranda kesin olmayışa izin verilebileceğini iddia etmektedirler.²⁵

2) H.L.A. Hart'ın Kurallar Anlayışı

Hukukun kaynağını sosyal olguya dayandıran Hart²⁶, hukuku egemenin emri olarak gören, sosyal olgu boyutunu ise halkın çoğunluğunun egemene itaat etme alışkanlığıyla açıklayan Austin'in görüşlerini eleştirerek kendi kurallar anlayışını ortaya koymaktadır.

Hart'a göre, hukukun sadece bir emir teorisi olarak açıklanması doğru değildir; çünkü en basit hukuk sisteminde bile bundan fazlası olduğundan sadece

²⁴ Burada Hart'ın hukuk ve ahlak ilişkisine dair tartışmalarda *eleştirel ahlakı* temel aldığı da belirtilmelidir. Hart ahlakın hukuki dayatımı ile ilgili görüşlerini açıklarken şöyle demektedir: "...Bu noktayı berraklaştırmak için, geçen yüzyılın faydacıları tarafından desteklenen 'pozitif ahlak', yani belli bir toplumsal grup tarafından fiilen benimsenen ve paylaşılan ahlakı, pozitif ahlak da dahil olmak üzere mevcut toplumsal kurumları eleştirmekte kullanılan genel ahlak ilkelerinden ayıran terminolojiyi kullanacağım. Bu tür genel ilkeleri "eleştirel ahlak" diye adlandırabiliriz ve sorumluzun pozitif ahlakın hukuki dayatımı hakkında bir eleştirel ahlak sorusu olduğunu söyleyebiliriz..." Bkz. H.L.A. Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, çev.Erol Öz, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s. 28.

²⁵ Uygur, "Hukuki Pozitivizmin..."s. 170. Bu konuda Hart'ın görüşlerine aşağıda ayrıca yer verilecektir.

²⁶ Uygur, "Hukuki Pozitivizmin..."s. 149.

emirle açıklamak bu sistemleri tahrif etmek olacaktır.²⁷ Emirle kastedilen, bir kişinin diğlerinden bir eylemi yapması veya bir eylemden kaçınması için istemde bulunması, bu konuda bir itaatsizlikle karşılaşıldığında cezalandırma tehdidi ile karşılaşılmasıdır.²⁸ Genellik ve yetkili organlarca verilmiş olmanın hukuki emrin özellikleri olduğunu söyleyen Hart, yazılı kurallar ile emirler arasında bir benzerlik olduğunu da kabul etmektedir.²⁹ Ancak bu yaklaşımla hukukun çok karakteristik bazı noktalarının atlandığını düşünmekte, şöyle demektedir³⁰:

“...Değişen üyeleri olan bir yasama meclisinin (ve *a fortiori* bir seçmenin) alışkanlıkla itaat edilen bir grup insan olduğunu düşünmek yanlıştır. Bu basit fikir yalnızca bir “alışkanlık”[boyun eğme alışkanlığı] geliştirebilecek ölçüde uzun ömürlü monarşiler için geçerli olabilir. Bu noktayı atlasak dahi, kanun koyucuların yaptıkları hiçbir şey, yasa yapma prosedürlerini belirleyen temel kurallara uygun olmaksızın, yasa olmayacaktır...Temel ilkeler olarak kabul edilmiş bu kurallar kanun koyucunun yasa yapmak için neler yapmak zorunda olduğunu açıkça belirlerler ve bunlar ne alışkanlıkla itaat edilen emirlerdir ne de kişilerin itaat etme alışkanlıklarıyla açıklanabilirler. Bunlar yasal sistemin köklerinde yatmaktadırlar ve faydacı şemanın içinde en çok gözden kaçırılan nokta, bir sosyal grup ve onun yetkililerinin bu türden kuralları kabul etmeleri için neler gerektiğinin analizidir. Bu nosyon “hukuk biliminin anahtarıdır” veya en azından anahtarlarından biridir, ancak Austin’in iddia ettiği gibi bir emrin nosyonu değildir.”

²⁷ Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 602.

²⁸ Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 602.

²⁹ Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 603.

³⁰ Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 603.

Hart'ın Austin'in görüşlerine eleştirileri sadece emir teorisinin bu yönüyle sınırlı kalmamıştır. Austin'in emir teorisi hukuk kuralları açısından sadece dikey bir ilişki öngörmektedir. Hart bu konuda da şunları belirtmektedir³¹:

“Emir teorisinin çizdiği resimde, hayat temel olarak hukukun altında emreden ve emredilen arasındaki, üst ve ast arasındaki, yukarıdan aşağıya basit bir ilişki şeklindedir. Emredenler veya yasaların yazarları; yani hukukun dışında olarak düşünülenler ile emir altındakiler; yani yasaların özneleri arasındaki ilişki dikeydir... Bazı yasalar kişilerin, isteseler de istemeseler de çeşitli şekillerde hareket etmelerini ya da bazı şekilde hareket etmektan kaçınmalarını gerektirir. Ceza hukuku bu türden pek çok kural içermektedir. Bu kurallara ya itaat edersiniz ya da etmezsiniz; ancak, başka bazı yasal kurallar topluma pek çok değişik yolla sunulurlar ve çok çeşitli fonksiyonları vardır... Bireylere, sözleşmeler, vasiyetler, borç ilişkileri gibi genel olarak diğer kimselerle yasal ilişkiler kurma imkanı tanıyan kurallar gibi. Bu kurallar emirler gibi ‘Bunu istesen de istemesen de yap.’ demezler; bunun yerine ‘Eğer bunu yapmak istersen, yapma yolu budur.’ derler. Bu kurallar altında yetkilerimizi uygular, iddialar ileri sürer, haklar kazanırız.”

Yukarıda da değinildiği gibi Hart, kuralların yapısının gerçekte çok daha farklı şekilde karşımıza çıktığını belirtmekte ve kurallarla ilgili bir ayırım yapmaktadır. Ona göre hukuk iki tür kuralın kombinasyonudur: Birincil (primary) kurallar ve ikincil (secondary) kurallar.³² Birincil kurallar, insanlara nasıl davranmaları gerektiğini, neler yapmaları, neler yapmamaları gerektiğini söyleyen, birbirlerine ve yöneticilere karşı hangi iddiaları ileri sürebileceklerini, hak ve

³¹ Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 604. Emir kuramının “hak” kavramını açıklamak bakımından da yetersiz olduğu Hart'ın bir diğer eleştirisidir. Fakat çalışmamızın konusu bakımından Hart'ın kurallar yaklaşımı çerçevesindeki eleştirilerine, hak kavramıyla ilgili eleştirilerinden daha geniş yer verilmesi yoluna gidilmiştir.

³² Gerstein, “Hart's Positivism”, s. 631.

ödevlerini açıklayan kurallardır.³³ Gerstein'e göre, birincil kurallar sadece hukuk sistemlerinin değil, görgü ve ahlak kurallarının da temel bileşenleridirler.³⁴ İkincil kurallar ise yeni kuralların nasıl yapılacağını, eskilerinin sistem dışı bırakılıp yenilerinin nasıl uygulanacağını gösteren, kurallar hakkındaki kurallar şeklinde tanımlanabilirler.³⁵ Gerstein ikincil kurallar için, "Bunlar da ahlak sistemleri gibi diğer sistemler içerisinde görünebilir; ancak hukuk içerisindeki önemleri diğer sistemlerdekinden farklıdır. Hukuk sistemlerinin ayırıcı yanlarından başlıcası ikincil kuralların varlığı ve bu kuralların birincil kurallarla ilişkileridir."³⁶demektedir. Hart'ın sisteminde en önemli ikincil kural *tanıma kuralı*dır. Tanıma kuralı günümüz hukuki pozitivistleri tarafından hareket noktası olarak alınmakta, bir normun toplumun hukukunun bir parçası olabilmesi için yerine getirmesi gereken şartları düzenlemektedir.³⁷ Hukuk sistemi içerisindeki diğer kurallar tanıma kuralı altında tanındıkları için var olmaktadır; zira bir toplumdaki hangi kuralların hukuk kuralı olduğu tanıma kuralı tarafından belirlenmektedir.³⁸ Hukuk sistemini işleten kişilerin tanıma kuralını kabulü, tanıma kuralına uygun olarak yürürlüğe konulan her bir birinci kurala bağlayıcılık kazandırmaktadır.³⁹ Gerstein, tanıma kuralını açıklarken şöyle demektedir⁴⁰:

³³ Gerstein, "Hart's Positivism", s. 631.

³⁴ Gerstein, "Hart's Positivism", s. 631.

³⁵ Gerstein, "Hart's Positivism", s. 631. İkincil kurallar arasında da yükümlülük getiren kurallar olabilmektedir. (Bkz. Uygur, "Hukuki Pozitivizmin...", s. 148.)

³⁶ Gerstein, "Hart's Positivism", s. 631.

³⁷ Uygur, "Hukuki Pozitivizmin...", s. 148.

³⁸ Uygur, "Hukuki Pozitivizmin...", s. 148.

³⁹ Gerstein, "Hart's Positivism", s. 631. Gerstein, makalesinin aynı bölümünün devamında şu ifadeye yer vermektedir: "Bu yüzden sistemi işletenlerin kabulü halkın tamamının ihtiyaç duyulan genel kabulünün yerini alır. Sosyal kontrolün belirli bir sisteminde her gün davaları karara bağlarlarken yargıçların tamamı neyin hukuk olduğunu belirlemek için aynı standardı kullanırlarsa, bunu yaparken

“Toplumsal ahlak sistemi içindeki bir kuralın varlığı, kuralın, idare edilen grup içindeki insanların tamamı (en azından tamamına yakını) tarafından kabulüne bağlıdır. Bu durum bir hukuk sistemi için düşünüldüğünde böyle değildir. Bir hukuk sistemi içindeki kuralların varlığı geçerlilik fikrine bağlıdır. Bir kural bir diğer kurala uygun olarak kabul edildiğinde geçerlidir. Bir ikincil kural, geçerli hukuka ilişkin prosedürü oluşturur. Dolayısıyla her bir kuralın hukuk sistemi içindeki geçerliliği onun bir diğer geçerli kurala uygun olarak kabul edilmesine bağlıdır. Bu durum en alttan en üste kadar devam eder. En üstte esas ikincil kural bulunmaktadır. Bu prosedür kuralı sistem içinde neyin hukuk olacağını belirler. Bu kural tanıma kuralıdır.”

Hart, birincil kurallar rejiminin sebep olduğu belirsizliğe bir çare olarak gördüğü tanıma kuralının⁴¹ diğer ikincil kurallarla birlikte hukuki olmayan bir toplumun hukuki bir topluma dönüşmesini sağlayacağını düşünmektedir.⁴² Tanıma kuralı geçerliliğin tutarlı yapısına sahip olmak isteyen bir hukuk sisteminin varlığı için gerekli bir sosyal olgu konusu olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴³ Hart’a göre hukukun sosyal olgu konusu olması, tanıma kuralının hukuk sistemindeki yetkililer tarafından kabul edilmesiyle ilgilidir.⁴⁴

Günümüz hukuk felsefesi tartışmalarında hala özel bir yer tutan Hart, *The Concept of Law* isimli önemli eserinde hukuku, bir sosyal kurallar sistemi olarak açıklamıştır.⁴⁵ Bununla beraber Hart aynı eserde kural izleme ve kural uygulama

hataya düştüklerinde kendilerini ve diğerlerini eleştirmeye önem verirlerse, genel bir tanıma kuralını kabul etmiş olurlar. Burada bir hukuk sisteminin varlığından söz edebiliriz.”

⁴⁰ Gerstein, “Hart’s Positivism”, s. 631.

⁴¹ Hart, *The Concept of Law*, s. 94.

⁴² Uygur, “Hukuki Pozitivizmin...”, s. 148.

⁴³ Gerstein, “Hart’s Positivism”, s. 632.

⁴⁴ Uygur, “Hukuki Pozitivizmin...”, s. 150.

⁴⁵ MacCormick, “Hart, Herbert Lionel Adolphus”, s. 235.

düşüncesindeki bir problemden söz etmektedir. Bu problem, hukuki belirsizlikle ilgili bir problem olan *açık metin (open texture)*⁴⁶ problemidir. Aşağıda öncelikle “açık metin” teriminin farklı kullanılışlarına değinilecek ardından detayı ikinci bölümde açıklanmak üzere Hart’ın teorisinde açık metin kavramının genel görünümünden söz edilecektir.

II) H.L.A HART’IN HUKUK TEORİSİ - AÇIK METİN KAVRAMI İLİŞKİSİ

1) Açık Metin Kavramının Farklı Kullanılışları

Çalışmanın bu bölümünde, Brian Bix’in *Law, Language and Legal Determinancy* isimli kitabındaki tespitlerinden faydalanarak, Hart’ın hukuk teorisinde sözünü ettiği açık metin kavramına çalışmalarında yer veren ve bu yönleriyle de düşünürün görüşlerine bazı açılardan kaynaklık ettikleri düşünülen Bertrand Russell⁴⁷, Friedrich Waismann ve Ludwig Wittgenstein’den konuyla ilgileri bağlamında kısaca söz edilecektir.

Hart’ın görüşlerini açıklarken, bir terimin uygulama sınırları içerisindeki belirsizliğe (kesin olmama haline) işaret etmek için kullandığı “açık metin”

⁴⁶ “Open texture” kavramının karşılığı olarak literatürde daha çok “açık metin” terimi kullanıldığından bu çalışmada da “açık metin” teriminin kullanılması tercih edilmiştir; ancak terime ilişkin farklı tercüme de mevcuttur. Örneğin, Ahmet Ulvi Türkbağ “open texture” karşılığı olarak “açık doku” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, çev.: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2007, s. 137.

⁴⁷ Bix’in belirttiği üzere Russell açık metin teriminden açıkça söz etmemiştir; ancak Hart’ın açık metin kavramını açıklarken kullandığı gölgeli alan (penumbra) terimiyle paralellik gösteren görüşleri bu bölümde Russell’a da yer verilmesi sonucunu doğurmuştur. Bix’in bu saptaması için bkz. Brian Bix, *Law, Language and Legal Determinancy*, Oxford University Press, Oxford, 1993, s. 10.

kavramının⁴⁸ kaynağı Waismann'ın metinlerinde görülebilmektedir.⁴⁹ Waismann da kavramı kullanırken 1930'ların başında Wittgenstein tarafından ortaya konan dile yapısalcı bakışa dayanmıştır.⁵⁰ Buna göre Hart'ın açık metin kavramı, Waismann'ın dil felsefesi içindeki açık metin kavramıyla bağlantılıdır. Waismann'ın açık metin kavramı da Wittgenstein'in bazı düşüncelerinin işlenmiş, olgunlaşmış halidir.⁵¹

a) Bertrand Russell

Bix'e göre, Hart'ın açık metin teorisini açıklarken yer verdiği "gölgeli alan (penumbra)"⁵² kavramı üzerine söylediklerine baktığımızda, bu konuya daha önce değinmiş olan bir diğer filozofla, Russell'la karşılaşılmaktadır. Russell, Hart'ın kesinliğe işaret eden bir çekirdek alan ile belirsizliği içeren gölgeli alan hakkındaki düşünceleriyle paralellik gösteren görüşler ortaya koymuştur.⁵³ Bix, Hart ile Russell arasındaki bu muhtemel bağlantıya dair Frederick Schauer'ın *Playing By The Rules* başlıklı kitabına yaptığı göndermeyle birlikte Russell'in "Vagueness" başlıklı makalesinden söz etmektedir.⁵⁴ Bu makalesinde Russell, bütün sözcüklerin şüpheye yer bırakmayan bir kesinlik alanına sahip olduğunu, fakat yine aynı sözcüklerin

⁴⁸ Bix, *A Dictionary...*, s. 153.

⁴⁹ Bix, *Law, Language...*, s. 7.

⁵⁰ Bix, *Law, Language...*, s. 7. Csaba Varga da Waismann'ın fikirleri ile çağdaş Wittgenstein'in "kavramsal yeniden yapılanma" (conceptual reconstruction) konusu üzerine yazdıkları arasındaki ilişkiye dikkati çekmiştir. (Bkz. Csaba Varga, *Lectures on the Paradigms of Legal Thinking*, translated by: Emese Gall, Csaba Varga, Akademiai Kiado, Budapest, 1999, 23 numaralı dipnot, s. 183.)

⁵¹ Bix, *A Dictionary...*, s. 225. Hart'ın açık metin kavramını Waismann'dan ödünç aldığını, Waismann'ın da Wittgenstein gibi bir yol izlediğini belirten görüşleri için bkz. Timoty A.O.Endicott, *Vagueness In Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, s. 37.

⁵² Gölgeli alan terimi aşağıda açıklanacağından burada detaylandırılmamıştır.

⁵³ Bix, *Law, Language...*, 21 numaralı dipnot, s. 10,

⁵⁴ Bix, *Law, Language...*, 21 numaralı dipnot, s. 10.

gölgeli alan içerisinde sorgulanabilir olmaya başladıklarını dile getirmektedir.⁵⁵ Dile ilişkin bazı genel saptamaları da ortaya koyan metinde yazar, dilin tamamının belirsiz olduğunu söylemekte, İngiliz diline atıf yaparak, dildeki belirsizlikten dolayı atalarını sorumlu tutmakta, bu durumu da onların çoğunlukla mantıkla ilgilenmemelerine bağlamaktadır.⁵⁶

“Vagueness” isimli makalesinde Russell’ın dildeki belirsizliğe ilişkin örneklerle de bazı sözcükler çerçevesinde değinildiği görülmektedir. Örneğin *kırmızı* sözcüğü ele alınırsa Russell’e göre karşımıza şöyle bir durum çıkacaktır: Renklerin devam eden aralıksız bir bütün halinde ilerlediği düşünüldüğünde ton farklılıkları bizi bir rengin kırmızı olduğu konusunda şüpheye düşürebilir. Metnin devam eden bölümünde Russell’ın verdiği bir başka örnek *kellik*le ilgilidir: Acaba saçlarını teker teker kaybetmeye başlayan biri için kellik saçların tamamının kaybı anlamına mı gelmektedir? Bu örnek bizi kelliğin de belirsiz bir kavram olduğu sonucuna götürmektedir. Zira bazı kimseler kesin olarak keldir diyebiliriz, bazılarının kesinlikle kel olmadıklarını söyleyebiliriz; fakat bazıları için ne keldir ne de kel değildir diyebiliriz.⁵⁷ Russell’ın verdiği örnekler arasında *bir metre*, *bir dakika* gibi bilimin üzerinde kesinlik sağlamak için uğraştığı ve daha az derecede belirsiz olmakla birlikte yine de belirsiz olduklarını söylediği nicel kavramlar da vardır. Buna göre bir metrenin belirli bir sıcaklıkta, Paris’te bir yolda belirlenen iki nokta arasındaki uzaklık olarak tanımlandığını düşünülürse bugün, şu anda, işaretlenen noktaların yerinde sınırlı büyüklükte bir toprak parçası kalması, sıcaklığı tam ve

⁵⁵ Bertrand Russell, “Vagueness”, 1923, <http://www.cscs.umich.edu/~crshalizi/Russell/vagueness/>, 04.12.2007.

⁵⁶ Russell, “Vagueness”, <http://www.cscs.umich.edu/~crshalizi/Russell/vagueness/>, 04.12.2007.

⁵⁷ Russell, “Vagueness”, <http://www.cscs.umich.edu/~crshalizi/Russell/vagueness/>, 04.12.2007.

kesin ölçmenin her zaman mümkün olmaması ve sıcaklığın her zaman aynı kalmaması bilgileri metre kavramının hangi açılardan belirsiz olduğunu ortaya koymaktadır; yani ilk ölçümün yapıldığı zamanki koşulların aynıyla karşılaşma olasılığı çok düşüktür. *Bir dakika* kavramı da aynı şekilde belirsizdir⁵⁸; çünkü dünya kalıplaşmış, kaskatı bir gövde olmadığından, yüzeyinin belirlenen iki parçası döngüsünü tam olarak aynı sürede tamamlayamayabilir. Söz konusu gözlemlerin hep bir hata marjı içerebileceği düşünüldüğünde *bir dakikanın* belirsiz olduğu sonucuna varılabilmektedir.⁵⁹

Bix, Russell'ın yukarıda belirtilen kelimenin çekirdek alanı ile gölgeli alanı ayırımına ilişkin söyledikleriyle Hart'ın gölgeli alana ilişkin açıklamaları arasında bir ortaklık bulunduğunu düşünmektedir.⁶⁰ Hart'ın hukuktaki açık metin teorisinde yer verdiği sözcüğün anlamının açık olması sebebiyle herhangi bir şüpheye yer bırakmayan belirli anlamıyla, sözcüğün anlamının tam olarak anlaşılmadığı belirsiz alana dair açıklamaları düşünüldüğünde Hart ile Russell arasında bir benzerlik kurulabileceği düşünülebilmektedir.

b) Friedrich Waismann

Hart'ın açık metin kavramının kökenlerini eserlerinde bulabildiğimiz Waismann, mantıksal pozitivizmi geliştiren Viyana Çevresi'nin üyesi olan bir dil felsefecisidir.⁶¹ Bix, Waismann'ın açık metin kavramını anlayabilmek için

⁵⁸ Bilindiği üzere “bir dakika” dünyanın dönüşü ve boylamlarla ilişkili olarak açıklanır. Yerel saat hesaplamalarında yerküre üzerine farazi olarak çizilen 360 adet boylamın aralarındaki dörder dakikalık zaman farkından faydalanılır.

⁵⁹ Russell, “Vagueness”, <http://www.cscs.umich.edu/~crshalizi/Russell/vagueness/>, 04.12.2007.

⁶⁰ Bix, *Law, Language...*, 21 numaralı dipnot, s. 10.

⁶¹ Bix, *A Dictionary...*, s. 221.

çalışmalarının geneline bakmamız gerektiğini belirtmekte ve kendisi de Waismann'ın "Verifiability", *The Principles of Linguistic Philosophy* ve "Language Strata" isimli çalışmalarına göndermeler yaparak konuyu açıklamaktadır.

Waismann'ın çalışmalarının büyük bölümünde Wittgenstein'in fikirleri daha açık şekilde ortaya koyulmaya çalışılırken bazılarında Wittgenstein'in fikirleri genişletilmiştir. Açık metin kavramı da bu ikinci gruba dahildir.⁶²

Waismann açık metinle ilgili düşüncelerinin de yer aldığı "Verifiability" isimli makalesinde⁶³ öncelikle yorum ile doğrulama arasındaki ilişkiden söz etmiştir. Ona göre bir ifadenin doğrulanmasının yöntemi, ifadenin yorumlanmasıdır.⁶⁴ Doğrulama ayrıca ifadenin kullanımının gösterilmesinin önemli bir parçası, gramerine katkıdır.⁶⁵ Günlük yaşantımızda cümlelerin doğrulanmaları üzerine pek de düşünmeden onları anladığımızı belirten Waismann'a göre bunun sebebi cümlenin içindeki sözcükleri anlamamız ve cümlenin gramatik yapısını bir bütün olarak kavramamızdır. Doğrulama hakkındaki sorun ise sözcüklerin farklı türden bir kombinasyonuyla karşılaştığımızda ortaya çıkar.⁶⁶

⁶² Bix, *Law, Language...*, s. 10.

⁶³ Bkz. Friedrich Waismann, "Verifiability", 1951, <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>, 04.12.2007.

⁶⁴ Waismann, "Verifiability", <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>, 04.12.2007.

⁶⁵ Waismann, "Verifiability", <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>, 04.12.2007.

⁶⁶ Waismann, "Verifiability", <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>, 04.12.2007. Waismann bu konudaki açıklamalarına yine "Verifiability" başlıklı makalesinde, şöyle bir örnekle devam etmektedir: "Birisine bize düşünebilen bir köpeği olduğunu söylediğinde başlangıçta tam olarak anlayamayıp bazı sorular sorarız. Karşımızdaki köpeğin belirli şartlar altındaki davranışlarını detaylı şekilde ortaya koyduğunda onun düşünmeyle neyi kastettiğini anlarız. Oysa bir köpeğin havladığını, koştuğunu, oyun oynadığını duyduğumuzda bir doğrulama ihtiyacı hissetmeyiz. Çünkü bu durumda sözcükler, düşünme sözcüğü gibi farklı bir bağlamda değil, kendi normal kullanımları içerisindedirler."

Aşağıda, açık metinle ilgili görüşlerini ortaya koymak için inceleyeceğimiz makalesinde Waismann, açık metinden söz ederken “maddi-nesnel” ifadelerin (material object statements), “mantık verili” ifadelere (sense datum statements) dönüştürülemeyeceğini örnekleriyle açıklar. Şöyle ki, terimlerin anlamları mantık verilerinin (sense-data) mutlak ifadelerine eşit kılınırsa, tanımlar durumları bütünüyle umulmadık durumlar karşısında karşılayamazlar.⁶⁷ Ayrıca deneysel (ampirik) ifadeler tam olarak doğrulanamamaktadırlar.⁶⁸ Waismann bu konuda verdiği örneklerden birisinde, “Kapıda bir kedi var.” ifadesinden yola çıkarak bazı sorular sormaktadır⁶⁹:

“Kapıyı açıp karşımda bir kedi görmüş olmam ifademi kanıtlamam için yeterli midir?, Buna ek olarak kediye dokunmam, onu okşayıp miyavlamaya ikna etmem mi gerekir? Bütün bunları yaptığım düşünüldüğünde ifadem mutlak bir kesinlikte doğruluk mu kazanır?... Sonraları bu yaratık korkunç bir boyuta gelirse ne söylemek gerekir?, Ya da normalde kedilerde görülmeyen garip davranışlar sergilemeye başlarsa? Bu durumda yeni bir türün oluştuğunu mu söylemek gerekir? Yoksa bu, olağandışı niteliklere sahip olan bir kedi midir?”

Benzeri örneklerle Waismann’ın dile getirdiği şey, pek çok olayda karşılaşılan durumla ilgili mutlak bir doğrulama yapamayışımızın nedeninin, ampirik durumların olası bütün yönlerinin sınırlarının çizilmemiş olduğudur.⁷⁰ Bu noktada

⁶⁷ Bix, *A Dictionary...*, s. 221.

⁶⁸ Waismann, “Verifiability”, <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>, 04.12.2007; Bix, *Law, Language*, s. 11.

⁶⁹ Waismann, “Verifiability”, <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>, 04.12.2007.

⁷⁰ Waismann, “Verifiability”, <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>, 04.12.2007.

açık metnin ortaya çıktığını belirten Waismann, belirsizlik ile açık metnin aynı şey olmadığını, açık metnin bir tür belirsizlik ihtimali olduğunu ortaya koyar. Buna göre nispeten eksiksiz kurallar getirilerek belirsizliğin önüne geçilebilirken, açık metnin önüne geçilemez⁷¹

Makalede deneysel bir durumun, kural olarak, mutlak şekilde doğrulanamayacağını belirtirken Waismann iki sebep ileri sürmektedir⁷². Birincisi duruma ilişkin sınırsız sayıda testin varlığı, ikincisi ise terimlerin bünyesindeki açık metindir.⁷³

Waismann'ın açık metin kavramı ile Hart'ın açık metin kavramı arasında göze çarpan benzerlik, Waismann'ın belirli kavramların sınırlarının hiçbir yerde tam olarak belirlenemeyeceğine ilişkin tartışmasıdır. Ona göre “anlamın çekirdeği bir belirsizlik pusuyla çevrelenmiştir”.⁷⁴

Yukarıda değinilen makalesi başta olmak üzere diğer bazı çalışmalarında da açık metine vurgu yapan Waismann'ın dile getirdikleri, Hart'ın açık metin nosyonunun kendisinin aynı adlı kavramından gelmesinden dolayı, çalışmamız açısından önem taşımaktadır. Bununla birlikte iki düşünürün “açık metin”den anladıkları şey aynı değildir. Şöyle ki Waismann, anlam ve doğrulama teorisinde söz ettiği açık metin kavramı ile bazı kategori ya da kavramlarla ilgili beklenmedik faktörler ya da durumlar baş gösterdiğinde ortaya çıkan *belirsizlikten değil fakat belirsizlik olanağından* (the possibility of vagueness) bahsetmektedir. Oysa Hart,

⁷¹ Waismann, “Verifiability”, <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>, 04.12.2007.

⁷² Aşağıda sayılan sebeplerin Hart'ın teorisindeki görünüşleri üzerinde durulacaktır.

⁷³ Waismann, “Verifiability”, <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>, 04.12.2007.

⁷⁴ Friedrich Waismann, *The Principles of Linguistic Philosophy*, ed.: R. Hare, Macmillan, London, 1965, s. 222'den aktaran Bix, *Law, Language...*, s. 10.

aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde belirtileceği gibi, terimlerin ve kuralların belirsiz (sınırdaki) durumlara uygulanmasındaki *kaçınılmaz, bir kesin olmama halinden söz* etmekte ve bunu “açık metin”le ifade etmektedir.⁷⁵

Yukarıda Waismann’ın beklenmedik durumlarla karşılaştığında mantık verilerinin mutlak ifadelerinin durumu açıklamada yetersiz kalacağı konusundaki düşüncelerine değinilmişti. Örneğin “kedi” kavramına ilişkin zihnimizde beliren anlam, Waismann’ın bir anda devleşen ya da garip, bir kediden beklemediğimiz davranışlar sergileyen kedisiyle karşılaştığımızda bu canlıya hala kedi denilip denilemeyeceği sorusunu akla getirmekteydi. Hart da açık metin kavramını açıklarken beklenmedik durumlardan söz etmekle birlikte bu “beklenmeyen durumlar”ın dereceleri kıyaslandığında Hart’ın örneklerinin⁷⁶ “Waismann’ın beklenmeyenine” nazaran daha olağan olduğu söylenebilecektir.⁷⁷ Bix, Waismann’ın açık metin kavramını, ekstrem koşullar altında sözcüklerin potansiyel belirsizliğine işaret etmek için kullandığını belirtmektedir. Bu açıdan da Hart’ın terimi kullanım şekli Waismann’dan farklıdır.⁷⁸ Bir diğer farklılık ise Waismann’ın genel olarak dille

⁷⁵ Bix, *A Dictionary...*, s. 153.

⁷⁶ Hart’ın ünlü “taşıt” örneği bu açıklamayı doğrular nitelikte görünmektedir.

⁷⁷ Bix, *A Dictionary...*, s. 221. Waismann, tahmin edilemezlikten söz ederken daha önce hiç hayal edilmemiş tamamen yeni deneyimler veya belirli olayların yorumlanmasını tamamen etkileyebilecek yeni buluşları kastetmektedir. (Bkz. Waismann, “Verifiability”, <http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>, 04.12.2007.)

⁷⁸ Brian Bix, “H.L.A Hart and the ‘Open Texture’ of Language”, *Law and Philosophy*, vol.10, 1991, s. 51. Endicott, Waismann’ın açık metin için sözünü ettiği muhtemel belirsizlik kavramının hukuk felsefesi için anlamına şüpheyle yaklaşmakla birlikte, düşünürün, deneysel önermelerin doğrulanmalarının imkansızlığını göstermesi bakımından, deneysel tanımların (empirical descriptions) zorunlu olarak tamamlanmamış olduğunu belirten görüşlerini faydalı bulmaktadır. (Bkz. Endicott, *Vagueness In Law*, s. 38.)

ilgili yazmasına karşın Hart'ın, özellikle kuralların uygulanması ve yorumlanması bağlamında, hukuk kavramıyla ilgisi bakımından dille ilgileniyor oluşudur.⁷⁹

c) Ludwig Wittgenstein

Dil, anlam, matematik ve kesinlik üzerine derinlemesine çalışmaları bulunan Wittgenstein'in hukuk teorisi üzerindeki etkisi, hukuki yorum, hukuki kesinlik ve kural izlemeye ilişkin ortaya koyduğu fikirlerinden ileri gelmektedir.⁸⁰

Wittgenstein'in görüşlerinin açık metinle bağlantısı bakımından değerlendirilmesi için belirtilmesi gereken önemli bir husus, filozofun görüşlerinin iki dönem halinde inceleniyor oluşudur. Wittgenstein'in birinci dönemi, 1921'de yayınlanan *Tractatus Logico – philosophicus* adlı eseriyle birlikte anılmaktadır. Bu eser analitik felsefenin mantıkçı pozitivism tarafından şekillendirilen ilk evresinde oluşan görüşlere paralel olarak ortaya konmuştur. Wittgenstein'in bu yapıtındaki dil anlayışı “resim tasarım teorisi” olarak anılır.⁸¹ Buna göre 1950'li yıllara gelinceye kadar filozofların birçoğu anlam sorununa “doğruluk” kavramını temel alarak çözüm aramışlardır. Mantıkçı pozitivistlerin ideal dil anlayışıyla şekillendirdikleri düşünceleri çok anlamlılık, kapalılık ya da anlam belirsizliğine yol açtıklarını

⁷⁹ Bix, “H.L.A Hart...”, s. 66.

⁸⁰ Bix, *A Dictionary...*, s. 225. Saul A. Kripke'nin *Felsefi Soruşturmalara*'a atıfla Wittgenstein'i yorumladığı “Herhangi bir sözcükle herhangi bir şeyi kast etmek gibi bir şey söz konusu olamaz. Yaptığımız her yeni uygulama, sonu belirsiz bir iştir; şimdiki herhangi bir niyet, yapmayı seçtiğimiz herhangi bir şeye uyacak şekilde yorumlanabilir. Dolayısıyla ne uyum ne çatışma vardır.” şeklindeki ifadeleri belirsizlik konusuyla ilişkili görünmektedir. (Bkz. Saul A. Kripke, *Wittgenstein - Kurallar ve Özel Dil*, çev.:Berat Açıl, ed.: Muhittin Macit, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 81.)

⁸¹ Atakan Altınörs, *Dil Felsefesine Giriş*, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 129. Altınörs'e göre Wittgenstein'in *Tractatus*'taki “Cümle bir olgu bağlamının betimlemesidir, cümle gerçeğin bir tasarımıdır” şeklindeki ifadeleri tüm mantıkçı pozitivistlerin onaylayacağı bir cümledir. Buna göre anlamlılık olgusal bildirimlere ait bir özelliktir. (Bkz. Altınörs, *Dil Felsefesine Giriş*, s. 113.)

düşündükleri doğal dillerin gündelik kullanımına yönelttikleri eleştirilerle belirginleşmiştir. Dış dünyadaki olgularla birebir örtüşecek, böylece anlam belirsizliklerini ortadan kaldıracak ideal bir dil kurmak istemişlerdir.⁸²

Dil felsefesinin temel ilgi alanlarından birisi anlam⁸³ sorunudur. Wittgenstein da bu sorun üzerinde durmuştur. Anlamın neliğine ilişkin sorulara cevap aranırken, dildeki en küçük anlamlı birimin sözcükler mi cümleler mi olduğu sorusu ortaya atılmıştır. Dildeki en küçük anlamlı birimin sözcük olduğunu ileri süren “sözcük atomcuları”ndan farklı olarak Wittgenstein dildeki en küçük anlamlı birimin cümle olduğunu savunmuştur. Bu görüş savunucuları “cümle atomcuları” olarak isimlendirilmektedirler.⁸⁴ Russell ve Frege’in de desteklediği bu görüşe göre, sözcüklerin tek başlarına bir anlamları yoktur; ancak tamamlanmış cümleler anlamlı olabilirler. Sözcükler bir cümle bileşimi oluşturduklarında, bir fonksiyonu oluşturan terimler gibi anlamlı bir bütün meydana getirirler.⁸⁵ Bir sözcüğün anlamından değil, sözlük karşılığı ya da sözlük tanımından söz edilebileceğini belirten cümle atomcuları tek sözcükten oluşan cümlelerin aslında bir sözcük değil, belirli bir iletişim ortamında, belirli bir iletide bulunmak niyetiyle söylenen ifadeler, sözcelem⁸⁶ olduğunu iddia ederler. Buna göre örneğin bir çiftlikte bir arkadaşınıza sadece “Boğa!” diyerek bir boğanın üzerine gelmekte olduğu uyarısında

⁸² Altınörs, *Dil Felsefesine Giriş*, s. 112.

