

H.L.A. HART'IN “TAKDİR” METNİ ÜZERİNE BİR İNCELEME 

AN ANALYSIS OF H.L.A HART'S “DISCRETION”

Zeynep İSPİR*  **Makale Bilgi***Gönderilme: 06/04/2020*
*Kabul: 14/05/2020***Anahtar Kelimeler***H.L.A. Hart,*
Takdir,
Yargısal Takdir,
Hukuki Belirsizlik,
*Hukuki Süreç Okulu.***Article Info***Received: 06/04/2020*
*Accepted: 14/05/2020***Keywords***H.L.A. Hart,*
Discretion,
Judicial Discretion,
Legal Indeterminacy,
*Legal Process School.***Özet**

2013 yılında, H.L.A. Hart'ın bugüne kadar elimize ulaşmamış olan “Takdir (Discretion)” başlıklı bir çalışması yayımlandı. Metin, takdir kavramı ve bu kavramın hukuk içerisindeki yerine ilişkin görüşleri içeriyor. Hart, hukukun çeşitli nedenlerle, kaçınılmaz bir belirsizlik alanına sahip olduğunu ileri sürmektedir. Bu bakımdan düşünürün hukuk teorisi içerisinde takdir, özellikle hukuk kurallarının, söz konusu belirsizlikler nedeniyle çözüme götüremediği durumlar açısından faydalı bir hukuk yapma aracı olarak görülmektedir. Bununla birlikte takdir gerekçelendirilmiş olmalı, bu faaliyet rasyonellik ve sorumluluk ilkesi gözetilerek yerine getirilmelidir. Takdir kavramının anlamı, niteliği, kavramın hukuk sistemleri için rolü ve çeşitli görünüm biçimleri ile bir hukuk sistemi içindeki uygun kullanımı için gerektirdikleri, yeni ulaşılan bu metnin temel tartışma konuları olarak belirtilebilir. Bu çalışmada, Hart'ın söz konusu tartışma alanlarındaki temel argümanları, “Takdir” metni aracılığıyla incelenecektir. Ayrıca bu takdir yaklaşımına yönelik bazı temel eleştiriler ve değerlendirmelere de yer verilecektir. Bu vesileyle, okuruyla elli yedi yıl sonra buluşan “Takdir”in, Hart çalışmaları açısından taşıdığı önem değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Abstract

An unpublished essay titled “Discretion” by H.L.A. Hart was published in 2013. The essay includes some thoughts on the concept of discretion and the place of this concept in law. Hart puts forward that law has an inevitable indeterminacy for a variety of reasons. In this respect, discretion is a necessary and useful device to create law in Hart's legal theory especially in the cases where existing rules cannot solve the problem because of these uncertainties. In the meantime, discretion should include reasoned justification and be exercised in a rational and responsible way. The meaning, the qualification and the role of the concept in legal systems, different versions of discretion and the requirements of the concept in applying it to a legal system appropriately might be counted as the main themes of the essay. In this article, the main arguments of Hart on these themes will be examined through this newfound text. Besides that, some significant criticisms and assessments directed to this approach will be addressed. By this way, the importance of the essay which has been found almost fifty-seven years later is going to be evaluated in terms of Hart's literature.

I. GİRİŞ

H.L.A. Hart hukuku bir kurallar sistemi olarak açıklamakla birlikte, hukuk kurallarının karar verme süreçlerinde sonuca ulaşmaya tek başına yardımcı olamadığı bir belirsizlik alanının varlığından da söz etmektedir.¹ Hart'ın, özellikle yargısal takdire ilişkin görüşlerinin temelini, bu belirsizliğin hesaba katılmasını koyduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.² Aşağıda daha detaylı olarak üzerinde durulacağı üzere Hart açısından takdir, belirli gerekleri karşılamak kaydıyla, söz konusu belirsizliğin hukuk içerisinde ve hukuka uygun olarak giderilmesinin kaçınılmaz bir aracı olarak görülmektedir.

Hart'ın takdir hakkındaki görüşlerine farklı çalışmaları aracılığıyla ulaşmak mümkündür.³ Kaleme aldığı "Takdir"⁴ başlığıyla yayımlanan ve bu çalışmaya da konu olan bir başka metni ise yıllar sonra Geoffrey C. Shaw tarafından ortaya çıkarılmıştır. Hart, bu metni 1956 yılında, Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesinde konuk profesör olarak bulunduğu dönemde hazırlamıştır.⁵ Kaynağını Harvard'da bulunduğu sırada "Hukuk Felsefesi Tartışma Grubu" için hazırladığı sunuştan alan bu metin, tartışma grubu katılımcılarına dağıtılmış ve sonrasında başka bir yerde yayımlanmamıştır.⁶ Bahsi geçen tartışma grubunun üyelerinden Paul Freund ve Henry Hart kendilerine ait kopyaları saklamışlardır. Shaw, metnin yazılmasının üzerinden neredeyse elli yedi yıl geçtikten sonra, bu kopyaların yer aldığı dosyalara Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesindeki arşivler içerisinde ulaştığında, bu metin de ortaya çıkmıştır.⁷

Hart'ın çalışmasını gün yüzüne çıkaran Shaw, metnin önemi ile ilgili olarak iki hususu özellikle vurgulamaktadır. Bunlardan birincisi, bu metnin, hukuki akıl yürütme konusunda

¹ Bkz. HART, H.L.A.: "Positivism and the Separation of Law and Morals", Harvard Law Review, 71(4), 1958, s.607-608. (Metnin Türkçe çevirisinde ilgili bölümün tamamı için bkz. HART, H.L.A.: "Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması", H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı içinde, GÜRLER, Sercan (ed.), çev.: Ertuğrul UZUN, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s.119-132.) Çoğu zaman kuralların ve içtihatların davranış standartlarını iletmede sorunsuzca iş gördüğünü; ancak bu araçların uygulandıkları bazı yerlerde belirsizlikler olduğunu belirten Hart, bu durumu açıklamak için açık metin (open texture) kavramına başvurmuştur. (Bkz. HART, H.L.A.: The Concept of Law, 2nd ed., Oxford University Press, New York 1994, s.127-128.) Hart'ın teorisinde açık metin kavramının anlamı ve yerine ilişkin açıklamalar için bkz. İSPİR, Zeynep: H.L.A. Hart'ta Açık Metin Kavramı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.

² Bu noktada Hart'ın hukuki belirsizlik tartışmaları açısından, hukuk kurallarının davaları sonuca bağlamakta tamamen yetersiz olduğunu savunan kural şüphecililiği ile hukuk kurallarının hukuki sonucu belirleyebileceğini iddia eden hukuki formalistlerin görüşlerinin ikisini de aşırı bularak, bunlar arasında bir orta yolu benimsediği ifade edilmiştir. (Bkz. BIX, Brian H.: "H.L.A. Hart and the 'Open Texture' of Language", Law and Philosophy, 10(1), 1991, s.51. Kural şüphecililiği, özellikle Amerikan hukuki realizmi ile sonrasındaki bazı eleştirel yaklaşımların üzerinde durduğu bir kavramdır. Kurallara dönük ilk şüphe yargıçların kararlarının bilinçli ya da bilinçsiz olarak önyargılarla belirlenmesine vurgu yaparken, ikinci şüphe genel kuralların somut, belirli davalara uygulanmasının sıklıkla (hatta bazılarında her zaman) belirsizlik içerdiğine işaret eder. (Bkz. BIX, Brian H.: A Dictionary of Legal Theory, Oxford University Press, New York 2004, s.192.)

³En bilinen eseri *The Concept of Law*'un özellikle yedinci bölümü ile Hart'ın ardında bıraktığı çalışmalarının bu kitaba eklenmesiyle oluşturulan *Postscript*'in "Yargısal Takdir (Judicial Discretion)" başlıklı bölümü, ayrıca çeşitli yazıların bir araya getirildiği *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford University Press, New York 1993) başlıklı kitabı bu çalışmalara örnek gösterilebilir.

⁴HART, H.L.A.: "Discretion", Harvard Law Review, 127(2), 2013, s.652-665. Hukuki karar alma süreçleri açısından "discretion" sözcüğü, Türkçe hukuk literatüründe sıklıkla "takdir yetkisi" ile ifade edilmektedir. "Takdir" metninde Hart, bu kavramı "yargısal ve idari takdir" şeklindeki kullanımlarına ek olarak, gündelik hayattan farklı görünüm biçimleriyle beraber inceler. Bu çalışmada "discretion" sözcüğü, metindeki bu diğer kullanım örnekleri ile Hart'ın dilbilimsel analiz yöntemini hesaba katarak ve kavramın hukuk alanındaki "takdir" anlamıyla sınırlı biçimde değerlendirilmesinin önüne geçebilmek amacıyla "takdir" sözcüğü ile karşılanmıştır. Elimize geçen metni bize göstermektedir ki Hart, takdiri, keyfi, sınırlandırılmamış, gereksiz seçimlerden başka bir anlamda kullanmaktadır. Bununla birlikte burada dile getirilen sınırlandırmanın niteliği, Türk hukuk sistemine ilişkin analizlerde kendisine başvuru "takdir yetkisi" kavramının içerisinde barındırdığı düşünülen sınırlandırmadan farklı görünmektedir. Hart'ın teorisinde kavramın söz konusu niteliği de, bu çalışmada "takdir" ifadesinin kullanılmasının bir diğer nedenidir. ("Discretion" kavramının Hart'ın yargısal takdire ilişkin söylediklerinden hareketle, Türkçe hukuk literatüründeki "takdir yetkisi" kullanımından başka biçimde anlaşılması gerektiği, "takdir" ya da "takdir erki" karşılıklarının Hart çalışmaları açısından daha yerinde bir çeviri olacağı değerlendirilmesine üzerine, bu çalışmadaki tercihin gerekçesini açıklamama vesile olan Doç. Dr. Ertuğrul Uzun'a teşekkür ederim.)

⁵SHAW, Geoffrey C.: "H.L.A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School", Harvard Law Review, 127(2), 2013, s.666.

⁶Bkz. SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay...", s.670.

