

HUKUKİ BELİRSİZLİK PROBLEMİ ÜZERİNE

*Yard. Doç. Dr. Gülriz ÖZKÖK**

Hukukun belirsiz olup olmadığı, bir yandan hukukun gerçekten var olup olmadığıyla ilgiliyken, diğer yandan da hukuk kuralları ile yargı kararları arasındaki ilişkiyle ilgilidir. Burada, günümüzde hukuk teorisi alanında sıklıkla tartışılan yönüyle, yani, hukuk kuralları ile yargı kararları arasında ilişki bulunup bulunmamasıyla ilgili hukukî belirsizlik üzerinde durulacaktır. Bu anlamdaki hukukî belirsizlik, kökenini *Gadamer*'de bulan bir ayırımı dayanılarak ortaya konulabilir. Bu ayırımında, hukukun belirsizliği, ilk olarak hukuk metninin belirsiz olmasına dayanırken, ikinci olarak hukuk normunun somut davalara uygulanması sırasında norma verilecek anlam çerçevesinde ortaya çıkabilmektedir¹. Belirtilen çerçevede hukukun belirsizliği problemi, hukukî yorumlamayla ilgili olduğu kadar, aşağıda değinilecek olan hukukî ödev ve hukuk devletinin niteliği ve gerekleri ile de yakından ilgilidir. Bunun dışında, problemin temelini, hukukun bütünüyle belirsiz olup olmadığı ve bu çerçevede, yargıcın sahip olduğu hukuk yaratma ve takdir yetkilerinin hukukî sınırlamaya tabi bulunup bulunmadığının oluşturduğu belirtilebilir.

Hukuk kuralları ile yargı kararları arasındaki ilişkide hukukî belirsizliğin anlamını daha açık bir şekilde ortaya koyabilmek için, *Lawrence Solum*'dan hareket edilerek, "somut hukukî uyuşmazlıkların sonucunu hukuk mu belirler" sorusu sorulabilir. *Solum*'a göre, bu soruya verilebilecek başlıca üç cevap bulunmaktadır. İlk cevap, hukuk kurallarının yargıçların kararlarını belirlediğine ilişkindir. İkinci cevap, hukuk kurallarının önemli bir rol oynadığını kabul etmekle beraber, yargıçların kararlarında başka etkenlerin de (tercihler, politika gibi) rol oynayabileceğini kabul etmektedir. Üçüncü cevap ise, hukuk kurallarının hiçbir etkiye sahip olmayıp, yargıçların istedikleri her kararı haklı gösterebileceğini ileri sürmektedir. Bu son cevap, hukukun belirsiz olduğu iddiasının bir

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Michael J. Perry, "Normative Indeterminacy and the Problem of Judicial Role", 1996, ostvgw2.epnet.com/ehost.asp?key=204.179.122.141_8000_1214702153&site=ehostreturn=y, (9.05.2002).

versiyonudur². Belirsizlik tartışması, bu yönüyle, hukukun yargısal kararları sınırlandırmadığıyla ilgilidir ki, bunun sonuçlarına aşağıda değinilecektir.

Hukukî kesinliğin olmadığı iddiasında bulunanlar, bilindiği gibi, “hukukî realistler”dir³. Dolayısıyla, bu anlamdaki hukukî belirsizlik problemi, hukuk teorisi alanında yeni bir problem değildir. Yeni olmamasına rağmen, bu problemle ilgili tartışmaların günümüzde yapılmasında, özellikle eleştirel hukuk teorisi alanında yapılan çalışmalar etkili olmuş ve söz konusu problemin çeşitli açılardan yeniden ele alınmasına yol açmıştır.

Gerçekte, hukukî girdiler grubunun hukukî çıktıları belirlememesi, oldukça güçlü bir iddiadır. Bu iddia karşısındaki en zayıf iddia ise, yukarıdaki soruya olumlu cevabı veren klasik formalistlerin iddiasıdır. Klasik formalizm, yani hukuk kurallarının hukukî sonuçları belirlediğini savunan görüş, günümüzde artık daha az kabul görür olmuştur. Esasen, hukuk metninin belirsizliğinden kaynaklanan veya somut davaya normu uygulama sırasında karşılaşılabilecek olan birden fazla cevap tezi, hukukun uygulanmasıyla ilgili yaşanan problemi ortaya koymaktadır. Bu anlamda, hukukun belirsizliğini göstermenin en kolay yolunu, *Mark Tushnet*'in verdiği çarpıcı örnekte görmek mümkündür: Yüksek mahkemelerin oy çokluğuyla verdikleri kararlar⁴. Bu tür kararlar, karşılaşılabilecek uyumsuzluklarla ilgili tek bir cevabın olmadığı iddiasını doğrular niteliktedir.

Öte yandan, yukarıdaki soruya hem olumlu hem olumsuz cevap veren düşünür olarak karşımıza bir hukukî pozitivist olan *Herbert Hart* çıkmaktadır. *Hart*, ahlak-hukuk ilişkisiyle ilgili olarak, mahkemelerin, olan hukuk yetersiz kaldığında olması gereken hukuka başvurmaları gerektiği iddiasını incelerken, ikili bir ayırım yapmaktadır. Bu ayırım, kurallar ile kararlar arasındaki ilişkiyle ilgili olup, *Hart* tarafından “standart davalar” ve “gölgeli alandaki problemler” şeklinde yapılmaktadır⁵. *Hart*, standart (veya kolay) davalar söz konusu olduğunda formalistlere katılmakta ve bu tür davalarda hukuk kurallarının hukukî sonuçları belirlediğini ileri sürmektedir. *Hart*'a göre, hukuk kurallarıyla doğrudan ilgili olan bu tür davalarda,

² Lawrence B. Solum, “Indeterminacy”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, (Ed. Dennis Patterson), Blackwell, Oxford 2000, s. 488.

³ Hukukî realizm konusunda bkz.: Ülker Gürkan, *Hukukî Realizm Akımı*, A.Ü.H.F. Yayını, Ankara 1967; Ahmet Ulvi Türkbağ, “Amerikan Hukukî Realizm Akımı”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi* (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), No.4., İstanbul Barosu Yayını, İstanbul Şubat 2002, s.105-114.

⁴ Mark V. Tushnet, “Defending the Indeterminacy Thesis”, *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, (Ed. Brian Bix), Clarendon Press, Oxford 1998, s.225.

⁵ H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1993, s.64.

yargıçlar takdir yetkisini de kullanamayacaklardır⁶. Diğer taraftan *Hart*, her hukuk sisteminde, geniş ve önemli alanlarda yargıçların takdir yetkisini kullanacaklarını belirtmektedir. *Hart*'a göre, bu tür alanlarda belirsizlik söz konusudur. Hukuk kurallarıyla ilgili belirsizlik, ya kullanılan dilin belirsiz olmasından, ya da hukuk kurallarında yer verilen makullük, hakkaniyet gibi genel standartlardan kaynaklanmaktadır⁷. *Hart*, dilin kendisinden kaynaklanan belirsizliğe örnek olarak, "parka taşıt giremez" kuralını vermektedir. Buradaki taşıt kelimesinin belirlenmiş bir anlamı bulunduğu kadar, şüpheli olan bir anlamı da bulunmaktadır. Zira, arabaların ve otobüslerin taşıt kelimesinin kapsamına girdiği konusunda bir mutabakat bulunmasına karşılık, bisikletlerin "taşıt" olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği şüphelidir⁸. Bu tür davalarda yargıç, mevcut şartlar altında en iyi çözüme ilişkin bir seçim yapmak ve takdir yetkisini kullanmak durumundadır⁹.

