



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 25 Sayı/No: 2 Aralık/December 2021

**Otantik Yorum\***

Authentic Interpretation

Timothy ENDICOTT\*\*

Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI\*\*\*

**ÖZ**

Hukuk mirasımızda önemli fakat büyük ölçüde unutulmuş bir konuyu, yani ‘yasaların yorumu, yasa koyucu tarafından yapılır (İngiliz hukuku bakımından ‘kuralı’ da denebilir)’ düşüncesini tartışarak, hukuki yorum ilkelerinin belirlenmesi meselesini ele alacağım. Otantik yorumun yasa koyucu tarafından yapılan yorum olduğu düşüncesi, Roma imparatorları Konstantin ve Jüstinyen ile, Bracton, Aquinas, İngiltere Kralı I. James, Hobbes ve Bentham’ı bir araya getirdi. Daha 17. yüzyılın başlarında, İngiltere’de yeni bir modern yaklaşım ortaya çıkıyordu. Bu modern yakla-

\* Bu makalenin “Authentic Interpretation” adlı İngilizce aslı şurada yayınlanmıştır: Ratio Juris, Vol. 33, No. 1, 2020, pp.6-23. Burada yayımlamak için yazarından izin alınmıştır.

\*\* Oxford Üniversitesi, Email: timothy.endicott@law.ox.ac.uk.

\*\*\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

E-posta: ikokusari@erzincan.edu.tr. ORCID: 0000-0003-0045-5868.

Çeviri/Translation

Çeviri Geliş Tarihi: 29.11.2021 / Çeviri Kabul Tarihi: 08.12.2021.

Atf: Timothy Endicott (Çev. İsmail Köküsarı), “Otantik Yorum”, EBYÜ-HFD, C. 25, S. 2, Aralık 2021, (211-236).

şım, yorum yapma yetkisini yasama organından alıyor ve bağımsız mahkemelere veriyordu. Ben, modern yaklaşımın lehinde bazı ikna edici genel argümanlar olduğunu ileri süreceğim. Fakat, yorumlama yetkisinin yasa koyucuya verilmesi gerektiği intibamı uyandıran bazı argümanları da ortaya koymakta yarar var. Ayrıca modern yaklaşımın bazı eksikliklerini de ortaya koymak gerekir; ben bu eksikliklerin, yargıçların yasaları nasıl yorumlayacaklarına dair zor soruyla yakından ilgili olduğunu iddia edeceğim.

**Anahtar Kelimeler:** yasama yorumu, AB Adalet Divanı, Sturgeon kararı, yorum ilkeleri, Ortak Hukuk.

### ABSTRACT

I approach the identification of the principles of legal interpretation through a discussion of an important but largely forgotten strand in our legal heritage: the idea (and at some points in English law, the rule) that the interpretation of legislation is to be done by the lawmaker. The idea that authentic interpretation is interpretation by the lawmaker united the Roman emperors Constantine and Justinian with Bracton, Aquinas, King James I of England, Hobbes, and Bentham. Already in the early 17th century, a new modern approach was emerging in England. The modern approach separates the interpretive power from the legislative power, and allocates the interpretive power to an independent court. I argue that there are some cogent, general considerations in favour of the modern approach. But it is worth identifying the elements of good sense that made it seem that the interpretive power ought to be reserved for the lawmaker. And it is worth identifying the drawbacks in the modern approach; I argue that they are highly relevant to the complex question of how judges ought to interpret legislation.

**Keywords:** interpretation of legislator, EU Court of Justice, Sturgeon case, principles of legal interpretation, Common Law

### 1. Yorum ve Hukukun İki Görünümü

Hukuki yorum, hukukun normatif ve olgusal görünümleri arasındaki hayati bir bağıdır. Profesör Robert Alexy (2010)'nin belirttiği gibi, hukukun bu iki görünümü *karşılıklı (dual) ilişki içerisinde*<sup>1</sup>. Normatif yönü, hu-

---

<sup>1</sup> Alexy, 2013, 97: “hukuk zorunlu olarak gerçek ve olgusal boyut ile ideal ve eleştirel boyuttan oluşur. Olgusal boyut, yetkililerce çıkarılmayı ve toplumsal etkililiği, ideal

kukun, “siyasal bir toplulukta nasıl hareket edilmesi gerektiği ile ilgili birbirine bağlı sorular dizisini cevaplayan dinamik bir normlar sistemi” olarak varlık göstermesidir. Olgusal tarafı ise, tarihi olaylar dizisidir; dahası şundaki kişi ve kurumların tasarruflarının bütünüdür. Bu olaylar dizisi ile tasarruflar bütünü (bunların birleşimini, “uygulama” olarak adlandırabiliriz) olgusal bir mesele olarak dışsal bir bakışla (sizin ve benim *gözlemci olarak* kabul edebileceğimiz bakış açısı) fark edilebilir. Hukukun olgusal yönü, onun bir uygulama olarak mevcudiyetidir (hukuku bir normlar sistemi olarak gören uygulama ile kararların -yasal, idari, yargısal, kamusal ve özel- normatif güce sahip olduğunu kabul eden uygulama dahil). Normlar, içsel bakış açısıyla da belirlenebilir/teşhis edilebilir (sizin ve benim ne yapılacağı ile ilgili *karar veren* olarak kabul edildiğimiz bakış açısı); bununla birlikte, anlayabildiğimiz kadarıyla, herhangi birimiz sistemin normlarını ona bağlı kalmadan veya bu bakış açısına sahip olmadan da teşhis edebiliriz.

Hukukun iki görünümü, onlar arasında var olan bağ nedeniyle *karşılıklı (dual) ilişki içerisinde*dir. Ve hukuki yorum, “uygulama olarak hukuk” ile “hukukun normatif içeriği” arasındaki hayati bir bağdır. Hukuki yorum, hukukun bu iki görünümü arasında doğru bir bağlantı kurulduğu sürece, ilkelere dayanan bir faaliyet olabilir.

Kanaatimce hukuki yorum, ilkelere dayanan bir faaliyet olabilir. Bu makalede, bunun temel ilkelerini ortaya koymaya çalışacağım. “İlkeler” terimi ile, sizin, benim ve hukuki yorumla uğraşan herkesin, bir yorumcu olarak nasıl davranacağımızı belirlerken takip edeceğimiz akıl yürütme sırasında, yani yorumlayıp yorumlamama, yorumlanacak şeyin ve iyi yorumun ne olduğu (ve hangi farazi yorumların yorum olmadığı) konusundaki akıl yürütme esnasında benimsememiz gereken soyut büyük önermeleri kastediyorum. Bu ilkelere hiçbir şekilde uymuyorsak, biz aksini düşünsek de, gerçekte yorum yapmıyor olacağız. İyi yorum yapmak için bu yorum ilkelerine harfiyen ve içtenlikle uymamız gerekir.

---

boyut ise ahlaki doğruluğu ifade eder”. Kanaatimce, gerçek (real) ve ideal terimleri yanıltıcıdır: Hukukun normatif yönünün olgusal yönünden daha az gerçek olduğunu düşünmüyorum, her bir norm ile ideal (umulan veya ilham alınan şey olarak anlaşılır) arasında bir ilişki olsa da, “ideal olarak ne yapılması gerektiğinden” ziyade “ne yapılması gerektiğine” odaklanırım. Bu nedenle, hukukun olgusal ve normatif yönlerine odaklanacağım.

Hukuk mirasımızda önemli fakat büyük oranda unutulmuş bir konuyu, yani ‘yasaların yorumu, yasa koyucu tarafından yapılır düşüncesini (İngiliz hukuku bakımından ‘kuralı’ da denebilir)’ tartışarak, hukuki yorum ilkelerinin belirlenmesi meselesine yaklaşacağım. Bu düşünce, sadece kuralı koyan otorite tarafından yapılan yorumun, otantik olabileceğidir. *Otantik yorum* esasında, *yorumun yasa koyucu tarafından yapılması* anlamında kullanılan eski teknik bir terimdir. Ayrıca, yorum yapmayı yasa koyucudan (ve diğer kural koyuculardan) alarak, bağımsız mahkemelere veren modern görüşün lehinde bazı ikna edici ve genel argümanların olduğunu ileri süreceğim (4. Bölüm). Fakat, modern görüşün, kuvvetler ayrılığının yeni bir biçimi olduğunu (günümüz hukuk öğrencilerinin varsaydığı gibi hukukun doğasının zorunlu bir gereği olmadığını) hatırlatmakta yarar var. Ayrıca, yorumlama yetkisinin yasa koyucuya verilmesi gerektiği intibamı uyandıran bazı argümanları belirtmeyi de faydalı görüyoruz. Yine, modern yaklaşımın, yargıçların nasıl yorum yapması gerektiğine dair zorlu soruyla yakından ilgili bazı eksikliklerini ortaya çıkarmak da konumuz açısından önemlidir.

Bizim argümanımız, şimdi açıklayacağım ve savunacağım “hukuki yorumun temel ilkeleri” görüşünü desteklemektedir:

0. Yasallık (legality) ilkesi;
1. Yasama yetkisinin tanınması ilkesi;
2. Yorum yapma yetkisinin tanınması ilkesi;
3. Hukuki yorumun gayesinin “hukukun icrası için bir norm temin etmek” olduğu ilkesi;
4. Yorum yetkisinden kaynaklanan takdir yetkisinin adil ve kamu yararına uygun bir şekilde kullanılması ilkesi.

Ayrıca bizim argümanımız, bu ilkelerle ilgili şu genel kanaati de desteklemektedir: Eğer yorumcu hukukun iki görünümü arasında doğru bir bağlantı kurmak durumundaysa, söz konusu ilkeler hukuki yorumun taşınması gereken yapısal zorunluluklardır. Hukuki yorum, kural koyma *olgununun normatif* etkisini belirler.