⁷Metnin ortaya çıkış süreci ve makale ortaya çıkmadan önce bu çalışmaya değinilerde bulunan diğer eserler için bkz. SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay...", s.670; LACEY, Nicola: "The Path Not Taken: H.L.A. Hart's Harvard Essay on Discretion", Harvard Law Review, 127(2), 2013, s.641. Bu metnin yayımlanıp yayımlanamayacağı üzerine yaşanan etik ikilem ve *The Concept of Law*'a eklenen *Postscript*'in yayımlanması süreciyle ilgili benzer konudaki karşılaştırma için bkz. LACEY, "The Path Not Taken...", s.641-642.

söylediklerinin detaylandırılması açısından, Hart’ın kendi çalışmaları içerisindeki yeridir. İkinci husus ise, Hart’ın Harvard Üniversitesinde bulunduğu dönemde Amerika’da öne çıkan hukuk felsefesi hareketi olan Hukuki Süreç Okulu (Legal Process School) ile Hart’ın çalışmaları arasındaki, uzun süre gözden kaçırıldığını düşündüğü tarihsel ve teorik ilişkiyi aydınlatması bakımından metnin taşıdığı önemdir.⁸ Bu çalışmada, öncelikle ilgili metinde ortaya koyduğu temel savlar dile getirilerek, takdir hakkında söylediklerinin Hart’ın genel teorisi içindeki yeri ortaya konmaya çalışılacaktır. Ardından gelecek bölüm ise Hart’ın takdir yaklaşımını ve özel olarak “Takdir” metnini tartışan örnek değerlendirmeler ışığında bir analize ayrılacaktır.

II. “TAKDİR” METNİNDEKİ TEMEL TARTIŞMALAR

Hart’ın “Takdir”de dile getirdiği hususların büyük kısmına sonraki çalışmalarının içerisinde de değindiği görülmektedir. Bununla birlikte sadece takdirden söz edilen bu metinde, yazarın diğer eserlerinde yer verdiği bazı tartışmalar daha detaylı ve farklı örneklerle açıklanmıştır.

Metin, Hart’ın sıraladığı ve sonrasında yanıtlarını arayacağı şu beş soruyla başlamaktadır:

“1. Takdir veya takdirin kullanımı ne anlama gelmektedir?

2. Bir hukuk sistemi içerisinde, aslında, hangi koşullar altında ve niçin takdiri kabul eder veya onu tolere ederiz?

3. Takdiri kabul etmek ya da onu tolere etmek zorunda mıyız? Eğer öyleyse, niçin?

4. Takdir kullanımı hangi değerler açısından tehdit oluşturur, hangi değerleri korur ve destekler?

5. Takdirin faydalı yönde kullanımını maksimize etmek ve sebep olacağı zararları en aza indirmek için ne yapılabilir?”

Bu sorular çerçevesinde Hart, takdirin anlamını belirlemede izlediği metodu, takdir türlerini, takdire neden ihtiyaç duyulduğunu, takdirin kapsam ve sınırlarını açıklamaktadır.

A. Takdir Kavramının Anlamının Belirlenmesi ve Takdir Çeşitleri

1. Takdir Kavramının Anlamının Belirlenmesi

Metinde yanıtı aranan birinci soru takdir yetkisinin ne anlama geldiği üzerinedir. Bu sorunun yanıtını ararken izlediği yola bakıldığında Hart’ın, kendi yaklaşımı içerisinde önemli bir yer tutan kavramlara ilişkin dilsel analiz yöntemini, takdir kavramı açısından da kullandığını görmekteyiz.¹⁰ Bu yolla, kavramların anlamlarının belirlenmesi için gündelik dildeki

⁸ Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay...”, s.666. (Anthony Sebok’un benzer yöndeki belirlemesine işaret edilen kısım için bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay...”, s.670, dipnot no. 22.) Hukuki Süreç Okulu öncelikle, Harvard Hukuk Fakültesinden Henry M. Hart ve Albert M. Sacks’ın hazırladıkları ve 1950’lerin ortalarından sonuna kadar yayımlanan *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law (Hukuki Süreç: Hukukun Oluşturulması ve Uygulanmasında Temel Problemler)* başlıklı ders materyali çerçevesinde bilinirlik kazanmıştır. (Bu çalışma sonrasında aynı isimle kitaplaştırılmıştır.) Bu yaklaşımın ortaya koydukları genellikle, Amerikan hukuki realistleri tarafından yöneltilen eleştirilere bir yanıt olarak görülmektedir. Okulun ana temsilcilerinden olan Henry M. Hart, Lon L. Fuller’in görüşlerinden oldukça etkilenmiş olduğundan, Hukuki Süreç Okulu’nun, Fuller’in dile getirdiği “hukukun iç ahlâkı” görüşünün bir nevi somutlaşması olarak görülebileceği de iddia edilmiştir. (Bu açıklamaları için bkz. BIX, *A Dictionary of Legal Theory*, s.124.) Hukuki Süreç Okulunun karar vermeye ilişkin “nötr ve teknokratik” yaklaşımının fazla iyimser ve naif bulunduğu eleştirisi ile sürece fazla odaklanmanın adalete ya da sonuca karşı duyarsızlaşmaya sebep olabileceğine dair eleştiriler bulunduğu için ayrıca bkz. BIX, *A Dictionary of Legal Theory*, s.124. “Süreç okulu teorisyenlerinin çalışmaları karar verme süreçlerine yöneliktir...Süreç teorisyenleri öncelikli olarak hukuki kararların nasıl oluşturulduğuyla, bunların hangi yetkililer ve kurumlarca oluşturulması gerektiğiyle ilgilendirler. Bunun ardından, ikinci olarak ise ‘karşılaştırmalı kurumsal analiz’ çalışmalarını kullanarak resmi yetkililer açısından bağlayıcı olacak normatif gereklerin çıkarılması gelir.” (SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay...”, s.677.) Shaw, makalesinde *Süreç Okulu* ile Hart’ın makalesi arasındaki bağları daha açık ortaya koymak üzere çok kapsamlı bir analiz yapmaktadır. Çalışmasının ilgili kısmı öncelikle bu yaklaşımın temel görüşlerine ayrılır. Ardından, yazar, Hart’ın Amerika’ya, Harvard’a geldiği dönemi, Hart’ın Amerikan hukuk düşüncesine ilgisi, hukuki realizm üzerine erken dönem eleştirileri ve Harvard’da geçirdiği sürede tartışmalarına dahil olduğu “Hukuk Felsefesi Tartışma Grubu”nun çalışmaları üzerinden inceler.

⁹ HART, “Discretion”, s.652.

¹⁰ Hart, dilbilimsel analiz ile analitik hukuk felsefesi arasında bağ kuran bir yaklaşıma sahiptir. Hart’ın *The Concept of Law* eserini analitik felsefenin dilbilimsel analize odaklandığı bir dönemde yazdığı ve dil felsefesi alanındaki çalışmaların avantajlarından yararlandığını belirten; Ludwig Wittgenstein ve J.L. Austin’in çalışmalarının dilbilimsel analizden faydalanan Hart açısından önemine değinen; Hart’ın “Definition and Theory in Jurisprudence” makalesinin çağdaş dil felsefesinin hukuka uygulanması açısından bir tür manifesto niteliğinde olduğunu iddia eden görüşlerden örnekler için bkz. İSPİR, “H.L.A. Hart’ta Açık Metin Kavramı”, s.73 ve devamı.

kullanımların analizinden hareket edilir.¹¹ Takdir kavramının analizi için Hart, hukuki olsun olmasın, pek çok farklı bağlamdaki kullanım örneklerini incelemektedir.

Hart, hemen her kavram için geçerli olan belirsizlik alanının takdir için de söz konusu olduğunu belirtmekle birlikte, takdir kavramını içeren farklı durumlar açısından, herkesin üzerinde uzlaşabileceği bir dizi ortak özellik bulabileceğimizi ileri sürmektedir.¹² Böylesi genel bir çekirdek anlam alanımız olmaması halinde ilgili kavramı birbirimizle iletişimde kullanamayacağımızı düşünmektedir. Bu nedenle de takdir açısından en azından üzerinde uzlaşılan durumlardan hareketle birtakım karakteristik özelliklerin belirlenmesi gerektiğini dile getirir.¹³

Bir kavramın anlamını belirleme girişimi kimi zaman amaç ve gerekleri de dikkate almayı zorunlu kılmaktadır; fakat Hart'a göre bu, "terimlerin normal kullanımları içerisindeki üzerinde uzlaşılmış olan asgari içeriğin" belirlenmesinin ardından gelecek bir husustur.¹⁴ "Sıklıkla, 'X nedir?' ile 'X'i aslında ne amaçla kullanırsınız?' soruları beraber düşünölmek zorundadır"¹⁵ diyen Hart, "bıçak" sözcüğünün anlamını belirlerken belirli bir amaç için tasarlanmış araçları, ilgili şeyin ne için kullanıldığını düşünmeye başlayışımızı anımsatır.¹⁶ Bazen de bir ifadenin anlamı araştırıldığında, hemen herkesin neden söz edildiğini belirleme açısından, neredeyse bir uzlaşma içinde olduğunu görürüz. Ancak bu durumda bile, terimin kullanımı konusunda başka bir anlaşmazlık vardır. Örneğin "devlet" in belirli bir hukuk sistemi çerçevesinde, belirli bir alanda yaşayan insanların organizasyonu anlamına geldiği konusunda bir anlaşmazlık yoktur. Uyuşmazlık, bu tanımla uyumlu bir devletin ne şekilde olması gerektiğiyle ya da devletin bizim için ne yapmasını istediğimizle alakalıdır.¹⁷ Hart'a göre, her iki örnek kavram açısından da anlamın belirlenmesi için yapılacak bu türden tartışmalar, ancak sözcüklere dair bir çekirdek anlam alanında uzlaştıktan sonra gerçekleştirilebilir.