Hart, gölgeli alandaki problemlerin tüm hukuk kurallarına ilişkin olduğu durumda, formalist tümdengelimci akıl yürütmenin geçerli olamayacağını belirtmektedir. *Hart*'a göre, bu durumda yargıçların yapması gerekene ilişkin bir model olarak tümdengelimci akıl yürütme kullanılamaz. Çünkü bu modelde, yargıcın genel kurallar ile davaları ilişkilendirmesi gerekmektedir; gölgeli problemler alanında ise tümdengelim tek başına yeterli değildir¹⁰. *Hart*, mahkemeleri mantığa aşırı bağlı olarak değerlendirmenin, formalizmin temel hatasını oluşturduğunu belirtmektedir. Bu hata da, hukukî terimlere ilişkin sosyal değerlere ve sonuçlara kapalı bir yorumun kabul edilmesini sağlamak amacıyla yapılmaktadır¹¹. Ancak *Hart*, bu amaç için mantığın kullanılmasının uygun olmadığı kanısındadır. Zira, *Hart*'a göre mantık, hiçbir zaman bir terimin anlamını ortaya koymaz. Mantık, sadece, varsayımsal olarak bir terimin belirli bir şekilde yorumlanması halinde, belirli bir sonucun doğacağını öngörür¹².

Yaptığı standart davalar-gölgeli alandaki problemler veya kolay davalar-zor davalar şeklindeki ayırım, *Hart*'ın, kural formalizmi ile kural şüpheciligi arasında ortalama bir yol izlediğini göstermektedir. Ancak, *Hart*'ın görüşünden yola çıkılarak, kolay davayı zor davadan ayırt etmenin

⁶ George P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, New York 1996, s.56.

⁷ M.D.A. Freeman, *Introduction to Jurisprudence*, Sweet-Maxwell, London 1994, s.1269. *Hart*'a göre üçüncü bir belirsizlik ise, Common Law hukuk sisteminde, içtihatlarla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır (Freeman, a.g.e., s.1270).

⁸ Hart, a.g.e., s.64.

⁹ Fletcher, a.g.e., s.48.

¹⁰ Hart, a.g.e., s.64.

¹¹ Hart, a.g.e., s.66.

¹² Hart, a.g.e., s.67.

mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Örneğin, *Hart*'ın görüşüne karşı çıkanlar, hiçbir davanın kolay dava olmadığını ileri sürmektedirler. Bu doğrultuda bir görüşü savunan *George Fletcher*, yargıçların kolay veya normal davalarda takdir yetkisini kullanmamalarının veya bir seçim yapmamalarının anlamını sorgulamaktadır. *Fletcher*'a göre, yargıçlar, ölerine gelen uyuşmazlığa uygulayacakları kuralla ilgili şartların mevcut olup olmadığını değerlendirirler. Örneğin, hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getiren şartlar varsa, ilgili kuralı uygulamazlar. Bu tür şartların olup olmadığına ilişkin karar verme süreci, bir seçim veya takdir yetkisi olarak görülebilecek, yargıda bulunma ve değerlendirme hareketini gerekli kılar. *Fletcher*'a göre, *Hart*'ın göz önünde bulundurduğu, istisnai şartların olmadığı normal davadır. Bu tür davada, kural sıradan bir şekilde uygulanmakta ve tündengelimci şekilde tek bir sonuca götürmektedir. Ancak davayı normal ve normal dışı olarak sınıflandırmak da, bir değer seçiminde bulunmayı gerektirir. Böylelikle seçimin ve takdir yetkisinin rolü, en basit ve en sıradan davada bile tümüyle ortadan kaldırılamamaktadır¹³. Diğer bir ifadeyle *Fletcher*, bir durumu "normal" olarak algılamının da bir yargıda bulunmayı gerektirdiğini ve sıradan bir davaya bakan yargıcın da yargıda bulunduğunu belirtmektedir. Bu durumda, yargıcın takdir yetkisini kullanma ve seçim yapma yetkilerine sahip olup olmadığına ilişkin olarak, kolay davayı zor davadan ayırmak mümkün değildir. Ancak, kolay davalarda yargıcın kullandığı takdir yetkisinin, zor davalara oranla, daha basit bir nitelikte olduğu belirtilebilir¹⁴.

Fletcher'ın görüşlerinde haklılık payı bulunmaktadır. Gerçekten her yargılama faaliyeti değerlendirmede bulunmayı ve bununla ilgili olarak, en azından seçimde bulunmayı gerektirir¹⁵. Bu nedenle, yargıçların takdir yetkisine ve seçimde bulunma yetkisine sahip olup olmamaları anlamında, kolay davayı zor davadan ayırt etmek oldukça güç görünmektedir. Öte yandan, kolay davayı bir başka şekilde tanımlamak da mümkündür. Bu tür bir tanım, zor dava tanımından yola çıkılarak yapılabilir. Zor davaları, genel olarak, o davaya uygulanacak kuralın belirsiz olduğu, hukukî materyallerin tek bir doğru sonuca götürmediği davalar şeklinde tanımlamak mümkündür. Bu doğrultuda, *Hart*'ın yukarıda değinilen görüşlerine paralel olarak, bir davanın kolay olmasını sağlayan şeyin, o davaya uygulanacak hukuk kuralının anlamının açık olması olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle, bir davaya uygulanacak hukuk kuralı belirsiz terimler içermiyorsa, o dava kolay dava şeklinde adlandırılabilir. "Kırmızı ışıkta geçmek suçtur" kuralı, buna

¹³ Fletcher, a.g.e., s.57.

¹⁴ Fletcher, a.g.e., s.58.

¹⁵ Örneğin, somut olaya uygun hukuk kuralını bulma konusunda da, yargıçlar takdir yetkisine sahiptir. Bu anlamdaki takdir yetkisinin ise, her türlü davada bulunduğu açıktır.

bir örnek oluşturabilir. *Solum*'un da belirttiği gibi, kırmızı ışığın anlamı, herkes için bir ve aynıdır¹⁶.

Diğer taraftan, zor dava, hukukun en iyi ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin birden fazla argümanın olduğu dava olarak tanımlanabilir. Benzer şekilde kolay dava ise, hukukun en iyi ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin herhangi bir şüphenin bulunmadığı dava olarak ortaya konulabilir¹⁷.

Kolay davaların önemi, hukukun bütünüyle belirsiz olduğunu ileri süren görüşlere karşı, bir argüman olarak ileri sürülebilmelerinden kaynaklanmaktadır. Zor davalar ise, hukukun belirsiz olduğunu ileri sürenlerin görüşlerini destekler niteliktedir. Zor davaların kolay davalardan ayırt edilmesinde, yargıcın takdir yetkisine sahip olup olmamasının yeterli bir kriter oluşturmadığına yukarıda işaret edilmişti. Öte yandan, zor davaların önemli bir özelliği, yargıcın bu tür davalarda takdir yetkisine sahip olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, zor davalarla ilgili takdir yetkisi, hukukî belirsizlik durumunda yargıcın karar verme sürecini açıklamak için kullanılmaktadır¹⁸. Bu çerçevede, zor davalara ilişkin olarak, takdir yetkisinin hangi anlamda kullanıldığını belirlemek önem taşımaktadır. Bu tür bir belirleme yapılırken, *Ronald Dworkin*'in görüşlerine başvurmak uygun görünmektedir.

