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

HUKUKİ BELİRSİZLİK İDDİALARIYLA İLGİLİ HAKİMLERİN KONUMU

Yüksek Lisans Tezi

Mustafa Balkan Demirdal

Ankara-2009

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

HUKUKİ BELİRSİZLİK İDDİALARIYLA İLGİLİ HAKİMLERİN KONUMU

Yüksek Lisans Tezi

Mustafa Balkan Demirdal

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Gülriz Uygur

Ankara-2009

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

HUKUKİ BELİRSİZLİK İDDİALARIYLA İLGİLİ HAKİMLERİN KONUMU

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Gülriz Uygur

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
.....	.....
Prof. Dr. Ülker Gürkan	
Doç. Dr. Gülriz Uygur	
Yrd. Doç. Dr. Saim Üye	
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi .....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER……I

KISALTMALAR……IV

GİRİŞ…….....1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN BÜYÜK SORUNSALI:

BELİRLİLİK – BELİRSİZLİK

I. HUKUKTA BELİRLİLİĞİ SAĞLAMA ÇABALARI: HUKUKİ FORMALİZM...5

1) Hukuki Formalizmin Ortaya Çıkışı ve Etkileri……....5

2) Formalizme Eleştirel Bir Bakış……9

II.BİR FORMALİZM ELEŞTİRİSİ OLARAK HUKUKİ BELİRSİZLİK TEZİ……..15

III.HUKUKİ BELİRSİZLİK TEZİNİ İLERİ SÜREN AKIMLAR…….21

1) Hukuki Realizm Teorisi: Doğuşu ve Etkileri……...22

2) Amerikan Hukuki Realizmi…….25

A) Olay Şüpheciliği…….29

B) Kural Şüpheciliği……31

4) İskandinav Hukuk Realizmi.……...……..…33

5) Eleştirel Hukuk Çalışmaları……...35

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ BELİRSİZLİK İDDİASININ HAKİMLERİN KONUMU BAKIMINDAN H.L.A. HART VE RONALD DWORKIN BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

I. H.L.A. HART'IN HUKUK TEORİSİ IŞIĞINDA HAKİMİN KONUMU VE ROLÜ…….46

1) Klasik Pozitivizmden Modern Pozitivzme……...…46

2) Genel Olarak H.L.A. Hart'ın Hukuk Teorisi…….……49

3) H.L.A. Hart'ın Hukukta Belirlilik - Belirsizlik Sorunsalına Bakışı ve Hakimin Konumu ve Rolü…….53

II. RONALD DWORKIN'IN HUKUK KURAMI DOĞRULTUSUNDA HAKİMİN KONUMU VE ROLÜ……57

1) Genel Olarak Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı……57

2) Ronald Dworkin'in Kuramında Hukuk – İlke İlişkisi……...63

3) Ronald Dworkin ve Hukuki Belirsizlik Sorunsalı ……..……..67

4) Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramında Hakimin Rolü……70

III. HUKUKİ BELİRSİZLİKTE HAKİMİN ROLÜ AÇISINDAN ORTAYA ÇIKABİLECEK SORUNLAR……....80

1) Hakimin Keyfi Karar Vermesinin Önlenmesi……...80

2) Adil Olmayan Kanun İle İlkelerin Çatışmasında Hakimin Konumu……87

SONUÇ…….....90

KAYNAKÇA…….....97

ÖZET……105

ABSTRACT……..106

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Bknz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Ed.	: Editör
Haz.	: Hazırlayan
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
M.Ö.	: Milattan Önce
No.	: Numara
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
Vb.	: ve benzeri
Vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume

GİRİŞ

Hukuki belirsizlik terimi "hukuki sorunların, hukuki uyuşmazlıkların çözümü için doğru bir yanıt olmadığı ya da en azından tek bir doğru yanıtın olmadığı"[1] görüşü çerçevesinde toplanabilir. Ancak "hukuki belirsizlik problemi"nin ne olduğu farklı akımlar tarafından farklı şekilde tanımlanmış ve hukukun ne olduğu da tekrardan sorgulanmaya başlamıştır. Bu problem ise özellikle hakimlerin karar vermeleriyle ilgilidir.

Yargı organları işlevlerini yerine getirirken daha çok hukuk dışına çıkmamak için genel ve soyut normları, önlerine gelen olaya uygulamaya çalışırlar. Ancak yazılı hukuk sistemi içinde söz konusu belirsizlik problemi kendini gösterebilir. Bu tip durumlarda kuralları uygulayan hakim, kuralların anlamını açıklamak veya derinleştirmek zorundadır. Kanunda boşluklar bulunduğunda, benzer durumlara uygulanacak iki norm çeliştiğinde hangi normun uygulanacğına hakim karar verecektir.

Hukukun belirli ve açık olması ne kadar önemli ise, hakkaniyete dayalı olarak uygulanması da adalet açısından o derecede önemlidir. Kanunları metne çok sert bağlı olarak uygulamak adalet ve hakkaniyet açısından sakıncalar doğurabilir. Bunun için yargıcın her somut olaya kanun tekniğini ve takdir hakkını ustalıkla kullanması ve durum değerlendirmesi yaparak hukukun temel amacı olan adaleti gerçekleştirmeyi çalışması gerekmektedir. *Aristoteles* de bu konuda kanuna uygun olanın her zaman adaleti sağlamada yeterli olamayacağını söylemekle beraber her konuda da kanun koyucunun düzenleme yapamayacağını belirtmektedir.[2]

---

[1] Brian H. Bix, **A Dictionary of Legal Theory**, Oxford University Press, Oxford 2004, s. 97.
[2] Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik,** Kebikeç Yayınları, Çev. Saffet Babür, Ankara 2005, 1130a / 20 – 30.

Peki, gerçekten hakim takdir hakkını veya kanun yorumlamasını adalete ve hakkaniyete tam olarak uygun olarak yapabilir mi? Hukuk her zaman için belirsizliklerle dolu bir alan mıdır? Hukuk siyasetin kullandığı bir araç mıdır? Ya da hâkimler her zaman siyasi veya toplumsal değer yargılarına göre mi karar verirler? Hâkimlerin bu tip kararlar vererek tarih boyunca trajik davaların yer almasına sebep olmaları hukukun kaderi midir? Hukuk tüm bu soruların karşılığında adaleti ve hakkaniyeti sağlamaktan uzak mıdır? Yoksa tüm bu sorunların çözümü yani hukukta belirliliği, tutarlılığı ve adaleti sağlamak için yapılacak bir şeyler var mıdır?

İşte bu çalışmada hukukta belirsizlik problemi olarak varsayılan husus incelenecek ve bu sorunsalın yapısı sorgulanarak, söz konusu sorunsalın giderilmesinde *Ronald Dworkin'in* hukuk içerisinde ilkelerin nasıl rol alabileceği hususu ile ilgili görüşleri ışığında hâkimlerin yargılama hukukunda uyuşmazlıkların çözümünde nasıl karar vermesi gerektiği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Bu açıklamaların ışığında çalışmamızın birinci bölümünde "Hukuki Belirsizlik Sorunsalı" incelenecektir. Bu noktada hukuki belirsizlik kavramına "sorun" ya da "problem" değil, "sorunsal" dememizin sebebi sorunsalın Türk Dil Kurumu'nda "çözümü belli olmayan" ya da "doğru olma ihtimali bulunmakla beraber, şüphe uyandıran, kesin olmayan, problematik" şeklinde tanımlanmasıdır.[3] Başka bir deyişle sorunsal, belli bir sorun olup olmadığı belli değilse kullanılan bir kavram olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten hukukta belirsizliğin olup olmadığı kesin değildir ve birçok farklı görüş bulunmaktadır. Bu açıklamalar ışığında öncelikle "kanun hukuktur" ve "kanunda boşluk olmaz" anlayışını getirerek hem hukukta belirliliği sağlamaya çalışan hem de hukuku pozitif bilimlere yakınlaştırmak isteyen formel

[3] Tanım için bknz. http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=sorunsal&ayn=tam

mantığı kullanan pozitivist hukuk incelenecek ve bu inceleme sonunda formel hukuka yöneltilen eleştirilere yer verilecektir. Söz konusu formel hukuk mantığı hukukta durağanlaşmaya yol açmış, aynı zamanda adaletin ve hakkaniyetin gerçekleşmesini de başaramamıştır. Bu minvalde formel hukuk mantığına eleştiri olarak "hukuki belirsizlik tezi" öne sürülmüştür. Birinci bölümün ikinci kısmında söz konusu tez üzerinde durulacak ve hukuki belirsizlik tezi ışığında hukukun ne olduğu ve söz konusu tezi öne süren düşünürlerin hukuku nasıl gördükleri incelenmeye çalışılacaktır. Ancak çalışmada da görüleceği gibi "hukuki belirsizlik tezi" tek bir ses ile söylenmemiştir. Farklı akımlar farklı şekilde ve hukuku farklı farklı tanımlayarak belirsizlik tezini öne sürmüşlerdir. Birinci bölümün üçüncü kısmında hukuki belirsizlik tezini öne süren akımların hukuku nasıl tanımladıkları ve çalışmamız açısından özel bir öneme sahip hakimlerin hukuki belirsizlik sorunsalına karşın konumlarına nasıl baktıkları ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda özellikle Amerikan Hukuki Realistlerinin ve Eleştirel Hukuk Çalışanlarının hukuku nasıl tanımladıkları, hukuki belirsizlik tezini nasıl algıladıkları ile hakimlerin hukuk içindeki konumu açısından ne gibi söylemler söyledikleri belirtilecektir.

İkinci bölümde ise özellikle *H.L.A. Hart* ile *Ronald Dworkin*'in hukuk teorileri bakımından hakimlerin söz konusu hukuki belirsizlik problemi içindeki rolü incelenecektir. Bu bağlamda öncelikle *Hart'ın* hukuk teorisi *Jules Coleman*'ın hukuk teorisi ile beraber irdelenecek, getirilen eleştiriler ortaya konulacak, daha sonra ise *Hart'ın* hukuki belirsizlik sorunsalına bakışı, hukuki belirsizlik kavramını nasıl yorumladığı ortaya konmaya çalışılacaktır. Son olarak ise söz konusu hukuki belirsizlik problemi içinde hakimin rolü incelenecektir.

Daha sonra ise *Dworkin'in* özellikle *Hart*'ın hukuk teorisine getirdiği eleştiriden doğan hukuk teorisi ele alınacaktır. Bu bölümde de öncelikle *Dworkin*'in hukuk teorisinin temel özellikleri incelenecek ve *Dworkin*'in belirsizlik sorunsalına bakışı ele alınacaktır. Bununla ilgili olarak *Dworkin*'in düşünceleri ışığında, hukuk içinde yer alan ilkeler doğrultusunda hakimin rolü ve konumu üzerinde durulacaktır.

Kanunda boşluk olması ya da kanunun dilinden ne dediği anlaşılamaması durumlarında en önemli olan hakimin takdir hakkını kullanması ile kanun metninin yorumlanmasıdır. Söz konusu durumlar açısından hakimin hukuki belirsizlik durumunda tam bir serbestliğe ve keyfiliğe sahip olup olmadığı konusu hukukun uygulanabilmesi ve adaleti sağlayabilmesi açısından son derece önemlidir. Bu tip durumları incelemek için hakimin takdir hakkı konusu ile kanunların yorumlanmasında ortaya çıkabilecek sorunlar en son kısımda ele alınacaktır. Bu bağlamda öncelikle ilkelerin hakimin takdir hakkını nasıl etkilediği ve hakimlerin sınırsızlığına ve keyfiliğine yol açmadan nasıl takdir hakkını kullanacakları ele alındıktan sonra, adil olmayan kanun ile ilkelerin çatışması halinde hakimlerin takdir hakkını ve yorum yapma yetkilerini nasıl kullanmaları gerektiği incelenecektir. Kuşkusuz ki bu tip durumlarda hakimin adil olmayan kanunu uygulayarak adaleti gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği kuşkuludur. İşte bu son bölümde hakim adil olmayan kanunu mu yoksa takdir hakkını mı uygulayacak sorunu ortaya konmaya çalışılacak ve hukuki belirsizliğin varsayıldığı hallerde hakimin rolü, konumu, yetkileri ve sınırları çalışmamızda açıklanmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN BÜYÜK SORUNSALI:

BELİRLİLİK - BELİRSİZLİK

I. HUKUKTA BELİRLİLİĞİ SAĞLAMA ÇABALARI: HUKUKİ FORMALİZM

1. Hukuki Formalizmin Ortaya Çıkışı ve Etkileri

1789'dan sonra oluşturulan hukuk sistemleri içinde formalist yöntem ön planda gözükmektedir[4]. Bunun en önemli sebebi ise, Orta Çağ Avrupası'nda zirveye çıkan ve siyaset ve toplum hayatında olduğu gibi, hukukta da etkisini hissettiren dini ve toplumsal değer yargıları ile maneviyata yönelmeye karşılık gösterilen tepkidir.[5] Orta Çağ Avrupa'sı bilindiği gibi kilisenin etkisini her alanda en yoğun şekilde hissettirdiği, feodalitenin hâkim olduğu bir dönemdir. Kilisenin etkisi şüphesiz ki hukuk üzerinde de son derece yoğun bir şekilde yaşanmış (kanonik hukuk)[6] ve hukukun tanrı kaynaklı olduğu görüşü döneme damgasını vurmuştur.[7] Bunun sonucunda da hukuku siyasal iktidarın aşırılıklarından uzak tutmak ve hukukta belirliliği sağlamak adına "kanun, genel iradenin ifadesidir" görüşü benimsenmeye

[4] Hayrettin Ökçesiz, "Hukuk ve Dil", Çağdaş **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri**, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Alkım Yayınevi, İstanbul 1997, s. 473. , Cahit Can, "Hukuk ve Matematik" , **http://80.251.40.59/law.ankara.edu.tr/canc/Hukuk%20%20ve%20Matematik.doc** (Erişim Tarihi: 14. 01. 2009) , s. 11.

[5] "Modernist düşünceye göre, tanrı sevgisinin yerini dayanışma, vicdanın yerini yasalara saygı, peygamberlerin yerini ise hukukçular ve idareciler alır." Ulus kavramı ise, modernliğin siyasal biçimi olup, geleneklerin, göreneklerin ve ayrıcalıkların yerine aklın ilkelerinden esinlenen genel yasalarla düzenlenen bir bütünü ifade etmektedir. (Mehmet Yüksel, **Modernite Postmodernite ve Hukuk,** Siyasal Kitabevi, Ankara 2004, s. 14.)

[6] Hukuk bu dönemde skolâstik felsenin etkileri altında kalmış ve kilise mensuplarının eserlerinin mutlak otoritesini kabul eder bir hal almıştır. (Cahit Can**, Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon**, Basılı Olmayan Doçentlik Tezi, Ankara 1982, s. 136.)

[7] Can**, Hukuk Sosyolojisi…**, s. 135 – 137. , s. 144. , Yüksel, **Modernite Post…,** s. 59 – 61.

başlamıştır.[8] Yani yazılı kanun hukuk için bir güvence konumunda görülmektedir. 19. yüzyıl ile oluşmaya başlayan modern devletlerde de bunun etkileri görülmektedir[9]. Bu dönemin hukuk sistemlerinin en büyük özelliği de kanun koyucunun yapmış olduğu hukukun akla dayanması ile tarafsız ve objektif olmasıdır.[10] Yani hâkimin muhakeme ve takdir yetkisi kullanma yetkisi söz konusu olmamakta, ilkelerin hukuk içerisinde yer alması kabul görmemektedir. Kanun yukarıda bahsettiğimiz gibi, halkın genel iradesini yansıtmaktadır. Bu minvalde kanun hukukla birebir örtüşmekte, hukukun pozitivistleşmesi sürecinde kanun hukuku ve kanun devleti felsefesi temellendirilmekte ve bu da hukukta "kanunda boşluk olmaz" inancına götürmektedir.[11]

"19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren özellikle sosyolojik hukuk akımı çerçevesinde hukukun sosyo – kültürel boyutuna karşı yakın bir ilgi gösterilmeye başlanmasına rağmen; hukukun, büyük ölçüde pozitif hukuk sitemiyle ve bu sistemin esas bileşenlerini teorisyenlerinin ve uygulamacılarının temel çalışma konusu olarak kaldığı söylenebilir."[12]

Tüm bu oluşumların nedenine bakıldığında ise aydınlanma felsefesinin etkileri net olarak görülmektedir. Aydınlanma felsefesi, insanları baskı altında tutan önyargılara, hurafelere, mitlere ve batıl inançlara karşı çıkarak insanların doğuştan gelen hak ve özgürlüklere sahip olduğunu öne süren yeni bir toplum anlayışının temellerini ortaya atmıştır.[13] "Aydınlanma düşünürleri, akıl ve pozitif bilim temelleri üzerinde yükselen evrensel hukuk yoluyla modernleşme projesinin hayata

---

[8] Cahit Can, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi,** Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 173.
[9] Modern devletlerde hukuk sistemleri için bknz: Yüksel, **Modernite Post…**, s. 93 – 111.
[10] Yüksel, **Modernite Post…,** s. 113 , Can**, Hukuk Sosyolojisi…**, s. 149. , s. 165.
[11] Ökçesiz, "Hukuk ve Dil", s. 473.
[12] Yüksel, **Modernite Post…,** s. 1.
[13] Yüksel, **Modernite Post…,** s. 113.

geçirilebileceğini, bütün toplumsal yaşamın her alanıyla birlikte akılcı bir şekilde düzenlenebileceğini düşünmüşlerdir. Aydınlanma düşünürlerine göre, rasyonel düşüncenin gelişimi ile geleneklerden, dinden, batıl inançlardan ve iktidarın keyfi kullanımından kurtulmak imkân dâhilindedir."[14] Bu yeni felsefe, insanları baskı altında tutan kilisenin etkisini kırmak ve önyargılara karşı çıkmak amacı ile özgürlük ve eşitlik gibi kavramlara dikkat çekmişler ve herkesin doğuştan özgür ve eşit haklara sahip olduklarını ileri sürmüşlerdir.[15]

Aydınlanma felsefesinin yeni yaklaşımını modern bilim anlayışı tamamlamaktadır. Bu yeni bilim anlayışının temelinde bütün toplumsal olaylara yön veren evrensel nitelikte kanunların bulunması ve bunların bilimsel araştırma yoluyla bulunması, böylece geçmişin tam olarak kavranabilmesi ve geleceğin kusursuz bir şekilde tasarlanabilmesi vardır.[16] Bu dilek kısaca temel bir ilke aracılığıyla, kurulmuş olan sistemin her anını öngörebilmek, hesaplayabilmektir[17]. Çünkü böylesine planlanan bir sosyal düzen, ancak kesinlik ve öngörülebilirlik özelliklerine sahip yazılı ve formel bir hukuk sistemiyle gerçekleştirilebilir. Çünkü bu noktada amaç, kanunla ve yeni devlet yapısı ile sağlanmak istenen hukuk güvenliği ile elde edilmiş yeni hak ve özgürlüklerin güvenceye alınmasıdır. Bu amacın ise dönemin yapısı itibariyle ancak kavramcı bir hukuk bilimi ve bu bilimin kanunların dilinde mutlak bir kesinliğe ve açıklığa yönelmesiyle sağlanacağına inanılmaktadır.[18]

Görüldüğü üzere hukukun üstündeki gelenek, din ve benzer manevi ilkeleri temizleyerek insanların güvencesini sağlamak aydınlanma döneminin hukuk anlayışında temel nokta olmuştur. Böylece kilisenin baskısının son derece fazla

[14] Yüksel, **Modernite Post…,** s. 113.
[15] Yüksel, **Modernite Post…,** s. 113.
[16] Yüksel, **Modernite Post…,** s. 244.
[17] Can**, Hukuk Sosyolojisi…**, s. 165.
[18] Ökçesiz, "Hukuk ve Dil", s. 474.

olduğu ve ilahi temellere dayanan hukukun getirdiği belirsizlik ve güvensizlik ortamını kırarak, akıl ve bilim sayesinde belirli ve öngörülebilir, kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunduğu bir hukuk sistemi yaratma düşüncesi dönemde egemen olmuştur.

Ancak formel ve akılcı hukuk yoluyla hukukun değişmez hale getirilerek toplumdaki diğer kurumların ve güçlerin karşısında hukukun tümden bağımsızlaştırılması sonucu, hukuk başlı başına sosyal bir güç haline gelmiştir[19]. Hukuk bunun sonucunda tamamlanmış bir şey gibi donmuş bir sistem gibi sabitleşmiştir[20]. Aynı zamanda toplumsal güç ve kurumlardan bağımsız olan hukukun bu şekli ile toplumu oluşturan bireyler tarafından kabulü de kolay olmayacaktır.

Görüldüğü üzere formalist hukuk anlayışı çıkış yaptığı dönemde eskiye oranla devrimci ve yenilikçi bir nitelik taşımaktadır. Hukukun içinden dinin ve önyargıların etkilerini atmaya çalışarak, belli bir sistem ve düzen içerisinde; hukukta öngörülebilirliği, belirliliği ve tarafsızlığı sağlamak ve bu yüzden soyut kavramların çıkarılması gerekliliğini savunan formalist yöntem döneminin ilerici düşüncesinin bir sonucudur.[21] Ancak zamanla salt hukuk kurallarının uygulanmasının yeterli olmadığı görülmüş ve hukukta keyfiliğin önlenerek öngörülebilirliğin sağlanması için farklı kavramların önemi ortaya çıkmıştır. Formalist yöntem ise bu andan itibaren hukukun durağanlaşmasını sağlamaktan öteye gidememiştir.

Sonuç olarak görülmektedir ki, dönemin hukuk anlayışı, pozitivizm ile klasik formalizmin bir sonucu olarak doğmakta ve devri için bir devrim niteliğinde olmakla beraber, daha sonraları durağan ve muhafazakâr bir yapıda görülmektedir.

---

[19] Can, **Hukuk Sosyolojisi…**, s.167.
[20] Can, **Hukuk Sosyolojisi…**, s. 168.
[21] Sururi Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları,** Kazancı Yayınları, İstanbul 2006, s. 80.

2. Formalizme Eleştirel Bir Bakış

Özellikle klasik formalizmin temelinde salt hukuk kurallarının hukuki sonuçları belirlediği görüşü yer almaktadır[22]. Bu minvalde formalizm hüküm vermeye, muhakemeye ilişkin bir teori olarak ortaya çıkmakta ve daha çok hukuki muhakemeye ilişkin bir görünüm arz etmektedir.[23] *Steven J. Burton* ise formalizmi, hukuk tarafından talep edilen eylemlerin, nesnel olaylara, anlamı açık kurallara ve mantığa dayanması gereği olarak tanımlamaktadır.[24]

Formalizme bağlı pozitivist hukukçular bakımından hukukun sadece biçimsel olarak ele alınması gerektiği yani hukuk kurallarının biçimsel olarak incelenmesi yani sadece kuralların şekil bağlamında dış özelliklerinin gözlenmesi gerektiği söylenebilir.[25] Bu görüşün ışığında hukuk kuralları, soyut kuralla ilgili bütün somut uyuşmazlıklara uygulanacak niteliktedir.[26]

Tüm bu hususlar dikkate alınarak formalizm, hukukun "kesin ve açık kavramlara dayanması, hâkime geniş takdir yetkisi bırakılmaması, kuşku ve duraksamaya yer verilmemesi, hile ile anlamı değiştirmeye elverişli olmaması ile keza meydana gelebilecek her olay için açık bir çözüm ihtiva etmesi" gerektiğini öne sürmektedir.[27]

Hukukta yorumun da yine yukarıdaki özelliklere uygun olarak yapılması gerekmektedir. Yani lâfzî yorum esas olmalı, amaçsal yorum metoduna gidilmemelidir. Yani metne bağlılık dışında, kanun koyucunun amaçlarını incelemek

---

[22] Gülriz Özkök, " Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", **AÜHFD,** C. 51, S. 2, 2002, s. 2.
[23] Brian Leiter, "Positivism, Formalism, Realism (Review Essay on Legal Positivism in American Jurisprudence by Anthony Sebok), **Columbia Law Review,** Vol. 99, 1999, s. 1144.
[24] Leiter, "Positivism, Formalism, Realism", s. 1144.
[25] Junichi Aomi, "Hukuksal Kararlarda Mantığın Düzenleyici İşlevi", çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, **HFSA,** S. 4, İstanbul 2002, s. 115. Hukuk kurallarının incelenmesi bu bağlamda sınırlandırılmış ve hukukta öngörülebilirliği ve belirliliği sağlamak adına kuralların içsel durumları, hukuk ilkelerine uygun olarak olaylara uygulanıp uygulanamadığı sorunları göz ardı edilmiştir.
[26] Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, s. 80.
[27] Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine,** Filiz Kitapevi, İstanbul 2001, s. 24.

karşısında salt yazılı kurallar lehine yapılan bir tercih olarak karşımıza çıkmaktadır[28]. Aynı şekilde hukukta boşluk meselesinde de aynı yöntemlerin izlendiği görülmektedir. Buna göre hukuk kurallarının dışına çıkılmaması gerekmekte, hukuk kurallarının tüm sorunların çözümü için yeterli olduğu varsayılmalıdır. Bunun sonucunda ise "hukukta boşluk olmaz" savı ortaya çıkmaktadır.

Görüldüğü üzere formalist hukuk anlayışında "kanun hukuktur, yasama iradesi hak ve ahlakın da ta kendisidir"[29] anlayışı hâkim olmaktadır. Formalist hukuk mantığı belirliliği sağlayabilme adına, tutarlılığa özel bir önem vermektedir. Tutarlılık için tek biçim bir yapı gerekmekte ve bu yapı kendini bir araya getiren parçaları bir araya getirmelidir. Böyle bir yapıda bütün, kendini oluşturan parçaların toplamından daha fazla şeyi ifade etmektedir.[30]

Kelsen'e getirdiği eleştiriler ışığında *Cahit Can*'a göre "hukuk bu belirleniş şekliyle; yani norm, içerik özelliklerinden bağımsız olarak, gerçekliğin dışına, ötesine ve giderek üstüne yerleştirilmiş olmaktadır. Tüm bu savların tek amacı, matematiksel kesinliğe, güvenirliğe görece ulaşmış bir hukuk biliminin oluşturulması diğer bilimler karşısında bağımsızlığın sağlanmasıdır."[31] Böylece hukukun içeriğini yok sayan, hukuki değeri boşaltan *Kelsen* ve onun gibi düşünen formalist yöntemi benimseyen hukuk düşünürlerine, hukukun; düzeni, istikrarı, belirliliği, öngörülebilirliliği, kesinliği gibi değerleri yüceltmek kalmakta ve hukuk salt bu değerlere indirgenmektedir.[32]

Klasik formalist anlayış, karar verme sürecinde önceden belirlenmiş hukuki materyallerin kullanılması gerektiğini öne süren, tümdengelimsel bir yöntem olarak

---

[28] H. Brian Bix; **A Dictionary and Legal Determinacy,** Oxford University Pres, Oxford 2004, s. 70.
[29] Orhan Münir Çağıl, **Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş,** İÜHF Yayını, İstanbul 1971, s. 448.
[30] Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları,** s. 80.
[31] Can, "Hukuk ve Matematik" , s. 14.
[32] Selahattin Keyman, **Hukuka Giriş ve Metodoloji,** Doruk Yayınları, Ankara 1981, s. 13.

var olmuştur. Bu anlayış neticesinde, hâkimler kendi tercihlerinden ve objektif hukuk ilkelerinden bağımsız olarak davaları karara bağlayan suje durumundadır.[33]

Formalizme göre hâkimler tümdengelim metodu ile kendilerinin belirlemediği, kanunun belirlediği hükme ulaşmaktadırlar. Böylece gerçek, kanun ve hükmün birbirlerini takip eden doğal bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Yani hakimler ellerindeki hukuk kuralları ile maddi sonuca yani hükme ulaşmaktadırlar. Bu minvalde formel hukuk sisteminde, hüküm yargıcın keyfi uygulamalarına bağlı kalmamakta ve farklı hakimlerin varlığına rağmen hukukta belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanmaktadır.[34] Politik güç olan yasama ve yürütme kuralların ne olduğunu tespit ederken, hakim sadece tespit edilmiş olan kuralları somut olaya uygulamaktadır. Buradaki amaç ise, hakimleri politikadan uzak tutmak ve hüküm verme ile politikayı tamamen ayırmaktır.[35]

Genel olarak formalizme tüm bu özellikleri ile bakıldığında, çıkış yaptığı döneminde sonucu olarak hukukta belirliliği ve öngörülebilirliği sağlamak adına hukukun içindeki soyut kavramların çıkarılarak "elle tutulur bir hal" kazanması sağlanmaya çalışılmıştır.

Ancak formalizmin belirsizliğin söz konusu olamayacağını öne sürerken ki en büyük eksikliği, hukukta kesin ve açık kavramlara dayanma isteğidir. Salt mantıksal usavurmanın kullanılarak her davada sonuca ulaşılacağının düşünülmesi ise son derece sorunlu bir yöntemdir. Gündelik ve siyasi hayatı düzenleyen ve çıkan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturacak, maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayacak hukukun böylesine zor bir görevi yerine getirirken salt yazılı kurallara

[33] Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları,** s. 82.
[34] Kasım Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** Legal Yayınları, İstanbul 2006, s. 98 – 99.
[35] Abdullah Dinçkol, "Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler", **HFSA,** S.2, İstanbul 1995, s. 160.

dayandırılması, maddi gerçeğin adalete uygun bir şekilde yerine getirilmesinde son derece zor gözükmektedir.[36] Açık ve belirli gözükebilen alanlarda dahi kanunda yer alan kavramların bile tartışıldığı ve ne anlama geldiği sorgulandığı düşünülürse, özellikle siyasi hayatta daha fazla zorluklara yol açtığı şüphesiz ki görülecektir. Bu yüzden hukukun salt yazılı normlara dayandırılarak kesin ve açıklık kazanacağı düşünülse bile, bu belirlilik ve öngörülebilirlik salt pozitivist hukuk kaynaklı normlar ile sağlanamamakta, kavramların tanımları meselesinde ciddi tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Yazılı norm ne kadar açık olursa olsun, o normun içinde yer alan kavramlar farklı farklı tanımlanabilmektedir. Ayrıca formalist anlayış her olayın kendi içinde farklı etkenler bulundurduğunu, bu yüzden de farklı bir değerlendirmeye tabii tutulması gerektiğini de gözden kaçırmıştır. Modernitenin etkileri ile oluşturulan ve hukuku somutlaştırma çabası olarak ortaya çıkan formalizm anlayışının, yargı kararlarının verilmesi sürecinde de modernitenin fordist üretim ve örgütlenme tarzından etkilendiği görülmektedir. Fordist üretim tarzı türdeş ürünlerin seri üretimi, işten becerinin alınarak, yoğunlaşma ve türdeşleşme gibi etkenlerle geniş ölçekli ekonomiden kaynaklanan üretkenlikteki artış ile taylorizm gibi standartlaşmış çalışma rutinlerinin, yani aynı işin aynı kişi tarafından defalarca aynı şekilde yapılmasıdır.[37] İşte formalist yöntem, modernitenin bu fordist üretim anlayışını hukuka yansıtmaktadır. Hakimler hiçbir şekilde insiyatif kullanmayarak, aynı işi aynı şekilde defalarca yapacaktır. Formalist yöntemin izlendiği hukuk sisteminde hakimlerin görevi salt bu hususla sınırlıdır. Ancak yukarıda da değindiğimiz gibi hukuki davalar bir sosyal olgudur ve her dava benzerleri olmasına rağmen başlı başına özgündür. Formalist anlayış ise bu noktayı gözden kaçırmış

[36] Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları,** s. 83 – 84.
[37] Yüksel, **Modernite Post…,** s. 23.

gözükmektedir[38]. Durağan ve kapalı olma özelliklerini barındıran hukuk kuralının sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi için yargıcın yorum yapması ve siyasi ilkelere başvurarak takdir yetkisini kullanması gerekebilmektedir.[39] Hatta kuralın eski ve hatalı olması durumlarında hakim yeni kural koyabilmelidir. Formalistlere birçok eleştiri getiren *Richard Posner* da, akıl yürütme kabiliyetine aşırı güvenin hatalı olduğunu düşünmekte ve yargıcın daha serbest bırakılması gerektiğini söylemektedir[40]

Özetle formalist mantık hukuku matematikleştirmekte ve bir tür hesaplama bilimi şekline getirmektedir[41]. Formalist mantık uygulamasında vücut bulan bu metod ile hukuk, salt mantıksal doğruları bulmaya yönelecek olursa, hukuk ile mantık özdeşleşmiş olacak, bunun sonucunda da hukukun belli başlı amaçları olan adaletin ve hakkaniyetin gerçekleşmesi, düzenin sağlanması ve toplumdaki bireylerin güven içerisinde yaşamlarını sürdürebilmeleri gibi işlevler hukuk tarafından yerine getirilemeyecektir.[42]

Kanun koyucuya tam yetki veren, kanun uygulayıcısı olan yargıcın ise yetkilerini kısıtlayan bu anlayış hem hukukun sosyoloji ile ilişkisini bir kenara itmiş hem de hukuk uyuşmazlıklarının bir tür matematiksel hesaplama ile çözüme kavuşturulacağını savunarak hukukun içindeki felsefe ile alakalı ilkelerin

---

[38] Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde hâkimin değerlendirme yaparken nelere dikkat etmesi gerektiği ve doğru bir değerlendirme için statik şekilde karar vermektense, hukukta adaleti sağlamak için dinamik bir değerlendirme yapılıp her olayda farklı bir değerlendirmenin olması gerektiği ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.)

