

RONALD DWORKIN'IN HUKUK TEORİSİ IŞIĞINDA YARGIÇLARIN ROLÜ

M. Balkan DEMİRDAL*

ÖZET

Klasik hukuki pozitivizm, hukukta belirliliği ve istikrarı sağlamak adına “yazılı hukuk gerçek hukuktur” şiarından yola çıkmaktadır. Ancak pozitivizmin getirmiş olduğu bu formülün özellikle 20. yüzyılda yaşanan sosyal, ekonomik ve siyasal olaylar sonucunda yeterli olmadığı görülmektedir. Yaşanan bu gelişmeler sonucunda yazılı hukukun öncüllerinin ne olduğu ile yargıçların hukuk uygulamasında ve adaletin sağlanmasında rolünün ne olduğu tartışılmaya başlanmıştır. Bu tartışmalarla ilgili olarak Ronald Dworkin, yazılı hukukun ilkelere dayanması gerektiğini belirtmiş ve ilkelerin hukuk sistemi içinde sağlıklı bir şekilde yer alabilmesi ve adaletin sağlanması adına yargıçların uygulamada önemli bir rolü olduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda Dworkin'in hukuk teorisi, hukukta karar alma aşamasında etik değer ve ilkelerin yerini belirleme ve yargıçların hukuk sistemindeki rolünü açıklama açısından son derece önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk – Etik, İlkeler, Takdir Hakkı, Yorumlama, Yargıçların Tarafsızlığı.

THE ROLE OF JUDGES IN THE LIGHT OF RONALD DWORKIN'S LAW THEORY

ABSTRACT

Classical legal positivism, departures from the discourse “statute law is the real law” in order to provide legal determinacy and stability. Nevertheless it is seen that this formula brought by positivism is inadequate particularly as a result of social, economic and political events that occurs in the 20. Century. In consequence of that current developments it has been debated what postulates of statute law is and what roles judges have in law practice and obtaining justice once again. Regarding this debates, Ronald Dworkin indicates that statute law should be based on the principles and emphasizes that judges have an important role on implementing principles in legal system with the healthiest way and obtaining justice. Within this context Dworkin's law theory has a great significance on determining the place of ethical values and principles and explaining what roles judges have in legal system.

Keywords: Law – Ethics, Principles, Judicial Discretion, Legal Interpretation, Impartiality of judge.

* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Bilim Dalı.

I. GİRİŞ

Charlie Chaplin'in 1936 yılı yapımı "Modern Zamanlar" (Modern Times)¹ adlı şaheseri ustaca ve benzersiz bir dil ile modernizmi ve modernizmin kullandığı tüm enstrümanları hicve almaktadır. Filmin başlarında Chaplin'in unutulmaz karakteri Serseri (The Tramp) bir fabrikada çalışmaktadır ve art arda önüne gelen çelik plakaların civatalarını sıkılmaktadır. Serseri o kadar uzun süre bu işi yapar ki bir süre sonra aklını yitirir ve önüne gelen her cismi elindeki İngiliz anahtarı ile sıkmaya çalışır. En sonunda ise kendini fabrikanın çarkları arasında ezilirken bulur. Filmin en meşhur sahnesinde söz konusu olan bu üretim şekli, modernizmin klasik üretim şekli olan fordist üretimdir. Fordist üretimde kişinin yetenekleri veya özellikleri önemsizdir. İşçilerin her biri üretim bandının parçalarıdır. İşçiler çok küçük bir işle görevlendirilmişlerdir ve söz konusu iş aynı kişi tarafından defalarca aynı şekilde yapılmaktadır. Ürünün tamamı için önemsiz görünen söz konusu bu işte, her bir vasıfsız işçinin ürünün tamamı konusunda hiçbir fikirleri yoktur. Kalifiye eleman olmayan bu işçiler aynen dişlilerin çarkları gibi çalışırlar ve bütününe asla sahip olamayacakları ürünün parçalarını etap etap oluştururlar². Fordist üretimin hakim olduğu modern dünyada önemli olan üretimde verimliliği sağlamak adına istikrar ve belirliliktir. İşte bu istikrar ve verimlilik kavramları, modern dünyanın her alanına hakim olan sloganlardır. Dolayısıyla modern dünyada hukukta da istikrar ve belirlilik en önemli araçlardan biri haline gelmiştir. Söz konusu istikrar ve belirliligi sağlamak adına da yöntem olarak hukuki pozitivizm ön plana çıkmıştır. Özellikle klasik pozitivizmin hakim olduğu dönemlerde yargıçlar, Modern Zamanlar filminde çarpıcı bir şekilde resmedilen fordist üretim tarzına uygun düşen seri üretim kararlara imza atmışlardır. Yargıçlar kanunun adalete uygunluğu veya kanunun öncülleri nelerdir bakmadan olayı tespit edip, olaya uygun kanunu yorumlamadan ve sorgulamadan uygulamışlardır. Yani hukukta yargıçlar fordist üretimi gerçekleştiren ve çarkların arasında ezilen birer hukuk teknikeri pozisyonunda yer almışlardır. Ancak modern dünyada yaşanan iki dünya savaşı ve özellikle 2. Dünya Savaşı sırasında yapılan insan hakları ihlallerinin o zamanki Alman mevzuatlarına uygun olduğu savunması yapılması pozitivist hukuk anlayışının eleştirilmesine sebep olmuştur. Tüm bunların sonucunda farklı bir düşünüş şekli ortaya çıkmıştır. Buna göre hukukun belirli ve açık olması ne

¹ Filmin ayrıntılı künyesi için Bkz. http://www.imdb.com/title/tt0027977/?ref_=fn_al_tt_1, (E.T. 03.01.2014).

² YÜKSEL, s.23.

kadar önemli ise, hakkaniyete dayalı olarak uygulanması da adalet açısından o derecede önemlidir. Kanunları salt metne bağlı olarak uygulamak adalet ve hakkaniyet açısından sakıncalar doğurabilir. Bunun için yargıcın her somut olayda takdir hakkını ustalıkla kullanması ve durum değerlendirmesi yaparak hukukun temel amacı olan adaleti gerçekleştirmeye çalışması gerekmektedir.

Peki, gerçekten yargıç takdir hakkını veya kanunun yorumlanmasını adalete ve hakkaniyete tam olarak uygun olarak kullanabilir mi? Hukuk her zaman için belirsizliklerle dolu bir alan mıdır? Hukuk siyasetin kullandığı bir araç mıdır? Ya da hâkimler her zaman kişisel, 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? Tüm bu sorular doğrultusunda hukukun adalet ve hakkaniyeti sağlayacağını düşünmek hayalcilik midir? Yoksa hukukta belirliliği, tutarlılığı ve adaleti sağlamak için yapılacak bir şeyler var mıdır?

İşte söz konusu sorunların giderilmesi bakımından, Ronald Dworkin'in hukuk içerisinde ilkelerin nasıl rol alabileceği ile ilgili görüşleri ışığında yargıçların yargılama hukukunda uyuşmazlıkların çözümünde nasıl karar vermesi gerektiğini ortaya koyması son derece önemlidir. Dolayısıyla yargıcın takdir hakkını kullanması ve kanun metninin yorumlanması hukuk biliminin önemli kilometre taşlarını oluşturmaktadır. Söz konusu durumlar açısından hakimin hukuki belirsizlik durumunda tam bir serbestliğe ve keyfiliğe sahip olup olmadığı konusu, hukukun uygulanabilmesi ve adaletin yerine getirilmesi açısından da tartışmalı alanları oluşturmaktadır. Ronald Dworkin kendi hukuk teorisi içinde, söz konusu sorulara verdiği tutarlı cevaplar ve hukukun uygulamasına getirdiği metotlar ile sadece hukuk felsefesi alanında değil, tüm hukuk aleminde hak ettiği yeri almış ve hukuk felsefesinin diğer hukuk dalları açısından ne kadar önemli olduğuna böylece dikkat çekmiştir.

II. İLKELERE DAYANAN HUKUK TEORİSİ

A. Ana Hatlarıyla Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi

Dworkin'e göre II. Dünya Savaşı sonrası sosyal, siyasal, ekonomi ve ticaret alanında yaşanan gelişmeler sonucunda, insanların sahip olduğu ahlaki değer ve ilkeler hukukun parçası olmasa dahi, hukuk alanında önem arz eder hale gelmiştir. Dolayısıyla pozitivizm yetersiz kalmıştır. Yargıçlar ve resmi makamlar da hukukun içinde genel ilkelere ve adalete yer veren müdahalelerde bulunarak yeni bir yöntem benimsemek zorunda kalmışlardır³. Dworkin için,

³ DWORKIN, Thirty Years On, s. 1677 – 1678.

ne kadar çağın gereklerine uygun olarak pozitivizm uyarlanmaya çalışılsa da 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 oluşturmuştur⁴. Bu doğrultuda, hukukun salt kurallar bütünü değil aynı zamanda ilkelerin de hukukta yer aldığını belirtmesi bakımından Dworkin'in düşünceleri önem taşımaktadır.

Dworkin, ilk önce hukuki pozitivizmin hukuku kurallar bütününden ibaret gördüğünü söylemektedir. Ayrıca bu kuralların hukuk içinde belirlenmesinde özel bir kriter uygulanmaktadır. Uygulanan kriter, kuralların içerikleri ya da herhangi bir ilkeyi dayanak olarak alıp almaması ile ilgili değildir⁵. Hart üzerinden pozitivizme eleştiri getiren Dworkin, şu saptamaları yapmaktadır: “Hart’a göre bir kural bağlayıcı olabilir (a) çünkü kabul edilmiştir (b) çünkü geçerlidir”⁶. Dworkin’in saptamasına göre pozitivizm açısından esas kriter; kuralların kimin tarafından çıkarıldığı veya kabul edildiği ile kuralın şekli özellikleridir⁷. Kuralın hukuki olarak geçerli olup olmadığı da bu ölçütlerle saptanmaktadır. Kısaca pozitivizm bir normun geçerliliği için formunu, tarihçesini ve kaynağını dikkate almaktadır⁸. Dworkin ise hukuk sistemi açısından hukuk ve ilkeler birliğine dayanan bir metodu benimsemektedir. Dworkin’in hukuk sisteminde, hukuk ve etik değer temelli ilkeler birliğinin birbirlerinden ayrılamayacak ölçüde iç içe geçmiş olduğu ve adaletin belirleyici bir rol oynadığı söylenebilir⁹. Dworkin’in hukuk teorisinin, hukuk ve etik birliğine önem vererek, bu birlikten doğan ilkeleri hukuku tamamlayan ilkeler olarak görmesi bağlamında pozitivizmden farklı olduğu açıkça görülmektedir¹⁰. 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

⁴ Aslında Dworkin’in eleştirisi pozitivizme yöneliktir. Ancak bir hedefe ihtiyacı varsa Hart’ın teorisini hedef olarak kullanacağını belirtmektedir. (DWORKIN, *The Model of Rules*, s.17.)