2. Takdir Çeşitleri

Hart, bu çalışmasında takdirin hukuk içerisinde farklı görünümüne ilişkin bir liste sunar. Bu liste kendi ifadesiyle "içerisinde [takdir] fenomeninin yer aldığı oldukça geniş çeşitlilikteki durumları" yansıtır. Liste incelendiğinde görölmektedir ki Hart, yargısal alanda ya da mahkeme salonlarında gerçekleştirilen takdirin dışındaki örneklere de yer vermektedir.¹⁸ İlgili sınıflama aşağıdaki üç ana başlık çerçevesinde yapılmıştır:

a. Açık veya Beyan Edilen Takdir (Express or Avowed Use of Discretion)

Birinci takdir çeşidinde, yani **açık veya beyan edilen takdirde**, yasa koyucunun takdir gücünü kurumlara veya yetkililere açıkça devrettiği görülür.¹⁹ Hart bu takdir çeşidini idari organlarca uygulananlar ve mahkemelerce uygulananlar olarak ikiye ayırmıştır. İdari organların takdir uygulamalarına ilişkin sıraladığı örnekler şunlardır: ücret belirlemesi (örneğin Eyaletlerarası Ticaret Komisyonunca (ICC) demiryolu ücretlerinin belirlenmesi), lisans vermek, zarar verme ihtimali olan faaliyetlerin kontrolü (örneğin balıkçılık ve oyun komisyonlarının emirleri), kamu hizmetine yapılan atamalar, idarenin tasarrufundaki kaynakların tahsisi, idare tarafından yürütölen kamu iş ve hizmetlerinin yönetimi.²⁰

¹¹ SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.696. Hart'ın açık metin hakkındaki görüşlerini açıklarken kelimelerin çekirdek anlam alanlarının dışında bir gölgeli alan bulunduğundan ve belirsizlikten söz ettiğini bilmekteyiz. Bu çekirdek anlamın belirlenmesi açısından başvurulan kaynak olarak gündelik kullanım alanı dikkati çekmektedir. (Bkz. İSPİR, H.L.A. Hart'ta Açık Metin Kavramı, s.86-87.) Gündelik dil felsefesinin Hart'ın hukuk teorisi içerisindeki yerini de inceleyen çalışması için bkz. ÜYE, Saim: "Gündelik Dil Felsefesi, Betimleyici Sosyoloji ve Eleştirelilik", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 27(114), 2014, s.361-380. Kavramsal analiz ve betimleyici sosyolojik yaklaşım çerçevesinde Hart'ın görüşlerinin değerlendirildiği bölüm için bkz. ŞAHİN CEYLAN, Şule: H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s.7-25.

¹² HART, "Discretion", s.653.

¹³ Bkz. HART, "Discretion", s.653-654. Hart bu tespitin takdir açısından yapılmaması halinde karşı karşıya kalınan ve açıklama, çözüm bulma güçlüğüne neden olan durumu, şehre giden yolu ezberden bilen ama yolun haritasını çizemeyecek durumda olan kişinin içinde olduğu duruma benzetir. (Bkz. HART, "Discretion", s.654.)

¹⁴ Bkz. HART, "Discretion", s.654.

¹⁵ HART, "Discretion", s.654.

¹⁶ HART, "Discretion", s.654.

¹⁷ Bu örneklere ilişkin açıklamaları için bkz. HART, "Discretion", s.654.

¹⁸ Bkz. HART, "Discretion", s.655.

¹⁹ SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.697.

²⁰ HART, "Discretion", s.655.

Bu takdir çeşidi, mahkemelerde de kullanılabilir. Bunun için verilen örnekler ise şunlardır: standartların mahkemeler tarafından uygulanması (örneğin, iddia görevinin kötüye kullanımı (malicious prosecution) bağlamında “makul ve uygun neden”in belirlenmesi veya yargıcın kontrolü altında jürinin ihmali kapsamında “gereken özen”i belirlemesi); ihtar, aynen ifa gibi takdiri yasal yollar; ceza davalarında cezanın belirlenmesi.²¹

b. Zimni veya Saklı Takdir (Tacit or Concealed Discretion)

Hart’ın tasnifi içerisinde ikinci takdir çeşidi olan **zimni veya saklı takdir** halinde, hukuk sistemi takdiri otoriteyi açıkça bir yetkiliye devretmemiştir, yetkili her ne kadar mevcut kurallarla çözüme varmaya çalışsa da kurallar kesin, belirli bir sonuca ulaşmadığından takdir uygulaması gerekli hale gelir.²² Bu ikinci takdir çeşidi için Hart, yasaların yorumlanması ve emsal/içtihat kullanımı uygulamalarını örnek gösterir.²³

c. Takdiri Müdahaleler veya Kabul Edilmiş Kurallardan Takdiri Olarak Bağışık Tutulma (Discretionary Interference or Dispensation From Acknowledged Rules)

Üçüncü olarak belirtilen takdir çeşidi ise **takdiri müdahaleler veya kabul edilmiş kurallardan bağışıklıktır**. Hart bunlar için, cezaların ertelenmesini, afları ve içtihat hukukundan kaynağını alan hukuki çözümlerden farklılık gösteren, bunların zıttı yönde verilen kararları (injunction against exercise of common law remedies) örnek gösterir.²⁴

B. Takdir Faaliyetinin Gerekçesi, Niteliği ve Gerekleri

Hart’ın takdir metninin başlangıcında yanıtlarını arayacağını belirttiği diğer sorular, takdirin hukuk sistemlerinde neden yer aldığına, takdir kullanımının koruduğu ve desteklediği değerlerin tespitine, bu faaliyetin yol açabileceği zararların en aza indirilmesi için neler yapılabileceğine ilişkindir. Aşağıda bu faaliyetin gerekçesi, niteliği ve gerekleri ilgili metindeki tartışmalardan hareketle ele alınacaktır.

1. Takdir Faaliyetinin Gerekçesi

Bu çalışmanın Giriş bölümünde de belirtildiği üzere Hart, hukukun gölgeli alanlar içeren, açık metinli bir yapı oluşunu açıklar ve hukuki belirsizlikle ilgili söyledikleriyle birlikte değerlendirilmesi gereken, kural koyucuların karşılaştıkları iki güçlükten söz eder. Bunlar, olguya ilişkin bir bilgisizlik (relative ignorance of fact) ve amacın belirsizliğidir (relative indeterminacy of aim).²⁵ Birinci handicap kanun koyucunun/kural koyanın düzenlemeye çalıştığı geleceğe ilişkin her şeyi asla bilememesiyle, ikinci handicap ise –ileriye dönük hukuk yapma süreci önünde bir engel oluşturacak biçimde– insan amaçlarındaki içsel belirsizlikle açıklanabilir.²⁶ Pozitif hukukun kısmen de olsa belirsiz olduğu yerlerde yargıç, mevcut kurallar aracılığıyla bir çözüme ulaşmadığından “takdir”i yeni bir hukuk normu yaratmaya yol açacak şekilde kullanmaktadır.²⁷

Hart’ın “parka taşıt girmesi yasaktır” şeklindeki ünlü örneğinin ilk kez “Takdir” metninde karşımıza çıktığı ileri sürülmüştür.²⁸ Hart’ın bu örnek üzerinden yaptığı analizlere aşina olduğumuz söylenebilir. Şöyle ki ilgili kural oluşturulduğunda uygulanılmasının öngörüldüğü seçenekler, yani taşıttan ne anlaşılabilirliği açıktır (örneğin, motorlu arabalar, at arabaları, motosikletler, otobüsler). Gölgeli alanda kalan kimi seçenekler açısından ise uygulama bu kadar açık değildir (örneğin, patenler, bisikletler, bebek arabaları, oyuncak motorlu arabalar).²⁹ Öngörülmüş örnekler olarak arabalar ve otobüsler açısından, parka taşıt girmesini yasaklayan kuralın amacı, “parkta huzur, güvenlik isteğimizle” açıklanabilirken³⁰, öngörülmemiş olan örneklerde (“oldukça hızlı, yaşlılar için biraz tehlikeli, gençler içinse çok eğlenceli”³¹ scooter, elektrikli motorlu oyuncak araçlar gibi) durum bu kadar basit değildir; çünkü bu halde amacımız

²¹ HART, “Discretion”, s.655.

²² SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.697.

²³ HART, “Discretion”, s.655. Shaw bu ayrımın buradaki terminoloji kullanılmamakla birlikte *The Concept of Law*’da yer aldığını belirtir. (Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.697, dipnot 189.)

²⁴ HART, “Discretion”, s.655.

²⁵ HART, “Discretion”, s.661; HART, *The Concept of Law*, s.128.

²⁶ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.703.

²⁷ Bkz. HART, “Discretion”, s.661-663; HART, *The Concept of Law*, s.272.

²⁸ Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.704.

²⁹ HART, “Discretion”, s.662.

³⁰ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.704.

³¹ HART, “Discretion”, s.663.

belirsiz hale gelmiştir. Bu araçların kullanımı halinde oluşabilecek bir risk olması açısından parkta huzurun ve güvenliğin feda edilip edilemeyeceği, eğer edilecekse ne derecede bir riskten söz edileceği gündeme gelecektir. Bu bakımdan taşıt örneğinde amacın belirsizliği ile olguya ilişkin bilgisizlik kaynaşmış durumdadır.³²

Makalede Eyaletlerarası Ticaret Komisyonunun (Interstate Commerce Commission) fiyat/tarife belirleme faaliyeti de Hart'ın kullandığı bir başka örnektir. Ona göre idari hizmetler için fiyat belirleyenin genel amacı “makul ve adil fiyatı bulmak”tır.³³ Hart bu genel amacı belirli bir noktaya kadar elverişli bulduğunu belirtir; çünkü bazı uygun olmayan fiyatlandırmalar, yani çok yüksek ya da çok düşük fiyatlandırmalar, bu yolla açıkça devre dışı kalacaktır.³⁴ Her ne kadar genel amaç hangi ücretin kabul edilemez olduğu konusunda belirli bir ölçüde rehberlik sağlıyor olsa da, uygun ücreti belirlerken karar vermeyi güçleştirecek belirsiz ve çatışan amaçların ya da değişen olgusal koşulların ortaya çıkabileceği de gözden kaçırılmamalıdır.³⁵