⁸³ Dil felsefesinin konusu olarak *anlam* Altınörs, varsayılan bir iletişim ortamında bir sözcelemin taşıdığı içerik olarak tanımlamaktadır. (Bkz. Atakan Altınörs, *Dil Felsefesine Giriş*, s. 58.)

⁸⁴ Altınörs, *Dil Felsefesine Giriş*, s. 48.

⁸⁵ Altınörs, *Dil Felsefesine Giriş*, s. 58.

⁸⁶ Sözcelem, ‘söylemsel öğeler’, ‘kiplikler’ ‘aktarılan söylem’ ya da ‘başkasının söylemi’ ile ilgilenen bir alan olarak açıklanmaktadır. Bkz. Zeynel Kıran, *Dilbilime Giriş*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

bulunabilirsiniz, bu sözcük, “Seni bir boğanın saldırmak üzere olduğu konusunda uyarıyorum.” sözcelemi ile eşdeğerdir.⁸⁷

Wittgenstein’in 1953’de yayınlanan ve ilk dönemdeki mantıkçı pozitivist görüşlerini terk ettiği *Felsefi Soruşturmalar* isimli eseri onun ikinci dönemi ile özdeşleşmiştir. Pek çok yazar tarafından bu eser *Tractatus*’un bir eleştirisi olarak okunmaktadır. Dilin toplumsal bir kurum olarak yorumlandığı “dil oyunları” kavramı filozofun bu eserinde karşımıza çıkmaktadır.

Wittgenstein’in *Felsefi Soruşturmalar*’da dile getirdiği bir diğer konu ise anlama ve yorum arasındaki farklılıktır. Wittgenstein’a göre yorum değil, anlama birincil niteliktedir.⁸⁸ Anlama, uygulamalarımız açısından “katılımcı” olarak rol oynadığımız bir süreçtir; oysa yoruma bir uygulamaya nasıl devam edileceği konusunda şüpheye düşüldüğünde başvurulur.⁸⁹ Buna göre anlamanın, bir ifadenin yorumlanmasından önce geldiği sonucuna varılabilir. Dennis Patterson, Wittgenstein’in bu görüşlerini *Felsefi Soruşturmalar*’daki aşağıdaki bölüme göndermeler yaparak açıklamaktadır⁹⁰:

“Paradoksumuz şuydu: Kuralın belirlediği bir eylem şekli olamaz, çünkü her eylem şekli kuralla uyuşacak hale getirilebilir. Yanıt da şu: Eğer her eylem şekli kuralla uyuşacak hale getirilebiliyorsa, kuralla çelişecek hale de getirilebilir. Böylelikle de burada ne uyuşma kalır ne de çelişme.

⁸⁷ Altınörs, *Dil Felsefesine Giriş*, s. 58.

⁸⁸ Dennis Patterson, “Wittgenstein on Understanding and Interpretation (Comments on the work of Thomas Morawetz)”, *Philosophical Investigations*, vol. 29, no 2, 2006, s. 130.

⁸⁹ Patterson, “Wittgenstein on Understanding...”, s. 131.

⁹⁰ Ludwig Wittgenstein, *Felsefi Soruşturmalar*, çev.: Haluk Barışcan, Bölüm 201, Metis Yayınları, İstanbul, 2007, s.58.

Burada bir yanlış anlaşılmanın söz konusu olduğu, bu düşünce zincirinde yorum ardına yorum koymamızdan bellidir; sanki her yorum bizi biraz olsun rahatlatmaktadır, ta ki bunun ardında bulunan başka bir yorumu düşünene kadar. Böylece de kuralın bir *yorum olmayan*; aksine, uygulandığı her durumda kendini ‘kurala uymak’ ve ‘kurala aykırı davranmak’ dediğimiz şeylerde dışa vuran bir kavranışı olduğunu göstermiş oluruz.

Bu yüzden şöyle deme eğilimi görülür: Kurala uygun her eyleyiş, bir yorumlamadır.

Ama ‘yorumlama’ sadece kuralın bir ifadesinin yerine bir başkasının konması için kullanılmalıdır.”

Wittgenstein kelimelerin anlamlarının onların kullanımlarının içinde yattığını belirtmektedir. Anlam ne zihinlerin içindedir ne de metafizik olarak vardır.⁹¹ Dile ilişkin sosyal pratikleri ve topluluğun üzerinde anlaşmış olmasını kurucu birer öge olarak görmesi⁹², Wittgenstein’in ikinci dönemini ifade etmede büyük önem taşıyan *Felsefi Soruşturmalar*’da kelimelerin günlük kullanımının düşünürün birinci dönemine göre oldukça farklı bir yer tuttuğu görülmektedir. Wittgenstein’in anlama açısından kelimelerin günlük kullanımına ilişkin açık bir görüşe ihtiyacımız olduğunu ve yorumlamanın da bunun ardından gelebileceğini belirtmesi⁹³, Hart’ın gölgeli alan terimini açıklarken kullandığı “kelimenin çekirdek anlamı”na ilişkin görüşlerini anımsatmaktadır.

“Şurada bir koltuk duruyor” diyorum. Peki ya onu almaya gittiğimde aniden gözlerimin önünden kaybolursa? - “Demek ki koltuk değil bir tür yanılsamaymış.”- Ama birkaç saniye sonra tekrar görüyor ve tutabiliyoruz vs. -“Demek ki koltuk gerçekten de oradaydı ve kayboluşu bir tür yanılsamaydı.” -Ama diyelim ki bir süre sonra tekrar kayboldu-

⁹¹ Patterson, “Wittgenstein on Understanding ...”, s. 139.

⁹² Patterson, “Wittgenstein on Understanding ...”, 7 numaralı dipnot, s. 131.

⁹³ Patterson, “Wittgenstein on Understanding ...”, 11 numaralı dipnot, s. 133.

ya da kaybolur gibi oldu. Burada ne demeliyiz? Böyle durumlar için -böyle bir şeye hala koltuk denip denemeyeceğini belirten- kuralların var mı hazırda? Ama “koltuk” sözcüğünü kullanırken bunların eksikliğini duyar mıyız; ve uygulama olanaklarının hepsi için kurallarla donatılmış olmadığımızdan ötürü bu sözcüğe aslında hiçbir karşılık bağlamadığımızı mı söylememiz gerekir?”⁹⁴

Wittgenstein’in yukarıdaki paragrafı, kuralların karşılaşılan durumları her zaman karşılamayacağı iddiasına ilişkin bir örnek teşkil etmektedir.

Felsefi Soruşturmalar isimli eserin bir diğer bölümünde Wittgenstein şöyle demektedir⁹⁵:

“Yalnızca normal durumlarda sözcüklerin kullanımı açık bir şekilde verilmiştir elimize; şu ya da bu durumda ne söyleyeceğimizi biliriz, şüphemiz yoktur. Durum ne denli anormalleşirse ne söylememiz gerektiği de o denli şüpheli hale gelir. Ve şeyler gerçekte olduklarından bambaşka bir halde olsalar –örneğin ağrı, korku, sevinç için karakteristik ifadeler olmasa; kural istisna, istisna da kural olsa; ya da her ikisi de yaklaşık aynı sıklıkta ortaya çıkan görüngüler olsa– normal dil oyunlarımız esprisini yitirirdi. -Teraziye bir parça peynir koyup ibrenin salınımına göre peynirin fiyatını belirleme olayı, eğer peynir parçaları sık sık hiçbir neden olmaksızın aniden irileşecek ya da küçülecek olsa esprisini yitirirdi. Bu değini, ifadenin duygu ile ilişkisinden ve buna benzer şeylerden bahsettiğimizde daha bir açıklık kazanacaktır.”

Olağandışı durumlara ilişkin dile getirilen bu sözler akla Waismann’ın beklenmeyen durumlara ilgili örneklerini getirmektedir. Hart da daha sonraları,

⁹⁴ Wittgenstein, *Felsefi Soruşturmalar*, s. 58.

⁹⁵ Wittgenstein, *Felsefi Soruşturmalar*, s. 76.

kuralın olaya uygulanması sırasındaki belirsizliklerin daha çok görüldüğünü belirttiği *zor davaları* anlatırken benzer bir yaklaşımı benimseyecektir.

Böylece Hart'ın açık metin kavramının kaynaklarını araştırırken karşımıza çıkan en önemli iki ismin Waismann ve Wittgenstein olduğu görülmektedir. Her iki düşünür de kullandığımız kavramların tam olarak tamamlanmamış, sınırlanmamış, ispatlanmamış (doğrulanmamış) oldukları konusunda hem fikirdirler. Böylesi bir ideale ulaşılmasını mümkün görmeyen Waismann ve Wittgenstein bu eksikliğin, normal şartlarda, dili kullanımımız açısından olumsuz sonuçlar getirmeyeceğini hatta bunun bir imkan olarak görülebileceğini de düşünmektedirler.⁹⁶

2) H.L.A Hart'ı Açık Metin Kavramına Götüren Neden: Hukuki Belirsizlik

Açık metin kavramına anlam teorileri içerisinde yer veren Csaba Varga, günlük hayatın pratik rutininin yaratıcı çözümler gerektiren durumlardan farklı olduğunu belirtmektedir.⁹⁷ Yani günlük hayatta karşımıza çıkan tipik durumların, sorunların rutin cevapları bulunmaktadır; bu durumlar için gereken çözümleri rutin hale getirmek ve haklılaştırmak için uygun terminolojik ve kavramsal betimlemeler, sınırlamalar yapılmaktadır.⁹⁸ Ancak karşımıza çıkan bazı durumlara böylesi rutin cevaplar verilememektedir. Varga, yukarıda Hart ile ilişkisine değindiğimiz Waismann'ın, dildeki yapısal belirsizliğe işaret etmek için açık metin terimini

⁹⁶ Bix, *Law, Language...*, s. 16. Bu konuda Hart'ın görüşlerine aşağıda değinilecektir.

⁹⁷ Varga, *Lectures on the Paradigms...*, s. 182.

⁹⁸ Varga, *Lectures on the Paradigms...*, s. 182.

kullandığını söyledikten sonra şöyle devam etmekte, belirsizlik için çeşitli örnekler vermektedir⁹⁹:

“Dilbilimsel anlamıyla açık metin ilkesel olarak kabul edildiğinde çok çeşitli (gerçek ve hayali) sorular ortaya atılabilir. Ayrıca bunlar uygulanabilirliğin sınırları içerisinde yanıtlanabilir. Örneğin “kitap” kavramı ne anlama gelmektedir? Dayanılacak çeşitli kavramsal kriterler oluşturabiliriz. Örneğin, basılana kadarki üretimi, sahip olması gereken minimum sayfa sayısı, hatta uygulanan bağlayıcı prosedüre ilişkin kriterler. Böylesi tanımlamalar ortalama olaylarda ya da kütüphane standartları için fayda sağlayabilir; bununla birlikte pratik durumlar içinde ortaya atılan sorular halen bertaraf edilemez. Bazı örnekler vermek gerekirse; ne kapsamda bir genişlik ya da küçüklük kitaplar hakkında konuşmak için dikkate değerdir? Basitçe bir araya getirilmiş basılı dökümanlar ya da posterler, sonradan yeniden sayfalanmış bir şey kitap niteliği taşır mı? Ya da çeşitli yerlerde ve çeşitli zamanlarda basılmış ve tek bir kap altında ciltlenmiş gazeteler veya matbu kitap olarak düşünülebilir mi? Ve görme engellilerin kullandığı kabartma harflerden oluşan sayfalar bir bütün haline gelirse, sonra bilgisayar disketinden elde edilirse?...Şunu anlayabiliriz ki, belirli bir amaç ortaya konulmazsa sorunun kendisi kılı kırk yarmak şeklindedir. Şunu da anlayabiliriz ki altta yatan pratik düşünceler açıklığa kavuşturulmadıkça hiçbir makul cevap beklenemez.”

Roger Cotterrell de Waismann’ın “kavramların gözenekliliği ya da açık metni (porosity or open texture of concepts)” hakkında ifade ettikleri ile Hart’ın görüşleri arasında bağlantı kurmaktadır.¹⁰⁰ Cotterrell’e göre Hart’ın açık metinle

⁹⁹Varga, *Lectures on the Paradigms...*, s. 182-183.

¹⁰⁰ Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence – A Critical Introduction to Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994, s. 104.

ilgilenmesinin nedeni, hangi kuralların yorumlanabileceği ve uygulanabileceği konularına açıklık getirmek ve kesinliğin derecesini incelemektir.¹⁰¹

Yukarıda açık metnin farklı kullanılışlarına değinilirken Waismann'ın "açık metin"le kastettiği şeyin, ekstrem farazi şartlar altında kelimelerin potansiyel belirsizliği olduğuna değinilmişti. Bix, Hart'ın bu konudaki düşüncelerinin farklı olduğunu belirtirken şunları söylemektedir¹⁰²:

"...Hart ise "açık metin" ile oldukça farklı bir şeyi kastetmektedir. Hart'ın, yargısal takdir yetkisine ilişkin argümanı dilin doğası üzerine temellendiriyormuş gibi okunmaması gerekmektedir. Esasında o, kuralların niçin takdir yetkisini gerektirecek şekilde uygulanması gerektiğine ilişkin bir argüman ortaya koymaktadır."

"The Open Texture of Law" , Hart'ın *The Concept of Law* başlıklı kitabının "Formalism and Rule Scepticism" ana başlıklı yedinci bölümünün ilk alt başlığıdır. Hart'ın açık metinle ilgili görüşleri açıklanırken esas olarak bu bölümden yararlanılacaktır. "Formalism and Rule Scepticism" başlığı altında Hart, hukuk içerisindeki sosyal kontrol probleminde söz etmekte, sosyal kontrolün nasıl en iyi şekilde ve etkin olarak kullanılabileceğine ilişkin bir strateji ve politik teori ortaya koymaktan çok sosyal kontrolün nasıl mümkün olduğu sorusu üzerinde durmaktadır.¹⁰³ Aynı bölümde yazar tarafından hukuk – dil ilişkisi açısından belirleyici olan ve hukuki yorum faaliyeti hakkındaki görüşlerini temellendirmede kullandığı bazı görüşler de ileri sürülmüştür. Hart, hukuk kurallarının anlamlarının her zaman açık olmadığını, bu kuralların temel olarak tamamlanmamış olduğunu

¹⁰¹ Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence...*, s. 104.

¹⁰² Bix, "H.L.A Hart...", s. 51.

¹⁰³ Bix, "H.L.A Hart...", s. 53.

kanıtlayan bir hukuki belirsizliğin var olduğunu¹⁰⁴ söylemektedir. Hart'ın açık metin kavramının şekillenmesinde de hukuki belirsizlik tartışmalarının payı bulunmaktadır.

Timoty A.O.Endicott, *Vagueness In Law* isimli kitabında açık metni belirsizliğin kaynaklarından biri olarak göstermiştir.¹⁰⁵ Genel terimlerin uygulanmasında karşımıza çıkan bir kesinlik çekirdeği ve belirsizliğin gölgeli alanı kavramlarının hukuk felsefesi tartışmaları açısından Hart tarafından ortaya atıldığını belirten Endicott, Hart'ın açık metin terimini kullanımını, geniş anlamda belirsizlik için bir terim aramasına bağlamaktadır.¹⁰⁶

Hukuki belirsizlikle ilgili tartışmalar, hem hukukun sonuçları nasıl belirlediğini anlamak hem de hukuk düşüncesinden anlaşılan şeyin bu tür tartışmaları nasıl etkilediğini ortaya koymak bakımından önem taşımaktadır.¹⁰⁷ Hart'ın açık metin kavramının şekillenmesinde de hukuki belirsizlik tartışmalarının payı bulunmaktadır. Hart, bu konudaki görüşlerini formalizm ve kural şüpheciliği ekseninde oluşturduğundan, aşağıda hukuki formalizm ve hukuki realizmden kısaca söz edilecek, ardından Hart'ın bu iki görüş arasında nasıl bir konum belirlediği açıklanmaya çalışılacaktır.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Hart, böylesi durumları anlatırken *gölgeli alan (penumbra)* terimini kullanmaktadır.

¹⁰⁵ Endicott, *Vagueness In Law*, s. 37,38.

¹⁰⁶ Endicott, *Vagueness In Law*, s. 37.

¹⁰⁷ Gülriz Özkök, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, sayı 2, 2002, s. 13. Örneğin, hukuku kurallardan ibaret sayan geleneksel pozitivist düşünce ve bununla birleşen formalist yaklaşımın hukuki belirsizlikle ilgili tartışmalarda savunulmasını güç bulan Hart gibi esnek hukuki pozitivistler, ahlaki ilkelere hukuk tanımı içerisinde yer vermeye çalışma yolunu tercih etmişlerdir. (Bkz. Özkök, "Hukuki Belirsizlik...", s. 13.)

¹⁰⁸ Hukuki formalizmin ardından kural şüpheciliği değil de hukuki realizm üst başlığıyla bir değerlendirmeye gidilmiş olmasının sebebi, Hart'ın realizm hakkında da belirlemeler yapması ve kural şüpheciliğinin hukuki realizmle ilişkili oluşudur.

İKİNCİ BÖLÜM

AÇIK METNİN KAYNAĞI OLARAK HUKUKİ BELİRSİZLİK

I) GENEL OLARAK HUKUKİ BELİRSİZLİK

Hukuki belirsizlik problemi hakkındaki tartışmalar bir yandan hukukun gerçekten var olup olmadığına ilişkindir, diğer yandan hukuk kuralları ile yargı kararları arasındaki ilişkiyle ilgilidir.¹⁰⁹ Hukuki belirsizlik probleminin temelinde, hukukun bütünüyle belirsiz olup olmadığı sorunu ve yargıcın hukuk yaratma ve takdir yetkilerinin hukuki sınırlamaya tabi olup olmayacağı konusunun bulunduğu söylenebilir.¹¹⁰

Hukukun belirsiz olduğuna yönelik eleştirilerin kaynağında Amerikan Hukuki Realistleri'nin görüşleri bulunmaktadır.¹¹¹ Hukuki realistler 19.yy ile 20.yy'ın başlarındaki formalist mantığın, kapalı bir hukuk sisteminden dedüktif bir metotla sonuç çıkarma anlayışına ve hüküm kurarken yargıcın objektif ve tarafsız olacağı varsayımına karşı çıkmaktaydılar.¹¹² 1920'lerde ve 1930'larda hukuki realistlerin kaynaklık ettiği belirsizlik tezi, 1980'lerde eleştirel hukuk çalışmaları tarafından özellikle hukuki liberalizme karşı yeniden gündeme getirilmiştir.¹¹³ Hukuki realistlerin belirsizlik argümanını hukuk devleti kavramına dönük bir eleştiri olarak alan ve bu nedenle de kendilerini realistlere nazaran daha radikal gören eleştirel

¹⁰⁹ Özkök, "Hukuki Belirsizlik...", s. 1.

¹¹⁰ Özkök, "Hukuki Belirsizlik...", s. 1.

¹¹¹ Sururi Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2006, s. 95.

¹¹² Aktaş, *Eleştirel Hukuk...*, s. 95.

¹¹³ John Hasnas, "Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How not to Miss The Point of The Indeterminacy Argument", *Duke Law Journal*, vol. 45, no.1, 1995, s. 85.

hukuk çalışmaları açısından “hukuk devleti” ideali, gerçekte olanların gizlenmesi ve belirli bir azınlığın, toplumun tümü üzerine tercihlerini empoze etmesi olarak algılanabilecek bir kavramdır.¹¹⁴ Eleştirel hukukçular da hukuki belirsizlikten söz ederken yargılama süreci içerisinde somut bir hukuk normunun belirli bir hukuksal sonuca ulaşılmasını sağlayıp sağlayamayacağı üzerinde durmaktadırlar.¹¹⁵ Eleştirel hukuk çalışmalarında hukukun belirsizliği iddiası formalizm eleştirisinin devamı niteliğindedir.¹¹⁶ Bu açıdan hukuki realizmin belirsizliğe bakışıyla eleştirel hukukçuların yaklaşımı arasında benzerlik bulunmaktadır.

Hukuk kuralları ile yargı kararları arasındaki ilişki bakımından hukuki belirsizliğe ilişkin, somut hukuki uyuşmazlığın sonucunu hukukun belirleyip belirleyemeyeceğine dair soru, Lawrence Solum’un ortaya koyduğu şekliyle üç farklı şekilde yanıtlanabilecektir¹¹⁷:

1)Yargıçların kararlarını hukuk kuralları belirlemektedir.

2)Hukuk kuralları yargı kararları açısından belirleyici olmakla birlikte yargıçların kararlarında tercihler, politika gibi başka etkenler de rol oynarlar.

3)Yargı kararları açısından hukuk kuralları hiçbir etkiye sahip olmayıp yargıçlar her kararı haklı gösterebilirler.

Bu üç yanıtın her biri belirsizliğe ilişkin bir teoriye de işaret ediyor görünmektedir. Şöyle ki hukuk kurallarının yargıçların kararlarını belirlediği

¹¹⁴ Hasnas, “Back to the Future...”, s. 97.

¹¹⁵ Kasım Akbaş, *Hukukun Büyübozumu – Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 97.

¹¹⁶ Akbaş, *Hukukun Büyübozumu...*, s. 98.

¹¹⁷ Lawrence B. Solum , “ Indeterminacy”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ed.: Dennis Patterson, Blackwell, Oxford, 2000, s. 488’den aktaran Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 1.

düşüncesi hukuki formalizmle; yargıçların kararlarında tercihler, politika vs. etkenlerin rol oynadığı düşüncesi hukuki realizmle; yargı kararları açısından hukuk kurallarının hiçbir etkisinin olamayacağı ve yargıçların diledikleri gibi karar verebilecekleri düşüncesi eleştirel hukuk okulunun görüşleriyle ilişkilendirilebilir.

Hukukun belirsiz olduğunu ileri süren görüş taraftarları hukuk içerisindeki takdir yetkisinin söz konusu belirsizlik iddiasını desteklediğini düşünmektedirler. Bu yaklaşımı benimseyenler, aşağıda belirtileceği üzere zor davalarla ilgili olarak karşımıza çıkan takdir yetkisinin, yargıcın istediği gibi karar vermesine yol açabileceğini; bunun da keyfi kararların verilmesi, “benzer durumlarda benzer davranma” ilkesinin ve hukuki öngörülebilirliğin zedelenmesi gibi sakıncaları beraberinde getireceğini düşünmektedirler.¹¹⁸

Hukuki belirsizlik tartışmaları yapılırken, hukukun metafizik ve epistemolojik belirsizliği ayrımı üzerinde duran Ken Kress, metafizik belirsizliğin hukukun var olup olmadığına, epistemolojik belirsizliğin ise hukukun bilinip bilinemeyeceğine ilişkin olduğunu ileri sürmektedir.¹¹⁹ Gülriz Özkök bu konuyu şu şekilde örneklendirmektedir¹²⁰:

“...Örneğin hukukun görevlilerden ve vatandaşlardan belirli şekilde davranmalarını gerektirdiği durumda, metafizik olarak belirli olduğu söylenir. Ancak, hukukun gerektirdiği şeyin anlaşılabilir olması mümkündür. Bu durumda ise hukukun epistemolojik olarak belirsiz olduğu ileri sürülür. Hukuk devleti değerlendirmeleri açısından, hukukun epistemolojik

¹¹⁸ Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 6,7.

¹¹⁹ Ken Kress, “A Preface to Epistemological Indeterminacy” 1990-1991, <http://heinonline.org/Heinonline/nav.html?handle=hein.journals/illlr85&id=152&size=4>, (09.05.2002)’den aktaran Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 8.

¹²⁰ Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 7-8.

olarak belirliliği önemlidir. Zira bu değerlendirmeler açısından önemli olan, vatandaşların hukukun gerekleri hakkında bilgi sahibi olmalarıdır...”

Bu bağlamda hukukun epistemolojik olarak belirsizliği hukuki öngörülebilirlik ilkesiyle ve yargıçların keyfi kararlar almamasıyla ilişkili görünmektedir.¹²¹

Eleştirel hukuk okulu hukukun radikal olarak belirsiz, tutarsız ve çelişkili olduğunu iddia etmektedir.¹²² Eleştirellere göre hukuki sorunların tek bir doğru cevaptan yoksun oluşu, ayrıca hüküm verme bakımından hukuk materyalleri ve metotlarının davalar için birden fazla sonuca izin vermesi bu belirsizliği destekleyen durumlardır.¹²³

Eleştirel hukuk teorisyenlerinin belirsizlik için temel aldıkları nokta bazı açılardan eleştirilmektedir. Yukarıda üzerinde durulduğu gibi, hukuki belirsizlik iddiasında bulunan eleştirel hukuk teorisyenleri iddialarını formalizmin tümdengelimci akıl yürütmesinin yeterli olmamasına dayandırmaktadırlar. Belirsizlikle ilgili tartışmalarda formalizmin akıl yürütme metodu olarak kabulü, hukuki sorunlara tek bir cevap sağlamaması veya birden fazla cevaba izin vermesi

¹²¹ Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 8. Bu noktada Solum’un bazı itirazları da bulunmaktadır. Buna göre hukuk devletinin bir gereği olduğunu belirttiğimiz hukuki öngörülebilirlik zorunlu olarak hukuk devletiyle ilişkili olamayabilecektir. Örneğin kararları keyfi şekilde veren bir yargıç, avukatlar ve taraflar tarafından bu özelliğiyle tanınabilir, hangi eğilimlerinin olduğu bilinebilir. Bu durumda öngörülebilirlik sağlanmıştır ancak hukuk devletinin temel gereklerine aykırılık oluşmuştur. Yine Solum, hukuki öngörülebilirliğin benzer durumlarda benzer davranma ilkesiyle de her zaman bağdaşamayabileceğini; zira öngörülebilirliğin yargıcın kişisel eğilimleri ve politik tercihleriyle değil hukuki nitelikteki unsurlarca belirlenmesini gerektiğini vurgulamaktadır. Solum, “Indeterminacy”, s. 488’den aktaran Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 8.

¹²² Ken Kress, “Legal Indeterminacy”, *Philosophy of Law and Legal Theory - An Anthology*, ed.: Dennis Patterson, Blackwell Publishing, United Kingdom, 2003, s. 253.

¹²³ Kress, “Legal Indeterminacy”, s. 253.

bakımlarından yetersiz bulunarak eleştirilebilir. Fakat formalizmin hukuki akıl yürütme metodu olarak elverişli olmadığının belirtilmesi ile formalizmi hukukun belirsizliğinin bir kanıtı olarak göstermek ayrı şeylerdir. Daha farklı akıl yürütme metodlarının olduğu da göz önünde bulundurulduğunda formalizm, tek başına hukuki belirsizliğin bir kanıtı olarak ileri sürülemez sonucuna ulaşılabilir.¹²⁴

Kress belirsizlikle ilgili neden kaygılandığımız sorusunun yanıtını şöyle vermektedir: "Belirsizlik önem taşır çünkü meşruluk önem taşır"¹²⁵ Kress'e göre, yargıçların tamamen ya da dar sınırlar içerisinde kısıtlanmaları halinde kararların meşru olabileceğini savunan pek çok hukuk okulu, yargısal kararların meşruluğunu yargıcın hukuk yaratmaktan çok hukuku uygulamasına bağlamaktadır.¹²⁶ Belirsizlik tezini savunanlar, hukukun yargıçları yeterli derecede sınırlandıramayacağını, bu nedenle yargısal kararların sıklıkla veya her zaman meşruiyetten uzak olacağını iddia etmektedirler.¹²⁷

Eleştirel hukuk teorisyenleri de hukuki belirsizliği bir meşruiyet sorunuyla ilişkilendirmektedirler. Onlara göre hukuk kurallarının belirsizliği birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkmasına neden olmakta, bu belirsizlik nedeniyle bazı egemen gruplar kendi yararlarına hukuksal kararlar alabilmektedirler. Dolayısıyla eleştirel hukuk çalışmaları bakımından modern hukuk kültürü, her türlü kararın meşru gösterilebileceği bir ortam sunmaktadır.¹²⁸

¹²⁴ Özkök, "Hukuki Belirsizlik...", s. 16.

¹²⁵ Kress, "Legal Indeterminacy", s. 254.

¹²⁶ Kress, "Legal Indeterminacy", s. 254.

¹²⁷ Kress, "Legal Indeterminacy", s. 254. Kress, belirsizliğin sadece meşrulukla ilgili sonuçları yüzünden önem taşımadığını; ancak hukuk okullarının belirsizlik üzerinde neden durdukları veya durmaları gerektiği sorusuna verilecek yanıtın belirsizliğin meşrulukla ilgili bu sonuçlarında aranması gerektiğini düşünmektedir. (Bkz. Kress, "Legal Indeterminacy", s. 254.)

¹²⁸ Aktaş, *Eleştirel Hukuk...*, s. 81.

Eleştirel hukuk okullarının iddia ettiği şekliyle hukukun radikal olarak belirsiz olduğu kabul edilirse meşru, keyfi olmayan hukuk sistemleri ve hüküm verme süreçleri hakkında ciddi şüpheler oluşacaktır.¹²⁹ Ancak burada hukuki belirsizlik ve meşruluk arasındaki ilişki bakımından göz önünde bulundurulması gereken bazı hususlar vardır. Şöyle ki eleştirel hukukçular rızaya dayalı devlet anlayışını dikkate alarak, bireylerin kanun koyucunun koydukları kurallara rıza göstereceklerini; ancak yargıcın keyfi kararları açısından böyle bir rızanın bulunmayacağını temel almaktadırlar. Bu temel eleştirilebilir niteliktedir; çünkü her bireyin kanun koyucunun koymuş olduğu kurala isteyerek uyduğu söylenemeyeceği gibi¹³⁰, meşrulukla ilgili olarak rıza teorisinden başka yaklaşımlar da bulunmaktadır.¹³¹

Hukuki belirsizlikle ilgili bu genel çerçevenin ardından aşağıda hukuki belirlilik ve hukuki belirsizlik iddiaları üzerinde durulacak, bu bağlamda hukuki formalizm ve hukuki realizm hakkında açıklamalarla birlikte Hart'ın bu iki yaklaşım karşısındaki tutumu ortaya konulmaya çalışılacaktır.

¹²⁹ Kress, "Legal Indeterminacy", s. 253.

¹³⁰ Özkök, "Hukuki Belirsizlik...", 33 numaralı dipnot, s. 9.

¹³¹ Kress, yargısal bir karara uymanın vatandaşlar açısından ahlaki bir yükümlülük oluşturması yaklaşımının meşruluğun politik felsefedeki kullanımı olduğunu, örneğin Weberian yaklaşımın meşruiyeti çok daha farklı açıkladığını belirtmektedir. (Bkz. Kress, "Legal Indeterminacy", s. 254.)

II) HUKUKTA BELİRLİLİK: HUKUKİ FORMALİZM

1) Formalizmin Anlamı

Bix'e göre formalizm¹³² terimi, bir kategoriden ya da kavramdan yola çıkarak sonuca gitmede, mekanik olarak ya da otomatik olarak hareket eden ve politik ya da ahlaki herhangi bir düşünce göz önüne alınmadan yapılan analizleri tanımlamak için genellikle küçültücü bir anlamla kullanılmaktadır.¹³³ Formalizmi eleştirenler bir kategoriden hukuki sonuca varmanın haksız ve sakıncalı yanlarına işaret etmektedirler.¹³⁴

Hüküm vermeye, muhakemeye ilişkin bir teori olarak kabul edilen¹³⁵ formalizm, yargıçların davaları karara gerçekte nasıl bağladıklarına veya nasıl karar vermeleri gerektiğine ilişkin bir teoridir. Hukuk literatürü içerisinde formalizmle ilgili farklı tanımlamalar bulunmaktadır.¹³⁶

Steven J. Burton'a göre formalizm, hukuk tarafından talep edilen belirli eylemlerin tamamının nesnel olaylara, anlamı açık kurallara ve mantığa dayanması gereğini ifade eder.¹³⁷

¹³² Roscoe Pound, "formalizm" terimi yerine "kavramcılık" veya "mekanik hukuk teorisi" terimlerini de kullanmaktadır. (Bkz. Roscoe Pound, "Mechanical Jurisprudence", *Columbia Law Review*, vol. 8, 1908, s. 605-623.)

¹³³ Bix, *A Dictionary...*, s. 69.

¹³⁴ Bix, *A Dictionary...*, s. 69.

¹³⁵ Brian Leiter, "Positivism, Formalism, Realism (Review Essay on Legal Positivism in American Jurisprudence by Anthony Sebok)", *Columbia Law Review*, vol. 99, 1999, s. 1144. Leiter bu belirlemeyi yaparken pozitivizme gönderme yapmaktadır. Ona göre pozitivizm bir hukuk teorisi iken formalizm hukuki muhakemeye ilişkin bir teoridir.

¹³⁶ Leiter, "Positivism, Formalism, Realism", s. 1144.

¹³⁷ Steven J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning* 3, 2nd ed., 1995'ten aktaran Leiter, "Positivism, Formalism, Realism", s. 1144.

William Eskridge, formalizmin öne sürdüğü şeyin, yargısal yorum yapanların, bir kanunun objektif olarak belirlenebilen anlamıyla sıkıca bağlı olabilecekleri ve olmaları gerektiği olduğunu söylemektedir. Ona göre seçilmemiş yargıçlar çok fazla takdir yetkisi kullanırlarsa demokratik yönetim tehdit edilmiş olacaktır.¹³⁸

Formalizmle ilgili bir başka açıklamayı da Roberto Unger'de bulabilmekteyiz. Unger'e göre formalizm, sosyal hayatın temel koşulları hakkındaki açık uçlu uyuşmazlıkların ve insanların ideolojik, felsefi veya hayali olarak nitelendikleri uyuşmazlıkların açıkça karşısında durabilecek bir hukuki muhakemenin varlığı iddiası ve böylesi bir ihtimale ilişkin bir inanıştır.¹³⁹

Bazen modern teorisyenler kendi çalışmalarını formalizmi destekler nitelikte görebilmektedirler; ancak burada bahsi geçen formalizm ile yirminci yüzyılın başlarında özellikle Amerikan Hukuki Realistleri'nin hedefi haline gelen¹⁴⁰ formalizm oldukça farklıdır.¹⁴¹ Bix, bu farklı kavramın, *metne bağlılık (textualism)* olarak nitelenebileceğine değinmektedir ki bu yaklaşıma göre kanunların ve anayasanın açık anlamlarına uygun olarak yorumlanması gerekmektedir. Burada ayırıcı nokta, yorum yapılırken kanunların veya anayasanın altında yatan amaçların ya da bunları hazırlayanların niyetlerine bağlılığın söz konusu edilmiyor oluşudur. Bazı teorisyenlere göre ise formalizm sadece metne bağlılığı anlatmamakta, bunun

¹³⁸ William Eskridge, "The New Textualism", *UCLA Law Review*, vol. 37, 1990'dan aktaran Leiter, "Positivism, Formalism, Realism", s. 1144.