⁵ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 46.

⁶ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 44.

⁷ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 66.

⁸ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 40 – 41.

⁹ ÖZKÖK, Ronald Dworkin’de..., s. 103.

¹⁰ UYGUR, *Hukuki Pozitivizmin...*, s. 158.

alan ilkenin değerine bakılmalıdır. Yani Dworkin'e göre kanunlara itaat için ahlaki yükümlülükler uygun haklı gerekçenin kanunun temelinde bulunması gerekmektedir¹¹.

Dworkin, Hart'ın hukuk anlayışını "kurallar modeli ya da salt olgu yaklaşımı" olarak adlandırarak, bu görüşün hukuk kuramı oluşturmada başarısız olduğunu belirtmiş¹², böylece hukukun sadece formel mantığa dayanan yazılı hukuk kurallarıyla ilgili olmadığını, hukukun prensiplerle ve ilkelerle bir bütün olduğunu iddia etmiştir. Bu bağlamda hukuk kuramında genel olarak, pozitivizmin geçerlilik anlayışını eleştirmiş ve Hart'ın tanıma normunun da hukuksal geçerlilik ve hukukun tanımlanması için yetersiz olduğunu belirtmiştir¹³. Ahlakiliğin bu tanıma kuralı içinde yer alması ise, ahlakiliğin tartışmalı doğasının salt hukuk yöntemleriyle açıklanmasının zorluğundan ötürü mümkün değildir. Aynı şekilde farklı ağırlık ve önem boyutu bulunan ilkeler de pozitivizmin geçerlilik kriteri olan tanıma kuralında yer almaya elverişli değildirler¹⁴. 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 değildir¹⁵.

Dworkin'in öne sürdüğü, Hart'ın tanıma kuralının bu şekliyle pozitivizmle bağdaşmadığı iddiası dikkate değerdir. Tanıma kuralının amacı tam olarak hukukta belirsizliği yok etmek değildir. Tanıma kuralı, hukukta

¹¹ MURPHY, s. 775.

¹² DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 70 – 72.

¹³ AKTAŞ, *Hukuki Geçerlik...*, s. 75.

¹⁴ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s.68.

¹⁵ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 66 – 72.

Ancak pozitivistler hukukun kurallardan oluştuğu iddiasının pozitivistler için temel teşkil etmediğini belirtmektedirler. Buna göre, hukuki standartların sadece kurallardan ibaret olmadığını, ilkelerin de hukukun içinde belli ölçülerde yer aldığını vurgulamışlardır. 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 egemenin öne sürdüğü bir ilkenin de hukuki olarak bağlayıcı olabileceği görülmektedir. Ayrıntı için Bkz. 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. (UYGUR, *Hukuki Pozitivizmin...*, s. 146.)

belirliliği sağlamaya yardımcı olması için ortaya atılmıştır. Ancak doğası gereği tartışmalı ahlaki ilkelerin tanıma kuralı içinde yer alması –ki bu amacın bile gerçekleşebilmesi ilkelerin doğasından ötürü imkansızdır- bu amacı zedeleyecektir¹⁶. Ayrıca tanıma kuralı altında tanınmayan ilke ve etik değer de olabilir. Söz konusu ilkenin veya değerın 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 anlayıştaki hukuki pozitivizmde 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.

Dworkin için ilkelerin hukuken bağlayıcı olduğu düşünürün hukuk teorisi içerisinde görülmektedir¹⁷. 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 değildirlir; ahlaki ilkelerin hukuki olmasını sağlayan şey, adaletin gereklerine uygun olmalarıdır¹⁸. İkelere söz konusu özelliği ile geçerlilik şartı olarak tanıma kuralında yer verilirse, bu kural pozitivist anlamda tanıma kuralı olamaz¹⁹. Dworkin tanıma kuralının sadece hukuk kurallarını tanımlayabileceğini ancak prensipleri tanımlayamayacağını belirtmektedir. Yapı itibariyle karmaşık olan bir hukuksal prensibin olup olmadığını belirleyecek olan ise ahlaki değerlendirmelerdir²⁰. Yani Dworkin’in hukuk teorisinde, ahlak ve hukuk arasında zorunlu bir bağ bulunmaktadır. Ahlak kavramı ile kastedilen ise değer yargısına değil değere dayanan etik değerlendirmedir. Yani hukuk prensipleri etik değer ile hukuk kuralları arasında yer almaktadır. Bu bağlamda Dworkin, hukuk ve ahlak arasında kesin bir ayırım olduğu iddiasını reddetmekte ve ahlaki değerlendirmelerin, hukukun belirlenmesinin bir parçası olduğundan söz etmektedir²¹.

¹⁶ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 71.

¹⁷ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 54 – 55.

¹⁸ UYGUR, *Hukuki Pozitivizmin...*, s. 158.

¹⁹ UYGUR, *Hukuki Pozitivizmin...*, s.158.

²⁰ AKTAŞ, *Hukuki Geçerlik...*, s. 76.

²¹ Tabii hukuk kuramlarında da Dworkin’in hukuk teorisiyle benzer bir durum söz konusudur. Bu anlamda Dworkin’in hukuk anlayışının tabii hukuka daha yakın olduğu söylenebilir. Buna göre hukuk, ahlaki ilkelerle iç içe bulunarak adalet ve hakkaniyeti sağlamaktadır. Ayrıca 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”

Dworkin'e göre hukuk; kurallar ve ilkeler yanında politikadan da oluşmaktadır²². Bu sebeple yasama organı da karar alırken hukukun öncülü olarak kabul edilen ilkelerle beraber politikaları da dikkate 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. Hatta tersine Dworkin, yasamanın ilkelerin koruyucusu olması gerektiğini de belirtmiştir²³.

“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 bulunmalıdır²⁴. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bu yorumun ahlaki gereklilikleri de karşılaması gerekliliğidir. Dworkin bu noktada hukuk sisteminin bütünlük değerinden bahseder ve yargıçların hukuk sisteminde bütünlüğü sağlayacak yorumu ortaya koymalarının gerekliliğini vurgular²⁵.

Dworkin söz konusu yapıtında bütünlük ilkesi rehberliğinde yapılacak yorumda kullanılmak üzere adalet ve hakkaniyet tanımlarına da yer vermektedir. Dworkin'e göre adalet siyasal bir erdem, fazilettir. Adalet kavramı ile hayat bulan bu erdem bireylere; malların, fırsatların ve diğer kaynakların doğru dağıtımı ve sivil özgürlüklerin korunması için kanun

şeklinde tanımlamıştır (AQUINAS, *Summa Theologiae*, aktaran: BIX, *Doğal Hukuk...*, 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 (DEL VECCHIO, Giorgio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Çev. Sahir Erman, İ.Ü.H.F. Yayınları, İstanbul 1952, aktaran: UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 5.). Modern doğal hukukçulardan olan Lon L. Fuller de hukuk ile ahlakın kavramsal olarak ayırlamayacağını savunmaktadır. Lon L. Fuller ahlaki değer ve ilkeleri temel olarak alıp, zenginleştirilen bir hukuk kuramının pozitivist kurama göre daha üstün olacağını iddia etmektedir (BIX, *Doğal Hukuk...*, 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...*, s. 312 – 313).

²² ÖZKÖK, Ronald Dworkin'de..., s. 105. ; ÖZKÖK, *Hukuki Belirsizlik...*, s. 9.

²³ DWORKIN, Ronald *Freedom's Law*, Harvard University Press, Cambridge 1996, aktaran: ÖZKÖK, Ronald Dworkin'de..., s. 105.

²⁴ BIX, *Doğal Hukuk...*, s. 320 – 321.

²⁵ DWORKIN, *Law's Empire*, s. 225-227, 404 ; BIX, *Doğal Hukuk...*, s. 321.

koyucu ve diğer resmi makamlardan talepte bulunma hakkı vermektedir²⁶. Hakkaniyet ise siyasal yöntem ve usullerin belirlenmesi ile ilgilidir. Söz konusu husus; siyasal sistem içinde yer alacak görevlileri seçme ve söz konusu görevlilerin nasıl karar alacağı ile ilgili bir metot sorunudur²⁷. Dworkin, her ne kadar adaletin hakkaniyet kavramı olmadan hiçbir anlam taşımayacağını belirtse de; uygulamada adalet ve hakkaniyet zaman zaman çatışabilmektedir. Bu bağlamda hakkaniyete uygun olmayan kurumlar adaletli kararlar verebilecekleri gibi, hakkaniyete uygun kurumlardan adaletsiz kararlar da çıkabilmektedir²⁸. Şüphesiz Dworkin'in bu tespiti son derece isabetlidir. İşte bu tür durumlarda devreye hukukun bütünlüğü ilkesi girmektedir. Hukukun tutarlı bir bütün olarak uygulanabilmesi için gerekli olan ilke ve değerler hukukun içinde yer alıp, hukuk sistemi içinde her iki kavrama da aynı önemin verilmesi gerekmektedir.

B. Hukukun Öncülleri İlkeler: Nitelikleri, Kaynakları ve İşlevleri

Hukuk sisteminde hukuki ilkelerin yeri ile alakalı olarak Dworkin'in tanımı bize genel bir izlenim verebilir: "Hukuki ilkeleri, hukuk kurallarından farklı standart türleri olarak ayırdığımızda, çevremizin onlarla çevrili olduğunu fark ederiz"²⁹. 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. Ancak hukuk sisteminin içinde yer alan ilkelerin hukuk kurallarından farklı olduğu unutulmamalıdır. İlkeler ile hukuk kurallarının özellikleri farklılık arz etmektedir. Hukuk kuralları ilgili uyuşmazlığı çözmek için ya elverişlidir ya da değildir. İlkeler ise hukuk kurallarının zor davalarda çözüme ulaşamadığı durumlarda, yargıca yol gösteren fener niteliğindedir³⁰.