Tartışmayı somutlaştıracak bir örnek dava olarak, Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) *Sturgeon v Condor* kararına burada yer vereceğim<sup>2</sup>. Bu, benim sık kullandığım ve sizin de karşılaşmış olabileceğiniz kararlardan biridir, ki bu kararda yaptıkları şey yorumdan başka bir şeye

<sup>2</sup> 19 Kasım 2009 Tarihli Karar, *Sturgeon v. Condor Flugdienst GmbH*, Joined Cases C-402/07 ve C-432/07, EU:C:2009:716 (Bundan sonra *Sturgeon v Condor* veya *Sturgeon* olarak anılacak).

benzemekle birlikte, yargıçlar kendi kararlarının yoruma dayandığını belirtmişlerdir. Pek tabii siz, onların hiçbir şekilde yorum yapmadıklarını düşünseniz de, bu gibi kararlara ulaşılırken kullanılan akıl yürütme sürecinin, ‘(kendilerinin ve toplumlarının) kurallara uymasını sağlamakla, kamuya açık karar vermekle ve kullandıkları akıl yürütmenin gerekçesini göstermekle görevli önde gelen yargıçlarca’ “yorum” olarak adlandırılması, ağzımı açık bıraktı.

## **2. *Sturgeon v Condor*: Hukuki Yorum veya Tüzüğün Yargıçlarca Değiştirilmesi?**

*Sturgeon v Condor* davası, uçuşlarının iptal edilmesi halinde hava yolu ile seyahat edenlere tazmin hakkı veren AB Tüzüğü ile ilgilidir. Eğer uçuş sadece ertelenirse, söz konusu Tüzük tazminat hakkı tanımamaktadır<sup>3</sup>. Uçuşu iptal edilmeyen ve fakat ertelenen bazı kişiler, AB Adalet Divanına tazminat haklarının var olduğu noktasında dava açtılar. Davacılar, uçuşun uzun süre ertelenmesinin de iptale benzer bir sonuç doğurduğunu iddia ettiler. Gerçekten de, eğer siz üç günlük tatile gidecekseniz ve uçuşunuz üç gün ertelenmişse, ertelemenin planınıza etkisi iptal etmekle aynı olduğu için, davacıların haklılık payı vardı.

Savcı (müdde-i umumi/advocate general) Eleanor Sharpston’ın görüşüne göre, davacılar “ertelemenin iptal kadar kötü sonuç doğuracağını iddia etmekte” haklıydılar. Fakat, savcı bakımından, iptal ile ertelemenin arasındaki farktan kaynaklanan kaçınılmaz bir problem vardı, o da, ‘erteleme ne kadar sürerse iptal gibi hukuki muamele görebilir’ sorunudur. Savcıya göre yargıçlar bu sorunu çözüme kavuşturamazdı; çünkü onların esas işi Tüzüğü yorumlamaktı. Söz konusu sorun (ertelemenin iptaldeki kötü sonuçları doğuracak kadar uzun sürmesi halinde, ertelemeyi iptal olarak görmeyi ihmal etme), Divan tarafından çözülemezdi, dolayısıyla yasa organına bırakılmıyordu.

Uçuşun ne kadar süreyle ertelenmesi halinde tazminat hakkı verileceğini [ç.n.] (*sihirli rakamı*) belirleme yetkisi yasamanın imtiyazındadır.

---

<sup>3</sup> “uçuşun iptali halinde, ilgili yolcular tazminat hakkına sahip olacaktır”. Erteleme halinde, “[...] yolculara yiyecek ve içecek, gerekiyorsa otelde konaklama imkânları tanınacaktır [...]”. Uçağa alınmama ve uçuşların iptali veya uzun süreli erteleme durumunda yolculara tazminat ve yardıma ilişkin ortak kuralları belirleyen ve 295/91 sayılı Tüzüğü yürürlükten kaldıran Avrupa Parlamentosunun ve Konseyinin 261/2004 sayılı ve 11 Şubat 2004 tarihli Tüzüğü. *Official Journal* L 046 of 17 Şubat 2004.

[...] Bir kimsenin belirleyeceği herhangi bir süre, Tüzüğün açıkça içermediği bir anlamı yüklemek ve yasama yetkisinin yargı tarafından gaspı olacaktır. [...] Alttı yatan sorun, ne kadar yapıcı olursa olsun, yorum yoluyla çözülemez. [...] <sup>4</sup>

Divandaki Savcı, belirli bir tarafın avukatı değil, fakat yargıçların karara ulaşmasından önce onlara yardımcı olmak için görüş bildiren bir görevlidir. *Sturgeon* kararında, Savcının argümanları yargıçları kısıtlamadı. Yargıçlar, AB hukukunun genel ilkelerinden biri olan “eşitlik ilkesine” dayandılar ve bu ilkenin, Tüzüğü “tazminat hakkı verecek şekilde yorumlamayı gerektirdiğini” savundular. Savcının, yorumun sınırları ile ilgili görüşünden bahsetmeksizin, yargıçlar, savcı tarafından “sihirli rakam” olarak adlandırılan üç saatlik erteleme süresini benimsediler.

*Hava yolcularının iptal veya uzun süreli erteleme halinde uğradıkları zararların kıyaslanabilir (benzer) olduğu nazara alındığında, uçuşları ertelenen yolcular ile iptal edilen yolcular, eşit muamele ilkesi ihlal edilmeksizin, farklı bir muameleye tabi tutulamaz. [...] uçuş ertelemesi 3 saate eşit ve daha fazla bir zaman kaybına yol açarsa, 261/2004 sayılı Tüzük hükümleri uçuşu ertelenen yolcular ile uçuşu iptal edilenlere benzer muamele edilecek şekilde yorumlanmalı [...] <sup>5</sup>*

Yargıçlar, yasama organının erteleme ile iptal arasında oluşturduğu farkı ortadan kaldırdılar. Onlar, yasama organının iptalden kaçınarak erteleme yoluna gitmeleri için hava yolu şirketlerine tanıdığı imkânı anlamsız kıldılar. Ayrıca yargıçlar, ilgayı Tüzüğün yorumu olarak takdim ettiler. Savcı ise kendi görüşünde, Divanın söz konusu uyuşmazlık çözme yöntemini ‘*yorum*’ olarak tasnif etmedi. Ayrıca kararda, Divanın bu yöntemi, ancak hava yollarını 261/2004 sayılı Tüzüktekinden farklı bir şekilde düzenlemek için Divanın kendisi tarafından çıkarılan yeni bir tedbir olarak görülürse savunulabilirdi. Oysa Divan Tüzüğü değiştirdi.

Böyle bir tedbir alması, Divan açısından hatalı mı olurdu? Belki de, AB hukuku, AB Adalet Divanının, ‘yasa koyucu tarafından öngörülmeven yeni yükümlülükler ihdas etmek ve yeni haklar bahşetmek için Tüzükleri değiştirme yetkisine sahip olmasına imkân verecek’ derecede (Divan’ın

<sup>4</sup> Savcı Sharpston’ın *Sturgeon v Condor* (2 Temmuz 2019) kararındaki görüşü, EU:C:2009:416, paragraf 93–97.

<sup>5</sup> *Sturgeon v Condor*, paragraf 60 ve 69. Divan, 3 saatlik süreyi sihirli bir rakam olarak kabul etti; çünkü Tüzük, uçuşun iptal edilmesi halinde, eğer yolcular normal uçuş süresini 3 saat aşmadan yönlendirme uçuş ile varış yerine ulaşırlarsa, hava yolu şirketinin yolcuların zararını karşılamak zorunda olmayacağını düzenlemiştir (Regulation (EC) No 261/2004, Article (5)(1)(c)(iii).

kendi yargı yetkisini genişletmesi ve AB hukukunun genel ilkelerine ilişkin verdiği kararlar yoluyla) dönüştü. Bu fikrin kendine has yanı, tabii ki, yargıçların bunu böyle değerlendirmemesidir. Elbette Divan, Anlaşmaların yasa koyuculara tanıdığı yeni AB tüzükleri ihdas etme yetkisi gibi açık uçlu bir kural koyma yetkisinin varlığını iddia etmedi. Ayrıca, Divan, ‘eğer erteleme nedeniyle tazminata hükmetme gerekçeleri uçuşun iptali nedeniyle tazminata hükmetme gerekçeleri kadar güçlüyse, bütün kişilerin davalı şirkete karşı eşit muamele ilkesi kapsamında tazminat isteme hakkının olacağını kabul eden’ genel bir kural da koymadı. Divan hava yolu yolcularının, sadece Tüzükte belirtilen tazminat ile benzer/kıyaslanabilir bir zarara uğraması halinde yeni bir tazminat isteme hakkı yaratma yetkisini kendinde görmüştür<sup>6</sup>. Divan’ın “eşitlik ilkesi” altında talep ettiği yetki, yasama organının koyduğu tedbirle ‘belirsiz, yeterince belirtilmemiş bir benzerliğe (comparability) sahip olma’ (bir tür yaklaşık durum gibi görünen) koşulu ile kısıtlanmıştır. Divan yasa koyucunun Tüzükte düzenlediğiyle kıyaslanabilir bir yeni yükümlülük yaratabilecektir, fakat bu benzerlik yakın bir benzerlik olmalıdır.

Dolayısıyla, Divanın Sturgeon kararında ‘genel bir ilkeyi’ uygulamak için bir kuralı değiştirdiğini söyleyebiliriz. Her ne kadar AB hukukunda onun için kullanılan bir terim olsa da, söz konusu genel ilke, eşitlik ilkesi değildir. Ayrıca, bu genel ilke, bir ayrımcılık yasağı ilkesi de değildir, çünkü ayrımcılık temeline dayanmıyor. Divan’ın dayandığı ilke, ‘bir davalının koşullarının, AB hukukunda lehine menfaat tanınan başka kişilerin koşullarına *benzer olduğu*’ bir eşitlik ilkesidir.