¹³⁹ Roberto Unger, "The Critical Legal Studies Movement", *Harvard Law Review*, vol. 96, 1983'ten aktaran, Leiter, "Positivism, Formalism, Realism", s. 1144.

¹⁴⁰ Bix, *A Dictionary...*, s. 69.

¹⁴¹ Bix, *A Dictionary...*, s. 70.

yanı sıra standartlar, kanun koyucunun amaçlarına bağlı olarak yapılan yorum karşısında kurallar lehine yapılan bir tercihi ifade etmektedir.¹⁴²

Sururi Aktaş'ın da işaret ettiği üzere Ernest Weinrib'e¹⁴³ göre formalizmin üç temel niteliği şunlardır:¹⁴⁴

- 1) Formalist analizi oluşturan yapıtaşları, bir haklılaştırıcı girişim olarak sadece hukukun içsel önvarsayımlarıdır. Dolayısıyla formalizmi oluşturan şeyler, dışsal bir idealin ögeleri değildirler.
- 2) Formalizm hukuksal düşünce ve söylemi kendi terimleriyle anlamlı kılmaya çalışır. Hukukun kendileriyle tutarlılığını ortaya koyduğu kavramları, ilkeleri, kurumları ciddiye alır. Formalizmde hukuksal kavramlar, hukukun içsel anlaşılabilirliğini sağlarlar. Dolayısıyla formalistler açısından hukuk içten anlaşılabilir bir şeydir.
- 3) Formalistler tutarlılığa özel bir önem verirler. Tutarlılık tekbiçim bir yapının varlığını gerektirir ve bu yapı kendini oluşturan

¹⁴² Bix, *A Dictionary...*, s. 70.

¹⁴³ Patterson da Weinrib'in formalizm hakkındaki düşüncelerinin hukuk felsefesi tartışmaları açısından önemini vurgulamıştır. Patterson, herkesin hukuki formalizmin artık öldüğünü düşündüğü bir anda Weinrib'in bir duraksamaya, tereddüte yol açtığını belirtmektedir. Weinrib'in hukuki formalizmin amacına ve hedefini dönük savunusu oldukça çarpıcı, zorlayıcı ve zaman zaman endişe verici olmaktadır. Weinrib'in görüşlerinin en endişe veren yanı da günümüz hukuk teorisinin kendisine iş edindiği şeyin çoğunun yanlış, saptırılmış olduğu iddiasıdır. Weinrib'in bu iddiasına temel olan ana nitelikler, gerçekçe, gerçek ve tutarlılık gibi anahtar konulardır. (Bkz. Dennis Patterson, "Foreword: The Challenge of Legal Formalism", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol.16, 1993, s. 579.)

¹⁴⁴ Ernest J. Weinrib, "The Jurisprudence of Legal Formalism", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol.16, no.3, 1993, s. 592'den aktaran Aktaş, *Eleştirel Hukuk...*, s. 82-83.

parçaları bir araya getirir. Böyle bir yapıda bütün, kendini oluşturan parçaların toplamından daha fazla şeyi ifade eder.

2)Hukuki Formalizmin Temel Savları ve Değerlendirmeler

Hukuki girdiler grubunun hukuki çıktıları belirlemediği iddiasına karşılık klasik hukuki formalizm hukuk kurallarının hukuki sonuçları belirlediğini savunan bir görüş olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴⁵

Modern hukuk kavramının en temel karakterinin formalist (biçimsel) olduğuna işaret eden Aktaş'a göre, somut hukuksal uyumsuzlukların soyut kuraldan hareketle çözülmeye çalışıldığı formalist yaklaşımın kodifikasyon çalışmalarıyla daha belirgin hale geldiği söylenebilir. Gerek formalizm gerekse objektivizm, hukuksal düşüncenin rasyonalizasyonunun bir sonucudur.¹⁴⁶ Modern hukuk düşüncesinde yargıçların hukuksal ihtilafları çözerken kişisel ve politik kanaatlerinden bağımsız olarak hukuk sisteminin objektif kurallarıyla bağlı olacakları varsayılmıştır.¹⁴⁷ Formalizmin, hukuk alanıyla ilgili belirsizlik, düzensizlik ve kaostan kurtulup bir düzen ve sisteme kavuşturulmasına aracı olması yanı sıra beraberinde belirli bir objektivite getirdiği de düşünülmektedir.¹⁴⁸

Hukuki formalizm hukuk kurallarından hareketle yapılan akıl yürütme sonucu varılan yargısal kararların haklılaştırılmış olduğu iddiasındadır. Yargısal karar olarak sonucun, tamamen hukuk kurallarının gereği kabul edildiği için meşru kabul edildiği düşüncesi yargıca görelilik olarak mekanik nitelikte bir rol biçildiğini

¹⁴⁵ Özkök, "Hukuki Belirsizlik...", s. 2.

¹⁴⁶ Aktaş, *Eleştirel Hukuk...*, s. 80.

¹⁴⁷ Aktaş, *Eleştirel Hukuk...*, s. 80.

¹⁴⁸ Aktaş, *Eleştirel Hukuk...*, s. 80.

göstermektedir.¹⁴⁹ Hakimin karar verme sürecini açıklamak için kullanılan teorilerden¹⁵⁰ birisi olan *kavramsal teoriye* işaret etmek için, “mechanic, phonographic, slot machine, formalistic, orthodox”¹⁵¹ terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Dinçkol hukuki formalizmin işaret ettiği yargıcı anlamamızı sağlayacak bu teoriden şu şekilde söz etmektedir:

“...teoriye göre, hakimler, doktorlar veya bilimciler gibi, ihtisaslaşmış bilgilerini hukuksal anlaşmazlıkların cevaplarını bulmak için kullanan yetişmiş teknisyenlerdir. Hüküm verme, politikadan, yasama ve yürütmeden kesinlikle ayrılmıştır. Politik güçler, kuralların ne olduğunu tayin ve tespit ederler, hakim sadece verilen tespit edilmiş olan kuralları gerçeklere, somut olaylara tatbik eder. Eğer hakim yeni ortaya çıkan ve hiçbir kurala uymayan bir durumla karşılaşır, kıyas ve mantık usulü ile nasıl bir kural uygulanması gerekeceğini keşfeder, ortaya koyar. Bu takdir biçmeye sadece bu takdiri kullanmaya kural yaratma denilebilir. Bazı yorumcular daha bile ileri gitmektedirler. Onlara göre, yargılama süreci, kendi dinamikleriyle kendi kendine yeten bir dünyadır ve politik sistemden tamamen ayrılır. Ancak bunlar bile, legal kurallar ve yargısal kararların politik toplumla ilişkili olduğunu kabul ederler. Yine de hakimler ve onların uyguladıkları hukukun toplumda yarışan çıkarlar arasında tarafsız olduğu iddiasındadırlar...”¹⁵²

Yukarıda formalizmle ilgili belirlemelerine yer verilen Weinrib, hukuki formalizme ilişkin iddiasını ortaya koyarken hukuka “içeriden” bakmak gerektiğini

¹⁴⁹ Aktaş, *Eleştirel Hukuk...*, s. 82.

¹⁵⁰ Diğer teoriler, serbest hukuk okulu, yararcı hukuk okulu ve realizm olarak belirtilmiştir. Bkz. Abdullah Dinçkol, “Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayınları, İstanbul, 1995, sayı 2, s. 159 vd.

¹⁵¹ Hart da formalizmle ilgili düşüncelerini açıklarken yargıçlarla bağlantılı olarak bu terimlerden bazılarını kullanmıştır. Bkz. Hart, “Positivism and Separation...”, s. 610; H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1993, s. 66.

¹⁵² Dinçkol, “Hakimin Karar Verme...”, s. 160.

vurgulamaktadır. Buna göre ancak hukukun yapısında bulunan, ona içkin bir değerlendirme gerçekten başarılı bir değerlendirme olabilir. Hukuki formalizmin meydan okuyuşu onun analitik gúcüne karşılık gelmektedir. Başka bir deyişle hukuki formalizmin temel meydan okuyuşu metafizikten arındırılmış bir hukuk teorisi ortaya koyulup koyulamayacağı yönündedir.¹⁵³

İçerden olmayan bir bakışla hukuku anlayamayız görüşünü savunan Weinrib, formalizmin temel prensibinin, anlaşılabilirliğin hukuka içkin oluşu şeklinde belirtilebileceğini vurgulamaktadır.¹⁵⁴ Hukuka içerden bakış, biçim ve içerik arasında da ilişki kurmaktadır ki Weinrib'e göre biçim ve içerik karşılıklı ve i içe geçmiş iki kavramdır. Biçim (form) bir dizi özel şeye yapı ve birlik kazandırır. Bu yüzden form ve içerik birbiriyle ilişkili kavramlardır.¹⁵⁵ Bunu anlamak için “masa” kavramına ilişkin dşündüklerimize bakabiliriz. Bir masa üç ya da dört ayaklı, düz, belirli bir ağırlıkta vs. olabilir. Her masa bu özellikler bakımından farklılaşabilirken hala her birine “masa” demeye devam ederiz. İşte pek çok farklı şeyi aynı görmemizi sağlayan bir yapı ya da birlik ilkesidir.¹⁵⁶

Weinrib hukukun ağdaş yorumlarının gerçekte kaybettiklerine inanır; çünkü her biri dışarıdan bir bakışı benimsemişlerdir. Bu “dışarıdan” sözcüğü ile Weinrib'in kastettiği hukuk üzerine bir dizi amaçlar, hedefler dayatılıyor oluşudur. Örneğin hukukun etkinlikle, verimlilikle ilişkilendirilmesi onun bir son ya da hedefe yönelmiş

¹⁵³ Patterson, “Foreword:...”, s. 579.

¹⁵⁴ Patterson, “Foreword:...”, s. 579.

¹⁵⁵ Patterson, “Foreword:...”, s. 580.

¹⁵⁶ Patterson, “Foreword:...”, s. 580.

bir süreç olarak anlaşıldığını gösterir. Hukuki formalizm dışarıdan bakan bir perspektife karşı çıkar.¹⁵⁷

Biçim ve içerik kavramlarından söz eden bir diğer isim Robert Summers'a göre ise biçim (form), bir uygulamanın ya da kurumun yapısı ya da düzenidir. İçerik ise bir uygulamanın ya da kurumun belirli örneklerinin içeriğini dolduran ya da belirleyen şeydir.¹⁵⁸ Biçime dayalı analizleri, fonksiyonel hukuki birimlerinin ve bir bütün olarak hukuk sistemlerinin doğasının açıklanmasında ana metot olarak benimsediğini belirten Summers yine de sadece kurula odaklanan yaklaşımın bize hukukun pek çok yönü ve alanıyla ilgili yeterli anlayışı kazandıramayacağını ileri sürmektedir.¹⁵⁹ Hukuk ve onun tamamlayıcı parçalarına ilişkin öğreneceklerimiz kavramsal analizlerden ve forma odaklanarak öğreneceklerimizden çok daha fazladır diyen Summers¹⁶⁰ bu açıdan klasik formalistlerden farklılaşmaktadır.

Formalizm biçimsel bir eşitlik düşüncesini gerektirir. Maddi ve sosyal eşitlik düşüncesini dışlayan formalist mantık yasa önünde eşitlik idealiyle yetinmek ister. Aktaş'a göre nötr bir ahlak ve hukuk kavramından yana olan hukuki formalizm, bu açıdan klasik liberalizmin temel ilkeleriyle uyum halindedir.¹⁶¹

Hukuksal formalizmin, kaynak temelli (source-based) hukuk yaklaşımı eleştirilmektedir. Şöyle ki, kaynak temelli hukuk teorileri açısından hukuk, yasama

¹⁵⁷ Patterson, "Foreword:...", s. 581-582.

¹⁵⁸ Brian Bix, "Form and Formalism: The View from Legal Theory", *Ratio Juris*, vol. 20, no.1, 2007, s.47.

¹⁵⁹ Bix, "Form and Formalism:...", s. 48.

¹⁶⁰ Bix, "Form and Formalism:...", s. 49. Summers, hukukun doğasında ve işletilmesinde biçimin önemine dikkati çekmek istemiştir. Kavramsal analiz yöntemini seçen geleneksel analitik hukuk teorisyenlerine biçimle ilgili bu vurgu oldukça deneysel gelebilecektir. Ancak Bix, form temelli yaklaşımın hukuku anlamak açısından oldukça değerli olduğunu düşünmektedir. (Bkz. Bix, "Form and Formalism:...", s. 53.)

¹⁶¹ Aktaş, *Eleştirel Hukuk...*, s. 84, 85.

ve yargısal kararlar gibi yetkili kaynaklar açısından geçerli kılınabilir. Hukuk sistemini kendi kendine yeten kapalı ve mükemmel bir yapı olarak görmek, hukuk normunun tamamen belirsiz olduğu veya belirli bir kuralın olmadığı bir durumda dahi dedüktif tasıma (usavurmaya) başvurarak sonuca ulaşmaya çalışmak aşırı formalist bir tutum olacaktır.¹⁶²

Richard Posner, mantığın hukuksal usavurmada bir yeri olduğunu kabul etmekle birlikte bu yerin sadece hukukun açıkça iyi tanımlandığı alanlar olduğunu söylemektedir. Hukuk kuralı açıkça ve iyi tanımlanmışsa ve dava koşulları da ihtilaflı değilse mantıksal usavurmayı kullanarak bir sonuca gidilebilir.¹⁶³ Posner'a göre formalistlerin hatası dedüktif mantığı aşırı kullanmalarıdır.¹⁶⁴ Hukuk alanında mantığın kullandığı akıl yürütme yöntemlerinden sınırlı olarak yararlanılabileceği görüşüne katılan Cahit Can da, mantık ve matematiğin ilkelerinin analitik nitelikte olmaları sebebiyle olgusal içerikten yoksun bulduklarını belirtmekte¹⁶⁵, “herhangi bir toplumsal düzen kuralının, olgusalı belirleyen mevcut toplumsal koşullar göz önünde tutulmaksızın, matematiksel gerçekliklerle kurulan analogiler aracılığıyla ve dedüktif yoldan oluşturulmasına olanak bulunmadığını” ileri sürmektedir.¹⁶⁶ Kaldı ki hukukta mantığın araçlarından olan önermelerden yararlanılmakla birlikte (özellikle

¹⁶² Aktaş, *Eleştirel Hukuk...*, s. 83.

¹⁶³Hukuk normunun yapısal analizini “Hukuk normunun mantıksal açıdan yapısal olarak çözümlenmesi ve dilsel bir ifade olan normun önerme tipolojisi açısından açıklığa kavuşturulması olarak” ifade eden Yasemin Işıktaç’ın hukuk – mantık ilişkisinin bir parçası olarak gördüğü hukuk normunun analizi konusundaki görüşleri için bkz. Yasemin Işıktaç, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, 2.bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 138.

¹⁶⁴ Jeffrey Brian Downard, “The Common Law and the Forms of Reasoning”, *International Journal for Semiotics of Law*, vol.13, 2000, s. 379’den aktaran Aktaş, *Eleştirel Hukuk ...*, s. 83-84.

¹⁶⁵ Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1982, s. 41.

¹⁶⁶ Can, *Hukuk Sosyolojisi...*, s. 49.

iki özel önerme türü olan haber önermesi ve emir önermesi) hukukçu bu semantik ve mantıksal verileri adalet gibi bir hedef ışığında değerlendirmektedir.¹⁶⁷

Hukuk kuralının kapalılığından dolayı yargıcın yorum yapması gerekebilir. Hatta hukuk kuralının eski ve hatalı olmasından dolayı yargıcın yeni kural koyması gerekebilir. Dolayısıyla Posner, formalist akıl yürütme kabiliyetimize aşırı güvenimizin hata olduğunu düşünmektedir. Ona göre yargıç pozitif bir kuralı, hatalı ve eskimiş olması halinde, değiştirme yoluna gidebilir.¹⁶⁸

Eleştirel hukuk çalışmaları açısından da formalizmden kaynaklanan klasik hukuksal akıl yürütme, yani tasım ve mevcut hukuk materyalleri, uyumsuzlukların çözümünde yetersiz kalmaktadır.¹⁶⁹ Yargısal kararların çoğu zaman politik kararlar olduğunu düşünen eleştirel yaklaşım açısından yargıçların sadece hukukla bağlı olacağını düşünmek bir yanılgıdır. Aynı nitelikte uyumsuzluklar için farklı gerekçelerle farklı kararlar vermek olanaklıdır ve yine eleştirel hukukçulara göre, objektivizm ve ona bağlı evrenselcilik belirli bir bağlamda doğru olduğuna inanılan ilke ve değerlerin yaygınlaştırılması olarak görüldüğünden farklı politik ve hukuksal alternatiflerin önünün kesilmesine neden olur.¹⁷⁰

Değerlendirmeler bir kenara bırakılırsa hukuki formalizmin, hukuki sorunların çözümünün yine hukuk içinde bulunabileceği, hukuk kurallarının belirsizlik içermediği iddiasında olduğu sonucuna ulaşılabilir. Zira belirtildiği üzere “ ‘hukuk kaynaklarından’ yola çıkan (hukuksal öncüllerden çıkarılan yasal şartlar ya da kurallar biçiminde) katı tümdengelimsel akıl yürütmenin, ‘yasal kesinliğin’ ve

¹⁶⁷ Yasemin Işıktaç, Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 50.

¹⁶⁸ Downard, “The Common Law...”, s. 379’ dan aktaran Aktaş, *Eleştirel Hukuk...*, s. 84.

¹⁶⁹ Aktaş, *Eleştirel Hukuk...*, s. 80.

¹⁷⁰ Aktaş, *Eleştirel Hukuk ...*, s. 81.

‘şahısların değil hukukun üstünlüğünün’ temel güvencesi olduğu uzun süre tartışılmadan kabul edilmiş bir görüştür.”¹⁷¹ Buna göre uyuşmazlıkların çözümü için hukuk kuralları yeterli olacaktır. Hukuki realizm ise böylesi bir belirliliğin olmadığını savunmaktadır.¹⁷²

III) HUKUKTA BELİRSİZLİK: HUKUKİ REALİZM

1) Hukuki Realizmin Temel Savları

Realizm terimi, hukuk teorisine ilişkin tartışmalarda farklı, kimi zaman da birbiriyle çelişen anlamlarda kullanılmakla birlikte gerek konuşma dilinde gerekse edebiyat ve resimle ilgisinde dünyanın idealize edilmiş tasvirine oranla daha *gerçekçi* olmayı ifade etmektedir.¹⁷³ Bu bağlamda düşünüldüğünde iki ana akım halinde karşımıza çıkan hukuki realizm (Amerikan Hukuki Realizmi ve İskandinav Hukuki Realizmi) hareketinin hukuk içindeki ve hukuk hakkındaki tartışmalarda, retoriğin mistikleştirilen ve meşrulaştırılan katmanlarını ortadan kaldırmaya çabaladığı söylenebilecektir.¹⁷⁴

¹⁷¹ Junichi Aomi, “Hukuksal Kararlarda Mantığın Düzenleyici İşlevi”, çev.: Ahmet Ulvi Türkbağ, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, sayı 4, s. 115.

¹⁷² Aşağıda detaylı olarak değinileceği üzere realist okul mensuplarına göre “bir yargısal kararda gerçekten belirleyici olan ne mantık ne de hukuk kaynaklarıdır, birey olarak yargıçların kişiliğidir. Bu anlayışa göre tümdengelsel akıl yürütme yargıçlar yönünden sıkça, sadece önseziyle varılan sonuçların ex post-facto onanması ya da ‘aklileştirilmesidir.’” (Bkz. Aomi, “Hukuksal Kararlarda...”, s. 115.)

¹⁷³ Bix, *A Dictionary...*, s. 183.

¹⁷⁴ Bix, *A Dictionary...*, s. 183.

Özellikle hukuki formalizme yönelik eleştirileriyle dikkat çeken hukuki realizm, yargılama sürecinin kavramsal teorisine şüpheyile yaklaşan pek çok farklı görüş ve farklı yazarın altında birleştirildiği ortak bir çatı olmuştur.¹⁷⁵ Hukuki realizm akımı, hukukun saflığını, bağımsızlığı ve kesinliğini korumayı amaçlayan ve bilimsel olma iddiasıyla sosyal gerçekliğin bertaraf edilebildiği analitik ve normativist pozitivistlere karşı bir tutum benimsemiştir.¹⁷⁶ Karşılaşılan hukuki uyumsuzlukların tek bir cevabı olmayacağına ilişkin Mark Tushnet'in verdiği “yüksek mahkemelerin oy çokluğuyla verdikleri kararlar” örneği hukuki kesinliğin olmadığı iddiasında bulunan hukuki realistlerin görüşlerini de destekler görünmektedir.¹⁷⁷

Hukuki realistler, yargısal kararların nasıl oluşturulduğunu anlama ve muhakeme sürecinin gerçekte nasıl işlediğini ortaya koyma konusunda ortak bir ilgiyi paylaşmaktadırlar.¹⁷⁸ Onlara göre yargıçlar bir dava hakkında karar verirken uygulanabilir hukuk kurallarından çok davanın temelini teşkil eden olaylardan

¹⁷⁵ Dinçkol, “Hakimin Karar Verme...”, s. 161. Dinçkol, makalesinin aynı bölümünde çok geniş bir çeşitlilik gösteren ve çoğunun birbiriyle çeliştiğini belirttiği yargılama sürecinin kavramsal teorisine dönük eleştirileri, istikrarlı ve tutarlı bir bütün olarak ortaya koymanın güçlüğünden bahsetmekte ama yine de “hukuki realistler“ adı altında gruplandıklarını belirtmektedir. *Kural şüpheciliği* yaklaşımı da hukuki realizm ile yakın ilişkileri sebebiyle aynı gruba dahil edilmektedir. (Bkz. Dinçkol, “Hakimin Karar Verme...”, s. 161) Türkbağ da “Amerikan Hukuki Realizm Akımı” başlıklı makalesinde, realist hareket yandaşlarının yeknesak ve tutarlı bir bütünün parçalarını oluşturmadıklarını, bu nedenle bir “hareket” olmaktan çok “hareketler” olarak adlandırılacaklarını, ancak tek bir ad altında toplanmalarını haklı kılacak ortak noktaları olduğunu belirtmektedir. (Bkz. Ahmet Ulvi Türkbağ, “Amerikan Hukuki Realizm Akımı”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002, sayı 4, s. 106.)

¹⁷⁶ Türkbağ, “Amerikan Hukuki ...”, s. 106.

¹⁷⁷ Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 1.

¹⁷⁸ Leiter, “Positivism, Formalism, Realism”, s. 1147.

etkilenirler.¹⁷⁹ Realistlerin bir grubuna göre ise yargıçların kişiliklerinin kendine özgü özellikleri yargısal karar açısından belirleyici olmaktadır.¹⁸⁰ Örneğin Jerome Frank yargıcın kişiliğinin kararın oluşumunda anahtar faktör olduğunu savunmaktadır.¹⁸¹ Robert Jerome Glennon'a göre bu görüşüyle Frank, yasamanın yargısal takdir yetkisini sınırlandırılmasındaki rolünü, kuralların itaate zorlayan etkisini, hukuki kararların öngörülebilirlik imkanını gözden kaçırmaktadır.¹⁸²

Yukarıda da belirtildiği üzere hukuki realizm akımı, sıklıkla, Amerikan Hukuki Realizmi ve İskandinav Hukuki Realizmi şeklinde ikili bir ayrım altında incelenmektedir. Ancak çalışmamızın kapsamı ve Hart'ın değindiği noktalar göz önünde tutularak özellikle Amerikan Hukuki Realizminden söz edilmesi tercih edilmiştir.

2)Amerikan Hukuki Realizm Akımı:

Hukuki realizm akımının Amerika'da doğup gelişmeye başladığı dönem (1895-1930) ülke açısından büyük değişme ve kırılmaların yaşandığı bir dönemden gelmektedir.¹⁸³ Birinci Dünya Savaşı'nın etkisi, ardından 1920'lerin sonlarındaki ekonomik bunalımlar, İngiliz hukukunda etkin olan analitik pozitivistimin hızla değişen ve gelişen Amerikan hukukunun talep ettiğinin aksine, hukuku bir normlar sisteminden ibaret sayan sınırlayıcı yaklaşımı¹⁸⁴ Amerikan

¹⁷⁹ Leiter, "Positivism, Formalism, Realism", s. 1148.

¹⁸⁰ Leiter, "Positivism, Formalism, Realism", s. 1148.

¹⁸¹ Robert Jerome Glennon, *Law and the Modern Mind*, s. 50'den aktaran Sanford Levinson, "Writing About Realism" (Book Review), *Amerikan Bar Foundation Research Journal*, 1985, s. 904.

¹⁸² Glennon, *Law and the Modern Mind*, s. 53'ten aktaran Sanford Levinson, "Writing About Realism", s. 904.

¹⁸³ Türkbağ, "Amerikan Hukuki ...", s. 105.

¹⁸⁴ Türkbağ, "Amerikan Hukuki ...", s. 107.

hukukunda farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bu yeni yaklaşımın temel belirleyicileri pragmatist, deneyci, gerçekçi ve demokrat olma şeklinde sıralanmaktadır.¹⁸⁵

Yargıç O.W. Holmes, John Cripman Gray, Karl N. Llewellyn, Hermant Olimhant, Jerome Frank gibi isimlerin önde gelen temsilcileri olarak karşımıza çıktığı hukuki realizm akımının, hukuku, hukukçuların söyledikleri değil de yaptıklarıyla açıklaması ve hukukun varlığını toplum üzerinde olumlu etkiler yaratmak amacına bağlaması, sosyal gerçekliğe verdiği önemin kanıtları olarak gösterilebilir.¹⁸⁶

Yargı kararlarının, kurallar ya da emsal kararların mantıksal sonucu olmadığını, mantıksal çıkarımların kararları belirlemekten ziyade onları rasyonalize ettiğini iddia eden hukuki realistlere göre, kararları belirleyen etmenlerden bazıları çevre koşulları, karakter, huy, çeşitli menfaatler, cinsel dürtüler ve yaygın ideolojiler olarak sıralanmaktadır.¹⁸⁷

Realizm hukuk bilimini yargıçların ve diğer resmi görevlilerin verdiği ve hukuk olduğu kabul edilen kararlara nasıl ulaşıldığının bilimsel araştırmasını yapmak olarak açıklamaktadır.¹⁸⁸ Bu tanımlamadan kuralların mantıksal analizinin, hukuk hayatında kesin ve nesnel sonucun ön koşulu olmadığı sonucu çıkmaktadır.¹⁸⁹ Yargıçlar veya diğer resmi görevliler kurallardan yola çıkarak sonuca gitmemektedirler. Hukuku belli toplumsal amaçların aracı olarak gören hukuki

¹⁸⁵ Türkbağ, “Amerikan Hukuki ...”, s. 107.

¹⁸⁶ Türkbağ, “Amerikan Hukuki ...”, s. 106.

¹⁸⁷ Türkbağ, “Amerikan Hukuki ...”, s. 111.

¹⁸⁸ G.Jeffrie Murphy, Jules Coleman, *Philosophy of Law*, Westview Press, San Francisco, 1990, s. 33’den aktaran Türkbağ, “Amerikan Hukuki ...”, s. 111.

¹⁸⁹ Türkbağ, “Amerikan Hukuki ...”, s. 111.

realizm, herhangi bir hukuki sorunla karşılaşıldığında soyut hukuksal kalıplarla düşünmek yerine bunlardan, örneğin hukuksal kurallardan, beklenenlerle bu soyut hukuksal kalıpların uygulamadaki gerçek sonuçlarını dikkate almayı önemsemektedir.¹⁹⁰ Bu yönüyle pragmatizmden etkilenen Amerikan hukuki realizminin hukuk hayatında mantıktan çok deneyime önem verdiğinin de altı çizilmelidir.¹⁹¹ Örneğin Ülker Gürkan'ın işaret ettiği gibi Holmes hukukun asla matematik gibi postulalardan ve sırf mantıktan ibaret olmayıp hukuk hayatının deneyime dayalı olduğunu belirtmiştir.¹⁹² Mahkemelerin hukuki uyuşmazlıkları nasıl çözümleneceklerine dair tahminlerde bulunmak için hukukun ampirik ve pragmatik yönleri göz önünde tutulmalıdır.¹⁹³

Amerikan Hukuki Realizmi hukuk kurallarının normatif niteliğini reddetmemekte ancak normların hukuk uygulamasını açıklamak bakımından yetersiz kaldığını ileri sürmektedirler. Bu yaklaşım savunucularına göre mahkemeler hukuk hayatının laboratuvarlarıdır ve mahkemelerde fiilen gerçekleşen hukuka öncelik tanınmalıdır.¹⁹⁴ Realistlere göre hukuk teorisinin işi karar örneklerini tespit etmek ve tanımlamaktır.¹⁹⁵

Realizm açısından, yargılamaya yön veren “gerçek kurallar”, “kağıt üstündeki kurallar”dan farklı olduklarından, hukuk kuralları denildiğinde akla gelen yasalar, tüzükler ve emsal kararlar hukuk yaşamında sanıldığı kadar büyük öneme sahip

¹⁹⁰ Türkbağ, “Amerikan Hukuki ...”, s. 111-112.

¹⁹¹ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 7.baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2000, s. 324.

¹⁹² Ülker Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967, s. 23.

¹⁹³ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 324.

¹⁹⁴ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 328.

¹⁹⁵ Leiter, “Positivism, Formalism, Realism”, s. 1149.

değildirler.¹⁹⁶ Klasik hukuk anlayışının gösterdiğinin aksine her kararın aslında tek olduğu ve yaratıcılık gerektirdiği düşünüldüğünde, “gerçek kurallara” ulaşmaya çalışan hukukçunun kuşkucu olması gerekmektedir.¹⁹⁷ Realist eleştirinin kalbini, hukuk aktörlerinin, özellikle yargıçların “hukuk devleti”nin talep ettiği şekliyle gerçekten tarafsız, kişisel olmadan kararlar verebilmelerine ilişkin şüphe oluşturur.¹⁹⁸

Yukarıda değinildiği üzere hukuki realistlerin görüşleri tam bir birlik ve yeknesaklık içinde değildir. Ancak Amerikan Hukuki Realistleri’nin görüş birliği içinde oldukları temel argümanları Gürkan, Karl Llewellyn’in “Some Realism About Realism” başlıklı makalesinden alıntılarla şu şekilde sıralamaktadır¹⁹⁹:

- 1) Realistler akıcı ve hareketli bir hukuk anlayışına sahip olup hukukun kazai yoldan yaratıldığına inanırlar.
- 2) Hukuku sosyal gayeler için bir vasıta kabul ederler.
- 3) Hukuktan daha çabuk değişen hareketli bir cemiyet hayatı anlayışına sahip olup bunun sonucu olarak cemiyete hizmetle mükellef mevcut hukukun cemiyetin ihtiyaç ve gerçeklikleriyle ne derece uyuma halinde bulunduğu devamlı kontrolü hususunda ısrar ederler.
- 4) Hukukta inceleme kolaylığını sağlamak üzere olan ve olması gereken hukuk arasında geçici bir ayırımı yapılmasını kabul ederler. Mahkemelerin ne yaptığını iyice bilmek suretiyle ne yapmaları gerekeceğinin tayin edilebileceğine inanırlar.
- 5) Hukukta eskiden beri yerleşip kalan kaide ve mefhumlara karşı şüpheli bir tutuma sahiptirler.
- 6) Bir bakıma bu güvensizliğin sonucu olarak, hukukun kazai yoldan yaratılmasında kaide, emsal ve mefhumların tek kaynak olduğunu belirten nazariyeyi reddederler.

¹⁹⁶ Türkbağ, “Amerikan Hukuki ...”, s. 110.

¹⁹⁷ Türkbağ, “Amerikan Hukuki ...”, s. 110.

¹⁹⁸ Levinson, “Writing About Realism”, s. 905.

¹⁹⁹ Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, s. 31-32.

- 7) İnceleme kolaylığı için dava ve hukuk gruplarını daha dar kategoriler içerisinde toplamak isterler.
- 8) Hukukun herhangi bir kısmının daima sonuçları bakımından değerlendirilmesinde ısrar ederler.
- 9) Yukarıda belirtilen bütün hususların yeniden düzenli ve programlı bir şekilde incelenmesi gereğine inanırlar.”

3) Olay Şüpheliği (Olgu Kuşkuculuğu) - Kural Şüpheliği Ayrımı:

Realistler terimi, genel olarak analiz şüpheliğinin tamamını kapsamaktadır.²⁰⁰ Hukuki realizm akımı içerisinde her iki kuşkuculuğun da izlerine rastlandığından, burada olay şüpheliği ve kural şüpheliği ayrımı üzerinde de durulacaktır.

Olay şüpheliği olguların toplanması aşamasında, diğer deyişle, olayın ilk derece mahkemesinin önüne getirildiği aşamada yapılanlardan kuşkulanmayı ifade etmektedir.²⁰¹ Olay şüpheliği mahkemelerin olguları değerlendirmelerinin kesinlikten yoksun oluşu sebebiyle bu sürece ilişkin tahmin yapmanın mümkün olmaması üzerinde durmuşlardır.²⁰² Özellikle tanıkların güvenilirliği, mahkemelerin delil toplama, delilleri sunma, delilleri değerlendirmedeki bilim dışı tutumları, hukuki sorunların anlaşmazlıklara sebep olan dava yoluyla çözümü konuları olay şüpheliğinin ilgisini çeken konular olmuştur.²⁰³

²⁰⁰Dinçkol, “Hakimin Karar Verme...”, s. 161.

²⁰¹ Roger Cotterrell, *The Sociology of Law*, 2nd ed., Butterworths, London, 1992, s. 217’den aktaran Türkbağ, “Amerikan Hukuki ...”, s. 110.

²⁰²Türkbağ, “Amerikan Hukuki ...”, s. 110.

²⁰³Türkbağ, “Amerikan Hukuki ...”, s. 110.