Yukarıdaki tanımdan da anlaşıldığı üzere Dworkin, ilkelere hukuk sisteminde özel bir önem vermiştir. Dworkin, hukukun kurallar, ilkeler ve politikalardan oluştuğunu öne sürdükten sonra, ilkelerin; adaletin ve hakkaniyetin gereği olarak hukuki haklar ve yükümlülükler konusunda tartışırken uygulanması gereken standartlar olarak karşımıza çıktığını

²⁶ DWORKIN, *Law's Empire*, s. 165.

²⁷ DWORKIN, *Law's Empire*, s. 164.

²⁸ DWORKIN, *Law's Empire*, s. 177-178.

²⁹ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 53.

³⁰ METİN, s. 67.

belirtmektedir³¹. Dworkin'in adalet anlayışında önemli bir konuma sahip olan hak kavramı bu noktada belirginleşmektedir³². Çünkü ilkeler, hakları tanımlayan kavramlar olarak gözükmektedirler³³. Bir ilke argümanı bir hakkın mevcut olup olmadığını belirler. Bunun sebebi Dworkin'in temel düşüncesinde, hukuki hakların, ahlaki hakların türleri olarak düşünülmesidir.

İlkelerin pozitivizmin geçerlilik kriterinde yer alamayacağını belirten Dworkin, ilkeleri mevcut hukuku en iyi biçimde haklı gösteren, açıklayan ve yol gösteren rehber olarak görmektedir. Bu bağlamda Dworkin'in "ideal hukuku, ahlaki değerden bağımsız olarak düşünülemez hukuk olarak ortaya koyduğunu" söylenebilir³⁴. Bu ahlaki değer ise en başta adalet ilkeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuki ilkeler bu özellikleri ile kurallar arasında dengeleme işlevini yerine getirmekte ve yargıç için yol gösterici bir rehber görevini üstlenmektedir. Şöyle ki geçerli bir hukuk kuralı bir uyumsuzluğa otomatik şekilde uygulanırken, ilkelere göre karar vermede ilkelerin önemine göre bir dengeleme yapılmakta ve bu dengeleme göz önüne alındıktan sonra ilke olaya uygulanmaktadır³⁵.

Dworkin ideal toplumun temelini de eşit ilgi ve saygı görmek ilkelerinde görmektedir³⁶. İdeal toplumunu eşit ilgi ve saygı ilkelerine dayandırarak kurarken Dworkin'in Kantçı özerklik ve kategorik imperatiften etkilediği öne sürülmektedir³⁷. Söz konusu ilkelere eşitlik ilkesi ile her vatandaş kendisi için en iyi olan yaşama sahip olma hakkına sahiptir. Bireylerin her birinin kendisi için en iyi yaşama sahip olabilmesi ise, bireysel hakların ön plana çıktığı liberal bir toplumda, toplumdaki her bireye eşit ilgi ve saygının gösterilmesi

³¹ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 46.

³² Dworkin adalet teorileri ile alakalı bir ayrıma gitmiştir (ayrıntılı bilgi için Bkz. DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, 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...*, 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.

³³ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 124.

³⁴ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 71.

³⁵ ÖZKÖK, Ronald Dworkin'de..., s. 98.

³⁶ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 71.

³⁷ MURPHY, s. 773.

ve vatandaşların güçlü bağlarla birlik içinde olmaları inancı çerçevesinde mümkün olacaktır³⁸. Bu inanç ise ilkeler sayesinde olmakta ve “vatandaşların toplumlarını temel ilkelerle bağlı ve daha iyi bir durumda kılmaya yönelik ortak bir projede yer alma”³⁹ 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 bilmektedirler⁴⁰. Bunun sonucunda ideal hukukta ilkeler, herkes tarafından kabul edilebilen bir nitelik kazanmaktadır. Bu sayede ilkelere sadece devletlerin değil, vatandaşların da uygun davranması gerekmektedir.

İlkelerin kaynağına gelirse Dworkin, hukuki ilkelerin hukuki bir kaynağa göre çıkarılmadığını belirtmektedir. Bireyler, adaletin, hakkaniyetin ve etik değerlerin gereği ilkelere uygun davranmaktadırlar⁴¹. Adalet ilkelerinin ortaya konulması ve ilkelere ulaşabilecek etik değerlerin bulunması ve yasanın temelindeki değere ulaşılabilmesi için Dworkin’in hukuk sisteminde Kantçı etik anlayışının izleri de görülmektedir⁴². Dolayısıyla Dworkin’in hukuk sisteminde, ahlak felsefesi hukukun ne olduğunun değerlendirmesini yapmada ve yargısal yorumlamada vazgeçilmez bir unsur olarak görülmektedir⁴³.

³⁸ METİN, s.73.

³⁹ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 72.

⁴⁰ LAGERSPETZ, s. 110.

⁴¹ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 67 – 68. ; UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 64.

⁴² MURPHY, s.783.

Kant’ın ahlak yasasını kurarken amacı, genel-geçer bir yasaya ulaşmaktır. Bu bağlamda Kant, ahlak yasasını apriori ilkeler ile kesinliği sağlamaya ve belli bir düzene koymaya çalışmaktadır (HEIMSOETH, s.125). Ayrıca Kant kişilerin özelliklerini göz önüne almadan bütün insanlardan buyurulanı yapmasını ister ki bu manada Kant’ın etik sisteminin ödeve dayandığı söylenebilir. Bu kategorik buyruktur. Bu buyruklar salt pratik aklın sentetik apriori yargılar halindeki yasalarıdır (HEIMSOETH, s.127). Kant bu şekilde adalet için bir kriter getirir. Bu genel-geçer kriteri tamamlayan ilke ise, insanı herhangi bir isteme için araç olarak değil, amaç olarak görmektir (KANT, s. 35). Kant için burada önemli olan eylem değil istemdir. Bir eylemin ahlaklı olup olmamasını, eylemin arkasındaki istemenin maksiminde görmektedir.

⁴³ Hukukun öncülü olarak ilkeleri öngören ve hukuk içinde ahlakiliğe özel bir önem veren tek düşünür Dworkin değildir. Dworkin’in kurduğu hukuk kuramından ayrıldığı noktalar olmakla beraber, Robert Alexy’nin ahlakilik tezinde de benzer özellikler göze çarpmaktadır. Alexy, hukuk ve ahlakilik arasındaki ilişkinin hangi boyutlarda olduğunu belirlemek için hukuk ve ahlakilik arasında zorunlu bir bağ olduğunu iddia eden tezin içinde bir ayırım yapma gerekliliğini belirtmiştir. Hukuk ve ahlakilik arasında zorunlu bir bağ olduğunu söyleyen zayıf versiyonun yanında, hukukun temelinde salt 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 (ALEXY, *The Argument From...*, s. 75.). Ancak Alexy’nin ahlakilik tezi sadece ilkelere hareket etmemekte, doğruluk tezine de yer vermektedir. Yani Alexy’nin

İlkelerin niteliklerini ve kaynaklarını açıklayan Dworkin'in hukuk teorisinde ilkelerin belki de en önemli işlevi hukukta belirliliği ve istikrarı sağlamada görülmektedir. Hukuki belirsizlik terimi “hukuki sorunların, hukuki uyumsuzlukların çözümü için doğru bir yanıt olmadığı ya da en azından tek bir doğru yanıtın olmadığı⁴⁴” görüşü çerçevesinde toplanabilir. Ancak “hukuki belirsizlik problemi”nin ne olduğu farklı akımlar tarafından farklı şekilde tanımlanmış⁴⁵ ve hukukun ne olduğu da sorgulanmaya başlamıştır. Hart, hukuk sisteminde belli bir ölçüye kadar hukuksal belirsizliği kabul etmektedir. Hart için belirsizlik durumu, hukukta öngörülebilir alanın bir kısmındadır. Asıl sorun ise hukuk sisteminin bu belirsizliğe ne ölçüde izin vereceği ile ilgilidir⁴⁶. Söz konusu sorunun çözümünü ise hukukta “açık metin” denilen ve dilin belirsizliğinden, açık uçluluğundan veya normlar arasındaki çelişkilerden doğan belirsiz bir alan olduğunu kabul ederek bulmuştur⁴⁷. Hart’a göre bu tip gölgeli alanlar içeren kuralların belirsiz oluşunun ise üç nedeni vardır. İlk neden dilin belirsiz olması, ikinci neden hukuk kurallarında yer alan ve içeriklerinin belirlenmesi zor olan makullük, hakkaniyet gibi kavramların hukuk sisteminde bulunması, üçüncü neden ise, Common Law sisteminin kendi doğasından kaynaklanmaktadır. 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

doğruluk ve ilke tezleri neticesinde ahlakilik tezi ortaya çıkmaktadır. Alexy için hukuktaki doğruluk talebi, ahlaki sorunlarla bağlantısından dolayı, ahlaki doğruluğa ilişkin bir talebi içermektedir (ALEXY, Robert, 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...*, s. 107.). 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. Dolayısıyla talebi yerine getirmeyen söz konusu normların veya kararların hukukilik niteliklerini kaybettikleri söylenemez. Ancak bu tip durumlarda söz konusu norm ya da kararların hatalı olmaları söz konusudur. Bununla beraber hukuki bakımdan hatalı olarak görülen norm veya kanun, eğer aşırı ölçüde adaletsizliğe yol açıyorsa, hukukilik nitelikleri o zaman tartışmaya açık hale gelecektir (ALEXY, *The Argument From...*, s. 47 – 48; ALEXY, *On The Structure...*, s. 298 – 301.).

⁴⁴ BIX, *A Dictionary of...*, s. 97.

⁴⁵ Hukukta belirsizlik kavramı ve Amerikan Realizm Akımı ve Eleştirel Hukuk Çalışmaları için Bkz. AKBAŞ, Kasım, *Hukukun Büyübozumu*, Legal Yayınları, İstanbul 2006; AKTAŞ, Sururi, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, Kazancı Yayınları, İstanbul 2006; GÜRKAN, Ülker, *Hukuk Realizm Akımı*, Sevinç Matbaası, Ankara 1967.

⁴⁶ HART, s. 250 – 251.

⁴⁷ HART, s. 128.

dayanmasının belirsizliğe yol açtığını belirtmiştir⁴⁸.

Dworkin hukuki uyumsuzluklarda 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 uyumsuzlukla ilgili ilkeleri doğru bir şekilde gözden geçirip uygulamasıyla belirliliğin sağlanabileceğini iddia etmekte⁴⁹, doğru hukuksal sonucun ilkeler yardımı ile bulunabileceğini söylemektedir⁵⁰. 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 sahiptir⁵¹. Böylece ilkelerin devreye girmesiyle hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik de sağlanmış olacaktır.