Burada, bana göre, Profesör Alexy’nin teorisi gibi maddi ilkeleri hukukun bir parçası olarak gören ve ilkeleri (eşitlik ilkesi gibi) bir optimizasyon şartı olarak ele alan anlayış açısından bir sorun var gibi görünmektedir<sup>7</sup>. Maddi ilkeler, hukukun belirli bir değeri geliştirip temin etmesini şart koşar. Ya AB yasaması, AB hukukunun maddi ilkeleriyle uyumsuz bir kural koyarsa? Bir kural, kuraldaki istisnai durumlar hariç, o kuralın içinde yer alan şartlara göre hüküm doğuracak olan emredici bir normdur. Bir optimizasyon (en iyi duruma getirme ç.n.) şartı -Alexy’nin teorisinde

<sup>6</sup> Yakın analogilere yönelik belirsiz sınırlamasıyla, ‘kıyaslanabilirlik şartı’ 9 Eylül 2004 tarihli *Spain v Commission* kararında ifade edildi. *Spain v Commission*, C-304/01, EU:C:2004:495, paragraf 31.

<sup>7</sup> Bkz. Alexy, 2005. Optimizasyon koşulu için, bkz. Alexy, 2002, 47–8.

bir ilke- aynı düzeydeki başka değerlerle dengelenmelidir<sup>8</sup>. Alexy'nin teorisinde, ilkeler birbiriyle eşölçülebilirdir ve bu görüşe göre AB hukuku, potansiyel olarak, ilkeler bütünü'nün birbiriyle tutarlı bir uygulaması olarak görülebilir. Fakat burada şöyle bir sorun var: İlkeler, optimizasyon şartı olmayan kurallarla nasıl eşölçülebilir?<sup>9</sup>. Eğer biz AB hukukunun içeriğini bir ilkeler bütünü olarak görüyorsak, eğer kurallar optimizasyonu dışlayan emredici normlarsa, o zaman bizim ona kuralları nasıl dahil edebildiğimizi anlamıyorum<sup>10</sup>.

Hukuki ilkeler, en iyi şekilde, optimizasyon şartı olarak değil, sağlam bir hukuki argüman için gerekli olan “soyut ve normatif büyük önermeler” olarak anlaşılabilir<sup>11</sup>. Ve bunlar, hukuk kurallarının varlığı ile de uyumludur. Eşitlik, pekala AB hukukunun genel bir ilkesi olabilir ve benzer davaların genellikle aynı şekilde ele alınacağı (ya da belirsiz yakınlık şartını karşılıyorsa, belki de benzer davaların genel olarak aynı şekilde muamele göreceklere) soyut bir önerme olabilir. Fakat bu ilke, uçuşun ertelenmesi nedeniyle tazminat verilmesi yönünde bir madde eklemek için bir tüzüğü değiştirmeye yetmez. Çünkü AB Adalet Divanının bir düzenlemeyi değiştirebileceği ve değiştirmesi gerektiği sonucunu desteklemek

<sup>8</sup> Ibid. Optimizasyon şartlarının çoğunlukla birbiriyle eşölçülemez olduğu noktasında bkz. **Endicott**, 2014b.

<sup>9</sup> HLA Hart, Ronald Dworkin'in hukukta ilkelerin rolüne ilişkin görüşünde benzer bir sorun buldu ve bir kural ile ilke arasındaki çatışma ihtimali nedeniyle, Dworkin'in teorisinin (ki bu teoride ilkelerin ağırlığı vardır, fakat kurallar ya hep ya hiç şeklinde uygulanır) tutarlı olmadığını iddia etti. Bkz. **Hart**, 2012, 262.

<sup>10</sup> Profesör Alexy, (Alman Anayasası'nın 102. maddesinde ölüm cezasının yasaklanmasındaki gibi) anayasal hak oluşturan kuralların “kesin bir şekilde bağlayıcı” olduğunu ve “pozitif ve emredici boyutun” öncelikli olduğunu belirterek, bu ikilemi ortaya koymuştur. Fakat, ona göre, bu öncelik sadece ilk bakışta (prima facie) ve kuralların bağlayıcılık gücü, “anayasal otoriteye sahip şekli ilkelerin ağırlığından daha ağır” bir ilkenin gücüyle sınırlıdır (**Alexy**, 2014, 62–3). Böylece, belki de bu teoride, kurallar sadece ilk bakışta etkiye sahiptir. Fakat o zaman ikilem, paradoks haline gelir. Çünkü Alexy'nin şu tanımına benzer bir kural yoktur: “eğer bir kural geçerliyse ve uygulama koşulları ortaya çıkmışsa, kesinlikle o kuralın emrettiği şeyin yapılması gerekir” (ibid., 52).

<sup>11</sup> *Bir Argümantasyon Teorisi (A Theory of Legal Argumentation)* adlı eski çalışmasında, “insan onuruna saygı duyulmalıdır” ve “benzer durumlara benzer muamele edilmelidir” şeklindeki ilkeler ile ilgili olarak Alexy şunu belirtti: “Çok yüksek derecede genel olması sebebiyle, bu ilkeler bir kararın gerekçelendirilmesinde doğrudan kullanılamaz. Ek normatif önermelere ihtiyaç vardır” (**Alexy**, 1989, 243). İlkelere yönelik bu yaklaşımı, onların optimizasyon şartı olduğuna dair iddiadan daha cezbedici görüyorum.



için daha fazla önermeye (sadece benzer davaların aynı şekilde ele alınmasına ilişkin soyut genel önermeye – ilkeye değil) ihtiyacınız var. Bu sadece eşitlik ilkesini değil, yetki devrini de gerektirir. Eşitlik ilkesi, takdir yetkisini şu ya da bu şekilde kullanmanın lehinde bir gerekçe olabilir, fakat mahkemenin takdir yetkisinin olmadığı durumlarda, bu yetkinin varlığını iddia etmek için olamaz.

AB hukukunu Antlaşmaların sunduğu şekilde, yani yasa yapma yetkisine yasa koyucuların sahip olduğu bir rejim olarak, anlamanın en iyisi olduğunu düşünüyorum<sup>12</sup>. Bu nedenle (ve eşitlik ilkesi gibi ilkeler, Sturgeon’daki davacılara, AB yasamasının tanıdığı hak gibi bir hak tanımak için temel oluşturmaya yetecek bir işlev göremeyeceği için) Sturgeon gibi davalardaki kararı bir kural koyuculuk olarak tanımlamak en iyisidir. Bu, AB Adalet Divanının kendi doktrininde yer alan fakat Anlaşmalar tarafından tanınmamış “tüzüğün hükümlerinin hukuki sonuçlarını değiştirme yetkisinin” kullanımınıdır.

Şimdi varsayalım ki siz bu sonuca (ve savcının görüşüne) katılıyorsunuz. Yani, Sturgeon’daki karar, bir tüzüğün yargı tarafından değiştirilmesi sonucunda verilmiştir. Yargıçlar, yaptıkları şeyi nasıl yorum olarak -yani 261/2004 sayılı Tüzüğün ne anlama geldiğinin açık bir şekilde ifadesi olarak<sup>13</sup>- sunuyorlar? Eğer savcının görüşüne katılıyorsanız, bu yorumun onların vardığı sonucu desteklemediğini söyleyeceksiniz, fakat onların iyi niyetli veya ciddi olduğundan şüphelenmek için de ortada bir sebep yoktur. Yargıçlar rol yapmıyordu. Onlar, kendilerinin görevinin Tüzüğü, “uçuşun ertelenmesi halinde tazminat talep etme hakkının var olduğunu çıkarsayacak şekilde yorumlamak” olduğuna, kesin bir şekilde ikna olmuşlardı. Onların, bu kararı, kendilerine ve halka nasıl bu şekilde sunabildiklerini sormak lazım.

Varılan bir sonucun, yorum olarak adlandırılması için ne gereklidir? Bu sonuç, soyut ve tümel yorum önermelerine yani yorum ilkelerine dayanmalıdır. Sturgeon davasında yargıçların yaptıkları şey için yorum kelimesini kullanıp kullanmamamız beni çok ilgilendirmiyor. Yorum kelimesi, büyük ölçüde esnek bir kelimedir. Fakat, yorum ilkelerinin verilen

---

12 “Birliğin yetkilerinin uygulanması için, kurumlar [Konsey, Komisyon ve Parlamento] düzenlemeler çıkaracaktır” (Avrupa Birliğinin Çalışması Üzerine Anlaşmanın 288. maddesi).

13 *Sturgeon v Condor*, paragraf 69.

kararı destekleyip desteklemediğini sormak gerekir. Eğer öyleyse, o zaman Divan'ın yorumu gerçek/özgün bir yorumdu.

### 3. Otantik Yorum - Gelenek

Bizim ortak mirasımız, gerçek hukuki yorum için rehber bir ilke sunmaktadır. Jüstinyen'den Bracton'a, Aquinas'a, Hobbes'a ve Bentham'a kadar büyük tarihi şahsiyetlerin tümü, temel yorum ilkesinin “eğer yorum bir hukuki sonuç doğuracaksa, o zaman kuralı koyan merci tarafından yapılmalıdır” ilkesi olduğunu düşündü. Bu düşünce Kıta Avrupa hukukunun (civil law)<sup>14</sup> köklü bir ögesi idi ve Ortak Hukuku (common law) da etkiledi. Günümüzde, kuralı koyan tarafından yapılan yorumu “otantik yorum (authentic interpretation)” olarak adlandırmayı büyük oranda unuttuk.