Dworkin, takdir yetkisinin dar ve geniş anlamları arasında ayırım yapmaktadır. *Dworkin*'e göre, dar anlamdaki takdir yetkisinin de iki farklı anlamı bulunmaktadır. Dar anlamdaki takdir yetkisinin birinci anlamı, bir yetkilinin uygulayacağı standartların otomatik olarak uygulanamaması, dolayısıyla, bir yargıda bulunmayı gerektirmesiyle ilgilidir. Bu tür bir durum, hukuk metninin belirsiz terimler içermesi halinde söz konusudur¹⁹. Örneğin, "hakkaniyete uygun tazminat" standardı bir hukuk kuralında yer alıyorsa, yargıç otomatik olarak o hukuk kuralını uygulayamaz. "Hakkaniyete uygun tazminat"ı yargıcın kendisinin belirlemesi, bir yargıda bulunması gerekmektedir. Dar anlamdaki takdir yetkisinin ikinci anlamı ise, kararları başka bir üstün otorite tarafından denetlenemeyen, nihai karar alma yetkisine sahip kişi veya organların karar alma yetkisiyle ilgili olarak kullanılmaktadır²⁰. Örneğin, "yargıçların hukukun nihai uygulayıcıları olmalarından dolayı, belirli bir kural olduğunda bile, daima takdir yetkisine

¹⁶ *Solum*, a.g.e., s.494.

¹⁷ *Freeman*, a.g.e., s.1271.

¹⁸ *Fletcher*, a.g.e., s.52.

¹⁹ R.M. *Dworkin*, "Is Law a System of Rules", *The Philosophy of Law*, (ed. R.M. *Dworkin*), Oxford University Press, Oxford 1977, s.52.

²⁰ *Dworkin* 1977, s.53.

sahip olduklarını" ileri süren yaklaşım, dar anlamdaki takdir yetkisinin ikinci anlamını kullanmaktadır. Zira bu durumda nihai karar alıcıların, örneğin yüksek mahkemelerin, kararlarını denetleyen başka bir makam yoktur²¹. Geniş anlamda takdir yetkisi ise, bir sorunla ilgili olarak, karar alıcının standartlarla bağlı olmaması anlamında kullanılmaktadır²². Bu anlamdaki takdir yetkisi, kurallar olmadığında, yargıçların hiçbir hukukî materyale bağlı olmayacağı anlamındadır. Bir başka deyişle, kurallar dışındaki diğer standartlar, yargıçları bağlayıcı olarak görülmemektedir²³.

Hukukun belirsizliği iddiasında bulunanlar, genellikle, takdir yetkisinin belirtilen anlamlarının tümünü, belirsizlik iddiasını destekler nitelikte olduğunu ileri sürmektedirler. Zor davalarla ilgili olarak da bu tür yetkilerin, yargıcın istediği gibi karar vermesine yol açacağını belirtmektedirler. Örneğin, bu doğrultuda bir iddiada bulunan *Tushnet*, yargıcın istediği gibi karar vermesinin de, kendi tercihlerini hukuk haline dönüştürmesi anlamına geldiğini ifade etmektedir²⁴. Böyle bir iddia ise, yargıçların kararlarını kendi görüşlerine (dinsel, siyasi, ahlaki vb.) göre verdiklerini de kabul etmeye yol açmaktadır. Bu tür bir kabul ise, ilk olarak hukukun hukuk dışı faktörler tarafından belirlenmesinin kabulü anlamına gelir. Ancak burada söz konusu olan şey, bizi hukuk düşüncesinin hukuk dışı faktörler tarafından belirlenip belirlenmediğiyle ilgili değildir. Buradaki daha farklı nitelikteki problem, yargı kararlarının hukuk dışı faktörler tarafından belirlenmesiyle ilgilidir.

İkinci olarak bu tür bir kabul, hukukî ödev ve hukuk devleti açısından da problemler ortaya çıkarmaktadır. Bilindiği gibi, yargıçların başlıca hukukî ödevi hukuku uygulamaktır. Öte yandan yargıçların diğer bir hukukî ödevi, önlerine gelen somut uyuşmazlığa bir çözüm bulmaktır. Bu iki ödev birbiriyle çatışabilir mi? Yargıçların kararlarında hukuk sınırlandırıcı olarak kabul edilmezse, bu tür bir çatışma söz konusu olabilecektir. Ayrıca hukuku sırf kurallar bütünü olarak tanımlayıp, ardından da hukukun belirsiz olduğuna ilişkin iddialar kabul edildiğinde de, bu tür bir çatışma tekrar karşımıza çıkabilecektir. Bunun dışında hukuk düşüncesinden anlaşılan şeye göre bu tür bir çatışmayı giderme yolları da bulunmaktadır ki, bunun üzerinde aşağıda *Dworkin*'in görüşleri incelenirken durulacaktır.

²¹ Dworkin 1977, s.54.

²² Dworkin 1977, s.53.

²³ Dworkin 1977, s.55. *Dworkin*'e göre geniş anlamda takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumda, bu şekilde yetkiyi kullananların kararlarına uymak zorunluluğu olsa bile, örneğin Yüksek Mahkemelerin kararları gibi, yine de bu kararlar eleştiriye açıktır. Zira bu durumda bile, mahkemeler, belirli standartlara göre karar vermektedirler. Dolayısıyla mahkemelerin kararları, bu standartlar çerçevesinde eleştirilebilir (Dworkin 1977: 54)

²⁴ Tushnet, a.g.e., s.233.

Yargıçların istedikleri her kararı haklı gösterebilecekleri iddiasının, özellikle liberal hukuk devleti ideali açısından ortaya çıkarabileceği sakıncaları ise birkaç şekilde belirtmek mümkündür. En başta bu ideal, keyfi kararların verilmesini yasaklamakta ve benzer durumlarda benzer davranılmasını gerektirmektedir. *Solum*'a göre hukuk devleti karışık bir düşünce olmasına rağmen belirsizlik tezinin kabul edildiği durumda, hukuk adaleti en azından üç şekilde hukuk devleti idealinin dışında kalmaktadır: 1. Yargıçlar keyfi karar vereceklerdir. Zira radikal olarak belirsiz hukuk, onları sınırlandıramaz²⁵. 2. Kurallar kamusal olmayacaktır; yani, kamusallaştırılan belirsiz hukuk, yargısal kararın gerçek temeli olmayacaktır. 3. Benzer durumlarda benzer davranılmasının hiçbir temeli kalmayacaktır; çünkü hukuk radikal olarak belirsizse, hukukî düzenlilik düşüncesi boş olacaktır²⁶. Bunun dışında yargıçların istedikleri her kararı haklı gösterebilecekleri iddiasının, hukuk devletinin diğer bir gereği olan hukukî öngörülebilirlikle bağdaşmadığı da iddia edilebilir. Hukukî öngörülebilirlik, bireylerin hukukun gerektirdiği şeyi önceden bilmelerini ve buna göre davranışlarını düzenlemelerini sağlar. Hukuk kurallarının bütünüyle belirsiz olduğu kabul edildiğinde, hukukî öngörülebilirlikten de söz edilemeyeceği açıktır. Zira hukuk kuralları belirsizse, bu durumda toplumda yaşayan insanların davranış standartları olarak hukuk kurallarını önceden bilemeyecekleri ileri sürülebilir. Örneğin bir kişinin yaptığı eylemle ilgili hukuk kuralı belirsizse, o kişi ne şekilde davranmasının güvenli olacağını önceden tahmin edemez.

Hukukun belirsizliğiyle ve özellikle hukuk devleti değerlendirmeleriyle ilgili olarak, hukukun metafizik belirsizliği ile epistemolojik belirsizliği arasında ayırım yapmak önem taşımaktadır. Bu ayırımı yapan *Ken Kress*'e göre, metafizik belirsizlik hukukun var olup olmadığına ilişkin iken, epistemolojik belirsizlik hukukun bilinip bilinemeyeceğine ilişkindir²⁷. Örneğin hukukun görevlilerden ve vatandaşlardan belirli bir şekilde davranmalarını gerektirdiği durumda, metafizik olarak belirli olduğu söylenir. Ancak, hukukun gerektirdiği şeyin anlaşılabilir olması mümkündür. Bu durumda ise hukukun epistemolojik olarak belirsiz olduğu ileri sürülür. Hukuk devleti değerlendirmeleri açısından, hukukun epistemolojik olarak belirliliği önemlidir. Zira bu değerlendirmeler açısından önemli olan, vatandaşların hukukun gerekleri hakkında bilgi sahibi

²⁵ Keyfilik ve belirsizlik birbiriyle ilişkili olmasına rağmen, birbirlerinden farkını da göz önünde tutmak gerekmektedir. Zira, hukukun tamamıyla belirli olduğu durumlarda da, yargıçların keyfi karar vermeleri olasılığı her zaman mümkündür (Jules L. Coleman, "Second Thoughts and Other First Impressions", *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* (Ed. Brian Bix, Clarendon Press), Oxford, 1998, s.289).