[39] Ronald Dworkin, "Political Judges and the Rule of Law**" A Matter of Principle,** Harvard University Pres, Cambirdge, Massachusetts 1985, s. 11.

[40] Jeffrey Brian Downard, "The Common Law and the Forms of Reasoning", **International Journal for Semiotics of Law,** vol. 13, 2000, aktaran: Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları,** s. 83 – 84 .

[41] "Matematik kullandığı sembollerle, hukuk ise uygulamaya koyduğu normların nitel içerikleriyle kodlanmış bulunan iki ayrı dil oluşturmaktadır. Matematik dili sembolleriyle yani soyutluğu uzantısındaki biçim aracılığıyla belirlenirken, dış görünümüyle salt bir anlam konumundaki norm, uygulanması aşamasında tam bir somutluğa kavuşturulmaktadır. Bu nedenle matematiğin hukuk tarafından araçsal kullanımı, hukukun ancak teknik yönüyle sınırlı bir katkı getirmiş olur." (Can, "Hukuk ve Matematik" , s. 1.)

[42] Can, "Hukuk ve Matematik", s. 3

dışlanmasına sebep olmuştur. Tüm bu çalışmaların amacında ise yukarıda değindiğimiz gibi hukukta belirliliği ve öngörülebilirliği sağlamak adına hukuku pozitif bilim tarafına çekme isteği yatmaktadır. Bunun sonucunda uyuşmazlıkların sonucunu belirleyen, hukuki ilkeler değil, hukuk sisteminin yazılı normlarıdır ve istisnai nitelikteki belirsizlik durumu, geleneksel pozitivizmin formalist anlayışına göre bir meşruiyet sorunu oluşturmaz görüşü savunulabilmektedir. Fakat bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, her olay kendine has "sui generis" bir muhakemeden geçirilmelidir. Özellikle ceza yargılamasında suçların üst ve alt sınırları bulunmaktadır. Olaya uygulanacak norm açık ve yazılı bir şekilde kanunda bulunsa da, hakim değer yargılarına göre hüküm verebilmektedir. Türkiye ve Dünya tarihine bakacak olursak bu tip trajik sonuçlar doğuran birçok dava görülmektedir.[43]

Geleneksel pozitivizmin getirdiği bu sert anlayış, 19. yüzyılın hızla gelişen ve değişen dünyası içerisinde bir değişim içine girmek zorunda kalmıştır. Öncelikle Kıta Avrupası'nda ortaya çıkan akımlar, daha sonra ise başka bir kıtaya; Amerika'ya sıçrayan bu dalga hukukun durağanlığına karşı çıkmış, kanun koyucuyu yüceltip hâkimi sadece yazılı kural uygulayıcısı haline getiren anlayışa farklı bakış açılarıyla yaklaşmışlar ve hukukun ne olduğunu irdelemişlerdir. Bu genel dalga daha dinamik, statükocu olmaktan uzak ve her olayda adaleti ve hakkaniyeti sağlamaya yönelik bir hukuk yaratma için ikaz çabası içine girecektir. Bu akımlardan biri olan ve Amerika'da ortaya çıkan Sosyolojik Hukuk Bilimi[44] bu şekilde Amerikan Hukuki Realistlerinin temellerini atacaktır.[45]

[43] Dava örnekleri için bknz. Adil Giray Çelik, **Tarihin Yargıladığı Davalar,** Yirmidört Yayınevi, İstanbul 2007.

[44] Sosyolojik hukuk akımı; hukukun bir kurallar bütünü olmadığını, hukukun bunun ötesinde dayandığı değerlerle ve amaçlarla bir sosyal olgu olduğunu, toplum ile etkileşim içinde olduğunu belirtmiştir. Buna göre hukuk, toplumsal sistemin bir alt sistemi olup, hukukun asıl kaynağı devlet

II. BİR FORMALİZM ELEŞTİRİSİ OLARAK HUKUKİ BELİRSİZLİK TEZİ

Hukuki belirsizlik problemi hukuk teorisi alanında yeni bir problem olmayıp, hukuk kuramında kesinliğin bulunmadığı ile ilgili iddia hukuki realistler tarafından ortaya atılmıştır.[46] Hukuki realistler, hukuki belirsizlik eleştirilerini ise, klasik formalist anlayışa yöneltmişler ve hukuki belirsizlik argümanını bu temel üzerine oturtmuşlardır. Klasik formalizme yakın olan hukukçular, tümdengelim metodu ile hukuk kurallarının tek materyal olarak sonucu belirlemede uygulanması gerektiğini savunmuşlar, realistler ise bu anlayışa karşı çıkmışlardır.[47] Realistlerin bu yaklaşımının sonucu ise, hukukun tamamının belirsiz olduğu sonucuna kadar uzanmıştır. Yani hukuki belirsizlik ile "hukuk kurallarının, yargılamanın belirli bir şekilde sonuçlanmasında tek etken oldukları, aynı hukuk kuralının, aynı nitelikteki somut uyuşmazlıklarda, aynı hükmün verilmesini sağlayacağı ve hukuk kuralını uygulayan kişiler değişse dahi, kuralın aynen uygulanmaya devam edileceği iddialarının reddi kastedilmektedir."[48]

Hukukun belirsizlik problemi hakkındaki görüşler genel olarak, hukuki sorunların en azından tek bir doğru yanıtın olmadığı savı etrafında toplansa da[49]; kendini iki türde göstermektedir. Bunlardan birincisi hukukun bütününe ilişkin yani tüm hukuk sistemine yönelik, hukukun gerçekten var olup olmadığı ile ilgili iken,

---

değil toplumsal düzendir. Hukuk, çoğulcu niteliğe sahip olan sosyal bir olgudur. Yüksel, **Modernite Post…,** s. 152 – 156 .

[45] E. İrem Akı; **Amerikan Hukuki Realistleri Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik Tezi,** Basılmamış yüksek lisans tezi, Ankara 2008, s. 15.

[46] Özkök, " Hukuki Belirsizlik…", s. 2.

[47] John Hasnas, "Back to the Future: 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 – 87.

[48] Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**, s. 188.

[49] Brian H. Bix, **A Dictionary of Legal Theory**, s. 97.

ikinci tür problem ise hukuk kuralları ile yargı kararları arasındaki ilişkiyle ilgilidir[50]. Bu bağlamda bakılacak olursa, belirsizlik problemi, hukukun bütünüyle belirsiz olup olmaması ile hakimlerin hukuk yaratma ve takdir yetkilerini hukuki sınırlama ile sınırlı olarak kullanıp kullanmayacağı ile ilgilidir[51]. Yani hukuki belirsizlik sadece kuralların nasıl tanımlanmasıyla sınırlı kalmamaktadır. Bunun yanında hukukun bütünü için de "belirsizlik" kavramı kullanılmıştır.

Formel hukuk savunucularının daha önce açıkladığımız görüşlerine karşın, hukuki uyuşmazlığın sonucunu hukukun mu yoksa hukuk dışı faktörlerin mi belirleyeceğine dair soru, *Lawrence Solum* tarafından üç farklı şekilde yanıtlanmıştır. Buna göre birinci cevap hukuk kuralları, hakim kararlarını belirlemektedir. İkinci cevap hukuk kuralları yargı kararları açısından önemlidir. Ancak hakimler karar alırken salt hukuk kurallarına dayanmayabilirler. Hukuk kuralları yanında siyasi tercihler, politika da hakim kararlarında rol oynamaktadırlar. Üçüncü cevap ise hukuk kuralları hiçbir etkiye sahip değildirler ve hakimler istedikleri kararı hukuk sistemi içerisinde haklı gösterebilirler.[52]

Yargı kararları ile hukuk kuralları arasındaki ilişki bulunup bulunmamasıyla ilgili olan hukuki belirsizlik *Gadamer*'e göre ilk olarak hukuk metninin belirsiz olup olmamasına dayanırken, ikinci anlamda hukuk normlarının somut davalara

---

[50] Burada kastedilen belirsizlik, hukuk kuralının belirsiz olduğu ve kuralın içindeki dilin yarattığı belirsizlik argümanıdır.

[51] Özkök, " Hukuki Belirsizlik…", s. 1.

[52] Özkök, "Hukuki Belirsizlik…" , s. 1-2. Aomi de Solum'un verdiği cevaba değinmiş ve realist okul mensuplarına göre yargısal kararlarda gerçekten belirleyici olanın, mantık ya da hukuk olmadığını; birey olarak hakimlerin kişiliği olduğunu belirtmiştir. (Aomi, "Hukuksal Kararlarda Mantığın Düzenleyici İşlevi", s. 115.)
Kısaca Lawrence B. Solum'un hukuk kuramlarına nasıl baktığına değinecek olursak; Solum iki farklı çatışma ekseni olduğunu belirtmektedir. Bunlar hak – fayda ve realizm – formalizm çatışmalarıdır. Solum'a göre bu iki çatışmada çözülecek gibi değildir. Bunun sebebi ise öne sürülen görüşlerin akli gerekçelerden çok kişisl tercihlere dayanmasıdır. (Lawrence B. Solum, "Virtue Jurisprudence: A Areatic Turn", **Working Paper,** October 19, 2004, aktaran: Sercan Gürler, "Çağdaş Ahlak Kuramlarının Hukuk Felsefesine Yansımasına Örnek Olarak Lawrence Solum'un Erdem Ahlakına Dayalı Hukuk Kuramı", **HFSA,** S. 16, İstanbul 2007, s. 148.

uygulanması sırasında norma verilecek anlam çerçevesinde ortaya çıkmaktadır[53]. Hukuk kuralları ile yargı kararları arasındaki ilişki incelenecek olura, en başta bakılması gereken, maddi olayların ve uyuşmazlıkların çözümünü hukukun belirleyip belirlemediği sorunudur. Klasik formalistler, bu soruya hukuk kurallarının uyuşmazlıkların çözümünde belirleyici olduğu cevabını vermektedirler. Yani hukuk kuralları, hukuki sonuçları belirlemektedir. Ancak bu görüş günümüzde artık fazla önem arz etmemektedir. Bunun sebebi, hakimlerin yargılama sırasında hukuku birebir uygulamasının mümkün olmadığı görülmüş, aynı zamanda bu tip bir uygulamanın hukukta belirliliği sağlamaktan çok hukukta durağanlaşmaya sebep olduğu anlaşılmıştır.

Hukuk kuralları ile yargı kararları arasındaki ilişki bakımından belirsizliğe ilişkin, *Mark Tushnet* son derece çarpıcı bir örnek ortaya koymuştur. *Tushnet* Yüksek Mahkeme hakimlerinin oy çokluğu ile aldıkları kararlara dikkat çekerek, belli bir olayda ve belli kuralların uygulanması söz konusu olduğunda bile, o mahkemede görev alan hakimlerin farklı kararlara varabildiklerini söylemiştir[54] . Gerçekten de incelendiği zaman görülmektedir ki, ülkelerin yüksek mahkemelerinde oy birliği ile alınan kararlar son derece sınırlı olmaktadır. Genellikle oy çokluğu ile alınan kararların varlığı dikkat çekmektedir. Bu yüksek mahkemelerde hem mesleki yeterlik açısından hem de hukuk tecrübesi bakımından ülkenin nitelikli hakimlerinin bulunduğu düşünülürse, bu hakimlerin bile kendi aralarında önlerine gelen hukuki uyuşmazlıkla ilgili olarak anlaşmazlığa düştükleri görülmektedir. Bu tip yüksek mahkemelerin verdikleri kararlarla ilgili olarak, karar metinleri incelenecek olursa,

---

[53] Özkök, "Hukuki Belirsizlik…", s. 1.

[54] Mark V. Tushnet, "Defending the Indeterminacy Thesis", **Analyzing Law: New Essays in Legal Theory,** (Ed. Brian Bix), Clarendon Press, Oxford 1998, aktaran: Özkök, " Hukuki Belirsizlik…" , s. 2.

verilen karar ile karşı oy yazıları arasında çok büyük farklar olduğu dikkati çekecektir. Sonuç olarak görülmektedir ki, hukuk kuralları hukuki uyuşmazlığa formel mantık çerçevesinde uygulanacak nitelikte görünmemekte, kanun uygulayıcıları olan hakimleri bile anlaşmazlığa itecek özellikler arz etmektedirler. Kısacası mahkeme kararlarının incelenmesi sonucu, salt yazılı hukuk kurallarına dayanarak hukuki uyuşmazlıklara verilecek tek bir cevap olmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır.

Hukuk kuralları ile mahkeme kararları arasındaki ilişkiye dayanan kurala ilişkin belirsizlik iddiasında *H.L.A. Hart'ın* düşünceleri son derece önemli bir yerdedir. *H.L.A. Hart* kendi hukuk teorisinde hukukun tümüyle belirsiz olduğu görüşlerine karşı çıkmıştır ve realistlerin öne sürdüğü bu iddiaları abartılı bulmuştur. *Hart* hukukta belirsizliğin var olup olmadığını incelerken, ikili bir ayrıma gitmekte ve standart davalar (kolay davalar) ile belirli sonuçlara ulaşamayan hukuk kurallarını içeren gölgeli alanlar ayrımını yapmaktadır.[55] Bu bağlamda *Hart* standart davalar söz konusu olduğunda formalistlere katılmakta ve bu tip davalarda hukuk kuralının sonuçları belirleyebileceğini öne sürmektedir. Ancak *Hart* hukukun uygulanmasında çoğu zaman var olan gölgeli alanların çokluğu nedeniyle, hakimlerin takdir yetkisini kullanacaklarını belirtmektedir. Bu takdir yetkisinin kullanımı ise belirsizliğin önüne geçebilmektedir. *Hart'a* göre bu tip gölgeli alanlar içeren kuralların belirsiz oluşunun ise üç nedeni vardır. İlk neden kullanılan dilin belirsiz olması, ikinci neden hukuk kurallarında yer alan makulluk, hakkaniyet gibi genel standartların bulunması, üçüncü neden ise, Common Law sisteminin kendi doğasından kaynaklanmaktadır.[56]

[55] H.L.A. Hart, **Essays in Jurisprudence and Philosophy,** Clarendon Pres, Oxford 1993, s. 64.
[56] M.D.A. Freeman, **Llyod's Introduction to Jurisprudence,** Sweet – Maxwell, London 1994, s. 1269 – 1270.

Hukuki belirsizlik iddiasında bulunanların çoğu, takdir yetkisinin anlamlarının tümünün belirsizlik iddiasını destekler nitelikte olduğunu belirtmektedirler.[57] *Tushnet* yargıcın istediği gibi karar vermesinin de kendi tercihlerinin hukuk haline dönüştürmesi anlamına geldiğini ifade etmektedir[58]. Bu noktada söz konusu olan tercihler ile kastedilmesi gereken ise dinsel, siyasi ve ahlaki değer yargılarıdır.[59] Ancak *Tushnet'in* burada gözden kaçırdığı husus, hakimlere tanınan takdir yetkisinin hakimlere tam bir serbesti tanımaması ve hakimlerin hukuki ilkeler ve ilkelerin öncülleri olan etik değer altında takdir yetkisini kullanacak olmalarıdır.[60]

Yüzyılımızın en önemli hukuk felsefecilerinden olan *Ronald Dworkin*, takdir yetkisiyle ilgili olarak, hakimlerin tam bir serbestîsi olmadığını belirterek, hakimlerin siyasi ilke adını verdiği hukuk ilkeleri ile kararlarını vermeleri gerektiğinden bahsetmiştir.[61] Yani yargı kararları hukuk dışı faktörler tarafından belirlenmeyecek, aksine kanunun belirsizliği önleyemediği alanlarda hukuk ilkeleri söz sahibi olacaktır.[62] Bu şekilde keyfi kararların verilmesinin önüne de geçilerek, hukukta keyfilik söz konusu olmayacaktır. Her ne kadar hukukun tümüyle belirsiz olduğu argümanını ileri sürmek, belirsizlik tezini aşırıya taşımak olarak gözükse de, hukukta

---

[57] Özkök, "Hukuki Belirsizlik…", s. 6.

[58] Mark V. Tushnet, "Defending the Indeterminacy Thesis", **Analyzing Law: New Essays in Legal Theory,** (Ed. Brian Bix), Clarendon Press, Oxford 1998, aktaran: Özkök, " Hukuki Belirsizlik…" , s. 6.

[59] Özkök, "Hukuki Belirsizlik…", s. 6.

[60] Değer – değer yargısı ayrımı, hukuk ilkeleri ve öncülleri olan etik değer kavramları ilerideki bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

[61] Siyasi ilkeler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Ronald Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2007.,Roland Dworkin, "Political Judges and the Rule of Law**" A Matter of Principle,** Harvard University Pres, Cambirdge, Massachusetts 1985.

[62] Dworkin ilerideki bölümlerde daha ayrıntılı göreceğimiz gibi, bu bağlamda hukuku sadece kurallardan ibaret görmemekte, hukukun içinde ilkelere ve prensiplere de yer vermektedir. (Özkök, " Hukuki Belirsizlik…", s. 9. , Ronald Dworkin**,** "Is Law a System of Rules", **The Philosophy of Law,** Ed. Ronald Dworkin, Oxford University Press, 1977 Oxford, s. 43. , Gülriz Özkök, "Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar", **HFSA,** S. 5, İstanbul 2002, s. 105.), Dworkin, **A Matter of Principle,** s. 11.

öngörülebilirliğin sağlanmasının zorluğu da dava uygulamalarına bakıldığında açıkça görülmektedir. Bu çerçevede hukuki belirsizlikle hukuki öngörülebilirlik yakın ilişkide birbirine paralel bir rol izlemektedir. Ancak hukuki öngörülebilirlik hukuk devletiyle her zaman ilişkili olmayabilir. Kararlarını keyfiliğe göre veren bir yargıcın kararı, o yargıcın siyasi tutumunu ve sahip olduğu değer yargılarını bilenler tarafından öngörülebilir. Ancak bu durumda öngörülebilirlik sağlansa bile, hukuk devletinin gereklerine ve hukuki ilkelere aykırılık söz konusu olabilmektedir.[63] Özetle öngörülebilirliğin tek başına değil, hukuk devletinin diğer gerekleriyle beraber değerlendirildiğinde bir anlam ifade edebileceği görülmektedir.

Hukuki belirsizlik iddiasının hukukun bütününe ilişkin, yani tüm hukuk sistemine yönelik, hukukun gerçekten var olup olmadığı ile ilgili bölümüne gelirsek, bu iddia Amerikan Hukuki Realistleri tarafından ileri sürülmüştür. Amerikan Hukuki Realistlerin ardından gelen Eleştirel Hukuk Çalışmaları da 1980'lerin başıyla birlikte bu belirsizlik iddiasını bir adım ileriye götürerek tüm sistemin eleştirisini bu iddia üzerinden yapmışlar ve belirsizlik argümanını güncel bir tartışma haline yeniden getirmişlerdir.[64]

Günümüzde ise hukuki belirsizlik tezi hukuk felsefesi alanında halen tartışma konusu oluşturmaktadır. Tartışmaların konusunu ise hukuki belirsizliğin boyutu ve doğası oluşturmaktadır.[65] Bu bağlamda hukuki belirsizlik argümanı değerlendirilirse, hukuk düşünürleri tarafından hukuki belirsizliğe birden çok anlam yüklendiği açıkça görülecektir.

[63] Özkök, " Hukuki Belirsizlik…" , s. 9.
[64] Hasnas, "Back to the Future…", s. 85.
[65] Hasnas, "Back to the Future…", s. 85.

III. HUKUKİ BELİRSİZLİK TEZİNİ İLERİ SÜREN AKIMLAR

20. yüzyıl başlarıyla beraber düşünsel, siyaset ve sosyal hayatta başlayan değişim hukuk düşüncesinde de etkilerini göstermiştir. Avrupa'daki serbest hukuk anlayışı ile A.B.D.'nde *Ward, Sumner ve Ross* gibi sosyologların hukukla ilgili fikirleri iki farklı görüşe yol açmıştır. Bunlar; *Oliver Wendell Holmes'un*[66] öncülük ettiği ve *Pound* ile *Benjamin Nathan Cardozo'nun* kurduğu Sosyolojik Hukuk Bilimi ile yine hakim *Holmes'un* öncülük ettiği Amerikan Realistlerinin görüşüdür.[67]

"*Pound*, hukuku insanüstü bir aklın eseri veya kendi kendine yeterli ahlaki birimler toplamı değil, insani ilişkilerle ilgili ve insan tarafından belirli bir amaca yöneltilen, zaman ve yere göre değişiklik gösteren bir husus olarak kabul edilmesi gereğine inanan yeni eğilimin ilk önemli öncülerinden birisi olmuştur."[68] Böylece *Pound* hukuku yazılı normlar veya ilkeler gibi soyut kavramlardan ayrı düşünerek, gerçeklikle bağlantısını kurmaya çalışmıştır.

Pound, hukukun amacı ile ilgili olarak emniyetin sağlanması, iradeler ahenginin sağlanması ve mevcut sosyal düzenin korunması olarak sınıflandırılabilen üç görüşün olduğunu belirmiştir. Bunların yanında bir diğer görüş ise menfaatler ahenginin sağlanmasıdır.[69] Ona göre hukuk bilimi insan menfaatlerinin uzlaştırılması

---

[66] Holmes hukuku mahkemelerin yaptığı şey olarak görmüştür. O'na göre hukuk bilimi mahkemelerin yapacakları şeylerin önceden tahmin edilmesiyle ilgili bir kehanet bilimidir. (Oliver Wendell Holmes, "The Path of Law", **10 Harvard Law Review 457,** 1897)
http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm (Erişim Tarihi : 09. 07. 2008)
[67] Ülker Gürkan, **Hukuk Realizm Akımı,** Sevinç Matbaası, Ankara 1967, s. 12.
[68] Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı,** s. 16.
[69] Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı,** s. 63.

konusunda gerekli araçları ortaya koyan bir "sosyal mühendislik"tir.[70] Yani sonuç olarak hukuk toplumun genel menfaati için hizmet etmektedir.[71]

Hukuku durağanlaşmaya iten formel hukuk sisteminin sosyal alanda doğan uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz olduğunu öne süren Pound, başta hukuk sosyolojisi olmak üzere diğer sosyal bilimlerinde yardımıyla hukuku salt içsel anlamlandırmadan uzaklaştırarak, hukuku toplum hayatındaki menfaatlerin ve uyuşmazlıkların düzenlenmesinde etkin bir role sokmaya çalışmıştır.[72]

1. Hukuki Realizm Teorisi: Doğuşu ve Etkileri

Yukarıdaki bölümlerde belirtildiği gibi, 20. yüzyılın başından itibaren etkili bir şekilde formalist yönteme getirilen eleştiriler, ve formel hukuk mantığına getirilen şüpheci yaklaşım realizmin doğuşu için gerekli şartları oluşturmuştur. Özellikle A.B.D.'nde, I. Dünya Savaşı'nın etkileri ile "büyük buhran" olarak adlandırılan 1920'lerin sonlarındaki ekonomik bunalımların etkisiyle; ekonomik ve sosyo – kültürel alanda meydana gelen değişiklikler sonucu, hukukun da değişen dünya görüşüne ayak uydurması gerektiği hukukçular tarafından görülmüştür.[73] Bu minvalde realistler sosyal gerçekliğe önem vermişler ve "uygulanan hukuk" üzerinde durmuşlardır.[74] Anlaşılacağı üzere realist hukukçular, özellikle hukuk araştırmalarını

---

[70] Roscoe Pound, **An Introduction to the Philosophy of Law,** Yale University Press, New Haven 1950, aktaran: Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı,** s. 18.
[71] Freeman, **Llyod's Introduction…,** s. 525.
[72] Freeman, **Llyod's Introduction…**, s. 525 – 529.
[73] Hukuki Realizm doğup geliştiği dönemden günümüze kadar, daima büyük değişme ve kırılma zamanlarında kendini göstermektedir. Bunun sebebi, her şey normal giderken sistemin parçası olan hukuk da sorgulanmamaktadır. Oysa kriz ve değişim anlarında sistemin tüm parçalarında olduğu gibi var olan hukuk sistemi de sorgulanabilir, tartışılabilir bir hal almaktadır.
Ahmet Ulvi Türkbağ, "Amerikan Hukuki Realizm Akımı", **HFSA,** S. 4, İstanbul 2002, s. 107 – 108.
[74] Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı,** s. 30.

yargı organı ve yargı faaliyetleri üzerinde yoğunlaştırmışlar ve hukuku belli toplumsal amaçların aracı olarak görme yolunu seçmişlerdir.[75]

Realizmin hukuku yukarıda temel esaslarını belirttiğimiz şekilde anlamlandırmaları son derece doğaldır. Hukuki realizm uyuşmazlıkların çözümü ve toplumsal ve siyasi hayatın düzeni için hukuk kurallarının yeteceği görüşünü savunan formel hukuk sistemine bir tepki olarak doğmuştur. Bu yüzden hukukun insanlar üstü statüsüne son vererek, toplumsal menfaatleri sağlaması için; hukuku bir araç olarak betimlemişlerdir. Gerçekten hukuk her şeyden önce insan için oluşturulmuş bir kurumdur. Bu yüzden öncelikle insanı amaç edinmeli ve normların üstünlüğü kavramı yumuşatılmalıdır. İşte Realistlerin, bu dönemde hukuk alanındaki tartışmalarda, hukukun meşrulaştırılan kavramlarını yıkma çabası içinde oldukları söylenebilmektedir.[76]

Bu minvalde Amerikan Hukuki Realizmi ve İskandinav Hukuki Realizmi olmak üzere iki ana akım olarak karşımıza çıkan hukuki realizmin her ne kadar farklı görüntüleri olsa da, en temel özelliği hukuki formalizme yönelttiği eleştirilerdir.[77] Bu minvalde realizm akımı, formel mantık ile hukukun belirliliğini ve öngörülebilirliğini sağlamaya çalışan ve hukuku pozitif bilime yaklaştıran, analitik bir yöntem izleyen normativist pozitivizme karşıt bir akım olarak gözükmektedir.[78]

Dworkin hak ve ilke temelli olarak oluşturduğu hukuk kuramının temel yapıtlarından olan "Taking Rights Seriously" adlı yapıtında hukuki realizmi şöyle tanımlamaktadır: "Bu yüzyılın başında (20. yüzyıl) hakimlerin sadece yazılı kuralları

[75] Türkbağ, "Amerikan Hukuki…", s. 111.
[76] Bix; **A Dictionary and Legal Determinacy**, s. 183.
[77] Ahmet Ulvi Türkbağ da bu noktaya dikkat çekmiş ve realist hukukçuların tutarlı bir bütünün parçalarını oluşturmamalarına rağmen, ortak hareket noktaları olduğunu belirtmiştir. Türkbağ, "Amerikan Hukuki…" , s. 106
[78] Türkbağ, "Amerikan Hukuki…" , s. 106.

uyguladıkları şeklindeki inanışı yıkarak, yargı sürecinin kuşkucu yanlarını açıkladılar. Bu kuşkucu hareket 20'li ve 30'lu yıllarda "hukuki realizm" akımı adlı harekete doğru genişledi. Hareketin önderleri, hakimlerin kararlarında vurguladıkları kurallar üzerinde yoğunlaşıp, onların ne yaptığını tanımlamaya çalışarak hukuk bilimine öğretisel bir yaklaşım getirdiği için, genel geçer teorinin yanlış yola sapmış olduğunu ileri sürdüler. Realistler, bunun hata olduğunu, çünkü hakimlerin kendi değer yargılarına göre davaları karara bağlayıp, daha sonra bu karara uygun hukuk kuralını seçtiklerini söylerler. Realistler hakimin ne söylediğine değil, daha çok ne yaptığına ve kararlarının toplum üzerindeki filli etkilerine bağlanacak bilimsel bir açıklama talep ettiler."[79]

Dworkin'in yukarıda belirttiği gibi, Hukuki Realistlerin hukuk alanındaki ilgi alanlarının büyük bir bölümünü yargısal kararların nasıl alındığı ile muhakeme süreci oluşturmaktadır.[80] Realistler, hakimlerin önlerine gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak karar verirken hukuk kurallarından çok davanın temelini teşkil eden olaylardan etkilendiklerini belirtmektedirler.[81] Realistlerin bir bölümü yargıcın davanın temelini teşkil eden olaylardan etkilendiğini belirtirken, bir diğer grup ise yargıcın kişiliğinin kendine özgü özelliklerinin uyuşmazlıkların yargı nezdinde çözümünde belirleyici rol oynadığını söylemektedirler.[82]

Özetle hukuki realistler, 19. yüzyıl sonu ve 20. yüzyılın başından itibaren normativist pozitivizme karşı hukukta belirliliğin sağlanamayacağını savunmuşlar ve hukukun pozitif bilimlerin uyguladığı metodları uygulamasının sakıncalarına değinmişlerdir.

---

[79] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 23 – 24.
[80] Leiter, "Positivism, Formalism…", s. 1147.
[81] Leiter, "Positivism, Formalism…", s. 1148.
[82] Leiter, "Positivism, Formalism…", s. 1148.

Hukuki realizm akımı genel olarak Amerikan Hukuki Realizmi ve İskandinav Hukuki Realizmi olarak ikili bir ayrıma tutulmaktadır. Biz de genel esaslarını belirtmeye çalıştığımız hukuki realizm akımından sonra şimdi bu ayrımı inceleyeceğiz.

2. Amerikan Hukuki Realizmi

Amerikan Hukuki Realizm akımı, hukuku normlar sistemi sayan sınırlayıcı yaklaşıma[83] karşın ilk defa sorgulayan bir hukuk yaratma çabasına girmişlerdir. Bu hukuk akımı genellikle hukuk alanındaki muhafazakârlığa karşı çıkışın bir ifadesi olup, yenilikçi bir kimlik taşımaktadır.[84] Fakat bu akım kendiliğinden doğan bir akım olmayıp, köklerini Avrupa'da başlayan ve Amerika'da devam eden Sosyolojik Hukuk Bilimi okulundan almaktadır.