Bu kural, bir zamanlar İngiliz hukukunun bir kuralıydı. Henry de Bracton adı altında basılan güvenilir bir 13. yüzyıl Ortak Hukuk araştırması, bu dönemde yargıçların kanunları yorumlayamadığını ifade etti:

*Özel kişiler kralların davranışlarını sorgulayamaz, yargıçlar da kraliyet işlemlerinin anlamını tartışamazlar: İçlerinde bu yönde bir şüphe doğsa bile onu çözemeler. Muğlaklık ve belirsizlik söz konusu olduğunda, bir ifade iki anlama geldiğinde, yüce kralın yorum ve onayını beklemek gerekir, çünkü kendi davranışlarının yorumunu yapmak ona aittir<sup>15</sup>.*

Bracton'a göre yargıçlar, sözleşmeleri yorumlayabilirler. Eğer sen ve ben bir sözleşme yapmışsak, ortak kural koyucuyuz demektir ve otantik

<sup>14</sup> “[...] Kıta Avrupası kanun teorisi, “yasaları genel bağlayıcı bir şekilde ancak yasa koyucunun açıklayabileceği” yönünde olmuştur. Kanunu çıkaran kurum tarafından yapılan bir otantik yorumun olduğu haller hariç, Kıta Avrupası kanun teorisi yargıcın yorum konusunda tam bir özgürlüğü haiz olduğunu savunur. Başka hiç kimse bu yorum ile bağlı değildir ve kendisinin de başka bir davada bu yorumu takip etme zorunluluğu yoktur. Bir otantik yorum yapılan kadar, konu diğer davalar açısından çözümsüz kalır” (Pound, 1946, 273). John Austin (1861, 19) Kıta Avrupası (civil law) hukukundaki otantik yorum geleneğine aşinaydı. Ona göre “yasamanın pozitif hukuku açıklamak için çıkardığı kanunların kelimenin tam anlamıyla kanun olarak adlandırılması mümkün değildir [...] onlar tam olarak yasama kuvvetince yapılan yorum kanunlarıdır. Veya Roma hukuku çalışan yazarların ifadesiyle, onlar otantik yorum kanunlarıdır. Austin, otantik yorumun, kıyas, ölçülülük ve eşitliğe dayanan gerçek olmayan geniş yorumun zıttı olduğunu iddia eder” (ibid., 1xviii). Sturgeon'daki yorum, mahkemenin kuralı, kıyaslanabilir olaya teşmil ettirdiği genişletici bir yorumdu.

<sup>15</sup> Bracton, 1997, vol. 2, s.109. Benzer şekilde, 1215'in Northampton Eyre'sındaki Gilbert de Clare davasında “seleflerinin çıkardığı fermanları ancak kralın yorumlayabileceği” iddia edildi (Brand, 2005, vol. 3, 122 SS 245-9 [85 Northants. 11]).

yorum ancak bizim yorumumuzdur; fakat eğer biz yorum konusunda uzlaşamaz ve mahkemeye gidersek, yargıçların otantik yorum yapması çok mümkün olmaz ve onun yerine başka bir şey yapmaları gerekir. Benzer şekilde Bracton'a göre, yargıçlar vasiyetnameleri de yorumlayabilir<sup>16</sup>. Vasiyetnamenin tenfizi sırasında, miras bırakandan otantik yorum yapmasını istemek için çok geç olurdu. Sözleşmeler ve vasiyetnameler bağlamında, mahkeme, yargısal zorunluluk nedeniyle, otantik olmayan bir yoruma başvurmak durumunda kalabilir.

Yasalara bakıldığında, yargıçların 13. yüzyılın sonlarında ve 14. yüzyılın başlarında ilk parlamentolarda ve Kral Konseyinde yer alarak yasamada rol oynadıkları dönemi gösteren bir istisna var. O zaman, yargıçlar otantik yorum yapabilirlerdi, onlar yasa koyma merciinin bir parçasıydı<sup>17</sup>. Artık yasama yetkisini kullanmadıkları dönemde ise, hükümdar yorum meselesini Konsey'e havale etmeyi onlara zorunlu kıldı. Yargıç olarak göreve atanmalarından başlayarak hukuki uyuşmazlıkları kurallara uygun bir şekilde çözmelerine kadar, hiçbir aşamada yargıçlar, kanunları yorumlama yetkisine sahip değillerdi.

Bracton'un açıklamasındaki can alıcı ibare, Bracton'un zamanında çok eski olan meşhur bir özdeyişi: *Eius sit interpretari cuius est condere* (eylemi yorumlamak onu yapana aittir)<sup>18</sup>. Bu özdeyiş Roma hukukundan kaynaklanmaktadır. Fakat, ne kuralların yorumcusunun bağımsız hukukçular olduğu Cumhuriyet döneminde ne de imparatorların hukukçuları himayesine aldığı erken İmparatorluk döneminde gün yüzüne çıktı. Ancak Jüstinyen dönemiyle birlikte, kanunların yorumu imparatorun münhasır yetkisinin merkezinde yer aldı. Onun görevlendirmesiyle yapılan "Roma hukuku derlemesinin" tamamlanması üzerine, Jüstinyen şöyle emretti:

---

<sup>16</sup> Bracton, özel hukuk kişilerinin hukuki muameleleri yorumlama görevinin genel olarak yargıçların olduğuna kesin bir şekilde kanaat getirdi. Bu kapsamda, çeyize muvafakat veren belge de yargıçların yorumuna tabiydi (**Bracton**, 199, vol. 2, s.274). Bracton yorum terimini, karineler için de kullandı: Mahkemenin hükmünün geçerli olduğu (vol. 3, s. 122), bir kişinin köleden ziyade özgür olduğu (vol. 3, s. 91), kişinin mirasçı olmasının asıl olduğu vb. karineler (vol. 4, s. 333).

<sup>17</sup> Bkz. **Brand**, 2016, 7. Bir davayı gören yargıç kuraldaki niyetin ne olduğu hatırlayabilir veya yasanın çıkarılmasına katılan bir yargıçla istişare edebilir Bkz. ayrıca **Plucknett**, 1922.

<sup>18</sup> Bracton'un krallık anlayışında bu düşüncenin yeri ile ilgili bir yorum için bkz. **Kantorowicz**, 1957, 158-9.

*Eğer herhangi bir şey müphem görünürse, yargıçlar, yüce otorite tarafından izah edilmesi için onu İmparatora havale eder, ki kuralı koyan da yorumlayan da sadece o'dur*<sup>19</sup>.

Bracton'a göre, bu, imparator olarak İngiltere Kralı açısından kuşku duyulmayan bir hukuk kuralı haline gelmişti. Bracton ile aynı yüzyılda yazan Thomas Aquinas'a göre, otantik yorum siyasi iktidarın sınırlarına ve temellerine dair karmaşık bir teorinin unsuruydu. Onun "Teolojinin Özeti (Summary of Theology)" adlı eseri, Bracton'un bir özdeyişini içermektedir:

*Kanunların yorumunu yapabilecek olan tek kişi onu yapandır [ad eum solum pertinet leges interpretari, cuius est condere leges]. Fakat, kanunlara tabi olanlar, kanun yapamazlar. Dolayısıyla, onların, kanun koyucunun niyetini yorumlama hakkı bulunmamakla birlikte, her zaman kanunların lafzına uygun davranmaları gerekir*<sup>20</sup>.

Bu ifadeler, bütün yetkileri kural koyucunun elinde toplamayı savunuyor gibi gelebilir. Aslında Aquinas, bu konuda pragmatik ve esnek. Bu ifadelerin, 'Teolojinin Özeti' kitabının diyalog kısmında, Aquinas'ın tartıştığı önermelere, mutad olarak verdiği farazi itirazlardan biri olarak görünmesi önemlidir. Söz konusu ifadeler, 'bir kanuna tabi olan kişi, o kanunun lafzına bihakkın aykırı davranabilir' önermesine farazi bir itirazdı. Ve Aquinas buna şöyle cevap verdi:

*Kanun koyucunun niyetine uyan bir kimse, kanunu, kanun koyucunun açık bir zarar nedeniyle bariz hale gelen niyetinin aksine kolay kolay yorumlayamaz. Zira şüphe varsa, ya kanunun lafzına göre hareket etmeli ya da üstlerine danışmalıdır*<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Kendi tercümem. Latince aslı şu şekildedir: "Si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari". Codex Justinianus 1.17.2.21 (AD 529, 2nd ed. 534). Jüstinyen, Digest'in anlamını açıklayan şerhleri bile yasaklayacak kadar ileri gitmişti. Muhtemelen bunu yapmadaki amacı, Digest'in aynsal başarısını perçinlemek ve ayrıca kendi kural koyma otoritesini korumaktı (Falcone, 2014, 14). MS. 316'da, Konstantin şöyle emretmişti: "biz sadece hakkaniyet ile hukuk arasında yorum (tercih) yapabiliriz ve yapmalıyız (Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere)". Codex Justinianus 1.14.1. Fakat muhtemelen bu ferman, hukuki yorumu yasaklamaktan ziyade, adalet için hukuktan uzaklaşmayı yasaklamak için çıkarılmıştı.

<sup>20</sup> Summa Theologiae I-II q. 96 (kendi tercümem).

<sup>21</sup> Ibid. (kendi tercümem).