²⁶ *Solum*, a.g.e., s.489.

²⁷ Ken Kress, "A Preface to Epistemological Indeterminacy". 1990-1991, <http://heinonline.org/Heinonline/nav.html?handle=hein.journals/illlr85&id=152&size=4> (9.052002).

olmalarıdır. Kural olarak bütün davalara ilişkin doğru cevaplar olabilir; ancak sıradan vatandaşların bunlarla ilgili bilgiyi elde etmeleri mümkün olmalıdır²⁸.

Bu çerçevede hukukun epistemolojik belirsizliğinin, hukuk devletinin bir gereği olan hukukî öngörülebilirlikle ilişkili olduğu belirtilebilir²⁹. Öte yandan, belirli bir anlamdaki hukukî öngörülebilirlik, zorunlu olarak hukuk devletiyle ilişkili olmayabilir. Bu noktayı *Solum*'un verdiği örnekten yola çıkarak açıklamak mümkündür. Bu örneğe göre, kararlarını keyfi bir şekilde veren bir yargıç önceden bilinebilir; yani, avukatlar ve taraflar yargıcın eğilimlerine göre karar verdiğini ve bu eğilimlerin neler olduğunu bilebilir³⁰. Bu durumda öngörülebilirliğin sağlandığı iddia edilebilirse de, hukuk devletinin yukarıda belirtilen temel gereklerine aykırılık söz konusudur. Bir başka ifadeyle, bu durumda keyfi karar verilmemesine ve kuralların kamusal olmasına bir aykırılık ortaya çıkmaktadır. Kuralların kamusal olmasına aykırılık, yargıcın vereceği kararın, sırf ilgililer tarafından önceden bilinmesi ve kamu tarafından doğru davranış standardı olarak belirlenememesiyle ilgilidir³¹. Bunun dışında hukukî öngörülebilirliğin, benzer durumlarda benzer davranma ilkesiyle de her zaman bağdaşmadığı yukarıdaki örnekten hareket edilerek belirtilebilir; çünkü bu ilke öngörülebilirliğin temelini, benzer durumlarla ilgili hukukî unsurlar tarafından oluşturulmasını gerektirir; yani öngörülebilirliği sağlayan, yargıçların kişisel eğilimleri veya siyasi tercihleri değil, hukukî nitelikteki unsurlardır³². Bu çerçevede öngörülebilirliğin tek başına değil, hukuk devletinin diğer gerekleriyle beraber değerlendirildiğinde bir anlam ifade edebileceği sonucuna ulaşmak kaçınılmazdır³³.

²⁸ Coleman, a.g.e., s.287.

²⁹ Diğer yandan hukukun epistemolojik belirsizliği, hukuk devletinin diğer bir gerekliliği olan yargıçların keyfi karar almamasıyla da ilişkilidir. Zira epistemolojik olarak belirsiz olan hukuk, keyfi kararların verilmesine yol açabilir. Ancak *Solum*'un da belirttiği gibi, burada bir zorunluluk ilişkisi kurmak mümkün değildir. Çünkü doğru sonucu bulmak için görevini iyi niyetle yapan yargıçların, keyfi karar almadıkları ileri sürülebilir (*Solum*, a.g.e., s.498).

³⁰ *Solum*, a.g.e., s.497.

³¹ *Solum*, a.g.e., s.497.

³² *Solum*, a.g.e., s.497.

³³ Eleştirel hukuk okulları, hukukun radikal olarak belirsiz, tutarsız ve çelişkili olduğuna dair argümanlar geliştirmişlerdir. Bu tür argümanlar kabul edildiğinde, yani hukukun belirsiz olduğu sonucuna varıldığında, yukarıda belirtilen hukuk devletiyle ilgili sakıncalar ortaya çıkabileceği gibi, eleştirel hukuk teorisyenleri meşruluk krizinin de doğabileceğini belirtmektedirler. Eleştirel hukuk teorisyenleri, hukukun belirsizliği ile meşruluk arasında ilişki kurarken de, rızaya dayalı liberal hukuk devleti anlayışından hareket etmekte ve hukukun belirsizliği karşısında bu anlayışın geçerli olamayacağı sonucuna ulaşmaktadırlar. Örneğin *Tushnet*'e göre, kanun koyucunun çıkardığı kurallar, vatandaşların rıza göstermesinden dolayı meşrudur. Oysa yargıçların yarattıkları kurallar, bu tür meşruluğa

Hukuk uygulamasıyla ilgili olarak ortaya çıkan ve en azından zor davalarla ilgili olarak hukukun belirsiz olduğunun kabulüne götüren problemin çözümüne ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden biri de *Dworkin*'e aittir. *Dworkin*, en az kabul gören yaklaşım, yani formalist gelenek dahilinde problemi ele almaktadır: Diğer bir ifadeyle *Dworkin*'e göre hukuk, davaların sonuçlarını belirlemektedir. *Dworkin*, mekanik hukuk teorisi oluşturmaktan çok, karar almada geniş anlamdaki takdir yetkisinin rolünü yadsıyan bir teori oluşturmaya çalışmaktadır³⁴. Bu tür bir teoride de *Dworkin*'in hareket ettiği hukuk tanımı önem taşımaktadır.

Dworkin'e göre hukuk ilkeler, politikalar ve diğer standart türlerinden oluşmaktadır³⁵. Bu çerçevede *Dworkin*, hukuku, sadece kurallardan ibaret görmemekte ve hukuk tanımı içerisinde ilkeler ile politikalara da yer vermektedir; yani ilkeler ve politikalar hukuku dışarıdan değerlendirmeye yönelik standartlar olmayıp, bizzat hukuk düşüncesi içerisinde yer almaktadırlar. *Dworkin*, politikadan bir toplumun politik, sosyal veya ekonomik gelişimiyle ilgili ulaşılabilecek bir amacı anlarken ilkeyi, adalet veya hakkaniyet gerekliliği veya ahlakiliğin bir diğer gerekliliği olarak düşünmektedir³⁶. *Dworkin* hukuk kurallarından farklı olarak hukuk ilkeleri ortaya konduğunda, etrafımızın onlarla çevrili olduğunu farkederiz

sahip değildir; yani vatandaşlar, “kanun koyucunun koyduğu kurallara rıza gösteriyorum, yargıçların koydukları kurallara değil” diyerek yargı kararlarına karşı çıkabilirler (Tushnet, a.g.e., s.236). Ancak hukukî belirsizlik ile meşruluk arasında ilişki kurulurken bazı noktaların göz önünde tutulması gerekmektedir. İlk olarak eleştirel hukuk teorisyenleri, mevcut gerçek durumdan hareket ederek hukukî problemleri ele almaya çalışmaktadırlar. Oysa rızaya dayalı devlet anlayışının, gerçeklikte bulunduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Bazı vatandaşların, kanun koyucunun çıkardığı kurallara isteyerek uydukları belirtilebilir; ama bu durumun, bütün vatandaşlar için geçerli olduğu iddia edilemez. İkinci olarak *Kress*'in de belirttiği gibi, meşrulukla ilgili tek teori, rıza teorisi değildir. Örneğin hakkaniyete uygun oyun (yani devlet içinde yaşamaktan gelen nimetlerden yararlanılıyorsa kurallara da uyulmalıdır düşüncesi), *John Rawls*'un adil kurumları destekleme ödevi gibi düşünceler de vardır (Ken Kress, “Legal Indeterminacy”, 1989, <http://heinonline.org/HeinOnline/show.pl?handle=heinjournals/Calr77&id=297&size=4>).