Hart'a göre dünyamız hukuki formalizmin ya da mekanik hukuk biliminin açıklayıp çözüm olarak gösterdiklerinden başka gereklilikler talep etmektedir.³⁶ Somut olayda çatışan menfaatleri tartmak, onlar arasında bir uzlaşmaya gitmek ya da bir seçim yapmak durumunda kalınmaktadır.³⁷ Bu bakımdan Hart açısından takdir, belirsizlik kaynağı değil, belirsizlik için bir çözüm aracı olma niteliği taşımaktadır. Geleceği belirlemede sınırlı ölçüde başarılı oluşumuz düşünüldüğünde ve belirsizliğin kaçınılmazlığı karşısında, güçlü, akla uygun takdir imkânı, bu belirsizliği gidermeyi mümkün kılabilen bir araç olarak görülmektedir.³⁸

2. Takdir Faaliyetinin Niteliği

Takdirin ne türden bir faaliyet olduğunu belirlerken Hart, sözcüğün gündelik dildeki kullanımından da hareket ederek, bu kavramı açıklarken hangi karakteristik nitelikleri göz önünde bulundurabileceğimizin ipuçlarını vermektedir. Ona göre kavramın hukuk dışındaki kullanım örneklerine bakıldığında da öncelikli olarak dikkat edilmesi gereken şey, takdirin herhangi bir seçiş ya da tercihten başka biçimde anlaşılması gerektiğidir. Bunlar birbiriyle ilgili olan, fakat farklı kavramlardır.³⁹

Hart takdiri açıklarken “entelektüel bir erdem (intellectual virtue)”, “pratik bilgelik (practical wisdom)”, “basiret (sagacity)”, “sağduyu/ihtiyat (prudence)” kavramlarına başvurur. Böylece takdir kavramı çeşitli sahalarda neyi yapmanın uygun olduğunu ayırt edebilme ve kavrayış gücüne (discerning) işaret eder.⁴⁰

Takdir geçici ve anlık isteklerimizden, arzularımızdan farklı bir kavramdır. Örneğin oy veren bir kişi açısından, sadece bir adaydan hoşlanması bu seçime yol açıyorsa burada takdir kullanımından söz edilemez.⁴¹

Hukuk için söz konusu olduğunda kamu görevinin icra ve ifasından sorumlu yetkililer karşımıza çıkar. Bu kişiler de beğeni ve isteklerine göre değil, yürüttükleri hizmetin gereğine uygun ve sorumlu bir biçimde takdiri uygulamak durumundadırlar.⁴²

Bazı durumlar açısından seçimlerimizi yapmamıza yol açan koşulların son derece açık ve

³² HART, “Discretion”, s.663; SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.704.

³³ HART, “Discretion”, s.663; SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.705.

³⁴ HART, “Discretion”, s.664; SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.705.

³⁵ HART, “Discretion”, s.663-664; SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.705. Fiyat belirleme örneği için ayrıca bkz. HART, *The Concept of Law*, s.131.

³⁶ HART, “Discretion”, s.662; SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.705.

³⁷ HART, “Discretion”, s.663; SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.706.

³⁸ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.709; HART, “Discretion”, s.661. Hart’ın nihayetinde mutlak bir belirsizlikten söz etmeyişi tanıma kuralını getiriş amacıyla ilgi kurarak açıklayan bir değerlendirme için bkz. SURLU, Aydan Ömür: “H.L.A. Hart’ta Yargıcın Takdir Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2(2), 2009, s.488.

³⁹ HART, “Discretion”, s.656.

⁴⁰ Bkz. HART, “Discretion”, s.656. Benzer bir tür iç sınırlamaya Hart’ın *The Concept of Law*’da yorumdan söz ederken de yer verdiğini görmekteyiz. Bu bölümde Hart, yargısal karar verme süreci içindeki karakteristik yargısal erdemlerden söz etmektedir. Bunlar tarafsızlık, alternatifleri araştırırken nötrlük, etkilenen tüm tarafların yararını gözetme, karar için rasyonel bir temel olacak bazı kabul edilebilir genel ilkelere yer verme kaygısı olarak sayılmıştır. (Bkz. HART, *The Concept of Law*, s.205.)

⁴¹ Örnek için bkz. HART, “Discretion”, s.657.

⁴² Bkz. HART, “Discretion”, s.657. Hart, ilgili sistemin bu kişilerin istek ve hevesleri doğrultusunda hareket etmeleri halinde buna yönelik bir önlemleri sağlama konusunda başarısız olma ihtimalinin varlığını da aynı yerde belirtmektedir.

belirgin olduğunu belirten Hart, bu hallerde verdiğimiz kararlar açısından, takdirden de kişisel istek ve arzuların belirleyiciliğinden de söz edemeyeceğimizi belirtir. Bunun için verdiği örnek şu şekilde özetlenebilir: Kalemimizin ucu kırıldığında, kırılan ucu açmak için bir araca ulaşmak üzere açtığımız çekmeceye bir bıçak, üç kaşık ve iki çatal olsun. Bu halde bıçağı seçerken gerekçemizi, bıçağın hoşumuza gitmesi olarak dile getirmeyiz; çünkü bu durumda bir kalemin kırılan ucunu sivriltmenin en makul yolu bıçağı kullanmaktır. Dolayısıyla Hart, bıçağı seçme konusunda bir takdirden söz edemeyeceğimizi; burada gerçekleşen şeyin, amacımız belirli, durum gayet açıkken yapılacak tek akla uygun seçimin yapılması olduğunu belirtir.⁴³

Hart'ın takdirin niteliği üzerine söyledikleri arasında en dikkat çekici olanlardan birisi, bu faaliyetin “tamamen kişisel ve anlık isteklerin yön verdiği tercihler ile belirli açık amaçlara ulaşmak için kullanılan belirli yöntemler veya kurallara bağlı kalmanın çok açık olduğu durumlar arasında bir yerde olduğu” belirlemesidir.⁴⁴ Buna göre takdir, belirli bir kuralı izleme ile keyfi seçim arasında bir orta yol niteliği taşımaktadır.

Hart'ın makalesinde hukuk alanından verilmemekle birlikte takdir argümanını anlatırken kullandığı bir başka örnek daha vardır. Bu örnek akşam yemeği daveti verecek bir ev sahibinin, kullanacağı bıçaklar hakkında karara varması sürecini konu alır. Olayda ev sahibinin servis için kullanabileceği gümüş ve çok güzel bıçakları vardır. Masa örtüsü ve bardaklarla da uyumlu olmakla birlikte, çok ağır ve tutulması güç olan bu bıçaklar fazla keskin değillerdir ve üstelik parlaklıkları kimilerince biraz fazla şatafatlı bulunabilir. Hart'ın sorusu böylesi bir durumda davet sahibinin karar vermesine neden olacak amaçların neler olacağıdır. Bu konuda bazı amaçlardan kolaylıkla söz etmek mümkündür. Örneğin bu kişinin amacı hoş bir davet masası görünümünü sunarak konuklarında hayranlık uyandırmak olabileceği gibi, onlara konforlu bir akşam yemeği sunmak da olabilir ki verilen örnekte konuklar arasında yaşlı ve elleri titreyen seçkin bir yargıç da bulunmaktadır. Ev sahibi, muhtemelen kararının sebep olabileceği iyi ve kötü sonuçlar arasında bir “denge” bulmaya çalışır ve bu konuda kime “danışabileceğini” de düşünür. Daha önceden çokça davet vermiş olan tecrübeli birinden tavsiye ister ve bu kişi sağduyulu bir biçimde, ev sahibine “en iyi” bıçak seti yerine “ikinci en iyiyi” seçmesini salık verir. Bu tavsiyesinin gerekçeleri arasında yaşlı ve elleri titreyen konuğun bıçakları kullanmaktan dolayı rahatsız olabileceği ve öfkelenebileceği, genç konukların ev sahibini kıskanabileceği gibi nedenler de vardır.⁴⁵

Yukarıdaki örnekten hareketle takdire ilişkin ortaklaşan birtakım özellikleri Hart şöyle sıralamaktadır: Burada açıkça doğru veya yanlış denebilecek bir şey yoktur; zira dürüst ve makul kişilerin her biri bu durumda farklı farklı görüşte olabilirler. Örnek açısından “başarılı bir akşam yemeği daveti” gibi genel bir kavram kullanılabilir olsa da açıkça tanımlanabilir bir amaç da bulunmamaktadır. Bu halde, herhangi bir tercihte bulunulduğunda ne olacağına dair bir kesinlik de yoktur. Uygun bıçak tercihiyle sağlanmak istenen şeye ilişkin bir öngörümüz olsa da (masanın güzelliği, konukların konforu gibi), bunların hangisinin görece önemli olduğuna, çatıştıklarında nasıl bir uzlaşma yoluna gidileceğine dair açık kurallar ya da ilkeler de bulunmamaktadır. Ayrıca bu örnekte karar vericinin kararı hakkında “doğru ya da yanlış” nitelermelerinden çok, “daha bilgece (wise), daha akıllıca (sounder), daha iyi” demek uygun düşecektir.⁴⁶

Hart bu saydıklarına ek olarak takdir açısından önemli bir hususu yine aynı kurgu üzerinden vurgulamaktadır. Buna göre ev sahibi iki bıçak takımından birini seçmek konusundaki kararını iki farklı yolla savunabilir. Bunların birincisinde ev sahibi muhtemel kararının yol açabileceği sonuçları düşünür, bundan önce verdiği davetleri hesaba katar, tecrübeli birisine danışır. Yani burada savunma, karara hangi yollarla, hangi ilke ve değerleri dikkate alarak varıldığını, kararın nedenlerini bildirmektedir. İkinci savunma yolunda ise ev sahibi akşam yemeğinin sonuçta nasıl geçmiş olduğuna bakar. Hart birinci yolu gerekçelendirme kavramı ile (justification), ikincisini ise sonuçlar aracılığıyla doğrulama (vindication by results) kavramı ile açıklamaktadır ve sonuçlarla doğrulanabilir olmadığında da, “kötü sonuçlara yol açmış olsa da”⁴⁷ takdirin

⁴³ Bkz. HART, “Discretion”, s.658.

⁴⁴ Bkz. HART, “Discretion”, s.658.

⁴⁵ Bu örnek için bkz. HART, “Discretion”, s.659.

⁴⁶ Hart'ın sıraladığı bu hususlar için bkz. HART, “Discretion”, s.659-660.