Olay şüpheçileri mahkeme kararlarının tahmin edilmesindeki zorluğun hukuk hayatındaki belirsizliğin nedeni olduğunu savunmaktadırlar.²⁰⁴ Hukuksal olayların karmaşık yapısı kararın nasıl oluşacağını tahmin etmeyi oldukça güç kılmaktadır, hukuk hayatında belirliliği sağlamak için ilk derece mahkemelerinin kararlarının incelenmesine ağırlık verilmelidir.²⁰⁵

Olay şüpheçilerinin önemli isimlerinden birisi olan Frank'a göre hukuksal süreç, hukuk kuralının olaya uygulanması sonucu ortaya çıkan mahkeme kararı şeklinde düşünüldüğünde kararların önceden tahmin edilebileceği düşünülebilirse de somut uyuşmazlıkların değişik ve değişken yapısı bu durumu değiştirmektedir.²⁰⁶

Adnan Güriz'in belirttiği üzere, olay şüpheçileri hukuktaki belirsizliğin asıl nedeninin kuraldaki belirsizlikten kaynaklanmadığını, hukuki olayın belirsiz olmasının asıl sebep olduğunu ileri sürmektedirler. Bu nokta için söz konusu belirliliğe engel olan şeyin sadece olaya ilişkin belirsizlikler olamayabileceği eleştirisi getirilmiştir. Kararı veren yargıcın da insan olduğu, siyasi, dini, ekonomik vs. önyargılarının etkisinde kalabileceği de eleştirilen noktalardandır.²⁰⁷

Kural şüpheçiliği ise olguların toplanma aşaması sona erdikten ve ilk derece mahkemesi karar verdikten sonra, eğer gidilmişse temyiz sürecinde karşımıza çıkmaktadır.²⁰⁸ Yargıçların nasıl karara vardıkları, kurallar ve emsal kararlardan mantıksal çıkarım yoluyla varılacak kararların tahmin edilip edilemeyeceği,

²⁰⁴Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 325

²⁰⁵Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 325.

²⁰⁶Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 325. Güriz, burada tanıklıkla ilgili bir örnek vermektedir. Şöyle ki, gerçeği tanıklardan öğrenmek durumunda olan bir hakim, tanıkların gördükleri ve işittikleri olaylar konusunda yanılacaklarını unutmamalıdır.

²⁰⁷ Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 326.

²⁰⁸ Cotterrell, *The Sociology of Law*, s. 217'den aktaran Türkbağ, "Amerikan Hukuki...", s. 110.

yargıçların karar veriş sürecini denetlemede kuralların rolü ve etkisi kural şüpheçilerinin ilgilendikleri başlıca konular olmuştur. Örneğin bir kural şüpheçisi olan Llewellyn, kuralların yargıca en fazla rehberlik edebileceğini ancak onu denetleyemeyeceğini savunmuştur.²⁰⁹

Kural şüpheçileri hukukta belirsizliğin nedeninin hukuk kuralı olduğunu iddia etmektedirler.²¹⁰ Hukuk hayatında daha fazla kesinlik isteyen kural şüpheçileri, biçimsel hukuk kurallarının mahkemenin uyuşmazlığı nasıl çözümleneceği konusunda davanın tarafları ve hukukçular açısından güven verici olmadığını düşünmektedirler.²¹¹ Kural şüpheçilerine göre yazılı hukuk kurallarının gerisinde yer alan hukuk hayatının fiili benzerlikleri ve düzenlilikleri dikkate alınmalıdır.²¹² Hukuk kurallarının gerçek içeriğini açığa çıkarmak ve hukuk hayatında belirliliğe ulaşmak için yapılması gereken şey ise yüksek mahkemelerin kararlarına bakmaktır.²¹³

Sonuç olarak, hukuki belirsizlik argümanını hukuki formalizme dönük bir eleştiri olarak ilk kez ortaya atan hukuki realistler, dönemin klasik hukuk bilincine dönük de bir eleştiri getirmişlerdir.²¹⁴ Yukarıda değinildiği üzere formalizm, yargıcın karar verirken belirli ve tutarlı kurallar bütününden dedüktif mantık yoluyla tarafsız ve nesnel şekilde doğru çözümü bulduğunu iddia etmekteydi.²¹⁵ Yargıcın hukuk yapmadığını, yasama ya da içtihat yoluyla oluşturulan kuralları uyguladığını savunan formalizmin aksine hukuki realizm, hukuk materyallerinin belirli olayların sonucunu

²⁰⁹ Cotterrell, *The Sociology of Law*, s. 217 - 218'den aktaran Türkbağ, "Amerikan Hukuki...", s. 110 - 111.

²¹⁰ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 325.

²¹¹ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 325.

²¹² Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 325.

²¹³ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 325.

²¹⁴ Hasnas, "Back to the Future:...", s. 87.

²¹⁵ Hasnas, "Back to the Future:...", s. 87.

tek başına belirleyemeyeceğini, yargıcın aynı olay için birbiriyle çelişen sonuçlar öngören kurallar arasında bir seçim yapmak durumunda kalabildiğini ve bir yargıç için kuralların ve olayların yorumlanmasının her zaman mümkün olduğunu ileri sürmektedir.²¹⁶

IV) H.L.A HART'IN HUKUKİ FORMALİZM VE HUKUKİ REALİZM KARŞISINDAKİ TUTUMU

Realistlerin farkına varmamızı sağladıkları saptamaları, insan dili ve insan düşüncesinin sadece hukuku anlamak açısından değil, hukuk felsefesi (jurisprudence) dışındaki felsefi alanları anlamamız açısından da hayati öneme sahiptir.²¹⁷ Hukuki realizm ve hukuki formalizmi eleştiren görüşleri olmakla birlikte Hart, realistlerin 1930'larda mahkemelerde karar verilirken gerçekte neler olup bittiği üzerine söylediklerinin insanların bazı konuların farkına varmalarını sağladığını belirtmektedir.²¹⁸ Yargısal kararlar hakkındaki güncel gerçekler ile yargısal kararları tarif ederken kullanılan geleneksel terminoloji arasında bir çatışma bulunmakta ve geleneksel terminoloji ortada sadece mantıkla açıklanabilir bir durum varmış gibi bir izlenim doğurmaktadır ki bu durum hukuki realistlerce ortaya konulmuştur.²¹⁹

Hart kural yapan otoritenin bir takdir hakkı ortaya koymak, uygulamak zorunda olduğunu, değişik olaylardan kaynaklanan sorunlar için, pek çok çatışan menfaat arasında makul bir uzlaşma olan bir cevaptan farklı olarak, bulunabilecek tek

²¹⁶ Hasnas, "Back to the Future:...", s. 88-89.

²¹⁷ Hart, "Positivism and the Separation...", s. 606-607.

²¹⁸ Hart, "Positivism and the Separation...", s. 606.

²¹⁹ Hart, "Positivism and the Separation...", s. 606.

bir doğru cevap varmış gibi hareket edilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.²²⁰

Hart olan hukuk yetersiz kaldığında mahkemelerin olması gereken hukuka başvurmaları gerektiğini incelerken “standart davalar” ve “gölgeli alandaki problemler” ayrımı yapmaktadır.²²¹ Buna göre standart davalar açısından Hart, formalistlere katılmaktadır; yani bu tür davalar açısından hukuk kuralları hukuki sonuçları belirler.²²² Hukuk kurallarının hukuki sonucu belirlemede yetersiz kaldığı gölgeli alanlarda ise yargıcın, yasal kuralları belirli olaylara uygularken sadece mantıksal çıkarımla sonuca gidemeyeceğini belirten Hart, “Gölgeli alanda karşımıza çıkan hukuki sorunlar ve hukuki kararlar rasyonel olmalıdır ve bu rasyonellik mantıksal ilişkiden başka bir şeye dayanmalıdır.”²²³ demektedir. Bu sebeple Hart’a göre formalistlerin düşüncelerinin aksine her hukuk sisteminde yargıçların takdir yetkilerini kullanacakları, hukuki belirsizliğin olduğu alanlar bulunmaktadır.²²⁴

Hart, formalist tümdengelimci akıl yürütmenin, gölgeli alandaki problemlerin tüm hukuk kurallarına ilişkin olduğu durumda geçerli olamayacağını düşünmektedir.²²⁵ Gölgeli alandaki problemleri görmezden gelen ve yargısal süreci dedüktif muhakemeden ibaret sayan yaklaşım, formalizmin ve literalizmin (harfi

²²⁰ Hart, *The Concept of Law*, s. 124.

²²¹ Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 607, 608.

²²² Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 2.

²²³ Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 607-608.

²²⁴ Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 3. Hart ayrıca olan ve olması gereken hukuk ayrımı üzerinde ısrarla duran faydacıları da gözden kaçırdıkları noktalar olduğunu söyleyerek eleştirmektedir. Bentham ve Austin’in yargısal sürecin yukarıda açıklanan yönünü yanlış anladıklarını ya da bu yönü görmezden geldiklerini belirten düşünür, bunun sebebi olarak da Bentham ve Austin’in gölgeli alan problemlerini görmezden gelmelerini göstermektedir. (Bkz. Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 608.)

²²⁵ Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 3.

harfine açıklama) hatalarına işaret etmektedir.²²⁶ Ona göre mahkemeleri mantığa aşırı bağlı olarak değerlendirme formalizmin temel hatasıdır ki bu hatanın yapılmasının nedeni hukuki terimlere ilişkin sosyal değerlere ve sonuçlara kapalı bir yorumun kabul edilmesini sağlama amacıdır.²²⁷ Hart böylesi bir amaç için mantığın kullanılmasının yanlışlığını, mantığın hiçbir zaman bir terimin anlamını ortaya koymayacağını belirterek dile getirmekte şöyle demektedir²²⁸:

“Mantık terimlerin anlamını ortaya koymaz, herhangi bir ifadenin ne zekice ne de aptalca anlamını dikte eder. Mantık sadece varsayımsal olarak, belirli bir terime belirli bir anlamın verilmesi halinde belirli bir sonucun doğacağını söyler. Mantık belirli şeylerin, özelliklerin nasıl sınıflandırılacağı konusunda sessiz kalır; oysa bu yargısal kararın kalbidir.”

Hart açık alternatifler arasında bir seçim yapmak zorunda oluşumuzu tanı değil, insan olmamızın doğasına bağladığı *The Concept of Law* isimli eserinde karşı karşıya olduğumuz şeyin, insanın ve dolayısıyla kanun koyucunun çıkmazının bir özelliği olduğunu söyledikten sonra, kural koymayı isteyen insanın *olaya ilişkin bilgisizlik* ve *amacın belirsizliği* şeklinde iki handikap altında çalıştığını belirtmektedir.²²⁹ Hart aynı bölüme şöyle devam etmektedir²³⁰:

²²⁶ Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 608.

²²⁷ Hart, “Positivism and Separation...”, s. 610.

²²⁸ Hart, “Positivism and Separation...”, s. 610. Hukuki realizmin öncü isimlerinden Holmes de “hukuk hayatı mantık değildir” demekte davaların en iyi anlaşılma şeklinin kuralların uygulanması olduğu şeklindeki düşüncüyü eleştirmektedir. Bkz. Jeffrie G. Murphy, Jules Coleman, *Philosophy of Law - An Introduction to Jurisprudence*, Westview Press, United States of America, 1990, s. 33.

²²⁹ Hart, *The Concept of Law*, s. 128.

²³⁰ Hart, *The Concept of Law*, s. 128.

“...Eğer yaşadığımız dünya sınırlı sayıda özelliğe sahip olsaydı ve tüm bu özellikler farklı kombinasyonlardaki biçimleriyle tarafımızdan bilinseydi, o zaman her olasılık için önceden hüküm oluşturulabilirdi. Belirli olaylarda uygulanmak üzere daha ileri bir seçim yapmamıza gerek kalmadan kural yapabilirdik. Her şey bilinebilirdi ve her şey için yapılması gereken önceden kural tarafından belirtilirdi. Bu mekanik yargılamaya uygun bir dünya olurdu.”

Oysa Hart’ın değindiği gibi insan kanun koyucular, geleceğin getirebileceği şartların tüm muhtemel kombinasyonlarını bilemezler. Bu yetersizlik amaçların görece belirsizliğini de beraberinde getirir.²³¹ Yani yasamanın amacı tamamlanmamış ve belirsiz olabilmektedir; çünkü kanun koyucu olası tüm durumları düşünememiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun niyeti bilinse bile kuralı uygularken karşılaşılan olası tüm problemleri çözmeye yetmeyecektir.²³²

Farklı hukuk sistemleri veya aynı hukuk sisteminin farklı zamanlardaki hali, genel kuralların belirli davalara uygulanması ihtiyacını daha fazla veya daha az belirgin şekilde görmezden gelebilir ya da onaylayabilir.²³³ Hart’a göre, formalizm veya kavramcılık olarak bilinen hukuk teorisi, sözü edilen bu seçime duyulan ihtiyacı en aza indirmek için sözel olarak formüle edilmiş kurallara dayanır. Hart bu durumu şu şekilde açıklamaktadır²³⁴:

“...Bunu yapmanın bir yolu, genel terimleri uygulamanın şüpheli olduğu yerlerde her davanın aynı anlama gelmesi için kuralın anlamını dondurmaktır. Bu durumu sağlama almak için de açık dava içindeki mevcut kesin özelliklerin kuralın kapsamı açısından gerekli

²³¹ Hart, *The Concept of Law*, s. 128-129.

²³² Bix, *Jurisprudence...*, s. 44.

²³³ Hart, *The Concept of Law*, s. 129.

²³⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 129-130.

ve yeterli olduğu konusunda ısrarcı olabiliriz. Bu halde diğer özelliklerin varlığı ya da yokluğu göz önüne alınmaz. Ayrıca kuralın bu şekilde uygulanması birtakım sosyal sonuçları da beraberinde getirebilecektir. Bunu yapmak ilgisiz olduğumuz durumlar hakkında bir tür kesinlik ya da öngörülebilirlik sağlamaktadır. Bu yüzden ancak ortaya çıktıklarında ya da tanımlandıklarında makul olarak oluşturulabilecek kuralları oluşturmaya önceden başlamalıyız, hatta konu henüz karanlıktayken başlamalıyız. Bu teknik bizi makul sosyal amaçları etkin kılmak için kuralın kapsamı dışında tutmak isteyeceğimiz davaları bu kapsama dahil etmeye zorlayabilir. Daha az katı şekilde tanımladığımız dilimizin açık metinli kavramlarının bize bu kapsamın dışında bırakmak için izin verdiği hallerde de bu olabilir. Kurala sahip olma ve var olan kuralı sürdürme konusunda sınıflandırmamızın katılığı amaçlarımızla savaşıacaktır.”

Hart’ın belirttiği şekliyle gerçekte tüm sistemlerde, farklı yollarla da olsa iki sosyal ihtiyaç arasında uzlaşma vardır; *kesin kurallar ihtiyacı* ve *açık bırakma ihtiyacı*. Birinci ihtiyaç davranışın geniş alanı üzerinde, resmi bir rehberlik ya da sosyal konuların tartışılması olmaksızın güvenle uygulanabilen kurallarla ilgili; ikinci ihtiyaç ise sadece somut olay ortaya çıktığında doğru şekilde farkına varılıp oluşturulabilecek konularla ilgili bir ihtiyaçtır. Hart bazı hukuk sistemleri içinde, bazı dönemlerde bu durumun kesinliğe fazlasıyla feda edilebileceğini ve kanunların veya içtihadın yargısal yorumunun oldukça biçimsel ve resmi olabileceğini belirtmektedir.²³⁵

Hart’ın hukuki belirsizlik açısından hukuki realizm ile hukuki formalizmi nasıl değerlendirdiğine ilişkin bazı ipuçları *The Concept of Law* isimli eserinde görülebilmektedir²³⁶:

²³⁵ Hart, *The Concept of Law*, s. 130.

²³⁶ Hart, *The Concept of Law*, s. 130,131.

“...Hukuk teorisi kuralların belirsizliklerini hem görmezden gelmeye hem de abartmaya yatkın olmak bakımından garip bir tarihe sahiptir. Ekstremler arasındaki bu salınımdan kaçmak için kendi kendimize insanoğlunun geleceği ummaktaki yetersizliğini hatırlatmamız gerekir. Söz konusu belirsizliğin kökeninde bu yer alır. Hukuk sistemleri bu yetersizliğe uygun çeşitli teknikleri hazırlar.”

Her ne kadar yukarıda formalizmle ilgili eleştirileri üzerine vurgu yapılmış olsa da Hart, gerek *standart davalar*, gerek *terimlerin çekirdek anlamları*, gerekse *kesin kurallar ihtiyacı gibi* kavramlardan söz ettiği teorisinde, hukuki realizmin mutlak belirsizliği temel alan yaklaşımını da aşırı bulmaktadır.

David Lyons da Hart’ın teorisini yukarıda bahsedilen iki görüşün karşısına koyduğunu ileri sürmektedir: Bunlar formalizm ve realizmdir. Birincisi yani formalist nosyon hukukun ortaya çıkan her hukuki sorun hakkında karar verebilmek için uygun temelleri ve çözümleri sağladığını savunurken, ikincisi yani realist iddia ise bunun asla mümkün olamayacağını iddia eder.²³⁷ Lyons bu konuda şunları söylemektedir²³⁸:

“Hart’a göre her iki görüş de geçerli bir nokta işaret etmekle birlikte aşırıya gitmektedirler.... Hart’ın teorisi, hukukun hukuki sorunları karara bağlamak için sıklıkla elverişli temeller sağladığını ancak bunu her zaman yapamayabileceğini iddia eder.”

²³⁷ Lyons, “Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation”, *Law and Philosophy*, vol.18, 1999, s. 308.

²³⁸ Lyons, “Open Texture and the...”, s. 308.

İşte bu nedenle hukuk içinde hem kolay davalarla hem de zor davalarla²³⁹ karşı karşıya gelinebileceğini belirten Hart, ne hukuk kurallarının davaları sonuca bağlamakta tamamen yetersiz olduğunu savunan hukuki realistlerin, ne de hukuki sonuçların sadece hukuk kurallarınca belirlenebileceğini iddia eden hukuki formalistlerin görüşlerini tamamen desteklemektedir. Hart, *The Concept of Law*'da, yargısal yorum açısından formalizm ve kural şüpheciliği arasında bir orta yol üzerinde tartışmış ve bu orta yolu açık metin teorisi üzerine temellendirmiştir.²⁴⁰

²³⁹ Kolay dava - zor dava ayırımına üçüncü bölümde değinileceğinden burada üzerinde durulmamıştır.

²⁴⁰ Bix, "H.L.A Hart ...", s. 51.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:
H.L.A HART'TA AÇIK METİN KAVRAMININ ANLAMI VE
DEĞERLENDİRİLMESİ

I) H.L.A HART'TA AÇIK METNİN ANLAMI

1) Hukuki Belirsizlik ve Açık Metin

Hart, hukukun anlaşılması açısından merkezi olan kavramın “kural” olduğunu düşünmektedir.²⁴¹ Birinci bölümde de değinildiği üzere *The Concept of Law* isimli eserinde açık metin kavramına da değindiği “Formalism and Rule Scepticism” başlığı altında Hart, hukuk içerisindeki sosyal kontrol probleminden söz etmiş, sosyal kontrolün nasıl mümkün olduğu sorusu üzerinde durmuştur. Bu soruyu yanıtlarken öncelikle yazılı kuralların pek çok davanın çözümünde yeterli olduğuna; ancak kuralların yetersiz kaldığı alanlarda belirsizlik sorunu ve açık metin kavramıyla karşı karşıya kalındığına işaret etmiştir. Aşağıda sırasıyla bu argümanlar üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Hart, davranışla ilgili genel standartları açıklarken kullanılan, ilk bakışta birbirinden oldukça farklı göründüklerini belirttiği iki aracı şu örnekle göstermektedir²⁴²:

“Bir baba kiliseye gitmeden önce çocuğuna ‘Büyük-küçük herkes kiliseye girmeden önce şapkasını çıkarmalıdır’ dediğinde birinci araca; yani yasamaya benzeyen bir yol izlemiş

²⁴¹ Coleman - Murphy, *Philosophy of Law...*, s. 33.

²⁴² Hart, *The Concept of Law*, s. 124. Common Law sisteminde bizim hukuk sistemimizden çok daha farklı bir konumda bulunmakla birlikte “içtihat”, hukukumuz açısından da bir kaynak niteliği taşımaktadır.

olur. Bir diğerk adam ise şapkasını çıkarıp kiliseye girdiği sırada çocuğuna dönüp ‘Bak, bu böylesi durumlarda izlenecek doğru davranış yoludur.’ demekle ikinciye, yani içtihadı anımsatır.”

Yine aynı örneğin devamında Hart, davranışın standartlarını örnekle öğretilme veya iletmenin bu basit örnekten çok farklı ve karmaşık formlarda karşımıza çıkacağını açıklamaktadır. Bu durum hukukta içtihat şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Hart da örneği hukuktaki kullanımına benzemesi için şu hale dönüştürmüştür²⁴³:

“Çocuğa kiliseye girmeden önce doğru bir şey yapmasının örneği olarak, babasının bu belirli durumda yaptığı şey söylenmez. Baba çocuğun kendisini uygun davranışı bulmak konusunda otorite saydığını farz eder ve çocuk da doğru davranma yolunu öğrenmek için babasını izler. Ayrıca babanın tasarladığı, davranışın geleneksel standardının diğerleri tarafından da onaylandığını ve yenilerinin kabul edilmediğini düşünmemiz gerekir.”

Gerek önceden belirlenmiş kuralların gerekse içtihadın davranışın standartlarının iletilimi için kullanıldığını belirten Hart’a göre, bunlar olağan davalar yığıını üzerinde pürüz çıkarmadan çalışırlar²⁴⁴; ancak “uygulandıkları bazı yerlerde belirsizliğe kanıt olarak gösterilebilecek noktalar vardır ki bu noktalar için *açık metin* (*open texture*) terimi kullanılır.”²⁴⁵ Hart’ın bu tespitine göre belirsizlik tüm davalarda karşımıza çıkmamakta, uygulamada karşımıza çıkan pek çok dava açısından yasama tarafından yürürlüğe konan kurallar ve içtihatlar davanın karara bağlanması için yeterli olmaktadır; fakat bu her durumda geçerli olmamaktadır.

²⁴³ Hart, *The Concept of Law*, s. 124-125.

²⁴⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 127-128.

²⁴⁵ Hart, *The Concept of Law*, s. 128.

Hukuk kurallarının ortaya çıkan olağan dışı olgusal durumların tümünü kapsayamayışını gösteren pek çok farklı yol vardır. Hart'ın açık metin hakkındaki düşünceleri de bu farklı yollardan birisidir.²⁴⁶ Hart, örneklerle davranışın genel standartlarını iletirken, her ne kadar bazı genel sözel direktifler de kullanılsa (örneğin: “benim yaptığım gibi yap” şeklinde bir direktif), açık bir ihtimaller dizisiyle karşı karşıya kalabileceğimizi hatırlatmaktadır. Bu açıklıklar niyetlenen şeyde, hatta kişinin kendisinin çok net olarak gözünün önüne getirip iletmek istediği konularda da olabilir.²⁴⁷ Hart, yukarıda verdiği örnekten yola çıkarak, “benim yaptığım gibi yap” şeklinde bir direktifle karşı karşıya kalan çocuğun kendi kendine şu soruları sorabileceğini söylemektedir²⁴⁸:

“Yapılan davranışların ne kadarı taklit edilmeli, örnek alınmalıdır? Şapkayı çıkarırken sağ yerine sol elin kullanılması önemli midir? Şapkanın yavaşça mı hızlıca mı çıkarılması uygundur? Çıkarılan şapka oturuş sandalyenin altına konulabilir mi? Kilisenin içinde şapkanın baş üzerindeki yeri değiştirilmemeli midir?”

Görüldüğü üzere bu basit örnekte dahi çözümü kolaylıkla gösteremediğimiz açıklıklar karşımıza çıkmaktadır. Hart'a göre bu genel sorular varyasyonu ile çocuk, davranışının hangi yolla babasının doğru olan davranışına benzeyeceğini, kendisine rehberlik edecek davranışın tam olarak ne hakkında olduğunu bulmaya çalışmaktadır. Bunu yaparken de çocuğa rehberlik eden şeyler genel kanı, yetişkinlerin önemli bulduğu genel türden şeylerin amaçlarının bilgisi olacaktır.²⁴⁹

²⁴⁶ Bix, *Jurisprudence...*, s. 44.

²⁴⁷ Hart, *The Concept of Law*, s. 125.

²⁴⁸ Hart, *The Concept of Law*, s. 125.

²⁴⁹ Hart, *The Concept of Law*, s. 125.

Örneklerdeki belirsizliklerin aksine, genel standartların iletiminin dilin açık, genel formlarıyla yapılmasını, yani *kurallara başvurulmasını* emsalleri izlemeye nazaran daha net, güvenilir ve kesin bulan Hart²⁵⁰, örneklere göre hareket etmek yerine sözlü kurala uymanın ve genel bir sınıflandırma faaliyetinin ardından sonuca ulaşmanın örneklerden doğabilecek sıkıntıya oranla daha güvenilir olacağını düşünmektedir. Dolayısıyla yukarıdaki örnek açısından, “Herkes kiliseye girerken şapkasını çıkarmalıdır” böyle bir talimattır. Hart bu talimat için şunları söylemektedir²⁵¹:

“Burada davranışa genel rehber olarak alınan özellikler sözcükler içinde tanımlanmaktadır... Çocuğun niyetlenilenin ya da onaylanılacak olanın ne olduğunu kestiremediği diğer hallerde ne yapılması gerektiğini bilmek için izleyeceği yolu tahmin ederek bulmasına izin verilmemiştir. Bunun yerine çocuk, gelecekte ne yapacağı veya ne zaman yapacağını bulmak için kullanabileceği sözel bir tanıma sahiptir. Yapması gereken belirli durumları genel sınıflandırıcı başlıklar altına sokmak²⁵² ve basit bir tasımsal²⁵³ sonuca ulaşmak için açık sözel terimlerin örneklerini tanımaktır.²⁵⁴ Alternatifler arasında bir seçimle ya da daha ileri bir yetkili rehberliği araştırmakla karşı karşıya bırakılmamıştır. Kendi kendisinin uygulayabileceği bir kurala sahiptir.”

²⁵⁰ Hart, *The Concept of Law*, s. 125.

²⁵¹ Hart, *The Concept of Law*, s. 125-126.

²⁵² Bu faaliyet yargıcın somut olaya uygulanacak kuralı bulduğunda yaptığı *altlama* faaliyetine benzetilebilir.

²⁵³ Tasım, doğru olarak kabul edilen iki yargıdan üçüncü bir yargı çıkarma temeline dayanan bir uslamlama yolu olarak tanımlanmaktadır.

(Bkz.<http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA>, erişim tarihi:19.05.2008)

²⁵⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 125.

Sözel olarak formüle edilen genel kurallar kullanıldığında, yapılması beklenen davranış şekilleriyle ilgili belirsizlikler belirli somut davalarda da ortaya çıkabilirler; çünkü özel olgu durumların herbirinin birbirinden ayrılacak şekilde sınırlarını çizmek mümkün olmadığından, bunlar genel kuralların örnekleri olarak nitelenirler.²⁵⁵ Burada her bir olgu durum için kural yaratma imkanının olmaması, somut olayların kendi özelliklerinin de belirsizliği beraberinde getirebileceği akıllara gelmektedir.

Hart'ın açık metin teorisinden söz edilirken sıkça atıf yapılan *taşıt* örneği şu şekildedir²⁵⁶:

“Parka taşıt girmesini yasaklayan bir kuralımız olsun. Buna göre kuralın taşıt ile kastettiğinin otomobil olduğu açıktır. Peki acaba, bisikletler, patenler, oyuncak arabalar? Ya uçaklar? Kuralın amacı doğrultusunda bu sayılanlar da taşıt olarak kabul edilecek midir?”

Lyons, bu örnekte sadece *taşıtın* ne olduğuna ilişkin bir belirsizlikten söz edilemeyeceğini, bir aracı “kullanmak”, onu parkın içine “getirmek”, hangi şartlar altında taşıtın parkın “içinde” olmuş olacağı hususlarının da belirsiz olduğunu belirtmektedir.²⁵⁷ Hart'ın bu konudaki belirlemesine benzer olarak Lyons şöyle demektedir²⁵⁸:

²⁵⁵Hart, *The Concept of Law*, s. 126.

²⁵⁶ Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 607. Lyons da aşağıda değinileceği gibi, “Parka taşıt girmesini yasaklayan kural Hart'a göre bir belirli anlama bir de belirsiz anlama sahiptir. Kural otomobillere uygulanır, sandviçlere uygulanmaz, bisikletlere uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır.” demektedir. (Bkz.Lyons, “Open Texture...”, s. 298.)

²⁵⁷ Lyons, “Open Texture...”, 4 numaralı dipnot, s. 298.

²⁵⁸ Lyons, “Open Texture...”, s. 298.

“İngiliz dilinin yetkin kullanıcıları ‘taşıt’ın otomobiller için uygulanmakla birlikte fıstık ezmeli ve reçelli sandviçler için kullanılmayacağı konusunda kolaylıkla uzlaşırlar. Parkın içerisine getirilebilecek pek çok araç gibi bisikletler taşıma amaçlı kullanılır, tekerlekleri vardır, kendi kendilerine hareket edebilirler (en azından bir bisikletçi yardımıyla) vs.; fakat kullanılan, konvansiyonel bir motorları yoktur (elektrikle çalışan ya da içten yanmalı), normal şekilde sessiz ve çevre kirliliğine yol açmadan çalışırlar, rutin olarak yayalarla aynı yolu paylaşırlar vs. Bisikletleri araç olarak görmek için de görmemek için de iyi sebepler bulunmaktadır.

Eğer bisikletler açık şekilde taşıt olarak nitelendirilebilir görünüyorsa çocukların üç tekerlekli bisikletleri üzerine düşünülebilir. Eğer bisikletlerin araç olarak nitelenemeyecekleri düşünülüyorsa bisikletler yerine akülü, elektrikli, motorlu tekerlekli sandalyeler de düşünülebilir.”

Hart açık metin probleminin düzenli olarak tekrarlanacağını, çünkü “doğadan ya da insan buluşundan kaynaklanan olgu durumların” sürekli ortaya çıkacağını, bunların açık davaların bazı özelliklerine sahip olmakla birlikte bazılarında yoksun bulunacaklarını iddia etmektedir.²⁵⁹ Cotterrell’in, Hart’ın Oxford Üniversitesi’ndeki açılış dersinde söylediklerinden bir kısmına yaptığı atıf da burada söylenilenlere uygun düşmektedir. Cotterrell, özetle şunları söylemektedir²⁶⁰:

“Hukuki ifadeler farklı bağlamlarda farklı durumlar şeklinde karşımıza çıkabilirler. Örneğin bir hukuki ifadenin, yargıcın mahkemede bir dava hakkında karar verirkenki durumu ile mahkeme dışında çeşitli hallerdeki durumu tamamen farklı olabilir. Yine aynı şekilde hukuki kavramlar, bir örnek, değişken olmayan şartlara bağlı olmayabilirler; zira hukuk kuralları aynı hukuki sonuçları değişik olgu durumlara bağlayabilirler.”

²⁵⁹ Hart, *Concept of Law*, s.123

²⁶⁰ Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence...*, s. 89.

Hukukun açık metinli oluşunu açıklayan Hart, hukuktaki belirsizlikle açık metin arasında bağlantı kurmakta, belirsizliğin nedenlerini üç başlık altında sıralamaktadır. *Birincisi*, dilin kendisinden kaynaklanan belirsizliktir.²⁶¹ *İkinci neden* kuralların çok genel standartlar kullanmalarınıdır. *Üçüncü belirsizlik nedenini* ise Hart, Anglo – Amerikan içtihat hukukunun doğasındaki belirsizlikle açıklamaktadır.²⁶²

Hart, bir olgu durumun (fact situation), terimin anlamının belirli çekirdek alanına düşmesi halinde sadece açık sözel terimlerin örneklerinin tanınması gerektiğini bunun sonucunda da belirli olayların sınıflandırıcı genel başlıklar altına yerleştirilip basit bir tasımsal sonuca ulaşılabileceğini söylemektedir.²⁶³ Fakat bu her durumda geçerli bir yol değildir. Hukukun doğası içinde genel dilin rehberlik edebileceği durumlar sınırlıdır.²⁶⁴ Bazı olgu durumlar açık davaların sadece belirli özelliklerine sahiptirler. Bu durumda gölgeli alandaki davalarda bütünü kapsayıp tasımsal bir sonuç çıkarmak imkansızdır ve sorunun çözümü için açık alternatifler arasından bir seçim yapılması gerekmektedir.²⁶⁵

Hart'ın “Bir davadan kaynaklanan hukuki sorunun her iki yanı hakkında da ortada iyi nedenler varsa bu ikisinin dengelenmesine ihtiyacımız vardır ve ortada tek

²⁶¹ Dilden kaynaklanan belirsizliğe aşağıda değinilecektir.

²⁶² Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 124 -136. Örneğin içtihattan kaynaklanan belirsizliği açıklarken, Hart şunları söylemektedir: “Genel kuralların yetkili örnekler tarafından iletimi daha karmaşık türden belirsizlikleri beraberinde getirirler. Bir içtihadın hukuki geçerlilik kriteri olarak onaylanması farklı sistemler içinde farklı anlamlara, aynı sistem içinde de farklı zamanlarda farklı anlamlara gelir. İchtihadın İngiliz teorisinin tanımlamaları, belirli noktalar üzerinde hala fazlaca ihtilaf içerirler. Hatta teori içinde anahtar terimler vardır, bir davada belirli bir yönde karar vermenin sebepleri (ratio decidendi), maddi olaylar, yorum gibi, bunlar dahi kendi belirsizliklerinin gölgeli alanına sahiptirler.” (Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 134.)

²⁶³ Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 125.

²⁶⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 126.

²⁶⁵ Hart, *The Concept of Law*, s. 127.

bir doğru yanıt yoktur.”²⁶⁶ belirlemesine atıf yapan Lyons, hukuki muhakemenin sadece kural açık bir şekilde uygulanabiliyorsa genel kurallardan türetilbileceği sonucuna ulaşmaktadır.²⁶⁷

İkinci bölümde belirtildiği üzere Hart teorisini yarışan iki görüşün, formalizm ve realizmin eleştirisini yapacak şekilde kurmuştur. Birincisi yani formalist nosyon hukukun ortaya çıkan her hukuki sorun hakkında karar verebilmek için uygun temelleri ve çözümleri sağladığını savunurken, ikincisi yani realist iddia ise bunun asla mümkün olamayacağını iddia etmektedir. Hart’a göre her iki görüş de geçerli bir noktaya işaret etmekle birlikte aşırıya gitmektedirler. Hart’a göre hukuk, hukuki sorunları karara bağlamak için sıklıkla elverişli temeller sağlar ancak bunu her zaman yapamayabilir. Dolayısıyla Hart bu iki teorik uç görüş arasında bir orta yolu benimsemiştir. Hart’ın belirsizlik ve açık metinle ilgili söyledikleri incelenirken bu tutumunun da gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

Nicos Stavropoulos, Hart’ın hukukta kısmi bir belirsizliğin varlığından söz ettiğini ve bu konudaki açıklamalarını da tamamen semantik terimlerle yaptığını ileri sürmektedir.²⁶⁸ Buna göre Hart hukukta belirsizlik problemini, ifadelerin, genel sınıflandırıcı terimlerin uygulanması hakkında bir problem olarak izah etmekte ve problemi bir kuralı izleme problemi ile eşdeğer görmektedir.²⁶⁹

Stavropoulos’a göre Hart’ın hukuk teorisinin genelinde semantikle ilgili hiçbir şey bulunmadığını düşünenler dahi, düşünürün hukuki belirsizlik hakkındaki görüşlerinin bir semantik doktrinden türetildiğini kabul ederler. Anlaşmazlıklar daha

²⁶⁶ Hart, *The Concept of Law*, s. 132.