Ayrıca adalete uygunluk şartı arandığında, hukukî belirliliğin meşruluğu yaratmayacağı sonucuna da ulaşılabilir. Örneğin adil olmayan hukuk kuralları belirli olabilir. Ancak bu durum, onların meşru olduğu sonucuna yol açmaz. Bu çerçevede hukukî belirsizlik ve meşruluk ilişkisinin oldukça tartışmalı olduğu belirtilebilir.

³⁴ Fletcher, a.g.e., s.53.

³⁵ Dworkin 1977, s.43.

³⁶ Dworkin 1977, s.43. *Dworkin*'in belirttiği “politika” ile politikacıların uyguladığı alışılmış anlamdaki “politika” terimi birbirinden farklıdır. Bu farklılık, “politics” ve “policies” arasındaki ayrımın dayanağıdır. Bu terimlerin Yunanca kökeni “polis” ve “politicus”dur. “Politics”, hukuk ve hukukun egemenliği dışında değerlendirilirken, “policies” ise hukuk içinde ulaşılmaya çalışılan amaçlarla ilgilidir (Fletcher, a.g.e., s.52). *Dworkin* de “policies” terimini kullanmaktadır. Ancak dilimizde bu ayrımın tam bir karşılık olmaması yüzünden, biz burada “politika” terimini kullanmayı tercih ettik.

demektedir³⁷. Örneğin masumluk karinesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz, hiç kimse kendi yanlısından kazanç sağlayamaz ilkeleri gibi. İlkelerin rolü, hukuk kurallarından farklıdır. İlkeler dengelemeye ilişkin olup, etkileri davadan davaya değişebilmektedir. Bu çerçevede önceden bir ilkenin bir davanın sonucunu belirleyeceğini söylemek mümkün değildir. İlkelerin ve diğer standartların rolü, somut bir dava sırasında ortaya konmaktadır. Bu anlamda, somut bir dava sırasında ortaya konan standartlar tartışılmadıkça, hangi standartın dava sonucunu belirleyeceği önceden söylenemez. *Dworkin*'in bu yaklaşımı, hukukî tartışmaların öngörülebilirliği ve belirli olması hakkındaki septiklerin görüşlerine benzemektedir. Ancak *Dworkin*'in argümanı, geniş takdir yetkisi iddialarına, yani yargıçların hiçbir hukukî standarda bağlı olmadan karar vermeleri iddiasına da karşı çıkmaktadır. Yargıçların yapamayacağı şey, realistlerin söylediği takdir yetkisinin belirli bir türüdür: Yani yöneticiler, kanun koyucular veya başkası gibi hareket edemezler³⁸. *Dworkin*'in takdir yetkisine yönelik eleştirisinin önemli özelliği, karar alıcının takdir yetkisini sınırlama, kontrol etmeyle ilgili alışılmış çabalardan oldukça farklıdır³⁹.

Hukukî belirsizlik tartışmasında bulunanlar, alternatif bir yaklaşım olarak, yargıcın adaleti yerine getirme ödevi üzerinde durmaktadırlar. Benzer şekilde *Dworkin*'de de, yargıçların doğru sonucu bulma ödevi ön plana çıkmaktadır. Ancak bu ödev, hukuk içerisinde, hukuka bağlı olarak doğru sonucu bulma ödevi şeklindedir. Bu ödev, belirli değerlendirmeler temelinde karar vermeyle ilgilidir. Şayet yargıçlar, pozitif hukuk yanında hukuk düşüncesiyle, hukuk devleti düşüncesiyle bağlarsa, sadece mevcut kurallar çerçevesinde karar vermezler. Kendi düşünüp-taşınmalarını bağlayan hak ilkelerini de değerlendirirler⁴⁰. *Dworkinci* yaklaşım böylece hukuk devleti idealine de uygun düştüğü gibi, ayrıca hukuk kurallarının birbiriyle çatıştığı veya hiçbir hukuk kuralının mevcut olmadığı davalarda da makul bir çözümü getirmektedir. Bu tür davalarda da ahlakilik ve soyut adalet ilkelerine bağlı olarak, yargıç doğru sonucu bulmak ödevi altındadır⁴¹. Böylece yukarıda belirtilen yargıcın iki ödevinin, yani hukuku uygulamak ve

³⁷ Dworkin 1977, s.49.

³⁸ *Dworkin* yargıçların kanun koyucu gibi hareket etmelerine, iki nedenden dolayı karşı çıkmaktadır. İlk olarak, yargıçların kanun koyucu gibi davranmaları, bir toplumun seçime gelen yöneticiler tarafından yönetilmesi anlamındaki demokratik ideale aykırılık oluşturmaktadır. Yargıçlar, seçime görevlerine gelmedikleri için, yasamanın karşısına kendi iradelerini ortaya koyamazlar. İkinci olarak *Dworkin*, yargıçların yeni hukuk kuralı yaratıp önlerindeki somut uyumsuzluğa uyguladıklarında, uyumsuzlukla ilgili kaybeden tarafın, daha önce mevcut olan belirli bir ödevi yapmamasından dolayı değil, olaydan sonra yaratılan yeni bir ödevi yerine getirmemesinden dolayı yaptırımla karşılaşacağını belirtmektedir (Freeman, a.g.e., s. 1271).

³⁹ Fletcher, a.g.e., s.54.

⁴⁰ Fletcher, a.g.e., s.55.

⁴¹ Fletcher, a.g.e., s.55-56.

hukukî uyuşmazlıkları çözmek zorunda olmasıyla ilgili ödevlerinin *Dworkin*'ci düşünce çerçevesinde birbiriyle çatışmayacağı da ileri sürülebilir.

Dworkin'de "hukukî uyuşmazlıkların sonucunu hukuk belirler" şeklindeki yaklaşımı, onun hukuk düşüncesinden hareket ederek belirtmek mümkün olduğu gibi, hukukî yorumlamayla ilgili görüşleri çerçevesinde de ortaya koymak mümkündür. *Dworkin*'in hukukî yorumlamayla ilgili düşüncesinde, hukukun belirli bir durumda gerektirdiği şeyi belirleyebilmek için, söz konusu olayla ilgili en iyi olanaklı hukuk yorumlamasını sağlamak adına, konuyla ilişkili geçmişteki hukukî yorumlama örneklerine bakılması yer almaktadır. *Dworkin* hukukî yorumlamayı, zincirleme(chain) bir roman yazılmasına benzetir. Zincirleme bir roman, *Dworkin*'e göre, her bir bölümünün farklı bir yazar tarafından yazıldığı, kolektif yazarlık çalışmasıdır⁴². Zincirdeki her bir romancının temel amacı, olabilecek en iyi şekilde, tek bir romanı yaratmaya çalışmaktır. Bu roman, her bir bölümün farklı yazarlar tarafından yazılmasına rağmen, sanki tek bir yazar tarafından yazılmış gibi olmalı ve bunun için de roman içerisinde bütünlük sağlanmalıdır. Bu amaçla, zincirdeki her bir romancı, yeni bir bölüm yazmak için önceki bölümleri yorumlamakta ve olabilecek en iyi şekilde tek bir roman yaratmaya çalışmaktadır⁴³. Tek bir romanın ortaya çıkması için zincirdeki romancının kendisinin ekleyeceği şeyin, yani yazacağı bölümün önceki bölümlerin bilgisine dayanılarak oluşturulması gerekmektedir. Böylece yazarlardan her biri, romanın bütünlüğünü sağlamak adına, önceden yazılan bölümlerle sınırlandırılmıştır. Ayrıca her bir yazar, estetik sınırlamalara uygun olarak en iyi olanaklı romanı yazmaya çalışmalıdır⁴⁴. Benzer olarak *Dworkin*'in görüşünde, zor bir davayla karşılaşan yargıç, söz konusu davayla ilgili yargısal örnekleri göz önünde tutarak en iyi olanaklı yorumlama temelinde karar vermelidir⁴⁵.