Benzer şekilde hakkaniyet tartışmasında da, Aquinas hakkaniyetin bir erdem olduğu önermesine karşı yöneltilen şu farazi itirazı mütalaa etmiştir:

*Kanun koyucunun niyetini sadece hükümdar yorumlayabilir, bu nedenle İmparator, Kanunlar ve Anayasalar Kodeksinde (Codex of Laws and Constitutions) ‘sadece hakkaniyet ile kanun arasında tercih yapabiliriz ve yapmalıyız’<sup>22</sup> demektedir. Dolayısıyla, hakkaniyete uygun davranmak yasaya aykırıdır ve nihai olarak hakkaniyet bir erdem değildir<sup>23</sup>.*

Aquinas’ın bu itiraza cevabı karmaşık ve pek hassastır:

*Hükümdarın yorumu olmadan kanunun lafzından ayrılmanın yanlış olduğu şüpheli durumlarda, yoruma mahal vardır. Fakat apaçık durumlarda, görevimiz kanunu yorumlamak değil uygulamaktır<sup>24</sup>.*

Bu görüş açısından, yorumlama yetkisi, hükümdarın yetkilerinin bir parçasıdır ve muğlak olan yasanın anlamını açıklığa kavuşturmayı kapsar. Ancak, bu yetkinin hükümdara hasredilmesi, hükümdarın astının hakkaniyete uygun davranmaması gerektiği anlamına gelmemektedir. Bu bakış açısı, Bracton’un basit yönteminden daha karmaşıktır. Aquinas, yorumlama yetkisinin yasa koyucuya ait olduğu noktasında genel bir ilkenin varlığını kabul ediyor görünmektedir; buna karşın, söz konusu ilkeyi ‘bir yargıcın hakkaniyetli karar vermesiyle’ ve ayrıca ‘yasa koyucunun varsayılan niyeti tarafından yasanın sözlerinden ayrılmanın haklı veya hatta gerekli olduğu koşullardan açıkça anlaşıldığı durumlarda, yargı yorumlarıyla’ uyumlu olarak görmüştür. Bu görüşe göre, yargıçlar yasanın ne anlama geldiği noktasında tereddüde düşüklerinde yorum meselesini yasa koyucuya havale etmelidir. Aquinas’ın bu anlayışı benimsemesinin sebebi, kamu yararını her zaman düşüncesinin merkezine oturtmasıdır. O, kralın ya da imparatorun yetkisini, prensin bir *hakkı* (*right*) olarak değil, fakat, prensin siyasal toplumun yararı için meşru bir şekilde elinde tutması gereken *yetkisi* (*authority*) olarak gördü<sup>25</sup>. O zaman, yargıç kanun koyucu-

<sup>22</sup> *Codex Justinianus* 1.14.1, n. 19’dan alıntı.

<sup>23</sup> *Summa Theologiae* II-II q. 120 (kendi tercümem). Bkz. İmparatorun (Konstantin) fermanı için üstteki n. 19.

<sup>24</sup> *Ibid.* (kendi tercümem).

<sup>25</sup> Aquinas’ın düşüncesinin bu yönü hakkında bkz. **Finnis**, 1998, 264 ve genel olarak chap. VIII.2, “Government: Limited and Ruling by Law”

nun yetkisinin sebebini göz önünde tuttuğu sürece, hakkaniyetteki ve hukukun adil uygulanmasındaki kamusal yarar, esnek bir hüküm vermeyi haklılaştırabilir.

Fakat İngiltere’de mutlakiyetçi Stuart kralları, yorum yetkisini kendilerinin hakları olarak görmeye başlamıştı. 17. yüzyıl İngilteresinde siyasetin iç savaşa doğru kayması nedeniyle, bütün otantik yorum düşüncesi sorgulanmaya başlandı. 17. yüzyılın mirası, Ortak Hukukun otantik yorum öğretisini bütünüyle terk etmesi oldu.

Otantik yorum ile ilgili gerilim, Kral 1. James ve Sir Edward Coke arasındaki zıtlaşmada tekrar ortaya çıktı. Coke’un otantik yorumun sona ermesindeki mesuliyetini abartmamalıyız. O, erken dönem modern parlamenterizmin gelişimden kaynaklı politik şartlarda çalışan yenilikçi bir yargıçtı ve onun yenilikleri İngiliz İç Savaşı ve Muhteşem (Glorious) Devrimi sonrası bir dönem için inşa edilmişti. Ancak Coke’un bıçağı keskindi.

Bracton’dan yaklaşık dört yüzyıl sonra, Kral James geleneksel görüşün savunucu oldu:

*Kanunun koyucusu olan Kral, onun yorumcusudur*<sup>26</sup>.

O, Tanrının İngiltere krallarına mutlak bir imtiyaz<sup>27</sup> verdiğini düşündü ve yargıçların keyfi karar verme potansiyeline atıf yaparak, Tanrının ne kadar hikmetli olduğunu açıkladı:

*Eğer yargıçlar kanunları kendileri yorumlarsa ve başka kimsenin yorumlamasına müsaade etmezlerse, o zaman onlar kanunları kolayca gemici çorabına çevirirler.*

Sir Edward Coke, “Yasaklar (Prohibitions) Davasında”, hukukun, Kral’ın yargısal yetkisini yargıçlara devretmesini emrettiğine<sup>28</sup> ve kanunları yorumlama yetkisinin yargısal yetkide mündemiç olduğuna karar vererek, İç Savaşın yıkımını tahmin etti:

*Ortak Hukuk yargıçlarının kuralları ve bu alanda parlamentonun çıkardığı yasaları yorumlaması kamunun yararınaydı*<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> *Case of Prohibitions*, 2 Kasım 1608, Sir Julius Caesar’ın notlarından: **Usher**, 1903, 673.

<sup>27</sup> Tacın mutlak imtiyazı ne hukukçuların konuşabileceği bir konudur ne de tartışılması hukuki bir şeydir” (Speech in the Star Chamber, 1616”, iç. **Mcllwain**, 1918, 326-45, 333).

<sup>28</sup> *Prohibitions del Roy* (1607) 12 Co Rep 64.

<sup>29</sup> *High Commission* (1611) 12 Coke Reports 84, 77 ER 1361, 1362.

Bu ifadeler, 21. yüzyılın öğrencisine biraz bayağı gelebilir, fakat 1611’de devrim niteliğindedir. Coke’un düşünüş tarzı, İç Savaş ve Muh-teşem Devrimden sonra Parlatentonun zaferinin bir yan etkisi olarak yay-gınlaştı. Bunun yargısal sonucu, Parlatentonun yasama yetkisini ve yar-gıçların ise yorum yetkisini Kralın şahsından ayırmasıydı.

Buna rağmen, İç Savaş esnasında bile, Thomas Hobbes, özellikle Coke’u işaret ederek bu yeni anlayışın aleyhinde çalışıyordu ve Coke’un Yasaklar (Prohibitions) Davasında belirtmiş olduğu “kimin akli hukuk olarak kabul edilecek” meselesine dair görüşlerini reddediyordu (Hobbes 1991, 187). Hobbes otantik yorumu şu şekilde savunuyordu:

*Hukukun doğasının içerisinde olduğu şey, kanunun lafzı değil, ruhu veya manası, yani otantik yorumdur (yasa koyucunun anlamı) ve yorum-cular ancak hükümdarın atadığı kimseler olabilir. Aksi takdirde, bir yo-rumcunun hüneriyle yasa, hükümdarın muradına aykırı bir anlam taşı-r hale getirilebilir, böylece yorumcu yasa koyucu haline gelir (Ibid., 190).*

Elbette, yasa koyucu ile Hobbes’ın kastı hükümdardı, yani toplumun üyelerinin zorla veya rızaen itaat ettiği bir kişi veya kişi grubu. Hükümdar, “barış ve ortak savunma için elverişli olduğuna kanaat getirirse, toplumun bütün gücünü ve araçlarını kullanabilir” (ibid., 121). Hobbes’a göre, hü-kümdar (sovereign power), hem kanunları yapan hem de onları yorumla-yan bir iktidardır.

Siyasi iktidarın temellerine dair özgün görüşlerinin mükemmelliğine rağmen, Hobbes, bizim yorum ilkeleri meselemize cevap vermedi. Bunun birbiriyle bağlantılı iki nedeninden ilki, yargıçlar ile diğer devlet kurum-ları arasındaki makul ilişkinin ne olduğu ile ilgili bir görüş geliştirmeme-siydi<sup>30</sup>. İkincisi, otantik yorumun hükümdar tarafından değil de, onun ata-dığı kişilerce yapılabileceğini belirterek, otantik yorum düşüncesini muğ-laklaştırdı. Yargıya dair bir teori geliştirmede. Onun muhtemem eseri, hü-kümdarın yorum yetkisini kullanabilmesinden veya yargıçları atayıp de-netleyebilmesinden bahsetmedi. Hobbes alt düzey (subordinate) yargıçlar ile hükümdarın yetkilendirdiği yorumcular (ki bunların yorumları alt dü-zey yargıçları bağliyordu) arasındaki farkı ortaya koymuştu. Eğer, alt dü-zey yargıçlar böyle bir yorumcunun yorumu olmadan karar verirse, onla-rın kararları emsal niteliğine sahip olamazdı, çünkü “alt düzey bir yargıcın

<sup>30</sup> Hobbes’ın eserlerinden böyle bir görüşü ortaya çıkaran yaratıcı bir çalışma için bkz. **Dyzenhaus**, 2009, 506.

hatası, hükümdarın genel bir iradesi olan kanunu değiştiremez” (ibid., 194)<sup>31</sup>. Hobbes’ın teorisi (çoğunlukla İngiltere özelinde konuyu anlatsa da) soyuttu ve İngiliz Kraliyet Mahkemesi gibi mahkemelerin yargıçlarının alt düzey mahkeme mi yoksa hükümdarın atadığı yorumcu mu olduğunu açıklığa kavuşturacak kriter koymamıştı. Belki de kriter, bağımsızlıktı. 1701 Veraset Kanunundan (Act of Settlement) sonra, İngiliz yargıçlar, hükümdar tarafından görevden azledilemedi. Yargıçlar sembolik olarak halen kral veya kraliçeyi temsil etseler de, Sir Edward Coke’la kıyaslandığında hükümdara karşı daha güçlüydüler. Fakat, Hobbes, kanunların bağımsız yargıçlar tarafından yorumlandığı yeni İngiliz uygulamasının, kendi teorisine aykırı olup olmadığını ortaya koymadı.