Dworkin bütünlük kavramından yola çıkarak ilkelerin hukuki belirsizlik durumunda yargıcın nasıl karar alması gerektiği konusuyla ilgili rolünü belirlemeye de çalışmıştır. Bütünlüğün anlamı Dworkin için "belirli ilkeye göre tutarlı davranma" anlamına gelmektedir⁵². Bu bağlamda hukukta bütünlüğün adalet, hakkaniyet ve ahlakilik ile belirlenmiş tutarlı ilkelere göre davranma gerekliliği olarak karşımıza çıktığı söylenebilir⁵³. Bu sayede hukukta belirsizlik olarak varsayılan hallerde; hukuk yargıcın ellerinde tutarlı bir uygulama pratiği kazanarak, benzer durumlarda benzer ilkelerin tutarlı uygulanmasıyla söz konusu belirsizlikler giderilerek, hukukta belirlilik

⁴⁸ Buna karşılık Hart da Dworkin'in teorisini eleştirmekte ve Dworkin'in teorisinin de belirsizlikten muaf olamayacağını ve birbirleriyle çelişen prensiplerin bulunabileceğini iddia etmektedir. (ALTMAN, Andrew *Critical Legal Studies (A Liberal Critique)*, Princeton University Press, 1993, s. 40. , aktaran: AKTAŞ, *Eleştirel Hukuk...*, s. 111.) Oysa birbirleriyle çelişen prensipler söz konusu olduğunda hangi prensibin o olayda daha fazla değer taşıdığına bakılarak bu sorun aşılabilmektedir. Böyle bir değerlendirme sonucu Hart'ın belirttiği belirsizlik sorunu ortadan kalkacaktır.

⁴⁹ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 52 – 53.

⁵⁰ 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.)

⁵¹ ALTMAN, Andrew *Critical Legal Studies (A Liberal Critique)*, Princeton University Press, 1993, s. 36. , aktaran: AKTAŞ, *Eleştirel Hukuk...*, s. 108.

⁵² UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 101.

⁵³ Bütünlük kavramının ayrıntısı için bknz. DWORKIN, *Law's Empire*, s. 164 – 177. ; UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 100 – 106.

sağlanacaktır⁵⁴. Böylece ilkeler hukukun amacına da yardım etmiş olacaktır ve kuralların yorumlanması konusunda tek sesle konuşulmasını sağlayacaklardır.

Tüm bu açıklamalar ışığında Dworkin'in hukuk kuramında hukukta belirliliği sağlayabilmek için yazılı kurallar ile ilkelerin uygulanma şekli şu şekilde gerçekleşmektedir: Kural, davayı çözümlenecekse ya da davaya katkıda bulunacaksa uygulanacak; aksi takdirde uygulanmayacaktır.⁵⁵ 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 vesile olmakta veya belirli bir sonuca ilişkin eğilime işaret etmektedirler”⁵⁶. Yani ilkeler bir kararın verilmesi sürecinde, takdir hakkının kullanılmasında veya dilinden dolayı anlaşılması güç olan kanunun yorumlanmasında yargıca yardımcı olmaktadır. 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 verebileceği de mümkündür. Böyle durumlarda yargıcın 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 çıkacaktır. Kısacası söz konusu durumlarda, belirleyici olan ilkelerin ağırlığı ve önemleridir⁵⁷.

⁵⁴ ALEXY, *On The Structure...*, s. 295 – 298.

⁵⁵ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 49.

⁵⁶ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 16. ; DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 50 – 51.

⁵⁷ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 17 ; ALEXY, *On the Structure...*, s. 296 – 297.

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 (ALEXY, *On the Structure...*, s.295.). Dolayısıyla ilkeler, en uygun emirler olma özellikleri sayesinde hukuki belirsizliklerin giderilmesinde son derece önemli bir rol üstlenmişlerdir. Keza aynı şekilde Prieto Sanchis de ilkelerin çift fonksiyonu olduğunu belirtmiştir. Buna göre ilkeler; hukuktaki boşlukları doldurma ve normların yorumlanmasına ilişkin şüpheleri giderme işlevlerini yerine getirmektedirler (JOAQUÍN, R. – MUNIZ, Toubes, *Legal Principles and Legal Theory, Ratio Juris*, vol.10, no.3, 1997, s. 269. , aktaran: UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 36). Böylece Sanchis, hukukta belirliliğin sağlanıp sürmesi için ilkelerin oynadığı role dikkat çekmiştir.

III. DWORKIN'İN HERKÜL YARGIÇLARI

Kanunda boşluk olması ya da “genel kamu düzeni” “kamu vicdanı” gibi belirsiz kavramların yer aldığı kanunlarda, hâkimin rolü son derece önemli bir görünüm kazanmaktadır. Hart, bu tip durumlarda yargıcın gerekli çözümü kurallar içinde bulamazsa takdir hakkını kullanması gerektiğini belirtmektedir. Hart söz konusu durumlarda, “açık metin” kavramından yola çıkarak yargıcın takdir yetkisini tanımıştır. Ancak Dworkin'e göre Hart'ın hukuk sisteminde belirsizliğe yer vererek, yargıcın kanunu yorumlaması ve yargıca takdir yetkisi tanınması bir çelişkiyi göstermektedir. Dworkin'in Hart'a itirazları tam bu noktada olmaktadır ve bu çelişkiye değinmektedir⁵⁸. Hukuki pozitivizmin hukuku kanunlarla sınırlamadaki en önemli sebebi, modern dünyadaki hukuk sistemi içerisinde belirliliği ve istikrarı sağlama çabasıdır. Oysa yargıcın zor davalarda takdir yetkisine dayanması, bu takdir yetkisinin de tam olarak hangi kriterlere uygun olarak uygulanacağını belirsiz olması ve pozitivizmin hiçbir şey söylemeyen takdir doktrini⁵⁹ hukukun öngörülebilirliğini zedeleyici bir durum yaratmaktadır⁶⁰. Bu yüzden yargıcın hukuki belirsizlik durumunda konumunu ve rolünü belirlerken yargıca 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 yargıcın konumunu belirlemek için farklı bir mantık yürütmek gerektiği şüphesizdir. Bu noktada ise karşımıza ilkeler çıkmaktadır. Dworkin, Hart'ın hukuk teorisindeki bu çelişkilerin giderilmesi için ya tanıma kuralının yargıcın hukuk yaratıcı takdir yetkisini içine alacak şekilde genişletilmesi gerektiğini ya da hukuku kurallardan ibaret görmeyip, ilkelerin de varlığını kabul etmek gerektiğini belirtmektedir⁶¹. Dworkin böylece kurallarla takdir yetkisini iki ayrı uç olarak görmekte ve bu iki ayrı uç arasındaki köprüyü ise ilkeler vasıtası ile kurmaktadır. Yargıçlar 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 çıkmaktadır⁶².

⁵⁸ Dworkin'in Hart'a getirdiği itirazların ayrıntısı için Bkz. DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 36-72

⁵⁹ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 72.

⁶⁰ Dworkin, *Hakları Ciddiye...*, s. 61 – 66.

⁶¹ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 70 – 72 , 117 – 118.

⁶² DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 46.

Bu tartışmaların ilkeler açısından çıkış noktasını ise Dworkin'in doğru cevap tezi oluşturmaktadır. Dworkin'in tezi, hangi dava olursa olsun, davayla ilgili bulunması gereken bir doğru cevabın olduğunu iddia etmektedir⁶³. Bu görev ise şüphesiz yargıçlara düşmektedir. Burada önemli olan hukuki pratikte, belirli bir hukuki argümanı desteklemek için zor davada doğru cevabın ne olduğunu göstermeye çalışmaktır⁶⁴. Söz konusu zor davalarda iyi eğitilmiş yargıçların önünde yazılı kuralın nasıl yorumlanması gerektiği ile ilgili birden çok seçenek olacaktır. Ancak Dworkin'e göre iyi eğitilmiş yargıçlar, kanunun yorumlanması veya takdir hakkının kullanılması yolu ile zor dava arasında ilkeler vasıtasıyla bir köprü oluşturarak doğru cevaba dava sonunda ulaşabileceklerdir⁶⁵.

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 gerekmektedir⁶⁶. Bu bağlamda yargıçlar, etik ilkelere de bağlı kalarak, yapabilecekleri en iyi şekilde hukukun yorumlayarak takdir haklarını da bu paralelde kullanacaklardır⁶⁷.

Bu bağlamda Dworkin, hukukun belirliliği ve bütünlüğü için gereken yorumlayıcı süreci açıklamada Yargıç Herkül örneğini kullanmıştır. Herkül, Dworkin'in örneğinde insanüstü yeteneklere ve kavrama yetisine sahip durumdadır. Herkül, uyuşmazlıklarla alakalı daha genel ve daha soyut düşünme biçimini getirerek uyuşmazlıklarda karar vermektedir. Böylece adaletin ve hakkaniyetin gerekliliklerini yerine getirebilecek, hakların temellerini daha iyi ortaya koyabileceklerdir⁶⁸. Böylece Dworkin hukuki akıl yürütmenin, ahlakiliğin ilkelerini de içeren ve geniş bir haklı gösterme alanı ile ilgili olduğunu ortaya koymaktadır⁶⁹. İşte gerçek yaşamda da yargıçlar; Herkül kadar üstün yeteneklere, bilgi ve kavrama yeteneklerine sahip olmasalar da, hayali Yargıç Herkül'ün yolundan gitmelidir. Yargıçlar önlerine gelen uyuşmazlıklarda değer yargılarından arınarak, soyut ahlaki ilkeleri

⁶³ DWORKIN, *Justice in Robes*, s. 41-42.

⁶⁴ DWORKIN, *Justice in Robes*, s. 42. ; UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 123.

⁶⁵ METİN, s. 48 ; MURPHY, s. 773-774.

⁶⁶ TÜRKBAG, s. 105.

⁶⁷ MURPHY, s. 777.

⁶⁸ DWORKIN, *Justice in Robes*, s. 54 – 55.

⁶⁹ DWORKIN, *Justice in Robes*, s. 56.

dikkate alarak ve belli yargıçlık erdemlerine sahip olmanın ışığında hukuka en iyi uyan ve uyumsuzlukla ilgili maddi gerçeğe en yakın argümanlardan yola çıkarak karar vermeleri gerekmektedir⁷⁰. Uyumsuzluklarda hakkaniyetin ve adaletin sağlanması için yargıçların izlemesi gereken yol budur.