⁴² Michel Rosenfeld, "Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy, and the Temptations of the New Legal Formalism", *Deconstruction and the Possibility of Justice*, (Ed.Drucilla Cornell-Michel Rosenfeld, David Gray Carlson), Routledge, New York 1992, s.155.

⁴³ R. M. Dworkin; *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge 1986, s.229.

⁴⁴ *Dworkin*'in yorumlama teorisinde yer alan temel unsurlardan biri zincirleme roman görüşü iken, ikincisi estetik hipotezdir. *Dworkin*'in estetik tez varsayımı, hukukî yorumlama bakımından siyasal ahlakilik hipotezi olarak adlandırılabilir (Jessica Lane, "The Poetics of Legal Interpretation A Matter of Principle, Ronald Dworkin", *Columbia Law Review*, Vol.87, No.1-4, 1987/1, s.198). Bu tür bir hipotezde, bir metnin yorumlanmasına ilişkin farklılıklar, hareket edilen siyasal ahlakilik değerlerinin farklılığına dayanmaktadır. Yorumlayıcı, bu değerlerin karışımını en iyi ortaya koyacak şekilde metni okumalıdır (Lane, a.g.e., s.199).

⁴⁵ Rosenfeld, a.g.e., s.155. Ancak *Dworkin*'de, yargıçların önceki yargı kararlarına bakmaları veya önceki bölümlerle sınırlı olmalarının anlamı, verecekleri yeni kararların önceki kararlara aykırı olmaması anlamına gelmemektedir. Örneğin, önceden verilen yargı kararı yanlış olabilir veya önceki kararın dayandığı ilke yanlış değerlendirilmiş olabilir. Bu durumda yargıcın karar verirken, önceki yorumları da değerlendirerek farklı karar vermesi

Dworkin'in hukukî yorumlamayla ilgili görüşünde, yargıçların geçmişteki kararlara bakmaları gerekirken, yorumlamanın sadece geçmişe bağlı şeklinde yapılması gibi bir sonuç da söz konusu değildir. Gerçekte *Dworkin*, hukukî geçmişi yeniden ele almayı araştırmamakta, ancak onu olabileceği en iyi şekilde bu güne tek bir roman olarak yeniden oluşturmaya çalışmaktadır. Yargıçlar, insanların hakları ve ödevleri hakkındaki tutarlı ilkeler düzeninde, toplumlarının hukukî doktrinini ve siyasal yapının en iyi konstrüktif yorumunu bulmaya çalışmalıdırlar⁴⁶. Böylece *Dworkin*'in zincirleme roman görüşü, yargıçların hukuka başvurmayı bırakmadıklarını, hatta hukuku ilkelerin uyumuna dayandırdıklarını ortaya koymaktadır⁴⁷.

Dworkin'in görüşleri, özellikle zor davalarla ilgili olarak önem taşımaktadır. Ancak buradan, *Dworkin*'in görüşlerinin kolay davalarla ilgili olmadığı anlamı çıkarılamaz. Aksine *Dworkin*, kolay davaları zor davaların özel bir türü olarak görme eğilimindedir. Örneğin *Dworkin* hukukî yorumlamayla ilgili olarak kullandığı varsayımsal yargıç Herkül'de, Herkül'ün zor davalarla ilgili olarak kullanacağı metodun, kolay davalardan farklı olmadığını belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle *Dworkin*, kolay davalar için ayrı bir metodu, zor davalar için daha farklı bir metodu benimsememektedir. Zor davalara yönelik olarak kabul edilen metod, kolay davalar bakımından da söz konusudur. Ancak kolay davalara ilişkin sorulara verilecek cevaplar, açık olduğu için veya en azından öyle kabul edildiği için, bu tür davalarda belirli bir teori çerçevesinde hareket edildiği de varsayılmamaktadır⁴⁸.

Dworkin'in zincirleme romanla ilgili görüşleri, özellikle içtihadın hukukun zorunlu kaynağı olduğu Anglo-Sakson hukuk sistemleri bakımından önem taşımaktadır. Ancak içtihadın hukukun yardımcı kaynağı olduğu sistemlerde de, özellikle ilkelerin yorumlanması bakımından, yol gösterici bir nitelik taşıdığı söylenebilir. Bunun yanında *Dworkin*'in görüşleri, hukukun belirsizliği hakkındaki iddialara karşı kabul edilebilir veya yeterli bulunmayarak eleştirilebilir⁴⁹. Ancak *Dworkin*'in önemi, hukuk

mümkündür. Bu tür farklılık, romanın bütünlüğüne veya tek bir roman olmasına aykırı bir durum oluşturmaz. Zira *Dworkin*'in de belirttiği gibi, bir romanda tek bir perspektifin olması zorunlu değildir (Dworkin 1986, s. 230).

⁴⁶ Allan C. Hutchinson, "Indiana Dworkin and Law's Empire". The Yale Law Journal, Vol. 96, 1987, s.647.

⁴⁷ Hutchinson, a.g.e., s.644.

⁴⁸ Dworkin 1986, s.354.

⁴⁹ Örneğin *Tushnet*, *Dworkin*'in görüşlerini, hukukî belirsizliğe yönelik bir tehdit olarak görmemektedir. *Tushnet*'e göre *Dworkin*, "şüpheli hukukî önermeler için hukukî materyallerin bir cevap sağladığı" iddiasında bulunurken, Herkül olarak adlandırdığı bir yargıca yer vermektedir (Tushnet, a.g.e., s.225). Bu tür bir adlandırmada, varsayımsal yargıcın, bütün hukukî materyallerde uzmanlığının olması ve yetenekleri rol oynamaktadır. Bütün hukukî materyallerin bilgisine sahip olduğu için de Herkül, her hukukî problemde

düşüncesinden anladığımız şeye göre, hukukî belirsizlik tartışmasının nasıl şekilleneceğini göstermesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Bunun dışında *Dworkin*'in önemi, ilkeleri hukukî nitelikte göstermesi bakımından söz konusudur. Gerçekten de hukuk devleti idealini savunuyorsak, özellikle zor davalarda yargıçların vereceği kararların, ilkelerle uyum içinde olması gerektiğini de savunmak zorundayız. Bu tür uyum, sonuçta zor davalarla ilgili kararların hukukî nitelik taşımasını da mümkün kılacaktır. Ayrıca bu uyum, yine zor davalarla ilgili olarak hukukun tek bir sonucu belirlemediği durumda bile, yargıçın, hukukun yol göstericiliği altında karar vermesini sağlayacaktır.

DEĞERLENDİRME

Hukukî belirsizlikle ilgili yapılan tartışmalar, hukukun sonuçları nasıl belirlediğini anlamamızı sağlaması yönünden önem taşıdığı gibi, hukuk düşüncesinden anlaşılan şeyin bu tür tartışmaları nasıl etkilediğini ortaya koyması bakımından da önemlidir. Örneğin hukuku kurallardan ibaret sayan geleneksel pozitivist düşünce ve bununla birleşen formalist yaklaşımın, hukukî belirsizlikle ilgili tartışmalarda savunulması oldukça güç görünmektedir. Bu tür bir güçlüğü kabul eden, *Hart* gibi, daha esnek hukukî pozitivistler, ahlaki ilkelere hukuk tanımı içerisinde yer vermeye çalışmaktadırlar. Bunun dışında hukukî belirsizlik tartışması, hukuk düşüncesi ile hukukî akıl yürütme arasında yakın bir ilişki bulunduğunu göstermesi bakımından da önemlidir; yani kabul edilecek hukuk tanımına uygun olarak hukukî akıl yürütme de ortaya konmalıdır. Bu tür bir akıl yürütmede, belirsizlikle ilgili tartışmaların sonuçları ve yargıçın hukuk yaratma ve takdir yetkisini kullanmasını göz önünde tutarak oluşturulmalıdır. Buradaki problem, yargıçların bu yetkilere sahip olup olamayacaklarıyla ilgili değil, bu yetkileri nasıl kullanacaklarıyla ilgilidir.