Amerikan Hukuki Realizmi, hukuk hayatının mantığa değil deneyime dayanması gerektiğini söyleyerek temel çıkış noktası olarak da Amerikan toplum yaşamında da önemli bir role sahip olan pragmatizmi seçmiştir.[85] Onlara göre hukuk ve ahlak ayrımı da kesin olarak yapılmalı ve hukukçu teoriden çok pratik ile ilgilenmelidir.[86] Bu şekilde hukuk araçsal bir nitelik kazanmakta ve deneysel bir süreç haline gelmektedir. Onlara göre hukuk ne normativist pozitivistlerin ileri sürdüğü gibi içine kapanık ve durağan bir normlar sistemidir; ne de doğal hukukçuların ileri sürdüğü gibi onu meşru kılacak üstün değerlere sahiptir.[87] Bu bağlamda Amerikan Hukuki Realizmi ahlak ile hukuku ayırmak adına hukuk ilkelerini de hukuk dışı bırakmışlar ve salt mahkemelerce uygulanan pratik hukuku

[83] Türkbağ, "Amerikan Hukuki…" , s. 107.
[84] Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**, s. 148.
[85] Türkbağ, "Amerikan Hukuki…", s. 107.
[86] Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi,** Siyasal Kitabevi, Ankara 2007, s. 324.
[87] Türkbağ, "Amerikan Hukuki…", s. 108.

inceleme altına almışlardır.[88] Örneğin *Karl L. Llewellyn* "resmi kişilerin (hakimler, avukatlar vb.) uyuşmazlıklar konusunda yaptıkları şeyler benim gözümde gerçek hukuku oluşturmaktadır" demekte, böylece "gerçek kurallar" ile "kağıt üzerindeki kurallar" arasında ayrım yapmaktadır.[89]

Sorgulayan bir hukuk akımı olan Amerikan Realist akımı, hukukun belirsizliği ile ilgili ilk eleştirileri dile getirmişlerdir. Amerikan Hukuki Realistlerine göre, yargısal kararlar ne kuralların ne de emsal kararların mantıksal çıkarımları sonucu elde edilmektedir.[90] Hukuk çelişkili kurallarla doludur ve hakimler bu çelişen kurallar arasından her zaman birini tercih etme hakkına da sahiptir. *Holmes* bu konuda şöyle demiştir: "Yargısal kararların dili, mantığın dili olarak görülmelidir. Mantıksal metod, bilinçaltında bulunan belirlilik ve istikrar arzusunu öne çıkarır. Oysa belirlilik yanılgıdır ve istikrar insanın kaderi değildir. Mantıksal metodun arkasında ise, birbirleriyle çelişen, yarışan kanunların değer yargısına göre değerlendirmeleri yer almaktadır."[91] Yani *Holmes*, yargıcın tarafsızlığına inanmamakta ve yargıcın kişisel değer yargılarına göre birbirleriyle çelişen normlar arasında bir tercihte bulunacağını söylemektedir.[92] Amerikan Hukuki Realizmi bu minvalde hukukun ekonomi ve siyaset üstü olduğunu da yadsıyarak hukukun bu kavramlardan ayrı düşünülemeyeceğini belirtmektedirler.[93]

---

[88] Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** s. 151.

[89] "Kağıt üzerindeki kurallar" geleneksel olarak hukuk kuralı olarak kabul bulan şeylerken, "gerçek kurallar" ise, somut bir olayda mahkemeler tarafından verilecek kararlar olacaktır. (Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, US-A Yayıncılık, Ankara 1998, s. 68 – 69)

[90] Türkbağ, "Amerikan Hukuki…" , s. 111.

[91] Oliver Wendell Holmes, "The Path of Law", http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm (Erişim Tarihi : 09. 07. 2008)

[92] Bunlar kısaca yargıcın değer atfetme ve değer biçme ile ulaştığı değer yargılarıdır. Dworkin yargılama faaliyetinde etkili yargıcın tüm bu değer yargılarına "siyasi değerler" adını vermektedir. Değer atfetme ve Değer biçme için: İoanna Kuçuradi, **İnsan ve Değerleri,** Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2003, Siyasi değer için: Dworkin, **Taking Rights Seriously,** Harvard University Press, Cambridge 1977, Dworkin, **A Matter of Principle,** Harvard University Pres, Cambirdge, Massachusetts 1985.

[93] Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** s. 152 – 153.

Hukukun ne olmadığını yukarıdaki şekilde belirleyen Amerikan Realizmi, hukukun tanımını da kendilerine göre tespit etmişlerdir. Bu tespite göre yargıcın hukuk yaratma işlevini reddetmemektedirler. Onlar yargıcı hukuk yaratan ana kaynak olarak görmektedirler. Daha önce de belirttiğimiz gibi mahkeme kararları realizm için son derece önemlidir. Bu minvalde hukuk realitesini mahkeme kararları ile kazanmaktadır. Hukuk, herhangi bir olay karşısında mahkemelerin tutumuna bağlıdır ve hukukçuluk da mahkemelerin alacağı kararları tahminden öteye geçememektedir.[94] Realistler bu iddialarını güçlendirmek için dava sonuçlarının bilinemezliğini ortaya koymaktadırlar. Eğer hukuk pozitivistlerin söylediği gibi hukuk kurallarının uygulanması olsaydı, dava yoluna gidildiğinde kurallar mekanik bir biçimde uygulanır ve varılacak hukuki sonuç da önceden bilinir. Oysa davanın sonucu baştan tahmin edilememektedir. Kararların asıl belirleyicisi çevre koşulları, karakter, çeşitli menfaatler, cinsel dürtüler, yaygın ideolojik nedenler olmaktadır.[95] Yani davanın seyrini ve sonucunu etkileyen asıl etmen yargıcın kişisel tercih ve eğilimleridir. Bu yüzden de hukukta belirliliğin sağlanması imkansızdır.

Holmes da hukuk tanımını yaparken şu ifadeleri kullanmaktadır: "Eğer sadece hukuku tanımak isterseniz ona kötü insanın gözüyle bakmalısınız. Bu kötü insan sadece maddi sonuçlarla ilgilenir. Kötü insan etik prensiplerle ya da tümdengelim metoduyla ilgilenmez. O mahkemelerin gerçekte ne yapacağını bilmek isteyecektir. Ben de o adamın düşüncesindeyim. Hukuktan anladığım da mahkemelerin ne yapacağı ile ilgili tahminlerdir, bundan daha iddialı başka bir şey

[94] Türkbağ, "Amerikan Hukuki…", s. 109.
[95] Türkbağ, "Amerikan Hukuki…", s. 111.

değil."[96] Bu hukuk tanımı görüldüğü üzere yazılı hukuka ya da ilkelere değil, uygulanan hukuka yönelmektedir.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken, realistlerin değer yargılarına dayanan hakimleri hukuku yaratan ana kaynak olarak görüp görmemeleri sorunudur. Zira değer yargılarına dayanan bir karar organı sonucunda şüphesiz ki hukuktan çok hukuksuzluktan bahsedilebilir. Elbette ki hakimler "sosyal mühendis" olarak hukuk kurallarının yürütülmesinde pay sahibi olmalıdırlar. Fakat hakim bu görevini yerine getirirken değer yargılarına dayanıyorsa, hukukun araç haline getirilip farklı ve belirsiz bir amaca hizmet edeceği şüphesizdir. Hukukun formel yapıda pozitivist yaklaşımın getirdiği esaslar ile tanımlanamayacağını söyleyerek hukukun ne olmadığını ortaya koyan hukuki realizm akımı, hukukun ne olduğu noktasında çalkantılar yaşamış ve hukuku değerlerden bağımsız gördükleri için tam manasıyla bir sonuca varamamıştır.[97] Bu noktada temelde reddedici olan yaklaşımı da eleştirilere açık hale gelmiştir.

Amerikan Hukuki Realizminin düşünceleri tek bir çatı altında yukarıdaki gibi toplanabilir. Ancak söz konusu akımı *Jerome Frank'in* iki ana gruba ayırdığı gözlenmektedir. Bu iki grup ise olay şüpheciliği ve kural şüpheciliği şeklinde karşımıza çıkmaktadır.[98]

---

[96] Holmes " The Path of Law", http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm (Erişim Tarihi : 09. 07. 2008)

[97] Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** s. 157.

[98] Amerikan Hukuki Realizmi terminolojisi açısından "belirsizlik", "şüphe" kavramı ile karşılanmaktadır. Şüphe ise kural şüpheciliği ve olay şüpheciliği olarak iki başlık altında incelenmektedir.

A) Olay Şüpheciliği

Bu grubu oluşturan realistler, hukuk hayatındaki belirsizliğin asıl nedeni olarak mahkeme kararlarındaki öngörülemezliğin olduğunu iddia etmektedirler.[99] Olay şüphecileri de her ne kadar hukuk kurallarında belirsizliğin var olduğunu düşünseler de, hukuk hayatındaki belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanması için ilk derece mahkemesi kararlarına ağırlık verilmesi gerektiğini iddia etmişlerdir.[100] Olay şüphecileri, mahkemede olguların değerlendirilmelerinin kesinlikten yoksun olduğunu ve mahkeme kararının öngörülebilmesinin son derece zor olduğunu belirtmektedirler. Mahkemede olguların değerlendirilmesinin kesinlikten yoksun olmasını ise hukuki olayların karmaşık yapısına bağlamaktadırlar.[101] Bu karmaşık yapı içerisinden ise kararın nasıl oluşacağını tahmin etmek olay şüphecilerine göre son derece zordur.[102]

Olay şüphecilerinin önemli isimlerinden olan *Jerome Frank'e* göre hukuksal süreç, hukuk kuralının olaya uygulanması sonucu ortaya çıkan mahkeme kararı olarak düşünülmemelidir. O'na göre, toplumun değişimi ile birlikte somut uyuşmazlıklara da yansıyan değişken yapı, formalist hukukun ortaya attığı bu tanımı değiştirmektedir.[103] Tüm Realistler de olduğu gibi *Frank* da yargılama faaliyetine değinmiş ve hakimlerin pasif olması ve sadece kuralları uygulaması gerektiğini iddia eden geleneksel pozitivist görüşün tam zıddını savunmuştur. *Frank*, hakimlerin hukuk yaratıp hukuku değiştirdiği inancındadır.[104] *Frank*, kuralların rolünü tümüyle

[99] Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s. 325.
[100] Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s. 325. , Türkbağ, "Amerikan Hukuki…", s. 110.
[101] Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s. 325.
[102] Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s. 325.
[103] Jerome Frank, **Law and Modern Mind,** Stevens and Sons, London 1949, s. 6 – 7.
[104] Frank, **Law and Modern Mind,** s. 33.

inkâr etmez, ancak kuralların hukukçu için sadece kararların tahmininde yol gösterici olduğunu belirtmektedir.[105]

Frank aynı zamanda hukukun öngörülebilirliğine ve değişmez oluşuna karşı çıkarken temyiz makamının varlığından ve avukatlardan yola çıkmaktadır. *Frank'e* göre temyiz mahkemesinin varlığı, hukuksal sonuçların, sadece hukuk kurallarına bağlı olarak öngörülemeyeceğinin ispatıdır. Çünkü temyiz mahkemesi olaydan uzakta bulunduğu için, olayla ilgili yanlış ve sağlıksız değerlendirme yapma ihtimali daha fazladır. Temyiz mahkemesi hukuki olaya dair bir saptama yapmamaktadır. Çünkü bu saptama ilk derece mahkemesi tarafından yapılmıştır. Bu minvalde temyiz mahkemesinin görevi, ilk derece mahkemesinin aldığı kararın kanuna uygunluğunun denetimi veya gözden kaçırdığı bir kanun metninin olup olmadığı değil, benzer olaylarda eski ve yeni verilen kararları karşılaştırmak olmaktadır.[106]

Frank'e göre avukatın amacı, belirli davalarda mahkeme kararını tahmin etmek ve müvekkilinin arzu ettiği kararın mahkemeden çıkmasını sağlamaktır. Sonuç olarak hukuk sujesi olan avukatın rolü mahkemenin kararını tahmin etme mesleğidir.[107] Bu minvalde dava kaybeden avukatın da öngörülebilir ve değişmez olan bir hukukta nasıl bir özrü olabilir sorusunu gündeme taşımıştır.

Ancak bu noktada *Frank'in* yanılgıya uğradığı nokta şudur: Avukat her ne kadar uygulamada davayı kazanmak zorunda gibi gözükse de asıl amacı mahkemenin adil yargılama yapmasına yardım ederek, uyuşmazlıkta maddi gerçeğin

[105] Frank, **Law and Modern Mind,** s. 276.
[106] Frank, **Law and Modern Mind,** Preface, s. VIII – XIV. , Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s. 326.
[107] Jerome Frank, "What Courts do in Fact – Part One", **Illinois Law Review,** vol.26, 1931, aktaran: İrem Akı, **Amerikan Hukuki realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik,** Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s.43.

ortaya çıkmasında mahkemeye yardımcı olmaktır.[108] Dünya'da tüm hukuk sistemleri tarafından kabul edilen avukatın bu "asli görevi" unutulmamalıdır.

Sonuç olarak olay şüphecileri hukuki olayın belirsiz olmasını, hukukta belirsizliğe yol açan asıl sebep olarak görmüşlerdir. Bu noktada olay şüphecilerine hukuki belirsizliğe yol açacak şeyin sadece hukuki olayın karmaşık yapısından doğan belirsizliğin yol açmayacağı eleştirisi getirilmiştir. Siyasi, dini ve hayat görüşü sebebiyle önyargılarının etkisinde kalan hakim, olay ve kuralı zihninde iç içe geçirmiş olabilir.[109] Yargıcın zihninde olay ve kuralın iç içe geçmesi demek, çıkacak kararın da çözüm içermeyen, ayırıcı nitelikleri belirli olmayan bir bileşim niteliğinde bulunması anlamına gelmektedir.[110]

B) Kural Şüpheciliği

Kural şüpheciliği, ilk derece mahkemesi karar verdikten sonra ve temyize gidilmişse temyiz sürecinde karşımıza çıkmaktadır.[111] Kural şüphecisi olan realistler, hukukta belirsizliğin sebebinin hukuk kuralı olduğunu belirtmektedirler.[112] Bu gruptakilerin kanısına göre biçimsel hukuk kuralları, mahkemenin uyuşmazlığı nasıl çözümleyeceği ile ilgili hem davanın taraflarına hem de hukukçulara öngörülebilirlik sağlamaktan uzaktır.[113] Bu grup için ilk derece mahkemelerinin kararları hukukta düzeni sağlamak için elverişli değilken, Yüksek mahkemelerin kararları, hukuk kurallarının gerçek içeriğini ortaya koymak ve muhatapları ile hukukçuları kanunla

[108] Ayrıntı için bknz. Faruk Erem, **Meslek Kuralları,** Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007.
[109] Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s. 326.
[110] Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s. 326.
[111] Türkbağ, "Amerikan Hukuki…", s. 110.
[112] Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s.325.
[113] Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s.325.

ilgili aydınlatmak açısından son derece elverişlidir.[114] Kısaca kural şüpheciliği ile kastedilen yargısal kararları belirleyen faktörün, konulmuş yazılı kurallar olmadığıdır. Bir kural şüphecisi olan *Llewellyn* de, kuralların yargıca ancak rehberlik yapabileceğini ancak yargıcı sınırlayamayacağını iddia etmektedir.[115]

Kural şüphecisi Amerikan Realistleri kuralların yargısal kararları belirlemediğini öne sürerken bazı gerekçelere dayanmaktadırlar. Bu gerekçeler:

"1. Yargısal kararı belirleyecek kuralların yorumlanmasında birbiriyle çatışsa da çok fazla teknik olabilmektedir.

2. Verilen hüküm hiçbir şekilde ve hiçbir zaman genel kuralı tam olarak yansıtamaz

3. Hukuk dili birden fazla anlama gelebilen bir yapıya sahiptir.

4. Toplumsal ve ekonomik değişimler hukuk kuralına yüklenilen anlamın yani kuralın içeriğinin de değişmesine sebep olabilir.

5. Her somut olay birbirinden farklıdır, hiçbir zaman tıpatıp aynı olamaz."[116]

Sonuç olarak Amerikan Hukuki Realistleri, formel pozitivist hukuk sistemine karşın bir tepki olarak çıkmış ve Sosyolojik Hukuk Bilimi'nin de etkilerini göstererek, "hukuki belirsizlik" argümanını ilk defa öne sürmüşlerdir. Onlar hukuki belirsizliğin tüm hukuk sisteminde yer aldığını iddia etmektedirler. Ancak bazı noktalarda ortak hareketlerine rağmen, hukuki belirsizlik argümanını tek bir başlık altında toplayamamışlar ve dağınık bir görünüm sergilemişlerdir. Ayrıca hukuki belirsizliğin derecesini çok fazla abartmaları ve hukuku, yazılı kurallardan tamamen farklı ve ilkelerden uzak hakimin ve toplumun değer yargılarına dayanan keyfi

[114] Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s.325.
[115] Roger Cotterrell, **The Sociology of Law,** 2nd Edition, Butterworths, London 1995, s. 217 – 218, aktaran: Türkbağ, "Amerikan Hukuki…", s. 111.
[116] Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** s. 154 – 155.

uygulamalara bağlamaları, hatta bu uygulamaları da doğru kabul etmeleri[117], hukuk açısından sorgulanabilir niteliktedir.

3. İskandinav Hukuk Realizmi

İskandinav Hukuk Realizmi, Amerikan Hukuki Realizminden ayrı olarak ele alınmaktadır. İskandinav Hukuki Realizmi daha çok Ortaçağ'daki "nominalizm" e (adcılık) benzemektedir.[118] Nitekim akımın kurucularından olan *Hagerstrom* da "hak" "ödev" "geçerlik" gibi kavramların hiçbir anlam taşımadığını ve bu kavramların doğanın dışında, hayal olduklarını iddia etmiştir.[119]

Görüldüğü üzere İskandinav Hukuki realizm akımında hukukun soyut olarak değil, olgusal olarak değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır. Hukuk bilimi sadece hukuk kurumlarının nasıl işledikleri ile hukuksal kavramların fiilen nasıl algılandıkları üzerinde durmalıdır. Yani önemli olan hayal ürünü hak, ödev, geçerlik gibi kavramların hukuki uyuşmazlıklarda, uygulanan hukukta nasıl göründüğü, nasıl algılandığıdır.[120] Amerikan hukuki realizmi ile aralarındaki ortak payda da bu noktadır. Yani hukuka şüphe ile yaklaşmaları ve hukukun toplumsal bir olgu olarak görülmesi iki akımın ender benzer yönleridir. Her iki akım için hukuk mahkemeler tarafından fiilen uygulanan hukuktur ve hukukun görevi mahkeme kararlarının tahmininden öte bir şey değildir.[121]

---

[117] Bknz. Frank, **Law and Modern Mind,** Stevens and Sons, London 1949, Holmes, "The Path of Law", **10 Harvard Law Review 457,** 1897.

[118] Nominalistler, genel kavramları gerçek saymayıp, onların sadece birer addan ibaret olduğunu savunmaktadırlar. Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** s. 160.

[119] H.L.A. Hart, "Scandinavian Realism", **The Cambridge Law Journal,** 1959, s.233.

[120] Hagerstrom için hak ve ödev gibi kavramlar tümüyle kurgusal olan ve hukuk var dediği için kabul edilen doğanın gerçeği dışında olan kavramlardır. (D.J. Sherbaniuk, "Scandinavian Realism", **Alberta Law Review,** vol.2, 1962, s. 59.)

[121] Ancak bu tahminin nasıl yürütüleceği açısından amerikan realistler, hukuki metinden bağımsız olarak, hakimlerin davranışlarını öngörmek için onların geçmişteki davranışlarına bakmayı yeterli görürken, Ross davranışsal ve ideolojik unsuru içeren daha karmaşık bir geçerlilik teorisi ile bu

Akımın önemli temsilcilerinden olan *Alf Ross* da bu bağlamda hukuk kurallarını değerlendirmiştir. O'na göre hukuk biliminin görevi yürürlükteki hukuku tasvir etmek olup, bir normun yürürlükte olup olmadığını, geçerliliğini anlamak için de hâkimin o normu fiilen uygulayıp uygulamadığı dikkate alınmalıdır.[122]

İskandinav Hukuk Realistlerinden olan *Lundstedt*, hukuksal uyuşmazlıklara, hukuksal problemlere çözüm bulunabilmesi için adli yöntemlerin yetersiz kalacağını iddia etmiştir.[123] Hakim adil bir karar almak için, uyuşmazlıktaki tarafların mali durumu, çevre koşulları hatta ceza davalarında kişilerin eğitim durumları gibi her türlü koşulu değerlendirmelidir (toplumsal refah sistemi).[124]

Elbette ki sırf pozitivist bir düşünce ile kanunun uygulanması adaletsizliklere yol açabilmekte ve toplumun vicdanını rahatsız edebilmektedir. İleride daha ayrıntılı işleyeceğimiz gibi hâkimlerin karar verirken kanunda olmasa bile etik değer öncüllü ilkelerden ve insan haklarından yararlanması şüphesiz gerekmektedir. Her olay aynı olmadığından hâkim karşısına gelen olayda son derece hassas bir muhakeme yapmak zorundadır. Ancak *Lundstedt'in* iddia ettiği "toplumsal refah sistemi" argümanı gibi çevre, eğitim gibi etkenler yargıcın karar vermesinde etkili olursa hukuktan uzaklaşılabilmektedir. Örnek verecek olursak bir ceza davasında "toplumsal refah" için çevre, eğitim ve toplumsal yaşam, kararın verilmesinde başrol oynarsa, ülkemizde yaşanan "töre cinayetlerinin" mazur görülmesi gerekmektedir. Bunun sonucu ise, insan haklarına dayalı bir hukuk sisteminin çökmesi ve geleneksel ve dinsel normlara prim tanıyan, eğitimsizliğin önüne geçemeyen hukukun olmadığı bir devlet sisteminin ortaya çıkması olacaktır.

---

sorunu aşmayı denemiştir. (bknz. Alf Ross, **On Law and Justice**, Stevens & Sons, London 1958, s. 36.)

[122]Ross, **On Law and Justice**, s. 32 – 38.

[123] Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** s. 162.

[124] Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** s. 163.

4. Eleştirel Hukuk Çalışmaları

1970'li yıllarda postmodernizmin hukuk alanında etkisini göstermesiyle A.B.D.'nde başlayan Eleştirel Hukuk Çalışmalarının en önemli çıkış noktası Amerikan Hukuki Realistleri olup, hukuk bilimi konusunda yapılan çalışmaların yarattığı tatminsizlik sonucu oluşmaya başlamıştır.[125] Akım faaliyetlerine ise, 1977 yılında , "Law and Society Association" (Hukuk ve Toplum Derneği)[126] 'nin çalışmalarına karşın duyulan hoşnutsuzluklar sonucunda Wisconsin Üniversitesi'nde yapılan konferansla başlamıştır.[127]

Eleştirel Hukuk Çalışmaları, Amerikan Hukuki Realistlerinin devamı niteliğinde görülmekle beraber daha radikal bir biçimde hukuki belirsizlik argümanını öne sürdüğü görülmektedir.[128] Ancak Amerikan Hukuki Realistleri açısından hukuki belirsizlik sadece hukukilik boyutunda ele alınırken, Eleştireller bu belirsizlik kavramını tüm otoriteye ve düzene de yaymakta ve hukuki belirsizliği de bu boyutta daha radikal bir biçimde ele almakta, tutumları daha politik bir özellik taşımaktadır. Bunun sebeplerinden bir tanesi Eleştirel düşünürlerin sol dünya görüşüne ilişkin düşünceler üreten, Marksist gelenekten gelen hukukçular olmasıdır.[129] Diğer sebep ise Eleştirel Hukuk Çalışmalarının postmodernizmin hukuk alanına yansıyan ilk biçimi oluşudur. Neticede postmodernizmin etkilerini de içinde

---

[125] Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s. 417.
[126] Law and Society Assaciation için bakınız: Kasım Akbaş, "Hukuk Eleştirisi ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Gündemi", **HFSA**, S. 16, İstanbul 2007, s. 356 – 358 .
[127] Ahmet Ulvi Türkbağ, "İki Soruda Postmodernizm ve Hukuka Yansıması", **İ.Ü.H.F.M.,** C. LXI S. 1 – 2,İstanbul 2003, s.179.
[128] Hasnas, "Back to the Future…", s. 97.
[129] Marksist yaklaşıma göre hukuk, belirli bir tarihsel dönemde geçerli olan ekonomik ve sınıfsal ilişkilerin üzerine kuruludur. Yüksel, **Modernite Post…,** s. 207. Ayrıca Marksist hukuk , hukuk – Marksizm ilişkisi için bakınız: Onur Karahanoğulları, "Marksizm ve Hukuk", **A.Ü.S.B.F.D.,** C.57 S.2, Ankara 2003, s. 61 – 91 . Karahanoğulları, "Marksizm ve Hukuka Yazın İncelemesi", **A.Ü.S.B.F.D.,** C.58 S.3, Ankara 2003, s. 198 – 232 .

barındıran eleştirel akım, belirsizlik fikrini sadece hukuki boyutta tutmamış ve bunu tüm otoriteyle düzen fikrine de yaymayı uygun görmüştür.[130]

Eleştirel Hukuk Çalışmaları belirsizlik argümanını öne sürerken, Amerikan realistlerinin tersine, liberalizme karşı bir tutum da sergilemektedir. Realistler, Eleştirellerin de kullandığı "hukuki belirsizlik" argümanına karşın, kendilerine hedef olarak hukuk sistemini oluşturan iktidarı veya siyasi ve ekonomik sistemi almamışlardır. Realistler eleştirilerini sistem olarak liberalizme yöneltmek yerine, hukuki bir yöntem, sistem olan formalizme yöneltmişlerdir.[131] Eleştirel hukukçular ise liberal hukuk kuramını da sorgulamaya açmışlar ve formalizmle beraber liberal hukuk sistemine de eleştiriler yöneltmişlerdir.[132] Kısacası realistlerin asıl amacı "hukukun otoritesini sarsmak" değil, "hukuk reforme etmek", "evrimi" gerçekleştirmek iken, eleştirellerin amacı "hukukta devrimi" gerçekleştirmektir.[133]

Eleştirel Hukuk Çalışmaları düşünürleri, hukukun belirsizliğini ve öngörülemez olduğu iddiasını ortaya atarken, hukukun liberalizm ideolojisine uygun olarak oluşturulduğunu ve hakların ve hukuk içerisinde yer alan ilkelerin de bu doğrultuda belirlendiğini öne sürmektedirler.[134] Bu minvalde hak kavramını ve getirdiklerini liberalizmin eleştirisi bağlamında reddeden eleştirellerin, insan haklarını da reddedip reddetmedikleri açık olmamakla beraber bu konuda somut bir söylem de getirmemektedir.

---

[130] Türkbağ, "İki Soruda…", s. 178 – 179. Ayrıca Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nı oluşturanlar hareketin postmodern karakterine uygun olarak diğer bir öteki ile yani feminist düşünceyle de birleşmektedirler. Böylece Eleştirel Hukuk Çalışmaları bir yanda ana kanadı, öte yanda ise Feminist Hukuk Bilimi olmak üzere iki koldan ilerlemektedir. (Türkbağ, "İki Soruda…", s. 179)

[131] Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** s. 155 – 156 .

[132] Sururi Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, s. 95.

[133] Richard Nunan, **Radicial Critiques of Law,** USA: University Press of Kansas, 1997, aktaran: Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** s. 152.

[134] Alan C. Hutchison, Patrick J. Monohan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought", **Stanford Law Review,** Vol. 36, 1984, s. 206.

Eleştirel hukukçular hukukun nesnelliğini, genelliğini ve nötr ilkelerin varlığını da reddetmektedirler.[135] Bunun sebebi ise hukukun içinde yer alan "ahlaki değerin" yadsınması ve hukukun değer yargısından uzak duramayacağı inancıdır.[136] Bu doğrultuda Eleştirel Hukuk Çalışmaları yandaşları, değer yargısından bağımsız olamayan hakim için de tarafsızlığın söz konusu olamayacağını belirtmektedirler.[137] Eleştireller, hukukun oluşmasında menfaat gruplarının temsil edildiğini ve bu grupların menfaat elde etmek için çaba sarf ettiklerini iddia etmişlerdir. "Ahlak, yalnızca toplumsal güç ilişkilerince oluşturulan kültürün içinde ve buna özgü belirlenebildiğine göre birçok alt kültürle birlikte kompleks bir kültür olabilir. Bunlar köklü biçimde çelişen değerler şeması oluşturur. Hepsi kendi bağlamları içinde bulunan bu alt kültürlerin hiçbiri genel geçerlik savında bulunamaz ya da nesnel ve üst bir doğruyu dile getirdiklerini öne süremezler. Böylece tüm toplumu bağlayacak bir ahlak kuramı mümkün olamaz ya da nesnel ahlaki ve hukuki değer ve ölçütler var olamaz."[138] Buna göre değerlerde güç ilişkilerinin sonucudur. "Hukuk politikadır"[139] sloganı ile yola çıkan eleştireller bu minvalde hukuksal ve sosyal eleştirinin kaynağı olarak ahlakın ve ahlaki değerden doğan ilkelerin ciddiye alınmaması görüşündedirler. Bu doğrultuda hukukçunun görevi de güç ya da yarar ilişkilerinden bağımsız olduğu kabul edilemez hukukun üzerindeki hukukun nötr rasyonel ve tarafsız olduğu yönündeki perdenin kaldırılması yani hukukun maskesinin düşürülmesidir. Eleştireller bu noktada iddialarını kuvvetlendirmek ve hukukun

[135] Türkbağ, "İki Soruda…", s.181.
[136] Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s. 417.
[137] Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s. 418.
[138] Türkbağ, "İki Soruda…", s.180.
[139] "Hukuk politikadır" (Law is politics) için bakınız: Mark Tushnet, **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory,** Ed. M.P. Golding, W. A. Edmundson, Blackwell Publishing, Oxford 2006, s. 80 – 81, David Kairys, **The Politics of Law,** Pantheon Books, New York 1982.

objektif belirli bir alan olmadığını[140] ve yargısal kararların çoğu zaman politik kararlar olduğunu göstermek için de davaları örnek göstermektedirler. Onlara göre hukuk kuralları somut olaya uygulanırken, çıkar gruplarının menfaatlerine göre farklı zamanlarda farklı uygulanabilmektedir. Bu yüzden de ne kadar yazılı kurallar yapılırsa yapılsın, bu kurallar bütünü sadece sistemin gereksinimlerini karşılayan ve çıkar gruplarının isteklerine cevap veren düzenlemeler olabilir.[141] Bu minvalde hukuki muhakeme, yetkili insanları hukuki uyuşmazlıklarda belirli maddi gerçeğe ulaştıracak bir metod veya süreç değildir.[142] Yani formalist mantık hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kalmakta ve adaleti ve hakkaniyeti de sağlayamamaktadır.[143]

Bu bağlamda Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın yapmaya çalıştığı şey, hukuksal süreçlerde ve özellikle kamu hukukunda keyfiliğin ya da değer yargılarının hukuki tercihlerde nasıl rol oynadığını göstermektir.[144]

Eleştirel Hukuk düşünürleri, hak kavramının da evrensel bir niteliğe sahip olmadığını söylemektedirler. Hukukla beraber içindeki tüm ilke ve değerler gibi hak kavramı da iktidarın faaliyetlerini bir meşrulaştırma çabasından başka bir şey

---

[140] Eleştirel hukukçulardan olan Kress objektif bilgiye ulaşmanın imkansız olduğunu belirtmiştir. Ken Kress, "Legal Indeterminacy", **California Law Review,** Vol. 77, 1989, s.283.
[141] Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** s. 103.
[142] David Kairys, "Law and Politics", **The George Washington Law Review,** Vol.52, No. 2, 1983 – 1984, s.244.
[143] Eleştirellerin bu eleştirisini Garcia davasında görmek mümkündür. Inez Garcia kendine tecavüz eden iki kişiden birini silahla öldürmüştür. Garcia ilk savunmasında – erkek avukatının da etkisiyle – olay esnasında kendini kaybettiğini ifade etmiş ikinci saldırganı da öldürmediği için pişman olduğunu öne sürerek mahkemeye de hakaret etmiştir. Bu savunma sonrası ikinci derece cinayetten suçlu bulunan Garcia, yapılan usuli bir hatadan ötürü tekrar yargılanmıştır. Bu ikinci yargılamada ise radikal feminist avukatı Susan Jordan tarafından savunulmuştur. Jordan savunmasında her tecavüz davasında tecavüze kadının kendi davranışlarının neden olduğu yönündeki inanışı eleştirmiş ve sanığının bilinçsiz olarak öldürme fiilini gerçekleştirdiği savunması yerine, meşru müdafaa savuması yapmıştır. Jordan'ın hukukun değer yargılarını eleştirdiği bu savunma sonrası Garcia beraat etmiştir (Freeman, **Llyod's Introduction to Jurisprudence**, s. 1049 – 1050).
[144] Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** s.109.

değildir.[145] Böylece Eleştirel Hukuk Çalışmaları düşünürlerinin yazılı kanunlarla beraber, hukuk içinde yer alan ilke, hak gibi kavramları da politika ile iç içe gördükleri söylenebilir. Böylece söz konusu kavramların eleştireller için hukukta belirliliği sağlamaktan uzak olduğu söylenebilir.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları açısından hukuki belirsizlik tezi genel olarak ne zor davalarla sınırlı bir terimdir ne de ileride göreceğimiz *Dworkin'in* hukuk teorisinde ele alındığı gibi prensiplerle ortadan kaldırılabilen bir durumdur.[146] Eleştireller için hukuki belirsizlik tezi, yukarıda değindiğimiz gibi tüm hukuk sistemi ve doktrini ile ilgilidir. Ancak genel olarak incelemelerini yargılama süreci içinde hukuk kuralının belirli bir hukuksal sonuca ulaşılmasını sağlayıp sağlamadığına yöneltmişlerdir.[147] Yani Eleştirel Hukuk Çalışmaları, hukuksal belirsizlik tezini ortaya koyarken, hukukun pratiği olan yargılama fonksiyonuna özel bir önem vermişlerdir.