²⁶⁷ Lyons, “Open Texture...”, s. 305.

²⁶⁸ Nicos Stavropoulos, “Hart’s Semantics”, *Hart’s Postscript – Essays on the Postscript to The Concept of Law*, ed.: Jules Coleman, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 88.

²⁶⁹ Stavropoulos, “Hart’s Semantics”, s. 89.

çok Hart'ın bu bakışa niçin sahip olduğu sorusu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Stavropoulos bu konuda örnek verdiği Michael Moore'un görüşlerini şöyle özetlemektedir²⁷⁰:

“...Moore'a göre Hart sadece hüküm verme konusunda semantik yaklaşımdan yararlanmıştır. Sadece hukuki metinlerin yorumu sorunuyla bağlantılı olarak semantiğe başvurmuş, hukukun doğası tartışması bağlamında bu teoriye ihtiyaç duymamıştır.“

Stavropoulos, Moore'un yukarıdaki görüşlerine katılmamaktadır. Hart'ın hukuki belirsizlik tartışmasını “bir hukuk sisteminin temelleri” hakkındaki sözlerinden sonra ifade ettiğine değinen yazara göre, hukukun bir dizi kurala ya da bir kurallar sistemine dayandığını belirten Hart, bu kurallar sisteminin metafizik bir özelliği olarak kısmi belirsizliğe işaret etmektedir.²⁷¹ ”Hukuk doğası itibariyle belirsizdir, çünkü hukuk sistemlerini karakterize eden kural dahil, kurallar belirsizdir”²⁷² ifadesi ile yine Hart'a atıfla yukarıda da değinilen, genel sınıflandırıcı terimlerin belirlediği her şeyin kısmi olarak belirsiz olacağı tespiti de bu görüşü desteklemektedir.²⁷³

Özetle ifade etmek gerekirse, kuralların bir “belirsizlik saçağı”na (a fringe of vagueness) sahip olması eğilimi, onların sınırlardaki davalardaki uygulamasını belirsiz hale getirmektedir ki Hart bunu kuralların açık metni ve genel olarak dilin açık metni olarak isimlendirmektedir.²⁷⁴ Bununla birlikte Hart belirsizliğin hukukun

²⁷⁰ Stavropoulos, “Hart's Semantics”, s. 89.

²⁷¹ Stavropoulos, “Hart's Semantics”, s. 89. Ayrıca bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 123.

²⁷² Stavropoulos, “Hart's Semantics”, s. 89.

²⁷³ Stavropoulos, “Hart's Semantics”, s. 89. Ayrıca bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 4, 123.

²⁷⁴ Bix, “H.L.A Hart...”, s. 52. Hart, *The Concept of Law*, s. 123.

bir özelliği olduğunu düşünmektedir. Bu sebeple hukukun kanunlarla formüle edilmiş olup olmaması bu sonucu değiştirmeyecektir; zira genel terimler altında sınıflandırma problemi bir yasada da bir içtihatda da karşımıza çıkabilmektedir.²⁷⁵

2) Dille İlgili Belirsizlik ve Açık Metin

“Anlam taşıyıcısı ve iletişim aracı olarak dil, hukuk normlarının da taşıyıcısı ve iletilme aracıdır.”²⁷⁶ Hukukun toplumsal işlevlerinin her biri onun dilden hiçbir zaman kopamayacağını ortaya koymaktadır.²⁷⁷

Hayrettin Ökçesiz hukuk-dil ilişkisinde karşımıza iki ana sorun çıktığını belirtmektedir. Bunlardan birincisi hukuk normlarının nasıl yorumlanıp, anlaşılacağı ve uygulanacağı ile ilgilidir, ikincisi ise bir hukuk ya da hukukçular dili ve uygulaması karşısında hukukun tipik muhatabının durumuna ilişkindir.²⁷⁸ İlk sorun açısından hukuk normlarının yorumunda birbirine karşıt iki düşünceyle karşılaşırız. Bunlardan biri Ökçesiz’in belirttiği gibi “Yasa, yasakoyucudan daha akıllıdır” diyen Radbruch’un da üzerinde durduğu yasa özünde mükemmeldir anlayışıdır. Buna göre yasanın sadece dış görünüşü özürlü olabilir, yargıç bu özürleri açıp yasadaki gerçek

²⁷⁵ Stavropoulos, “Hart’s Semantics”, s. 89. Ayrıca bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 127-128.

²⁷⁶ Hayrettin Ökçesiz, “Hukuk ve Dil”, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 472.

²⁷⁷ Ökçesiz, “Hukuk ve Dil”, s. 473. Yaşar Karayalçın da hukuk- dil ilişkisi için “Teorik ve pratik açıdan hukuk hayatında iletişim aracı hukuk dilidir. Hukuk dilinde kullanılan terimlerin, kavramların inceliklerini, çok anlamlı olabilme gibi özelliklerini göz önüne almadan varılacak sonuçlar gerçeğe aykırı, yanlış, yanıltıcı, adalet duygusunu rencide edici olabilir.” demektedir. Bkz. Yaşar Karayalçın, *Hukukta Öğretim-Kaynaklar- Metod- Problem Çözme*, 5.baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001, s. 3.

²⁷⁸ Ökçesiz, “Hukuk ve Dil”, s. 473. Burada çalışmayla ilgili bakımından ilk soruna değinilecektir.

çözümü bulmalıdır.²⁷⁹ İkinci düşünce ise yasanın zorunlu olarak ve daima eksik olduğunu savunur. Yargıcın yasayı yaratıcı bir tutum ve işlevle tamamlaması gerekir.²⁸⁰

Hart da hukuk – dil ilişkisi ve bu ilişkinin açık metin kavramı açısından önemine dikkati çekmiştir. Düşünürün dilbilimsel analiz ile analitik hukuk felsefesi arasında bağlantılar kuran yaklaşımı hukuka ilişkin belirlemelerinde önem taşımaktadır.²⁸¹ Patterson, “özellikle *The Concept of Law*’un, pek çok tartışmaya

²⁷⁹ Ökçesiz, “Hukuk ve Dil”, s. 474. Ökçesiz hukuki pozitivizmin ve kavramcı hukuk bilimi yaklaşımlarının da etkisiyle “dilde içkin bulunan çok anlamlılık, belirsizlik karşısında; tek anlamlı, objektif, rasyonel bir hukuk dili arayışının geliştiğini; yasanın lafzını temel alan, gerekçelendirmede mantık-kavramsal çözümlemeye yana olan, dilin toplumsal bağlamını geriye iten bir yaklaşımın ortaya çıktığını” dile getirmektedir. (Bkz. Ökçesiz, “Hukuk ve Dil”, s. 474.)

²⁸⁰ Ökçesiz, “Hukuk ve Dil”, s. 473.

²⁸¹ Hart’ın *The Concept of Law*’ adlı kitabının analitik felsefenin dilbilimsel analiz üzerine odaklandığı bir dönemde yazıldığını, kimse felsefedeki bu dilbilimsel hareketin keskinliğini henüz öngöremezken Hart’ın dil felsefesi alanındaki bu çalışmaların avantajlarından yararlandığını belirten görüşleri için bkz. Dennis Patterson, “Explicating The Internal Point of View”, *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 52, 1999, s. 67. Cotterrell de , Hart’ın eskisinin yerine yeni bir tür deneysellik anlayışı kurduğunu, temelini dilbilimsel felsefeden alan bu yeni deneyselliğin özellikle Ludwig Wittgenstein ve J.L..Austin ile ilişkisiyle oluştuğunu belirtmektedir. Bkz. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence...*, s. 89. Yine aynı bağlamda Gerstein’in de şöyle bir belirlemesi bulunmaktadır: “H.L.A Hart’ın ilk kez 1953’te yayınlanan ‘Definition and Theory in Jurisprudence’ adlı makalesi, çağdaş dil felsefesinin hukuka uygulanması açısından bir tür manifesto niteliğindedir.” (Bkz. Gerstein, “Hart’s Positivism”, s. 629.)

Cotterrell’in aşağıda belirttiği hususlar analitik hukuk felsefesi ile Hart’ın dilbilimsel yaklaşımı arasında bir bağ olduğunu düşündürdüğünden önemli görünmektedir:

“...1953 yılında Hart, Oxford Üniversitesi Hukuk Felsefesi kürsüsüne seçildiğinde burada da baskın yaklaşım analitik hukuk felsefesi olarak adlandırılmıştı. Kürsü Austin’in hukuk ve ahlakın analitik olarak ayrı tutulması gerektiği düşüncesini savunmaktaydı. Buna bağlı olarak da hukuk felsefesinin ilgilenmesi gereken konu pozitif hukuktu. Bu yüzden analitik hukuk felsefesi hukuku politik güç aracılığıyla kabul ettirilen bir insan ürünü olarak görmekteydi. Analitik hukuk felsefesinin birincil amacı, hukuki kavramların anlamlarını aydınlatmak, bu tür kavramların neyi anlattığını ya da neye işaret ettiğini tespit etmeye çalışmaktı. Örneğin tüzel kişilik düşüncesi her ne kadar hukuk düşüncesi için temel, önemli görünse de karışık görünmektedir. “Tüzel kişi” kavramı neyi ifade

konu olan, takdir yetkisinden de söz ettiği, yedinci bölümü dil felsefesinin Hart üzerindeki etkilerinin en açık şekilde görüldüğü bölümlerendir.”²⁸² demektedir. Hart’ın açık metin hakkındaki görüşlerinde hukuk - dil ilişkisi içerisine kolaylıkla yerleştirilebilecek argümanlar bulunmaktadır. Hart yukarıda değinildiği üzere hukuki belirsizlik nedenlerinin başında dilin kendisinden kaynaklanan belirsizliği saymıştır.

Hart’a göre hukukun ne olduğuna ilişkin sorunun cevaplandırılması bakımından, “dil” alanı olarak hukukun karmaşıklığı temel güçlüklerden birisidir; çünkü dil, dil-anlam ilişkisinde muhatabın anlama yükleyeceği çağrışım, yetenek, gönderme gibi pek çok sürecin etkisiyle karmaşıklaşabilir.²⁸³ Bu karmaşıklığın aşılması, üzerinde genel bir uzlaşmaya varılabilecek tanımlar oluşturmaya bağlıdır. Hart’ın aşağıda daha detaylı değinilecek, genel terimlerin belirsizliğine ilişkin görüşleri “tanımı oluştururken kullanılan terimler de yeni sorunlar oluşturabilir”²⁸⁴ yargısına varmamızı kolaylaştırmaktadır.

Hart’ın belirttiği üzere bir topluluğun üyelerinden her birine belirli talimatlar ayrı ayrı verilemeyeceğinden, sosyal kontrol mekanizmasının ana enstrümanları

etmektedir? Gerçek bir grubun varlığına mı işaret etmektedir? Yoksa sadece bazı ortak ticari girişimlerle bağlı bireyler arasındaki belli ilişkileri tanımlayan kurallar bileşimini anlatan bir tür kısaltma mıdır? Deneysel bir perspektifle bakıldığında, kavramlar bazı görünür gerçeklerden kaynaklanır ya da onu işaret eder. Bu yüzden analitik hukuk felsefesi bazı kavramların anlamlarını ortaya koymaya çalışmakla ilgilenmiştir: malik olma, mülkiyet, hukuki kişilik, hak ve ödev gibi. Bunu da genel olarak bu terimlerin her birinin zorunlu olarak işaret ettiği ilişkilerin gerçek hukuki durumunun ne olduğunu anlamaya çalışarak yapar.” (Bkz. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence...*, s. 88.)

²⁸² Patterson, , “Explicating...”, s. 68. Bu bölümde yer alan ve konuya ilişkin Hart’ın çekirdek (core) ve gölgeli alan (penumbra) anlamı şeklindeki ayırımına aşağıda değinileceğinden burada üzerinde durulmamıştır.

²⁸³ Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi*, s. 315.

²⁸⁴ Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi*, s. 315.

olarak karşımıza genel kurallar, standartlar ve ilkeler çıkmaktadır.²⁸⁵ Bu talimatlar elbette dil aracılığıyla iletilmektedirler. Hart dilin hukuk için üstlendiği iletim rolüne şu belirlemesiyle katılıyor görünmektedir²⁸⁶:

“Belirli bir durum ortaya çıktığında bireylerden istenen belirli bir davranışı, daha fazla talimat olmaksızın çoğunun anlayabileceği şekilde anlatmak, davranışın genel standartlarını bu şekilde iletmek mümkün olmasaydı şu an hukuk olarak tanıdığımız şey var olmazdı”

Hart’a göre, sadece kuralların bulunduğu alanda değil, deneyimin tüm sahalarında dilin kendi doğasında, genel dilin edebileceği rehberlik açısından bir sınır bulunmaktadır.²⁸⁷ Benzer bağlamlar içinde sürekli tekrarlanan açık, tartışmaya ihtiyaç bırakmayacak davalar (plain cases) ise bu yargıyı değiştirmeyen istisnalar olarak görülebilecektir. “Örneğin: Tek bir şeye *taşıt* dememiz gerekseydi bu motorlu araba için söylenebilirdi. Fakat durum her zaman bu kadar açık değildir.”²⁸⁸ Hart bu konuda şunları söylemektedir:²⁸⁹

“Kuralı ifade eden yetkili genel dil sadece belirsiz bir şekilde rehberlik edebilir. Kuralın dilinin anlamı, tanınabilir örnekleri kolayca çıkarmamıza yarayacaktır. Ele aldığımız kuralın dili sadece, açık dava tarafından oluşturulan yetkili örneği seçip ayırır, sınırlarını çizer.”

²⁸⁵ Hart, *The Concept of Law*, s. 124.

²⁸⁶ Hart, *The Concept of Law*, s. 124.

²⁸⁷ Hart, *The Concept of Law*, s. 126.

²⁸⁸ Hart, *The Concept of Law*, s. 126.

²⁸⁹ Hart, *The Concept of Law*, s. 127.

Buna göre kuralın uygulanması sırasında karşımıza çıkan güçlükleri göstermesi bakımından üzerinde durulacak zor davalar için olmasa da, herhangi bir belirsizlik ya da gölgeli alan sorunuyla karşılaşmadığımız tartışmaya yer bırakmayacak açıklıktaki dava örnekleri de karşımıza çıkabilmektedir.

Hart'ın saydığı belirsizlik nedenlerinden ilk ikisinin dille doğrudan bağlantılı olduğu savunulabilir. Hart birinci sebebi, *dilin kendisinin belirsizliği* olarak belirtmekte, bir doğal dildeki her genel terimin bir çekirdek belirli anlamı bir de onu çevreleyen gölgeli -belirsiz- anlamı olduğunu söylemektedir.²⁹⁰ Taşıt örneğinde de belirli bir çekirdek anlam ile anlam bakımından tartışmalı bir gölgeli alan (penumbra) vardır. İkinci ve yine dille bağlantılı olduğunu düşündüğümüz belirsizlik nedeni ise *kuralların çok genel standartlar kullanmalarıdır* ki buna örnek olarak makullük, adil ve eşit olma, iş güvenliği sistemi gibi kavramlar sıralanabilir.²⁹¹

Felsefe literatüründe farklı görünüşleriyle karşımıza çıkan bir ayrım Hart'ın açık metin teorisiyle de ilgili görünmektedir. Bu, yazan ya da konuşan kişinin kullandığı sözcüklere yüklediği anlam ile sözcüklerin gerçekteki anlamları arasındaki ayrımdır.²⁹² Hart, *The Concept of Law*'da açık metinden söz ederken, konuşanın yüklediği anlam ile sözcüklerin anlamı arasında bir orta yol, *bir anlam teorisi* (a theory of meaning) ile *kanuna bağlı yorum teorisi* (a theory of statutory interpretation) arasında orta yol izlediğini düşündürmektedir.²⁹³ Konuşanın yüklediği anlama ilişkin teori kanuna bağlı yorumu andırmakta ve Hart'ın kural yapıcının

²⁹⁰ Bkz. M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, sixth edition, Sweet-Maxwell, London, 1994, s. 1269.

²⁹¹ Freeman, *Lloyd's Introduction...*, s. 1269.

²⁹² Bix, "H.L.A Hart...", s. 68.

²⁹³ Bix, "H.L.A Hart...", s. 69.

aklındaki probleme odaklandığı izlenimini doğurmaktadır²⁹⁴; fakat Hart, yasama veya yargı kayıtlarından kural yapıcının amacını bulup çıkararak bir yargıçtan çok kuralda yer alan kelimeler üzerine yoğunlaşmıştır; çünkü kural yapıcının amacı aklındaki “açık örnekler”, o metinde kullanılan dil içerisinde yer almaktadır.²⁹⁵ Daha açık ifade etmek gerekirse kuralı hazırlayanlar yasama faaliyeti sırasında kuralın kapsamına girebilecek örneklere ilişkin bir seçim yapmaktadırlar ve bu da kuralı o açıdan belirli kılmaktadır. Kural yapıcının amacı bu açıdan dil içerisinde saklıdır; ancak kural belirli bir olaya uygulanırken kural yapıcının aklındaki kadar açık bir örnekle karşılaşmadığında belirsizlik ortaya çıkmaktadır.²⁹⁶ Diğer yandan Hart’ın yaklaşımı sadece kelimelerin anlamına bağımlı değildir. Şöyle ki kararlar da bazen anlama katkıda bulunabilirler. Yani öngörülemeyen bir olayla karşılaşıldığında, yarışan menfaatler arasında bir seçim yapıp karar verilirken, kuralın ya da genel bir terimin amacı gözetilerek anlama ilişkin bir sorun çözülmüş olmaktadır.²⁹⁷ Gerstein de Hart’ın “hak”, “görev”, “hukuki şahıs” gibi sözcüklerin, kelimelerin adlarının araştırılmasıyla değil, bu sözcüklerin bağlamları içerisinde nasıl kullanıldıklarının araştırılmasıyla çözüm için adım atılmış olunabileceğini düşündüğünü

²⁹⁴ Bix, “H.L.A Hart...”, s. 70.

²⁹⁵ Bix, “H.L.A Hart...”, s. 70. (Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 128-129.)

²⁹⁶ Bix, “H.L.A Hart...”, s. 70. (Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 129.)

²⁹⁷ Hart, *The Concept of Law*, s. 129.

savunmaktadır.²⁹⁸ Kısacası, hukuki sözcükler karakteristik rollerini oynadıkları tüm cümleler bağlamında anlaşılmalıdırlar; yani izole edilmiş şekilde tanımlanamazlar.²⁹⁹

Hart açık metnin kaçınılmazlığı üzerinde de durmaktadır. Şöyle ki “yasama faaliyeti içinde, insan dilinin genel bir özelliği olarak, sınırlardaki *kesin olmama hali* iletişimin tüm formları açısından genel sınıflandırıcı terimleri kullanmak istediğimizde ödememiz gereken bir bedeldir”³⁰⁰ diyen Hart’a göre, doğal diller (Türkçe, İngilizce gibi tek tek diller³⁰¹) azaltılamayacak kadar açık metnlidirler. Önemli olan bu kaçınılmaz durumun nedeninin farkında olmaktır.³⁰² Temel noktası dilin sınırlı kesinliği olan³⁰³ Hart’a göre hukukun belirliliği genişletilebilir; fakat belirsizlik asla tümüyle ortadan kaldırılamayacaktır³⁰⁴; zira dilde belirliliği tek başına dahi imkansız kılacak bir açık metin bulunmaktadır.³⁰⁵

²⁹⁸ Gerstein, “Hart’s Positivism, s. 630. Gerstein’in bu konudaki örneği şu şekildedir:”Örneğin birinin bir hakka sahip olduğunu söylemek bu kişinin belirli özel bir şeyi koruması altında tuttuğunu ileri sürmek değildir. Bununla kastedilen, hukuk sisteminin kurallarının, bu kişi uygun prosedürleri takip ettiği takdirde mahkemede bir iddia ileri sürebileceği ve bunun korunacağıdır.”... (Bkz. Gerstein, “Hart’s Positivism, s. 630.)

²⁹⁹ Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence...*, s. 89.

³⁰⁰ Hart, *Concept of Law*, s. 128.

³⁰¹ Altınörs, yapay dili (artificial language) ise “Esperanto, ASL, trafik sinyalleri gibi bildirişim dizgeleri” olarak tanımlamıştır. (Bkz. Altınörs, *Dil Felsefesine Giriş*, s. 153.)

³⁰² Hart, *The Concept of Law*, s. 128.

³⁰³ Lyons, “ Open Texture...”, s. 308.

³⁰⁴ Lyons, “Open Texture...”, s. 308. Bununla birlikte Hart, tüm hukuki belirsizliklerin sadece açık metinden kaynaklandığını düşünmemektedir. Yargısal içtihadın çok daha radikal belirsizliklere neden olduğunu kabul etmektedir. Kanunlar ve içtihatlar arasındaki çatışmaların da belirsizlik kaynaklarından olduğunu belirtmektedir. (Bkz. Lyons, “ Open Texture...”, 14 numaralı dipnot, s. 308.)

³⁰⁵ Stavropoulos, “Hart’s Semantics”, s. 93.

3) Kuralın Uygulanmasıyla İlgili Belirsizlik: Zor Davalar

Hart'a göre, birbirimizle iletişim kuracak ve eğer hukukun en temel şekli ile düşündüğümüzde, niyetlerimizi kurallarla düzenlenmiş belirli türde davranışlarla ifade edeceksek, kullandığımız genel nitelikli sözcükler (yukarıdaki örneğimizde, *taşıt* sözcüğü) uygulanmasında şüpheye yer bırakmayacak bir standart içerik edinmelidirler.³⁰⁶ Oluşturulan bu çekirdek anlamın yanında bir de tartışmalı davalarda karşımıza kaçınılmaz olarak çıkan gölgeli alanlar bulunacaktır ki bu gölgeli alanlarda sözcükler ne açıkça uygulanabilir ne de açıkça yok sayılabilir niteliktedirler.³⁰⁷ Hart söz konusu tartışmalı davaların her birinin standart davaların bazı niteliklerini taşıdıklarını, bazılarını taşımadıklarını, bazı niteliklerinin ise standart davalarda bulunmayan türden nitelikler olduğunu belirtmektedir.³⁰⁸ Düşünür açık davalar hakkında şunları söylemektedir³⁰⁹:

“...Doğa ya da insan buluşu yoluyla ortaya atılan olgu durumları barındıran kimi davalar açık, standart davaların bazı özelliklerini taşımakla birlikte bazı özelliklerinden yoksun bulunurlar....Açık dava, genel terimlerin yoruma ihtiyaç duymayacak şekilde yer aldığı ve örneklerin anlaşılmasının problemsiz görüldüğü, diğer deyişle otomatik şekilde oluştuğunu düşündüğümüz davalardır. Bunlar sadece bilindik örneklerdir ve sürekli olarak benzer bağlamlarda yinelenirler. Bu tür açık davalarda sınıflandırıcı terimlerin uygulanmasıyla ilgili olarak kararlarda genel bir uyuşma olduğu görülür.”

Bununla birlikte kuralın amacı bakımından terimlerin anlamının gölgeli olduğu davalarda artık genel terimin uygulanıp uygulanmayacağı açık davalar kadar

³⁰⁶ Hart, “Positivism and the Separation...”,s. 607.

³⁰⁷ Hart, “Positivism and the Separation...”,s. 607.

³⁰⁸ Hart, “Positivism and the Separation...”,s. 607.

³⁰⁹ Hart, *The Concept of Law*, s. 126.

açık, belirgin değildir. Hart bunu, “Ortada genel terimin hem uygulanması hem de uygulanmaması için nedenler vardır ve sıkı bir gelenek ya da genel bir anlaşma terimin kullanımını dikte etmez” diyerek belirlemektedir.³¹⁰ Standart örneklerin yukarıda değinilen çekirdek ya da belirlenmiş anlamı dışında kalan alanında *gölgeli alan problemleri* ile karşı karşıya kaldığımızı dile getiren Hart, bu problemin parka taşıt girmesini yasaklayan bir kural şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi, daha karmaşık bir durumda, örneğin bir anayasanın çok boyutlu genelliklerinin gölgeli alanları şeklinde de karşımıza çıkabileceğine dikkati çekmektedir.³¹¹ Dolayısıyla anlamın tam olarak açıklığa kavuşturulamadığı bu alanlar, hukuk içerisinde oldukça çeşitli alanlarda tartışma konusu olabileceklerdir.

Hart’a göre kurallar yürürlüğe konulurken hem kanun koyucunun hem de halkın kafasında buna sebep olan ya da kaçınılan belirli bir problem, belirli durumlar vardır.³¹² Taşıt örneğinde bunun görünümü, normal motorlu arabaların, otobüslerin ve motosikletlerin parkın dışında tutulmasını sağlamaktır.³¹³ Hart, genel bir terimin kuralın amacı için tanımlanmasında ilk olarak kuralın amaçladığı tasvir, örnek ya da belirli bir duruma başvurulduğunu belirtmektedir.³¹⁴ Örneğin “parka taşıt giremez” kuralını yorumlarken “herhangi bir şey taşıtsa, motorlu araba da bir taşıttır” şeklinde düşünebilir.³¹⁵ Kuralın amacı doğrultusunda kaykayların ya da oyuncak arabaların taşıt sayılıp sayılmayacağı hakkında düşünülürken kişi, mevcut davanın (present case) açık, tartışmaya yer bırakmayan davayla (plain case) yeterli olarak uygunluk

³¹⁰ Hart, *The Concept of Law*, s. 127.

³¹¹ Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 607.

³¹² Bix, “H.L.A Hart...”, s. 53.

³¹³ Hart, *The Concept of Law*, s. 128-129.

³¹⁴ Bix, “H.L.A Hart...”, s. 54.

³¹⁵ Hart, *The Concept of Law*, s. 126.

gösterip göstermediğini düşünecektir.³¹⁶ Bix, burada açık dava ya da örnek olan motorlu taşıt ile başlanılacağını ve kuralın uygulanma sahası için nasıl bir genişleme yapılacağına ilişkin bir değerlendirmede bulunulacağını söyleyerek örneği şu şekilde somutlaştırmaktadır³¹⁷:

“Örneğin motoru taşıtlar kadar olmasa dahi kaykaylar da gürültü yaparlar; daha az derecede olmakla birlikte güvenlik ve düzen için tehdit oluştururlar. Benzer olmayan yanları içerse kaykayların daha küçük oldukları ve hava kirliliğine yol açmadıkları söylenebilir.”

Görüldüğü üzere bazı kriterler açısından benzerlikler, bazıları açınsansa ayrılıklar saptanabilmektedir. Hart’ın yukarıda da değindiğimiz sözlerinde belirttiği gibi “Ortada genel terimin hem kullanılması hem de kullanılmaması için iyi nedenler bulunmaktadır.”³¹⁸

Hart’a göre bir davada uygulanacak hukuk kuralının anlamı açıksa; yani hukuk kuralı belirsiz terimler içermiyorsa o dava *kolay dava* olarak adlandırılabilir.³¹⁹ *Zor dava* ise, genel olarak davaya uygulanacak kuralın belirsiz olduğu hukuki materyallerin tek bir doğru sonuca götürmediği davalardır.³²⁰ Zor davaların önemli bir özelliği yargıcın bu tür davalar açısından bir takdir yetkisine sahip oluşudur³²¹; çünkü zor davalar, hukukun mevcut kuralları bir uyumsuzluğu çözmeye yeterli olmadıklarında söz konusudur.³²²

³¹⁶ Bix, “H.L.A Hart...”, s. 54. Ayrıca bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 127.

³¹⁷ Bix, “H.L.A Hart...”, s. 54.

³¹⁸ Hart, *The Concept of Law*, s. 123.

³¹⁹ Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 4.

³²⁰ Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 4.

³²¹ Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 5. Hukuk - etik ilişkisinin kurulması ve hukukun uygulanması bakımından en iyi uygulamaya ihtiyaç duyulmasının nedenlerini göstermesi bakımından zor davaların

Zor davalar hukukun belirsiz olduğunu ileri sürenlerin görüşlerini destekler nitelikteyken, kolay davalar hukukun bütünüyle belirsiz olduğunu ileri süren görüşlere karşı bir argüman olarak değerlendirilebilmektedirler.³²³ Bununla birlikte zor davaların tek bir nedenle açıklanamayacakları, hukuk kurallarının birbiriyle çatışmaları, tam olmamaları, herhangi bir düzenleme içermemeleri veya karşılaşılan davayla ilgili sessiz kalmaları gibi başka nedenlerin de sıralanabileceği gözden kaçırılmamalıdır.³²⁴

Bazen genel terimin orijinal örnek davadan farklı bir davaya doğru genişlemesi, o dava için kullanımının belirlenmesi açık olmaktadır. Bunun sebebi iki dava arasında farklılıkların olmaması değil, bu tartışmanın çok daha önceleri gündeme gelmiş ve terimin uygulanıp uygulanmaması konusunda bir uzlaşının sağlanmış olmasıdır.³²⁵ Ancak Hart'ın belirttiği üzere bir kuralın konsepti, belirli bir olayda uygulanıp uygulanamayacağı her zaman önceden belirlenmiş, kurulmuş şekilde değildir; yani kuralın uygulanması noktasında açık alternatifler arasında yapılacak yeni her seçimi kapsamaz.³²⁶

Bix'in yukarıdaki açıklamanın devamı olacak şekilde ifade ettiği gibi, *kuralların açık metni* deyiminin, kuralları teklif ettiğimiz zaman ortaya çıkmayan

önemine dikkat çeken görüşleri için ayrıca bkz. Gülriz Uygur, *Hukuk, Etik ve İlkeler*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2006, s. 120.

³²² Uygur, *Hukuk, Etik...*, s. 122.

³²³ Özkök, "Hukuki Belirsizlik...", s. 5.

³²⁴ Gregory C. Keating, "Justifying Hercules: Ronald Dworkin and the Rule of Law", *American Bar Foundation Research Journal*, 1987, s. 527'den aktaran Uygur, *Hukuk, Etik...*, s. 122.

³²⁵ Bix, "H.L.A Hart...", s. 54-55.

³²⁶ Hart, *The Concept of Law*, s. 128.

bazı özel durumları ve yine kuralları teklif ederken aklımızda olan durumla bazı açılardan farklılaşan örnekleri açıklamak için kullanıldığı anlaşılmaktadır.³²⁷

Hart, hukuk sistemleri içinde hem açık hem de zor davaların bulunacağını kabul etmekte, belirsizliği en aza indirme yolunun yine kurallar sisteminde olduğunu düşünmektedir. Formalizm veya kavramcılık olarak bilinen hukuk teorisinin sözel olarak formüle edilmiş kurallara dayanarak belirsizliği en aza indirmeye çalıştığını dile getiren Hart³²⁸, ancak bir terimin hukuk sistemi içindeki her görünümünde aynı anlama gelmesi halinde kuralın anlamının dondurulabileceğini düşünmektedir.³²⁹ Sonrasında terimin farklı konular bağlamında, tekrar eden varyasyonlar içinde yorumunun yapılması istenmez.³³⁰

Yukarıda Hart'ın *zor davalarla* genel olarak davaya uygulanacak kuralın belirsiz olduğu, hukuki materyallerin tek bir doğru sonuca götürmediği davaları kastettiğine değinilmişti. Açık davaların yanında hukuk sistemlerinde böylesi zor davaların bulunmasının kaçınılmaz olduğunu, bu kaçınılmaz durumun altında yatan nedenleri göstermesi açısından düşünürün ikinci bölümde de değinilen şu görüşleri önemli görünmektedir³³¹:

³²⁷ Bix, "H.L.A Hart...", s. 54. Bix'in hukukun olası tüm durumları karşılayacak kurallara sahip olamayacağı belirlemesine farklı açıdan yaklaşan James Boyd White'tan konuyla ilgili olarak alıntılacağı bölüm dikkat çekici görünmektedir:

"Bu.. hukukun dehasıdır ki o sadece bir emirler dizisi değildir; hukuk, ilkesel olarak tamamlanmamış bir öngörülebilirlik içeren şartlar karşısında anlaşılabilir bir metinler dizisidir. Bu, zaman içinde bir noktada, bir parça yasamanın aşılmasının ya da bir davanın karara bağlanmasının - hatta bir sözleşme taslağı hazırlamanın- anlamının ne olduğu demektir. ..." (Bkz. James Boyd White, "What Can a Lawyer Learn From Literature?", *Harvard Law Review*, vol.102, 1989, s. 2014, 2035.)

³²⁸ Hart, *The Concept of Law*, s. 129.

³²⁹ Hart, *The Concept of Law*, s. 130.

³³⁰ Hart, *The Concept of Law*, s. 130.

³³¹ Hart, *The Concept of Law*, s. 130,131.

“Gerçekte tüm sistemlerde, farklı yollarla da olsa iki sosyal ihtiyaç arasında uzlaşma vardır: *kesin kurallar ihtiyacı* (davranışın geniş alanı üzerinde, özel kişilerin resmi rehberlik ya da sosyal konuların tartışılması olmaksızın güvenle uygulayabildikleri kurallar) *açık bırakma ihtiyacı* (haberli resmi bir seçim tarafından sonraki çözümler için, sadece somut olay ortaya çıktığında doğru dürüst farkına varılıp oluşturulabilecek konularla ilgili bir ihtiyaç). Bazı hukuk sistemleri içinde, bazı dönemlerde, bu durum kesinliğe fazlasıyla feda edilebilir ve kanunların veya içtihadın yargısal yorumu oldukça biçimsel ve resmi olur. Hukuk teorisi kuralların belirsizliklerini hem görmezden gelmeye hem de abartmaya yatkın olmak bakımından garip bir tarihe sahiptir. Ekstremler arasındaki bu salınımdan kaçmak için kendi kendimize insanoğlunun geleceği ummaktaki yetersizliğini hatırlatmamız gerekir. Söz konusu belirsizliğin kökeninde bu yer alır. Hukuk sistemleri bu yetersizliğe uygun çeşitli teknikleri hazırlar.”

Hart, kuralların her davaya uygun çözümü sağlayamayışı ve yasamanın düzenleyemediği alanlar olduğunu şu sözleriyle de yinelemektedir³³²:

“Bazen hukuken kontrol edilen alan baştan şöyle tanınır; her bir özel davanın özellikleri sosyal olarak önemli ancak öngörülemez bakımlardan çeşitlilik arz eder. Daha ileri resmi direktif olmaksızın davadan davaya bir örnek uygulanan kurallar yasakoyucu tarafından önceden kullanışlı olarak çerçevesizlenemez. Bu nedenle, yasama, böylesi bir alanı düzenlemek için çok genel standartlar oluşturur. Ardından yine yasama olayların değişik tipteki varyasyonlarıyla tanışık olan yönetsel, kural yapıcı bir organ tayin eder. Böylece özel ihtiyaçlara adapte edilebilecek kurallar karşımıza çıkar. Bu yüzden yasa koyucu belirli kesin standartları korumak için, sadece bir adil oranı kurmak ya da işin güvenli sistemini sağlamak için bir endüstri isteyebilir...İhlaller için oluşturulan yaptırımların kullanımını yönetsel organ kuralları aracılığıyla kesinlikle belirtene dek ertelemek çözüm olarak sunulabilir. Bu kural

³³² Hart, *The Concept of Law*, s. 131.

yapıcı güç belki sadece özel bir endüstri hakkındaki olaylar içindeki soruşturma gibi bir şeyden ve verilen bir kural hakkındaki lehte ve aleyhte tartışmaların işitilmesinden sonra uygulanabilir olur.”