Bunun dışında hukukun belirsizliğiyle ilgili tartışmaların, Anglo-Sakson hukuk sistemlerine özgü olduğu, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde bu tür tartışmaların söz konusu olamayacağı gibi bir sonuca ulaşmak uygun

doğru cevaba ulaşabilmektedir (Tushnet, a.g.e., s.225-226). *Tushnet*'e göre, bu şekilde *Dworkin*, bütün hukuk önermelerinin bir anlamda doğru veya yanlış olduklarını ileri süren hukuk ontolojisiyle ilgili bir iddiada bulunmaktadır: Gerçek yargıçların, her davada doğru cevaba ulaşip ulaşamayacaklarını tartışmamaktadır (Tushnet, a.g.e., s.226). Gerçekte *Dworkin*'in varsayımsal yargıç Herkül örneğini kullanmasındaki temel neden, kendi hukuk teorisini sınamaktan ibarettir. *Dworkin* de, hiçbir yargıçın hukukî materyaller hakkında tam bir bilgiye sahip olamayacağını kabul etmekte ve bu nedenle insan üstü yeteneklere sahip ve zaman sorunu olmayan Herkül örneğini kullandığını belirtmektedir. Ancak *Dworkin*, gerçek bir yargıçın, sınırlı bir şekilde de olsa, Herkül örneğini tasavvur edebileceğini ileri sürmektedir (Dworkin 1986, s.245).

görünmemektedir⁵⁰.Örneğin, yukarıda sözü edilen hukukî belirsizlikle ilgili argümanlar, Kıta Avrupası hukuk sistemi için de geçerlidir. Kendi hukuk sistemimizden hareket ettiğimizde bu argümanları görmek ve benzer şekilde belirsizlik tartışmasında bulunmak mümkündür. Şöyle ki, Yüksek Mahkemelerin oy çokluğuyla verdikleri kararlardan hareket edilerek, mahkemelerin hukuk kuralından tek bir şeyi anlamadıkları belirtilebilir. Bunun yanında, hukuk kurallarımızda mevcut olan belirsiz terimler ve genel standartlar da hukukun belirsizliğiyle ilgili tartışmalarda kullanılabilir. Ayrıca, kanunlarımızın birçoğunun iktibas edilmesinden dolayı, çevirme hatası ve kuralların anlaşılmasıyla ilgili ortaya çıkabilen güçlükler de belirsizlik tartışmasına yeni bir boyut ekleyebilir. Ancak, bu tür belirsizlik tartışmasının mümkün olması, hukukun radikal olarak belirsiz olduğu ve yargıçların geniş anlamda takdir yetkisine sahip oldukları sonucuna yol açabileceğini iddia etmeyi de mümkün kılmamaktadır. Burada, öncelikle kendi hukuk sistemimiz için bu tür bir iddianın neden yapılamayacağı, ardından da genel olarak bu tür iddianın neden kabul edilemeyeceği belirtilecektir.

Bilindiği gibi, hukuk sistemimizde, yargıçların hukuk yaratma ve takdir yetkileri söz konusudur. İlk olarak yargıçların hukuk yaratması, bütün hukuk alanları için geçerli olmadığından, yani sınırlanmış olduğundan, yargıçların bu yetkiyi kullanmaları hukukun bütünüyle belirsiz olduğu iddiasını destekler nitelikte değildir. İkinci olarak yargıçlar, hukuk yaratmaya yetkili oldukları hukuk alanında da istedikleri her konuda hukuk yaratmamaktadırlar. Örneğin Medeni Kanununun 1. maddesine göre yargıçın hukuk yaratabilmesi için önüne gelen uyumsuzlukla ilgili olarak, kanunda ve örf ve adet hukukunda herhangi bir hükmün olmaması gerekmektedir. Bu çerçevede yargıçın hukuk yaratmasının ön koşulunu, kanunda ve örf ve adet hukukunda herhangi bir hüküm bulunmamasının oluşturduğu belirtilebilir. Yargıçın hukuk yaratmasıyla ilgili koşul gerçekleştiği durumda, acaba yargıç bu yetkisini kullanırken hiçbir standarda bağlı olmayacak mıdır? Bu tür bir düşünceyi savunmak oldukça zor görünmektedir. Öncelikle yargıçın hukuk yaratırken mevcut hukuk sistemine ve bu sistem içindeki kurallara aykırı hükümler getirmesi düşünülemez; yani, pozitif hukuk sisteminin yargıçın hukuk yaratma yetkisini sınırladığı söylenebilir. Böylece yargıçın, hukuk kurallarına ve en azından hukukî ilkelere aykırı olmayacak şekilde hukuk yaratmak durumunda olduğu belirtilebilir.

Diğer yandan, Medeni Kanununun 1. maddesinde yer alan "kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir" ifadesinin, yargıçı, kanun koyucu haline dönüştürüp dönüştürmediği

⁵⁰ Bu tür bir sonucun söz konusu olmaması için, Anglo-Sakson sistemindeki içtihatların belirsizliğine dayanan argümanlardan özellikle söz edilmemiştir.

tartışılabilir. Belirtilen noktaya ilgili olarak, genellikle, kanunun niteliklerinden hareket edilmekte ve yargıcın yarattığı kural ile kanun arasındaki ayrım, bu niteliklerin farkına dayanılarak yapılmaktadır. Örneğin *Adnan Güriz*'e göre, yargıcın yarattığı hukuk kuralı, kanunda bulunan "genellik, devamlılık, eşitlik ve zorunluluk" niteliklerine sahip olmaması yönünden farklılık göstermektedir⁵¹. Belirtilen şekli niteliklerden hareket edilerek ve bunlara yenilerini ekleyerek, yargıcın hukuk yaratmasının, onu kanun koyucu haline dönüştürmediği sonucuna varılması mümkündür⁵². Öte yandan, yargıcın hukuk yaratmasının onu gerçek anlamda kanun koyucu haline dönüştürmediğini göstermek için, kanun ile yargıcın yarattığı kural arasında maddi anlamda da farkın bulunduğunu göstermek gerekmektedir. Bu konuda, yukarıda sözü edilen *Dworkin*'in görüşleri çerçevesinde hareket etmenin uygun olduğu belirtilebilir. *Dworkin*'de yasama ve yargıyı birbirinden ayırt eden şey, yasamanın politikalarla (ilkelerle de) ilgili olmasıdır, yargıcın kurallar ve ilkelerle ilgili olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, yargıcın kanun koyucu haline dönüşmemesi için hukuk yaratırken politikalara dayanmaması, ilkelere dayanarak (hukukî ve ahlaki ilkeler) hareket etmesi gerekmektedir.