⁴⁷ SHAW, “H.L.A. Hart's Lost Essay:...” , s.702.

gereçeklendirilebileceğini ileri sürmektedir.⁴⁸

Hart, tüm bu sayılan faktörlerin belirli bir biçimde hukukta takdir için de geçerli olduğunu düşünmektedir. Takdiri uygulayacak kişinin en nihayetinde bir seçimde bulunması gerekmektedir. Bu seçim, çeşitli faktörleri dikkate alıp özenle tartmayı gerektirse de önceden tespit edilmiş ilkeler tarafından belirlenmemektedir.⁴⁹

3. Takdir Faaliyetinin Gereklere

Hart'ın "Takdir" metni içerisinde, bu faaliyet yerine getirilirken karşılanmasından söz edilen birtakım gereklere de yer verilmektedir.⁵⁰ Esasında bu gereklerin ilgili faaliyetin gerekçesi ve niteliği üzerine söylenenlerle birlikte ele alınması uygun görünmektedir.

İlk olarak metinde takdir faaliyetini yerine getirmek durumunda olan kişilerin hukuki belirsizlik karşısındaki tutumlarına dair söylenenlere bakılabilir. Hart, bu kişilerin takdir faaliyetini, kişisel seçimlerinin uygulanması değil, "**sorumlu bir kamu hizmeti kullanımı**" olarak görmektedir.⁵¹ Bunu şu şekilde ifade eder:

"...Yetkililerin yaptığı belirli kurallar tarafından kesin bir şekilde belirlenmemiş ve onlara bir seçište [bulunma imkânı] bırakılmışsa, yetkililer görevlerini göz önünde bulundurarak, beğenileri ile geçici zevk ve heveslerine teslim olmadan, sorumlu şekilde karar (choose) vereceklerdir..."⁵²

Takdir faaliyetinin sonucu olarak bir karara varılmaktadır. Bu varılan kararın rasyonel bir onamın gereklerini karşılayacak şekilde **gereçeklendirilmesi** gereği de Hart'ın üzerinde durduğu bir husustur. Bu konuyu açıklayabilmek için yazarın iki içki arasında bir tercihte bulunan kişinin durumu hakkında verdiği örnekten yararlanılabilir. Tercihte bulunan kişiye tercihinin nedeni sorulduğunda, başka hiçbir açıklamada bulunmadan "çünkü ondan daha çok hoşlanıyorum, hepsi bu" diyorsa, Hart'a göre bu durumda takdirden söz etmek mümkün değildir. Çünkü takdirden söz edilebilmesi için ya da başka bir deyişle bir seçimin takdir olarak kabul edilebilmesi için, ilkelere dayanan, gerekçeli bir savunmanın ortaya konması gerekmektedir.⁵³

İlgili metnin takdirin karşılaması gerekenler açısından vurguladığı bir diğer husus bu **metodun rasyonellikle uygulanmasıdır**. Burada Hart, söz konusu uygulamayla sadece prosedürel unsurların karar verme sürecinde yer almasının; kişisel menfaatlerin, ön yargıların değerlendirme dışı tutulmasının ve alandaki tecrübenin kullanılmasının kastedilmediğini vurgulamaktadır. Buna göre kararın verilmesinin altında yatan değerlerin hesaba katılması gereği de bu kapsamda ele alınmalıdır.⁵⁴ Takdirin niteliği üzerine yukarıda söylenenlerle de bağlantı kurmak gerekirse burada, takdir faaliyetinin doğru biçimde gerçekleştirilmesi sadece "mantıksal bütünlüğün" ortaya konduğu bir faaliyet olarak görülmemektedir; bu faaliyet aynı zamanda pratik bilgeliğin de ortaya konması anlamına gelir.⁵⁵

Hart metninin son bölümünde, "Takdir"nin üçüncü bölümünde yaptığı tasnife göndermede bulunmaktadır ve bu farklı alanlardaki takdir kullanımının da **ilgili alanlarda geçerli olan belirleyici unsurların dikkate alınmasını** gerekli kıldığını söylemektedir.⁵⁶ Dolayısıyla takdirin türü ile nasıl ifa edileceği arasında bir ilişki vardır.⁵⁷ İdari bir karar için söz konusu olan takdir ile temyiz sürecinde görevli bir yargıcın gerçekleştirmekte olduğu takdir arasında bu bakımdan bir fark olacaktır.⁵⁸

III. H.L.A. HART'IN TAKDİR GÖRÜŞÜNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Hart'ın hukuk teorisine ilişkin ortaya koyduğu görüşleri pek çok başka hukuk teorisyenini etkilemiştir. Düşünürün teorisine getirilen eleştirilerle zenginleşen bir literatür de bulunmaktadır.

⁴⁸ Bu konudaki değerlendirmeleri için bkz. HART, "Discretion", s.660.

⁴⁹ Eyaletlerarası Ticaret Komisyonunun fiyat belirlemesi hakkındaki örneği için bkz. HART, "Discretion", s.660-661.

⁵⁰ Shaw, Hart'ın analizindeki merkezi önem taşıyan kavramlar olarak "rasyonellik, dikkate alınan faktörlerin uygun biçimde seçilmesi ve gerekçelendirme araçları"ni ele almıştır. Bu başlık altında ilgili tasniften de yararlanılmıştır. (Bkz. SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.706-709.)

⁵¹ HART, "Discretion", s.657.

⁵² HART, "Discretion", s.657.

⁵³ Örnek ve ilgili tartışma için bkz. HART, "Discretion", s.657.

⁵⁴ Bkz. HART, "Discretion", s.664.

⁵⁵ SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.707.

⁵⁶ Bkz. HART, "Discretion", s.656, 665.

⁵⁷ SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.707.

⁵⁸ Bkz. SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.708.

Hart “Takdir” metnini sunduğu sırada dinleyiciler arasında yer alan Lon L. Fuller⁵⁹ ile yürüttüğü tartışma, ilgili literatürün önemli örneklerinden birisidir. Hart-Fuller tartışması, hukukun nasıl açıklanabileceği, hukuk-ahlâk ilişkisi gibi çok daha kapsamlı bir arka planı olan eleştiriler üzerinden ilerlemektedir. Bu bakımdan da hüküm vermenin yapısı ve takdir uygulamasının sınırlarını aşacak bir genişliktedir.⁶⁰ Bu çalışmaya konu olan “Takdir” metni açısından, tartışmanın hukuk kurallarının anlamlarının belirlenmesinde ve genel olarak da hukukun açıklanmasında “amaç” kavramının yerini vurgulayan kısmı özellikle önemli görünmektedir.⁶¹ Fuller hukuku “amaçsal bir etkinlik” olarak ele almaktadır.⁶² Amaç kavramı Fuller için, hem hukukun tanımlanması hem de hukuki akıl yürütme ve hüküm verme süreçleri bakımından merkezi konumdur.⁶³ Shaw’a göre, “amaç”, Hart için de, özellikle hukuki akıl yürütmenin ve hüküm vermenin bir parçası olması bakımından önem taşır⁶⁴; bununla birlikte hukuku “hukuk” yapan şeyin ne olduğunun belirlenmesinde, yani “hukukun tanımlanmasında” amacın yerini araştıran ontolojik soruya Hart, Fuller’dan farklı bir yanıt vermektedir.⁶⁵ Shaw, bu bakımdan Hart’ın “Takdir” metninin, daha sonraki çalışmalarında bu denli açıklıkla ortaya koymadığı biçimde, Fuller’dan ayrı bir pozisyonda olduğunu gösteren bir çalışma olduğu belirlenmesinde bulunur.⁶⁶

Yargılama faaliyeti ve takdir doktrini hakkındaki çalışmaları ve ilgili çalışmalarında Hart’ın yaklaşımına eleştirel göndermeleri nedeniyle burada görüşlerine değinilecek bir diğer isim ise Ronald Dworkin’dir. Dworkin’in, hukukun salt kurallar aracılığıyla tanımlanıp kavranmasının mümkün olmadığını, hukuku açıklarken ilke ve politikaların dikkate alınmasının bir zorunluluk olduğunu ileri sürdüğü teorisi içinde ilkeler önemli bir rol üstlenmektedirler. Bu açıdan pozitivistlerin “bir dava mevcut bir yasayla çözüme kavuşturulamıyorsa yargıcın takdirini kullanması gerekir”⁶⁷ şeklindeki karar verme yöntemine, ilkelerin hukuki akıl yürütmeye dâhil edildiği “haklı cevap tezi”ni içeren bir başka modelle karşı çıkmış olmaktadır.⁶⁸

Dworkin, takdir kavramı açısından zayıf ve güçlü anlamda takdir şeklinde bir ayırma

⁵⁹ Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.716.

⁶⁰ Fuller’in, Hart’ta takdir kavramının incelendiği bu çalışmanın sınırları içerisinde değinilebilecek itirazlarının temel öğeleri için, “Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart (Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık-Profesör Hart’a Bir Cevap)” başlıklı makalesindeki çekirdek alan-gölgeli alan tartışmasına yoğunlaştığı bölümün incelenmesi mümkündür. Bkz. FULLER, Lon L.: “Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart”, Harvard Law Review, 71 (4), 1958, s.661-669. (Metnin Türkçe çevirisindeki ilgili kısım için bkz. FULLER, Lon L.: “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık-Profesör Hart’a Bir Cevap”, H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı içinde, GÜRLER, Sercan (ed.), çev.: Sevtap Metin, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s.199-210.) Hart-Fuller tartışmasının kurgusal bir “parka taşıt giremez” kuralı üzerinden şekillenen kısmında, genel bir kuralı tek duruma uygulamada dilin ve amacın öneminin tartışıldığını belirten Frederick Schauer, genel olarak ikili arasındaki tartışmanın hukuki pozitivism-doğal hukuk tartışmalarının ötesinde, hukuk kuralları, hukuki yorum ve hukuk dilinin doğası üzerine de düşünme imkânı sunduğunu söylemektedir. (Bkz. SCHAUER, Frederick: “A Critical Guide to Vecihles in the Park”, New York University Law Review, 83(4), 2008, s.1109.)

⁶¹ İlgili kısım için bkz. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law...”, s.662-663.

⁶² Hukukun amaçsal bir etkinlik olmasına ilişkin görüşlerine örnek olması bakımından bkz. FULLER, Lon L.: The Morality of Law, Yale University Press, USA 1969, s.145-151, s.189-190. (Fuller’in çalışmasının Türkçe çevirisindeki ilgili kısım için bkz. FULLER Lon. L.: Hukukun Ahlakı, çev.: Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, İstanbul 2016, s.174-181, 226.)