Hart’a göre bütün kurallar genel terimlerin örnekleri olarak tanımlayıcı ve sınıflandırıcı belirli olayları kapsamaktadır; yani, bir kuralı çıkarma hazırlığındayken açık, kuralın kesinlikle uygulanabileceği belli başlı olayları ayırt edebiliriz. Bununla birlikte, bu kuralın uygulanmasını hem ileri sürmemize hem de reddetmemize neden olan olaylar da olacaktır. Belirli durumları genel kurallar altına yerleştirmeye uğraştığımızda, kaçınılmaz olarak “çekirdek kesinlik alanı” ile “şüphenin gölgeli alanı” arasındaki ikilik karşımıza çıkar. İşte Hart, bu durumun bütün kurallara bir parça kesin olmama durumu ya da “açık metin” verdiğini dile getirmektedir.³³³

Waismann’ın belirsizlik doktrininin izlerine Hart’ın pek çok yazısında rastlandığını dile getiren Stavropoulos, *The Concept of Law*’da da düşünürün belirsizliğin kaçınılmazlığına bir temel bulmaya çalıştığını belirtmektedir.³³⁴ Hart’ın belirsizlikle ilgili düşüncelerini semantik³³⁵ teoriyle ilişkilendiren Stavropoulos’a göre, zor davalar ve açık metin hakkında hiçbir şey yazmamış olsaydı dahi, Hart’ın

³³³ Hart’a göre, bu açık metin hali, tanıma kuralını da, hukukun betimlenmesinde kullanılacak nihai kriterin belirlenmesinde belirli bir kanun kadar etkileyebilir. Yine Hart hukukun bu yönünün hukuk kavramının kurallara dayanarak yapılan her açıklamasının yanıltıcı olması gerektiğini gösterirken ele alındığını ifade etmektedir. Bunda ısrarcı olmak durumun gerçeklik koşulları karşısında sıklıkla kavramcılık ya da formalizm olarak damgalanacaktır. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 123.

³³⁴ Stavropoulos, “Hart’s Semantics”, s. 89.

³³⁵ Semantik, “genel olarak anlam konusuna yönelen, dili anlam bakımından ele alan, göstergelerle gösterilen arasındaki ilişkiyi inceleyen disiplin, bilim dalı” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Ahmet Cevizci, *Felsefe Sözlüğü*, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 1477. Semantik (anlambilim) ilgili detaylı bilgi için bkz. Pierre Guiraud, *Anlambilim*, çev.: Berke Vardar, Multilingual, İstanbul, 1999.

izlediği metodoloji onu yine bu sonuca götürecektir.³³⁶ Sözü edilen bu metodla günlük kullanımla tanımı sabitlenen kavramların ifade edilmesini amaçlanmaktadır³³⁷; zira Hart'a göre kullanım anlamı belirlemektir.³³⁸ Eğer günlük kullanım kavram için kesin sınırlar belirleme konusunda başarısız olursa, kavram kesin sınırlara sahip olmayacak bunun yerine belirsiz olacaktır.³³⁹ Stavropoulos, semantik teoriyle açık metin ve zor davalar arasında ilişki kurduğu bölümde şunları söylemektedir³⁴⁰:

“...Hart, doğru uygulamanın örnekler ve onlarla ilişkiyle oluşturulduğunu söyler. Konuşan kişinin bir araca örnek olacak nitelikte ya da örneğe çok benzer bir şeyi teşhis etme yeteneği uygulamayı belirli kılar...Bu davalar, bir kavramın uygulanabilir olması için olguların nasıl belirleneceğine ilişkin paylaşılan bir kriter (Hart bunlara koşul demektedir.) sağlar...Bununla birlikte Hart, doğru uygulamanın tamamen kriter tarafından belirlendiğini de söylememektedir...Kriterin anlama açık bir destek sağlamadığı durumlar da vardır. Hart buralarda uygulamanın hem yanında hem karşısında olan nedenler olduğunu belirtmektedir. Hart, böylesi durumlarda yanlış kritere sahip olduğumuz sonucuna varmaz. Kriter, doğru uygulamanın koşullarını sağlamamaktadır. Bu halde biz uygulamayı veya uygulamayı gerçekleştirilmeyi seçeriz. Bu halde kritere değil, emsal gösterdiğimiz şeye olan benzerliğe dayanırız.”³⁴¹

³³⁶ Stavropoulos, “Hart’s Semantics”, s. 98.

³³⁷ Stavropoulos, “Hart’s Semantics”, s. 98.

³³⁸ Stavropoulos, “Hart’s Semantics”, s. 94.

³³⁹ Stavropoulos, “Hart’s Semantics”, s. 95.

³⁴⁰ Stavropoulos, “Hart’s Semantics”, s. 95

³⁴¹ Stavropoulos, doğruluğun (correctness) delil teşkil eden örneklerle ilişki kurularak oluşturulmasını problematik görmektedir. Daha açıklayıcı olması bakımından da özetle alıntıladığımız şu örneği vermektedir: “İnsanlar meyveye örnek olarak şeftaliyi gösterebilirler ve şeftaliye benzerliği yoluyla ilişki kurarak diğer şeylerin meyve olduğuna karar verebilirler. Dolayısıyla kayısı meyve olarak kabul edilebilir; çünkü kayısılar küçük şeftalilere oldukça benzerler ve tatlıdırlar. Çilekler de meyvedirler, şeftalilerden çok farklı görünmekle birlikte onlar da tatlıdırlar. Dolayısıyla şekerli, tatlı, şeftaliye

Hart, açık metnin ne olduğunu açıklarken, mahkemelerin ya da yetkililerin geliştirmesi için bırakılan yani onların bir denge kurması için bırakılan davranış alanları olduğunu, koşullar ışığında çeşitli ağırlıktaki yarışan menfaatlerin dengelenmesi için bunun gerekli olduğunu söylemektedir.³⁴² Bununla birlikte yine düşünürün belirttiği üzere hukuk hayatı çok geniş oranda değişken standartların uygulanmasından farklı olarak yetkililerin ve özel kişilerin rehberliğinde belirledikleri kurallara bağlıdır ve onların davadan davaya yeni bir muhakeme yapmasını talep etmez.³⁴³ “Sosyal hayatın göze çarpan bu olgusu, her ne kadar belirsizlikler kuralın -yazılı ya da içtihatla iletilen- uygulamasını yok edebilse de somut davada geçerliliğini sürdürmektedir.”³⁴⁴ diyen Hart’a göre burada kuralların boşluğu ve içtihat teorisi ile açık bırakılan alanlarda mahkemeler kural yapıcı fonksiyon ifa ederler.³⁴⁵ Yani pek çok davada mahkemeye yol gösteren kurallar yetersiz kaldığında görev, mahkemeye ve yargıçlara düşecektir. Aşağıda bu konuyla bağlantılı olarak, hukukun açık metni karşısında zor davalarla karşılaşan yargıcın durumu Hart’ın görüşleri çerçevesinde ele alınmaya çalışılacaktır.

benzeyen (belki ağaçlardan ya da bitkilerden gelen) gibi birtakım kriterler aracılığıyla bir şeyin meyve olup olmadığına karar verilebilir. Bazı durumlarda insanlar bocalayabilir. Şöyle ki domateslerin tadı ya da görünümü şeftaliye benzememektedir ve onu tatlı olarak servis edemezsiniz; fakat onların da şeftaliler gibi çekirdekleri vardır. Pek çok kişi domatesin meyve olup olmadığından emin olamaz. Bu şunu gösterir ki tat veya görünüm ya da bir yemekteki tipik sırası bir şeyin meyve olup olmadığını belirlemez.” (Bkz. Stavropoulos, “Hart’s Semantics”, s. 97)

³⁴² Hart, *The Concept of Law*, s. 135.

³⁴³ Hart, *The Concept of Law*, s. 135.

³⁴⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 135.

³⁴⁵ Hart, içtihat hukukunun sıkıca kabul edildiği sistemlerde mahkemelerin bu fonksiyonunun seçilmiş kural yapıcı gücün, yasamanın, yaptıklarına çok benzediğini düşünmektedir.

4) Açık Metin Karşısında Yargıcın Takdir Yetkisi

Çağdaş hukuk düşüncesinde dava ve muhakeme kavramlarının önemine dikkati çeken Selahattin Keyman, “hukuku tanımlarken yargıca, yani uyuşmazlığa oranla tarafsız ve uyuşmazlıkla ilgisi olmayan bir süjenin davranışına, kararına yer verilmesini”³⁴⁶ bu duruma kanıt olarak gösterir. Çeşitli unsurlardan oluşan muhakeme faaliyetinin dava, karşı iddia, kanıtlar ve ara kararlardan ibaret olmadığını belirten Keyman’a göre “muhakeme entelektüel bir faaliyettir.”³⁴⁷ Hart’ın hukuk teorisi içerisinde de muhakeme sürecinin özellikle açık metin alanında özel bir önemi bulunmaktadır.

Hart, kuralların, hukuki sorunların çözümü için yeterli ve gerekli olduğu örneklerin var olduğunu açık metin teorisiyle ilgili argümanını ortaya koyarken özellikle belirtmektedir; fakat düşünürü göre dilin rehberliği öngörülemez bir olayla karşılaşıldığında yetersiz kalabilecektir. Bu süreci Hart şöyle ifade etmektedir³⁴⁸:

“...Davranışın bazı genel kurallarını çerçeveleme konusunda yeterince cesur olduğumuzda (örneğin, hiçbir taşıtın park içerisine alınamayabileceği kuralı) bu bağlamda kullanılan dil, kapsam içine giren her örnek için tatmin edici ve yine kapsam içindeki aklımıza gelebilen açık belirli örneklerin gerekli koşullarını saptar. Bunlar belirli bir seçim yaptığımız, yasa koymadaki amacımızın belirli olduğu örneklerdir (araba, otobüs, motosikletin taşıt olması gibi). Yani başlangıçta, her nasılsa taşıt dediğimiz bu şeylerin

³⁴⁶ Selahattin Keyman, *Hukuka Giriş*, Yetkin Yayınları, 3. baskı, Ankara, 2005, s. 171. Hatta Keyman, “Hukuk kuralını diğer toplumsal davranış kurallarından ayıran ölçüt, bir kuralın yargıç tarafından bir uyuşmazlığın çözülmesinde kullanılmaya ve uygulanmaya elverişli görünüp görünmemesidir” demektedir. (Bkz. Keyman, *Hukuka Giriş*, s. 171.)

³⁴⁷ Keyman, *Hukuka Giriş*, s. 175.

³⁴⁸ Hart, *The Concept of Law*, s. 128-129.

çıkarılmasıyla parkta düzen ve sessizliğin savunulduğu sorununu ortaya koyduk. Diğer yandan bu olaylarla birlikte parktaki düzenin sağlanması genel amacını koyana kadar yapmadığımız veya yapamadığımız bir şeyi gözümüzün önüne getirdik ki (örneğin, elektrikli bir oyuncak araba) bizim bu yöndeki amacımız belirsizdir. Bu konuda amacımızı oluşturmadık; çünkü öngörülemeyen olay vuku bulduğunda ortaya çıkacak soruyu tahmin edemedik. Bu sorulara örnek olarak, parkta düzenin bir dereceye kadar gözden çıkarılabileceğinin ya da aksinin savunulması, bu şeylerin kullanılmasının çocukların zevk ve isteği olduğu düşüncesi örnek verilebilir. Göz önüne alınmayan durum ortaya çıktığında bu konularla yüzleşir ve sonra bizi tatmin etmek için yarışan seçenekler arasından en iyisini seçerek soruyu oluştururuz. Bunu yaparken öncelikli amacımızı daha belirli hale getirmemiz gerekir ve kuralın amaçları için (genel bir sözcüğün amaçları için) soruyu anlamlı olacak şekilde oluşturmamız gerekir.”

Hart’a göre bir kural, ne zaman ve nasıl uygulanır sorusunun cevabını Lyons şu şekilde ortaya koymaktadır: “Hart’a göre bir kural, verili bir olgu duruma ancak durum davanın bir kural altına yerleştirilmesi konusunda iyi nedenler sağlıyorsa ve yerleştirilmemesi konusunda da iyi nedenler sağlamıyorsa uygulanabilir.”³⁴⁹ Lyons, bu durumu açıklamak için önermeler aracılığıyla tasımsal bir sonuca ulaştığımızı gösteren şu örneği verir³⁵⁰:

“1) **Parkta taşıt kullanan** kişinin 50 dolar para cezasına çarptırılacağı kuralını düşünelim. Bu kuralın uygulanabilmesi için olaylar mükemmel şekilde aydınlatılmış olmalıdır:

a) Jack parkta arabasını kullanmış olsun.

³⁴⁹ Lyons, “ Open Texture...”, s. 304.

³⁵⁰ Lyons, “ Open Texture...”, s. 304-305.

Hart'a göre sorun, arabanın açıkça bir araç kullanmak sayılıp sayılmayacağı ve böyle saymak için iyi nedenler olup olmadığı ve aksi için iyi nedenler bulunup bulunmadığıdır. Diğer bir ifadeyle:

b)Araba kullanmanın açıkça "bir araç kullanmak" sayıldığını farz edelim.

Bu durumda şu tasımsal sonuca ulaşılabilir:

2) Jack parkta bir taşıt kullanmıştır.

a ve b öncülleri 2. sonuca ulaşmamızı sağlamışlardır. 1. ve 2. önermeler şu sonucu gerektirir:

3) Jack 50 dolar para cezasına çarptırılmalıdır."

Kanun koyucunun nihayetinde insan olduğunun ve insan kanun koyucuların geleceğin getirebileceği şartların tüm muhtemel kombinasyonlarını bilemeyeceklerinin altını çizen Hart, bu yetersizliğin amaçların görelî belirsizliğini de beraberinde getireceğini belirtmektedir.³⁵¹ Yani yasamanın amacı tamamlanmamış ve belirsiz olabilmektedir. Olası tüm durumları düşünememiş olabileceğinden, kanun koyucunun niyeti bilinse bile bu, kuralı uygularken karşılaşılan olası tüm problemleri çözmeye yetmeyecektir.³⁵²

Taşıtın kapsamına kamyon ve otobüsleri yerleştirebilen yargıç, bir kaykay ya da İkinci Dünya Savaşı'ndan kalan ve anıtsal bir kaide üzerindeki tankın durumu için takdir hakkını kullanmak durumundadır.³⁵³ Hart'a göre mevcut olay açık davaya (olaya) uygun ilgi içinde benziyor mu benzemiyor mu sorusunu sorarak çözümü araştıran yargıç, olaylar dizisine yeni bir olay eklemeyi seçebilir.³⁵⁴ Çünkü ortada hukuken ilgili ve yeterli yakınlıkta olduğu makul olarak savunulabilir benzerlikler bulunmaktadır. Hukuk kuralları açısından yukarıda bahsedilen benzerlik ve ilgi

³⁵¹ Hart, *The Concept of Law*, s. 128.

³⁵² Bix, *Jurisprudence...*, s. 44.

³⁵³ Freeman, *Lloyd's Introduction...*, s. 1269.

³⁵⁴ Freeman, *Lloyd's Introduction...*, s. 1269.

kriteri hukuk sistemi içinde yer alan pek çok karışık (kompleks) faktöre ve kuralın amacına bağlıdır.³⁵⁵

Yukarıda Hart'ın, hukukta zor dava - kolay dava ayrımının temelini hukukun açık metinli oluşunda bulduğundan söz edilmişti. "Pozitif hukukun açık metni içinde yer alan davalar zor davalar olarak adlandırılmaktadır."³⁵⁶ Dolayısıyla bu tür davalar pozitif hukuk temel alınarak sonuca ulaştırılmayacaklardır. Robert Alexy'nin ifade ettiği gibi Hart, söz konusu açık metin alanında yargıcın hukuk standartları dışındaki temellerden hareket ederek hukuk yaratmaya yetkilendirildiğini düşünmektedir.³⁵⁷

Anglo – Amerikan içtihat hukukunun doğasındaki belirsizlik de yargıçların işlerini zorlaştıran bir hukuki belirsizlik nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre Kıta Avrupası hukuk sistemindeki kodifiye edilmiş normların aksine yargılama faaliyetinin ve emsal kararların belirleyici olduğu Common Law sistemi belirli oranda belirsizliği de beraberinde getirmektedir. Zira her somut olay kendi özel koşullarıyla var olmaktadır. Dolayısıyla bu hukuk sisteminde Hart'ın sözünü ettiği takdir yetkisi daha farklı bir anlamda karşımıza çıkmaktadır.³⁵⁸

Hart ister bir yasama organınca yürürlüğe konulmuş olsunlar, isterse daha önceki bir davanın rasyosundan türetilmiş olsunlar, hukuk kurallarının karakteristik olarak tartışmaya yer bırakmayacak açık ve belirli anlam çekirdeğine sahip olduğunu söylemektedir.³⁵⁹ Bu çekirdek anlam alanında yargıcın yaratıcı pozisyonunun çok

³⁵⁵ Hart, *The Concept of Law*, s. 127.

³⁵⁶ Robert Alexy, "Law and Correctness", *Current Legal Problems 1998*, vol.51. ed.: M.D.A Freeman, Oxford University Press, Oxford, 1998, s. 215'ten aktaran Uygur, *Hukuk, Etik...*, s. 121.

³⁵⁷ Alexy, "Law and Correctness", s. 215'ten aktaran Uygur, *Hukuk, Etik...*, s. 122.

³⁵⁸ Common Law sisteminin doğuşu ve gelişimi bakımından İngiltere örneği üzerinden yapılan açıklamalar için bkz. Heikki E.S. Mattila, *Comparative Legal Linguistics*, translated by: Christopher Goddard, Ashgate Publishing, England, 2006.

³⁵⁹ Bix, "H.L.A Hart...", s. 52.

belirgin olmadığı söylenebilecektir. “Bir kuralın belirli bir duruma uygulanıp uygulanamayacağı tartışması genel bir terimin bir dizi anlamının sınırlandırılmasına bağlı olmaktadır.”³⁶⁰ Örneğin taşıt örneğinde, kuralın uygulanması genellikle, belirli bir objenin kuralın amacına göre taşıt sayılıp sayılmayacağına ya da yine kuralın amacına göre belirli bir alanın park olup olmadığına bağlıdır.³⁶¹ Hart’a göre, gölgeli alanlardaki bu tartışmalarda yargıca görev düşecektir.

Lyons, yargıca takdir yetkisi tanıyan Hart’ın kurallar yanında ilkeleri de hesaba kattığını iddia etmekte, kurallarla ilişkisi bakımından ilkelerin açıklayıcı ve haklılaştırıcı rolünü ve nihai olmayan karakterlerini kabul ettiğini dile getirmektedir.³⁶² Lyons, Hart’ın temel noktalarından birisini ifade ettiğini düşündüğü, “Zor davalar bakımından farklı ilkeler yarışan analogileri destekleyebilir ve yargıç sıklıkla bunlar arasından vicdan sahibi bir yasa koyucu gibi bir seçim yapmak zorundadır.”³⁶³ belirlemesini de bu görüşüne dayanak yapmaktadır.³⁶⁴

Hart, hukuk kurallarının açık metinli oluşunun bir dezavantajdan çok avantaj olarak düşünülmesi gerektiğini belirtir. Buna göre açık metin kuralların, kuralı yapan kişilerin öngörmediği ya da öngöremediği problemlere ve durumlara uygulanırken, makul biçimde yorumlanmalarına izin vermektedir.³⁶⁵ Kuralların uygulanmasında

³⁶⁰ Bix, “H.L.A Hart...”, s. 52.

³⁶¹ Bix, “H.L.A Hart...”, s. 52.

³⁶² Lyons, “Open Texture...”, s. 309.

³⁶³ Hart, *The Concept of Law*, s. 275.

³⁶⁴ Bkz. Lyons, “Open Texture...”, s. 309

³⁶⁵ Bix, “H.L.A Hart...”, s. 52. Waismann da dilsel belirsizliğin pozitif bir avantaj olarak görülebileceğini, bu durumun dildeki kesintisiz gelişmenin yeni ortaya çıkan durumlara uygulanması bakımından katkısının olacağını düşünmektedir. (Anthony Quinton, Introduction , in F.Waismann, *Philosophical Papers* (Dordrecht: D.Reidel, 1977), s. xiii’den aktaran Bix, “H.L.A Hart...”, 10 numaralı dipnot, s. 52.) Hukukta yorum yapmaya neden ihtiyaç duyulduğuna dair görüşleri için bkz. Işıktaç, *Metin, Hukuk Metodolojisi*, s. 183-186.

ihtiyaç duyulan esnekliği kazandırdığı için yargısal hukuk yapma (judicial law making) temelinde iyi bir şey olmaktadır.³⁶⁶

Dilin doğasının engellenemez şekilde açık metinli oluşu yargıçları bazı davalar için açık alternatifler arasından yeni bir seçim yapmak zorunda bırakmaktadır.³⁶⁷ Sıradan her kuraldaki boşluklar bir bütün olarak hukuk içindeki boşluklardır. Olgu durum içeren bir dava, uygulanabilir bir kuralın gölgeli alanına düşerse, mahkeme var olan hukuka dayanarak karar veremeyecektir. Karara ulaşmasının tek yolu hukuka ekleme yapmasıdır.³⁶⁸ Hart, yargıcın takdir yetkisinin ortadan kaldırılmasının bazı olumsuz etkileri olacağı düşüncesindedir; çünkü takdir yetkisi esneklik sağlamakta, değişen koşullar karşısında kuralların yeniden karakterize edilmesine imkan tanımaktadır.³⁶⁹

Lyons, gölgeli alanda yargıcın nasıl karar verdiğini şöyle açıklamaktadır³⁷⁰:

“Hart’a göre gölgeli alandaki davaları çözümlmek için mahkemeler daha ileri kurallar geliştirir ve geliştirmelidirler. Bisikletin araç sayılıp sayılmayacağına karar vereceği zaman mahkeme, kuralın çekirdek, belirli anlamını genişletir.... Bu sayede kural benzer davalarda karar verebilmeye uygun hale gelir. Mahkemeler bu açıdan vekil yasa koyucular

³⁶⁶ Bix, *Jurisprudence...*, s. 44.

³⁶⁷ Hart, *The Concept of Law*, s. 128. Bix, zaman zaman dilin yargıcın takdir yetkisini kullanmasını kaçınılmaz hale getirdiğinden söz etse de Hart’ın kısmi belirsizlikle ilgili görüşlerinin başka bir açıdan değerlendirilmesi gerektiği düşündedir. Yukarıda da değinildiği üzere Bix’e göre, “Hart belirli genel bir dil felsefesi yaratma, hazırlama veya savunmayla ilgilenmiyordu. Onun ilgilendiği kuralların uygulanma yolu ve nasıl uygulanmaları gerektiği idi. O yargıçlarının takdir yetkisi kullanmalarının dilin doğasından kaynaklandığını ispatlamaktan çok, hukuki metinlerin, hukuku uygularken yargıçların takdir yetkisi kullanmalarına yol açacak şekilde yorumlanmalarının sebeplerini ortaya koyuyordu.” (Bkz. Bix, “H.L.A Hart...”, s. 66.)

³⁶⁸ Lyons, “Open Texture...”, s. 299.

³⁶⁹ Bix, “H.L.A Hart...”, s. 67.

³⁷⁰ Lyons, “Open Texture...”, s. 299.

gibi hareket ederek boşlukları, kuralı düzelterek(değiştirerek) doldurur... Ancak burada Hart'ın yargıca verdiği yetki sınırsız değildir. Yani yargıç gölgeli alanlarda karar verip kural değiştirirken sınırsız değildir. Yargıçtan “karakteristik yargısal erdemleri” ortaya koyması beklenir. Bu erdemler, ‘tarafsızlık, nötrlük, davadan etkilenen tarafların ilgisini düşünme, karar için haklı temel olarak bazı kabul edilebilir genel ilkeleri düşünme, bunları ortaya koyma gibi erdemlerdir’.³⁷¹ Geleneksel maksimler yargıcın kuralı yeniden düzenlediği kararlarında ona yol gösterir. Yargıç bunu yaparken sınırlı bir dizi alternatifi vardır. Hart, bunlardan hiçbirinin var olan hukukça talep edilmediğini söylemektedir.”

Gerstein de, “var olan hukuk kuralları bir problemle ilgili açık bir çözüme işaret etmemişlerse orada hukuk yoktur ve yargıçlar hukuku yapmalıdırlar” demektedir.³⁷² Ona göre Hart'ın bu konuda açıklıkla ortaya koymaya çalıştığı, yargıçların hukukun şekillenmesinde aktif bir rol oynadıklarıdır.³⁷³ Hart'ın aşağıya alıntılanan sözleri de bu yargıyı desteklemektedir³⁷⁴:

“Elbette çok genel standartlarla da açık, tartışmasız örneklerle karşılaşabiliriz. Adil oranın ya da güvenilir sistemin bazı ekstrem davalarının ne olup olmadığı baştan beri tanımlanabilir...Fakat bunlar bir dizi farklı faktörün sadece ekstrem olanlarıdır ve pratikte karşılaştığımız gibi değildirler... İlgili faktörlerin beklenen kombinasyonları birkaç tanedir ve bu bizim bir adil oran veya güvenilir sistemimizin ilk amacı içinde nisbi bir belirsizlik ve daha ileri resmi bir seçim için bir ihtiyaç gerektirir. Bu tür davalarda açık olan şudur: Kural yapıcı otorite bir takdir hakkı kullanmalıdır. Ayrıca burada farklı davalardan doğan sorunu ortada tek bir doğru cevap varmış gibi ele alma ihtimali yoktur. Bir cevaptan çok çatışan pek çok menfaat arasında makul bir uzlaşma ortaya koymak söz konusudur.”

³⁷¹ Hart, *The Concept of Law*, s. 205.

³⁷² Gerstein, “Hart’s Positivism”, s. 632.

³⁷³ Gerstein, “Hart’s Positivism”, s. 632.

³⁷⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 131,132.

“Belli hareketler sınıfını tanımlamak, tek bir forma sokmak, basit bir kuralın konusu yapmak imkansızdır.”³⁷⁵ diyen Hart, şartlar dizisi çok çeşitli olsa da genel deneyimin benzer özelliklerini kapsayacağını, burada hukuk tarafından makul olanın ne olduğunu gösteren genel yargıların (common judgements) kullanılabileceğini ifade etmektedir.³⁷⁶ Bireylere bırakılmakla birlikte³⁷⁷ mahkemelerin düzeltmesine tabi olan kimi durumlarda bireylerden, resmi olarak açıklanmadan, tanımlanmadan önce değişken bir standarda uymaları istenecektir ki bu standart kişiler tarafından ancak olaydan sonra, bir ihlal gerçekleşmesinin ardından mahkemeden öğrenilebilecektir.³⁷⁸ Yargıca gölgeli alanda, açık metin karşısında takdir yetkisi tanınmasının incelendiği bu bölümde, kuralın varlığının dahi tek başına yeterli olmadığını göstermesi açısından, Hart’ın ihmalle ilgili Anglo – Amerikan hukukundan verdiği şu örneğe değinmek de yerinde görünmektedir:³⁷⁹

“Bu tekniğin Anglo Amerikan hukukundaki en ünlü örneği ihmalle ilgilidir ve kusurla ilgili olaylarda gerekli olan itina standardının kullanımına ilişkin olarak karşımıza çıkar. Medeni ve daha az sıklıkla cezai yaptırımlar, diğer kişilere fiziksel zarar verme konusunda makul özeni göstermeyenlere

³⁷⁵ Hart, *The Concept of Law*, s. 132.

³⁷⁶ Hart, *The Concept of Law*, s. 132. Hukuk kurallarının her bir somut olayın niteliğini gözetemeyeceğinden genel terimlere başvurması buna örnek gösterilebilir.

³⁷⁷ Hart bu durumu, ” Çeşitli beklenmeyen formlardan doğan sosyal iddialar arasından makul bir denge bulup çıkarma görevi bireylere bırakılmıştır.” diyerek ifade etmiştir. (Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 132.)

³⁷⁸ Hart, *The Concept of Law*, s. 132. “Mahkemenin bu tür konular hakkındaki kararlarının içtihat kabul edildiği yerlerde, bu kararların, aralarında apaçık farklılıklar olsa da, bir yönetsel organ tarafından yapılan yetkili kural yapıcı güç uygulamasına benzediği görülür” diyen Hart, yargının böylesi durumlardaki yaratıcı rolünü yasamaya benzetmektedir. (Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 132.)

³⁷⁹ Hart, *The Concept of Law*, s. 132, 133.

uygulanabilir. Fakat bir somut durum içinde makul olan ya da gerekli olan özen nedir? Elbette gerekli olan özen için tipik örnekler gösterebiliriz; trafik olması beklenen yerlerde durmak, bakmak, dinlemek gibi. Fakat hepimiz çok iyi biliyoruz ki özen, dikkat gerektiren durumlar oldukça çeşitlidir ve yanında pek çok hareket istenir veya yaptıklarımızın (bakmak, durmak, dinlemek gibi yaptıklarımız) yerine bunları yapmamız gerekebilir. Gerçekten bunlar yeterli olmayabilir ve eğer bakmak tehlikeyi önlemiyorsa oldukça yararsız olabilir. Makul özeni sağlamak için gereken standartların uygulanmasında uğraşmamız gerekenler şunlardır: 1) Gerçek büyük zararı önleyecek tedbirler almak, 2) bu uygun önlemlerin yükü, külfeti diğer dikkate alınması gereken ilgilerin fedasını kapsamamalıdır. Birinin durması, bakması dinlemesi, bu kişi kanamalı şekilde hastaneye yetişmeye çalışacak kadar güç durumda olmadıkça fedakarlık olarak algılanamaz. Fakat özenin arandığı muhtemel olayların çeşitliliğine sahip olduğumuzdan, zarara karşı önlem alınıyorsa, ortaya çıkan şartların farklı kombinasyonlarını önceden göremeyiz ya da hangi çıkarların ne kapsamda feda edileceğini önceden göremeyiz. Bu yüzden somut durum ortaya çıkmadan önce zarar riskini azaltmak için yapmak istediğimiz fedakarlığın tam olarak ne olduğunu, çıkarların veya değerlerin uzlaşısını nasıl yapacağımızı düşünemeyiz. Tekrardan, bizim zarara karşı insanları koruma amacımız, bu amacı ihtimallerle birlikte ortaya koyana kadar ve bunları test edene kadar belirsizdir. Söz konusu ihtimaller sadece bizden önceki deneyimin ürünüdür, o gerçekleştiğinde yapıldığında amacımızı belirli hale getirecek bir karar vermek zorundayızdır.”

Hart burada kuralın sıklıkla davranışın geniş sahasında başarıyla işlev gördüğünü, bizden belirli eylemler talep ettiğini, değişken standartlarla çok fazla karşı karşıya kalmadığımızı; ancak zaman zaman açık metnin saçaklarıyla karşı karşıya kaldığımızı dile getirmektedir.³⁸⁰ Kurallar bizim için pratik önemdeki ayırt edici eylemler, olaylar ya da ilişki durumlarıyla karakterize edilmekte ve olay olduğunda hüküm süren çok az sayıda şart bizi onları farklı şekilde ele almaya

³⁸⁰ Hart, *The Concept of Law*, 133.

itmektedir.³⁸¹ Hart buna örnek olarak her ne kadar insanların diğer insanı öldürürkenki koşulları çok değişken olsa da, bu konuda değişken bir standart koymak yerine adam öldürmeye karşı çıkan bir kural koyuşumuzu göstermektedir.³⁸²

Hart, yargıçların dilbilimin kendilerine bir hareket alanı sağladığı alanlarda ve standart dava örnekleriyle karşı karşıya kalınmadığı durumlarda gölgeli alanda bulduklarına dikkati çekmektedir.³⁸³ Böylesi alanlarda yargıç sosyal amaçları ve yapacağı yorumun sosyal sonuçlarını da göz önünde bulunduracak, hedefler sosyal politikalar ve amaçlar rasyonel kararın oluşumunda yargıca yol gösterecektir.³⁸⁴

Tüm bu açıklamaları incelenirken, Hart'ın Common Law geleneğinden gelen bir hukukçu olduğu ve içtihadın dolayısıyla yargı organlarınca ortaya konan hukukun merkezi bir rol üstlendiği bu sistemde, takdir yetkisinin farklı yeri de gözden kaçırılmaması gereken bir nokta olarak görülmektedir.³⁸⁵

³⁸¹ Hart, *The Concept of Law*, 133.

³⁸² Hart, *The Concept of Law*, 133. Hart, burada insan yaşamını korumanın öneminin, eşlik eden diğer faktörlere baskın olduğunu vurgulamakta, “Dolayısıyla biz onu “öldürmek” olarak önceden reddedersek bu konudaki davaları görmeden yargılamış olmayız. Elbette istisnalar vardır, genellikle bu üstün gelen faktör baskın olandır. Burada meşru müdafaa halinde adam öldürme ve savunulabilir diğer adam öldürme formları vardır. Fakat bunlar çok az sayıdadır ve oldukça basit terimler içinde tanımlanabilirler. Bunlar genel kuralın istisnası olarak kabul edilirler.” demektedir. (Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 133.)

³⁸³ Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 610.

³⁸⁴ Hart, “Positivism and the Separation...”, s. 611-612.

³⁸⁵ Hart, İngiliz hukukunda içtihadın kullanımına ilişkin şunları söylemektedir: “İngiliz hukukunda içtihadın kullanımına ilişkin tüm dürüst tanımlamalar aşağıdaki çatışan olay çifti için bir yer ayırmalıdır. *Birincisi*, ortada çıkarılmış içtihadlardan hangisinin yetkili olduğunu belirlemedeki kural için tek bir metod yoktur. Buna rağmen verili kararların çok azında şüphe vardır. Özeti genelde yeterlidir. *İkincisi*, ortada hiçbir kuralın davalardan çıkarılan yetkili veya tek doğru formülasyonu yoktur. Diğer yandan sıklıkla ortada genel bir anlaşma vardır ki bir içtihat ortaya konulduktan sonra bir dava ortaya çıktığında verilmiş bir formülasyon yeterlidir. *Üçüncüsü*, içtihadtan çıkarılan yetkili kural, mahkeme uygulamasıyla bağdaşabilir. Onlar yaratıcı ya da yasa koyucu aktivitenin aşağıdaki iki şekilde bağlıdır. Bir yandan, mahkemeler bir içtihadın elde edilen kuralı daraltarak ve daha önce

Özetle söylemek gerekirse Hart, tüm hukuk sistemlerinde hukuken düzenlenmemiş olaylarla karşılaşılabilceğini, bu olaylar açısından hukuk kurallarının yetersiz kalacağını, hukukun kısmen belirsiz ve tamamlanmamış olduğunu belirtmektedir.³⁸⁶ Hukukun sorunun çözümü açısından ihtiyacı karşılamadığı ya da hukuken düzenlenmemiş alanlarda yargıç takdir yetkisi kullanıp yeni hukuk³⁸⁷ ortaya koyacak; ancak mevcut hukuk açık olduğunda sadece hukukun sözcüsü konumunda olacaktır.³⁸⁸

II) AÇIK METİN ÇERÇEVESİNDE KARŞILAŞILAN TEMEL ELEŞTİRİLER

Hart'ın hukuk teorisi özellikle hukuk felsefesi açısından çağdaşı olan ve kendisinden sonra gelen pek çok ismi etkilemiştir. Düşünürün görüşleri farklı yönleriyle tartışılmış, değerlendirilmiştir. Aşağıda Hart'ın açık metin kavramı ve bu

düşünülmemiş istisnalar kabul ederek ya da eğer düşünülmüşse bunu açık bırakarak, sonraki kararlarında bu içtihattan zıt bir karara varabilirler. Bu ayırt edici süreç, önceki dava ile bunlar arasında hukuken ilgili bazı farklılıklar bulmayı kapsar. Böylesi farklılıklar grubu asla tam olarak belirlenemez. Diğer yandan, önceki içtihadı takip eden mahkeme bir sınırlama ortaya atabilir. Bu oluşturulan hiçbir kural, içtihat ya da yasa tarafından istenmez. Bunu yapmak kuralı genişletmek içindir. Yasama aktivitesinin bu iki formu içtihadın bağlayıcı gücü tarafından açık bırakılır... Mahkemeler sıklıkla davalarda, nerede içtihat yayınlamaya değer ihtiyaçlar görüldüğünü deklare ederler.” Hart, *The Concept of Law*, s. 134 -135.