Eleştirel Hukuk düşünürleri hukukun tümüyle belirsiz bir alan olduğunu iddia ederlerken "hukuk politikadır" argümanına sıkça dayandıkları gözlenmektedir.[148] Bu minvalde hukukun, makul ve tarafsız insanları hukuki uyuşmazlıklarda objektif bir sonuca veya hükme götürmesi söz konusu olamaz.[149] Çünkü siyaset ile iç içe geçmiş bir hukukta hem hakimlerin hem de kanun koyucuların değer yargılarından bağımsız

---

[145] Güriz, **Hukuk Felsefesi,** s. 422. (Unger de tutarlı bir hak teorisinin öğretileriyle hukukun içeriği arasında önceden inşa edilmiş bir ahengin varlığının söz konusu olamayacağını iddia etmiştir. İşte bu tutarsızlık hukuk açısından belirsizliği getirmektedir. Bknz. Kress, **Legal Indeterminacy,** s. 303.)

[146] Eleştirel düşünürler, ileride ayrıntısıyla göreceğimiz Dworkin'in ilkeler temelli kuramını da eleştirmişlerdir. Dworkin'in hukuk düşüncesinin içinde yer verdiği ilkeler de eleştirellere göre birbirleriyle çelişmektedir. Eleştirellere göre bu minvalde ilkelerin kendileri hukuki belirsizliğin yer aldığı durumları başka bir belirsizlik dolu alana taşımaktan başka bir şey yapmamaktadır. (Hasnas, "Back to the Future…", s. 96.)

[147] Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** s. 97.

[148] Bu argümanı öne sürerlerken, Eleştirel hukuk çalışmaları yandaşları, liberal hukuk devletinin hukuk sisteminin anlaşılmasını güçleştirdiğini ve meşrulaştırdığını, hukuk sisteminin gerçek yüzünü böylece gizlediğini belirtmektedirler. Ayrıntı için bakınız: Lawrence B. Solum, "On Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma", **University of Chicago Law Review,** Vol. 54, No. 2, 1987, s. 462.

[149] Kairys, "Law and Politics", s. 244.

bir hukuki tercihte bulunmaları beklenemez.[150] Hukuksal kararlar ilkeli ve sistemli metodların uygulanması sonucu varılan kararlar olmaktan ziyade, güç ilişkilerinin ve ideolojik mücadelelerin sonucu ortaya çıkmaktadır.[151] Eleştirel hukukçular, liberal teorisyenlerin hukuksal lisanın açık uçlu bir yapıda olduğu gerçeğini küçümsediklerini söylemektedirler. Eleştirel hukukçulara göre hukuksal dil o kadar belirsizdir ki hakim her istediği ideolojik görüşü hukukun içine sokabilir. Dolayısıyla Eleştirel Hukuk Çalışmaları için hukuksal usa vurma ile politik tartışma arasında bir ayrım yapılamaz.

Kairys'e göre hukuk kültür, dil gibi hakimlerin özgürce seçebilecekleri bir meşrulaştırma metodları sağlamaktadır. Hakimler bu haklılaştırma sebeplerinden bir tanesini seçmek ile kararda meşruiyeti sağlamaktadırlar. Bu şekilde elde edilen meşruiyet ile hakim kararında da hukuka dayanmış sayılmaktadır. Ancak bu noktada problem ise farklı meşrulaştırma metodlarından hangisinin hakim tarafından seçileceği açık değildir.[152] İşte farklı hakimler kararlarını hukuka uygun göstermek için farklı haklılaştırma nedenlerine dayanabilirler. Bu da hukukta öngörülebilirlik ve belirlilik gibi kavramlarla hukuk ilkelerinin var olmadığı sonucunu doğurmaktadır.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları homojen bir yapıda olmadığından farklı düşünceleri ve görüşleri de içinde barındırmaktadır. *Andrew Altman*, Eleştirel Hukuk Çalışmaları düşünürleri arasında iki farklı görüş olduğunu öne sürmektedir. Daha radikal olan görüşe göre hukuk kuralları bireylerin içini doldurabilecekleri boş bir

[150] Yasa koyucunun mülkiyete dayalı bir hukuksal düzeni koruması siyasi ideolojiye ait değer yargısının hukuka yansımasına, zinayı cezalandıran bir yazılı normun hukuk sisteminde benimsenmesi de toplumsal değer yargılarının hukuku etkilemesine örnek verilebilir. Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** s. 100 – 101.
[151] Hutchison, Monohan, "Law, Politics,…", s. 206.
[152] Kairys, "Law and Politics", s. 245.

kâseye benzemektedir.[153] Aynı şekilde *Tushnet'e* göre liberal toplum içinde anlamın radikal belirsizliği de kaçınılmazdır.[154] Ayrıca *Kairys* de bir kararın temelinde, politik ya da sosyal bir yargı – ki bunlar *Dworkin'in* siyasi değer adını verdiği değer yargılarıdır – olduğunu vurgulamıştır.[155] *Altman,* Ilımlı cephede ise *Unger'e* yer vermiştir. *Unger,* yargısal karar verme sürecini, değer yargısı tercihleri ışığında yorumlanan hukuk kuralları temelinde incelemektedir.[156] Yani bu yaklaşımla ne hukuk kurallarından ne de değer yargılarından vazgeçilmektedir. Bu minvalde değer yargıları hukuk kurallarının nasıl yorumlanması gerektiği ile ilgili yol göstermektedir. Görüldüğü gibi ılıman görüş hukuk kurallarını boş bir kâse olarak görmemektedir. Ancak bu husus yine de ılıman görüşü Eleştirel Hukuk Çalışmaları dışında bırakmak için yetersizdir.

Solum da yaptığı analiz ile Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nı ikiye ayırmaktadır. Bunlardan birincisi "güçlü belirsizlik tezi", ikincisi ise "zayıf belirsizlik tezi"dir. Buna göre güçlü belirsizlik tezi için bütün davalar zor dava niteliğindedir.[157] Bu yüzden de hukuk tam anlamıyla belirsiz ve önceden öngörülemez bir alandan oluşmaktadır. Oysa *Solum* buna karşı çıkmakta ve sadece tek bir kolay dava örneğinin var olmasının bile bu iddianın çürümesi için yeterli olacağını öngörmektedir.[158]

---

[153] Andrew Altman, **Critical Legal Studies (A Liberal Critique),** Princeton University Press, 1990, aktaran: Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları,** s. 101.
[154] Altman **Critical Legal…**, aktaran: Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları,** s. 101.
[155] Dworkin'in ilke – politika ayrımı için: Ronald Dworkin, "Political Judges and the Rule of Law**" A Matter of Principle,** Harvard University Pres, Cambirdge, Massachusetts 1985, s. 9 – 12.
[156] Altman, **Critical Legal…,** aktaran: Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları,** s. 101.
[157] Solum, "On Indeterminacy Crisis…", s. 470.
[158] Solum, "On Indeterminacy Crisis…", s. 471 – 472. (Solum'a göndermede bulunan David Andrew Price da belirsizlik tezinin birkaç dava örneği ile kolayca çürütülebileceğini belirtmektedir. Örnek olarak, A.B.D.'de bir federe devlet oy kullanma hakkını sadece beyaz erkeklere veren bir yasa çıkarırsa, bu yasa A.B.D. Anayasası'nın 15. ve 19. eklerine aykırı olacaktır. Veya Price'a göre bir kişi elinde silahla başka bir kişiyi tehdit edip para isterse, bu kişinin silahlı soygun suçunu işlediğine şüphe yoktur. (David A. Price, "Taking Rights Cynically: A Review of Critical Legal Studies", **Cambridge Law Journal,** Vol. 48, 1989, s. 284.) Price, hukuk aleminde belirsizlikleri bütünüyle yadsımamakta,

Solum'un incelediği zayıf belirsizlik tezinin de iki farklı çeşidi bulunmaktadır.[159] Birinci şekle göre belirsizlik tezinin sadece zor ve önemli davalarla ilgili olduğu iddia edilmiştir. Ancak zor davanın ölçütleri *Solum'a* göre eleştirel hukukçulardan olan *Kairys* tarafından tam manasıyla ortaya konamamış ve zor dava kıstasları belirlenememiştir.[160] İkinci tür ise eleştirel hukukçuların belirsizlik tezinin yanlış anlaşıldığını öne sürmektedir. Buna göre, eleştirel hukukçular, hukuk formlarıyla sonuçlar arasında öngörülebilir bir ilişki olduğunu inkâr etmezler. Eleştirel hukukçuların bu noktada karşı çıktığı, olay ile hukuki sonuç arasındaki düzenli ilişkinin bir kurallar bütününü kabul etmenin zorunlu sonucu olduğuna dair inanıştır. Özetle bu versiyon için, dava sonuçlarına belli kuralların sonucu olarak ulaşılmamaktadır.[161]

Eleştirel Hukuk Çalışmaları içinde farklı bir ayrım da modern postmodern okul ayrımı olarak karşımıza çıkmaktadır. Modern okul belirsizlik tezlerini ekonomi ve liberal toplumun başarısızlığını göstermek için incelemiştir.[162] Bu şekilde sosyal, demokratik ve eşitliğe dayanan bir hukuk sistemine yönelmek için bu incelemenin gerekli olduğuna inanmaktadırlar.[163] Böylece hukuki belirsizlik tezi kanunların gerçekte ne olduğunu ortaya çıkararak doğruya yönelmeyi sağlayacaktır. Postmodern okul ise belirsizlik tezini tüm rasyonel düşüncelerin reddi ve objektif bir hukuka ulaşmanın imkânsızlığını göstermek için kullanmaktadır.[164] Bu minvalde postmodern

---

ancak bu belirsizliklerin eleştirel düşünürlerin iddia ettiği gibi hukukun tümünde yaygın olmadığını ve radikal bir görünüm taşımadığını düşünmektedir.

[159] Solum, "On Indeterminacy Crisis…", s. 488.

[160] Solum, "On Indeterminacy Crisis…", s.489.

[161] Solum, "On Indeterminacy Crisis…", s. 491 – 492.

[162] Jason E. Whitehead, "From Criticism to Critique: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies Through A Reexamination of Francfurt School Critical Theory", **Florida State Univeristy Law Review,** Vol. 26, 1998 – 1999, aktaran: Akı, **Amerikan Hukuki…,** s.55.

[163] Hasnas, "Back to the Future…", s. 100.

[164] Whitehead, "From Criticism to Critique…", aktaran: Akı, **Amerikan Hukuki…,** s. 56. , Hasnas, "Back to the Future…", s. 103.

okul, objektif bilgiye ulaşmanın[165] ve belirli bir hukukun hiçbir şekilde sağlanamayacağını belirterek; hukukun uygulanışına dair herhangi bir çözüm üretme kaygısı taşımadığını ortaya koymuş durumdadır.[166]

Eleştirel Hukuk Çalışmaları, hukukun belirsiz olduğundan yola çıkarak, meşruiyet sorununa da değinmişlerdir.[167] Hukuki belirsizlik ve meşruiyet kavramları arasında ilişki kurarken, liberal hukuk devletinin rızaya dayandığı iddiasını ileri sürmektedirler.[168] Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın kurucularından olan *Tushnet'e göre,* kanun koyucunun çıkarmış olduğu kuralları meşru kılan unsur vatandaşların buna rıza göstermiş olmasıyken, hakimlerin yarattıkları kurallar ise bu tür bir meşruluğa sahip değildir.[169] *Tushnet* kanun koyucunun seçilmiş kişilerden oluştuğundan yola çıkarak, bu şekilde bir yorum getirdiği söylenebilir. Ancak vatandaşlar belli kanunları çıkarma yetkisini vermesine rağmen bu yetkinin koşulsuz olduğunu söylemek ve tam bir rıza verildiğini düşünmek hukuku tehlikeli bir yola sokmaktadır.

Ken Kress ise eleştirel hukuk düşünürlerinin belirsizlik tezine karşı hukuki belirsizliğin ılımlı bir belirsizlik olduğunu iddia etmektedir. Bu minvalde ılımlı

---

[165] Kress, "Legal Indeterminacy", s.283.

[166] 80'li yıllar ile beraber, postmodernizm, modernizmin getirdiği tüm değerlere ve ilkelere karşı çıktığı gibi, hukukta öngörülen ve yerleşmiş bulunan sisteme de karşı çıkmıştır. Postmodernizm parçalanmışlığı ve göreceliği bilim anlayışında savunduğu gibi, bu tavrını hukuk alanında da sürdürmüştür. (Yüksel, **Modernite, Post…,** s. 200 – 205.). Postmodernist kuramcılar, modernistler tarafından objektif gerçekler olarak ortaya konan olguları da kabul etmeyerek, hukukta subjektifliği ve göreceliliği öne çıkarırlar. Onlara göre hukukta kesinlikten söz edilemez ve hukuki belirlilik söz konusu olamaz. Postmodernizm kavramı ve postmodernist hukuk kavramı için bknz. Michel Foucault, **Büyük Kapatılma,** Ayrıntı Yayınları, 2. Basım İstanbul 2005, Foucault, **Hapishanenin Doğuşu,** İmge Kitabevi, 3. Baskı, Ankara 2006, Foucault, **Toplumu Savunmak Gerekir,** Yapı Kredi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2004. , Jurgen Habermas, **İletişimsel Eylem Kuramı,** Kabalcı Yayınevi, çev. Mustafa Tüzel, İstanbul 2001.

[167] Meşruiyet tartışması için: Kress, "Legal ındeterminacy", s. 285 – 295.

[168] Özkök; "Hukuki Belirsizlik…", s.8.

[169] Tushnet, "Defending the Indeterminacy Thesis", aktaran: Özkök, "Hukuki Belirsizlik…", s. 9. Ayrıca atananlar – seçilenler arasındaki yetki sorunları ve tarihçesi için bakınız: Artun Ünsal, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi,** AÜSBF Yayınları, No: 443, Ankara 1980, s. 106 vd.

belirsizlik meşruiyet sorununa yol açmamaktadır.[170] Ilımlı belirsizlik tezini ortaya koyarken *Kress* de kolay davalara dayanır ve bu minvalde eleştirel düşünürlerin radikal belirsizlik argümanlarına itiraz etmektedir.[171]

Habermas da Eleştirel hukuk Çalışmaları düşünürlerinin belirsizliğin tüm hukuk sisteminde var olduğu görüşüne karşı çıkmaktadır. *Habermas* belirsizliğin hukukun yapısından değil, bir davada en iyi gerekçeyi ortaya koyamayan yargıcın başarısızlığından kaynaklandığını öne sürmektedir.[172] Ayrıca *Habermas* Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın kurallarla prensipleri birbirine karıştırdığını söyler. *Habermas* açısından prensipler belirsizliğe sahiptirler. Çünkü prensiplerin uygulanmasında ve yorumlanmasında belli bir uzmanlık gerekmektedir. Kurallar ise çok yüksek bir belirliliğe sahiptir. *Habermas*, spesifik durumları düzenleyen kuralların ise birbirleriyle çelişeceklerini varsaymaktadır. Ancak *Habermas*, kuralların çelişme olasılığını tam anlamıyla bir belirsizlik olarak görmemektedir.[173] Yine *Habermas'a* göre hukukun formalizmi kesin bir yapıya sahip iken, prensipler bakımından formalizmden söz edilemez. Prensipler açısından ancak belirli bir davada uygunluklarından bahsedilebilir. Bu minvalde bir davada belli bir prensibin uygulanmayışı, o prensibin geçersiz olduğunu göstermemekte, sadece o dava için uygun prensip olmadığını işaret etmektedir. Özetle bu düşünceleri ile *Habermas*, Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın radikal belirsizlik tezini reddetmektedir.[174]

Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın hukuki belirsizlik problemine bakışları yukarıda gördüğümüz gibi homojen bir yapıda değildir ve farklı görünümler

[170] Kress, "Legal Indeterminacy", s. 283.
[171] Kress'in Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın radikal belirsizlik tezine itirazları için bakınız: Kress, "Legal Indeterminacy", s. 288 – 289.
[172] Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları,** s. 111.
[173] Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları,** s. 112.
[174] Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları,** s. 112 – 113.

sergilemektedir. Ancak genel olarak eleştirel düşünürler, hukuki belirsizliğin hukukun çok geniş bir alanında olduğunu belirtmişler ve prensiplerle ortadan kaldırılamayacak nitelikte bir görünüm sergilediğini savunmuşlardır.

Özetle postmodern teoriden etkilenen, hukukun siyaset olduğunu iddia eden ve bu minvalde hukukun evrensel ilkelere dayanamayacağını ve daima içinde siyasi veya toplumsal değer yargıları barındıracağını öne süren Eleştirel Hukuk Çalışmaları düşünürleri, görüşleri doğrultusunda hukuki kesinliğin söz konusu olamayacağını sonucuna varmışlardır.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları tahlil ettikleri tüm bu tespitler ile "olanı" ortaya koyarken, "olması gereken" ile ilgili yapılan saptamalar yetersiz kalmıştır.[175] Bu açıdan Eleştirel Hukuk Çalışmaları yandaşlarının hukuku dört tarafı duvarla çevrilmiş ve yenilenemez bir bilim dalı olarak gördükleri söylenebilir. Eleştirel Hukuk Çalışmaları pazar ilişkilerinin yarattığı doğal toplumsal düzenin nesnel ifadesi olan değişmez, mutlak hukuk anlayışına bir başkaldırı olma niteliği taşıdığı açıktır. Fakat bu başkaldırının "hukukun niteliğine" mi yoksa ilerleyemeyecek olan ve her zaman her yerde toplumun dinamiğini barındıracak olan "hukukun bütününe" mi olduğu kuşkuludur.[176]

---

[175] Hutchison, Monohan, "Law, Politics, …", s. 230.

[176] Eleştirel Hukuk Çalışmaları'na göre gerek Liberalizm gerek Marksizm, hukuk içinde toplumsal göreceliliği fark etmelerine rağmen, hukuku kirleten bu oluşuma kendi sistemlerinin güvencesi için imtiyaz tanımışlardır. Eleştireller bu imtiyaza karşı çıkmalarının nedeni kamusal otoriteye karşı bireysel özerkliğe verdikleri önem nedeniyledir (Hutchison, Monohan, "Law, Politics, …", s. 236 – 237).
Buna göre "hukuk her zaman her sistemde siyasi değer yargılarını barındırmaya mahkum mudur?" "Eleştirel Hukukçuların görüşlerinden bu anlaşılabilir mi?" soruları sorulabilir. (Akbaş, **Hukukun Büyübozumu,** s. 110.) Bu minvalde eleştirellerin öne sürdüğü en ciddi alternatif, insanların kendi yaşamlarını kontrol etme serbestisi içinde bulunduğu bir toplum modelidir (Hutchison, Monohan, "Law, Politics, …", s. 230.).

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ BELİRSİZLİK İDDİASININ HAKİMLERİN KONUMU BAKIMINDAN H.L.A. HART VE RONALD DWORKIN IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

I. H.L.A. HART'IN HUKUK TEORİSİ IŞIĞINDA HAKİMİN KONUMU VE ROLÜ

1. Klasik Pozitivizmden Modern Pozitivizme

Genel olarak bakıldığında görülmektedir ki, günümüzde modern pozitivistler, hukuk – ahlak ayrımını katı bir şekilde savunmamakta ve daha farklı şekilde bakmaktadırlar. Hukuk ve ahlakilik arasındaki ilişkinin sorgulanması ise genel olarak pozitivizm ile tabii hukuk akımları arasında olmuştur. Tabii hukukçular, hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişki olduğunu savunurken, pozitivistlerin bir kısmı hiçbir şekilde iki kavram arasında bir ilişki olmadığını iddia ederken, modern pozitivistler ise bu noktada zorunlu bir bağ olmamakla beraber, belli durumlarda rastlantısal bir ilişkinin olabileceğini vurgulamaktadırlar.[177]

[177] Bu farkın ortaya çıkmasında ise ahlakilik kavramını iki tarafın farklı yorumlaması yol açmaktadır. Tabii hukukçular, ahlak denilince evrensel ilkeler bütünü ile adalet ile ilgili ilkeleri anlamaktadırlar. Buna karşın pozitivistler ahlak denilince bu tür bir ahlak anlayışına ek olarak, belli bir toplumda kabul gören ve değer yargılarıyla oluşmuş geleneksel normları da kavramın içine sokmaktadırlar. Bu konuda tüm pozitivistlerin aynı kanıda olmadığı söylenebilir. Örneğin Hart, toplumsal ahlakilik ile eleştirel ahlakilik ayrımına gitmiştir. Eleştirel ahlakilik, toplumsal ahlakilik de dahil olmak üzere, mevcut toplumsal kurumları değerlendirmede başvurulan evrensel nitelikteki ahlak ilkelerini içermektedir (H.L. A. Hart, **Hukuk Özgürlük ve Ahlak,** Çev. Erdal Öz, Dost Kitabevi, Ankara 2000, s. 28. , Gülriz Uygur, "Hukukla Ahlakilik Arasındaki Liberal Gelenek: John Rawls'un Yaklaşımı, **HFSA,** S. 11, İstanbul 2005, s. 42). Bu anlamdaki bir ahlakilik tanımı tabii hukukun ahlak kavramı ile benzeştiği görülmekle beraber, pozitivistler açısından bunun pek bir mahiyeti bulunmamaktadır. Zira pozitivistler için ahlakilik bütün anlamlarıyla hukukla arasında ilişki kurulamayacak olan bir kavramdır.

Değişen koşullarla birlikte günümüzdeki modern hukuk sistemlerinin etik değer öncüllü ilkeler ile insan hakları kavramlarına sıkça yer vermesi sonucu modern pozitivistlerde klasik pozitivizmden daha farklı olan bu yaklaşıma yönelme ihtiyacı hissetmişlerdir.[178] Günümüzde yazılı hukukun uygulanması ile adaletin sağlanamadığı görülmüş ve bunun yansıması olarak da hukukun içinde yer alan ve hukuku biçimlendiren ilkeler ile hakimin kanunu yorumlaması ya da kullandığı takdir hakkı son derece önem kazanmıştır.[179]

Tüm bu değişime karşın modern pozitivizm klasik pozitivizmden bütünüyle farklı olarak algılanmamalıdır. Bunun sebebi, değişen modern pozitivizm tartışmalarında ön plana çıkan sosyal kaynaklar tezi ile ayrılabilirlik tezinin kökeni klasik pozitivizmin temsilcileri olan *Bentham* ile *Austin*'e dayanmaktadır.[180] Ancak kökenleri aynı olmasına rağmen modern pozitivistlerin bu tezlerin yorumlanmasında klasik pozitivistlerden ayrıldıkları görülmektedir.

Buna göre *Austin*, sosyal kaynaklar tezini değerlendirmiş ve hukukun kaynağını egemenin emri ile ilişkilendirmiştir. *Austin* için sosyal olgu halkın egemene itaat etme alışkanlığıdır ve hukukun üstünlüğü de egemenin yaptırım gücünden gelmektedir.[181] Özetle klasik pozitivizm, hukuki geçerlilik kriterine sosyal

---

[178] Hart da insan haklarıyla ilgili olarak, hukuk ve felsefenin henüz tamamlanmamış bir teorisi olduğunu ve insan haklarının her ülkede geçerli olduğu zaman, genişletilmiş bir hukuk anlayışına ihtiyaç duyulacağını belirtirken, bu gelişmenin farkındadır. (Gülriz Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü ?", **AÜHFD,** C.53, S.2, Ankara 2003, s. 145. , H.L.A. Hart**; Essays in Jurisprudence and Philosophy,** Clarendon Press, Oxford 1993, s. 158.)

[179] Bu görünüm özellikle ABD'nde görülmektedir. ABD'nde yargıçlar kararlarını verirken ahlaki ilkelere de dayanmaktadırlar. Bu tip karar verme biçimi diğer hukuk sistemlerine de yayılmakta ve sonuç olarak pozitivizm ahlakiliğe de yer vermeye başlamıştır (Uygur, "Hukuki Pozitivizmin…", s. 145.).

[180] Uygur, "Hukuki Pozitivizmin…", s. 146.

[181] Uygur, "Hukuki Pozitivizmin…", s. 146. , Jules Coleman – Brian Leiter, "Legal Positivism", Ed. Patterson, **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory,** Blackwell Publishing, Oxford 2000, s. 244.

kaynaklar teziyle bir sınırlama getirmiş ve hukukiliğin ahlakiliğe göre belirlenemeyeceğini iddia etmiştir.[182]

Değişen pozitivizm ile birlikte modern pozitivist düşünürler ise *Austin'in* görüşlerine karşı çıkan ve *Austin'i* hukukun otoritesini sadece yaptırımla açıklamaya çalışmakla eleştiren *Hart'ın* tanıma kuralını temel alarak konuyu tartışmaya başlamışlar ve sosyal kaynaklar tezini bu doğrultuda değerlendirmişlerdir.[183] Böylece modern pozitivistler, klasik pozitivizmin getirdiği sınırlamalara karşı çıkarak, hukukun kısmen ahlakiliğe göre belirlendiği ve hakimin konumunu güçlendiren bir hukuk teorisini ele almışlardır. Örnek olarak *Coleman* ve *Hart*, hukukilik şartları içerisinde ahlakiliğinde olabileceğini savunmaktadırlar. Bu kabul ise kaynaklar tezinin reddi anlamına gelmektedir.[184] "Çünkü bir normun hukukiliğinin ahlaki değerine bağlı olabileceğini ileri sürmek, o normun daima kaynağına bağlı olmadığı anlamına gelmektedir."[185]

Modern pozitivistler bunun sonucunda hukukla ahlak arasında hiçbir ilişki kurulamayacağını öne süren ayrılabilirlik tezinin de farklı bir şeklini savunarak, ahlak ile hukuk arasında rastlantısal bir bağ olabileceğini öne sürmüşlerdir.[186] Böylece modern pozitivistlerin amacı hukuki ve ahlaki ilkelere hukuk içerisinde yer vermek ve hukukun uygulanmasında hakimi de daha etkin hale getirmek olarak gözükmektedir.

---

[182] Ancak bu yargı kesin değildir. Klasik pozitivizm çerçevesinde de ilkelere yer vermenin mümkün olduğu belirtilebilir. Örnek olarak Raz, Austin'in görüşleri çerçevesinde ilkelere yer verilebileceğini öne sürmüştür. Egemen, bir ilkenin bağlayıcı olduğunu emredebilir. Yani Raz'a göre Austin'in görüşleri çerçevesinde "egemen ilkeler" hukuk içinde yer alabilirler.
[183] Uygur, "Hukuki Pozitivizmin…", s. 147.
[184] Uygur, "Hukuki Pozitivizmin…", s. 165.
[185] Uygur, "Hukuki Pozitivizmin…", s. 165.
[186] Hart, **The Concept of Law,** s. 268.

2. Genel Olarak H.L.A. Hart'ın Hukuk Teorisi

Hukukun kaynağını sosyal olguya dayandıran *Hart*[187], genel olarak hukuki pozitivizmin ve normativizm ile analitik hukuk biliminin yeniden canlanmasında öncülük etmiş hukuk düşünürüdür.[188] *Hart'ın* hukuk teorisi bu bağlamda değerlendirilirse, hukuki pozitivizm ve normativizmden gelen mirası ele alıp geliştirmekle beraber hukuki pozitivizmi esnekleştirdiği de görülmektedir.

Hart'a göre, hukukun, öncelikle hukukun uygulandığı biçimiyle, pozitivist ve normativist temellere uygun olan kuramsal bir çerçeveye oturtulması gerekmektedir. Dolayısıyla hukuk kurallardan ibaret olmalıdır.[189] Ancak *Hart* ayrıca hukukun ahlaktan etkilendiği çok sayıda nokta olduğunu vurgulamış, hukukun istikrarının ahlaki değerlere de bağlı olduğunu belirtmiştir. Bu yüzden hukukla ahlak arasında bir etkileşim olduğu şüphesizdir.[190]

Hart, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiğini açıklarken, "geniş anlamda hukuk" ve "dar anlamda hukuk" kavramı ayrımını ortaya koymuştur. Geniş anlamda hukuk kavramına göre, yazılı norm ahlaki değerlere aykırı olsa bile o normu hukuk olarak sınıflama ve inceleme konusu yapmaya götürmektedir. Dar anlamda hukuk kavramı ise, ahlak kurallarına aykırı bütün kuralları hukuk kavramı dışına itmektedir. *Hart* burada geniş anlamda hukuk kavramının daha isabetli inceleme alanları ortaya çıkaracağı tespitini yapmıştır. *Hart*'a göre ahlaka aykırılıklarından dolayı bazı kuralları hukukun incelemesinin dışında tutmak son

---

[187] Uygur, "Hukuki Pozitivizmin…", s. 149.
[188] Brian H. Bix, **A Dictionary of Legal Theory**, s. 83.
[189] Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hart – Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", **HFSA,** S. 16, İstanbul 2006, s. 324.
[190] Hart, **The Concept of Law,** s. 204. (Burada dikkat edilmesi gereken husus, hukukla ahlak arasında etkileşim ile hukuk ve ahlak arasında bağ olduğunun söylenmesi farklı şeylerdir. Ancak Hart'ın sistemindeki gibi; tanıma normu vasıtası ile hukuksal geçerlilik için ahlaki değere göndermede bulunulabilir. Fakat dikkat edilmesi gereken husus burada bir zorunluluk halinin bulunmamasıdır.)

derece yersizdir.[191] *Hart* 'a göre, dar anlamda hukuk kavramından hareket eden kişi, ahlaken haksız bir kuralla karşılaştığı zaman, "bu hukuktur; fakat ahlaken bu normu uygulamak ve itaat etmek kesinlikle yanlıştır" demek yerine " bu hiçbir şekilde hukuk değildir" diyecektir. Bu daha mı iyi bir yoldur? Ya da insanları yasalara uymamada daha mı açık görüşlü yapacaktır? *Hart* bu soruların hepsine olumsuz yanıt vererek geniş anlamda hukuk kavramına sahip çıkmaktadır.[192] *Hart'a* göre hukuksal geçerlilik ile hukuka itaat etme sorununun birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu ayırt etme sağlanırsa insanlar haksız yasalara direnme konusunda bilinçli hale gelebilecektir.[193]

Hart, kuralların niteliğini ortaya koyabilmek içinse, hukuk teorisi içerisinde bir kurallar modeli oluşturmuştur. Bu bağlamda *Hart* kuralları birincil ve ikincil kurallar olmak üzere ikiye ayırmaktadır.[194] Birincil kurallar, ikincil kuralları sistemleştiren ve kişilere getirilen hak ve yükümlülüklerin toplamından oluşmaktadır. İkincil kurallar ise birincil kuralların nasıl ve kimler tarafından biçimlendirilip, tanımlanacağını veya değiştirilip ortadan kaldırılacağını gösteren kurallar olup kendi içinde üç tür olarak karşımıza çıkmaktadır.[195] Hukukun işleyişi ile kurallar arasında sıkı bir ilişki olduğunu belirten *Hart* için belirleyici öğe, kural türleri ve bunların işlevleri arasında yaptığı ayrımdır.