⁶³ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.716.

⁶⁴ Bu konu üzerine yapılan bazı çalışmalarda, Fuller’in, kanunun amacı bilinmeden bu kuralın içindeki bir sözcüğün yorumlanmasının mümkün olamayacağı şeklindeki görüşüne Hart’ın da bir itirazı olmayacağı düşüncesi vurgulanmıştır. Örneğin Brian Bix’e göre Hart, bu hususu yargısal yorumlama için bir başlangıç noktası olarak ele alabilecektir; fakat böylesi kaynakların yargısal takdir ihtiyacından kaçınmak için yeterli olmadığını düşünecektir. (Bkz. BIX, Brian: Law, Language and Legal Determinacy, Oxford University Press, New York 1993, s.29. İlgili örnekler için bkz. İSPİR, Zeynep: “Hart-Fuller Tartışması- ‘Parka Taşıt Giremez’ Kuralı Üzerinden Bir Değerlendirme”, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V Sempozyumu, İstanbul 2010, Yayınlanmamış Tebliğ Metni, s.16-17.)

⁶⁵ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.717.

⁶⁶ Bu tespitler ile hukuki pozitivism açısından ilgili tartışmanın detaylı bir değerlendirmesi ve “Takdir” metniyle kurulan ilişki için bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.716-721.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald: Hakları Ciddiye Almak, çev.: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Yayınları, Ankara 2007, s.59.

⁶⁸ Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.721-724. Hart, *The Concept of Law*’un *Postscript* başlığı altında kuralların yol gösterici olamadığı durumlarda yargıçların “hukuk kitaplarını bir tarafa atmadıklarını”, belirli bir biçimde bunlardan hareketle genel ilkelerin ve mevcut hukukun genel hedefleri ve amaçlarının yol göstericiliğine başvurulduğunu dile getirmektedir. (Bkz. HART, The Concept of Law, s.274.) Dworkin, Hart’ın metnine sonradan eklenen bu yorumunu, ilkelerin hukuk içerisindeki yerine ilişkin kendi yaklaşımına benzetmektedir. (Bkz. DWORKIN, Ronald Dworkin: “Hart’s Posthumous Reply”, Harvard Law Review, 130(8), 2017, s.2129.)

gitmektedir. Zayıf anlamda takdir de kendi içinde ikiye ayrılmıştır. İlk zayıf anlamıyla takdirde, kişi “bir otorite tarafından belirlenmiş standartlara bağlı olarak seçim yapmakla yükümlü” olmaktadır. Kimi zaman da takdir “bir yetkili karar vermekte nihai yetkiye sahip olduğunda ve başka bir yetkili tarafından denetlenip geri çevrilmediğinde” kullanılır ki bu ikincisi de zayıf anlamda takdir kullanımını örnekler.⁶⁹ Takdir kullanan kişinin “söz konusu yetkiyi veren standartlarla bağlı olmadığı” durumlarda ise güçlü anlamda takdirden söz edilmektedir.⁷⁰ Dworkin’in itirazı özellikle herhangi bir standartla sınırlanmamış güçlü anlamda takdir kullanımına ilişkindir. Yargıçların hukuk yaratmasına neden olacak biçimde bir takdir kullanımının demokratik olmadığı; bu uygulamanın geriye dönük ve olaydan sonra (*ex post facto*) hukuk oluşturulması anlamına geleceğinden adil olamayacağı da Dworkin tarafından dile getirilmiştir.⁷¹

Hart’ın dilsel analiz yöntemini dahil ettiği teorisi çerçevesinde değinilebilecek ve takdirle ilişkisinde ele alınabilecek bir diğer husus ise, Dworkin’in Hart’ın semantik yaklaşımına ilişkin söyledikleridir.⁷² Bu çerçevede iki düşünürün konvansiyonalist olup olmama bakımından ayrıldığı dile getirilmiştir. Hart’ın bir kavramın içeriğini belirlemek açısından “insanların üzerinde uzlaşması” şeklinde bir zemin arayarak kriteriyal bir yaklaşımı benimsediği eleştirisinde bulunan Dworkin, kendi yaklaşımını yorumlayıcı bir teori olarak açıklamaktadır.⁷³

“Takdir” metnini Dworkin’in eleştirileri çerçevesinde inceleyen Shaw, metnin, Hart’ın sonradan Dworkin’in getireceği itirazlara ilişkin bazı argümanları bakımından bir ön haberci olduğu görüşündedir. Yazar, hukuki akıl yürütmeye kuralların yanı sıra ilkeler, amaçlar, değer temelli etmenlerin eklenmesiyle belirsizliğin ortadan kalkacağı düşüncesinin ve kural-ilke ayrımının bu çalışmada reddedildiğini ileri sürmektedir. Buna göre yemek daveti veren ev sahibinin karar vermesinde etkili olduğu gibi, bir yargıç açısından da standartlar, ilkeler, amaçlar türünden tüm araçlar davanın çözümünde beraberce tartılmak durumundadır.⁷⁴ Bütün bu sayılanlarla beraber yargıç “gerekçeye dayanan ve rasyonel bir biçimde” takdir faaliyetinde bulunuyor olsa da,⁷⁵ en nihayetinde Hart’ta takdir “sayılanlarla sınırlanan bir tercih” halini almaktadır.⁷⁶

Fuller ve Dworkin’in yukarıda kısaca değinilen eleştirileri, Hart’ın hukuk içerisinde takdiri konumlandığı yere ve uygulama biçimine ilişkin “Takdir” metnini kaleme almasından sonra

⁶⁹ Bkz. DWORKIN, Hakları Ciddiye Almak, s.57.

⁷⁰ Bkz. DWORKIN, Hakları Ciddiye Almak, s.58.

⁷¹ Bkz. DWORKIN, Hakları Ciddiye Almak, s.118. Hart, *The Concept of Law*’un *Postscript* başlıklı bölümünde bu itirazlara cevaben, özetle, yargıçların uyumsuzluk çözmek için hukuk yapma gücüyle görevlendirmeleri gerektiğini, bu durumun, kanun koyucunun ilgili konuda düzenleme yapmasını beklememek için ödenecek bir bedel olduğunu dile getirir. Bu kullanımın birtakım sınırlamalara da tabi olduğunu belirten Hart, yargıçların kanun yapamayacaklarını ya da reformları genişletemeyeceklerini, sadece çözmek durumunda kaldıkları somut dava için kural yaratacaklarını ifade eder. Ona göre, bu bağlamda sözü edilen bedel küçük sayılabilir; ayrıca, sınırlı yasama gücünün idareye devri modern demokrasilerin alışılmış bir özelliği iken bu devrin mahkemelere yapılması demokrasi açısından daha büyük bir tehdit gibi görünmemektedir. Son eleştiri içinse Hart, yargının hukuk oluşturarak hukuki sorunu çözmek durumunda kaldığı hallerde, ortada kendisine uyulma beklentisi yaratacak bir hukuk düzenlemesinin zaten bulunmadığını dile getirmektedir. (Bkz. HART, *The Concept of Law*, s.273-276.)

⁷² Dworkin’in teorisi “semantik iğne” adını verdiği bir eleştiriyi de içermektedir. Bu eleştiri, semantik hukuk teorilerinin ihtilafı görmeyen alanda dahi, anlamlı ve gözden kaçan bir teorik ihtilaf alanı olduğunu dile getirir. Dworkin, “hukukçuların ne söylediğini ve ne yaptığını dikkatli bir şekilde inceleyerek ortaklaşa sahip olunan kuralları kazıp çıkarma projesi” olarak ifade ettiği ve başarısızlığa mahkum gördüğü semantik teorilere ilişkin eleştirisi ve yorum hakkındaki görüşleri için bkz. DWORKIN, Ronald: *Hukukun Hükümranlığı*, çev.: Ertuğrul UZUN, Nora Kitap, İstanbul 2018, s.55-71, 72-119; DWORKIN, Ronald: *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, s.9-12; TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: *Kanıtlanamayan Kanıtlanmak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı*, İkinci Baskı, Derin Yayınları, İstanbul 2010, s.127-132.

⁷³ İlgili değerlendirmeler için bkz. Bkz. UYGUR, Gülriş: “Objektiflik, Hukuk ve Ronald Dworkin”, *Aydınlanma ve Hukuk-Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye’de Hukuk*, Hazırlayan: Levent Köker, Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, İstanbul 2008, s.35-37. Dworkin’in eleştirilerine değinilen bölüm için bkz. İSPİR, H.L.A. Hart’ta Açık Metin Kavramı, s.103-111. Ayrıca Hart’ın bu tartışma üzerine söyledikleri için bkz. HART, *The Concept of Law*, s.244-250.

⁷⁴ Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.723.

⁷⁵ Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.723. Dworkin’in hukuki bütünlük görüşü ile “Takdir” metni arasında kurulan bağ için ayrıca bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.723.

⁷⁶ Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.724. Hart’ın, yargıcın dilden kaynaklanan belirsizlik alanında ne yapılması gerektiğine dair somut bir önerisi olmaması nedeniyle takdir kullanımının “nihayetinde bir tercihin dile getirilmesi” olacağı ve bu noktanın Dworkin’in eleştirilerinin önemli bir gerekçesini oluşturduğu vurgusu için bkz. UZUN, Ertuğrul: “H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş* içinde, (ed.) UZUN, Ertuğrul, İthaki Yayınları, İstanbul 2015, s.165.

yayımladığı eserler esas alınarak dile getirilmişlerdir.⁷⁷ Bu çalışma özelinde incelenen “Takdir” de ortaya çıkarılmasının ardından ayrıca çeşitli incelemelerin konusu olmuştur. Bu incelemeler, metnin hukuk teorisi içerisindeki yerine, özel olarak da Hart’ın hukuk teorisi için önemine ilişkin saptamalar ortaya koymaktadırlar. Giriş bölümünde de değinildiği gibi, Hart’ın bu metninde dile getirdiği görüşler ile Hukuki Süreç Okulunun yaklaşımı arasında benzerlikler olduğu iddiası bunlardan birisidir.⁷⁸ Bu nedenle aşağıda öncelikle bu iddiaya ve sonrasında da metin üzerine diğer bazı görüşlerden örneklere yer verilecektir.