³⁸⁶ Hart, *The Concept of Law*, s. 272.

³⁸⁷ Hart, yargıcın yaptığı sınırlı hukuk yaratıcı takdir yetkisi (limited law-creating discretion) faaliyeti için “make new law” ifadesini kullandığından çeviride “yeni hukuk yapmak” ibaresine yer verilmiştir. Bununla birlikte Hart, kanunların veya içtihadın belirsiz olduğu ya da hukukun sessiz kaldığı alanlarda yargıçların kendi deyimiyle “hukuk kitaplarını bir kenara itip hukukun rehberliğinden artık faydalanmayacaklarını” düşünmemektedir. Bu tür davalarda da var olan hukukta yer alan bazı genel ilkeleri, genel hedef veya amaçları belirteceklerdir. Zor dava örnekleri açısından bu yapılan bir örnekleme ya da ileri götürme olarak anlaşılabilir. (Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 274.)

³⁸⁸ Hart, *The Concept of Law*, s. 272, 274.

kavramla bağlantılı olan konular bakımından yapılan değerlendirmelerden bazılarını değinilmeye çalışılacaktır.

1) Lon L. Fuller

Lon. L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”³⁸⁹ (1957) başlıklı makalesinde Hart’ın hukuk teorisine yönelik eleştirilerini “The Definition of Law”, “The Definition of Morality”, “The Moral Foundations of a Legal Order”, “The Morality of Law Itself”, “The Problem of Restoring Respect for Law and Justice After the Collapse of a Regime That Respect to Neither”, “The Moral Implications of Legal Positivism”, “The Problem of Interpretation: The Core and the Penumbra”, “The Moral and Emotional Foundations of Positivism” alt başlıklarıyla sıralamıştır. Bu değerlendirmelerden “The Problem of Interpretation: The Core and the Penumbra”(Yorum Problemi: Çekirdek Alan ve Gölge Alan) Hart’ın açık metin kavramıyla ilişkilidir; zira burada Fuller, Hart’ın gölge alan sorununa yaklaşımını bazı açılardan eleştirmektedir. Makalesinin bu bölümünün başında yazar, öz (çekirdek) olarak adlandırabileceğimiz anlamı belirli kurallar ve gölge alan konusunda (the core and the penumbra) Hart’ın görüşlerinin olabildiğince açıklığa kavuşturulması gerektiğini; çünkü okuyucuların muhtemelen Hart’ın söylediklerini yanlış anladıklarını belirtmiştir. Fuller’a göre Hart’ın yorum konusunda söyledikleri, hukukçunun her gün yaptığı, kuralların içinde bazen açıkça bazen şüpheli şekilde var olan durumları yorumlamaktan öte bir şeydir.³⁹⁰ Hart’ın yargısal yorum konusunda bir teori ileri sürdüğünü söyleyen Fuller’ın, Hart’ın

³⁸⁹ Lon. L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law- A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, vol.71, 1957, s. 630-672.

³⁹⁰ Fuller, “Positivism and Fidelity to Law...”, s. 661.

tezinden ne anladığını açıkladığı bölüm şimdiye kadarki açıklamalarımızı da hatırlatması ve değerlendirmeleri bu açıklamalar ışığında incelemeyi kolaylaştıracağı düşünüldüğünden şu şekilde özetlenmiştir³⁹¹:

“Yorumun görevi, genelde, bir hukuk kuralı içindeki sözcüklerin tek tek anlamlarını belirlemektir; tıpkı parka taşıt girmesini yasaklayan kuraldaki ‘taşıt’ sözcüğü gibi. Daha da özelinde yorumun görevi, bir sözcüğün çeşitli anlamlarını ya da işaret ettiği tüm noktaları belirlemektir. İletişim, ancak kelimelerdeki ‘standart örneğin’ ya da nispeten değişmez kalan bir ‘anlam çekirdeğinin’ varlığı halinde mümkündür. Olağanüstü şartlar dışında, her zaman bir sözcüğün, örneğin taşıt sözcüğünün, hukuk içinde olsun olmasın, standart örneğe karşılık gelen bir anlamı bulunur. Kelimenin bu anlamı, amacı her ne ise, her hukuk kuralında vardır ve uygulanmasında yargıca yaratıcı bir rol verilmemiştir. O hukuku ‘olduğu gibi’ uygulayacaktır. Bu belirli anlama ek olarak bir de sözcüklerin anlamlarının çeşitlilik gösterdiği gölgeli alanlar vardır. Örneğimizden yola çıkarsak, üç tekerlekli bir bisikletin gölgeli alanda yer aldığı durumda, yargıç, daha yaratıcı bir rol üstlenecektir. Bu durumda yargıç, kuralın amacı ya da niyeti ışığında bir yorum yapmak zorundadır. Bunu yaparken aklında parkla ilgili kuralın neyi gözettiğine, üç tekerlekli bisikletlerin yasak kapsamında düşünülüp düşünülmemesi gerektiğine ilişkin şeyler olacaktır. Bu tür sorular bizi olan ile olması gereken hukuk arasında bir kesişmeye götürür.”

Fuller, makalesinin bundan sonraki bölümünde teoriye ilişkin eleştirilerini açıklamaktadır. Ona göre, bir sözcüğün kuşkuyla yer bırakmayacak açıklıkta bir esas, çekirdek anlamı olduğu görüşü savunulabilir nitelikte değildir. Hart’ın teorisinin en açık eksikliğinin “yorum problemi hakkındaki görüşün tek tek sözcükler etrafında

³⁹¹ Fuller, “Positivism and Fidelity to Law...”, s. 662.

dönüyor oluşu”³⁹² olduğunu iddia eden Fuller bu konudaki eleştirisini şu şekilde dile getirmektedir³⁹³:

“ Kanunların yorumu yapılırken anlamlarını tespit etmek gerekir; fakat bu anlam tespit edilirken tek bir sözcüğe değil, cümleye, paragrafa, fıkraya, tüm sayfaya ya da metnin tamamına bakılır. Elbette bir paragraf hangi bağlamda ele alınırsa alınsın değişmeyen bir standart örnek değildir. Eğer kanun bir tür ‘esas anlam’a sahip görünüyorsa amacı için derin bir araştırma yapılmadan uygulanır. Bunun sebebi, olayın formüle edilmiş kuralın amacı içerisine girdiğini görmemizdir.”

Hart’ın tüm metinlerde aynı açıklıkta olan bir esas anlama sahip olduğunu belirttiği taşıt sözcüğünün hangi nesnelere olabileceğine dair bir şey söylemediğini iddia eden Fuller, “Parka taşıt girmesini yasaklayan kuralın uygulanması bize kolay görünüyorsa bu kuralın genel olarak neyi amaçladığını açıklıkla gördüğümüzden”³⁹⁴ demektedir. Buna göre bazı olaylarda kuralın amacının ne olduğunu sormadan uygulayabiliyor oluşumuz da kuralın amacının olmadığından değildir.³⁹⁵

³⁹² Fuller, “Positivism and Fidelity to Law...”, s. 662.

³⁹³ Fuller, “Positivism and Fidelity to Law...”, s. 663.

³⁹⁴ Fuller, “Positivism and Fidelity to Law...”, s. 663.

³⁹⁵ Fuller, “Positivism and Fidelity to Law...”, s. 663. “Kuralla amaçlanan parkta sessizlik sağlanması ya da gezinti yapanları kazadan korumak ise, düşünmeden biliriz ki gürültü yapan bir otomobil yasak kapsamındadır” diyen Fuller, Hart’ın değinilen bu ölçütünü yetersiz bulmakta ve ona şu soruyu yöneltmektedir: “Yörenin vatansızlarınca bir kaide üzerine oturtularak parka konan İkinci Dünya Savaşı’ndan kalma bir kamyon diğer vatandaşlarca çirkin bulunup “taşıt giremez” kuralı kapsamında değerlendirilse, iş görür vaziyetteki bu kamyon taşıtın esas anlamına mı, gölgeli alandaki anlamına mı dahildir?” (Bkz. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law...”, s. 663.)

Fuller, Hart'ın kelimelerin standart örnek teşkil edecek bir anlamı olmaması halinde etkili iletişimin kesileceği ve otorite içeren kurallardan oluşan bir hukuk sistemi inşa etmenin imkansızlaşacağına ilişkin görüşlerine katılmamaktadır.³⁹⁶

2) Ronald Dworkin

Hukuk felsefesi ve siyaset felsefesi alanındaki çalışmalarıyla bilinen Ronald Dworkin'in Hart'ın hukuk teorisine, özellikle hukuki pozitivizm anlayışına yönelik eleştirileri bu çalışma açısından da önem taşımaktadır.³⁹⁷ Eleştirilerinde genel olarak pozitivizmi hedef alan Dworkin, Hart'ın yaklaşımını eleştirirken de şunu düşünmektedir: Hart'ın düşüncesinde bir davayla karşılaşan yargıç “Burada uygulanacak hukuk nedir ve onu nereden bulabilirim?” sorusunu soracaktır ve bunun için bakacağı yer de hukuki olduğu kabul edilen önceden konulmuş kurallar sistemi olacaktır.³⁹⁸ Dolayısıyla yargıç bu sistem içinde yer almayan standartlara ve düşüncelere başvuramayacaktır.³⁹⁹ Dworkin'in görüşlerinin hukuki realistlerin görüşlerinin modern bir versiyonu olduğunu düşünen John Gregory Hund'a göre, Dworkin kuralların açık metni sebebiyle, sadece mantıksal analiz yoluyla ve önceden

³⁹⁶ Fuller, “Positivism and Fidelity to Law...”, s. 663.

³⁹⁷ Dworkin, “The Model of Rules” başlıklı makalesinde, pozitivizme yönelik genel bir eleştirisi olduğunu, bir hedefe ihtiyacı varsa hedef olarak da Hart'ın versiyonunu kullanacağını söylemektedir. Bkz. Ronald Dworkin, “The Model of Rules”, *Philosophy of Law*, ed.: Joel Feinberg, Jules Coleman, seventh edition, Thomson-Wadsworth, 2004, s. 87.

³⁹⁸ John Gregory Hund, “Two Forms of Theorizing About Law”, *Mind*, New Series, vol.86, no.344,1977, s. 595.

³⁹⁹ Hund, “Two Forms of...”, s. 595.

belirlenmiş kurallardan dedüksiyon aracılığıyla sonuç çıkarmanın yanlış olduğunu düşüncesindedir.⁴⁰⁰

Hart'ın hukuk terorisindeki kurallarla ilgili temel ayrımı Dworkin şöyle ifade etmektedir: "Bir kural bağlayıcı olabilir, a) çünkü kabul edilmiştir, b) çünkü geçerlidir"⁴⁰¹ Dworkin Hart'ın hukuk kavramının, bu gibi çeşitli ayrımların oluşturulması olduğunu düşünmektedir.⁴⁰² Yine Hart'ın da içinde bulunduğu hukuki pozitivism akımı, hukuk için tek temel ölçütün *kural* olduğu bir kurallar modeli ileri sürmektedir. Bu durumda kurallardan oluşmayan standartların önemini geri plana itmektedir.⁴⁰³ Oysa Dworkin'e göre zor davalarda yargıç standartlara ve düşüncelere müracaat etmelidir. Bu standartlara ve düşüncelere kural demek uygun olmayıp bunlar *ilkeler* olarak adlandırılırlar.⁴⁰⁴ Buna göre Dworkin hukukun sadece bir kurallar sistemi olduğunu savunan formalizme şiddetle saldırmakta, daha sonra Hart'ın *The Concept of Law*'daki başlıca tezlerinden hukukun birincil ve ikincil kurallardan oluştuğu tezini eleştirmektedir.⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ Hund, "Two Forms of...", s. 595. Hunt, formalizmin bakış açısını ve eleştirilere hedef olan başlıca özelliğini şöyle açıklamaktadır: "Hart'ın formalizm, Pound'un mekanik hukuk felsefesi, Wasserstrom'un dedüktivizm olarak karakterize ettiği hukuk teorisini eleştirenlerin çoğu şöyle düşünür. Bu teoriye göre bütün davalar, uygulamaları her zaman belirli ve öngörülebilir olan, sabit ve değişmez kurallara göre karara bağlanır. Buna göre, önceden var olan kuralların oluşturduğu boşluksuz bir sistem vardır ve bu sistem dedüksiyon süreci yoluyla her dava için bir çözüm sunabilir. Bu teoride yargıcın görevi hukuku 'bulmak'tır kesinlikle 'yaratmak' ya da 'yapmak' değildir. Bu açıdan teori resmi görevlilerin 'kural yapma' ve 'kural bulma' fonksiyonları arasında keskin bir ayrım yapmaktadır." Bkz. Hund, "Two Forms of...", s. 595.

⁴⁰¹ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 44.

⁴⁰² Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 44. Bu ayrımlara örnek olarak Hart'ın birincil kurallar – ikincil kurallar ayrımı gösterilebilecektir.

⁴⁰³ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 46.

⁴⁰⁴ Hund, "Two Forms of...", s. 596.

⁴⁰⁵ Hund, "Two Forms of...", s. 596. Bununla birlikte Hund'ın da belirttiği üzere Hart'ta kitabında formalizmi eleştirmektedir.

The Concept of Law'un, Dworkin'in görüşlerinin ele alındığı bölümlerinden birinde özetle şunlar söylenmektedir⁴⁰⁶:

“...Dworkin hukukun tamamlanmamış olduğu iddiasının gerçekte hukuk olmadığını, bunun pozitivistlerin çizdiği bir resim olduğunu iddia etmektedir. Hukuk kurallar yanında ilkeleri de bünyesinde barındırmakta, bu ilkeler aynı zamanda bir ahlaki haklaştırma zemini sağlamaktadırlar. Dworkin'in yorumlayıcı görüşüyle bakıldığında hukuk asla tamamlanmamış veya belirsiz değildir. Dolayısıyla yargıç karara ulaşmak için hukuk dışına çıkıp bir hukuk yaratıcı güç ifa etmeyecektir. Hukukun sosyal kaynakları kararı belirlemede başarısız olduğunda, ilkeler zor davalarla karşı karşıya kalan mahkemelerce devreye sokulmalıdır....”

Dworkin hukuk kuralları ve hukuki ilkeler arasında mantıksal bir ayırım olduğunu söylemekte, her iki standart dizisinin de belirli koşullarda hukuki yükümlülüğe ilişkin belirli kararları gösterdiğini, ancak kuralların ya hep ya hiç tarzında uygulandığını düşünmektedir.⁴⁰⁷ Bu durumda “eğer bir kuralın öngördüğü olgular gerçekleşmişse, ya kural geçerlidir ve bu durumda öngördüğü çözüm kabul edilir ya da o kural geçerli değildir, ki bu durumda karara hiçbir katkısı olmaz.”⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Hart, *The Concept of Law*, s. 272. Hart, ilkelerin devreye girmesinin yargısal hukuk yapmanın önemini ortadan kaldırmayacağını; zira zor davalar açısından birbiriyle yarışan analogileri destekleyen farklı ilkeler olabileceğini, bu durumda da yargıcın farklı ilkeler arasında sıklıkla bir seçim yapmak zorunda olduğunu düşünmektedir. Bunu yaparken vicdan sahibi bir kanun koyucu gibi hareket edecek, hukuk tarafından kendisi için belirlenmiş öncelikler dizgesine dayanarak neyin en iyi olup olmadığına karar verecektir. (Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 275.)

⁴⁰⁷ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 49.

⁴⁰⁸ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 49.

İlkeler kuralların sahip olmadığı ağırlık ve önem boyutuna sahip olmaları bakımından da kurallardan ayrılırlar.⁴⁰⁹ Buna göre ilkeler çatıştığında uyumsuzluğu çözecek kişinin her birinin göreceli ağırlığını dikkate alması gerekmektedir.⁴¹⁰ Kurallarda ise böyle bir ağırlık ve önem boyutu bulunmamaktadır; zira onların ancak işlevsel olarak önemli veya önemsiz olduklarından söz edilebilecektir.⁴¹¹

Hukuku kurallar, ilkeler ve politikaların bütünü olarak gören Dworkin, hukukun salt kurallardan oluşan bir sistem olduğu yaklaşımının, bu yaklaşımı savunan pozitivistlerin, ilke ve politikaları *tamamlanmamış kurallar* olarak görmelerine sebep olduğu düşüncesindedir.⁴¹² Buna göre hukuk standardı olarak kabul edilen ilke ve politikalar aslında kural olmaya çalışan standartlardır⁴¹³ ki ancak bu sayede hukuk sayılabilecekleri düşünülmektedir. Dworkin görüşlerini şöyle dile getirmektedir⁴¹⁴:

“...Aslında ben, ‘hukukun’ herhangi bir türde sabit standartlar dizisinden oluştuğu düşüncesine karşı çıkmak istiyorum. Benim görüşüm, daha çok, hukuki haklar ve ödevlere ilişkin belli bir soruna karar verirken hukukçuların dikkate alması gereken kesin değerlendirmelerin ilkeler gücünde ve biçiminde önermeler içereceği ve sonuçlarını haklılaştırabilecekleri zaman hakimlerin ve avukatların bizzat kendilerinin bu biçimde anlaşılması gereken önermeler kullandıklarıydı.”

⁴⁰⁹ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 51.

⁴¹⁰ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 51.

⁴¹¹ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 51. Bununla kastedilen, “bir hukuk kuralı bir diğer hukuk kuralından davranışın düzenlenmesinde daha çok ya da önemli role sahip olduğundan daha önemli olabileceği” ; ancak “bir kurallar sistemi içinde iki kural çatıştığında ağırlığından dolayı birinin diğerine üstün gelecek ölçüde, bir kuralın diğerinden önemli olduğunu söyleyemeyeceğimizdir.”(Bkz. Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 51.)

⁴¹² Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 60.

⁴¹³ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 65-66.

⁴¹⁴ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 108.

Yukarıda da değinildiği üzere zor davaların asıl yükünü ilkelerin taşıdığını düşünen Dworkin'in⁴¹⁵, Hart'ın açık metin karşısında yargıcın sahip olması gerektiğini düşündüğü takdir yetkisi konusunda da eleştirileri bulunmaktadır.⁴¹⁶ Pozitivistlerin hukuki takdir doktrini, bir dava mevcut bir yasayla çözülemiyorsa yargıcın kararını takdirini kullanarak vermesine dayanmaktadır; yani açık ve yerleşmiş bir kural varsa hakim takdir yetkisine sahip olamayacaktır.⁴¹⁷ Dworkin zor davalar ve takdir yetkisi aracılığıyla ortaya koymuş olduğu ilkeler yaklaşımı açısından bir değerlendirme yapmakta ve şu sonuca varmaktadır⁴¹⁸:

“Hukuk otoritesinden kaynaklanan standartlarla bağlı olmadığı anlamında, hakimin kurallar yetersiz kalınca takdiri olduğunu söylemekle, kurallar dışında hakimlerce bildirilen standartların onlar için bağlayıcı olmayacağını söylemek aynı şeydir.”

Dworkin'in Hart'ın yargısal takdir yetkisine ilişkin eleştirilerinden birisi, Hart'ın teorisinin haksız ve demokratik olmayan bir hukuk yapma formu olduğu yönündedir.⁴¹⁹ Buna göre, yargıçlar genellikle seçilmemektedirler; oysa sadece halkın seçilmiş temsilcileri kural yapma gücüne sahiptirler.⁴²⁰

⁴¹⁵ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 53.

⁴¹⁶ Dworkin'in takdir konusundaki güçlü anlamdaki takdir yetkisi-zayıf anlamdaki takdir yetkisi ayrımı için bkz. Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 57-59.

⁴¹⁷ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 59.

⁴¹⁸ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 60.

⁴¹⁹ Hart, *The Concept of Law*, s. 275.

⁴²⁰ Hart, *The Concept of Law*, s. 275.

Yine takdir yetkisine yönelik olarak Dworkin yargısal yasa yapmayı adil olmamakla suçlamaktadır; zira ona göre bu faaliyet geriye dönük (retrospective) ya da olgu sonrası hukuk yapmadır.⁴²¹

Hart, Dworkin'in demokratik ve adil olmama eleştirisi için pek çok cevap olduğunu ileri sürmektedir. Hart'ın bu konudaki cevabı özetle şöyledir⁴²²:

“...yargıçların, hukukun düzenlemekte başarısız olduğu alanlarda uyuşmazlıkları çözmek için hukuk yapma gücüyle görevlendirilmeleri gerekir. Bu, kanun koyucunun bir konuda düzenleme yapmasını beklememek için ödenecek bir bedel olarak kabul edilebilir. Kaldı ki yargıçlar bu gücü kullanırken sınırlandırılmışlardır; kanun yapamazlar ya da reformları genişletemezler, sadece belirli dava tarafından ortaya atılan sorunun çözümü için kural yaratırlar. Dolayısıyla sözü edilen bedel küçüktür denilebilecektir. Ayrıca, sınırlı yasama gücünün idareye devri modern demokrasilerin alışılmış bir özelliğidir. Bu devrin mahkemelere yapılması demokrasi açısından daha büyük bir tehdit gibi görünmemektedir.”

Yine Dworkin'in diğer eleştirisi için de cevap veren Hart, “Geriye dönük hukuk yapmayı haksız yapan neden, eylemin yapıldığı zaman oluşturulmuş hukukça belirlenen eylemlerinin hukuki sonuçlarına güvenen kişilerin haklı beklentilerini boşa çıkarmasıdır.”⁴²³ demektedir. Oysa Hart'a göre, zor davalar açısından tamamlanmamış hukuki düzenlemelerin olduğu davalardan bahsedilmektedir; yani beklentileri haklılaştıracak açıkça oluşturulmuş bilinen bir durum bulunmamaktadır.⁴²⁴

⁴²¹ Hart, *The Concept of Law*, s. 276.

⁴²² Hart, *The Concept of Law*, s. 275.

⁴²³ Hart, *The Concept of Law*, s. 276.

⁴²⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 276.

Dworkin zor davaların bir siyasi kuram sorusu ortaya koyduğunu⁴²⁵ söylemekte kurallar, ilkeler ve politikalardan oluşan bir hukuk öngörmektedir. Hart'ın zor davaların sadece hukuk "açık metin" olduğu için ortaya çıktığı şeklindeki argümanını da yetersiz bulmaktadır.⁴²⁶

Hart'ın açık metinle ilgili görüşleri semantik gelenekle ilişkidir.⁴²⁷ Bu teorinin ne anlama geldiği ve Hart'ın hukuk anlayışındaki yansıması Uygur tarafından şu şekilde açıklanmaktadır⁴²⁸:

"...Bu gelenekte, bir kelime veya cümlenin anlamı, onunla birleştirilen özellikler veya tasvirlerin bütünüdür ve bir terimin anlamı, onunla ilgili kriteri karşılayan şeylerin bütünüdür. Örneğin 'bekar' terimiyle insanların ilişkilendirdiği evlenmemiş kişi tanımı verilmekte ve terimin alanı bu terimi karşılayan, örneğin evlenmemiş kişileri kapsamaktadır. Hart, geleneksel semantik versiyonu, yani kelimelerin anlamını konvansiyonellikle birleştiren versiyonu kabul etmektedir. Buna göre hukuki terimlerin anlamı onlarla konvansiyonel olarak birleştirilen kriterin tamamını içermektedir; yani hukuki terimlerin belirli bir anlama sahip olması, bu terimlerle birleştirilen özellikler veya tanımlar üzerinde bir uzlaşmanın varlığında söz konusudur."

Hart'ın semantik yaklaşımı çeşitli eleştirilere de hedef olmuştur. Bunlardan en önemlisi Dworkin'in "semantik iğne" (semantic sting) olarak bilinen eleştirisidir.

⁴²⁵ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 140.

⁴²⁶ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 147. Çünkü ona göre "hakimler sıklıkla sadece bir kural ya da ilkenin nasıl yorumlanması gerektiği hakkında değil, bir hakimin alıntı yaptığı kural ya da ilkenin bir kural ya da ilke olarak tanınıp tanınmaması gerektiği hakkında da anlaşmazlığa düşerler." (Bkz. Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 147.)

⁴²⁷ Gülriz Uygur, "Objektiflik, Hukuk ve Ronald Dworkin", *Aydınlanma ve Hukuk- Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye'de Hukuk*, Haz.: Levent Köker, Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 35.

⁴²⁸ Uygur, "Objektiflik, Hukuk...", s. 35.

Bu eleştirisinde Dworkin, Hart'ın hukukçuların anlaşmazlıkları hakkında doğru çıkarımlarda bulunma konusunda yetersiz görüldüğünü vurgulamaktadır.⁴²⁹ Hart'ın kelimelerin anlamlarını nasıl kazandıklarına ilişkin semantiğe dayanan teorisi de Dworkin tarafından yine yetersiz bulunarak eleştirilmektedir.⁴³⁰ Uygur, Dworkin ile Hart arasındaki görüş farklılığını açıklarken iki düşünürün konvansiyonalist olup olmamaları bakımından birbirlerinden ayrıldıklarını vurgulamaktadır. Buna göre hukuki geçerlilik kriteri (tanıma kuralı) açısından özellikle hukuki aktörlerin uzlaşmasını arayan Hart konvansiyonalistken, hukuku belirlemedeki kriter üzerinde uzlaşmayı aramanın yeterli olmadığını düşünen Dworkin konvansiyonalist değildir⁴³¹; zira Dworkin'e göre bir anlamın içeriği hakkında uzlaşmanın değil de anlamlı anlaşmazlıkların olabildiği görülmektedir.⁴³²

Bir kavramın içeriğinin nasıl elde edildiğini ortaya koymak için “insanların üzerinde uzlaşması” şeklinde bir zemin arayan Hart'ın görüşlerini *kriteryal bir yaklaşım* olarak gören ve eleştiren Dworkin⁴³³ kendi yaklaşımını yorumlayıcı bir teori olarak açıklamakta, hukuk kavramının en azından karmaşık politik toplumlarda

⁴²⁹ Stavropoulos, “Hart's Semantics”, s. 98.

⁴³⁰ Michael Steven Green, “Dworkin v. Philosophers: A Review Essay on Justice in Robes”, *University of Illinois Law Review*, 2007, s. 1479'dan aktaran Uygur, “Objektiflik, Hukuk...”, s. 35.

⁴³¹ Green, “Dworkin v. Philosophers:...”dan aktaran Uygur, “Objektiflik, Hukuk...”, s. 35 Uygur'un Green'e göndermesiyle değindiği üzere, Dworkin'in eleştirileri incelenirken semantiğin farklı anlamlarından biri açısından değerlendirmede bulunulduğu da belirtilmelidir; zira gerek Dworkin gerekse Hart hukuk kavramının içeriğiyle ilgilenmeleri bakımından “bir kelimenin anlamını veya içeriğini belirlemek” anlamındaki semantikle ilişkilidirler. Fakat bu anlam ve içeriğin nasıl ortaya çıktığını ortaya koyan semantik yaklaşım açısından farklılaşmaktadırlar. Dworkin'in eleştirisi ikinci anlamda semantikle ilgilidir. (Bkz. Uygur, “Objektiflik, Hukuk...”, s. 35.)

⁴³² Green, “Dworkin v. Philosophers: ...”dan aktaran Uygur, “Objektiflik, Hukuk...”, s. 36.

⁴³³ Uygur, “Objektiflik, Hukuk...”, s. 35.

yorumlayıcı bir kavram olarak işlev gördüğünü düşünmekte⁴³⁴ ve kriteriyal kavramlarla ilgili şüphelerini şöyle dile getirmektedir⁴³⁵:

“İnsanlar sadece bir tanım üzerinde uzlaştıklarında bazı kavramları paylaşırlar – kabaca ya da tam bir şekilde- Bu ortak terimin ya da deyimim doğru uygulanması için bir kriter oluşturulması anlamındadır. Örneğin, insanlar bekarlık kavramını sadece bir bekarın evli olmayan kişi olduğunu biliyorlarsa paylaşırlar. Ya da eşkenar üçgen kavramı üzerinde, böyle bir üçgenin tüm kenarlarının eşit uzunlukta olduğunu bilmeleri halinde uzlaşırlar. Eşkenarlık kesin bir kavramdır. Bazı belirsizlikler olsa da (örneğin on sekiz yaşında hiç evlenmemiş birisi bekar mıdır?) bekarlığın epey kesin olduğu söylenebilir. Diğer kriteriyal kavramlar çok daha az kesindirler. Evlilik kavramı orta derecede muğlaklık içeren kriteriyal bir kavramdır: farklı toplumlardaki evlilikler açısından pek çok farklı formda hukuki ve sosyal düzenlemeyle karşılaşabiliriz...Bu türden bir teori geliştirmek bazı belirli amaçlar için daha kesin bir tanım oluşturmak niyetindedir. Fakat bir tanımın kavramın içeriğini diğerlerinden daha kesin olarak ifade ettiği iddiası bir hata olabilir. Örneğin evliliğin içeriğinin bir kadın ve erkeğin birlikteliği olduğunu söylemek eşcinsel evlilikleri çelişkili bir ifade (oxymoron) haline getirecektir.”

Dworkin yukarıda da değinildiği üzere “hukukun yorumlayıcı bir kavram olduğunu belirtip hukuki yorumlama üzerinde durmuş, hukuk uygulamasında yargıçların nasıl karar aldıkları ve aldıkları kararlarda hangi ilkeleri nasıl kullandıklarıyla ilgilenmiştir.”⁴³⁶ Ancak bu yorumlayıcı yaklaşım Hart’ın teorisinde sadece zor davalar ve açık metin alanında uygulayıcıya tanınmış bir imkanken Dworkin yorumlayıcı teoriyi hukuk sisteminin bütününe yaymış görünmektedir.

⁴³⁴ Ronald Dworkin, *Justice In Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 2006, s. 12.

⁴³⁵ Dworkin, *Justice In Robes*, s. 9-10.

⁴³⁶ Uygur, “Objektiflik, Hukuk...”, s. 37.

3) David Lyons

Lyons'a göre açık metin teorisinin aksine hukukun belirsizliği sıradan kuralların belirsizliğinden çıkarsanamaz. Buna göre, genel terimlerin açık metinli oluşu bir şeydir, kuralların açık metinli oluşu başka şeydir, hukukun açık metinli oluşu başka bir şeydir. Birinci ikinciyi kapsayabilir ama ne birinci ne de ikinci üçüncüyü kapsar.⁴³⁷

Lyons, Hart'ın açık metin teorisinde sıkça sözünü ettiğimiz taşıt örneğinden yola çıkarak düşünürü bazı açılardan eleştirmektedir. Lyons'a göre, herhangi bir yasal kural bisikletlerin parka girişini yasaklamıyorsa, ya da kurallar dışındaki diğer bir hukuk normu varsa ve bu normlardan biri tarafından getirilmiş böyle bir yasak yoksa, o halde, bisikletlerin parka girişine hukuk tarafından izin verilmiş demektir.⁴³⁸

Lyons burada açık metin teorisinden daha kesin bir sonuca ulaşıldığını ve bu sonucun daha makul görüldüğünü belirtmektedir. Bunun arka planında ise *hukuken yasaklanmayan bir davranışa hukukten izin verilmiş demektir* ilkesi bulunmaktadır.⁴³⁹

Lyons bu konuda şunları söylemektedir⁴⁴⁰:

“Örneğin Ann'in parka araç girmesinin yasaklandığı bir parka bisikletiyle girdiğini düşündüğümüzde, bu davranış kuralın gölgeli alanına giriyorsa kural bu davranışı ne yasaklıyor ne de izin veriyor demektir. Bu, kuralın ait olduğu hukuk sisteminin böylesi davranışları ne yasakladığı ne de izin verdiği anlamına gelmez. Yani hukuk sisteminde de bu konuda bir gölgeli alanın var olduğunu söyleyemeyiz. Bir kural ya da diğer hukuk normu Ann'in davranışını yasaklamıyorsa; hukuk, hukuk kurallarının yasaklamadıklarına izin verir.

⁴³⁷ Lyons, “Open Texture...”, s. 300-301.

⁴³⁸ Lyons, “Open Texture...”, s. 300.

⁴³⁹ Lyons, “Open Texture...”, s. 300.

⁴⁴⁰ Lyons, “Open Texture...”, s. 300

Dolayısıyla Ann'in bu eylemine hukuk sisteminin bütünü izin vermiş demektir. Diğer bir deyişle, genel terimlerin ya da kuralların açık metinli oluşu otomatik olarak hukukta boşluklara sebep olmaz.”

Parka taşıt girmesini yasaklayan kural bisikletlere izin vermiyor denerek, kuralın gölgeli alanındaki davranışın da yasaklanacağı sonucuna varmak Lyons'un ifadesiyle *hukuki özgürlüğü* gözden kaçırmak demektir.⁴⁴¹ Bu görüş kabul edilirse yukarıda verilen örnekte, parka bisikletiyle giren kişi parka taşıt girmesini yasaklayan kuralı ihlal etmekle suçlanıyor olsa ve bu konu mahkeme önüne gelse, yargıç kuralın ihlal edilmesine dayanarak bu eylemin hukuku ihlal edip etmediğini belirleyecektir.⁴⁴² Yukarıda da ifade edildiği gibi Lyons, parka araç girişini yasaklayan kural ya da başka bir kural böyle bir eylemi yasaklamıyorsa ve yargıç var olan hukuka göre karar veriyorsa bu eylemin hukuku ihlal etmediğine, burada davayı haklı çıkaracak bir sebebin olmadığına hükmedilmesi gerektiği düşüncesindedir.⁴⁴³

Lyons'a göre kendisinin ileri sürdüğü bu yaklaşım Hart'ın gölgeli alanlardaki davalarda yargıçtan beklediğinden farklıdır. Şöyle ki Hart'a göre böylesi bir durumda yargıç şu sırayı izleyerek karar vermelidir⁴⁴⁴:

⁴⁴¹ Lyons, “ Open Texture...”, s. 300.

⁴⁴² Lyons, “ Open Texture...”, s. 301.