Hart'ın hukuk teorisinin temelini oluşturan ve hukuku bir sistem haline getiren ise ikincil kuralların ilki olan "tanıma kuralı"dır.[196] Bu kural, hukukçulara bir ülkede neyin hukuk kuralı olup olmadığını ayırt etmede yardımcı olacak kuraldır.

[191] H.L.A. Hart**, The Concept of Law**, s. 209.
[192] H.L.A. Hart**, The Concept of Law**, s. 210.
[193] H.L.A. Hart**, The Concept of Law**, s. 210.
[194] Türkbağ, "Hart – Dworkin…", s. 324. , Gerstein, "Hart's Positivism", **American Bar Foundation Research Journal,** 1985, aktaran: İspir Toprak, **H.L.A. Hart'ta Açık Metin Kavramı,** Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s. 13.
[195] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 42 – 43.
[196] H.L.A. Hart**, The Concept of Law**, s. 94.

Yani bir bakıma hukukilik ölçütü olarak karşımıza çıkmaktadır. Tanıma kuralı sayesinde, hukukun tanımı ve hukukun kaynak sorunları çözüme kavuşacağı için, tanıma kuralının tüm hukuk sistemleri için büyük önem arz ettiği şüphesizdir. Bunun dışında tanıma kuralı diğer ikincil kurallardan olan değiştirme ve yargılama kurallarıyla beraber[197], hukuku öngörülebilir, belirlenebilir, tutarlı ve mantıklı bir bütün haline getirmekte ve birincil kurallardan oluşan bir rejimin kesin olmayışını önlemeye çalışmaktadır.[198]

Hart için tanıma kuralı hukuki geçerlilik için en önemli dayanak noktasıdır. Tanıma kuralına uygun olan kuralın hukuki geçerlilik içinde olduğu varsayılmaktadır. Tanıma kuralının ise hukuki geçerlilik gibi bir sorunu bulunmamaktadır. *Hart'a* göre tanıma kuralı, hukukta belirsizliğin önüne geçip hukuku kesinleştirmek ve kuralları bir sistem haline getirmek için zaten kabul görmesi gereken bir kuraldır.[199]

Tanıma kuralının içeriğinin ne olması gerektiği ile ahlakın hukuk içinde yer alması sorunları ise *Hart'ın* hukuk teorisinde ayrılabilirlik tezi ile ortaya konmaktadır. *Hart,* hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağın bulunmadığını, ancak rastlantısal birçok bağ olabileceğini iddia etmiştir (Ayrılabilirlik tezi).[200] *Hart* bu minvalde rastlantısal olduğunu belirtse bile, ahlaki ilkelerle hukukun içindeki normların ilgili olabileceğini belirtmiştir.[201]

Ancak *Hart'a* göre herhangi bir kanuni kriterin ahlaka uygun olması ya da ahlak dışı olması o kuralın hukukiliğini etkilemeyecektir. Örneğin azami hız sınırının

---

[197] Selahattin Keyman, **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, s. 46 vd.
[198] Hart, **The Concept of Law,** s.94.
[199] Hart, **The Concept of Law,** s. 109.
[200] Hart**, The Concept of Law**, s. 268. , "Ayrılabilirlik Tezi için bknz: Uygur, "Hukuki Pozitivizmin…", s. 150 – 155. , Sururi Aktaş, " Hukuki Geçerlik Sorunu", **HFSA,** S.11, İstanbul 2005, s. 64 – 65. ,
[201] Hart, **The Concept of Law,** s. 185 – 186.

belirlenmesinin ahlakla herhangi bir ilişkisi yoktur. Bu nedenle de hukuku minimum ahlak olarak değerlendiren yaklaşımın doğru olmadığı görüşündedir. Ayrıca hukuki emirle ahlaki emir arasında da bir ayrılık bulunmaktadır. Hukukta emir verme yetkisi egemenlik hakkı ile kullanılmaktadır. Oysa ahlaki emirde egemenlik hakkı niteliğinin bulunmadığı açıktır.[202]

Coleman da *Hart'ın* hukuk teorisinden hareket ederek, ayrılabilirlik tezini, hukukun bir parçası olarak hukuki geçerlilik kriterini ahlakiliğe yer verecek şekilde yorumlamaktadır. *Coleman* için ayrılabilirlik tezi ile bir toplumun hukukuyla ahlakiliğinin tamamen ayrı tutulması olguları birbirine karıştırılmaması gereken zayıf bir iddiadır. Yani hukuk ile ahlak arasında hiçbir ilişkinin bulunmadığını öne sürmek yerinde değildir. *Hart* da bu konuda hukukun (özellikle Hart'ın kurallar modelindeki tanıma kuralının) ahlaki kriterlere yer vermesi durumunda, hukukun ahlakiliğe göre belirlenmesinin mümkün olabileceğini belirtmiştir.[203] İşte pozitivizmin iki formu arasındaki temel fark bu noktada ortaya çıkmaktadır. Çünkü *Hart'ın* ortaya koyduğu tanıma kuralına karşın, klasik pozitivistler hukukla ahlak arasında hiçbir şekilde bağ kurulamayacağını düşündükleri için, tanıma kuralında da ahlaki içerikli bir kritere yer vermek istememektedirler.[204] Klasik pozitivistlerin bu tip iddialarda bulunmasına sebep olan şey ise, hukukta belirliliği ve kesinliği sağlama çabalarıdır. Onlara göre ahlakiliğin tartışmalı doğası, hukukta belirlilik ve kesinlik için engel teşkil etmektedir.

---

[202] H.L.A. Hart, "Positivism and the Seperation of Law and Morals", **Harvard Law Review,** Vol. 71, No. 4, 1958, s. 603.
[203] Hart, **The Concept of Law,** s. 269.
[204] Örnek olarak Raz da hukukta ahlakiliğe hiçbir şekilde yer vermemekte ve ahlaki normların sosyal kaynakları sayesinde geçerli olabileceğini belirtmektedir. Bu minvalde Raz, tanıma kuralının geçerlik kriteri olmasıyla ilgili bir sınırlama getirirken, bu durumun belirli ahlaki normların hukuken bağlayıcı olmasını önleyemeyeceğini savunmaktadır. Yani hukuki geçerlilik şartlarının, bir normun sosyal kaynaklarına ilişkin olması gerektiğini savunmaktadır.
Uygur, "Hukuki Pozitivizmin…", s. 155.

Ancak *Hart*, tanıma kuralının bu fonksiyonunun tam manasıyla hukukta kesinliği sağlayamayacağını belirtmektedir. Bunun sebebi ise tanıma kuralının içeriğinin bir kısmının da özellikle ahlaki değere yer verdiği zamanlarda diğer hukuk kuralları gibi belirsiz olabileceği ihtimalidir.[205] Yine de toplumdaki bireyler hukuku bu şekilde içselleştirmekte ve hukuka yalnızca yaptırım korkusu ile uymamakta, hukuku davranışları için bir rehber olarak görmektedirler.

Geleneksel pozitivizmin aşırı tutumu ve bu tutum ışığında oluşturulan hukuk sistemine karşın, daha esnek bir hukuki pozitivizmi benimseyen *Hart,* aşağıda daha ayrıntılı olarak işleyeceğimiz belirsizlik sorunsalı ile ilgili olarak, hukukta "open texture" denilen belirsiz (gölgeli) bir alan olduğunu kabul etmiştir.[206] Katı bir formalist yaklaşımla birleşen pozitivist bir hukuk sisteminin belirsizlikler karşısında savunulmasının zorluğuna dikkat çeken *Hart,* daha esnek bir yol izleyerek ahlaki ilkelere hukuk tanımı içerisinde yer vererek bu sorunu çözmeye çalışmış[207] ve gölgeli alanlar söz konusu olduğunda ya da boşluklar bulunduğunda hakimin takdir hakkını kullanabileceğini ve davayı karara bağlayabileceğini belirtmiştir.[208]

3. H.L.A. Hart'ın Hukukta Belirlilik - Belirsizlik Sorunsalına Bakışı ve Hakimin Konumu ve Rolü

Hart, yukarıda da belirttiğimiz gibi klasik hukukçuların ortaya koyduğu hukuk sistemini daha esnek bir hale getirme çabası içerisindedir. Klasik pozitivizmin aşırı tutum ve bu tutum ışığında oluşturulan hukuk sistemine karşın, daha ılımlı bir hukuki pozitivizmi benimseyen *Hart*, temel eserlerinden biri olan "The Concept of

[205] Hart**, The Concept of Law**, s. 252. , Uygur, "Hukuki Pozitivizmin…", s. 149.
[206] H.L.A. Hart, **The Concept of Law,** Oxford University Pres, Oxford 1997, s. 124 vd.
[207] Özkök, "Hukuki Belirsizlik…" , s. 13.
[208] Gölgeli alanlar için bakınız: H.L.A. Hart**, Essays in…**, s.64. ,

Law" da şöyle demektedir: " Hukuk teorisi, hukuk kurallarının içindeki belirsizlikleri ya görmezden gelmeye ya da abartmaya elverişlidir. Aşırı uçlar arasındaki bu "git – gel" den uzaklaşmak için, insanın geleceği ummaktaki yetersizliğini hatırlamamız gerekir. Söz konusu olan hukuki belirsizliğin kökeninde de bu vardır. Hukuk sistemleri bu yetersizliği gidermeye yönelik çeşitli teknikleri hazırlar."[209] Özetle *Hart*, hukuki kesinliğin ve belirliliğin önemini inkâr etmemekle beraber, belli bir oranda kesin olmayışa göz yumulması gerektiğini iddia etmektedir.[210]

Böylece *Hart'ın* hukuksal belirsizliği eleştirel hukukçuların veya realistlerin iddia ettiği gibi abartılacak boyutlarda görmediği söylenebilir. Kısacası *Hart* için belirsizlik durumu, hukukta öngörülebilir alanın bir kısmındadır. Asıl sorun ise hukuk sisteminin bu belirsizliğe ne ölçüde izin vereceği ile ilgilidir.[211] Söz konusu sorunun çözümünü ise hukukta "open texture" denilen ve dilin belirsizliğinden, açık uçluluğundan veya normlar arasındaki çelişkilerden doğan belirsiz bir alan olduğunu kabul ederek bulmuştur.[212] *Hart'a* göre bu tip gölgeli alanlar içeren kuralların belirsiz oluşunun ise üç nedeni vardır. İlk neden kullanılan dilin belirsiz olması, ikinci neden hukuk kurallarında yer alan makulluk, hakkaniyet gibi kavramların yer alması, üçüncü neden ise, Common Law sisteminin kendi doğasından kaynaklanmaktadır.[213]

Katı bir formalist yaklaşımla birleşen pozitivist bir hukuk sisteminin belirsizlikler karşısında savunulmasının zorluğuna dikkat çeken *Hart*, daha esnek bir yol izleyerek ahlaki ilkelere hukuk tanımı içerisinde yer vererek bu sorunu çözmeye

[209] Hart, **The Concept of Law**, s. 130 – 131.
[210] Uygur, "Hukuki Pozitivizmin…", s. 170.
[211] Hart, **The Concept of Law,** s. 250 – 251.
[212] H.L.A. Hart, **The Concept of Law**, s. 128.
[213] M.D.A. Freeman, **Llyod's Intro…,** s. 1269 – 1270.

çalışmıştır.[214] Bu şekilde hukukta boşluk durumunda genellikle hakimlere hukuk yaratma yetkisi verilirken, hukuk kuralının anlamının belirsiz olduğu durumlarda ise, ya yorum yoluyla ya da boşluk durumunda olduğu gibi hukuk yaratma yoluyla sorun çözülmeye çalışılmalıdır. Görüldüğü üzere Hart'ın hukuk teorisi içerisinde gölgeli alanlar söz konusu olduğunda, hakim en doğru yorumu yaparak gölgeli alandan dolayı ortaya çıkan belirsizliğin önüne geçebilecektir.[215]

Bu bağlamda *Hart*, hukuki belirsizlikle ilgili söylemleri ile hukuki uyuşmazlıkların çözüm sürecinde mahkemelerin neye dayanarak karar aldıkları gibi konularda realistlerin görüşlerini dikkate almış ve mahkemelerin hukuki uyuşmazlığı karara bağlarken, söz konusu kararın ne gibi faktörlerin etkisiyle alındığı ve gerçekte neler olup bittiği gibi konularda realistlerin insanları bilgilendirdiğini iddia etmiştir.[216]

Özetle *Hart*, hukuki belirsizliğin var olup olmadığı ile ilgili soruya hem olumlu hem olumsuz bir bakış açısına sahip durumdadır. Bu bağlamda *Hart,* kolay davalar ve gölgeli alanlardaki problemler yani zor davalar[217] ayrımını yaptıktan sonra,[218] kolay davalarda hukuk kurallarının hukuki sonuçları belirlediğini söylemektedir. Bu görüşü ise kolay davalar söz konusu olduğunda *Hart'ın* formalistlerle aynı fikirde olduğunu göstermektedir. Ancak *Hart* hukuk sistemlerinde, özellikle geniş ve önemli alanlarda – ki bunlar hukukun içindeki gölgeli alanların olduğu yerler ile zor davaların söz konusu olduğu alanlardır - olan hukuk yetersiz kaldığında ise yargıcın

---

[214] Özkök, "Hukuki Belirsizlik…" , s. 13.

[215] Austin bu konu ile ilgili olarak " hakim takdir yetkisine başladığında, hukuk biter" ifadesini kullanmıştır. (Altan Heper, "Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki", **HFSA,** S. 12, İstanbul 2005, s. 72.)

[216] H.L.A. Hart, "Positivism and the Seperation…", s. 606.

[217] Gölgeli alan ile zor davalar ile kastedilen şey aynı olmakla beraber; Hart'ın kullandığı terim "penumbral case" yani gölgeli alandır (bknz. Concept of Law). Dworkin ise aynı kavramı "hard case" yani zor dava olarak isimlendirmiştir.

[218] Hart, **Essays in…,** s.64. , Hart, "Positivism and the Seperation…", s. 607 – 608 .

olması gereken hukuku uygulaması gerektiğini belirtmektedir. *Hart*, gölgeli alanlarda klasik pozitivist hukuk sisteminden sıyrılarak, formalist tümdengelimci akıl yürütmenin yeterli olamayacağını görmüş ve hukuki belirsizliğin var olduğuna inandığından dolayı bu tip bir çözüm arayışına gitmiştir.[219] Çünkü *Hart'a* göre formel hukukun temel problemi, mahkemelerin kararlarını aşırı mantığa bağlı kılarak değerlendirmesidir. Bu tip bir değerlendirmenin sebebini ise hukuki terimlere ilişkin sosyal değerlere ve sonuçlara kapalı bir yorumun yapılması istemidir. Ancak *Hart* bu amaç için mantığın kullanılmasının uygun olmadığını belirtmiştir. Çünkü mantık hukuki terimin anlamını tam olarak ortaya koymamakta, sadece o terimin belli bir şekilde yorumlanırsa belli bir sonucun ortaya çıkacağını varsaymaktadır.[220]

Yukarıda değindiğimiz gölgeli alanlardaki problemlerin söz konusu olduğu zor davalarda hakim, mevcut şartlar altında en iyi çözüme ilişkin bir seçim yapmak ve takdir yetkisini kullanmak zorundadır. Hakim sadece genel kurallarla davayı ilişkilendirirse bu tip davalarda çözüme ulaşması son derece zor gözükmektedir. Dolayısıyla yapılması gereken, formalistlerin benimsediği gibi mantığa aşırı bağlı kalarak, hukuki terimlere ilişkin sosyal değerlere ve sonuçlara kapalı bir yorum yapılması değil, takdir yetkisi dâhilinde hukuk kurallarının değerlendirilmesidir.[221]

Ancak *Hart'ın* yaptığı kolay dava – zor dava ayrımı ile bu iki dava türüne farklı çözüm yolları ve metodlar getirmesi doktrinde tartışmalıdır. Çünkü *Hart'ın* kolay dava olarak ele aldığı davalarda da hakimler belli bir değerlendirme yaptıktan sonra hukuki karar almaktadırlar. Bu yüzden kolay dava – zor dava ayrımının yapılması son derece zor olduğu gibi, kolay dava gibi görünen davalarda, hukuki

[219] Özkök, "Hukuki Belirsizlik…", s. 3. , Hart, "Positivism and the Seperation…", s. 608.
[220] Hart, **Essays in…,** 66 – 67. , Özkök, "Hukuki Belirsizlik…", s. 3.
[221] Hart, **Essays in…,** s.64 – 67. , Hart, "Positivism and the Seperation…", s. 608. ,

kuralların pratikte uygulanması ile kolay davalar zor davalara dönüşebilmektedir.[222] Bu bağlamda *George Fletcher* da hakimlerin kolay davalarda karar verme süreçlerinde bir değerlendirme yaptıklarını ve yargıda bulunarak bir çeşit takdir hakkını kullandıklarını belirtmektedir. Yani hakimler önlerine gelen uyuşmazlığa uygulayacakları kuralla ilgi şartların mevcut olup olmadığını değerlendirirken de bir takdir yetkisi kullanmış olurlar.[223] Bu bağlamda zor dava kolay dava ayrımı olmaksızın somut olaya uygun hukuk kuralını bulmada yargıcın belli bir yetki taşıdığı kuşkusuzdur. Bu açıdan değerlendirildiğinde hakimlerin seçimde bulunma ve takdir yetkisine sahip bulunup bulunmamaları anlamında kolay dava zor dava ayrımı yapmak zor gözükmektedir. Ayrıca Hart'ın belirttiği gölgeli alanlarda hakimin takdir hakkının nasıl bir çerçeve içinde kullanılması gerektiği tam olarak belli değildir. *Dworkin*'in bu konuda yaptığı itirazlar ise aşağıdaki bölümde ele incelenecektir.

II. RONALD DWORKIN'IN HUKUK KURAMI DOĞRULTUSUNDA HAKİMİN KONUMU VE ROLÜ

1. Genel Olarak Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı

Dworkin'e göre II. Dünya Savaşı sonrası yaşanan sosyal, siyasal ve ekonomik gelişmeler sonucu insanların sahip olduğu ahlaki hakların, hukukun parçası olmasa dahi, hukuki bir güce sahip görünüm kazanmaları sonucu pozitivizm yetersiz kalmıştır.[224] *Dworkin* için *Coleman* da ne kadar çağın gereklerine uygun olarak

[222] Sevtap Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", **İ.Ü.H.F. Mecmuası,** C. LXI , S. 1 – 2, 2003, s. 79.
[223] George P. Fletcher, **Basic Concepts of Legal Thought,** Oxford University Press, New York 1996, aktaran: Özkök, "Hukuki Belirsizlik…", s. 4.
[224] Ronald Dworkin, "Thirty Years On", **Harvard Law Review**, Vol. 115, 2002, s. 1677 – 1678, Uygur, "Hukuki Pozitivizmin…", s. 170.

pozitivizmi uyarlamaya çalışırsa çalışsın, artık ortaya konan yeni teorinin adı pozitivizm olamamaktadır.

Dworkin böylece kendi hukuk kuramını, *Hart'ın* kurmuş olduğu hukuk ile ahlak arasında tesadüfî bağ olduğunu iddia eden hukuk teorisine getirdiği eleştirilerden yola çıkarak ve kurucu yoruma dayanarak geliştirmiş ve oluşturmuştur.[225]

Hukukun salt kurallar bütünü değil aynı zamanda ilkelerinde hukukta yer aldığını belirtmesi bakımından *Dworkin'in* düşünceleri önem taşımaktadır.

Dworkin ilk önce pozitivizmin hukuku kurallar bütününden ibaret gördüğünü söylemektedir. Ayrıca bu kuralların hukuk içinde belirlenmesinde özel bir kriter uygulanmaktadır. Uygulanan kriter ise, kuralların içerikleri ya da herhangi bir ilkeyi dayanak olarak alıp almaması ile ilgili değildir.[226] *Hart* üzerinden pozitivizme eleştiri getiren *Dworkin,* şu saptamaları yapmaktadır: "*Hart'a* göre bir kural bağlayıcı olabilir (a) çünkü kabul edilmiştir (b) çünkü geçerlidir."[227] *Dworkin'in* saptamasına göre pozitivizm açısından esas kriter; kuralların kimin tarafından çıkarıldığı veya kabul edildiği ile kuralın şekli özellikleridir.[228] Kuralın hukuki olarak geçerli olup olmadığı da bu ölçütlerle saptanmaktadır. Kısaca pozitivizm bir normun geçerliliği için formunu, tarihçesini ve kaynağını dikkate almaktadır.[229]

Dworkin ise hukuk sistemi açısından hukuk ve etik birliğine dayanmaktadır. *Dworkin*'in hukuk sisteminde, hukuk ve etik birliğinin birbirlerinden ayrılamayacak

---

[225] Aslında Dworkin'in eleştirisi pozitivizme yöneliktir. Ancak bir hedefe ihtiyacı varsa Hart'ın teorisini hedef olarak kullanacağını belirtmektedir. (Ronald Dworkin, "The Model of Rules", **Philosophy of Law,** ed. Joel Feinberg, Jules Coleman, Thomson – Wadsworth 2004, s. 87.
[226] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 46.
[227] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 44.
[228] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 66.
[229] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 40 – 41.

ölçüde iç içe geçmiş olması sonucu adalet belirleyici bir rol oynamaktadır.[230] *Dworkin* adaletin haklar ile yakın ilişki içinde olduğunu belirtirken adaletin siyasi ve ahlaki haklarla alakalı olduğunu belirtmiştir.[231]

Dworkin, hukuk ve etik birliğine önem vermesi ve bu birlikten doğan ilkeleri hukuku tamamlayan ilkeler olarak görmesi sonucunda, teorisi pozitivizmden farklıdır.[232] Hukuki pozitivizme ve *Hart'a* çıkış noktasını da bu hususlar oluşturmaktadır. Bu bağlamda bir normun geçerliliği için sadece kaynağına ya da formuna bakılması *Dworkin* için yeterli değildir. İlkelerin hukuken bağlayıcı olduğu *Dworkin'in* ilke temelli hukuk teorisinde, normun geçerli olup olmadığını anlamak için normun içeriğine ve norm içinde yer alan ilkenin değerine bakılmalıdır.[233]

Dworkin, *Hart'ın* hukuk anlayışını "kurallar modeli ya da salt olgu yaklaşımı" olarak adlandırarak, bu görüşün hukuk kuramı oluşturmada başarısız olduğunu iddia etmiş,[234] böylece hukukun sadece formel hukuk kurallarıyla ilgili olmadığını, hukukun prensiplerle ve ilkelerle bir bütün olduğunu iddia etmiştir.[235] Bu bağlamda hukuk kuramında genel olarak, pozitivizmin geçerlilik anlayışını eleştirmiş ve *Hart'ın* tanıma normunun da hukuksal geçerlilik ile hukukun tanımlanması için yetersiz olduğunu belirtmiştir.[236] Tanıma kuralını inceleyecek olursak; pozitivist anlamda tanıma kuralının amacı hukukun belirlenmesini sağlamaktır. Ahlakiliğin bu tanıma kuralı içinde yer alması ise, ahlakiliğin tartışmalı doğasının salt hukuk yöntemleriyle açıklanmasının zorluğundan ötürü mümkün değildir. Aynı şekilde ağırlık ve önem boyutu bulunan ilkeler de pozitivizmin geçerlilik kriteri olan tanıma

[230] Özkök, "Ronald Dworkin'de…", s. 103.
[231] Dworkin,, **Law's Empire,** The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1986**,** s. 97.
[232] Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü ?", s. 158.
[233] Ayrıntılı Bilgi için bknz. Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 36 – 72, 73 – 113.
[234] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 70 – 72.
[235] Dworkin, "Is Law a System of Rules", s. 43.
[236] Sururi Aktaş, "Hukuki Geçerlik Sorunu", s. 75.

kuralında yer almaya elverişli değildirler.[237] Özetle *Dworkin,* pozitivist anlamdaki tanıma kuralının ahlaki ilkelere yer veremeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Çünkü içerik ve ahlaki değer gibi kavramlar, sırf forma veya kuralın kimin tarafından çıkarıldığına bağlı olan kaynak tezi ile uyuşmamaktadır. Dolayısıyla ilkelerin pozitivist mantıkla hukukun içinde yer alması mümkün değildir.[238]

Dworkin'in öne sürdüğü tanıma kuralının bu şekliyle pozitivizmle bağdaşmadığı iddiası dikkate değerdir. Tanıma kuralının amacı tam olarak hukukta belirsizliği yok etmek olmamakla beraber, hukukta belirliliği sağlamaya yardımcı olması için ortaya atılmıştır. Ancak doğası gereği tartışmalı ilkelerin tanıma kuralı içinde yer alması –ki bu amacın bile gerçekleşebilmesi ilkelerin doğasından ötürü imkansızdır- bu amacı zedeleyecektir.[239] Ayrıca tanıma kuralı altında tanınmayan ilke ve etik değer de olabilir. Söz konusu ilkenin veya değerin belli bir olayda uygulanması ise adalet ve hakkaniyet için son derece gerekli olabilir. Pozitivistlerin anlayışına göre tanıma kuralında yer almayan ve hukuki geçerliliği olmayan böyle bir ilkenin uygulanmaması gerekecektir. Böylece formel pozitivist hukukta olduğu gibi, aynı durağan hukuk anlayışı ahlaki ilkelerin hukuk içine uygulanmasında da meydana gelecek ve belli bir ilkeye yer vermeyen tanıma kuralı belki de hukukta belirsizliğin önüne geçmekten aciz kalacaktır.

---

[237] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s.68.

[238] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 66 – 72.
Ancak pozitivistler hukukun kurallardan oluştuğu iddiasının, pozitivistler için temel teşkil etmediğini ve hukuki standartların sadece kurallardan ibaret olmadığını ilkelerin de hukukun içinde belli ölçülerde yer aldığını belirtmektedirler. Örneğin Raz, Austin'in görüşleri çerçevesinde hukukun kurallar yanında ilkelerden de oluştuğunun savunulabileceğini iddia etmektedir. Raz'a göre Austin için temel konu egemenin emirlerinin hukuku oluşturduğu iddiasıdır. Bu minvalde egemen bir ilkenin de hukuki olarak bağlayıcı olabileceği görülmektedir. Ayrıntı için bknz. Uygur, " Hukuki Pozitivizmin… " , s. 159.
Ayrıca Hart da bu konuda *Dworkin'e* karşı itirazlarını öne sürmüştür. *Dworkin,* ahlaki ilkelerin hukuki bakımdan bağlayıcı olmalarını bu ilkelerin ahlakiliğin gereklerini karşılamalarında görürken; *Hart,* diğer modern pozitivistlerle beraber ahlaki ilkeleri hukuki kılan unsurun tanıma kuralındaki şartın yerine getirilerek hukukilik kazanmasında görmektedir. Bu minvalde ayrılabilirlik tezi korunmaktadır. (Uygur, "Hukuki Pozitivizmin…", s. 146. , Coleman – Leiter, "Legal Positivism", s. 250.)

[239] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 71.

Dworkin için ilkelerin hukuken bağlayıcı olduğu düşünürün hukuk teorisi içerisinde görülmektedir.[240] *Dworkin* ilkelerin hukuk açısından bağlayıcı olmasını, adaletin veya ahlakiliğin gereklerini yerine getirmek için gereklilik olarak görmektedir. *Dworkin'e* göre ahlaki ilkeler tanıma kuralı altında belirlendikleri için hukuk değildirler; ahlaki ilkelerin hukuki olmasını sağlayan şey, adaletin gereklerine uygun olmalarıdır. Bu nedenle hukukun parçası olarak ahlaki ilkeleri ortaya koymak da ayrılabilirlik tezini ihlal etmek anlamına gelmektedir.[241]

İlkelere söz konusu özelliği ile geçerlilik şartı olarak tanıma kuralında yer verilirse, bu kural pozitivist anlamda tanıma kuralı olamaz.[242] *Dworkin* tanıma kuralının sadece hukuk kurallarını tanımlayabileceğini ancak prensipleri tanımlayamayacağını belirtmektedir. Yapı itibariyle karmaşık olan bir hukuksal prensibin olup olmadığını belirleyecek olan ise ahlaki değerlendirmelerdir.[243] Yani *Dworkin'in* hukuk teorisinde, ahlak ve hukuk arasında zorunlu bir bağ bulunmaktadır.[244]

Dworkin'e göre hukuk kurallar ve ilkeler yanında politikadan da oluşmaktadır.[245] Bu sebeple yasama organı da karar alırken ilkelerle beraber politikaları da göz önüne almak zorundadır. Yani yasama organı politikalar ve ilkeler arasında dengeyi kurmak durumundadır. Ancak söz konusu husus, *Dworkin'in* hakların politika tarafından çiğnenmesine göz yumduğu anlamına gelmemelidir.

[240] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 54 – 55.
[241] Uygur, "Hukuki Pozitivizmin…", s. 158.
[242] Uygur, "Hukuki Pozitivizmin… ", s. 158.
[243] Sururi Aktaş, "Hukuki Geçerlik Sorunu", s. 76.
[244] Burada ahlaki değerlendirme ile kastedilen etik değerlendirmedir. Yani hukuk prensipleri etik değer ile hukuk kuralları arasında yer almaktadır.
[245] Özkök, "Ronald Dworkin'de…", s. 105. , Dworkin**,** "Is Law a System of Rules", s. 43. , Özkök, "Hukuki Belirsizlik…", s. 9.

Hatta tersine *Dworkin,* yasamanın ilkelerin koruyucusu olmaları gerektiğini de belirtmiştir.[246]

"Taking Rights Seriously" yi kaleme aldıktan sonra ikinci temel yapıtı olan "Law's Empire" ile *Dworkin*, kurucu yoruma dayanarak geliştirdiği hukuk sistemine son rötuşlarını yapmıştır. *Dworkin'in* yaklaşımına göre hukukun neyi gerektirdiği ile ilgili belirlemeyi yapmak için, ilgili hukuki bilginin yani yasama işlemlerinin, yargı kararlarının, anayasa metinlerinin olanaklı en iyi yorumu bulunmalıdır.[247] Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bu yorumun ahlaki gereklilikleri de karşılaması gerekliliğidir. *Dworkin* bu noktada "bütünlük değerinden bahseder" ve "hakimler, hukuk sistemini tek ses ile konuşan bir sistem yapacak yorumu seçmelidir" der.[248]

Dworkin söz konusu yapıtında bütünlük ilkesi rehberliğinde yapılacak yorumda kullanılmak üzere adalet ve hakkaniyet tanımlarına da yer vermektedir.[249] *Dworkin'e* göre adalet, malların, fırsatların ve diğer kaynakların doğru dağıtımı ile somutlaşan siyasal sistemin doğru sonuç vermesidir.[250] Hakkaniyet ise siyasal sistem içinde yer alacak görevlileri seçme ile söz konusu görevlilerin nasıl karar alacağı ile ilgili bir metod sorunudur.[251] Ancak uygulamada adalet ve hakkaniyet zaman zaman çatışabilmektedir. Hakkaniyete uygun olmayan kurumlar adaletli kararlar verebilecekleri gibi, hakkaniyete uygun kurumlardan adaletsiz kararlar da çıkabilmektedir.[252] Şüphesiz *Dworkin'in* bu tespiti son derece isabetlidir. İşte bu tür

---

[246] Ronald Dworkin, **Freedom's Law,** Harvard University Press, Cambridge 1996, aktaran: Özkök, "Ronald Dworkin'de…", s. 105.
[247] Brian H. Bix, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek",çev. Ertuğrul Uzun, **DEÜHFD,** C. 6, S. 2, 2004, 320 – 321.
[248] Dworkin, **Law's Empire**, s. 225. , Bix, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek" , s. 321.
[249] Dworkin, **Law's Empire**, s. 404.
[250] Dworkin, **Law's Empire,** s. 165.
[251] Dworkin, **Law's Empire,** s. 164 – 165.
[252] Dworkin, **Law's Empire,** s. 177.

durumlarda devreye hukukun bütünlüğü ilkesi girmektedir. Hukukun tutarlı bir bütün olarak uygulanabilmesi için gerekli olan ilke ve değerin hukukun içinde yer alıp, adalet ve hakkaniyete eşit mesafede durması gerekmektedir.