Hart, hukukta kaçınılmaz olarak karşı karşıya kalınan belirsizlik tartışmaları açısından formalizm ile kural şüpheciliği arasında bir orta yolu benimsemekte ve bu durumun yol açabileceği çözüm eksikliğinin takdir kullanımını gerektirdiğini ileri sürmektedir. Süreç teorisyenleri de, hukuki belirsizliğin hukuk devleti ile tutarlı biçimde var olabileceği bir teori oluşturma gayretindedirler. Buna göre “yeterince sınırlandırılmışsa ve sorumlu bir biçimde icra ediliyorsa” takdir, hukuk sistemleri için kabul edilebilir bir kurumdur.⁷⁹ Dolayısıyla bir orta yolu benimsemek bakımından benzeşmelerinin yanı sıra belirsizlik, takdir ve hukuk devleti (rule of law) arasında kurdukları ilişki açısından da iki yaklaşım arasında ortaklık bulunduğu söylenebilir. Süreç teorisyenlerinin takdir yetkisine ilişkin görüşlerini Shaw, şöyle dile getirmektedir:

“Süreç teorisyenlerine göre, sorumlu yargıçlar, davalarda rasyonel biçimde, kurumsal pozisyonlarını idarenin diğer alanlarıyla ilgisinde gözeterek ve gerekçelerini yargı organının mesleki becerisini, rasyonelliğini ve ferasetini yansıtacak biçimde yazılı olarak açıklayarak karar verirlerse –ki bunlar kamuya güven telkin edecek unsurlardır– takdir yetkisi ve hukuk devleti beraberce var olabilirler.”⁸⁰

Hart’ın hukuk devleti ile ilişkisinde belirsizliğe ilişkin yaklaşımı Hukuki Süreç Okulu ile benzerlik taşımaktadır. Buna göre belirsizlik, uygun metotla ortadan kaldırıldığı müddetçe, hukuk sistemlerinin kaçınılmaz olmakla birlikte kabul edilebilir bir parçasıdır.⁸¹

Hart’ın gerekçe (reason) ve rasyonel gerekçelendirme üzerinde özellikle duruyor oluşu ile Süreç Okulunun güçlü yargısal karar verme açısından normatif bir gereklilik olarak gördüğü gerekçeli açıklama (reasoned elaboration) arasında da bir ilişki kurulmuştur.⁸² Buna göre her iki görüş açısından da rasyonellik, yargıçların ve hukuk alanındaki diğer yetkililerin sağlamakla yükümlü oldukları bir gerekliliktir.⁸³ Shaw, Hart’ın metnine bu konuda bir eleştiri getirmektedir. Yazar, Hart’ın gerekçe (reason) ve rasyonel onam (rational approval) ile neyi kastettiğini tam olarak ifade etmediğini, makalenin zayıf sayılabilecek yönlerinden birinin rasyonellik talebinin karar vermeyi nasıl sınırlandırdığının tartışılmamış olması olduğunu söylemektedir.⁸⁴

İki yaklaşım arasındaki ilişkiye dair bir diğer husus, “Takdir”in, Hart’ın daha soyut ve

⁷⁷ Söz konusu itirazlar Fuller ve Dworkin’in eleştirileri ile sınırlı değildir. Ancak burada ilgili çalışmalarda en çok göndermede bulunulan değerlendirmelere örnek olması bakımından bu iki isim üzerinde özellikle durulmuştur.

⁷⁸Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.676-693. Bu konudaki kapsamlı doktora tezi çalışması için bkz SHAW, Geoffrey C.: The Rise and Fall of Liberal Legal Positivism- Legal Positivism, Legal Process and the H.L.A. Hart’s America 1945-1960, Oxford University, 2013, https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:e7ea644b-0d13-4a60-8993e4119404a5ca/download_file?file_format=pdf&safe_filename=Hart_DPhil.pdf&type_of_work=Thesis, Erişim tarihi: 10.10.2019.) Ayrıca bkz. LACEY, “The Path Not Taken...”, s.637-641.

⁷⁹ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.668.

⁸⁰ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.668.

⁸¹ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.672.

⁸² SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.707. Süreç teorisyenleri farklı görevlerin farklı kurumlara (örneğin: mahkemeler, yasa koyucular, idari organlar gibi) nasıl tahsis edilebileceğini belirlemek üzere bir kurumsal yetki (institutional competence) teorisi geliştirmişlerdir. Bu çerçevede, “yasa koyucular, kurumlar (agencies) ve idarenin organları –uzmanlıklarına göre ve demokratik vekalet mekanizması aracılığı ile– siyasi kararlar oluşturmada rol üstlenebilirler... gerekçe (reason) ve ilkelere uygun biçimde sorun çözebilme yeteneğine sahip olacak kurumlar ise sadece mahkemelerdir... Yargısal kararların rasyonel olmaları, siyasi önceliklerden ziyade genel ilkelere yaslanmaları, yazılı olarak açıklanmaları gerekir. (Bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.678-679.) Gerekçeli açıklama (reasoned elaboration) kavramı süreç teorisi açısından özellikle vurgulanan bir kavramdır. Shaw’ın belirttiği üzere, “bir hukuk kuralı davanın sonucunu belirlemede başarısız oluyorsa ve yargıç hukuk oluşturmak zorundaysa, yargıcın, önündeki sorunu çözebilme üzere yürütmesi gereken faaliyet, hukuku, “gerekçeli açıklaması”nı yaparak genişletmek olacaktır.” Bu faaliyet sırasında yargıç hukuk düzeninin genel amaçlarının da ötesine geçerek, söz konusu o tek hukuk düzenlemesinin spesifik amaçlarının da “gerekçeli açıklamasını” yapacaktır. Böylesi bir açıklama teorisi, yargısal fonksiyonun gerekçelendirilmesi ve bu fonksiyonun sınırlandırılması gibi iki büyük tartışma alanına sağladığı katkının yanı sıra, yeri geldiğinde, yargıçlardan diğer kurumların kararlarına saygı göstermelerini talep ederek ve yargısal kararların şeffaf, rasyonel ve amaca yaslanmasında ısrarcı olarak mahkemelerin gücünün sınırlandırılmasını da sağlamaktadır. (Bu açıklamaları için bkz. SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.679-680.)

⁸³ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.707.

⁸⁴ SHAW, “H.L.A. Hart’s Lost Essay:...”, s.707.

kavramsal diğer çalışmalarına nazaran, hukukun kurumsal yönüne verdiği yerdir. Buna göre metin, yetkililerin hukuki metinleri yorumlarken karşılaştıkları güçlükler ve yönetimin idari ayağının karmaşık çalışma biçimine de yer verecek biçimde kaleme alınmıştır.⁸⁵ Kurumsal yapıya ilişkin söz konusu soruların tartışılmış olması, Süreç Okulunun, Hart'ın Harvard Üniversitesinde bulunduğu süre içerisinde görüşlerine yaptığı etki olarak yorumlanmıştır.⁸⁶

Shaw'un, "Takdir" in Hukuki Süreç Okuluyla ilişkisi dışında önemli gördüğü ikinci nokta ise, bu metin ile Hart'ın bir hukuki akıl yürütme teorisi taslağı ortaya koymuş oluşudur. Buna göre Hart, sonraki çalışmalarında hukuki sistemlerin kavramsal yapısı, hukuk-ahlâk ilişkisi, ceza hukuku teorisi üzerinde daha çok durup, "Takdir"deki bu belirgin temadan uzaklaşacaktır.⁸⁷ Shaw'un bu konudaki belirlemesi, Hart'ın *Concept of Law*'da "yargılama ve hukuki akıl yürütme konularında çok az söz söylediği" yönündeki itirafıyla da desteklenmektedir.⁸⁸

Nicola Lacey ise, Hart'ın "Takdir" metninin diğer çalışmaları arasında ayırt edici biçimde öne çıkan özelliğinin "hukuki karar vermenin doğasına ilişkin kavrayışımızda kurumsal faktörlerin önemine vurgusu" olduğunu söylemektedir.⁸⁹ Dilsel analiz yöntemini etkin kullanımı, sosyal pratiklerden hareketle gösterdiği ayrımlar ve bu pratikler içindeki derin mantığı aydınlatma biçimi, Lacey açısından bu metnin önemli görünen yanlarıdır. Yazarın dikkatlerimize sunduğu bir diğer nokta ise metinde Hart'ın, farklı biçimde yapılandırılmış hukuki kurumlar ile takdiri şekillendiren ve sınırlandıran bir hukuk doktrini alanına verdiği önemi ortaya koyuyor oluşudur.⁹⁰

Lacey'nin işaret ettiği üzere Hart'ın takdir yaklaşımı, Amerikan realizminin resmettiği ve hukuk kurallarını hiçbir biçimde normatif standartlar olarak görmeyen "kâbus" denebilecek aşırı uç ile hukuki standartların tüm davalar açısından sonuçları belirleyebilecek nitelikte görüldüğü "rüya" denilebilecek bir başka aşırı uç arasında bir orta yolu ifade etmektedir.⁹¹ Takdir metninde bu orta yol, birtakım sınırlamalar ve gereklerle açıklanmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte özellikle takdire ilişkin tasnif yapıldıktan sonra, karar verici organlara ilişkin detaylı analizlerin yerini daha soyut argümanların ve örneklerin aldığı da bir eleştiri olarak dile getirilmiştir.⁹²

Yukarıdaki analizlerin yanı sıra, Hart'ın metninin tamamen başka bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğini düşünen eleştiriler de mevcuttur. Örneğin Allan C. Hutchinson, "kısa, taslak halinde ve yayımlanmamış bir bildiri" metninin bu denli ilgi görmesinin günümüz hukuk teorisi alanının zayıflığı olduğunu, metnin Hart'ın görüşlerinin sonradan başka eserlerinde ilgili tartışmalara yer verdiği "tarihsel bir dipnotu" olduğunu düşünmektedir. Hutchinson'a göre bugün hukuk felsefesi çalışmalarında, yargısal takdir açısından, kendilerine ait avantajları-dezavantajları olan ve ancak Hart'ın zamanı açısından özgün sayılabilecek (pozitivizm, doğal hukuk, formalizm gibi) perspektifler üzerinde durmaktansa, başka bir bakış açısı geliştirilmesi gerekmektedir.⁹³ Takdirin bir yorum faaliyeti olması gerektiğinde ısrarcı olan bu eleştiri, hukuku yorumlayanlardan, hukuksal metinlerin dışındaki diğer faktörleri de hesaba katacak aktif bir yaratımda bulunmalarını talep etmektedir.⁹⁴

⁸⁵ Shaw, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.674.