İlkeler bu doğrultuda, yargıçlar değerlendirme yaparken ve uyumsuzluğu karara bağlarken, bir açıklama veya hukuku aydınlatma aracı olarak kullanılmalıdır⁷¹. Ancak diğer bir husus da, söz konusu ilkelerle ilgili bir sınırlama olup olmadığının belirlenmesi konusudur. Dworkin'in yorumlayıcı görüşü de bütün olarak hukuki yapı ile ilkeler arasında yorumlayıcı bir dengeyi araştırmaktadır⁷². Dworkin, yargıçların kanun koyucu sıfatına bürünmemesi için, belli bir sınırlama olması gerektiği düşüncesindedir. Bu bağlamda 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 tutmakta ve türlerini saptamaktadır⁷³. Dworkin bu incelemede öncelikle takdir hakkının hiçbir zaman tam olarak serbestliği ya da keyfiliği ifade etmek için kullanılmadığını vurgulamaktadır. O'na göre takdir hakkı sınırlı bir alanda söz konusu olmaktadır⁷⁴. Takdir kavramının türlerini ortaya koyan düşünür, takdirin üç türü olduğunu belirtmektedir. İlk zayıf takdir türünde, yargıca belli bir nitelik dâhilinde seçim yapması söylenmektedir. Standartlar ve prensipler mekanik biçimde uygulanamamaktadır. Yargıya varılması gereken durumlarda kişi, çevresi belli olan standartlar ve prensiplerle sınırlı bir şekilde takdir hakkını kullanmak zorundadır⁷⁵. İkinci tür takdirde ise, karar merciinin, o konudaki son merci olmasından ve olayın son merciinin önüne gelene dek olgunlaşmış biçimlenmesinden dolayı olayla ilgili kullanacağı bu takdir yetkisi de sınırlı olacaktır⁷⁶. Dworkin takdirin kullanılmasını bu iki türle sınırlamamıştır. Bu iki takdir türünden daha güçlü olan takdir yetkisinde ise, görevlinin söz konusu yetkiyi veren standartlarla bağlı olmadığı ve kişiye tam serbesti

⁷⁰ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 148; MURPHY, s. 774.

⁷¹ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 108.

⁷² DWORKIN, *Law's Empire*, s. 251.

⁷³ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 57 – 58.

⁷⁴ “Takdir hakkı tıpkı “donut” ın orta deliği gibi, sınırlamalar kuşağının orta açıklığında var olabilir.” DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 57.

⁷⁵ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 57.

⁷⁶ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s.57.

taniyan takdir yetkisi bulunmaktadır. Güçlü takdirde kişiden yine bir seçim yapması istenmektedir. Ancak kişi bu sefer belli prensiplerle ya da ilkelerle sınırlı değildir⁷⁷. Yani yargıç kuralları 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. Geniş takdir yetkisi hukuku aşan bir yetki olmakla beraber, kanunların geçmişe yürümezliği ilkesine de ters düşmektedir. Geniş takdir yetkisinde bir anlamda yargıç tarafından konulan bir kural söz konusu olduğu için yargının yasamanın görev ve yetkilerine göre hareket etmemesi sonucunu doğurmaktadır. Söz konusu durum ise kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu noktada şu şekilde bir ayırım yapılabilir: Yargıç kararını hukuka ve ilkelere dayandırır, kanun koyucu durumunda olmaz. Ancak kararında politikalara dayanır ve tam bir serbestiye sahip olursa kanun koyucu durumundadır. Bu da kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bir durum yaratır⁷⁸. Ayrıca yargıçların yeni bir kural yaratmaları halinde uyumsuzlukta kaybeden taraf, daha önce belirli olan bir kuralı ihlal ettiği için değil, uyumsuzluktan sonra yaratılan bir ödevi yerine getirmede için haksız bulunacak ya da cezalandırılacaktır⁷⁹. Bu da kuşkusuz ki hukukta belirsizliğe ve güvensizliğe yol açacaktır. Ancak bu demek değildir ki yargıçlar sadece yazılı kuralları ile bağlı olmalıydılar. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi Dworkin'in hukuk teorisine göre, yargıçlar mevcut hukuk kurallarının yanında hukuk ilkelerini dikkate alarak, ilkelerin rehberliğinde karar vermelidirler⁸⁰. Böylece Dworkin, yargıçların ödevi olan yazılı hukuku uygulamak ile hukuka uygun karar vermek arasında ortaya çıkan çatışmaların önüne geçilebileceğini belirtmekte ve salt yazılı kuralların uygulanmasıyla yargıcın belirsizlik karşısında takdir yetkisini kullanması ya da hukuk yaratması arasında ilkeler aracılığıyla bir denge sağlamaktadır.

⁷⁷ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s.58 – 59.

⁷⁸ Yasama organının koyduğu kuralların mı yoksa yargıçların 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 kaleisi olmasıdır. Bunun sebebi, genel anlamda ister alt mahkemelerin ister yüksek mahkemelerin varlıklarının ve işlevlerinin, hem siyasal iktidara yardımcı hem de hem de onu frenleyici bir öge olmasıdır (ÜNSAL, s.96-106).

⁷⁹ ÖZKÖK, “Hukuki Belirsizlik...”, s.10.

⁸⁰ AÇAR, s.168 – 169.

Dworkin kanunların sustuğu, kanunlarda anlamı belirsiz kavramların bulunduğu durumlarda yargıçların ilkeleri nasıl dengeleyebileceği ve hangi hakka üstünlük tanınması gerektiği konusunu da Riggs vs Palmer ile Heningsen vs Bloomfield Inc. davalarından⁸¹ 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 hiç kimsenin kendi hilesinden kazanç sağlamasına veya kendi suçu ile mal edinmesine izin verilemez ilkesinden hareketle Common Law’ın genel ve temel ilkelerine aykırıdır. 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 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 ilkesidir⁸².

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

⁸¹ Davaların ayrıntıları için Bkz. DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 47 – 48.

⁸² DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 48.

sebebi de bu ilkelerdir⁸³. 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 yargıçların 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 sözkonusu ilkeler yargıcın takdir yetkisinde ve hukukun yorumlanmasında rol oynayarak, hukukun tutarlı bir bütün olmasını sağlayacaktır⁸⁴.

Tüm bu incelemeler sonucu yargı pratiği ve yargıcın ödevi bakımından önemli hususun “doğru karar verme” olduğu ortaya konulmakta⁸⁵ ve uyumsuzluklarda 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.

IV. HUKUK SİSTEMİNDE YARGIÇLARIN ROLÜ AÇISINDAN ORTAYA ÇIKABİLECEK SORUNLAR

A. Yargıçların Keyfi Karar Vermesinin Önlenmesi

Günümüzde davalardan çıkan kararlara getirilen eleştiriler, yazılı kanunların hukuka uygun olmadığından çok, yargıçların baskılar sonucu ve

⁸³ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 63– 66.

⁸⁴ Dworkin'in hukuk teorisinde yargıçlara biçtiği role benzer bir rol Lawrence Solum'un erdeme dayalı hukuk teorisinde de görülmektedir. 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 yargıç ve erdemli karar oluşturmaktadır. Solum, erdem teorisi ışığında adil karar ile erdemler arasında bir ilişki olduğunu ortaya koymaya çalışmıştır. Temelindeki değerlere uygun şekilde ilkelerin hukukta uygulanarak belirliliği sağlayabilmesi için de önemli olan yargılama faaliyetlerinde bir takım erdemlere sahip olan yargıçların görevlendirilmesidir. Erdemli yargıç, zor davalarla karşılaştığında erdemli davranışı göstererek, adil sonucu bulabilecek ve böylece erdemlerin yardımı ile hukukta tutarlılık ve belirlilik sağlanabilecektir (UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 134). 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 yargıç adil ve tutarlı sonuçlara ulaşabilecektir. Yani yargıçların takdir hakkını ilkelerle bağlantılı şekilde kullanabilmesi için, dürüstlük, tokgözlülük, kendine hakimiyet, tarafsızlık ve bilgililik gibi erdemlere mutlaka sahip olmaları gerekmektedir (SOLUM, Lawrence B., *Virtue Jurisprudence: An Aretic Theory of Law, Draft, October 19, 2004*, s. 8 – 12. , aktaran: GÜRLER, s. 150 – 151).

⁸⁵ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 115 – 116.

girdiği ilişkilerden dolayı kendisine tanınan takdir hakkını ve yazılı kuralların yorumlanmasını hukuk ve adaletten uzak bir şekilde ele alması konularında yoğunlaşmaktadır⁸⁶. Bunun sonucunda da kamuoyunda kanunlardan çok yargıların alacağı kararlar için ciddi tereddütler ve endişeler yaşanmaktadır. Özetle yazılı normlarda belirsizlik bulunması durumunda yargıcın siyasi veya kişisel değer yargıları doğrultusunda 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. Bu bağlamda ilgili davayla alakalı doğru karar alınabilmesi için gerekli olan, yukarıda da belirttiğimiz gibi yargıların tutarlı ve ilkeye dayanan yorum yapmasıdır. Yargıcın 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 açacaktır⁸⁷.

Söz konusu şüphe ile tereddütlerin yargılama hukukundan arındırılmasını, yargılamanın tarafsızlığını, objektifliğini ve tutarlılığını sağlamak için yargıç, kişisel çıkar ve görüşlerine yani temel anlamda değer yargılarına dayanan bir nedene davada yer vermemelidir. Özetle yargıların, kanunun yorumlanmasında ya da takdir hakkının kullanılmasında görevleri gereğince belli nedenlere (dini, siyasi tutum, kişisel yargılar vb.) dayanmamaları gerekmektedir⁸⁸. Aksi durum ise hukuk sisteminin ehliyetizleşmesini ve siyasallaşma tehlikelerine yol açacaktır⁸⁹. Siyasallaşma ile kastedilen bir hukuk sisteminde yargıların siyasi görüşlerine göre seçilip atanmasıdır. Bu durumda hukuka bağlılık, dürüstlük ve bilgililik gibi erdemler önemini kaybetmekte ve yargıçlar devlet aklı ile karar vermektedirler⁹⁰.

⁸⁶ SANCAR, s. 193.

⁸⁷ SANCAR, s.182.

⁸⁸ DWORKIN, *Matter of...*, s.9-11.

⁸⁹ SOLUM, Lawrence B., *Virtue Jurisprudence: An Areatic Turn*, *Working Paper*, October 19, 2004, aktaran: GÜRLER, s. 147.