Dworkin görüldüğü üzere hukuk ve ahlak arasında kesin bir ayrım olduğu iddiasını reddetmekte ve ahlaki değerlendirmelerin, hukukun belirlenmesinin bir parçası olduğundan söz etmektedir.[253]

2. Ronald Dworkin'in Kuramında Hukuk – İlke İlişkisi

İlkelerle alakalı olarak *Dworkin'in* şu cümlesi bize genel bir izlenim verebilir: " Hukuki ilkeleri, hukuk kurallarından farklı standart türleri olarak ayırdığımızda, çevremizin onlarla çevrili olduğunu fark ederiz."[254] *Dworkin'in* tespiti bizim için çıkış noktası olursa, hukukun her alanında ilkelerin var olduğunu söyleyebiliriz. Gerçekten de mevcut hukuk sistemlerinde benzer olan yön, her kanun veya kanun benzeri "yazılı hukuk" düzenlemesinin bir hukuk ilkesine dayanmasıdır.

[253] Tabii hukuk kuramlarında da Dworkin'in hukuk teorisiyle benzer bir durum söz konusudur. Buna göre, hukuk, ahlaki ilkelerle iç içe bulunmakta ve hukukun adaleti ve hakkaniyeti sağlayarak, hukukta belirliliğin sağlanabilmesi için de ahlaki ilkelerin hukukta yer alması şart koşulmaktadır. Örnek olarak tabii hukukçu olan *Aquinas* pozitif hukuku "ortak iyi için, topluluğu gözetmekle sorumlu otorite tarafından yapılmış ve ilan edilmiş, aklın kesin emri" şeklinde tanımlamıştır. (Aquinas, **Summa Theologiae,** aktaran: Bix, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", 304. Bu tanımla *Aquinas,* devlet görevlilerinin doğal hukukla uyumlu kanunlar çıkarması zorunluluğunun üzerinde durmuştur. Yine ilkeler üzerinde önemle duran tabii hukukçu *Del Vecchio* da, hukukun temelini etik değer içerikli ilkelere dayandırmaktadır. (Giorgio Del Vecchio, **Hukuk Felsefesi Dersleri,** Çev. Sahir Erman, İ.Ü.H.F. Yayınları, İstanbul 1952, aktaran: Gülriz Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s. 5.) Modern doğal hukukçulardan olan *Lon Fuller* de hukuk ile ahlakın kavramsal olarak ayrılamayacağını savunmakta ve temel iddia olarak ahlaki değer ve ilkeleri temel olarak alıp, zenginleştirilen bir hukuk kuramının pozitivist kurama göre daha üstün olacağını savunmuştur. (Bix, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", s. 312.) *Fuller* söz konusu tespitleriyle hukuki pozitivizme ve düşünürlerine eleştiri getirirken, hukukun bir nesne olmadığına dikkat çekmektedir. *Fuller* için hukuk, insan elinden çıkmış ve ahlaki bir amacı olan bir tasarımdır. (Bix, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", s. 312 – 313. Aynı anlayış İoanna Kuçuradi'nin hukuka bakışında da görülmektedir. bknz: İoanna Kuçuradi, "Hukuk ve Etik", **Bedia Akarsu Armağanı,** Haz. Betül Çotuksöken – Doğan Özlem, İnkılap Kitabevi, İstanbul 2000, s. 291 – 300.)

[254] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 53.

Dworkin ilkelere hukuk sisteminde özel bir önem vermiştir. *Dworkin*, hukukun kurallar, ilkeler ve politikalardan oluştuğunu öne sürdükten sonra[255], ilkelerin; adaletin, hakkaniyetin gereği olarak hukuki haklar ve yükümlülükler konusunda tartışırken uygulanması gereken standartlar olarak karşımıza çıktığını belirtmektedir.[256] *Dworkin'in* adalet anlayışında önemli bir konuma sahip olan hak kavramı bu noktada belirginleşmektedir.[257] Çünkü ilkeler, hakları tanımlayan kavramlar olarak gözükmektedirler.[258] Bir ilke argümanı bir hakkın mevcut olup olmadığını belirler. Bunun sebebi *Dworkin'in* temel düşüncesinde, hukuki hakların, ahlaki hakların türleri olarak düşünülmesidir.[259]

İlkelerin pozitivizmin geçerlilik kriterinde yer alamayacağını belirten *Dworkin*, ilkeleri mevcut hukuku en iyi biçimde haklı gösteren, açıklayan ve yol gösteren norm olarak görmektedir. Bu değerlendirmelerin ise ahlaki bir değerden kaynaklandığı şüphesizdir.[260] *Dworkin* ideal hukuku, ahlaki değerden bağımsız olarak düşünülemeyen hukuk olarak ortaya koymaktadır.[261] Bu ahlaki değer ise en başta adalet ilkeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuki ilkeler bu özellikleri ile kurallar arasında dengeleme işlevini yerine getirir ve yargıç için yol gösterici bir

---

[255] Dworkin, "Is Law a System of Rules", s. 43.
[256] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 46.
[257] Dworkin adalet teorileri ile alakalı bir ayrıma gitmiştir **(**ayrıntılı bilgi için bknz. Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 208 – 217). Dworkin, siyasal teorileri yer verdikleri en yüksek kavrama göre; hakka dayanan teoriler, amaca dayanan teoriler ve ödeve dayanan teoriler olmak üzere üçe ayırmaktadır. Genel refahı arttırmak gibi bir amacı olan teori, amaca dayalıdır (Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 211). Amaca dayanan teoriler bireye ikincil planda yer verirken, ödeve ve hakka dayanan teoriler de birey teorinin merkezinde yer almaktadır. Ödeve dayanan teorilerde, bireysel eylemin ahlaki niteliğiyle ilgilenilmesi söz konusu olmaktadır. Hakka dayanan teorilerde ise, bireyin eyleminin ahlakiliğinden çok, bağımsızlığı ile ilgilenilmektedir. Dworkin yukarıda belirttiğimiz gibi bu teorilerden hakka dayanan teorilerin adalet ilkelerini belirlemek için en uygun teoriler olduğunu belirtmektedir.
[258] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 124. Dworkin hakları arka plan haklar ve kurumsal haklar olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Siyasal kararlar ile toplumda soyut anlamda meşruluk sağlayan haklar olan arka plan haklar ilkeler vasıtası ile oluşturulmaktadır.
[259] Ayrıntı için bknz. Ronald Dworkin, "A Reply by Ronald Dworkin", **Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence,** ed. Marshall Cohen, Duckworth, London 2001.
[260] Ronald Dworkin, "A Reply by Ronald Dworkin", s. 247.
[261] Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 71.

rehber görevini üstlenmektedir. Şöyle ki geçerli bir hukuk kuralı bir uyuşmazlığa otomatik şekilde uygulanırken, ilkelere göre karar vermede ilkelerin önemine göre bir dengelenme yapılmakta ve bu dengeleme göz önüne alındıktan sonra ilke olaya uygulanmaktadır.[262]

Dworkin ideal toplumun temelini de eşitlik ilkesi olarak görmektedir.[263] Eşitlik ilkesi ile her vatandaş kendisi için en iyi olan yaşama serbestisine sahiptir. Bu bağlamda oluşturulan ve bireysel hakların ön plana çıktığı *Dworkin'in* liberal toplumunda vatandaşların güçlü bağlarla birlik içinde oldukları inancına dayanmaktadır. Bu inanç ise ilkeler sayesinde olmakta ve "vatandaşların toplumlarını temel ilkelerle bağlı ve daha iyi bir durumda kılmaya yönelik ortak bir projede yer alma"[264] düşüncesi nezdinde oluşmaktadır. Kısacası *Dworkin'in* ideal toplumu "ilke toplumu"dur. Söz konusu ilke toplumunda, vatandaşlar kendilerinin sadece yazılı kanunlara değil, ilkelerle de bağlı olduklarını bilmektedirler. Bunun sonucunda ideal hukukta ilkeler, herkes tarafından kabul edilebilen bir nitelik kazanmaktadır. Bu sayede ilkelere sadece devletlerin değil, vatandaşların da uygun davranması gerekmektedir.[265]

İlkelerin kaynağına gelirsek Dworkin, hukuki ilkelerin hukuki bir kaynağa göre çıkarılmadığını belirtmektedir. Bireyler, adaletin, hakkaniyetin ve ahlakiliğin gereği ilkelere uygun davranmaktadırlar.[266] Böylece *Dworkin'in* hukuk sisteminde ahlak felsefesinin hukukun ne olduğunun değerlendirmesini yapmada ve yargısal

[262] Özkök, "Ronald Dworkin'de…", s. 98.
[263] Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 71.
[264] Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 72.
[265] Hart ise, her ne kadar ahlakilik ile hukuk arasında bir ilişki olabileceğini söylese de, bir ilkenin, hukuk içinde yaptırım sağlayan bir güce sahip olmadığını düşünmektedir. *Hart* kendi hukuk teorisinden yola çıkarak, ne birincil ne de ikincil kurallara ilkelerin nitelik açısından uygun olmadığını belirtmektedir. ilkeler yorumlama veya yönlendirme standartı olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Kısacası ilkeler hukuk kuralının açıklanmasında yardımcı olan destek veya yardımcı normlar olarak karşımıza çıkmaktadır.
[266] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 67 – 68. , Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 64.

yorumlamada vazgeçilmez bir unsur olduğu söylenebilir.[267] Ancak belirtmemiz gerekir ki *Dworkin* için ilkeler, saf ahlaki ilkeler değildir ve hukuki ilkeler olarak görülmektedir.

İlkeler vasıtasıyla kurulan hukuk ve ahlakilik arasındaki ilişki, *Alexy*'nin ahlakilik tezinde de görülmektedir. *Alexy*, hukuk ve ahlakilik arasındaki ilişkinin hangi boyutlarda olduğunu belirlemek için hukuk ve ahlakilik arasında zorunlu bir bağ olduğunu iddia eden tezin içinde bir ayrım yapma gerekliliğini belirtmiştir. Hukuk ve ahlakilik arasında zorunlu bir bağlantı olduğunu söyleyen zayıf versiyonun yanında, hukukun özünün ahlakilik olduğunu söyleyen güçlü bir versiyon da vardır. *Alexy* bu versiyonlardan zayıf ahlakilik tezini benimsemiş ve hukukun içinde ilkelerin bulunması gerekliliğinden bahsederek, hukuk ile ahlakilik arasında zorunlu bir bağ olduğunu belirtmiştir.[268] Ancak *Alexy*'nin ahlakilik tezi sadece ilkelerden hareket etmemekte, doğruluk tezine de yer vermektedir. Yani *Alexy*'nin doğruluk ve ilke tezleri neticesinde ahlakilik tezi ortaya çıkmaktadır. *Alexy* için hukuktaki doğruluk talebi, ahlaki sorunlarla bağlantısından dolayı, ahlaki doğruluğa ilişkin bir talebi içermektedir.[269] Böylece hukukun doğasında doğruluk talebinin var olduğunu savunan *Alexy*, bu talebi içermeyen normatif sistemlerin, hukuk sistemi olamayacağını belirtmektedir. Ancak belirtmemiz gerekir ki, *Alexy* için sadece, doğruluk talebinde bulunma bir zorunluluktur. Bu talebin yerine getirilmesi ise zorunlu değildir. Çünkü her yazılı normun veya kararın doğru olmayışı, o norm ya da kararın otomatik olarak hukuki niteliğini ortadan kaldırırsa, hukukta kesinliğin

[267] Ronald Dworkin, "Law as Interpretation", **Moral Theory and Legal Reasoning,** Ed. Scott Brewer, Garland Publishing, New York 1998, s. 82.
[268] Robert Alexy, **The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism,** Trans. Bonnie Litchewski Paulson – Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford 2002, s. 75., Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 106.
[269] Robert Alexy, "Law and Correctness", **Current Legal Problems 1998,** Vol. 51, Ed. M.D.A. Freeman, Oxford University Press, Oxford 1998, s. 216. , aktaran: Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 107.

sağlanması mümkün değildir.[270] Bu yüzden böyle durumlarda söz konusu normların veya kararların hukukilik niteliklerini kaybettikleri söylenemez. Ancak bu tip durumlarda söz konusu norm ya da kararların hatalı olmaları söz konusudur. Hukuki bakımdan hatalı olarak görülen böyle sistemler eğer aşırı ölçüde adaletsizliğe yol açıyorsa, işte o zaman hukukiliklerini tamamen kaybederler.[271] Bu minvalde *Alexy*'nin ahlakilik tezi hukukilik bakımından zorunlu bir tez olarak gözükmemektedir. Ancak aşırı adaletsizliğe yol açan durumlar olduğunda bu durum farklılık göstermektedir. Bu konu ise "haksızlık tezi" ile yakından ilgilidir.[272] *Dworkin* de "adil olmayan kanun, kanun değildir" gibi bir görüşün geçersiz olduğunu belirtmiştir. Bu konu ise son bölümde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

3. Ronald Dworkin ve Hukuki Belirsizlik Sorunsalı

Hart, hukuk sisteminde belli bir ölçüye kadar hukuksal belirsizliği kabul etmektedir. *Dworkin* ise *Hart'ın* bu söylemine karşı çıkmakta ve hukukta hiçbir şekilde belirsizliğe yer olmadığını söylemektedir. Bunun sebebi *Dworkin'in* yazılı hukuku prensiplerle ve ilkelerle desteklemesidir. Bu bağlamda *Dworkin, Hart'ın* hukuk sistemini kurarken, sadece kurallara dayanmasının belirsizliğe yol açtığını belirtmiştir.[273]

---

[270] Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 108.
[271] Robert Alexy, "On The Structure of Legal Principles", **Ratio Juris,** Vol. 13, No. 3, 2000, s. 144, aktaran: Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 108. , Alexy, **The Argument From Injustice…,** s. 47 – 48.
[272] Haksızlık tezi, Radbruch'a ait olmakla beraber, normların veya norm sistemlerinin, haksızlığın belirli bir ölçüye varması halinde hukuki geçerliliğin veya hukukiliğin inkar edilmesi gerektiğini ileri süren bir tezdir. Ayrıntı için bknz. Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 106 – 112.
[273] Buna karşılık Hart da Dworkin'in teorisini eleştirmekte ve Dworkin'in teorisinin de belirsizlikten muaf olamayacağını ve birbirleriyle çelişen prensiplerin bulunabileceğini iddia etmektedir. (Altman, **Critical Legal Studies (A Liberal Critique),** s. 40. , aktaran: Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, s. 111.) Oysa birbirleriyle çelişen prensipler söz konusu olduğunda hangi prensiplerin o olayda daha fazla değer taşıdığına bakılarak bu sorun aşılabilmektedir. Böyle bir değerlendirme sonucu Hart'ın belirttiği belirsizlik sorunu ortadan kalkacaktır.

Dworkin hukuki uyuşmazlıklarda ve özellikle zor dava olarak tabir edilen yasama dilinin açık uçlu olduğu durumlarda, kuralların yanında, asıl yükü taşıyan ilkelerin devreye girmesiyle ve karar verme yetkisini elinde bulunduran hâkimin uyuşmazlıkla ilgili ilkeleri doğru bir şekilde gözden geçirip uygulamasıyla belirliliğin sağlanabileceğini iddia etmekte[274], doğru hukuksal sonucun ilkeler yardımı ile bulunabileceğini söylemektedir.[275] Ancak bunun yanında *Dworkin*, zor davalarda kişinin aleyhine ve lehine ileri sürülebilecek eşit düzeyde fikirlerin olabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu tip davaların sayısı *Dworkin'e* göre yok denecek kadar azdır. Dolayısıyla *Dworkin'in* prensip ve ilkelerle güçlendirilmiş hukuk teorisi, bütün davalara belirli bir yanıt verme kapasitesine sahiptir.[276] Böylece ilkelerin devreye girmesiyle hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik de sağlanmış olacaktır.

Dworkin bütünlük kavramından yola çıkarak ilkelerin hukuki belirsizlik durumunda hakimin nasıl karar alması gerektiği konusuyla ilgili rolünü belirlemeye de çalışmıştır. Bütünlüğün anlamı *Dworkin* için "belirli ilkeye göre tutarlı davranma" anlamına gelmektedir.[277] Bu bağlamda hukukta bütünlüğün adalet, hakkaniyet ve ahlakilik ile belirlenmiş tutarlı ilkelere göre davranma gerekliliği olarak karşımıza çıktığı söylenebilir.[278] Bu sayede hukukta belirsizlik olarak varsayılan hallerde; hukuk hakimin ellerinde tutarlı bir uygulama pratiği kazanarak, benzer durumlarda benzer ilkelerin tutarlı uygulanmasıyla söz konusu belirsizlikler giderilerek, hukukta

---

[274] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 52 – 53.
[275] Dworkin aslında zor dava – kolay dava ayrımı yapmamakta ve kolay davaları zor davaların özel bir türü olarak görmektedir. Yani zor davalar için ayrı bir metodun; kolay davalar için farklı bir metodun uygulanmasını uygun görmemekte ve aynı metodun her iki dava türü için de uygulanabileceğini belirtmektedir. (Dworkin, **Law's Empire,** s. 354.)
[276] Altman, **Critical Legal Studies (A Liberal Critique),** s. 36. , aktaran: Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, s. 108.
[277] Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 101.
[278] Bütünlük kavramının ayrıntısı için bknz. Dworkin, **Law's Empire,** s. 164 – 177. , Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 100 – 106.

belirlilik sağlanacaktır.[279] Böylece ilkeler hukukun amacına da yardım etmiş olacak ve hukukta kurallara ilişkin olarak ilkeye dayalı tek sesle konuşulmasını sağlayacaklardır.[280]

Tüm bu açıklamalar ışığında *Dworkin'in* hukuk kuramında hukukta belirliliği sağlayabilmek için yazılı kurallar ile ilkelerin uygulanma şekli şu şekilde gerçekleşmektedir: Kural, davayı çözümleyecekse ya da davaya katkıda bulunacaksa uygulanacak; aksi takdirde uygulanmayacaktır.[281] İlkeler için ise nitelikleri gereği böyle bir zorunluluktan bahsedilememektedir. İlkeler belirli bir karar alınması için yargıca bir zorunluluk getirmemekte, "daha çok belirli bir yönde tartışmaya neden sağlamakta veya belirli bir sonuca ilişkin eğilime işaret etmektedirler".[282] Yani ilkeler bir kararın verilmesi sürecinde, takdir hakkının kullanılmasında veya dilinden dolayı anlaşılması güç olan kanunun yorumlanmasında hakime yardımcı olmaktadırlar. Bu noktadan hareket edersek, hukukun belirsiz olduğu iddia edilen alanlarında da ilkeler yardımı ile hukukta bu belirsizliğin önüne geçmek mümkün gözükmektedir. Söz konusu durumlarda, etik değer öncüllü hukuki ilkeler, nasıl bir karar alınırsa adalet ve hakkaniyete uygun olacağına dair belirli bir eğilime işaret vereceklerdir. Ancak her davada birden fazla ilkenin farklı eğilimlere işaret verebileceği de mümkündür. Böyle durumlarda hakimin hangi ilkeye göre karar vereceği ya da takdir hakkını kullanacağı tartışmalara sebep olabilir. İlkelerin çatışmasının söz konusu olduğu bu tip durumlarda, o davada hangi ilkenin uygulanması evrensel hukuk değerleri açısından daha uygun düşecekse, o ilke öne

[279]Robert Alexy, "On The Structure…", s. 103., aktaran: Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 21 – 22.
[280] Bix, **A Dictionary of Legal Theory,** s. 105.
[281] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 49.
[282] Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 16., Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 50 – 51.

çıkacaktır. Kısacası söz konusu durumlarda, belirleyici olan ilkelerin ağırlığı ve önemleridir.[283]

Alexy'nin ilke teorisinde de *Dworkin'in* ilkeler için belirttiği özelliklere paralel bir durum söz konusudur. *Alexy* ilkeleri en uygun emirler olarak tanımlamıştır. İlkelerin en uygun emirler olmasının anlamı, ilkelerin önemine veya ağırlığına göre ele alınması demektir.[284] *Alexy* için ilkeler, kuralların aksine; ideal yapılması gerekeni içerirler. Kurallar gibi ya yerine getirilip ya da uygulanmayan normlar değildirler; ilkeler, farklı düzeylerde gerçekleşen normlardır. *Alexy* bu bağlamda ilkelerin her zaman hukuki ya da filli olanın en yüksek derecede gerçekleşmesini emreden normlar olduğunu belirtmektedir.[285] Bu minvalde ilkelerin en uygun emirler olma özelliği sayesinde hukuki belirsizliklerin giderilmesinde rol oynayacağı şüphesizdir.

Prieto Sanchis de ilkelerin çift fonksiyonu olduğunu belirtmiştir. Buna göre ilkeler; hukuktaki boşlukları doldurma ve normların yorumlanmasına ilişkin şüpheleri giderme işlevlerini yerine getirmektedirler.[286] Böylece *Sanchis*, ilkelerin hukuktaki açık metin bulunan alanların doldurulmasında ve kuralların yorumlanmasında yardımcı olarak hukukta belirsizliği önlemeye, başka bir deyişle hukukta belirliliğin sağlanıp sürmesi için ilkelerin önemine dikkat çekmiştir.

4. Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramında Hakimin Rolü

Kanunda boşluk olması ya da kanunun dilinden ne gibi bir sonuç çıkacağı belli olmayan durumlarla, "genel kamu düzeni" , "kamu vicdanı" gibi belirsiz

[283] Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 17.
[284]Alexy, "On The Structure…", s. 295. , aktaran: Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 18.
[285] Alexy "On The Structure…", s. 300. , aktaran: Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 20.
[286] R. Joaquin – Toubes Muniz, "Legal Principles and Legal Theory", Ratio Juris, vol.10, no.3, 1997, s. 269. , aktaran: Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 36.

kavramların yer aldığı kanunlarda, hâkimin rolü son derece önemli bir görünüm kazanmaktadır. *Hart*, bu tip durumlarda hakimin önüne gelen hukuki uyuşmazlığı çözmek için gerekli çözümü kurallar içinde bulamazsa takdir hakkını kullanması gerektiğini belirtmektedir. Hukuki belirsizlik durumunda hakimin rolü ve konumu için farklı bir görüş ortaya koyan *Dworkin*'in itirazı da bu olmuştur. *Hart* "open texture" kavramından yola çıkarak hâkimin takdir yetkisini tanımıştır. Ancak *Dworkin'e* göre *Hart'ın* hukuk sisteminde belirsizliğe yer vererek, hakimin kanunu yorumlamasını ve takdir yetkisini tanıması bir çelişkiyi göstermektedir. *Dworkin*'in *Hart*'a itirazları tam bu noktada olmaktadır ve bu çelişkiye değinmektedir.[287] Hukuki pozitivizmin hukuku kanunlarla sınırlamadaki en önemli sebebi hukukta belirliliği ve öngörülebilirliği sağlama çabasıdır. Oysa yargıcın zor davalarda takdir yetkisine dayanması, bu takdir yetkisininde tam olarak hangi kriterlere uygun olarak uygulanacağının belirsiz olması ve pozitivizmin hiçbir şey söylemeyen takdir doktrini[288] hukukun öngörülebilirliğini zedeleyici bir durum yaratmaktadır.[289] Bu yüzden hakimin hukuki belirsizlik durumunda konumunu ve rolünü belirlerken hakime takdir hakkı tanımak, kanunları yorumlamasına veya hukuk yaratmasına izin vermek, kurallara sıkı sıkıya bağlı kalan bir hukuk sistemi içinde çok zordur.

Dolayısıyla takdir yetkisi ile hukuki belirsizlik kavramı içinde hakimin konumunu belirlemek için farklı bir mantık yürütmek gerektiği şüphesizdir. Bu noktada ise karşımıza ilkeler çıkmaktadır. *Dworkin Hart'ın* hukuk teorisindeki bu çelişkileri giderilmesi için ya tanıma kuralının hakimin hukuk yaratıcı takdir yetkisini içine alacak şekilde genişletilmesi gerektiğini ya da hukuku kurallardan

[287] Dworkin'in Hart'a getirdiği itirazların ayrıntısı için bknz: Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 36 – 72.
[288] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 72.
[289] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 61 – 66.

ibaret görmeyip, ilkelerin de varlığını kabul etmek gerektiğini belirtmektedir.[290] *Dworkin* böylece kurallarla takdir yetkisini iki ayrı uç olarak görmekte ve bu iki ayrı uç arasındaki köprüyü ise ilkeler olarak görmektedir. Hakimler kurallar ile cevabını bulamadıkları davalarda, kurallardan farklı olan ve ağırlıklarına göre uygulanan ilkelere başvuracaklardır. İlkeler bu görünümleriyle herhangi bir yarar edinmeyi amaç almayarak; adaletin, hakkaniyetin gereği olarak uygulanması gereken standartlar olarak karşımıza çıkmaktadır.[291]

İşte bu farklı mantık için *Dworkin*'in argümanları incelenmeye değerdir. Bu tartışmaların ilkeler açısından çıkış noktasını ise *Dworkin*'in haklı cevap tezi oluşturmaktadır. *Dworkin*'in tezi, kanun uygulayıcılarının o davayla ilgili bulmaları gereken bir haklı cevabın olduğunu içermektedir.[292] Ancak burada belirtmemiz gereken, *Dworkin* gerçekten bir haklı cevap olup olmadığı ile ilgilenmemektedir. Burada önemli olan hukuki pratikte, belirli bir hukuki argümanı desteklemek için zor davada haklı cevabın ne olduğunu göstermeye çalışmaktır.[293]

Dworkin için hukuk belirlenmiş standartlar topluluğu değildir. O'nun bütünlük anlayışına göre, hukukun anlamı, yazılı kanunlardan veya kanun koyucunun iradesinden çıkarılamamaktadır. Anlam en iyi yorumlama ile ortaya konabilir. Buna göre yorumun, yorumlanan şeyi en iyi şekilde aydınlatması gerekmektedir.[294] Bu bağlamda hakimler, siyasi ilkelere de bağlı kalarak, yapabilecekleri en iyi şekilde hukukun yorumlamasını yapacaklar ve takdir haklarını da bu paralelde kullanacaklardır.

---

[290] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak** s. 70 – 72. , 117 – 118.
[291] Dworkin,, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 46.
[292] Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 122.
[293] Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 123. , Ronald Dworkin, **Justice in Robes,** Harvard University Press, Cambridge 2006, s. 41 – 42.
[294] Ahmet Ulvi Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı,** Derin Yayınları, İstanbul 2003, s. 105.

Dworkin, hukukun belirliliği ve bütünlüğü için gereken yorumlayıcı süreci açıklamada hakim Herkül örneğini kullanmıştır. Herkül, *Dworkin*'in örneğinde insan üstü yeteneklere ve kavrama yetisine sahip durumdadır. Herkül, uyuşmazlıklarla alakalı olarak dışarıdan içeriye doğru ve daha genel ve daha soyut düşünme biçimini getirerek uyuşmazlıklarda karar vermektedir. Böylece adaletin ve hakkaniyetin gerekliliklerini yerine getirebilecek, hakların temellerini daha iyi ortaya koyabilecektir.[295] *Dworkin* bu minvalde hukuki akıl yürütmenin, ahlakiliğin ilkelerini de içeren ve geniş bir haklı gösterme alanı ile ilgili olduğunu ortaya koymaktadır.[296] İşte gerçek yaşamda da hakimler; Herkül kadar üstün yeteneklere, bilgi ve kavrama yeteneklerine sahip olmasalar da, hayali hakim Herkül'ün yolundan gitmelidir. Hakimler önlerine gelen uyuşmazlıklarda değer yargılarından arınarak, soyut ahlaki ilkeleri dikkate alarak ve belli hakimlik erdemlerine sahip olmanın ışığında hukuka en iyi uyan ve haklı gösteren hukuk teorisine göre karar vermeleri gerekmektedir.[297] Uyuşmazlıklarda hakkaniyetin ve adaletin sağlanması için hakimlerin izlemesi gereken yol budur.

İlkelerde bu doğrultuda daha çok hakimlerin değerlendirme yaparken ve uyuşmazlığı karara bağlarken, bir açıklama veya hukuku aydınlatma aracı olarak kullanılmalıdır.[298] Ancak diğer bir husus da, söz konusu ilkelerle ilgili bir sınırlama olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. *Dworkin'in* yorumlayıcı görüşü de bütün olarak hukuki yapı ile ilkeler arasında yorumlayıcı bir dengeyi araştırmaktadır.[299] *Dworkin* ise bu noktada hakimlerin kanun koyucu sıfatına bürünmemesi için, belli bir sınırlama olması gerektiği düşüncesindedir. Bu minvalde

[295] Dworkin, **Justice in Robes,** s. 54 – 55.
[296] Dworkin, **Justice in Robes,** s. 56.
[297] Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 148.
[298] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 108.
[299] Dworkin, **Law's Empire,** s. 251.

pozitivistler tarafından tam bir serbesti olarak görülen takdir hakkının anlamını ve sınırlarını belirlemek son derece önemlidir.

Dworkin söz konusu sınırlamayı tespit etmek için "Hakları Ciddiye Almak" adlı yapıtında öncelikle takdir hakkını incelemeye tutar ve türlerini saptar.[300] *Dworkin* bu incelemede öncelikle bu takdir hakkının hiçbir zaman tam bir serbestliği ya da keyfiliği ifade etmek için kullanılmadığını saptamaktadır. O'na göre takdir hakkı sınırlı bir alanda söz konusu olmaktadır.[301] Takdir kavramının türlerini de saptayan düşünür, takdirin üç türü olduğunu vurgulamıştır. İlk zayıf takdir türünde, kişiye belli bir nitelik dâhilinde seçim yapması söylenmektedir. Standartlar, mekanik biçimde uygulanamaz ve yargıya varılması gereken durumlarda kişi, çevresi belli olan standartlarla sınırlı bir şekilde takdir hakkını kullanmaktadır.[302] İkinci tür takdirde, karar merci, o konudaki son merci olmasından dolayı ve olayın son mercinin önüne gelene dek olgunlaşıp biçimlenmesinden dolayı bu takdir yetkisi de sınırlıdır.[303] *Dworkin* takdirin kullanılmasını bu iki türle sınırlamamıştır. Ona göre takdir yetkisi, sadece bir görevlinin kendisini yetkili kılan standartları uygularken muhakemesini kullanması gerektiğini belirtmek ya da bu muhakemeyi denetleyecek kimsenin olmadığını söylemek için kullanılmamaktadır.[304] Bu iki takdir türünden daha güçlü olan takdir yetkisinde ise, görevlinin söz konusu yetkiyi veren standartlarla bağlı olmadığı bazı konuları belirtmede kullanılan ve kişiye tam serbesti tanıyan takdir yetkisidir. Güçlü takdirde kişiden yine bir seçim yapması

[300] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 57 – 58.
[301] "Takdir hakkı tıpkı "donut" ın orta deliği gibi, sınırlamalar kuşağının orta açıklığında var olabilir." Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 57.
[302] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 57.
[303] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s.57.
[304] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s.58.

istenmektedir. Ancak kişi bu sefer belli niteliklerle sınırlı değildir.[305] Yani hakim kurallar olmadığında hiçbir hukuki standartla veya ilkeyle bağlı olmadan istediği gibi karar verecektir. *Dworkin'e* göre bu güçlü takdir yetkisi sadece kurallar modelini kabul eden pozitivistler için değil, genel hukuk uygulamasına da aykırı düşmektedir.[306] Geniş takdir yetkisi hukuku aşan bir yetki olmakla beraber, öncelikle kanunların geçmişe yürümezliği ilkesine ters düşmekle beraber, hâkim tarafından konulan bir kural söz konusu olduğu için yargının yasamanın görev ve yetkilerine göre hareket etmesi sonucunu doğurmaktadır. Söz konusu durum ise kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu noktada şu şekilde bir ayrım yapılabilir: Hakim kararını hukuka ve ilkelere dayandırırsa, kanun koyucu durumunda olmaz. Ancak kararında politikalara dayanırsa ve tam bir serbestîye sahip olursa kanun koyucu durumundadır. Bu da kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bir durum yaratır.[307] Ayrıca hakimlerin yeni bir kural yaratmaları halinde uyuşmazlıkta kaybeden taraf, daha önce belirli olan bir kuralı ihlal ettiği için değil, uyuşmazlıktan sonra yaratılan bir ödevi yerine getirmediği için haksız bulunacak ya da cezalandırılacaktır.[308] Bu da kuşkusuz ki hukukta belirsizliğe ve güvensizliğe yol açacaktır. Ancak bu demek değildir ki hakimler sadece yazılı kurallar ile bağlı olmalıdırlar. Çünkü daha önce de

---

[305] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 58 – 59.