⁸⁶ Bkz. SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.674. Süreç Okulu teorisyenlerinden Henry Hart'ın takdir üzerine söyledikleri ile H.L.A. Hart'ın yaklaşımı arasındaki benzerlik ve farklılıklar için bkz. SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.710-716.

⁸⁷ SHAW, "H.L.A. Hart's Lost Essay:...", s.674.

⁸⁸ Bkz. HART, *The Concept of Law*, s.259.

⁸⁹ Bkz. LACEY, "The Path Not Taken...", s.637.

⁹⁰ Bkz. LACEY, "The Path Not Taken...", s.642.

⁹¹ Bu iki aşırı uca ilişkin rüya ve kâbus benzetmeleri için Lacey, Hart'ın "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream" başlıklı makalesinden hareket etmektedir. Bkz. LACEY, "The Path Not Taken...", s.643. Formalizm, doğal hukuk ve Dworkin'in hüküm vermeye ilişkin teorisi aşırı uçlardan ve Hart'ın "rüya" olarak gördüğü ikinci gruba dahil edilmektedir. (Bkz. LACEY, "The Path Not Taken...", s.643.)

⁹² Bkz. LACEY, s.646-647. Lacey, "Takdir" metninde, henüz başlangıçta beşinci soru olarak belirlenen, takdirin etkili biçimde nasıl yapılandırılacağı sorusunun yanıtının analitik hukuk felsefesi ve sosyo-hukuki çalışmalar arasında kurulacak bir diyalogu mümkün kılabileceğini ve hatta hukuk devleti itirazına da güçlü bir yanıt ortaya koyabileceğini; ancak Hart'ın bu yola gitmediğini dile getirmiştir. Bu konudaki diğer eleştirel değerlendirmeleri için bkz. LACEY, "The Path Not Taken...", s.649-651.

⁹³ Bkz. HUTCHINSON, Allan C.: "Chewing Cud: Revisiting Hart and Jurisprudence", *Jurisprudence*, 5(1), 2014, s.29-40.

⁹⁴ Bkz. HUTCHINSON, özellikle s.36-39.

IV. SONUÇ

Hart'ın Amerika'da geçirdiği akademik dönem, hukuk teorisi alanına kazandırdığı pek çok çalışmanın da temellerinin atıldığı bir dönem olarak gösterilmektedir.⁹⁵ Bu dönemde kaleme aldığı “Takdir” başlıklı metnin incelediği pek çok husus daha sonra, çeşitli çalışmalarında yer almıştır. Bu bakımdan, söz konusu metin öncesi erişebildiğimiz Hart literatürü içerisinde, ilgili takdir tartışması belirli ölçüde ve hâlihazırda yapılmış durumdadır. Bununla birlikte kavrama ilişkin öncelikli olarak tartışmaya değer görülen temel soruların saptanmasıyla, yargı mekanizması içinde olduğu kadar bunun dışındaki alanda da takdir kullanımına ilişkin yaptığı tasnif ve analizlerle, bir yöntem olarak sıkça kullandığı dilsel-kavramsal analizin herhangi bir hukuki kavramın anlaşılmasındaki yerini göstermesi bakımından başvurduğu örneklerle bu metin, Hart çalışmaları açısından çeşitli bağlantıların daha rahat kurulmasına imkân veren bir başvuru kaynağı niteliğindedir.

Bu metin içinde Hart'ın takdiri, keyfi ve kişisel belirlenimlerden etkilenen seçimlerden farklı bir biçimde, belirli sınırlamaları ve gerekleri karşılaması gereken bir hukuk yapma yolu olarak açıkladığını görmekteyiz. Bu sınırlandırma kaynakları ve yol gösterici araçlar düşünürün kaçınılmaz gördüğü hukuki belirsizlik tartışmaları açısından da önemlidir. Çünkü Hart'a göre, bir karar verme biçimi olarak gereği gibi kullanılması halinde belirsizliği giderme aracı niteliği taşıyan takdir, hukuk devleti açısından bir tehlike değil, bir kazanım olarak görülebilecektir.

Hart hukuk uygulamasında takdiri, pratik bilgeliği, sağduyu, basiret gibi olanakların kullanımına imkân veren “entelektüel bir erdem” olarak nitelendirmektedir. Sonraki çalışmalarından *The Concept of Law*'da da hukukta karara ulaşma süreçleri içerisinde yargıçtan beklenen “karakteristik yargısal erdemler”e tekrar değinmektedir. Bununla birlikte, “Takdir” metni içerisinde faaliyetin kapsamı ve sınırları açısından, bu türden önemli belirleyenler ve ölçülerin nasıl etkin ve kontrol edilebilir biçimde kullanılabilmesine ilişkin detaylı bir analiz sunulmamaktadır. Bu durum, her ne kadar gerekçelendirme, kurumsal rollerin gerekleri, rasyonellik gibi sınırlamalar içerse de belirli bir tercihin ortaya konması anlamına gelen takdir faaliyetinin metinde sunulan çerçevesini, yukarıda sayılan katkılarına rağmen eleştiriye açık hale getirmektedir.

⁹⁵ LACEY, “The Path Not Taken...”, s.637. Lacey'nin, Hart üzerine ünlü biyografik çalışmasının düşünürün Harvard'da geçirdiği dönemi anlattığı bölümü için bkz. LACEY, Nicola: *A Life of H.L.A. Hart-The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, New York 2004, s.179-208.

KAYNAKÇA

- BIX, Brian H.: “H.L.A. Hart and the ‘Open Texture’ of Language”, *Law and Philosophy*, 10(1), 1991, s.51-72.
- BIX, Brian: *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford University Press, New York 1993.
- BIX, Brian H.: *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, New York 2004.
- DWORKIN, Ronald: *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald: *Hakları Ciddiye Almak*, çev.: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2007.
- DWORKIN, Ronald: “Hart’s Posthumous Reply”, *Harvard Law Review*, 130(8), 2017, s.2096-2130.
- DWORKIN, Ronald: *Hukukun Hükümranlığı*, çev.: Ertuğrul UZUN, Nora Kitap, İstanbul 2018.
- FULLER, Lon L.: “Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, 71(4), 1958, s.630-672.
- FULLER, Lon L.: *The Morality of Law*, Yale University Press, USA, 1969.
- FULLER, Lon L.: “Pozitivizm ve Hukuka Bağlılık-Profesör Hart’a Bir Cevap”, H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı içinde, GÜRLER, Serca (ed.), çev.: Sevtap METİN, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s.153-215.
- FULLER, Lon.L.: *Hukukun Ahlakı*, çev.: Engin ARIKAN, Tekin Yayınevi, İstanbul 2016.
- HART, H.L.A.: “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 71 (4), 1958, s.593-629.
- HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, New York 1994.
- HART, H.L.A.: “Discretion”, *Harvard Law Review*, 127(2), 2013, s.652-665.
- HART, H.L.A.: “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, H.L.A. Hart ve Hukuk- Ahlâk Ayrımı içinde, GÜRLER, Serca (ed.), çev.: Ertuğrul UZUN, Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s.101-151.
- HUTCHINSON, Allan C.: “Chewing Cud: Revisiting Hart and Jurisprudence”, *Jurisprudence*, 5(1), 2014, s.29-40.
- İSPİR, Zeynep: “H.L.A. Hart’ta Açık Metin Kavramı”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.
- İSPİR, Zeynep: “Hart-Fuller Tartışması- ‘Parka Taşıt Giremez’ Kuralı Üzerinden Bir Değerlendirme, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V Sempozyumu, İstanbul 2010, Yayımlanmamış Tebliğ Metni.
- LACEY, Nicola: *A Life of H.L.A. Hart-The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, New York 2004.
- LACEY, Nicola: “The Path Not Taken: H.L.A. Hart’s Harvard Essay on Discretion”, *Harvard Law Review*, 127(2), 2013, s.636-651.
- SCHAUER, Frederick: “A Critical Guide to Vecihles in the Park”, *New York University Law Review*, 83 (4) 2008, s.1109-1134.
- SHAW, Geoffrey C.: “H.L.A. Hart’s Lost Essay: Discretion and the Legal Process School”, *Harvard Law Review*, 127(2), 2013, s.666-727.
- SHAW, Geoffrey C.: *The Rise and Fall of Liberal Legal Positivism- Legal Positivism, Legal Process and the H.L.A. Hart’s America 1945-1960*, Oxford University, 2013. ([https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:e7ea644b-0d13-4a60-8993e4119404a5ca/download_file?file_format=pdf&safe_filename=Hart_DPhil.pdf](https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:e7ea644b-0d13-4a60-8993e4119404a5ca/download_file?file_format=pdf&safe_filename=Hart_DPhil.pdf&type_of_work=Thesis) &type_of_work=Thesis, Erişim tarihi: 10.10.2019.)
- SURLU, Aydan Ömür: “H.L.A. Hart’ta Yargıcın Takdir Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2(2), 2009, s.483-489.
- ŞAHİN CEYLAN, Şule: *H.L.A. Hart’ın Hukuk Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı*, İkinci Baskı, Derin Yayınları, İstanbul 2010.
- UYGUR, Gülri: “Objektiflik, Hukuk ve Ronald Dworkin”, *Aydınlanma ve Hukuk- Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye’de Hukuk*, Hazırlayan: Levent Köker, Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, İstanbul 2008, s.30-42.
- UZUN, Ertuğrul: “H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş* içinde, UZUN, Ertuğrul (ed.), İthaki Yayınları, İstanbul 2015, s.139-165.
- ÜYE, Saim: “Gündelik Dil Felsefesi, Betimleyici Sosyoloji ve Eleştirelilik”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 27(114), 2014, s.361-380.