⁹⁰ 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, s. 188). Bu tip tutumlara daha çok totaliter veya otoriter rejimlerde rastlanılmaktadır. Yargıdan önce alınacak karar belli olmakla beraber; yargı kararı, düzenin

Yargıçların keyfi karar vermeyeceği ilkelere dayanan hukuk uygulaması bakımından Dworkin, “siyasi ilke – siyasi değer” ayrımını öne sürmektedir⁹¹. Buna göre siyasi ilkeler, içinde hukuki ilke ve etik değeri barındıran ve yargıçların karar alma süreçlerinde yargıçlara yardımcı olan adaletin ve hakkaniyetin sağlanması ve hukukta objektiflik ile belirliliğin sağlanması için uygulanan ilkelerdir⁹². Oysa siyasi değerler, değer yargılarından doğan, yargıçların kendilerine ait hayat görüşüne inancına ya da siyasi tutumlarına bağlı olarak ortaya çıkmaktadırlar. Bu yüzden yargıçlar karar verirken, hukukta objektifliği sağlamak için siyasi değere dayanmamalıdır. Siyasi ilkeler 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 kaybedecektir⁹³. Bunun için ilkelerin içeriği farklı kesimlerin talepleri veya gücü ile belirlenemez. Örnek olarak bir ülkede belli bir kesimin veya belli bir görüşün siyasi iktidarda üstünlüğü varsa, yargıcın zor davada uygulayacağı ilkenin içeriği söz konusu gücün talepleri doğrultusunda belirlenemez. Yargıçlar böylece ilkeye dayalı hukuki yorumlama ile bağımsız ve tarafsız olarak karar verebilecek ve hukukta adalete ve hakkaniyete dayanan, belirli bir sistem oluşturulmasına yardım edebileceklerdir⁹⁴.

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”

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 yargıç veya savcı adayı olarak seçilmiş ve staj süresince “devlet aklı” ile düşünür hale gelmiş yargıç veya savcı için artık siyasi otoritenin doğrudan emir vermesi gerekmemektedir. Artık bu şekilde yetişen ve görevini kısıtlayıcı şartlarda bağımsızlığı da olmadan sürdüren yargıç; alacağı kararlarda, siyasi emir almadan hukuku, hukukun içinde olması gereken insan haklarını ve bireylerin şahsi haklarını göz ardı ederek egemen ideolojiyi uygulayacaktır.

⁹¹ Bkz. DWORKIN, *Matter of...*, Oxford University Pres, 1985.

⁹² DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 46 ; DWORKIN, *Matter of...*, s.11.

⁹³ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 47.

⁹⁴ 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...*, s. 143.)

anlayışı, ikincisi ise “haklar” anlayışıdır⁹⁵. 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 bulunmaktadır⁹⁶. Adalet ideali ile hukuk devleti ideali birbirine karıştırılamaz. Haklar anlayışı ise, vatandaşların birbirlerine karşı ahlaki hak ve yükümlülükleri olduğu gibi, devlete karşı da siyasi hakları olduğunu ileri sürmektedir.⁹⁷ Bu bağlamda haklar anlayışı, siyasi hakların da uyuşmazlık durumunda devlet tarafından uygulanmasını talep etmektedir. Kısacası hukuk kuralları bireylerin ahlaki haklarını kapsar ve hayata geçirir⁹⁸. Haklara dayanan bir hukuk sisteminin benimsendiği böyle durumlarda, uyuşmazlığı çözen yargıç, zor davalarda siyasi ilkelerden yola çıkarak hareket edecektir. Tanınacak olan siyasi ilkelerle, bireylerin hakları korunacak, hukukta belirsizliğin önüne geçilebilecek ve yargıcın keyfi ve sınırsız bir şekilde takdir ve yorumlama yetkisini kullanması önlenecektir.

Dworkin ayrıca yargıçların keyfilikten uzak hukukta belirliliği sağlayan kararlar almaları için, yargıçların uyumlu kararlar vermeleri gerektiğini belirtmektedir. Yani yargıçlar benzer durumlarda benzer şekilde karar vermeli ve bu şekilde hukukta hem belirliliğin sağlanmasında hem de keyfilikğin önlenmesinde rol oynamaları gerekmektedir. Aksi şekilde yargıçlar, siyasi ilkelere göre değil, siyasi değerlere göre karar verecek olursa hukukta istikrarın ve belirliliğin sağlanamayacağı şüphesizdir. Bunun sebebi ise, söz konusu kararların benzer durumlarda benzer şekilde uygulanma şartını gerçekleştirememesi ve keyfilige 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 bulunmaktadır⁹⁹. Farklılıklar içermeyen ve kısa hikâyelere dönmeyen tutarlı bir roman için şart olan budur. Hukukta da her bir yargıç, zor davalarda aynı yolu izlemeli ve

⁹⁵ DWORKIN, *Matter of...*, s. 11.

⁹⁶ DWORKIN, *Matter of...*, s. 11 – 12.

⁹⁷ “Eğer yönetim hakları ciddiye almıyorsa, hukuku da ciddiye almıyor demektir.” (DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 248.)

⁹⁸ DWORKIN, *Matter of...*, s. 12 – 13.

⁹⁹ DWORKIN, *Law as...*, s. 541-542 ; DWORKIN, *Law's Empire*, s. 229-230.

zincirin halkalarını oluşturmalıdır. Yargıçlar, yargıda tutarlı ve bütünlük içinde bir sistemi sağlamak ve doğru kararı vermek için geçmişte verilen kararları incelemeli ve kararın değerini bulmaya çalışmalıdır¹⁰⁰. Kuşkusuz böyle bir karar alma mekanizmasında her yargıç yargı sistemi içinde kendinden önceki ve sonraki hakimlere karşı da sorumlu olacağından keyfilikten uzak kalmak zorunda olacaktır.

Yargıçlar, zincirin halkalarını oluştururken de Yargıç Herkül örneğini unutmamalı ve Herkül kadar üstün yeteneklere, bilgi ve kavrama yeteneklerine sahip olmasalar da, hayali Yargıç Herkül'ün yolundan gitmelidirler. Yargıçların 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 gerekmektedir¹⁰¹. Bu bağlamda Dworkin, yargıçların keyfilikten uzaklaşarak hukukun temelindeki ilkeler çerçevesinde hareket etmesini ve bu anlayışı desteklemeleri şartıyla felsefi doktrinlere de dikkat etmeleri gerektiğini belirtmiştir.

Dolayısıyla keyfilikten uzak, tutarlı ve hukuka uygun kararların alınması için yargıçlara yol gösterecek olan felsefedir. Hukuk bilimi bu noktada felsefeden yardım almalıdır. Çünkü insan değerlerinin neler olacağını tartışma ve belirleme işi öncelikle felsefenindir. Felsefe ve özellikle ahlak felsefesi, bu hususta hukukçuların ufkunu genişletmesi bakımından son derece önemlidir. Bu anlamda etik disiplininin içinde yer alan doğru değerlendirme kavramından yararlanılması zaruridir. Dolayısıyla insanı her zaman asıl olarak alan ve eylemin etik olarak nerde durduğunu belirleyecek değerlerin oluşturulabilmesi için kişinin, konumuz açısından yargıcın doğru değerlendirme yapabilmesi gerekmektedir. Yargıcın yargılama esnasında doğru değerlendirme yapabilmesi için, en başta kendi ego ve benliğine göre değerlendirme yapmaması gerekir. Bu tip bir değerlendirme değer atfetmedir¹⁰². Ayrıca yine yargıç değer yargılarına bağlı olarak bir değerlendirme içine girerse bunda da bir değerlendirme söz konusu olmaz. Bu tip değerlendirmeye de değer biçme denir¹⁰³. Bu tip ezbere olan değerlendirmeler dışında yargıçların bir başka değerlendirme olanağı daha vardır. Yukarıda belirttiğimiz gibi böyle bir değerlendirme ise doğru değerlendirmedir. Doğru değerlendirme yapabilmek için en başta kişinin eyleminin unsurlarını,

¹⁰⁰ DWORKIN, Law as..., s. 542-544 ; DWORKIN, Law's Empire, s.230-232.

¹⁰¹ UYGUR, Hukuk, Etik..., s. 148.

¹⁰² KUÇURADİ, İnsan ve Değerleri, s. 25 – 27.

¹⁰³ KUÇURADİ, İnsan ve Değerleri, s. 28 – 31.

yaşantısını ve eyleminin amacını anlamak gerekir. Bu ilk adımdan sonra ise eylemin benzerleri arasındaki yerinin irdelenmesi yapılmalıdır¹⁰⁴. Son adım olarak da bu gerçekleştirilen eylemin insanla da ilgisi kurulursa o eylemin değerliliği veya değersizliği anlaşılabilir. Doğru değerlendirme, hukuk uygulayıcıları özellikle de yargıçların hukuki belirsizlik durumunda rollerinin kapsamlarının ne olduğu, yetkilerinin kullanılması konusunda da son derece önemli bir noktadadır. Yargıç önüne gelen uyuşmazlıkta somut olay nedir, gelen bilgilerin doğruluğu nedir gibi hususlarla beraber delilleri inceleyecek (bilgilenme)¹⁰⁵, daha sonra yapılan davranışın yapılmaması gereken ile ilgisini kurup, yapılıp yapılmadığını veya eğer yapıldıysa hukuk ihlali olup olmadığını ortaya koyacaktır (yargılama)¹⁰⁶. Yargıç son olarak “yargıladığı durumu eylemiyle oluşturmuş kişinin suçlu olup olmadığını ya da haksız olup olmadığını” belirleyecektir (karar verme)¹⁰⁷. Bu noktada hangi norm en az değer harcıyor, o hukuk kuralını ilgili olayla ilişkilendirmelidir. Yargıcın bu şekilde yapacağı doğru değerlendirme ile uyuşmazlıkların giderilmesinde keyfilikten uzaklaşarak objektif bir karar alacağı görülmektedir. Bu noktada önemli olan bir diğer husus ise, yargıcın sadece kanuna göre verdiği kararda, somut olayın doğru değerlendirilmesinden söz edilemeyeceğidir. Bu şekilde verilen bir karar da değer yargılarından kurtulmuş objektif bir karardan çok subjektif niteliği daha ağır basan bir karar durumundadır¹⁰⁸.