[306] Wechsler de ilkeleşmiş karar verilmesi ışığında hakimler takdir yetkisine göre karar vermelerine olanak tanımıştır. Ancak hakimler bu takdir yetkisini "ilkeleşmiş karar" doğrultusunda kullanmalıdır. Bu minvalde Weschsler'in geniş takdir yetkisine yer vermediği söylenebilir. Weschsler'in ilkeler yaklaşımı ve genellik nötrlük kavramları için bknz. Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 127 – 130.

[307] Yasama organının koyduğu kuralların mı yoksa hakimlerin takdir hakkının mı hukukun uygulanmasında belirleyici olacağı konusundaki bu tartışma aslında "halkın seçtikleri" ile "atananlar" arasındaki sürtüşmenin de doğal bir sonucudur. Halkın oyları ile seçilen yasama organının, devlet aygıtında atama yoluyla gelenlere oranla, kendilerini daha yetkili görmek isteyecek olması şüphesizdir. Bu bir açıdan da yasama organının bürokrasiye karşı başlattığı bir egemenlik savaşı olarak da zaman zaman görülmüştür. Yasama organının diğer bürokrasi organlarından çok yargı organı üstünde bu etkisini hissettirmesinin en büyük nedeni ise; yargı bürokrasisinin, bürokrasinin siyasal iktidara karşı en güçlü kalesi olmasıdır. Bunun sebebi, genel anlamda ister alt mahkemelerin ister yüksek mahkemelerin varlıklarının ve işlerliklerinin, hem siyasal iktidara yardımcı hem de hem de onu frenleyici bir öge olmasıdır. (Ünsal, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, s.96-106).

[308] Özkök, "Hukuki Belirsizlik…", s. 10.

belirttiğimiz gibi Dworkin'in hukuk teorisine göre, hakimler mevcut hukuk kurallarının yanında hukuk ilkeleriyle beraber karar vermelidirler.[309] Böylece *Dworkin*, hakimlerin ödevi olan yazılı hukuku uygulamak ile hukuki uyuşmazlıkları çözmek arasında ortaya çıkan çatışmaların önüne geçilebileceğini belirtmekte ve salt yazılı kuralların uygulanmasıyla hakimin belirsizlik karşısında takdir yetkisini kullanması ya da hukuk yaratması arasında ilkeler aracılığıyla bir denge sağlamaktadır.

Dworkin kanunların sustuğu, kanunlarda anlamı belirsiz kavramların bulunduğu durumlarda hakimlerin ilkeleri nasıl dengeleyebileceği ve hangi hakka üstünlük tanıması gerektiği konusunu da *Riggs vs Palmer ile Heningsen vs Bloomfield Inc.* davalarından[310] yola çıkarak incelemiştir. İlk davada büyükbabasının vasiyeti gereği mirasçı olan torun, büyükbabası yeniden evlenince vasiyetin değiştirilmesinden korkup, büyükbabasını öldürmüştür. Buradaki sorun geçerli bir vasiyetin olmasına rağmen, kendi miras bırakanını öldürmesi halinde mirası alıp alamayacağı ile ilgilidir. O günün New York Eyaleti kanunlarında bu durum düzenlenmemiştir. Bu olayda dava mahkemesi "eğer sözleşmelerin ve ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği hakkındaki yorumlar söze bağlı olarak yorumlanırsa, miras murisin katiline verilebilir" şeklinde bir mantık yürütmüştür. Ancak bu karar Common Law'un genel ve temel ilkelerine aykırıdır. Hiç kimsenin kendi hilesinden kazanç sağlamasına veya kendi suçu ile mal edinmesine izin verilemez. İkinci davada ise otomobilin hatalı üretiminden dolayı kazada yaralanan Henningsen, hiçbir pozitif hukuk metnine dayanmamakla beraber, üretici firmadan arabasındaki hasarın giderilmesi yanında tedavi masraflarını da istemektedir. Firma ise, sözleşmede

[309] Halil Rahman Açar, "Etik Devlet Anlayışı Çözüm Olabilir Mi?", **HFSA 11,** İstanbul 2005, s. 168 – 169.
[310] Davaların ayrıntıları için bknz: Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 47 – 48.

üreticinin hatalı üretimden ötürü sorumluluğu söz konusu olduğunda sadece hatalı parçayı değiştirmekle yükümlü olduğunu bildirmektedir. Dolayısıyla Heningsen'in bu sözleşmeyi imzaladığı ve de sözleşmeyi sınırlayan hiçbir kanun metni olmamasından dolayı davacının talebinin haksız olduğu iddia edilmektedir. *Dworkin* bu iki karşıt iddianın değerlendirmesini yapmaktadır. Kişi her ne kadar sözleşme yaparken, içinde kendisi açısından olumsuz sonuçlar doğuracak şartları kabul etmiş sayılsa da, üretici firma can güvenliği açısından özel bir sorumluluk hali taşımaktadır. Sonuç olarak mahkemeler, satış sözleşmelerini tüketici ve kamu yararının adil biçimde ele alınıp alınmadığını görmek için dikkatle incelemek zorundadırlar. En temel ilke de, mahkemelerin bizzat kendilerinin, haksızlık ve adaletsizliğe alet edilmelerine izin vermemeleri ilkesidir.[311]

Dworkin bu incelemeler sonrası hâkimlerin pozitivistlerin iddia ettiği gibi hukukun açık dokulu olmasından dolayı güçlü takdire sahip olmadıklarını, kuralların sustuğu ya da adaletsizliğe yol açacak durumlar söz konusu olduğunda ilkelerle bağlı olduğunu söylemektedir. Hatta *Dworkin*'e göre kurallara uyulmasının ve bu kuralların bağlayıcı olmasının sebebi de bu ilkelerdir.[312] Çünkü hukuki hakların ve kuralların anlamı ilke teorilerine dayanılarak ortaya konulabilir. Yukarıdaki gibi zor dava örnekleri *Dworkin*'in eserlerinde sıkça bulunmaktadır. Zor davalar, hukuki belirsizliğin giderilmesinde hakimlerin ve ilkelerin rolünü belirlemek için oldukça elverişlidir. İlkeler birden fazla olup, ağırlıkları ve önemleri birbirinden farklı olabilir. Bu yüzden hukukun uygulanmasında gerekli olan davayla ilgili olan ilkelerin bulunması ve ağırlıklarına göre bir dengeleme yapılmasıdır. Böylece söz

[311] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 48.
[312] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 63– 66.

konusu ilkeler hakimin takdir yetkisinde ve hukukun yorumlanmasında rol oynayarak, hukukun tutarlı bir bütün olmasını sağlayacaktır.

Alexy de, yargı kararlarının doğru kararlar olma talebi içerdiğini ve bu sebeple zor davalarda da yargı kararlarının nedenlere dayanması gerektiğini öne sürmektedir. Nedenler ise, hukuki nedenler olamaz. Çünkü özellikle zor davalarda hukuki neden zaten belirsiz bir nitelik taşımaktadır.[313] Bu noktada "doğruluk talebinin bütün neden türlerini mümkün kıldığı belirtilebilir."[314] Ancak adalet diğer nedenler için sınırlandırıcı bir işlev görmektedir. Yani öncelik adalet değerlendirmelerindedir. Çünkü *Alexy*, öncelikle ahlaki bakımdan temelleri olan bir doğruluğu benimsemektedir.

Solum da erdeme dayalı bir hukuk teorisi oluşturmuş ve erdemden hareket ederek, hakimlerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda nasıl karar vermeleri gerektiğini belirlemeye çalışmıştır. Genel olarak *Solum*'un teorisine bakacak olursak, bu kuramın aslında özel bir yargılama kuramı olarak gözüktüğü görülmektedir.[315]

Çağdaş hukuk sistemlerinin yetersizliğini belirten *Solum*, bu çözümsüzlük halinden erdem ahlakına dayanan bir hukuk teorisi ile çıkılacağını iddia etmiştir. *Solum*'un söz konusu teorisinde ise çıkış noktasını erdemli hakim ve erdemli karar oluşturmaktadır. *Solum*, erdem teorisi ışığında adil karar ile erdemler arasında bir ilişki olduğunu ortaya koymaya çalışmıştır. İlkelerin içkin değerlerine uygun şekilde hukukta uygulanarak belirliliği sağlayabilmesi için de önemli olan yargılama faaliyetlerinde bir takım erdemlere sahip olan hakimlerin görevlendirilmesidir. Daha

---

[313] Robert Alexy, "The Nature of Arguments about the Nature of Law", **Rights, Culture and the Law,** ed. Lukas H. Meyer – Stanley L. Paulson, Oxford University Press, Oxford 2003, s.14. , aktaran: Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 124.
[314] Alexy, "The Nature of Arguments about the Nature of Law", s.14. , aktaran: Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 126.
[315] Gürler, "Lawrence B. Solum'un Erdem…", s. 146 – 147.

önce de belirttiğimiz gibi *Aristoteles* de, adalet, adil olma gibi kavramların bir karakter erdemi olduğunu ve bu erdemlerin yapıla yapıla huy edinildiğini belirtmiştir.[316] Erdemli hakim, zor davalarla karşılaştığında erdemli davranışı göstererek, adil sonucu bulabilecek ve böylece erdemlerin yardımı ile hukukta tutarlılık ve belirlilik sağlanabilecektir.[317]

Solum adil ve tutarlı kararların alınabilmesi için adaletin temel erdem olduğunu belirtmiştir. Hukuk kuralın belirsiz olduğu zor davalarda, adalet erdeminin önemi daha iyi anlaşılmaktadır. Bu tip davalarda, yeterli bilgiye ve yargısal erdemlere sahip olan hakim adil ve tutarlı sonuçlara ulaşabilecektir. Yani hakimlerin takdir hakkını ilkelerle bağlantılı şekilde kullanabilmesi için, dürüstlük, tokgözlülük, kendine hakimiyet, tarafsızlık ve bilgililik gibi erdemlere mutlaka sahip olmaları gerekmektedir.[318]

Tüm bu incelemeler sonucu yargı pratiği açısından ve hakimin ödevi bakımından önemli olanın "doğru karar verme" olduğu ortaya konulmakta[319] ve uyuşmazlıklarda özellikle zor dava olarak tanımlanan davalarda tutarlı ve doğru cevap vermek için de ahlaki ilkelerin önemli bir rol üstlendiği görülmektedir. İlkelere dayanan bir yargı uygulamasının hukukta belirliliği sağlamada rol oynayacağı ise şüphesizdir.

---

[316] Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik,** 1130a / 20 – 30.
[317] Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 134.
[318] Lawrence B. Solum, "Virtue Jurisprudence: An Areatic Theory of Law", **Draft**, October 19, 2004, s. 8 – 12. , aktaran: Gürler, "Lawrence B. Solum'un Erdem…", s. 150 – 151.
[319] Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 115 – 116.

III. HUKUKİ BELİRSİZLİKTE HAKİMİN ROLÜ AÇISINDAN ORTAYA ÇIKABİLECEK SORUNLAR

1. Hakimin Keyfi Karar Vermesinin Önlenmesi

Günümüzde davalardan çıkan kararlara getirilen eleştirilerin, normun hukuka uygun olmadığından çok, hakimin baskılar sonucu ve girdiği ilişkilerden dolayı normu ve kendisine bırakılan takdir hakkını anti demokratik bir şekilde kullanmasından dolayı olduğu açıkça gözükmektedir[320]. Bunun sonucunda da kamuoyunda kanunlardan çok hakimlerin alacağı kararlar için ciddi tereddütler ve endişeler yaşanmaktadır. Kısacası yazılı normlarda belisizlik bulunması durumunda hakimin keyfi ve tam bir serbesti ile karar verebilme ihtimali endişe yaratmaktadır.

Bu yüzden yargı kararlarının doğru kararlar olabilmesi ve belirsizliğin giderilmesinde rol oynayabilmesi için, söz konusu kararların dayanacağı nedenlerin türüne ilişkin bir sınırlandırma getirilmesinin uygun olduğu belirtilebilir. Bunun için gerekli olan, yukarıda da belirttiğimiz gibi o davayla ilgili olarak doğru karar alınması için, hakimlerin tutarlı ve ilkeye dayanan yorum yapmasıdır. Hakimin önüne gelen olaya uygulayacağı normu insan haklarına ve etik ilkelere bağlı olarak hukukta objektifliği sağlayarak yorumlayabilmesi için tarafsız ve bağımsız olması gerekmektedir. Bu iki hususun yokluğu halinde; yargı objektif niteliğinden sıyrılarak subjektif bir görünüm kazanacağı gibi, yargının meşruiyeti etrafındaki tartışma da giderek şüphe ve tereddütlere yol açacaktır[321].

Söz konusu şüphe ile tereddütlerin yargılama hukukundan arındırılması ile yargılamanın tarafsızlığını, objektifliğini ve tutarlılığını sağlamak için hakim, kişisel

[320] Mithat Sancar, **Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti,** İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s. 193
[321] Sancar, **Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti**, s. 182.

çıkar ve görüşlerine göre yani temel anlamda değer yargılarına dayanan bir nedene davada yer vermemelidir. Hakimlerin görevleri gereğince belli nedenlere (dini, siyasi, kişisel vb.) dayanamayacakları ileri sürülebilir.[322] *Solum*, yukarıda bahsi geçen yargılama kuramını kurarken öncelikle hukuk sisteminin ehliyetsizleşmesini ve siyasallaşma tehlikelerine değinmiştir.[323] Siyasallaşma ile kastedilen ise bir hukuk sisteminde hakimlerin siyasi görüşlerine göre seçilip atanmasıdır. Bu durumda hukuka bağlılık, dürüstlük ve bilgililik gibi erdemler önemini kaybetmekte ve hakimler devlet aklı ile karar vermektedirler.[324]

Bu sorunun çözümü için *Dworkin*'e bakacak olursak, *Dworkin*'de, "siyasi ilke – siyasi değer" ayrımı görülmektedir.[325] Buna göre siyasi ilkeler içinde hukuki ilke ve etik değeri barındıran ve hakimlerin karar alma süreçlerinde hakimlere yardımcı olan adaletin ve hakkaniyetin sağlanması ve hukukta objektiflik ile belirliliğin sağlanması için uygulanan ilkelerdir.[326] Oysa siyasi değerler, değer yargılarından doğan, hakimlerin kendilerine ait hayat görüşüne inancına ya da siyasi tutumlarına bağlı olarak ortaya çıkmaktadırlar. Bu yüzden hakimler karar verirken, hukukta objektifliği sağlamak için siyasi değere dayanmamalıdırlar. Siyasi ilkeler

---

[322] Dworkin, **Law's Empire,** s. 251.
[323] Lawrence B. Solum, "Virtue Jurisprudence: An Areatic Turn", **Working Paper,** October 19, 2004, aktaran: Gürler, "Lawrence B. Solum'un Erdem…", s. 147.
[324] Özellikle devlet aleyhine işlenen cürümlerle ilgili davalarda hukukun yok sayılarak yargının araç haline getirilip baskı amacıyla veya mevcut egemen yapının korunması için kullanıldığı görülmektedir. (Sancar, **Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti,** s. 188.) Bu tip tutumlara daha çok totaliter rejimlerde rastlanılmaktadır. Yargıdan önce alınacak karar belli olmakla beraber; yargı kararı, düzenin sürdürülmesi ve belli bir oranda toplumdaki bireylere mesaj vermek için propaganda amaçlı olarak alınmaktadır. Fakat bazı durumlarda hukuk devleti anlayışını, insan haklarının ne demek olduğunu ve etik ilkeleri tam olarak algılayamamış, özümseyememiş anayasal düzenini hukuk devleti olarak ilan etmiş devletlerde de yargının tarafsızlığı ve siyasi kararlar alınması mümkün olmaktadır. Kadrolaşma sonucu hakim veya savcı adayı olarak seçilmiş ve staj süresince "devlet aklı" ile düşünür hale gelmiş hakim veya savcı için artık siyasi otoritenin doğrudan emir vermesi gerekmemektedir. Artık bu şekilde yetişen ve görevini belirttiğimiz şartlarda bağımsızlığı da olmadan sürdüren hakim; alacağı kararlarda, siyasi emir almadan hukuku, hukukun içinde olması gereken insan haklarını ve bireylerin şahsi haklarını göz ardı ederek egemen ideolojiyi uygulayacaktır.
[325] Bknz. Dworkin, "Political Judges and The Rule of Law" **Matter of Principle**, Harvard University Pres, Massachusetts 1985.
[326] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 46.

bireylerin temel haklarıyla ilgilidir. Bu iki kavram arasındaki ayrım ise bir ilkenin politik hedef haline getirilmesi ya da politik bir hedefin ilke şeklinde sunulması halinde işlevselliğini kaybedecektir.[327] Bunun için ilkelerin içeriği farklı kesimlerin talepleri veya gücü ile belirlenemez.[328] Örnek olarak bir ülkede belli bir kesimin veya belli bir görüşün siyasi iktidarda üstünlüğü varsa, hakimin zor davada uygulayacağı ilkenin içeriği söz konusu gücün talepleri doğrultusunda belirlenemez. Hakimler böylece ilkeye dayalı bir hukuki yorumlama ile bağımsız ve tarafsız olarak karar verebilecek ve böylece hukukta adalete ve hakkaniyete dayanan, belirli bir sistem oluşturulmasına yardım edebileceklerdir.[329]

Dworkin, söz konusu siyasi ilkelerin yargı kararlarına dayanak olabileceği anlayışını ise kendi hukuk devleti anlayışına dayandırmaktadır. Ona göre iki farklı hukuk devleti anlayışı vardır. Bunlardan ilki "kural kitap" anlayışı, ikincisi ise "haklar" anlayışıdır.[330] Kural kitabı anlayışı, pozitivist bir hukuk anlayışını öngörmektedir. Buna göre devlet önceden tespit ettiği kanunlar dışında vatandaşlara müdahalelerde bulunmamaktadır. Devletin her hareketi kural kitabına uygun olmak zorunda olmakla beraber, kuralın hukukiliği veya ahlakiliği ile ilgili bir şey söylememekte, devletin ve vatandaşların kayıtsız şartsız kurala uyma yükümlülüğü bulunmaktadır.[331] Adalet ideali ile hukuk devleti ideali birbirine karıştırılamaz. Haklar anlayışı ise, vatandaşların birbirlerine karşı ahlaki hak ve yükümlülükleri

[327] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 47.
[328] Dworkin,, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 119.
[329] Dworkin'in yargılama ile ilgili bu görüşleri bütünlük olarak hukuk anlayışında bulunmaktadır. Dworkin için bütünlüğün iki türü bulunmaktadır. Buna göre birinci tür bütünlük, siyasal bütünlük olup, hukuk yaratma ile ilgilidir. İkincisi ise yargısal bütünlük olup, hukuku uygulayanların geçmişle ve hukukun bütünüyle alakalı tutarlı kararlar almaları ile alakalıdır (Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler**, s. 143.)
[330] Dworkin, **Matter of Principle,** s. 11.
[331] Dworkin, **Matter of Principle,** s. 11 – 12.

olduğu gibi, devlete karşı da siyasi hakları olduğunu ileri sürmektedir.[332] Bu bağlamda haklar anlayışı, siyasi hakların da uyuşmazlık durumunda devlet tarafından uygulanmasını talep etmektedir. Kısacası hukuk kuralları bireylerin ahlaki haklarını kapsar ve hayata geçirir.[333] Haklara dayanan bir hukuk sisteminin benimsendiği böyle durumlarda, uyuşmazlığı çözen hakim, zor davalarda siyasi ilkelerden yola çıkarak hareket edecektir. Tanınacak olan siyasi ilkelerle, bireylerin hakları korunacak, hukukta belirsizliğin önüne geçilebilecek ve hakimin keyfi ve sınırsız bir şekilde takdir ve yorumlama yetkisini kullanması önlenecektir.[334]

Dworkin ayrıca hakimlerin keyfilikten uzak hukukta belirliliği sağlayan kararlar almaları için, hakimlerin uyumlu kararlar vermeleri gerektiğini belirtmektedir. Yani hakimler benzer durumlarda benzer şekilde karar vermeli ve bu şekilde hukukta hem belirliliğin sağlanmasında hem de keyfiliğin önlenmesinde rol oynamaları gerekmektedir. Aksi şekilde hakimler, siyasi ilkelere göre değil, siyasi değerlere göre karar verecek olursa hukukta istikrarın ve belirliliğin sağlanamayacağı şüphesizdir. Bunun sebebi ise, söz konusu kararların benzer durumda benzer şekilde uygulanma şartını gerçekleştirememesi ve keyfiliğe yol açmasıdır. *Dworkin*, hukukun nasıl yorumlanması ve tutarlı kararların nasıl alınacağı ile ilgili olarak, edebiyat sanatından örnek vermiştir. Buna göre her bölümünü farklı bir yazarın yazdığı bir roman tasarlamıştır. Bu romanda ilk yazar hariç, diğer yazarların görevi kendilerine ait bölümleri yazarken, önceki yazarların yaratmış olduğu romanın parçalarına uygun yaratımlarda ve yorumlamalarda bulunmaktır.[335] Farklılıklar

---

[332] "Eğer yönetim hakları ciddiye almıyorsa, hukuku da ciddiye almıyor demektir." (Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 248.)
[333] Dworkin, **Matter of Principle,** s. 12 – 13.
[334] Ayrıntı için bknz. Ronald Dworkin, "Hard Cases", **Harvard Law Review**, Vol. 88, No. 6, April 1975.
[335] Ronald Dworkin, "Law as Interpretation", s. 79. , Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 145.

içermeyen ve kısa hikâyelere dönmeyen tutarlı bir roman için şart olan budur. Hukukta da her bir hakim, zor davalarda aynı yolu izlemeli ve zincirin halkalarını oluşturmalıdır. Hakimler, yargıda tutarlı ve bütünlük içinde bir sistemi sağlamak ve doğru kararı vermek için geçmişte verilen kararları incelemeli ve kararın değerini bulmaya çalışmalıdır.[336] Kuşkusuz böyle bir karar alma mekanizmasında her hakim yargı sistemi içinde kendinden önceki ve sonraki hakimlere karşı da sorumlu olacağından keyfilikten uzak kalmak zorunda olacaktır.

Hakimler, zincirin halkalarını oluştururken de yukarıda açıkladığımız hakim Herkül örneğini unutmamalı ve Herkül kadar üstün yeteneklere, bilgi ve kavrama yeteneklerine sahip olmasalar da, hayali hakim Herkül'ün yolundan gitmelidirler. Hakimler önlerine gelen uyuşmazlıklarda keyfilikten uzak kalmak için değer yargılarından arınarak ve hukuki ilkeleri dikkate alarak hukuka en iyi uyan ve haklı gösteren hukuk teorisine göre karar vermeleri gerekmektedir.[337] Böylece *Dworkin*, hakimlerin keyfilikten uzaklaşarak hukukun temelindeki ilkeler çerçevesinde hareket etmesini ve bu anlayışı desteklemeleri şartıyla felsefi doktrinlere de dikkat etmeleri gerektiğini belirtmiştir.

Gerçekten keyfilikten uzak, tutarlı ve hukuka uygun kararların alınması için hakimlere yol gösterecek olan felsefedir. Hukuk bu noktada felsefeden yardım almalıdır. Çünkü insan değerlerinin neler olacağını belirleme işi felsefenindir. İnsanı her zaman asıl olarak alan ve eylemin etik olarak nerde durduğunu belirleyecek değerlerin oluşturulabilmesi için kişinin, konumuz açısından yargıcın doğru değerlendirme yapabilmesi gerekmektedir. Hakim, yargılama esnasında doğru değerlendirme yapabilmek için, en başta kendi ego ve benliğine göre değerlendirme

[336] Dworkin, "Law as Interpretation", s. 80 – 81. , Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 146.
[337] Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 148.

yapmaması gerekir. Bu tip bir değerlendirme değer atfetmedir[338]. Ayrıca yine hakim değer yargılarına bağlı olarak bir değerlendirme içine girerse bunda da bir değerlendirme söz konusu olmaz. Bu tip değerlendirmeye de değer biçme denir[339]. Bu iki değerlendirme türüne yanlış değerlendirme bile denemez. Bu tip ezbere olan değerlendirmeler dışında hakimlerin bir başka değerlendirme olanağı daha vardır. Yukarıda belirttiğimiz gibi böyle bir değerlendirme ise doğru değerlendirmedir. Doğru değerlendirme yapabilmek için en başta kişinin eyleminin unsurlarını, yaşantısını ve eyleminin amacını anlamak gerekir. Bu ilk adımdan sonra ise eylemin benzerleri arasındaki yerinin irdelenmesi yapılmalıdır[340]. Son adım olarak da bu gerçekleştirilen eylemin insanla da ilgisi kurulursa o eylemin değerliliğini veya değersizliğini anlaşılabilmektedir. Doğru değerlendirme, hukuk uygulayıcıları özellikle de hakimlerin hukuki belirsizlik durumunda rollerinin kapsamlarının ne olduğu, yetkilerinin kullanılması konusunda da son derece önemli bir noktadadır. Hakim önüne gelen uyuşmazlıkta somut olay nedir, gelen bilgilerin doğruluğu nedir ile delilleri inceleyecek (bilgilenme),[341] daha sonra yapılan davranışın yapılmaması gereken ile ilgisini kurup, yapılıp yapılmadığını veya eğer yapıldıysa hukukun ihlali olup olmadığını ortaya koyacaktır (yargılama).[342] Hakim son olarak "yargıladığı durumu eylemiyle oluşturmuş kişinin suçlu olup olmadığını ya da haksız olup olmadığını" belirleyecektir (karar verme).[343] Bu noktada hangi norm en az değer harcıyorsa o hukuk kuralını ilişkilendirmelidir.

[338] Kuçuradi, **İnsan ve Değerleri,** s. 25 – 27.
[339] Kuçuradi, **İnsan ve Değerleri**, s. 28 – 31.
[340] İoanna Kuçuradi, **Etik**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2006, s. 21 – 23.
[341] Kuçuradi, **Etik**, 2006, s. 129.
[342] Kuçuradi, **Etik**, 2006, s. 129 – 130.
[343] Kuçuradi, **Etik**, 2006, s. 135.

Hakimin bu şekilde yapacağı bir doğru değerlendirme ile uyuşmazlıkların giderilmesinde keyfilikten uzaklaşarak objektif bir karar alacağı görülmektedir. Bu noktada önemli olan husus ise, hakimin sadece kanuna göre verdiği kararda somut olayın doğru değerlendirilmesinden söz edemeyiz. Bu şekilde verilen bir karar da değer yargılarından kurtulmuş objektif bir karardan çok subjektif niteliği daha ağır basan bir karar durumundadır.[344]

Özetle hakimlein ilkelerde yer alan değer ile sınırlı oldukları ve bu yüzden istedikleri nedenlere dayanamayacakları belirtilebilir. Özellikle hakimlerin siyasi, dini veya hayat görüşü olarak değer yargılarına dayanması veya "devletin aklı"[345] ile kararlar alması, uyuşmazlıkta karar verecek olan merciin, tarafsızlığını ve bağımsızlığını ortada kaldıracağı gibi, hukukta belirliliğin sağlanmasında önemli bir rol oynayan ilkelerin işlevini yerine getirmesine çok büyük bir darbe vuracaktır. Her ne kadar yargı bağımsızlığı "olmazsa olmaz" bir ilke ise de, etik değerden uzak yargının ister istemez siyasi güçlerin etkisi altında kalması ve yargının tarafsızlığını kaybetmesi de hukuki belirliliğin yargılama hukuku açısından sağlanmasında büyük bir sorun teşkil etmektedir. Bu sorunun aşılması için gereken, hukuk bilgisi dışında etik değerle donatılmış ve her koşulda bu değere öncelik veren objektif hakimlerin yetiştirilmesidir.[346]

[344] Kuçuradi, **Etik**, 2006, s. 125 – 127.
[345] "Devlet aklı" kavramı için bknz. Mithat Sancar, **Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti,** İletişim Yayınları, İstanbul 2000.
[346] Çetin Aşçıoğlu, " Yargıç Etiğinin Önemi ve Eğitimi", **HFSA,** S. 16, İstanbul 2007, s. 19.

2. Adil Olmayan Kanun İle İlkelerin Çatışmasında Hakimin Konumu

Adil olmayan kanun ile ilkelerin çatışmasında ve bu çatışmada hakimlerin ödevinin ne olacağı ile ilgili sorun[347], hakimlerin kanunlardan bağımsız olarak ve yazılı hukuktan ayrılarak ahlakiliğe uygun ne zaman davranacakları ile ilgilidir.[348]

İlke temelli bir hukuk teorisi geliştiren *Dworkin*, kendi teorisi içinde de hakimlerin hukuku yorumlarken, takdir haklarını ve ilkeleri yazılı hukuk kuralları içinde uygulamaları gerektiğinden bahsetmiştir. Ancak bu genel durumun bazı istisnai halleri olabilir. Bazı davalarda uygulanacak kurallar, "aşırı adaletsiz kurallardır." Bu tip durumlarda, hakimlerin bu adaletsiz kanunu yok sayarak, ahlak temelli ilkelere göre karar verme ödevine sahip olduğu söylenebilir.[349] *Dworkin* "Hakları Ciddiye almak" adlı eserinde de, vatandaşların devlete karşı ahlaki hakları olduğunu belirtmektedir. *Dworkin*'e göre kişinin belirli bir ahlaki hakkı varsa bu hak tersine çıkan yasalara ve mahkeme kararlarına karşı da varlığını sürdürür. Hakların ciddiye alınması hususu da bu noktada dikkat çekmektedir. Eğer devlet hakları ciddiye almıyorsa, o zaman hukuku da ciddiye almıyor demektir.[350] Bu noktada karşımıza çıkacak temel kavramlar insanlık onuru ve siyasal eşitlik olup,[351] eğer bir hak, kişinin onurunu korumak ve eşit ilgi ve saygı görmesi veya benzer sonuçları olan diğer bazı kişisel değerler için gerekliyse kişinin devlete karşı güçlü bir hakka sahip olduğu açıktır.[352]

Alexy de *Dworkin*'in iddialarına paralel bir yol izlemiştir ve kanunların hukuki niteliğini, asgari ahlaki gereklilikleri sağlayıp sağlamadığına göre

---

[347] Aristoteles de, yasaların bazı durumlarda haksızlığa yol açabileceğini ve hukuka aykırı yasaların bulunabileceğini belirtmiştir (Aristoteles, **Nikhomakhos'a Etik,** 1137/b).
[348] Dworkin, **Justice in Robes,** s. 18.
[349] Dworkin, **Justice in Robes,** s. 18.
[350] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 248.
[351] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 241.
[352] Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak,** s. 241.

değerlendirmiştir.[353] Böylece bu asgari ahlaki gerekliliği sağlayamayan kanun, *Alexy*'ye göre aşırı adalesizlik içeren, adil olmayan bir kanun durumundadır.

Bu tür aşırı adaletsiz hukuk kurallarıyla karşılaşan ve nasıl veya neye göre karar vereceği belli olmayan hakimlerle ilgili olarak ahlakiliğin gerekleri ne ise ona göre karar verilmesi argümanı ileri sürülebilir. Söz konusu argümana ise *Dworkinci* bütünlük içinde de rastlanmaktadır. *Dworkinci* bütünlük, hakimlere aşırı adaletsizliğe yol açacak bir kanunun bulunduğu ilgili davalarda, hem hukukun ne olduğu hem de hakim olmanın sorumluluğu bağlamında, kararlarında ahlakiliğe bakmaları gerektiğini belirtmiştir.[354] Böylece bu tür davalarda *Dworkin*'e göre, hakimlerin aşırı ölçüde adaletsiz kurallara başvurmamaları gerektiği söylenebilir. Bu noktada hakimlere bir serbesti tanındığı görülmektedir. Hakimler bu tanınan serbesti ışığında, adil olmayan kurallardan kaçınabilmekte ve temel ahlakiliğin gereklerini yerine getirebilme adına söz konusu kuralları göz ardı edebilmektedirler.