Ortak Hukukta (common law), otantik yorum öğretisi kaybolmaya başlarken, yasamanın üstünlüğü öğretisi yükselişe geçmişti. Yargıçlar, halen de kullandıkları “kanunun yorumunun parlamentonun niyetini yansıttığı için doğru olduğu” noktasındaki görüşü geliştirdiler. Buna karşılık, Coke’un yargıçların kanunları yorumlaması gerektiği noktasındaki görüşü bu gün olduğu gibi 19. yüzyılda da bilinen bir şeydi.

Bu bağlamda, Jeremy Bentham, Hobbes’ın aksine bariz bir şekilde karşıdevrimciydi. Bentham, garip bir şekilde, Thomas Aquinas ve İmparator Jüstinyen ile teorik bir müttefik gibi görünmektedir. Hepsi de, farklı açılardan otantik yorum üzerinde ittifak ettiler; hem ‘kanun koyma yetkisinin kamu yararı açısından önemi ile ilgili endişeyi’ hem de ‘yasa koyuculuk açısından yorum yapma yetkisinin önemi ile ilgili memnuniyeti’ paylaştılar. Hiçbiri de Sturgeon kararından dolayı hayal kırıklığı yaşamazdı. Çünkü, karardaki şey, eğer AB Adalet Divanı gibi kurumlar yorum yetkisine sahip olursa, onların olacağını beklediği şeydi.

Fakat, pragmatik ve hassas olan Thomas Aquinas’ın aksine, Bentham, yargıçların yasaları yorumlamaması gerektiğini söylemek için karakteris-

<sup>31</sup> Hobbes ayrıca şunları ifade etti: “alt düzey yargıç, hükümdarı böyle bir kanunu yapmaya iten sebepleri göz önünde tutmalıdır, ki bu durumda kanuna uygun olan hüküm kendi hükümdarının hükmü olsun, aksi taktirde bizzat yargıcın hükmü olur ki o da adaletsiz olur” (Hobbes, 1991, 187). Muhtemelen burada Hobbes, (1) alt düzey yargıcın bir davada karar verme yetkisinin olduğunu, (2) eğer bu karar hükümdarın kanun çıkarma saikine uygun değilse, kararın gayri adil (hukuka aykırı?) bir yetki icrası olduğunu ve (3) her halde, alt düzey yargıcın yorumunun kanun koyma niteliğinde olmaması gerektiğini kastetti.



tik olarak hararetli ve hiddetli bir gerekçeye sahipti. Yargıcın sadece yargıçların mutluluğunu artırmasına karşılık, yasa koyucu, genel mutluluğu artırmaya yarayacak şekilde kural koyacaktı:

*Yargıç kanunları yorumlama yetkisini temellük etmeye cüret ederse, yani kendi iradesini yasamanınkiyle değiştirirse, her şey keyfi olur, hiç kimse onu kaprisinin gideceği noktayı öngöremez*<sup>32</sup>.

Dolayısıyla, Bentham, yorumlama işinin yasa koyucuya ait bir iş olduğunu düşündü. Ayrıca yasaların yorumlanması işinin mahkemelerce yasa koyucuya havale edilmesi yönünde bir kanaati de vardı (Endicott 2014a).

Yine, Bentham özellikle yorumla ilgili akıl yürütme tarzı bakımından, Roma İmparatorluğuna kadar giden faydacı bir düşünce kalıbına sahip olmasına rağmen, onun akıl yürütmesi otantik yorumun lehine daha genel bir argümanın örneği idi. Yorumlama yetkisi yasanın anlamının ne olduğunu tespit etme yetkisidir. Konstantin'den Bentham'a kadar bütün düşünürlerimiz, anayasanın yasama yetkisini yasa koyucuya tahsis etmesindeki amillerin aynısını, aynı zamanda yorum yetkisini yasa koyucuya vermenin sebebi olarak da gördüler. Eğer yorum, yasa koyucunun koyduğu kuralın icrasını (hukuki sonuçlarını) temin etmiyorsa, otantik olmayan, gerçekte yorum bile denemeyecek yorumcu kaprislerinden ibarettir. Bunu ise, ancak kural koyucu yapabilir.

#### 4. Otantik Yoruma Karşı

Otantik yoruma olan ilgi, sadece teoriyle veya Roma İmparatorlarının emirnameleriyle sınırlı kalmadı. 1794 Prusya büyük kodifikasyonu, mahkemelerin yorum meselesini yasama organındaki kanun komisyonuna havale etmesini öngörerek, otantik yoruma yer verdi:

*Eğer yargıç kanun hükmünün gerçek anlamında şüpheye düşerse, davanın taraflarını belirtmeksizin, kanun komisyonuna tereddütlerini aktararak ondan kuralın anlamı konusunda karar vermesini talep etmelidir*<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Bentham, 1843, pt. I, chap. XVII ("Power of the Laws over Expectation"), s.325.

<sup>33</sup> Prusya Eyaletleri İçin Genel Arazi Kanunu (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten-1 June 1794,) §47 (kendi tercümem). Almanca aslı: "Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muß er, ohne die prozeßführenden Parteien zu benennen, seine Zweifel der Gesetzcommission anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen".

Bentham'ın, Jüstinyen'in, Bracton'un ve Prusya kanunlaştırma hareketini yapanların haklılık payı vardı. Hepsi de kanunun hâkimiyetini (the rule of law) korumaya çalışıyorlardı. Eğer yargıçlar kanunun ne anlama geldiğine istedikleri gibi karar verirlerse, keyfi bir idare riski doğardı. Elbette, ben, kuralların sadece yargıçlarca yorumlandığı hukuk sistemlerinin oturmuş bir sistem olduğunu iddia etmiyorum.

Fakat, yorumun bağımsız mahkemelerce yapılmasını gerektiren yapısal sebepler olduğuna inanıyorum. Bu yapısal sebep, kural koyucu ile uyumsuzlukları çözme yetkisini elinde bulunduran organ arasında özel bir kuvvetler ayrılığını gerektirir. Ayrıca yorumlama yetkisini kural koymadan ayırmak faydalı da olabilir.

Sözleşmeler açısından ise, belki de otantik yorum ideal olandır. Eğer aramızdaki sözleşme hükümlerinin ne anlama geldiği konusunda ihtilaf yaşarsak, istersek uygun gördüğümüz bir yoruma başvurmak konusunda uzlaşmamamız için bir neden yoktur (ayrıca şunu belirtmek önemlidir ki, bizim yeni hususlarda yaptığımız uzlaşmanın bir yorum mu yoksa değişiklik mi olduğunu araştırmaya bile gerek yok). Buna karşılık, ihtilafla ilgili bir uzlaşmaya varmadığımızda, hukuka uygunluk sorunu ortaya çıkabilir. Sözleşmeyi yorumlayan bir mahkemenin varlığı, tarafların ve toplumun uyumsuzluğu çözme ihtiyacını giderebilir. Ve bu da, tarafları sözleşmenin kuruluşu esnasında yapılması gereken faydalı bir meşakkat içine sokar: Bu meşakkat, her iki tarafın da sözleşmedeki önemli noktalarda, diğer taraf rıza gösterdiği kadarıyla, daha açık olmaları gerektiğini bilmeleleridir. Böyle bir durumda, anlaşmayı daha anlaşılır kılmak tarafların yararındadır, ki böylece bağımsız mahkemeler tarafların arzu ettiği anlamı verebilsin.

Özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi uluslararası hukukta da, genel yetkili bir mahkeme yoksa, tarafların yeterince açık bir anlaşma yapması onların menfaatindedir, bu durumda diğer tarafın anlaşmanın arzu edilen anlamının bu olmadığını iddia etmesi zor olacaktır. Bilindiği gibi, söz-

---

Halen yürürlükte olan 1812 tarihli Avusturya Medeni Kanunu yorumla ilgili olarak şu hükme yer vermiştir: “Bir kanuna, yasamanın açık niyetinden ve belirli sözcüklerin bağlamından açıkça anlaşılardan başka bir anlam yüklenemez” (kendi tercümem). Almanca aslı şu şekildedir: “Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.” ABGB § 6, <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/6>.

leşmelerin anlamına dair ihtilafları otantik yoruma, yani tarafların üzerinde uzlaştığı yoruma başvurarak çözüme konusunda köklü bir gelenek var<sup>34</sup>.

Şimdi yasa koyma açısından da benzer bir hususa değinebiliriz. Yorum yapma yetkisini, bağımsız bir organa vermek önemlidir. Çünkü bu, birinci olarak, yasa koyucuya, bağımsız mahkemelerin yasayı yasamanın istediği şekliyle anlaması için, açık ve anlaşılır bir kural yapma külfeti yükler.

İkincisi, her ne kadar, yasama tasarrufunun doğasına ve bağlamına bağlı gibi görünse de, yasaların hukukta genel olarak uzmanlık kesp etmiş kimselerce yorumlanması da önemlidir<sup>35</sup>.

Üçüncüsü, uyuşmazlığın görülmesi esnasında yasama organına yorum işini havale etmek, imkânsıza yakın derecede elverişsizdir. Mahkemenin günlük işleyişi taraflar arasında cereyan eden meseleleri içeren dosyayla düzenlenir. Fakat, yasa koyucunun günlük işleyişi, böyle bir liste ve dosyayla şekillendirilemez; fakat müzakere kuralları, hükümet gündemi ve günün siyasetiyle şekillenir. Bu üç belirleyici faktör, yasa koyucunun böyle bir yorum görevine (ve yorumlanacak meselede tarafların ne dediğini adil ve tarafsız bir şekilde dinlemeye) münasip olmadığına delalet eder. Ayrıca, yorum meselesinin uyuşmazlığın görülmesi esnasında sonuca bağlanmamasının yüksek bir masrafı da vardır. Dahası, yasa koyucunun münasip olmadığı bir görevi yapmasını beklemek hem masraflıdır hem de onu kendi asli görevinden veya diğer siyasi hedeflerinden alıko-yabilir.