Özetle; takdir hakkı, kanunların yorumlanması veya hukuk yaratma söz konusu olduğunda, yargıçların ilkelerde yer alan değer ile sınırlı oldukları ve bu yüzden istedikleri nedenlere dayanamayacakları söylenebilir. Özellikle yargıçların siyasi, dini veya hayat görüşü olarak değer yargılarına dayanması veya “devletin aklı” ile kararlar alması, uyuşmazlıkta karar verecek olan merciin, tarafsızlığını ve bağımsızlığını ortadan kaldıracağı gibi, hukukta belirliliğin sağlanmasında önemli rol oynayan ilkelerin işlevini yerine getirmesine de 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 doğru

¹⁰⁴ KUÇURADİ, *Etik*, s. 21 – 23.

¹⁰⁵ KUÇURADİ, *Etik*, s. 129.

¹⁰⁶ KUÇURADİ, *Etik*, s. 129 – 130.

¹⁰⁷ KUÇURADİ, *Etik*, s. 135.

¹⁰⁸ KUÇURADİ, *Etik*, s. 125 – 127.

değerlendirme yapabilen, etik değerle donatılmış ve her koşulda bu değere öncelik veren objektif yargıçların yetiştirilmesidir¹⁰⁹.

B. Adil Olmayan Kanun İle İlkelerin Çatışması Sorunu

Adil olmayan kanun ile ilkelerin çatışması durumunda yargıçların ödevinin ne olacağı ile ilgili sorun¹¹⁰, hakimlerin yazılı hukuktan ayrılıp ayrılmayacağı ile eğer yazılı hukuktan ayrılırsa da hangi ölçütlerle ahlakiliğe uygun davranacakları ile ilgili tartışılan bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

İlke temelli bir hukuk teorisi geliştiren Dworkin, kendi teorisi içinde 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 söylenebilir¹¹¹. 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 demektir¹¹². Bu bağlamda karşımıza çıkacak temel kavramlar insanlık onuru ve siyasal eşitlik kavramlarıdır¹¹³. 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 açıktır¹¹⁴.

¹⁰⁹ AŞÇIOĞLU, s. 19.

¹¹⁰ Antik Yunan döneminden beri haksız yasaların bulunması halinde hukuk uygulamasının nasıl olması gerektiği hukuk felsefesi tarihi boyunca tartışılmıştır. Örnek olarak Aristoteles öncelikle kanuna uygun olanın her zaman adaleti sağlamada yeterli olamayacağını vurgulayarak her konuda da kanun koyucunun düzenleme yapamayacağını belirtmektedir (ARİSTOTELES, 1130a / 20 – 30). Aristoteles söz konusu tespitine ek olarak, yasaların bazı durumlarda haksızlığa yol açabileceğini ve hukuka aykırı yasaların bulunabileceğini de belirtmiştir (ARİSTOTELES, 1137/b).

¹¹¹ DWORKIN, *Justice in Robes*, s. 18.

¹¹² DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 248.

¹¹³ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 241.

¹¹⁴ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 241.

Alexy de Dworkin’in iddialarına paralel bir yol izlemiştir ve kanunların hukuki niteliğini, asgari ahlaki gereklilikleri sağlayıp sağlamadığına göre değerlendirmiştir (ALEXY, *The Argument...*, s. 48). Böylece bu asgari ahlaki gerekliliği sağlayamayan kanun, Alexy’ye göre

Bu tür aşırı adaletsiz hukuk kurallarıyla karşılaşan yargıçlarla ilgili olarak ahlakiliğin gerekleri ne ise ona göre karar verilmesi argümanı ileri sürülebilir. Söz konusu argümana Dworkin'in bütünlük içinde de rastlanmaktadır. Dworkin'in bütünlük, yargıçlara, aşırı adaletsizliğe yol açacak bir kanunun bulunduğu ilgili davalarda, hem hukukun ne olduğu hem de yargıç olmanın sorumluluğu bağlamında, kararlarında ahlakiliğe bakmaları gerektiğini belirtmiştir¹¹⁵. Böylece bu tür davalarda Dworkin'e göre, yargıçların aşırı ölçüde adaletsiz kurallara başvurmamaları gerektiği söylenebilir. Bu noktada yargıçlara bir serbesti tanındığı görülmektedir. Yargıçlar bu tanınan serbesti ışığında, adil olmayan kurallardan kaçınabilmekte ve temel ahlakiliğin gereklerini yerine getirebilme adına söz konusu kuralları göz ardı edebilmektedirler.

Bu bağlamda adil olmayan kanunlar ile hukukun çatışması sorunu ile ilgili olarak Dworkin'in görüşleri ile Radbruch'un görüşleri arasındaki paralellik dikkat çekicidir. Radbruch, hukuk sisteminde başlıca hukukun iki fonksiyonu üzerinde durmuştur. Bunlardan ilki hukukun belirliliği ve düzeni sağlama fonksiyonu diğeri ise adaleti gerçekleştirme fonksiyonudur¹¹⁶. Radbruch için bu iki fonksiyon arasında devamlı bir çatışma hali söz konusudur. Özetle Radbruch'un sisteminde düzeni ve belirliliği sağlayacak pozitif kanunlar ile adalet kavramı arasındaki çatışma durumunun ele alındığı görülmektedir¹¹⁷. Radbruch bu iki fonksiyonun çatışması halinde hangisine öncelik verilmesi gerektiği ile ilgili olarak II. Dünya Savaşı öncesinde, adaletin belirsiz bir kavram olmasından ötürü tercihini hukukun düzeni sağlama fonksiyonundan yana yapmıştır. Ancak II. Dünya Savaşı sırasında yaşanan acılar ve insan haklarının açıkça ihlal edildiği uygulamalar sonucunda Radbruch'un görüşlerini değiştirdiği görülmektedir¹¹⁸. Buna göre

aşırı adaletsizlik içeren, adil olmayan bir kanun durumundadır. Keza Solum da söz konusu olan adil olmayan kanun ile ilkelerin çatışması sorununu incelemiş ve erdem teorisine dayanan hukuk kuramı doğrultusunda hukuk kurallarının hakkaniyete uyduğu uyumsuzluklar ile adalet ve hakkaniyete uymadığı durumlara da değinmiştir. Solum'a göre hukuk kurallarının öngördüğü sonuç adil ise, yargıç bu kuralları yargıçlık erdemi gereğince uygulamalıdır (SOLUM, Lawrence B., *Virtue Jurisprudence: A Virtue – Centred Theory of Judging, Metaphilosophy*, Vol. 34, 2003, s. 200, aktaran: UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 135). Aksi halde ise; yani hukuk kurallarının adil olmayan sonuca vardığı durumlarda yargıç, erdemli karara ulaşmak için adalet ve hakkaniyeti temel alarak kurallardan uzaklaşabilir (SOLUM, *Virtue Jurisprudence: A Virtue – Centred Theory of Judging*, s. 206, aktaran: UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 135). İdeal yargıç bu bağlamda her durumda adil ve doğru kararı verebilecektir.

¹¹⁵ DWORKIN, *Justice in Robes*, s. 21; UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 159.

¹¹⁶ İŞIKTAÇ, s. 305.

¹¹⁷ BIX, Robert Alexy..., s. 139.

¹¹⁸ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 109.

düzen ve adalet fonksiyonları arasında bir çatışma söz konusu olursa ve hukuk kuralının uygulanması açıkça adalete ve insan haklarına aykırı bir durum teşkil ediyorsa hukukun adalet sağlama fonksiyonuna öncelik tanımaktadır. Hukuk kuralı kişilerin temel hak ve hürriyetlerini durum ve şartlar ne olursa olsun ortadan kaldırmamalıdır. Yani Radbruch'a göre bir hukuk kuralından söz edilebilmesi için, o hukuk kuralının adalete ve insan haklarına uygun olması zorunlu olacaktır¹¹⁹. Dolayısıyla Dworkin'in adil olmayan kanun ile adalet ilkelerinin çatışması halinde izlediği yolun, Radbruch formülüne benzediği görülmektedir.

Dworkin, adil olmayan kanunlar karşısında yargıçların ilkelere dayanarak doğru hukuki kararı ortaya koymaya çalışmasını çoğulcu demokrasi düşüncesi ile de bağdaştırmaktadır¹²⁰. Dworkin, iki demokrasi anlayışı arasında ayırım yaparak hangi demokrasi anlayışında adil olmayan kanunlar söz konusu olduğunda, yargıcın ahlaki yargıda bulunabileceğini ortaya koymaktadır. Buna göre çoğunlukçu bir demokrasi anlayışında, çoğunlukçu demokrasinin özü itibarıyla yargıçların doğru karar vermek için adil olmayan kanunları yok saymaları demokratik sayılmayacaktır¹²¹. Çünkü çoğunlukçu demokraside demokrasi çoğunluğun yönetimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak eşitliğe dayanan, işbirliği yaparak dayanışma içinde toplumu oluşturan insanların birlikte hareket etmeleri ve kendilerini yönetmeleri olarak karşımıza çıkan demokrasi anlayışında, farklı bir durum söz konusudur. Bu tür bir demokrasi anlayışında, hakimlerin ahlaki ilkelerden yola çıkarak karar vermeleri demokrasi ile bağdaşmaktadır¹²². Dolayısıyla Dworkin, yargısal yorumlamanın çoğulcu demokrasi ile çelişmediğini söylemektedir. Bu tip durumlarda yargıcın rolü genişlemiş olsa da, yine de sınırlı bir nitelik arz etmektedir. Yargıçlar bu noktada genişlemiş yetkisini, haklar sistemine ve hukukun temelinde yer alan ilkelere uygun şekilde kullanacaktır.

V. SONUÇ

Tarih boyunca insan ilişkilerini düzenleyen hukuk; yazılı normlar, yargıçların aldığı kararlar ve hukukun içinde olması gereken ilkeler ile her zaman tartışma konusu olmuş ve adalet kavramının olup olmadığı –

¹¹⁹ İŞIKTAÇ, s. 305 – 306. ; UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 109 – 111. ; BIX, Robert Alexy,..., s.140-141.

¹²⁰ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 161.

¹²¹ DWORKIN, Ronald, The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve, *Fordham Law Review*, Vol. 65, 1997, s. 1263, aktaran: UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 161.