Dworkin, adil olmayan kanunlar karşısında hakimlerin ilkelere dayanarak doğru hukuki kararı ortaya koymaya çalışmasını demokrasi düşüncesi ile de bağdaştırmaktadır.[355] *Dworkin*, iki demokrasi anlayışı arasında ayrım yaparak hangi demokrasi anlayışının adil olmayan kanunlar söz konusu olduğunda, yargıcın ahlaki yargıda bulunabileceğini ortaya koymaktadır. Buna göre çoğunlukçu bir demokrasi anlayışında, çoğunlukçu demokrasinin özü itibariyle hakimlerin doğru karar vermek için adil olmayan kanunları yok saymaları demokratik sayılmayacaktır.[356] Çünkü çoğunlukçu demokraside demokrasi çoğunluğun yönetimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak eşitliğe dayanan işbirliğini paylaşan insanların birlikte hareket

[353] Alexy, **The Argument From Injustice…,** s. 48.
[354] Dworkin, **Law's Empire,** s. 21, Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler**, s. 159.
[355] Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 161.
[356] Ronald Dworkin, "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nevre", **Fordham Law Review,** Vol. 65, 1997, s. 1263, aktaran: Uygur, **Hukuk, Etik ve ilkeler,** s. 161.

etmeleri ve kendilerini yönetmeleri olarak karşımıza çıkan demokrasi anlayışında, farklı bir durum söz konusudur. Bu tür bir demokrasi anlayışında, hakimlerin siyasal ahlakilikle ilgili olarak karar vermeleri demokrasi ile bağdaşmaktadır.[357]

Dworkin bu minvalde yargısal yorumlamanın demokrasi ile çelişmediğini söylemekte ve bu tip durumlarda yargıcın rolü genişlemiş olsa da, yine de sınırlı bir nitelik arz etmektedir. Hakim bu noktada genişlemiş yetkisini, haklar sistemine ve hukukun temelinde yer alan ilkelere uygun şekilde kullanacaktır.

Solum da söz konusu olan adil olmayan kanun ile ilkelerin çatışması sorununu incelemiş ve erdem teorisine dayanan hukuk kuramı doğrultusunda hukuk kurallarının hakkaniyete uyduğu uyuşmazlıklar ile adalet ve hakkaniyete uymadığı durumlara da değinmiştir. *Solum*'a göre hukuk kurallarının öngördüğü sonuç adil ise, hakim bu kuralları yargıçlık erdemi gereğince uygulamalıdır.[358] Aksi halde ise; yani hukuk kurallarının adil olmayan sonuca vardığı durumlarda hakim, erdemli karara ulaşmak için adalet ve hakkaniyeti temel alarak kurallardan uzaklaşabilir.[359] İdeal anlamda hakim bu bağlamda her durumda adil ve doğru kararı verebilecektir.

---

[357] Dworkin, "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nevre", s. 1264, aktaran: Uygur, **Hukuk, Etik ve ilkeler,** s. 162.
[358] Lawrence B. Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue – Centred Theory of Judging", **Metaphilosophy,** Vol. 34, 2003, s. 200, aktaran: Uygur, **Hukuk, Etik ve ilkeler,** s. 135.
[359] Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue – Centred Theory of Judging", s. 206, aktaran: Uygur, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** s. 135.

SONUÇ

Tarih boyunca insan ilişkilerini düzenleyen hukuk; yazılı normlar, hakimlerin aldığı kararlar ve hukukun içinde olması gereken ilkeler ile her zaman tartışma konusu olmuş ve adaletin nasıl sağlanabileceği ile adil kararın ne olduğu her zaman tartışılmıştır. Tüm bu tartışmalara karşın hukukun ne olması veya ne olduğu tam olarak ortaya konulamamıştır. Özellikle Orta Çağ döneminde hukukta etkisini hissettiren dini değer yargıları sonucu hukuku siyasal iktidarın aşırılıklarından uzak tutmak ve belirliliği sağlamak ve bir anlamda elle tutulur bir hukuk yaratmak için modern devletlerde "kanun, genel iradenin ifadesidir", "kanun hukuktur, yasama iradesi hak ve ahlakın kendisidir" ve "kanunda boşluk olmaz" görüşlerinden hareketle modern devletlerde yazılı hukuk ön plana çıkmıştır. Bunun sonucunda hukuk, aydınlanma felsefesi ile birlikte akla dayanan ve pozitif bilim temelleri üzerinde yükselen ve öngörülebilen ve hesaplanabilen bir görünüş içerisindedir. Ancak kurallarla bağlanması düşünülen insan ilişkileri, o kadar geniş ve karmaşık bir hal alabilir ki, hepsini kurallara bağlamak ya da kurallarla açıklamaya çalışmak olanak dışıdır. Hukuk tarihinde yapılan çalışmalar her ilişkinin kanunun konusu haline getirmenin olanaksızlığını bize göstermektedir.[360] Bu yüzden de söz konusu hukuk sistemi toplumun ihtiyaçlarına cevap veremediği gibi salt yazılı hukukun uygulanması da adaleti ve hakkaniyeti sağlayamamaktadır.

Klasik pozitivizmin getirdiği bu sert anlayışa karşın değişen dünya ile birlikte farklı anlayışlar ve farklı hukuk tanımları da ortaya çıkmıştır. Hukukun ne olduğu ile hakimlerin rolü ve konumunu tanımlayan bu farklı anlayışlardan bir kısmı hukukun belirsiz olduğu argümanını dile getirmiş ve birçok akım hukukun tanımı da bu

[360] Abdullah Dinçkol, "Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet", **HFSA,** S. 9, İstanbul 2004, s. 173.

argüman ışığında yapılmıştır. Hukuki belirsizlik kavramını ortaya atan ilk akım Amerikan Hukuki Realistleridir. Akıma göre hukuk, hukuk kuralları, ilkeler ve vicdani değerlendirmeler ile tanımlanamamaktadır. Hukuk, ne pozitivistlerin ileri sürdüğü gibi durağan bir normlar sistemidir ne de doğal hukukçuların belirttiği gibi hukuku meşru kılacak üstün değerlere sahiptir. Hukuk her zaman çelişen kurallarla doludur ve yargıçlar her zaman bu çelişen kurallardan birini tercih etmek zorundadır. Kısacası belirsizlik hukukun tümünde yer almaktadır ve ilkelerin de belirsizliğin önüne geçemeyeceğini vurgulamaktadırlar. Amerikan Realistleri, hukukun belirsiz olduğu konusunda hem fikir olmakla beraber, belirsizliğin sebebi üzerinde anlaşamamaktadırlar. Bu da akımın katı kurallarla bağlı olmadığını göstermekle beraber, belirsizlik kavramını tam bir belirlilik içine oturtamadıkları da göze çarpmaktadır. Ayrıca belirsizliğin derecesini abartmaları sorgulanabilir niteliktedir. Amerikan Realist akımından sonra gelen akımlar da hemen hemen söz konusu akımdan esinlenmelerine rağmen, hayata bakışları ve değer yargıları sebebiyle akımdan farklılıklar sergilemektedirler. Örnek olarak Eleştireller realist akımın torunu olarak gözükmelerine rağmen marksist temelleri bulunmaktadır. Amerikan Realistleri belirsizlik kavramının sadece hukukilik boyutunu ele alırken, Eleştireller bu belirsizlik kavramını tüm otorite ve düzen üzerinde kurmakta "hukuk politikadır" argümanı ile daha radikal bir biçimde ele almaktadırlar. Eleştirellerin düşünceleri, realistlere göre farklılıklar göstermekle beraber, hukukun belirsiz olduğu konusundaki iddiaları ve ilkelerin de bu belirsizliği önleyemeyeceği hakkındaki görüşleri ile hukukta belirsizliği öne süren akımlarla benzerlik göstermektedir. Ancak eleştireller de kendi içlerinde farklı hukuk söylemleri getirmişler ve argümanlarında tam bir birlik sağlayamamışlardır. Bunun yanında diğer hukuki

belirsizliği öne süren akımlarda olduğu gibi onlarda hukukta yer alan ilkeleri yanlış tanımlamışlar ve bu sebeple hukuk – ilke ilişkisini ortaya koyamamışlardır. Tüm bu bilgiler doğrultusunda eleştirellerin de sağlıklı bir hukuk teorisi oluşturamamaları ve adaleti ve belirliliği sağlayacak bir hukuk sistemi için sağlıklı bir teori kuramamış olmaları en büyük eksiklikleri olarak gözükmektedir.

Hukukta salt yazılı kuralların belirliliği sağlayamayacağı ve "kanunda boşluk olmaz" argümanının gerçeği yansıtmadığı özellikle hukuki belirsizlik kavramının öne sürülmesiyle pozitivistler tarafından da dikkate alınmıştır. Modern pozitivistlerden olan *Hart*, bu minvalde hukukta "open texture" denilen belirsiz bir alan olduğunu savunmuş ve esnek bir yol izleyerek ahlaki ilkelere hukuk tanımı içerisinde yer vermeye çalışmıştır. Katı bir formalist yaklaşımla birleşen pozitivist bir hukuk sisteminin belirsizlikler karşısında savunulmasının zorluğuna dikkat çeken *Hart* ve onun gibi düşünen modern pozitivistler, hukuki kesinliğin ve belirliliğin önemini inkâr etmemekle beraber, belli bir oranda (zor davalarda) kesin olmayışa göz yumulması gerektiğini iddia etmektedirler. *Hart*'ın hukuksal belirsizliği eleştirel hukukçuların veya realistlerin iddia ettiği gibi abartılacak boyutlarda görmediği söylenebilir. Kısacası *Hart* için belirsizlik durumu, hukukta öngörülebilir alanın bir istisnasıdır. Bunun sonucunda ise modern pozitivizmde yargılama hukukunda hakime daha etkin bir konum verilmiş ve zor davalarda hakimin takdir hakkı tanınmıştır.

Ancak *Hart*'ın hukukta belirli alanlarla – belirsiz alanlar arasında yaptığı ayrım tartışmaya açıktır. *George Fletcher*, hakimlerin kolay davalarda da karar verme süreçlerinde bir değerlendirme yaptıklarını ve yargıda bulunarak bir çeşit takdir hakkını kullandıklarını belirtmektedir. Yani hakimler önlerine gelen

uyuşmazlığa uygulayacakları kuralla ilgi şartların mevcut olup olmadığını değerlendirirken de bir takdir yetkisi kullanmış olurlar. Dolayısıyla zor dava kolay dava ayrımı olmaksızın somut olaya uygun hukuk kuralını bulmada hakimin belli bir yetki taşıdığı kuşkusuzdur. Bu açıdan değerlendirildiğinde kolay dava zor dava ayrımı yapmak zor gözükmekle beraber hakimin rolünü iki farklı dava türüne göre ayırmak çelişkilidir.

Hukuki belirsizlik kavramı içinde hakimin konumunu ve rolünü belirlemek için, ilke temelli hukukçulardan olan *Dworkin*'in görüşleri ise son derece öenmlidir. Hukukun sadece kurallardan oluşmadığını ve ilkelere de yer verilmesi gerektiğini söyleyen *Dworkin*, *Hart*'ın hukuk teorisinin, ilke temelli hukuk teorisi ile yazılı hukukun cevap vermediği zamanlarda hakimin konumu açısından pozitivist kökenleri dolayısıyla açıklayamayacağını belirtmektedir. Çalışmamızın dayanak noktasını oluşturan söz konusu teoriye göre, hukukta belirsiz bir alan olduğunu söylemek son derece zordur. Bunun sebebi ise belirsizliğin ilkeler vasıtası ile giderilmesidir. *Dworkin*, hukuk ve etik birliğine önem vermekte ve bu birlikten doğan ilkeleri de hukuku tamamlayan ilkeler olarak görmektedir. Dolayısıyla kanunun cevap vermediği anlarda yargıç ilkeler yardımı ile adil ve doğru cevabı veren uygulamalara imza atabilecektir.

Yazılı normların da ilkelere dayanan bir değer taşıması gerektiği şüphesizdir. Ancak ilkelerin hukukta belirliliği ve adaleti sağlama fonksiyonu daha çok kanunda boşluk durumunda hâkimin takdir hakkını kullanmasında ortaya çıkmaktadır. Bu minvalde hâkimi takdir hakkını ilkelere göre nasıl kullanacağı hukukta belirlilik açısından son derece önemlidir. *Dworkin* de ilkelerin daha çok takdir hakkında önem kazandığı belirtmektedir. Yargıçlar, yapabilecekleri en iyi şekilde hukukun

yorumlamasını yaparak takdir hakkını kullanarak ilkelerin sağlıklı bir biçimde hukuk içinde yer almasını sağlamalıdır. Ancak yargıçlar bunu yaparken, kanun koyucu sıfatına bürünmemeli ve yaratıcı konumuna yani keyfiliğe ve serbestiye kaçmadan, bilgiye ve felsefi değerlendirmeye dayanarak takdir hakkını kullanmalıdırlar. Özetle yargıçlar, hukukun sustuğu ya da aşırı adaletsizliğe yol açabilecek durumlarda hukukta belirliliği ve tutarlılığı sağlamak için ilkelere bağlı bir takdir yetkisi kullanmalıdır.

Ancak teoride takdir hakkının bu bağlamda kullanılması gerekirken, uygulamada tarih boyunca hakimler takdir hakkını farklı uygulamışlar ve kanunları da farklı yorumlamışlardır. Örnek olarak Aristophanes'in "Eşek Arıları"[361] adlı eseri Atina dönemindeki adalet mekanizması ile dalga geçmekte ve yargıçların siyasi çıkarlar uğruna nasıl kullanıldığını göstermektedir. M.Ö. 422 yılında sahnelenen bu yapıttan beri günümüzde de değişen pek bir şey olmadığı görülmektedir. İlkelerin doğru uygulanabilmesi ve hukukta belirliliği sağlama işlevlerini yerine getirebilmeleri için gerekli olan önemli hususlardan biri de hakimin tarafsızlığıdır. Bu yüzden hakimlere kapsamlı bir etik eğitimi verilmesi ve bu eğitim ışığında nasıl doğru değerlendirme yapmaları gerektiğinin öğretilmesi son derece önemlidir. Söz konusu şekilde yetişecek hakimler böylece uyuşmazlığın içinde barındırdığı değeri ortaya koyabilecek ve uyuşmazlığa en uygun ilkeyi uygulayarak hukukta adaleti, belirliliği ve tutarlılığı sağlayabilecektir.

Ancak hukuki belirsizlik iddiasında bulunanlar, takdir yetkisinin anlamlarının tümünün belirsizlik iddiasını destekler nitelikte olduğunu belirtmektedirler. *Dworkin* takdir yetkisinde yargıçların tam bir serbestisinden bahsetmemiş ve yargıçların siyasi

[361] Aristophanes, **Eşek Arıları (Yargıçlar),** , Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, çev. Sabahattin Eyuboğlu, İstanbul 2000.

ilke adını verdiği hukuk ilkeleri ile kararlarını vermeleri gerektiğinden bahsetmiştir. Yani yargı kararları hukuk dışı faktörler tarafından belirlenmeyecek, aksine kanunun belirsizliği önleyemediği alanlarda hukuk ilkeleri söz sahibi olacaktır. Bu şekilde keyfi kararların verilmesinin önüne geçilebilecek ve hukukta keyfilik söz konusu olmayacaktır. İlkelerin doğru şekilde hukukun uygulanmasında rol alması, hukukta keyfiliğin önüne geçen bir faktör olarak gözükecektir.

Tüm bu hususlar göz önüne alındığında hukukun tanımının birçok düşünür ve akım tarafından farklı farklı algılandığı ve yapıldığı görülmekte hakimin yargılama hukukundaki rolü farklı şekillerde ortaya konmakta veya tanımlanmaktadır. Ancak çalışmamız sonucu görülmektedir ki hukuki belirsizlik iddiasının söz konusu olduğu durumlarda hakimin rolü büyük önem arz etmektedir. Bunun sebebi ise *Dworkin*'in belirttiği ilkelerin hukuku açıklaması ve hukukta belirsizliğe yer vermemesi işlevi hakimin ilkelere uygun olarak kullanılan takdir hakkında ve yazılı hukuku bu doğrultuda yorumlamasında ortaya konmaktadır. Her ne kadar hakimin bu şekilde kullanacağı takdir hakkının keyfiliğe yol açacağı düşünülebilirse de ilke temelli bir hukuk teorisinde bu mümkün görünmemektedir. Hakim hem felsefi argümanlara dayandığı hem de ilke temelli bir değerlendirme yaptığı için keyfilikten uzaktadır ve aksine hukukta belirliliği ve tutarlılığı sağlayacak kararlar vermektedir.

Bunun dışında hakimin hukukta adaleti ve tutarlılığı sağlamadaki bir diğer rolü adil olmayan kanunlar ortaya çıktığında da görülmektedir. *Prof. Dr. İoanna Kuçuradi*'nin hukuk tanımına bakacak olursak bu adil olmayan yasaların ne olduğunu anlayabiliriz. *Kuçuradi*'ye göre: "Bir insan başarısı ya da insan kurumu olarak ele alındığında, başka bir deyişle "niçin"iyle ele alındığında hukuk, yalnızca insan toplumunda bir düzen yaratma isteğini değil, aynı zamanda özel nitelikteki bir

düzen yaratma isteğini; toplumsal ilişkilerin düzenlenmesinde – kurulmasında ve yönetiminde – belirli etik ilkelerin gözden kaçırılmaması kaygısını gösteriyor; başka bir deyişle, toplumsal ilişkilere müdahale etme ve onları başka belirleyicilere göre değil, adalet fikrine göre düzenleme istemini ifade ediyor.

Buna rağmen hukuksal belgelere – ve bu arada anayasalara – baktığımızda, genellikle, bu kaygının yalnızca çok zayıf bir yansımasını görüyoruz; dahası söz konusu belgelerin pek çoğunda, adalet fikriyle pek bağdaşamayacak anlayışları yansıtan düzenlemeler görüyoruz."[362]

Dworkin, *Alexy* ve *Solum* gibi hukuk düşünürleri, *Kuçuradi*'nin yukarıda belirttiği gibi adalete açıkça uymayan kanunların söz konusu olduğu durumlarda hakimin ahlaki temelli ilkelere göre karar vermesi gerektiğini belirtmiştir. Görüldüğü üzere hukukta belirsizlik sorunsalının olduğu durumlar ile adil olmayan kanunlar söz konusu olduğunda çözüm hakimin ahlaki temelli ilkelere göre karar almasıdır. Şüphesiz ki bu şekilde alınacak bir karar hukukun tutarlı, belirli ve adil olan bir bütün olarak uygulanmasını sağlayacaktır.

[362] Ayrıntı için bknz. İoanna Kuçuradi, **Çağın Olayları Arasında,** Ayraç Yayınları, Ankara 1997.

KAYNAKÇA

AÇAR, Halil Rahman, "Etik Devlet Anlayışı Çözüm Olabilir Mi?", **HFSA,** S. 11**,** İstanbul 2005.

AKBAŞ, Kasım, **Hukukun Büyübozumu,** Legal Yayınları, İstanbul 2006.

AKBAŞ, Kasım, "Hukuk Eleştirisi ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Gündemi", **HFSA**, S. 16, İstanbul 2007.

AKI, E. İrem, **Amerikan Hukuki Realistleri Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik Tezi,** Basılmamış yüksek lisans tezi, Ankara 2008.

AKTAŞ, Sururi, " Hukuki Geçerlik Sorunu", **HFSA,** S.11, İstanbul 2005.

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

ALEXY, Robert, **The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism,** Trans. Bonnie Litchewski Paulson – Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford 2002.

AOMI, Junichi, "Hukuksal Kararlarda Mantığın Düzenleyici İşlevi", Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, **HFSA,** S. 4, İstanbul 2002.

ARAL, Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine,** Filiz Kitapevi, İstanbul 2001.

ARISTOPHANES, **Eşek Arıları (Yargıçlar),** , Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, çev. Sabahattin Eyuboğlu, İstanbul 2000.

ARISTOTELES, **Nikomakhos'a Etik,** Kebikeç Yayınları, Çev. Saffet Babür, Ankara 2005.

AŞÇIOĞLU, Çetin, " Yargıç Etiğinin Önemi ve Eğitimi", **HFSA,** S. 16, İstanbul 2007.

BIX, H. Brian; **A Dictionary and Legal Determinacy,** Oxford University Press, Oxford 2004.

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

BIX, Brian H, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", Çev. Ertuğrul Uzun, **DEÜHFD,** C. 6, S. 2, 2004.

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

CAN, Cahit, **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi,** Seçkin Yayınları, Ankara 2002.

CAN, Cahit , "Hukuk ve Matematik" , **http://80.251.40.59/law.ankara.edu.tr/canc/Hukuk%20%20ve%20Matematik.doc** (Erişim Tarihi: 14. 01. 2009).

COLEMAN, Jules – LEITER, Brian, "Legal Positivism", Ed. Patterson, **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory,** Blackwell Publishing, Oxford 2000.

ÇAĞIL, Orhan Münir, **Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş,** İÜHF Yayını, İstanbul 1971.

ÇELİK, Adil Giray, **Tarihin Yargıladığı Davalar,** Yirmidört Yayınevi, İstanbul 2007.

DİNÇKOL, Abdullah, "Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler", **HFSA,** S.2, İstanbul 1995.

DİNÇKOL, Abdullah, "Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet", **HFSA,** S. 9, İstanbul 2004.

DWORKIN, Ronald, "Hard Cases", **Harvard Law Review**, Vol. 88, No.6, April 1975.

DWORKİN, Ronald**,** "Is Law a System of Rules", **The Philosophy of Law,** Ed. Ronald Dworkin, Oxford University Press, 1977 Oxford.

DWORKİN, Ronald, **A Matter of Principle,** Harvard University Press, Cambirdge, Massachusetts 1985.

DWORKIN, Ronald, **Law's Empire,** The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1986.

DWORKIN, Ronald, "Law as Interpretation", **Moral Theory and Legal Reasoning,** Ed. Scott Brewer, Garland Publishing, New York 1998.

DWORKIN Ronald, "A Reply by Ronald Dworkin", **Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence,** Ed. Marshall Cohen, Duckworth, London 2001.

DWORKIN, Ronald, "Thirty Years On", **Harvard Law Review**, Vol. 115, 2002.

DWORKIN, Ronald, "The Model of Rules", **Philosophy of Law,** ed. Joel Feinberg, Jules Coleman, Thomson – Wadsworth 2004.

DWORKIN, Ronald, **Justice in Robes,** Harvard University Press, Cambridge 2006.

DWORKİN, Ronald, **Hakları Ciddiye Almak,** Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2007.

EREM, Faruk, **Meslek Kuralları,** Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007.

FOUCAULT, Michel, **Toplumu Savunmak Gerekir,** Yapı Kredi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2004.

FOUCAULT, Michel, **Büyük Kapatılma,** Ayrıntı Yayınları, 2. Basım İstanbul 2005.

FOUCAULT, Michel, **Hapishanenin Doğuşu,** İmge Kitabevi, 3. Baskı, Ankara 2006

FRANK, Jerome, **Law and Modern Mind,** Stevens and Sons, London 1949.

FREEMAN, M.D.A, **Llyod's Introduction to Jurisprudence,** Sweet – Maxwell, London 1994.

GÖZLER, Kemal, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, US-A Yayıncılık, Ankara 1998.

GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi,** Siyasal Kitabevi, Ankara 2007.

GÜRKAN, Ülker, **Hukuk Realizm Akımı,** Sevinç Matbaası, Ankara 1967.

GÜRLER, Sercan, "Çağdaş Ahlak Kuramlarının Hukuk Felsefesine Yansımasına Örnek Olarak Lawrence Solum'un Erdem Ahlakına Dayalı Hukuk Kuramı", **HFSA,** S. 16, İstanbul 2007.

HABERMAS, Jurgen, **İletişimsel Eylem Kuramı,** Kabalcı Yayınevi, Çev. Mustafa Tüzel, İstanbul 2001.

HART, H.L.A, "Positivism and the Seperation of Law and Morals", **Harvard Law Review,** Vol. 71, No. 4, 1958.

HART, H.L.A., "Scandinavian Realism", **The Cambridge Law Journal,** 1959.

HART, H.L.A., **Essays in Jurisprudence and Philosophy,** Clarendon Press, Oxford 1993.

HART, H.L.A., **The Concept of Law,** Oxford University Pres, Oxford 1997.

HART, H.L.A., **Hukuk Özgürlük ve Ahlak,** Çev. Erdal Öz, Dost Kitabevi, Ankara 2000.

HASNAS, John, "Back to the Future: 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.

HEPER Altan, "Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki", **HFSA,** S. 12, İstanbul 2005

HOLMES, Oliver Wendell, "The Path of Law", **10 Harvard Law Review 457,** 1897, http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm (Erişim Tarihi: 09. 07. 2008).

HUTCHISON, Alan C. – MONOHAN, Patrick J., "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought", **Stanford Law Review,** Vol. 36, 1984.

İSPİR TOPRAK, Zeynep, **H.L.A. Hart'ta Açık Metin Kavramı,** Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.

KAIRYS, David, **The Politics of Law,** Pantheon Books, New York 1982.

KAIRYS, David, "Law and Politics", **The George Washington Law Review,** Vol.52, No. 2, 1983 – 1984.

KARAHANOĞULLARI, Onur, "Marksizm ve Hukuka Yazın İncelemesi", **A.Ü.S.B.F.D.,** C.58, S.3, Ankara 2003.

KARAHANOĞULLARI, Onur, "Marksizm ve Hukuk", **A.Ü.S.B.F.D.,** C.57, S.2, Ankara 2003.

KEYMAN, Selahattin, **Hukuka Giriş ve Metodoloji,** Doruk Yayınları, Ankara 1981.

KRESS, Ken, "Legal Indeterminacy", **California Law Review,** Vol. 77, 1989.

KUÇURADİ, İoanna, **Çağın Olayları Arasında,** Ayraç Yayınları, Ankara 1997.

KUÇURADİ, İoanna, "Hukuk ve Etik", **Bedia Akarsu Armağanı,** Haz. Betül Çotuksöken – Doğan Özlem, İnkılap Kitabevi, İstanbul 2000.

KUÇURADİ, İoanna, **İnsan ve Değerleri,** Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2003.

KUÇURADİ İoanna, **Etik**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2006.

LEITER, Brian, "Positivism, Formalism, Realism (Review Essay on Legal Positivism in American Jurisprudence by Anthony Sebok), **Columbia Law Review,** Vol. 99, 1999.

METİN, Sevtap, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", **İ.Ü.H.F. Mecmuası,** C. LXI , S. 1 – 2, 2003.

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", **A.Ü.H.F.D.,** C. 51, S. 2, 2002.

ÖZKÖK, Gülriz, "Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar", **HFSA,** S. 5, İstanbul 2002.

PRICE, David A., "Taking Rights Cynically: A Review of Critical Legal Studies", **Cambridge Law Journal,** Vol. 48, 1989.

ROSS, Alf, **On Law and Justice**, Stevens & Sons, London 1958.

SANCAR, Mithat, **Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti,** İletişim Yayınları, İstanbul 2000.

SHERBANIUK, D.J., "Scandinavian Realism", **Alberta Law Review,** vol.2, 1962.

SOLUM, Lawrence B., "On Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma", **University of Chicago Law Review,** Vol. 54, No. 2, 1987.

TUSHNET, Mark, **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory,** Ed. M.P. Golding – W. A. Edmundson, Blackwell Publishing, Oxford 2006.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, "Amerikan Hukuki Realizm Akımı", **HFSA,** S. 4, İstanbul 2002.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı,** Derin Yayınları, İstanbul 2003.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, "İki Soruda Postmodernizm ve Hukuka Yansıması", **İ.Ü.H.F.M.,** C. LXI, S. 1 – 2, İstanbul 2003.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, "Hart – Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", **HFSA,** S. 16, İstanbul 2006.

UYGUR, Gülriz, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü ?", **AÜHFD,** C.53, S.2, Ankara 2003.

UYGUR, Gülriz, "Hukukla Ahlakilik Arasındaki Liberal Gelenek: John Rawls'un Yaklaşımı, **HFSA,** S. 11, İstanbul 2005.

UYGUR Gülriz, **Hukuk, Etik ve İlkeler,** Siyasal Kitabevi, Ankara 2006.

ÜNSAL, Artun, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi,** AÜSBF Yayınları, No: 443, Ankara 1980.

YÜKSEL, Mehmet, **Modernite Postmodernite ve Hukuk,** Siyasal Kitabevi, Ankara 2004.

ÖZET

Hukuki formalizm ile hukuki realizm arasında hukukun ne olduğuna dair tartışma yürütülürken, realistler hukukun belirsizliğini öne sürerek formalistlerin "kanun hukuktur" anlayışına karşı çıkmışlardır. Hukuki realistlerin söz konusu iddiası, eleştireller ve postmodern hukukçular gibi diğer akımlar için de çıkış noktası oluşturmuş ve temel olarak hukuki belirsizlik iddiası öne sürülmekle beraber, hukukun ne olduğu ile ilgili farklı argümanlar öne sürülmüştür. Söz konusu akımlar tarafından ortaya atılan hukuki belirsizlik iddiası, daha sonraları klasik pozitivizmin değişen yüzü olan modern pozitivizm tarafından da kabul edilmiş ve esnekleşmiş pozitivizmin öncüsü H.L.A. Hart da kolay dava – zor dava ayrımı yaparak belirsizliğin hukuk içinde bulunduğunu belirtmiştir. Esnekleşmiş modern pozitivizmin bu görüşüne karşılık tabii hukuk geleneğinden beslenmiş liberal hukukçular ise ilke temelli hukuk teorilerini öne sürmüşlerdir. Söz konusu ilke temelli hukuk teorileri için öncü sayılan Dworkin, hukukun kanunlar dışında ilkeler (prensipler) ve politikalardan oluştuğunu belirterek; hakimin hukuk yaratmasında ve takdir hakkını kullanmasında ya da adil olmayan kanunların bulunması durumunda hukukta belirliliği sağlamada etik değer temelli ilkelerin büyük bir role sahip olduğunu belirtmiştir.

İşte bu çalışmada, realistler tarafından ortaya atılan ve pozitivistler tarafından da öne sürülen hukuki belirsizlik probleminin gerçekten var olup olmadığı incelenmiş ve hukuki belirsizlik problemine karşı özellikle Dworkin'in ilke temelli hukuk teorisi olmak üzere ahlaki değer öncüllü ilkelerin önemi ve hukukta belirliliği sağlamada hakimlerin rolü üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Hukuki Belirsizlik, İlkeler, Dworkin, Hart, Etik, Takdir Hakkı

ABSTRACT

As a debate is ongoing between legal formalism and legal realism on the matter of what the legal order is, realists are opposing the formalists' idea of "legal order is about the law" by arguing the uncertainty of legal order. This aforesaid allegation of legal realists has been a point of origin for other movements like the criticals and post-modern legists and different arguments have been introduced about what the legal order is, together with asserting the idea of legal indeterminacy. Idea of legal indeterminacy claimed by these movements has been adopted by modern positivism which was the alternating face of classical positivism and H.L.A. Hart, frontier of this resilient understanding, stated that this legal indeterminacy is inside the legal order by segregating the hard cases. Against this idea of resilient modern positivism, liberal legalists fed through legal tradition asserted principle-based legal theories. Dworkin, one of the pioneers of rudiment-based legal theories, pointed out that legal order consists of principles and politics besides the laws; basic principles dependent on ethical value have a major role to provide the determinism on legal order when a judge's creating a legal decision and using his/her judicial discretion or in the existence of unfair laws.

In this study, it is examined that if this legal indeterminacy introduced by realists and asserted by positivists really exists and importance of ethical valued principles primarily principle based legal theory of Dworkin against this problem of legal indeterminacy, and the role of judges for providing legal determinacy.

Keywords: Legal Indeterminacy, Principles, Dworkin, Hart, Ethics, Judicial Discretion