Yargıca tanınan takdir yetkisinden hareket edildiğinde ise, burada, dar anlamda takdir yetkisinden söz etmenin uygun olduğu belirtilebilir. Diğer bir ifadeyle, bu tür yetkilerin tanındığı durumlarda da, yargıcın ulaşacağı kararlarda hukukun hiçbir etkiye sahip olmadığını söylemek mümkün değildir. İlk olarak, Medeni Kanunun 4. maddesine göre, yargıcın takdir yetkisini, hukuka ve hakkaniyete göre kullanması gerekmektedir. Bu çerçevede yargıçların hiçbir standarda bağlı olmadan takdir yetkisini kullanacaklarını savunmak mümkün değildir. İkinci olarak, genel standartların getirildiği hukuk kurallarında da, bu standartları getiren bizatihi hukuktur. Bu tür durumlarda, hukuk doğrudan doğruya sonucu belirlemezse bile, o sonuca hukukun yol göstericiliği altında ulaşıldığına karşı, daha güçlü bir argüman ileri sürmek mümkün görünmemektedir. Bu noktayı, sadece bizim sistemimiz açısından değil, diğer hukuk sistemleri bakımından da ileri sürmek ve takdir yetkisinin geniş anlamına, kabul edilen hukuk düşüncesine göre, karşı çıkmak mümkündür.

⁵¹ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999, s.68.

⁵² Ayrıca yargıcın kanun koyucu gibi davranması, genellikle, önündeki olayla ilgili genel ve soyut nitelikte hukuk kuralı yaratması şeklinde anlaşılmaktadır (Bu konuda bkz.: Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Ekin Kitabevi, Bursa 1998, s.277). Kanun koyucu gibi davranmak terimi, genel ve soyut nitelikte kural koymak olarak anlaşılması yanında, yargıcın hukuk yaratırken, kanun koyucu gibi, çıkarlar dengesine ve toplumun adalet düşüncesine uygun davranması gerekliliği olarak da yorumlanmaktadır (Bu doğrultuda bir görüş için bkz.: Aydın Zevkliler-Beşir Acarbay-K.Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s.78).

Hukukun radikal olarak belirsiz olduğu iddialarına karşı, en fazla ileri sürülen düşünce ise kolay davalar veya, örneğin "Anayasa Mahkemesi on bir asıl ve dört yedek üyeden kurulur" hükmü gibi, anlamı açık olan hukuk kurallarıdır. Bu tür kurallar ve davalardan hareket edildiğinde de, hukukun belirsizliğinin belirli bir alana özgü olduğu sonucuna varılabilir. Ancak bu belirli alanda dahi, hukukun yol göstericiliğini yadsımanın uygun olmadığı belirtilebilir.

Bunun dışında, hukukî belirsizlik iddiasında bulunan eleştirel hukuk teorisyenleri, bu iddialarını, formalist tümdengelimci akıl yürütmenin yeterli olmamasına dayandırmaktadırlar. Ancak formalizmin, hukukî akıl yürütme metodu olarak elverişli olmadığı belirtilmesi ayrı bir şey, onu hukukun belirsizliğinin bir kanıtı olarak ortaya koymak ayrı bir şeydir. Belirsizlikle ilgili tartışmalarda, formalizmin bir akıl yürütme metodu olarak yeterli olmadığı, yani hukukî sorunlara tek bir cevap sağlamadığı veya birden fazla cevaba izin verdiği kabul edilerek, eleştirilebilir. Ancak *Kress*'in de belirttiği gibi, daha farklı akıl yürütme metodları da vardır⁵³. Bu nedenle formalizm tek başına hukukî belirsizliğin bir kanıtı olarak ileri sürülemez.

Yargıçların kararlarını hukukun yol göstericiliği altında vermeleri gerektiği gibi bir düşüncenin, yargıçların kendi önyargıları veya ideolojik ve siyasal tercihlerle hareket ederek karar vermeleri, ardından da ulaştıkları sonucu hukukî olarak destekledikleri iddiasını karşılamadığı belirtilebilir. Gerçekte bu tür durumlar olabilir. Ancak iyi yargıç-kötü yargıç ayrımı, her zaman varolmuştur. Kabul edeceğimiz düşünce ne olursa olsun, bir noktada, görevini iyi niyetle yapan yargıç varsayımına güvenmek zorundayız. Bunun dışında kabul edeceğimiz düşüncenin önemi, bu varsayımı güçlendirmesi yönünden de ele alınabilir.

Diğer olasılık ise, yargıçların bizatihi kendilerinin kararlarını alırken bilinçaltı ideolojik etkilerin farkında olmamalarıdır. Ancak belirsizlik tezini ileri sürenlerin, yargısal kararların bilinçaltı temelini tam gelişmiş açıklamasını ortaya koymadıkları sürece, kararlarının hukuk tarafından sınırlandırıldığına inanan bütün yargıçların, bu şekilde davrandıklarına dair haklı bir neden yoktur⁵⁴. Son olarak yargıçların günlük sıradan politika için araçlar oldukları ve mevcut siyasal eğilimi kararlarına yansıttıkları iddiası ileri sürülebilir. Bu tür bir iddiada da gerçeklik payı bulunmaktadır. Diğer yandan buradaki daha farklı problem, bir sistem sorunu olarak doğmakta ve bu sistem içerisine yargıçların nasıl yerleştirildikleriyle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, hukukun egemenliğine dayanan ve hukuk devletinin gereklerine bağlı olunan bir sistemde dahi, yargıçlar üzerinde politik baskı

⁵³ Kress, 1989.

⁵⁴ Solum, a.g.e., s.496.

söz konusu olabilir. Bu tür olasılıklar hiçbir zaman ortadan kaldırılamaz. Belki, rastlantısal olmaları sağlanabilir. Bu noktada da görevini iyi niyetle yapan yargıç varsayımının güçlendirilmesi ön plana çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

Coleman, Jules L: "Second Thoughts and Other First Impressions", *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* (Ed. Brian Bix, Clarendon Press), Oxford 1998, 257-323.

Dworkin, R.M.: "Is Law a System of Rules", *The Philosophy of Law*, (ed. R.M. Dworkin), Oxford University Press, Oxford 1977.

Dworkin; R. M.: *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge 1986.

Fletcher, George P.: *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, New York 1996.

Freeman, M.D.A.: *Introduction to Jurisprudence*, Sweet-Maxwell, London 1994.

Gözler, Kemal: *Hukuka Giriş*, Ekin Kitabevi, Bursa 1998.

Güriz, Adnan: *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999.

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

Hutchinson, Allan C.: "Indiana Dworkin and Law's Empire", *The Yale Law Journal*, Vol. 96, 1987, 637-665.

Kress, Ken: "Legal Indeterminacy", 1989, <http://heinonline.org/HeinOnline/show.pl?handle=heinjournals/Calr77&id=297&size=4> (9.05.2002).

Kress, Ken: "A Preface to Epistemological Indeterminacy", 1990-1991, <http://heinonline.org/Heinonline/nav.html?handle=hein.journals/illlr85&id=152&size=4> (9.05.2002).

Lane, Jessica: "The Poetics of Legal Interpretation A Matter of Principle, Ronald Dworkin", *Columbia Law Review*, Vol.87, No.1-4, 1987/1, s.197-206.

Perry, Michael J.: "Normative Indeterminacy and the Problem of Judicial Role", 1996, [ostvgw2.epnet.com/ehost.asp? key=204.179.122.141_8000_1214702153&site=ehostretum=y](http://ostvgw2.epnet.com/ehost.asp?key=204.179.122.141_8000_1214702153&site=ehostretum=y), (9.05.2002).

Rosenfeld, Michel: "Deconstruction and Legal Interpretation: Conflict, Indeterminacy, and the Temptations of the New Legal Formalism". *Deconstruction and the Possibility of Justice*, (Ed.Drucilla Cornell-Michel Rosenfeld, David Gray Carlson), Routledge, New York 1992.

Solum, Lawrence B.: "Indeterminacy", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, (Ed. Dennis Patterson), Blackwell, Oxford 2000, 488-502.

Tushnet, Mark V.: "Defending the Indeterminacy Thesis", *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, (Ed.Brian Bix), Clarendon Press, Oxford 1998, 223-238.

Zevkliler, Aydın / Acarbey, Beşir /Gökyayla, K.Emre: *Medeni Hukuk*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.