---

34 “Bir anlaşmanın bütün tarafları, anlaşmayı belirli bir şekilde anlamak için uluslararası hukuk kapsamında bir uzlaşmaya varırlarsa, o zaman otantik yorum söz konusudur” (Linderfalk, 2007, 25). Böyle anlaşmaların hukuki gücü ile ilgili belirsizlikler yaşanabilir. Bkz. **Berner**, 2016, 845, “otantik yorumun, ismi dışında, her yönüyle bir kural koymak olduğunu” iddia ediyor. Bkz. ayrıca **Orakhelashvili**, 2008, 514-5.

35 Her Ortak Hukuktan uzaklaşan uygulamaya şüpheyle yaklaşan erken modern dönemdeki Ortak Hukuk yargıçlarınca, kuşkusuz yargısal yorumun değeri abartılmıştı; onlar kanunları, Ortak Hukuktan ayrılmama şartına (varsayımına) göre yorumlardı. Bu bakış açısından, yorumcunun Ortak Hukuk uzmanı olmasının hayati önemi ortadadır. Baş yargıç Warburton’a göre: “Ortak Hukuk kurallarına göre bir kanun, onun hakkında bilgisi olmayan tarafından yorumlanabilir, ve bir kanunu, kanunun yapımından önce Ortak Hukukun ne olduğunu bilmeyen birisi yorumlayamaz” (CUL MS MM 1.21 fol. 106v’ye atıf yapan **Baker**, 2017, 366’dan alıntı). Bkz. ayrıca *Page v Tulse* (1676) 86 ER 954.

Dördüncüsü, yorum meselesini yasamaya sevk etmek (eğer gerçekleştirebilir ve yasama da vaktini ayırmaya ve bu işi yapmaya hazırsa) başka bir tür keyfiliğe açılan kapı olabilir. Geçmişte yapılmış olan bir yasayla ilgili uyumsuzluğu çözerken, yasa koyucu ancak günün siyasi gündemine göre hareket eder. Yasanın çıkarıldığı zaman ile yasanın yorumunun yasa koyucuya sevk edildiği zaman arasında milletvekilleri değişmemiş olsa bile, yasa koyucunun bu yasaya yapıldığı zamanki anlamını vermesi, mutlak bir şekilde beklenemez. Bu sorunu, Hobbes'ın yorum yapma yetkisinin niçin kural koyucuya ait olduğunu açıklamaya çalışırken kullandığı canlı bir imgeyle örneklendirebiliriz:

*“Böylece, ona göre, diğer hiçbir yorumcu bunu yapamasa da, yasama yetkisi vasıtasıyla, ipin uçlarını geri çekmek veya (İskender'in kılıcıyla Gordian düğümünde yaptığı gibi) istenilen uçları yeni baştan oluşturmak suretiyle, kanunda çözülemeyecek bir düğüm olmaz (Hobbes 1991, 191)”*.

Bir düğümü çözecek olan kişi, ipin mevcut uçlarıyla yetinmek zorundadır. Oysa yasa koyucu, tıpkı İskender'in düğümüne kılıcını çalarak yeni uçlar oluşturmasındaki gibi, yeni uçlar oluşturabilir. Fakat o durumda, kural koyucu bir ihtilafı çözerken yeni amaçlar/uçlar izlerse, İskender'in Gordian düğümünü çözmesindeki gibi, yorum yapmış olmayacaktır. Bu durumda, yasa koyucu, bir yorum üzerinde uzlaşma ihtiyacı duyan sözleşme veya anlaşmacı taraflar gibi olacaktır. O zaman yasama yetkisinin yeniden kullanımı ile otantik yorum yapma arasındaki farkı ayırt edecek bir kriter kalmayacaktır. Dolayısıyla hukuka uygunluk için de bir kriter olmayacaktır. Otantik yorumun varsayılan vaadi kanunun hâkimiyetini temin etmek ise, o zaman bu güvensiz bir vaat olurdu.

İronik bir şekilde, yargısal yorum, yasamanın kendisinin yasayı yorumlamasına kıyasen, yasanın hukuki sonuçlarını doğurmasına daha iyi hizmet edebilir. Böylece, kanaatimce, Bentham'a da malum olduğu gibi, yasa koyucunun amacını gerçekleştirmesi ve kanunun hâkimiyeti açısından tehlikeli olduğu doğruysa da, kanunların yargısal yorumu kanunun hâkimiyeti için bir adım daha ileridedir.

Kanunların yargıçlar tarafından yorumlanmasının önemine bir katkı olarak, erken dönem Ortak Hukuka (common law) tekrar değinebiliriz. Otantik yorum öğretisinin, çok az uygulandığını fark etmek sizi şaşırtmayabilir. Paul Brand 13 ve 14. yüzyıllarda yargıçların kanunları yorumladıklarını titizlikle ortaya koydu. Yani, kanunların anlamı ile ilgili ihtilaf lar sonuca bağlanıyordu. Yine de sonuç, yorum yapma niyetlerinin olmadığına dair takındıkları katı tutucu tavır nedeniyle ilginçti. Bu faaliyet esna-

sında, yorum ile açıklama arasında ayrıma gittiler ve yorum yapmadıklarını, kuralı açıkladıklarını iddia ettiler (Brand 2016). Belki de, bu uygulama, Bracton'un otantik yorum ilkesinden ziyade Aquinas'ın yargıcın göreviyle ilgili esnek görüşüne daha yakındı.

### 5. Hukuki Yorumun İlkeleri

Yorum ilkeleri ile, bilindiği gibi, birinci tekil şahsın gözünden nasıl yorum yapılması gerektiği ile ilgili başlangıç noktasını kastediyorum. Farz edin ki siz AB Adalet Divanında yargıçsınız. Tüzüğün hangi anlama geldiğini yorumlamak durumundasınız (ki *Sturgeon* kararında da yargıçlar benzer durumdaydı).

Hangi ilkeye dayanmalısınız? İlk önce, iyi yorumun ön koşulu olarak görülen “sıfırıncı ilke (principle zero)”den başlayabilirsiniz. Bu durum, yorum terimine yer vermeden ifade edilebilir. İlkemiz, “yasallık (legality) ilkesidir”. Bu kapsamda, Divan üyesi bir yargıcın hukuka uygun davranma yükümlülüğü olduğu beklenir. Bu yükümlülüğten hareketle birinci ilkeyi yaşama geçirebiliriz. Birinci ilke ise, kural koyma yetkisinin tanınmasıdır. AB hukuku AB parlamentosuna tüzük yapma yetkisi vermektedir. Ayrıca, hukuk, birçok kamusal ve özel kişi ve kuruma (sadece yasamaya değil, sözleşmenin taraflarına ve vasiyet edene...) kural koyma yetkisi tanımış olabilir.

Birinci ilke, bu kurum ve kişilerle “uyum içinde olma” ilkesidir (bkz. Endicott 2015). Kısacası, siz, tali kural koyma yetkinizi yani yorumlama yetkinizi, ancak yasa koyucunun asli kural koyma yetkisine uygun şekilde kullanabilirsiniz. Her kurum, diğerinin görevine saygı duymalıdır. Bunu, otantik yorumun tarihinden de bir ders olarak öğrenebiliriz. Kanaatimce, yorumlama yetkisinin mahkemeye devri, Bentham'ın sandığı gibi zorunlu olarak kanunun hâkimiyetinin terk edilmesini doğurmaz. Fakat, Bentham'ın, Sir Edward Coke'a karşı verdiği amansız muhalefetinin genel çerçevesinden, yorumcunun yorum yetkisini yasamanın asli kural koyma yetkisine uygun şekilde icra etmemesi halinde, hukuk sisteminin iyi olmadığı sonucuna varılabilir.

Kanaatimce, *Sturgeon* kararında savcı görüşlerinde haklıydı. Onun görüşü, mahkemeler ile yasama arasındaki uyumun bir örneği idi ve Divan yargıçlarının da bu görüşe göre hareket etmesi gerekiyordu. Divan, uçuşun ertelenmesi nedeniyle tazminata hükmederek, yasamanın uçuş ertelemesi

ile ilgili tazminat öngörmeyen iradesine aykırı davrandı<sup>36</sup>. AB Adalet Divanının kendine has bir durumu olduğunu burada hemen belirteyim. Divan, 1960 ve 1970’lerde Avrupa Toplulukları için ulusüstü bir anayasa oluşturulmasında, üye devletlerin iç hukukunda AB hukukunun doğrudan üstün bir etki doğurmasında ve bu yeni hukuk düzeninin çeşitli eksikliklerini tamamlamada oynadığı önemli rolden kaynaklanan bir kural koyma konumunu haizdir<sup>37</sup>. Bu durum Divanı, yardımcı yasa koyucuya olmasa da bir denetim organına dönüştürdü, Sturgeon’da ise Prusya Kanun Komisyonu gibi yasayı değiştiren bir komisyona dönüştürdü.

Hukuki yorumun ikinci ilkesi ise yorumlama yetkisinin tanınması ilkesidir. 1800’lerdeki Prusya hukuku, yargıçların yorum meselesini yasaya sevk etmesini emretti. Hukuk, yorum yetkisini mahkemelere verseydi, bu yetkiyi onların kullanması gerekirdi. Kural olarak, yasa koyucu yorumlama yetkisini açıkça düzenlemez. Modern dönemde olduğu gibi, bu gibi hallerde, yargıçların her zaman yorum yetkisini doğal olarak elinde bulundurduğu varsayılır. Yargıcın yorumlama yetkisi olduğuna dair bu varsayımdan hareketle, yorumlama yetkisinin yargıçlara, ancak kuralların hüküm ve sonuçlarını doğurmasını sağlayan ‘hukuku uygulama yetkisinin varlığı’ nedeniyle verildiği söylenebilir. Oysa, AB Anlaşması açık bir şekilde Divana kuralların anlamını tespit etme yetkisi vermiştir:

*“Avrupa Birliği Adalet Divanı, [...] Anlaşmaların uygulanması ve yorumlanması esnasında hukuka uyulmasını temin eder (Madde 19)”*.