¹²² DWORKIN, The Arduous Virtue..., s. 1264, aktaran: UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 162.

varsa- adaletin nasıl sağlanabileceği ile adil kararın ne olduğu saptanmaya çalışılmıştır. Aristophanes'in "Eşek Arıları"¹²³ adlı eseri Atina dönemindeki adalet mekanizması ile dalga geçmekte ve yargıçların siyasi çıkarlar uğruna nasıl kullanıldığını göstermektedir. M.Ö. 422 yılında sahnelenen bu yapıttan günümüze kadar değişen pek bir şey olmadığı görülmektedir. Tüm bu tartışmalara karşın hukukun ne olması gerektiği veya ne olduğu tam olarak ortaya konulamamıştır. Özellikle kapitalist üretimin devamı ve verimliliği için sistemdeki her enstrüman gibi hukuk sisteminde de belirliliği ve istikrarı sağlayarak; bir anlamda maddi, 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 formel mantıktan hareket eden hukuki pozitivizm ön plana çıkmıştır. Özellikle klasik hukuki pozitivizmin ortaya çıkışı ile yargıçların ilkelere dayanmaları ve takdir haklarını kullanmaları da hukuk dışı görülmeye başlanmıştır. Söz konusu durumla ilgili en temel durum Fransız Devrimi sırasında yaşanmıştır. Fransız Devrimi, tabii hukuk temelli ilkeler ile temel hak ve özgürlüklere dayanmakla beraber devrim sonrası klasik pozitivizme yönelik çarpıcı şekilde görülmektedir. Devrim sonrası Fransa'da artık tabii hukukun tüm ilkeleri ile temel hak ve özgürlükler listesinin oluşturulduğuna dayanılarak, söz konusu ilkeler ile temel hak ve hürriyetlerin bu doğrultuda kanun koyucu tarafından yazılı olarak ortaya konduğu belirtilmiştir¹²⁴. Örnek olarak devrin önemli hukukçularından Troplong, yargıçların önlerine gelen uyuşmazlıklarda adalete göre yorum yaparak bu minvalde karar vermelerini son derece tehlikeli bulmuştur¹²⁵. Teoride ve uygulamada yaşanan tüm bu olaylar sonrasında ise, yargıçların takdir hakkının ötelendiği ve formel pozitif hukuk dışında evrensel ilkelerin varlığının hukuk dışına itildiği görülmektedir. Ancak yazılı kurallar ile 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 ilişkiyi veya somut durumu kanunun konusu haline getirmenin olanaksızlığını bize göstermektedir¹²⁶. Bu yüzden de söz konusu hukuk sistemi toplumun ihtiyaçlarına cevap veremediği gibi salt yazılı hukukun uygulanması da adaleti ve hakkaniyeti sağlayamamaktadır.

¹²³ ARISTOPHANES, *Eşek Arıları (Yargıçlar)*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, çev. Sabahattin Eyüboğlu, İstanbul 2000.

¹²⁴ IŞIKTAÇ, s.142.

¹²⁵ GAUDEMET, s.127.

¹²⁶ DİNÇKOL, s. 173.

Klasik pozitivistizmin getirdiği bu sert anlayışa karşın yaşanan iki dünya savaşı ve ekonomik buhranlar sonucunda değişen dünya ile birlikte modern dünyanın hukuk biliminde uyguladığı formel pozitif hukuk metodu sorgulanmaya başlanmıştır. Hukukta salt yazılı kuralların belirliliği sağlayamayacağı ve “kanunda boşluk olmaz” argümanının gerçeği yansıtmadığı özellikle hukuki belirsizlik kavramının öne sürülmesiyle pozitivistler tarafından da dikkate alınmıştır. Hart, bu bağlamda hukukta “açık metin” 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 savunulmasının zorluğuna dikkat çeken Hart, belli durumlarda yargıçlara daha etkin bir konum verilmesi gerektiğini öne sürerek, zor davalarda yargıçların takdir hakkını tanımıştır.

Hart'ın teorisine getirdiği eleştiriler temelinde teorisini kuran ve hukukun sadece kurallardan oluşmadığını söyleyen 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 ilkelere dayanan bir değer taşıması gerektiği şüphesizdir. Ancak ilkelerin hukukta belirliliği ve adaleti sağlama fonksiyonu daha çok kanunda boşluk durumunda yargıcın takdir hakkını kullanmasında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla yargıcın takdir hakkını ilkelere göre nasıl kullanacağı hukukta belirlilik açısından son derece önemlidir. Dworkin de ilkelerin daha çok takdir hakkında önem kazandığını belirtmektedir. Yargıçlar, 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 bürünmemelidir. Dolayısıyla yargıçlar, yaratıcı konumuna yani keyfiliğe ve serbestiye kaçmadan, bilgiye ve felsefi değerlendirmeye dayanarak takdir hakkını kullanmalıdırlar. Özetle yargıçlar, hukukun sustuğu ya da yazılı normların aşırı adaletsizliğe yol açabilecek durumlar yarattığı hallerde hukukta belirliliği ve tutarlılığı sağlamak için ilkelere bağlı bir takdir yetkisi kullanmalıdır. İlkelerin doğru uygulanabilmesi, hukukta belirliliği sağlama işlevlerini yerine getirebilmeleri ile adalet ve hakkaniyeti sağlamak için önemli hususlardan biri de yargıcın tarafsızlığıdır. Bu yüzden yargıçlara kapsamlı bir etik eğitimi verilmesi ve bu eğitim ışığında nasıl doğru değerlendirme yapmaları gerektiğinin öğretilmesi

son derece önemlidir. Bu şekilde yetişecek yargıçlar uyuşmazlığın içinde barındırdığı değeri ortaya koyabilecek ve uyuşmazlığa en uygun ilkeyi uygulayabilecektir. Böylece yargı kararları hukuk dışı faktörler tarafından belirlenmeyecek, aksine kanunun belirsizliği önleyemediği alanlarda hukuk ilkeleri söz sahibi olacaktır. Yargıçlar vasıtası ile ilkeler yazılı kanunları açıklayarak veya hukukta boşluk olan durumlarda yargıçlara yol göstererek hukukun uygulanmasında rol almalıdır. Yargıçlar tarafından doğru bir şekilde ortaya konan ilkeler böylece hukukta adaleti, belirliliği ve tutarlılığı sağlayacak bir faktör olarak göze çarpmaktadır. Dolayısıyla hukukta belirlilik ve adaletin sağlanması için yargıçların rolü büyük önem arz etmektedir. Her ne kadar yargıçların bu şekilde kullanacağı takdir hakkının keyfiliğe yol açacağı düşünülebilirse de ilke temelli bir hukuk teorisinde bu mümkün görünmemektedir. Yargıç, hem felsefi argümanlara dayandığı hem de ilke temelli bir değerlendirme yaptığı için keyfilikten uzaktadır ve aksine hukukta belirliliği ve tutarlılığı sağlayacak kararlar vermektedir.

Görüldüğü üzere başta hukukta tartışmalı davalar ile adil olmayan kanunlar söz konusu olduğunda çözüm yargıcın etik değer temelli ilkelere göre karar almasıdır. Şüphesiz ki bu şekilde alınacak kararlar zinciri, hem hukukun adaleti gerçekleştirme fonksiyonunu yerine getirecek hem de hukukun tutarlı ve belirli bir bütün olarak uygulanmasını sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

AÇAR, Halil Rahman, Etik Devlet Anlayışı Çözüm Olabilir Mi?, *HFSA 11*, İstanbul 2005, s. 167-170.

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

AKTAŞ, Sururi, Hukuki Geçerlik Sorunu, *HFSA*, S.11, İstanbul 2005, s. 63-79.

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

ALEXY, Robert, On The Structure of Legal Principles, *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 3, September 2000, s.294-304.

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

- ARİSTOPHANES, *Eşek Arıları (Yargıçlar)*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, çev. Sabahattin Eyuboğlu, İstanbul 2000.
- ARİSTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, Kebikeç Yayınları, Çev. Saffet Babür, Ankara 2005.
- AŞÇIOĞLU Çetin, Yargıç Etiğinin Önemi ve Eğitimi, *HFSA*, S. 16, İstanbul 2007, s.18-28.
- 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, s. 291-344.
- BIX, Brian H., Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory, *Rechtstheorie*, No.37, 2006, s.139-149.
- DİNÇKOL, Abdullah, Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet, *HFSA*, S. 9, İstanbul 2004, s.173-188.
- DWORKIN, Ronald, Model of Rules, *Yale Law School Legal Scholarship Series*, Paper 3609, 1967, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609, erişim 6 Aralık 2013, s. 14-46.
- DWORKIN, Ronald, Law as a Interpretation, *Texas Law Review*, Vol.60, 1982, s.527-550.
- DWORKIN, Ronald, *Matter of Principle*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1985.
- DWORKIN, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1986.
- DWORKIN, Ronald, Thirty Years On, *Harvard Law Review*, Vol. 115, 2001 - 2002, s. 1655-1688.
- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge 2006.
- DWORKİN, Ronald, *Hakları Ciddiye Almak*, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2007.
- GAUDEMET, Eugene, 1804'ten Beri Fransız Medeni Kanununun Fransa'da Yorumlanması, çev. Kemal Gürsoy, *AÜHFD*, C. 2, S. 2-3, 1944, s.125-155.
- GÜRKAN, Ülker, *Hukuki 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, s. 141-168.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Pres, Oxford 1997.
- HEIMSOETH, Heinz, *Immanuel Kant'ın Felsefesi*, Remzi Kitabevi 1986.
- İŞIKTAÇ, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, Filiz Kitabevi, 2.Baskı, İstanbul 2006.
- KANT Immanuel, *Pratik Aklın Eleştirisi*, çev. İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1994.
- KUÇURADI, İoanna, *İnsan ve Değerleri*, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2003.
- KUÇURADI İoanna, *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2006.
- LAGERSPETZ, Eerik, Ronald Dworkin on Communities and Obligations: A Critical Comment, *Ratio Juris*, Vol.12, No.1, March 1999, s.108-115.
- METİN, Sevtap, Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı, *İÜHF*, C.LXI, S.1-2, 2003, s.35-83.
- MURPHY, Cornelius F., Dworkin on Judicial Discretion: A Critical Analysis, *University of California Davis Law Review*, Vol.21, 1987 – 1988, s. 767-788.
- ÖZKÖK, Gülriz, Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar, *HFSA*, S. 5, İstanbul 2002, s. 98-106.
- ÖZKÖK, Gülriz, Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine, *A.Ü.H.F.D.*, C. 51, S. 2, 2002, s. 1-18.
- SANCAR, Mithat, *Devlet Akli Kısılcacında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul 2000.
- TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı*, Derin Yayınları, İstanbul 2003.
- UYGUR, Gülriz, Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü ?, *AÜHF*, C.53, S.2, Ankara 2003, s. 145-176.
- 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.