⁴⁴³ Lyons, “ Open Texture...”, s. 301. Lyons, bu yaklaşımın istenmeyen bir politika olduğunun, böyle yapıldığında kanuna karşı gelenlere çok hoşgörülü davranılmış olunacağını iddia edebileceğini; ancak kanun bisikletlerin parka girişini yasaklamadığından, gerçekte açık metin teorisine göre de Ann'in hukuku ihlal etmemiş olduğunu savunmaktadır. (Bkz. Lyons, “ Open Texture...”, 7 numaralı dipnot, s. 301.)

⁴⁴⁴ Lyons, “ Open Texture...”, s. 301. Lyons yargıçların genelde bu şekilde, yani Hart'ın sıraladığı yolu izleyerek eylemde bulunmadıklarını belirtmektedir. Ona göre yargıçlar, genellikle kuralın davranışı yasakladığını ya da davranışa izin verdiğini açıklamak konusuna şüpheli yaklaşırlar, kuralın davalıya yüklenen eylemi yasaklamadığını belirtir ve hukuku değiştirirler. (Bkz. Lyons, “ Open Texture...”, s. 301.)

- 1) Yargıç, öncelikle, var olan hukukun bu eyleme izin verip vermediğini ya da yasaklayıp yasaklamadığını belirler.
- 2) Boşluğu tespit edince yasa koyucunun temsilcisi olma görevini yapıp kuralı modifiye eder, boşluğu doldurur.
- 3) Yenilenen kuralı geriye dönük olarak uygular.

Lyons, Hart'ın yargıçların kuralları uygularkenki tutumlarını yanlış değerlendirdiği düşüncesindedir. Bunu da şöyle açıklamaktadır⁴⁴⁵:

“Hart, yargıçlardan kuralları uygulamaları istendiğinde kuralları yorumluyorlarmış gibi hareket ettiklerini kabul etmektedir. Yargıçlar hukukun yorumlanmasına ihtiyaç duyulan davalarda görüşlerini açıklarken genellikle yeni bir hukuk yapıp bunu geçmişe etkili olarak uyguladıklarını düşünmezler. Mevcut hukuku nasıl okuduklarına ilişkin sebeplerini ve tartışmalı yorumlara karşı sebeplerini ortaya koyarlar. Hukuku yorumluyormuş gibi davranan sadece yargıçlar değildirler. Yargıçlar görüşlerini yazarken avukatların argümanlarına ve kendilerine muhalif meslektaşlarına da yanıt verirler. Avukatlar genelde hukuk içerisindeki değişiklikleri tartıştıklarını düşünmezler. Hukuk akademisyenleri de yine aynı şekilde mevcut hukuka dayanıyor görünen bazı yorumları savunurlar ve tartışılan, birbiriyle yarışan yorumların sağlam olmadıkları eleştirisini getirirler.”

Lyons'un açık metin alanında hukuki özgürlük ilkesinin dışında vurguladığı bir diğer nokta da, hukuk sistemlerinin, insanların, hukuki sorumluluğun adil uyarımını hak ettiklerine dair inancı gerçekleştirdiği kabulüdür; “yani bir eylem yasal olarak cezalandırılmadan önce düzenlenen sorumluluk duyurulmalıdır”.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ Lyons, “Open Texture...”, s. 301-302.

⁴⁴⁶ Lyons, “Open Texture...”, s. 302.

Lyons, açık metin teorisinin gölgeli alandaki davalarla karşılaştığında yargıçtan beklediği iki alternatif yoldan birincisini şu şekilde açıklamaktadır⁴⁴⁷:

“Eğer Hart gibi farz edersek, yani bu tip gölgeli alandaki davalar hakkında var olan hukuka dayanılarak karar verilemeyeceğini ve geriye etkili ‘yargısal yasamanın’⁴⁴⁸ uygulanması ile dava hakkında karar verilebileceğini söylersek, olgunun yargısal davranış içinde, daha genel olarak hukuk pratiği içinde, daha açıkça belirlediğini düşünmemiz gerekir. Bu böyle değildir.”

Yargıcın gölgeli alandaki sorunlarla nasıl başa çıkabileceğini gösteren hukukun bir diğer ve Lyons’a göre daha makul görünümü “gerisinde yasaklanmayan davranışa izin verilmiş olduğuna dair ilkeyi barındıran bir yoldur”.⁴⁴⁹

Buraya kadarki açıklamalarının ardından açık metin teorisi ile yargıçların, avukatların, hukuk akademisyenlerinin yorumlayıcı davranışları arasında bir ayrılık olduğunu belirten Lyons, “açık metin teorisinin sağlam olmadığı, geçersiz olduğu ikinci ihtimali üzerinde düşünülmelidir.”⁴⁵⁰ demektedir. Ona göre açık metin teorisinin revizyona ihtiyacı vardır; zira açık metin teorisine göre, Hart’ın da belirttiği gibi doğru tanımlamalar belirsiz veya tartışmalı olamazlar; fakat bu inandırıcı görünmemektedir.⁴⁵¹

⁴⁴⁷ Lyons, “Open Texture...”, s. 302.

⁴⁴⁸ Bu terimle, yukarıda değinilen, yargıcın vekil yasa koyucu gibi hareket etmesi durumunun anlatıldığı düşünülmektedir.

⁴⁴⁹ Lyons, “Open Texture...”, s. 302-303. Lyons, bu görüşü benimsendiğinde gölgeli alandaki davaların ortadan kalkacağını söylememiz gerektiğini; ancak bu davaların ortadan kalkmadıklarını ileri sürmektedir. (Bkz. Lyons, “Open Texture...”, s. 303.)

⁴⁵⁰ Lyons, “Open Texture...”, s. 303.

⁴⁵¹ Lyons, “Open Texture...”, s. 306.

Hart değerlendirici ve ahlaki terimleri içeren hukuk hakkında şöyle düşünmektedir: Ahlaki ya da değerlendirici terimleri kapsayan ve yasa koyucunun bir adil oran ya da güvenilir sistem için koyduğu kurallar belirsiz standartlardır ve bunları içermeyen kurallara göre daha belirsizdirler.⁴⁵² Yukarıda da değinildiği üzere Hart, neyin adil oran ya da güvenilir sistem olup olmadığına ilişkin kararın en baştan verilebildiği davaların pratikte çok da karşımıza çıkan türden davalar olmadığını, pratikte karşımıza çıkan gerçek davalarda kuralın uygulanmasının çatışan menfaatlerin dengelenmesi için gereken farklı yollar arasında yapılacak resmi bir seğişi gerektirdiğini; dolayısıyla burada tek bir doğru cevabın olmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir.⁴⁵³ Lyons, Hart'ın ahlaki ya da değerlendirici terimler içeren hukuk kurallarının çok daha boşluklu bir yapıya sahip oldukları, hatta neredeyse tüm kullanımlarının gölgeli olduğu yönündeki düşüncelerine de katılmamaktadır; zira ona göre, ilgilerin karışık, her iki farklı görüş için de iyi nedenlerin oluşu, ahlaki veya değerlendirici terimler içeren kuralların tek bir doğru uygulaması olamayacağını farz etmemiz için bir neden oluşturmaz.⁴⁵⁴

⁴⁵² Lyons, "Open Texture...", s. 306.

⁴⁵³ Lyons, "Open Texture...", s. 306. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, s. 131-132.

⁴⁵⁴ Lyons, "Open Texture...", s. 306. Lyons, Hart'ta açık metin ile tanıma kuralı (rule of recognition) arasında da bağlantı kuracak değerlendirmelerde bulunmuştur. "Tanıma kuralı, ahlaki ilkeler ve değerlerle uygunluk içinde hukuki geçerliliğin kriteri olabilir." diyen Hart'ın görüşlerine değindikten sonra şöyle devam etmektedir: "Dolayısıyla uygun ahlaki ya da değerlendirici kriteri sağlamayan kural hukuk olarak kabul edilemez. Bununla birlikte Hart, hukukun ahlaka referans verilmeden de tanımlanabileceğini söyler. Ahlaki veya değerlendirici kriterlerin belirli olmadığını söyler ve ahlaki yargıların objektif duruştan yoksun olması fikrini hukuk teorisinin içine alır. Bu Hart'ın 'hukukun açık metni' tartışması içindeki ahlaki ve değerlendirici kriterinin tartışmasıyla uyum gösterir." (Bkz. Lyons, "Open Texture...", 12 numaralı dipnot, s. 306.)

4) Diğer Değerlendirmeler

Yukarıda sayılanların dışında da Hart'ın açık metin teorisini ve onunla bağlantılı kolay dava - zor dava ayrımı, çekirdek alan - gölgeli alan ayrımı gibi konularda değerlendirmelerde bulunan başka isimler de bulunmaktadır. Örneğin Hart'ın standart davalar - gölgeli alan problemleri ayrımına karşı çıkıp hiçbir davanın kolay dava olmadığını ileri sürenlerden birisi olan George Fletcher'a göre, standart davalar açısından (kolay davalarda), uyuşmazlığa uygulanacak kurala ilişkin şartların oluşup oluşmadığının tespiti, bu şartların oluşup oluşmadığına dair karar verme süreci yargıda bulunma ve değerlendirme hareketini gerekli kılar ki bu da bir seçim veya takdir yetkisi olarak düşünülebilir.⁴⁵⁵ Dolayısıyla Hart'ın standart dava olarak tanımlayıp basit bir tündengelimle sonuca ulaşılacağını iddia ettiği davaların “standart”, “kolay” dava olarak algılanması dahi bir seçişi, yargıda bulunmayı gerektirmektedir. Böyle bakıldığında yargıçların takdir ve seçimde bulunma yetkisine sahip olmaları bakımından kolay davaları zor davalardan ayırmak oldukça güçleşecektir.⁴⁵⁶

Bix'in, Hart'ın açık metin teorisini ortaya koyarken belirli, genel bir dil felsefesi yaratma, hazırlama veya savunmayla ilgilenmediği, onun daha çok kuralların uygulanma yolu ve nasıl uygulanmaları gerektiğiyle ilgilendiği görüşünde olduğu belirtilmişti.⁴⁵⁷ Bix, Hart'ın açık metne ilişkin söylediklerinden daha fazla yararlanabilmek için dilin doğasına dayanan sonuçların, kurallara ve kuralların uygulanmasına dayanan sonuçların, kuralların en iyi nasıl uygulanacağına dair genel

⁴⁵⁵ George P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, New York, 1996, s. 57'den aktaran Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 4.

⁴⁵⁶ Özkök, “Hukuki Belirsizlik...”, s. 4.

⁴⁵⁷ Bkz. Bix, “H.L.A Hart...”, s. 66.

tavsiyelerin ve durumların belirli tipleri içinde temel bulan kural uygulama ya da kurumsal ilişkilerin özel görünümleri için verilen genel tavsiyelerin çözümlenmesi gerektiğini düşünmektedir.⁴⁵⁸

Hart köklerini hukuki pozitivizm ve kurallar anlayışında bulabildiğimiz belirsizliğe ilişkin bir açık metin teorisi ortaya koymaktadır. Yukarıdaki eleştirilerin her biri farklı yönleriyle Hart'ın açık metin yaklaşımını değerlendirmekle birlikte hukuki belirsizliğin reddi yoluna gitmemektedirler. Bunun yerine örneğin Fuller, gölgeli alan problemini yorum konusuyla ilişkilendirmekte ve tek tek söcükler etrafında yapılan bir yorum değil de kuralın yer aldığı cümle, fıkra hatta tüm metin bağlamında bir değerlendirmeden yana tutum sergilemektedir. Bunu yaparken de kuralın amacı gözetilmelidir. Fuller'a göre kelimelerin standart örnek teşkil edecek bir anlamı olmaması soruna çözüm bulunamayacağı anlamına gelmemektedir.

Dworkin Hart'ın görüşlerine karşı daha temelden ve yeni bir hukuk anlayışı ortaya koyacak şekilde eleştiriler getirmektedir. Hukuki pozitivizmi temel hedefi haline getiren Dworkin açısından kural temelli yaklaşım hukukun açıklanmasında yeterli değildir. Böylesi bir açıklama açık metin alanında takdir yetkisi kullanan yargıcın yaptığı faaliyetin sakıncalarını da beraberinde getirmektedir. Örneğin Dworkin'e göre bu halde yargıç kanun koyucunun yerine geçmekte hem de kişilerin suçu işlemeyen önce sonucu öngöremedikleri geriye etkili bir yargısal işlem ortaya koymaktadır. Bu Dworkin'in eleştirilerinin yargısal takdire ilişkin boyutudur. Düşünür, Hart'ın semantik geleneğe dayanan kriteriyal yaklaşımını da eleştirmekte,

⁴⁵⁸ Bix, "H.L.A Hart...", s. 71-72.

kavramların anlamı üzerinde uzlaşıyla belirlenen tanımların hukuki kesinlik ve belirliliği tam olarak sağlayamadığı durumlara işaret etmektedir.

Hart'ın açık metin görüşüne yönelik bir diğer eleştiri Lyons'tan gelmektedir. Lyons genel terimlerin, hukukun ve kuralların açık metinli oluşunun her birinin farklı kavramlar olduğunu dile getirmektedir. "*Hukuken yasaklanmayan bir davranışa hukuken izin verilmiş demektir*" ilkesinden hareket eden Lyons, Hart'ın açık metin teorisinin hukuki özgürlük ilkesine zarar verdiği düşüncesindedir. Ayrıca ahlaki ve değerlendirici terimler içeren kuralların tüm kullanımlarının belirsiz, gölgeli olduğu düşüncesini reddetmektedir.

Hart'ın açık metin teorisine yönelik oldukça radikal eleştiriler de yöneltilmiştir. Örneğin Fletcher'a göre, Hart'ın kolay dava - zor dava ayrımı yapması doğru değildir; zira yargılama ve değerlendirme faaliyeti içerisinde yapılan pek çok işlem hukuk içerisinde hiçbir davanın kolay dava olmadığına kanıt olarak ileri sürülebilecektir. Bugün Hart'ın teorisine yönelik tüm bu tartışmaların canlılığını koruyor oluşu düşünürün hukuk felsefesi içerisindeki önemini de kanıtlar görmektedir.

SONUÇ

Hukuk felsefesinin üç temel sorununun, hukuk kavramının tanımlanması, hukuki düşünme metodlarının analizi ve hukukun değerlendirilmesi olduğu söylenebilir.⁴⁵⁹ Aralarında hukuki pozitivistin de bulunduğu farklı hukuk okulları kendi yöntem ve argümanlarıyla bu sorunların çözümlerini bulmaya çalışmışlardır. Hukuki sorunların çözümünü mevcut pozitif hukukta arayan pozitivist okulun temsilcilerinden birisi olan Hart hukuka bakışı açısından diğer düşünürlerden ayrılmış, hukuki pozitivistin temel savlarından bazıları konusundaki, örneğin hukuk-ahlak arasındaki ayrım konusundaki, esnek tutumundan ötürü “ılımlı hukuki pozitivist” olarak nitelenmiştir. Hart’ın pozitivist anlayışındaki bu belirgin farklılık düşünürün belirsizlik tartışmalarında da kendini göstermektedir.

Hart, hukukun anlaşılmasında merkezi kavramın “kural” olduğu düşüncesindedir. Kuralda yer alan kelimelere ve bunların anlamları üzerine yoğunlaştığı hukuk teorisinde hukuk felsefesinin dilbilimle kesişim alanlarını ortaya koymuş, izlediği yöntemde semantik (anlambilimsel) yaklaşımın izleri görülmüştür. Yetkililerin pratiğinden ve toplumun kabulünden doğan bir uzlaşmayı anlamın oluşması açısından belirleyici gören Hart, bu özelliğinden dolayı konvansiyonalist olarak nitelenmiştir. Hukuk anlayışında belirleyici olan kurallar modeli (birincil, ikincil kurallar ve özellikle tanıma kuralı) de bu konvansiyonalist anlayışla biçimlenmiştir.

Hart, kuralların bir kısmının hukuki sorunların çözümünde sorun çıkarmadan işlev gördüklerini ancak bazılarının belirli bir çekirdek anlamın yanı sıra sahip oldukları gölgeli, şüpheli anlam alanından ötürü belirsizlik içerdiklerini iddia

⁴⁵⁹ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s.11.

etmektedir. Dilin kendi belirsizliğinin yanı sıra, kurallarda hakkaniyet, eşitlik, makul olma gibi genel standartlar kullanılması da belirsizliğin bir diğer nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Üçüncü neden, düşünürün de parçası olduğu Anglo-Amerikan içtihat hukukunun doğasında gizli olan belirsizliktir. Genel olarak bu üç nedenden hareket eden Hart, hukuktaki belirsizliği ve tamamlanmamışlığı ifade ederken açık metin (open texture) terimini kullanır.

Hart'ın hukuku kurallarla açıklayan pozitivizm anlayışı bu belirsizlik teorisiyle birleştiğinde *kolay dava - zor dava* şeklindeki bir başka ayrımı daha beraberinde getirmektedir. Hukuk içerisindeki mevcut hukuki materyallerle rahatlıkla sonuca gidilebilen açık, kolay davaların yanı sıra hukuk kurallarındaki ve genel olarak hukuktaki belirsizlik sebebiyle tek bir doğru cevabın bulunmasını güçleştiren zor davalarda, hukuk kuralları mevcut uyumsuzluğu çözme konusunda yetersiz kalmaktadır. Bu noktada Hart yargıcın takdir yetkisi kullanarak kuralın anlamını belirleyeceğini ve uyumsuzluğu çözeceğini belirtmektedir. Hart'ın yargıcın takdir yetkisinden söz ettiği bu görüşleri hukuki yorum konusunu da düşünürün teorisiyle ilişkili hale getirmiştir.

“Kişilerin temel haklarının korunması talebi ve mevcut koşullarda gereklerinin, sürekli olarak, ülkeler ve dünya düzeyinde gerçekleştirilmesi talebi olarak”⁴⁶⁰ dile getirilebilecek adalet kavramı hukuk felsefesinin temel tartışma konusu, hukukun kaynağı olan toplumun özelemlerinden birisi olmuştur. Hart'a göre açık metin alanında adalete uygun çözümü bulma görevi yargıca düşmektedir. İoanna Kuçuradi, “kendine özgü bir etik ilişki” dediği yargıçlıktan söz ederken bilgilendirme (soruşturma), yargılama (muhakeme etme), karar verme adımlarının izlendiği bir

⁴⁶⁰ İoanna Kuçuradi, “Adalet Kavramı”, *Adalet Kavramı*, ed.:Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2001, s.45.

sürece işaret etmektedir.⁴⁶¹ Olaya uygulanacak kuralın belirlendiği muhakeme aşamasında kuralın mevcut uyumsuzluğu çözmeye engel olacak bir gölgeli alana sahip olması halinde yargıç takdir yetkisi kullanacaktır; ancak bunu yaparken Hart'ın işaret ettiği keyfiliği önleyecek tarafsızlık, objektiflik gibi birtakım karakteristik yargıçlık erdemlerinden faydalanması gerekecektir.

Bugün özellikle analitik hukuk felsefesi yaklaşımı açısından başlıca referans kaynaklarından birisi olan Hart, hukuki pozitivism'e getirdiği yeni yaklaşımla tartışmalara yön vermiştir. Bu çalışmada da öncelikle geleneksel hukuki pozitivism'den çok "ılımlı hukuki pozitivism"e yakın durduğu söylenebilecek olan Hart'ın hukuk - ahlak ayrımı üzerine düşünceleri ve kural sistemi anlayışının açık metin tartışması açısından, özellikle hukuki belirsizlik açısından nasıl bir anlam ifade ettiği üzerinde durulmuştur. Ardından, "açık metin kavramı"na çalışmalarında yer veren veya hukuki belirsizlik sorunu etrafında Hart'ın teorisiyle ilgili olduğu saptanan üç isimden, Bertrand Russell, Friedrich Waismann ve Ludwig Wittgenstein'dan, açık metin kavramının arka planını oluşturmak bakımından söz edilmiştir. Bu üç isimden özellikle Waismann'ın, açık metinle aynı şeyi kastetmeseler dahi, Hart'ın kavrama dair belirlemelerine kaynaklık ettiği düşünülen bir filozof olduğu saptanmıştır. Aynı bölümün sonunda ise, ikinci bölümdeki hukuki belirsizlik tartışmasına işaret edecek şekilde, Hart'ın açık metin kavramı ile hukuki belirsizlik hakkındaki düşünceleri arasındaki bağdan söz edilmiştir.

⁴⁶¹ Bkz. İoanna Kuçuradi, *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2006, s.127-138. Kuçuradi'ye göre "...[yargıç] iki ayrı mihenk taşımlı –etik kriteri ve hukuk ölçüsünü ya da normunu- yargıladığı eylemle ilgili olarak bağdaştırmak; eylemin değerine bakarak bağlanabileceği yasayı bulmak ve iddia sahibinin kurup kendisine sunduğu bağlantıyı kendi kurduğu bağlantıya göre sınamak zorundadır..." Bkz. Kuçuradi, *Etik*, s. 145.

Hart'ın *The Concept of Law* isimli eserinin “Formalism and Rule Scepticism (Formalizm ve Kural Şüpheliği)” başlığı altındaki değerlendirmeler dikkate alındığında, düşünürün hukukta mutlak bir belirlilik iddiasını desteleyen klasik hukuki formalizm ile bunun aksini savunan; yani hukukta belirlilikten söz edilemeyeceğini ileri süren hukuki realizmin savlarını aşırı bulduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Buradan yola çıkarak Hart'ın hukuki belirsizlik açısından hukuki formalizm ve hukuki realizm arasında bir orta yol izlediği söylenebilecektir; zira Hart'ın hukuk kurallarının her zaman hukuki sorunların çözümü için yeterli olmadığı, ancak hukuk içerisinde mutlak bir belirsizlikten söz etmenin de doğru olmadığı, hukuk kurallarının hukuki sonucu herhangi bir şüpheye yer bırakmayarak belirleyebildiği örneklerin de bulunduğu yönünde belirlemeleri olduğu görülmüştür.

Kavramsal altyapısı ve genel hatlarıyla değerlendirilen açık metin kavramının, Hart'ın hukuk teorisinde nasıl anlam kazandığı ve ne gibi sonuçlar doğurduğu da çalışmada ortaya konulmaya çalışılmıştır. Hart'ın hukukta belirsizlik nedenleri olarak sıraladığı dilin belirsizliği, kuralların uygulanmasındaki belirsizlik ve içtihat hukukundan kaynaklanan belirsizlik sorununun açık metin kavramı açısından da temel konular olduğu belirlenmiştir. Bu doğrultuda şu belirleme yapılmıştır: Hukuk kurallarında genel terimlerin kullanımı, kelimelerin çekirdek anlamlarının dışında bir de belirsizliğin gölgeli alanına sahip oluşları, kuralın somut olaya uygulanması sırasında bazı güçlükler doğurmakta karşımıza zor davaları çıkarmaktadır. Buna göre açık metin karşısında yargıca bir ödev yükleyen Hart'ın, gölgeli alandaki zor davalarda, yaratıcı bir rol üstlenmesi gereken yargıcın takdir hakkına vurgu yaptığı ortaya konulmuştur. Çalışmanın sonunda ise Hart'ın açık

metin tartişmasındaki argümanları üzerine değerlendirmelerde bulunan isimlerin başlıcaları ve değerlendirmeleri üzerinde durulmuştur.

Hukukun temelleri, hukuk kurallarının oluşumu ve türleri, hukuki açıdan egemenlik, emir, buyruk kavramları, hukuki pozitivizm, hukuk - ahlak ayrımı, cezalandırma teorisi gibi pek çok alanda çalışmalar yürütmüş olan düşünürün hukuk teorisini tüm yönleriyle ele almak böylesi bir çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bununla birlikte Hart'ın açık metin kavramı üzerine söyledikleri hukuk-dil ilişkisi, hukuki yorum, hukuki hermeneutik, takdir yetkisi gibi tartışmalı pek çok konuyla ilişkili görünmektedir.

Hart'ın açık metin kavramı onun hukuku kavrayış biçiminin bir tezahürü olarak kabul edilebilecektir. Hukuki sorunların çözümlünü hukuk kurallarında arayan hukuki pozitivizmin kural odaklı teorisi Hart'ın görüşlerini de şekillendirmiştir. Her ne kadar hukuk içerisinde çözümlü güçleştiren açık metin alanının varlığını kabul etse de sadece kuralları temel alması Hart'ın hukuk teorisini ilkeleri kapsamaması sebebiyle eleştirilmiştir. Ayrıca hukukun açık metinli olduğu alanda, tartışmalı anlamın belirlenmesi için kullandığı “üzerinde uzlaşılmış, kabul edilmiş anlam” kriteri de sorunu çözmek bakımından yetersiz görünmektedir. Hart'ın ortaya koyduğu sorunları kesin ve eksiksiz çözümlere kavuşturduğu söylenememekle birlikte, görüşleri hukuka ve hukukun uygulanmasına ilişkin süreçlerdeki tartışmaları yönlendirmeye ve biçimlendirmeye devam etmektedir.

KAYNAKÇA

AKBAŞ, Kasım, *Hukukun Büyübozumu – Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

AKTAŞ, Sururi, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2006.

ALTINÖRS, Atakan, *Dil Felsefesine Giriş*, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2003.

AOMI, Junichi, “**Hukuksal Kararlarda Mantığın Düzenleyici İşlevi**”, çev.: Ahmet Ulvi Türkbağ, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, sayı 4, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002.

ARİSTOTELES, *Nikomakhos’a Etik*, çev.: Saffet Babür, Kebikeç Yayınları, Ankara, 2005.

BIX, Brian, “**H.L.A Hart and the ‘Open Texture’ of Language**”, *Law and Philosophy*, vol.10, 1991.

BIX, Brian, *Law, Language and Legal Determinancy*, Oxford University Press, Oxford, 1993.

BIX, Brian H., *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

BIX, Brian, *Jurisprudence Theory And Context*, 3rd edition, Carolina Academic Press, Durham - North Carolina, 2004.

BIX, Brian, “**Form and Formalism: The View from Legal Theory**”, *Ratio Juris*, vol. 20, no.1, 2007.

CAN, Cahit, *Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1982.

CEVİZCİ, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2005.

COHEN, Marshall, “**Hart, Herbert Lionel Adolphus**”, *The Encyclopedia of Philosophy*, ed. Paul Edward, vol.3, The Macmillan Company-The Free Press, New York, 1967.

COLEMAN Jules - MURPHY Jeffrie G., *Philosophy of Law- An Introduction to Jurisprudence*, Westview Press, United States of America, 1990.

COTTERRELL, Roger, *The Politics of Jurisprudence –A Critical Introduction to Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994.

DİNÇKOL, Abdullah, “**Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler**”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, sayı 2, Afa Yayınları, İstanbul, 1995.

DWORKIN, Ronald, “**The Model of Rules**”, *Philosophy of Law*, seventh edition, ed.: Joel Feinberg - Jules Coleman, Thomson-Wadsworth, Belmont, California, 2004.

DWORKIN, Ronald, *Justice In Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 2006.

DWORKIN, Ronald, *Hakları Ciddiye Almak*, çev.: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2007.

ENDICOTT, Timoty A.O., *Vagueness In Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

FREEMAN, M.D.A., *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, sixth edition, Sweet-Maxwell, London, 1994.

FULLER, Lon. L., “**Positivism and Fidelity to Law- A Reply to Professor Hart**”, *Harvard Law Review*, vol.71, 1957.

GERSTEIN, Robert S., “**Hart's Positivism**”, *American Bar Foundation Research Journal*, 1985.

GUIRAUD, Pierre, *Anlambilim*, çev.: Berke Vardar, Multilingual, İstanbul, 1999.

GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 7.baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2000.

GÜRKAN, Ülker, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967.

HART, H.L.A., “**Positivism and the Separation of Law and Morals**”, *Harvard Law Review*, vol.71, no.4, 1958.

HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Second ed., Oxford University Press, Oxford, 1997.

HART, H.L.A., *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, çev.Erol Öz, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.

HASNAS, John, “**Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How not to Miss The Point of The Indeterminacy Argument**”, *Duke Law Journal*, vol. 45, no.1, 1995.

HUND, John Gregory, “**Two Forms of Theorizing About Law**”, *Mind*, New Series, vol.86, no.344,1977.

IŞIKTAÇ, Yasemin - METİN, Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003.

IŞIKTAÇ, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

IŞIKTAÇ, Yasemin, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, 2.bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

KARAYALÇIN, Yaşar, *Hukukta Öğretim - Kaynaklar - Metod - Problem Çözme*, 5.baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001.

KEYMAN, Selahattin, “**Hukuki Pozitivizm**”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt 35, sayı 1, 1978.

KEYMAN, Selahattin, *Hukuka Giriş*, 3. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

KIRAN, Zeynel, *Dilbilime Giriş*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

KRESS, Ken, “**Legal Indeterminacy**”, *Philosophy of Law and Legal Theory - An Anthology*, ed.: Dennis Patterson, Blackwell Publishing, United Kingdom, 2003.

KRIPKE, Saul A., *Wittgenstein - Kurallar ve Özel Dil*, çev.:Berat Açıl, ed.: Muhittin Macit, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2007.

KUÇURADİ, İoanna, “**Adalet Kavramı**”, *Adalet Kavramı*, ed.:Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2001.

KUÇURADİ, İoanna, *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2006.

LEITER, Brian, “**Positivism, Formalism, Realism (Review Essay on Legal Positivism in American Jurisprudence by Anthony Sebok)**”, *Columbia Law Review*, vol. 99, 1999.

LEVINSON, Sanford, “**Writing About Realism**” (Book Review), *Amerikan Bar Foundation Research Journal*, 1985.

LYONS, David, “**Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation**”, *Law and Philosophy*, vol.18, 1999.

MACCORMICK, Neil, “**Hart, Herbert Lionel Adolphus**”, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, ed.: Edward Craig, vol. 4, Routledge- England, 1998.

MATTILA, Heikki E.S., *Comparative Legal Linguistics*, translated by: Christopher Goddard, Ashgate Publishing, England, 2006.

ÖKÇESİZ, Hayrettin, “**Hukuk ve Dil**”, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1997.

ÖZKÖK, Gülriz, “**Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine**”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, sayı 2, 2002.

PATTERSON, Dennis, “**Foreword: The Challenge of Legal Formalism**”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol.16, 1993.

PATTERSON, Dennis, “**Explicating The Internal Point of View**”, *Southern Methodist University Law Review*, vol. 52, 1999.

PATTERSON, Dennis, “**Wittgenstein on Understanding and Interpretation (Comments on the work of Thomas Morawetz)**”, *Philosophical Investigations*, vol. 29, no 2, 2006.

POUND, Roscoe, “**Mechanical Jurisprudence**”, *Columbia Law Review*, vol. 8, 1908.

RUSSELL, Bertrand, “**Vagueness**”, 1923, <http://www.cscs.umich.edu/~crshalizi/Russell/vagueness/>, erişim tarihi: 04.12.2007.

STAVROPOULOS, Nicos, “**Hart’s Semantics**”, *Hart’s Postscript – Essays on the Postscript to The Concept of Law*, ed.: Jules Coleman, Oxford University Press, Oxford, 2004.

ŞAHİN, Şule, *H.L.A Hart’ın Hukuk Anlayışı Çerçevesinde Hukuk - Ahlak Ayrımı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, “**Amerikan Hukuki Realizm Akımı**”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Haz. Hayrettin Ökçesiz, sayı 4, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002.

UYGUR, Gülriz, “**Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?**”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 52, sayı 3, 2003.

UYGUR, Gülriz, *Hukuk, Etik ve İlkeler*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2006.

UYGUR, Gülriz, “**Objektiflik, Hukuk ve Ronald Dworkin**”, *Aydınlanma ve Hukuk- Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye’de Hukuk*, Haz.: Levent Köker, Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, İstanbul, 2008.

VARGA, Csaba, *Lectures on the Paradigms of Legal Thinking*, translated by: Emese Gall, Csaba Varga, Akademiai Kiado, Budapest, 1999.

WAISMANN, Friedrich, “**Verifiability**”, 1945,
<http://www.ditext.com/waismann/verifiability.html>, erişim tarihi: 04.12.2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig, **Felsefi Soruşturmalar**, çev.: Haluk Barışcan, Metis Yayınları, İstanbul, 2007.

ÖZET

Hukuki belirsizliğe ilişkin tartışmalar hukuki formalizm ve hukuki realizm ekseninde sınırları keskince belirlenmiş şekilde yürütülmüştür. H.L.A Hart ise sorunu kaçınılmaz bir olgu olarak görmüş ve bu iki görüş arasında bir orta yol benimsemiştir. Bu tutumun sonucu ortaya hukuk kuralları, hukuk dil ilişkisi, yargıcın takdir yetkisi konularıyla bağlantılı bir teori çıkmıştır. Bu teorinin anahtar kavramlarının başında da “açık metin (open texture)” gelmektedir.

Her ne kadar geleneksel hukuki pozitivistten ayrılan yönleri olması sebebiyle ılımlı hukuki pozitivist olarak nitelendirilse de Hart’ın hukuk teorisi, belirli, öngörülebilir, objektif hukuk kurallarından oluşan bir hukuk sistemi öngörmektedir. Hart, her bir olgu durum için bir kural oluşturma imkanı bulunmadığından davranışa ilişkin standartların genel kurallar aracılığıyla iletileceğini belirtmektedir. Gerek dilin doğasının belirsiz oluşu, gerekse kuralların genel nitelikli terimler içermesi sebebiyle hukuk içerisinde gölgeli alanların oluşabileceğini, kuralların uygulanması bakımından bu belirsiz alanlar sebebiyle zor davalarla karşılaşılacağını dile getiren Hart, bu durumu hukukun sayılan sebeplerle açık metinli oluşuna bağlamaktadır. Açık metin alanında yargıca görev düşmektedir. Uygulamayı yürüten yargıç böylesi alanlarla karşı karşıya geldiğinde takdir hakkını kullanacak ve belirsiz duruma uygun çözümü geliştirecektir. Açık metin teorisi Hart’ın hukuk sistemi ve kurallar anlayışının bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Bu konu hukuk felsefesi içerisinde hukukun açıklanması, hukuki yorum, takdir yetkisi gibi pek çok alanla bağlantılı olarak tartışılmaya devam etmektedir.

ABSTRACT

Discussions about legal indeterminacy have been carried by legal formalism and legal realism in a way which distinctly shaped the limits of discussion. H.L.A. Hart describes this problem as an unavoidable fact and finds a midway between those views. As a result of this a theory has been established; a theory connected with rules, discretion and relation between law and language. Open texture is one of the key concepts of this theory.

Even though Hart has been described as a soft legal positivist because of his differences with traditional legal positivism Hart's theory is an envision of a legal system depending on determined, anticipated, objective rules. Hart disclaims it is not possible to set a rule for every fact situation and standards about conducts might be transferred by general rules. Both the nature of language is vague and the rules conclude terms which have common characteristics conclude penumbral areas in legal system; Hart claims that, in the application of rules these penumbral areas might result hard cases and he connects these situations with the concept of open texture as a result of above mentioned reasons. Judges have an important role in open texture area because judges have significant authority in practice. They must exercise discretion to define appropriate solutions for the indeterminate situation. Open texture theory may be evaluated as a result of Hart's law system and his understanding about rules. Discussions around this subject in philosophy of law are still continuing related with; explanation of law, discretion and interpretation of law.