Eğer siz bu Divanda yargıçsanız, hukukun size tanıdığı yaratıcı (creative) yorum yetkisini uygulamak için elinizden geleni yapmanız gerekir. “Yaratıcı” terimi ile bu yetkiyi şu ya da bu şekilde kullanmanın sizin takdirinize kaldığını kastediyorum (bununla birlikte, hukuk bu yetkiyi belirli bir yönde kullanmanızı öngörebilir veya öngörmeyebilir). Her iki halde de, hukukun yorum sorununa cevabını siz yaratıyor olacaksınız. Eğer, AB Adalet Divanı’nda olduğu gibi<sup>38</sup>, yargısal kararlar hukukun kaynağı ola-

<sup>36</sup> Yargıçların yasayı hiç bir şekilde geçersiz kılmamasını kastetmiyorum. Kanunların yargısal denetimi, yasamanın rolüne her halükarda aykırı davranıldığını göstermez ve AB Adalet Divanı, Anlaşmaya aykırı AB kurumlarının düzenlemelerini iptal etmede tamamen makul bir yetkiye sahiptir.

<sup>37</sup> 5 Şubat 1963 tarihli karar, *Van Gend en Loos*, Case 26/62, EU:C:1963:1.

<sup>38</sup> Adalet Divanı, başlangıçtan beri kendi içtihatlarına hukukun kaynağı olarak muamele ediyor. 1950’lerde, “mahkemenin müstekar içtihatlarına göre” ifadesi, standart bir ibareydi. Bkz. örneğin, 17 Temmuz 1959 tarihli karar, *Société des aciars fins de l’Est v*

rak kabul edilirse, sizin verdiğiniz karar ileriye yönelik kural koyma niteliğinde de olacaktır. Siz, doğrudan yasama yetkisini kullanmış oluyorsunuz, fakat yaptığınız yorum kural koyma mahiyetinde olacaktır.

Hukuki yorum ilkemizin üçüncüsü, yorumun amacının kuralın uygulanması için bir norm sağlamasıdır. Yani, yargıçların yorum yetkisi, kuralın hukuki sonuçlarını doğurması amacıyla kendilerinin kuralı uygulama görevlerine de yardımcı olur, ve bu yetki, Divan'ın yasamanın çıkardığı kanunun hukuki sonuçlarını doğurmasını sağlama sorumluluğunu ortadan kaldıracak biçimde kullanılmamalıdır. Bu ilke sıfıncı ve birinci ilkelerin sonucu mahiyetindedir. Tıpkı birinci ilke gibi, yargısal bağılılığı gerekli kılar.

Sıfıncı ilke bir ön koşul olduğu gibi, dördüncü ilke de yorum sürecinin bitişinden itibaren başlar: Divan, yorum yetkisinin kaçınılmaz bir sonucu olan takdir yetkisinin kullanımı sırasında kamu yararına uygun ve adil bir şekilde hareket etmelidir.

Burada hukuki yorum ilkelerinin nihai halini şu şekilde ortaya koyabiliriz:

0. Yasallık (legality) ilkesi;

1. kural koyma yetkisinin tanınması, yani yasamaya veya başka bir yasa koyucuya kural koyma yetkisinin tanınmasına saygı duyma<sup>39</sup>;

2. yorum yapma yetkisinin tanınması ilkesi, yani yorum yetkisinin mahkemeye tanınmasına saygı duyma;

3. yorumun amacının kuralın uygulanmasını sağlamak için norm oluşturma olduğu ilkesi (ve bunun, yasamanın çıkardığı kanunun hukuki sonuçlarını doğurmasını sağlama sorumluluğuyla uyumsuz olmaması);

4. yorum yetkisinden kaynaklanan takdir yetkisinin adil ve kamu yararına uygun bir şekilde kullanılması ilkesi.

---

*High Authority of the European Coal and Steel Community, Case 42/58, EU:C:1959:20. Ayrıca bkz. Savcı Lagrange'nın (5 Kasım 1960, EU:C:1960:41) 23 Şubat 1961 tarihli kararındaki görüşü için, Steenkolenmijnen - High Authority, Case 30-59, EU:C:1961:2: "Her davada tedrici olarak içtihatlarını oluşturarak karar vermek, Divan'ın yetkisindedir" (s.37).*

<sup>39</sup> Genel olarak, sıfırdan dörde kadar olan ilkeleri, kural koyucular tarafından yapılan kuralların- anayasaların, sözleşmelerin ve vasiyetnamelerin... yorumlanmasına uygulayabiliriz.

## 6. Sonuç

Açıktır ki, ben hukuki yorumun ilkelerinin sadece bunlardan ibaret olduğunu iddia etmiyorum. Bazı yapısal ilkeleri kabataslak ortaya koydum ve içeriksel/maddi ilkelerden, yani belirli bir değeri destekleyen veya sağlayan yorumu tercih etmeye yönelik görüş lehinde argümanlar ileri sürmedim. Bu ilkeler, iyi yorum yapmak için elzemdir. Ayrıca, siyasal ve hukuki kültüre, hukuki soruna, yasanın hizmet edeceği kitlenin ihtiyaçlarına ve yasa koyucunun amaçlarına göre değişiklik gösterebilir. Bunlar hakkında genel geçer ifadeler serdetmek, siyasal aklın ilkeleri (siyasal akılla, bir siyasal toplumun üyelerinin ona göre davranacakları ilkeleri kastediyorum) hakkında genel geçer ifadelerde bulunmaya benzer.

Fakat, yapısal ilkelerin içeriksel ilkelere göre ilk bakışta (prima facie) öncelikli olduklarını söyleme cesaretim var. Bir değer in gerçekleştirilmesi ve daha da geliştirilmesini sağlayan (içeriksel) ilke, belirttiğim yapısal yorum ilkelerinden ayrılmayı haklı göstermediği gibi, böyle bir ilke mahkemenin kanundan ayrılmasını da haklı göstermez. Bu, hukukun ironilerinden birisidir. Hukuk, belirli oranda, mahkemelerin, hukukun gerçekleştirilmesi gereken değerlere göre hareket etmemesini ister.



### Kaynaklar

**Alexy, R.** *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification.* Çev. R. Adler ve N. MacCormick, Oxford: Oxford University Press, 1989.

**Alexy, R.** *A Theory of Constitutional Rights.* Çev. J. Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.

**Alexy, R.** Balancing, Constitutional Review, and Representation. *International Journal of Constitutional Law*, 3(4): 572–81, 2005.

**Alexy, R.** The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, 23(2): 167–82, 2010.

**Alexy, R.** Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis. *American Journal of Jurisprudence* 58(2): 97–110, 2013.

**Alexy, R.** Constitutional Rights and Proportionality. *Revus* 22: 51–65, 2014.

**Austin, J.** *The Province of Jurisprudence Determined, or, the Philosophy of Positive Law.* 2nd ed. London: John Murray, 1861.

**Baker, J. H.** *The Reinvention of Magna Carta 1216–1616.* Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

**Bentham, J.** *Principles of the Civil Code.* In vol. 1 of *The Works of Jeremy Bentham.* Ed. J. Bowring, 297–364, 1843, Edinburgh: William Tait. Digitized by the Classical Utilitarianism Web Site (CUWS) at [www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/pcc/index.html](http://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/pcc/index.html).

**Berner, K.** Authentic Interpretation in Public International Law. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* 76: 845–78, 2016.  
[http://www.zaoerv.de/76\\_2016/76\\_2016\\_4\\_a\\_845\\_878.pdf](http://www.zaoerv.de/76_2016/76_2016_4_a_845_878.pdf).

**Bracton, H. de.** *De Legibus et Consuetudinibus Angliae (On the Laws and Customs of England).* Trans. Samuel E. Thorne. Buffalo, NY: William S. Hein. (Orig. pub. ca. 1235.), 1997.

**Brand, P. A.** *The Earliest English Law Reports.* London: Selden Society, 2005.

**Brand, P.** The Judicial Interpretation of Legislation in Later Thirteenth and Early Fourteenth Century England. In *Law and Authority in British Legal History, 1200–1900.* Ed. M. Godfrey, 1–12. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

**Dyzenhaus, D.** How Hobbes Met the “Hobbes Challenge.” *Modern Law Review* 72(3): 488–506, 2009.

- Endicott, T.** Arbitrariness. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 27(1): 49–71, 2014a.
- Endicott, T.** Proportionality and Incommensurability. In *Proportionality and the Rule of Law*. Ed. G. Huscroft, B. Miller, and G. Webber, 311–42. Cambridge: Cambridge University Press, 2014b.
- Endicott, T.** Comity among Authorities. *Current Legal Problems* 68(1): 1–26, 2015.
- Falcone, G.** The Prohibition of Commentaries to the Digest and the Antecessorial Literature. *Subseciva Groningana* 9: 1–36, 2014.
- Finnis, J.** *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- Hart, H. L. A.** *The Concept of Law*. Ed. P. A. Bulloch, J. Raz, and L. Green. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Hobbes, T.** *Leviathan*. Ed. R. Tuck. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- Linderfalk, U.** *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Dordrecht: Springer, 2007.
- Kantorowicz, E. H.** *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1957.
- McIlwain, C. H.** ed. *The Political Works of James I*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1918.
- Orakhelashvili, A.** *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Plucknett, F. T.** *Statutes & Their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century*. Cambridge: Cambridge University Press, 1922.
- Pound, R.** Sources and Forms of Law. *Notre Dame Lawyer* 21(4): 247–314, 1946.
- Usher, R. G.** James I and Sir Edward Coke. *The English Historical Review* 18(72):664–75, 1903.