

Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları*

*Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAG***

Giriş

Hukuk felsefesi alanında köklü, kadim ve derin bir tartışma vardır: *Doğal hukuk* ile *hukuki pozitivizm* tartışması. İlginç olan nokta söz konusu tartışmanın kuşaklar boyu (bu anlayışların içeriği tartışmanın en şiddetli olduğu dönemden, 18. yüzyıldan günümüze ciddi biçimde değişmiş olmakla birlikte) süregelebilmiş olmasıdır. Eskilerin uzlaşmazlığını, yenilerin büyük bir hevesle benimsemeleri gerçekten ilginçtir. Kökleri bizim olmayan (eğer maksatlı olarak ileri sürüldüğü gibi yalıtılmış tarih, kültür ve uygarlık mümkünse (!) bizim dışımızda bulunan) bu tartışmanın; diğer pek çoğu ile aynı biçimde sanki Resepsiyon'un zorunlu bir öğesiymiş gibi ülkemizde tam anlamıyla özümsemiş ve aramızdaki bir tartışmaya dönüştürülmüş olması da ayrı bir hayret noktasıdır. Türk hukuk tarihinin uzun ve ilginç serüvenine özenli bir gözle bakılırsa benzer birçok örnek kolaylıkla bulunabilir. Belki de bu bağlamda Türk hukukunu kendine özgü ve diğerlerinden köklü olarak farklı kılanın, yabancı unsurların benimsenmesinin yanında hazmedilmesindeki, yani onların bizimki haline getirilmesindeki mükemmellik olduğu söylenebilir. Bu yabancı hukukların kendi otantiklikleri içerisinde alındıkları anlamına gelmez; ancak rastlantılar, yanlış anlamalar,

* Bu makale 'Hart – Dworkin Farkı' başlığının eklenmesi ve kaynakların güncelleştirilmesi gibi değişiklikler içermektedir. Özgün olarak ise Hayrettin Ökçesizin editörü olduğu Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) Sayı 16 (2007) ss.322-329'da yayınlanmıştır.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Başkanı.

ideolojik tercihler vb. birçok etki Türk hukukunu¹ belirlemiş ve yine de o özgün bir hukuk olarak varlığını sürdürebilmiştir.

Bu bağlamdaki son tartışmanın Hart-Dworkin tartışmasının özü bu makalenin içeriğini oluşturmaktadır.² Aslında tartışma taşıyıcı kavramlarına, doğal hukuk-hukuki pozitivizm, sığmadığı gibi (günümüzde Locke ya da Austin ile kuramsal olarak tümüyle hemfikir olanlar bulunmamaktadır), sözü edilen temel karakterlerle, Hart ve Dworkin ile de sınırlı değildir, (en azından Fuller, Finnis ile Raz, MacCormick bağlamında uzun bir adlar zincirinde salınan taraftarlarla muhaliflere de teşmil edilebilir).³ Tartışma ilk bakışta, keyfilikten tümüyle arınmış, kesin, uyuşmazlığa mahkeme tarafından uygulanmadan önce de sonucu öngörülebilir kurallardan oluşan bir hukuk düşü ile ne denli belirsiz görünürse görünsün kişilerin ısmarlama hakkaniyet beklentilerini karşılayan, 'biçimsel' değil de 'gerçek' adaleti yerine getiren bir hukuk düşü arasındaki mücadele gibi görünmektedir. Ancak ona yakından bakıldığında dogmatik hukuk açısından önemli sonuçlar doğuracak, kişilerin menfaatlerini kökten değiştirecek ölçüde 'gerçek', 2005 tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olacak kadar hukukumuz açısından da güncel olduğu görülecektir.

1. Hart – Dworkin Farkı

Hart ile Dworkin'in hukuk anlayışlarının ayrıntılı bir incelemesine başlamadan önce özellikle çok açık biçimde ortaya konulmadığını ya da anlaşılmadığını düşündüğüm bir konuyu net bir biçimde ortaya koymak istiyorum. Bu aslında Dworkin'in hukuk teorisinin özü, esas meselesidir. Ancak Dworkin'in hukuk teorisini anlamak için Hart'ın yaklaşımının ne olduğuna kısaca değinmek

¹ Ahmet U. Türkbağ, "Hun İmparatorluğu'ndan AB'ye (!) Hukuk Tarihimizin Kırılma Noktaları", ss.13-20

² Tartışmanın temel metinleri olarak bkz. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press., 1961 ile R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1978.

³ Yine adı geçenlerin temel metinleri olarak bkz. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press. Oxford 1980; L. L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New York 1969; J. Raz, *The Concept a Legal System*, 2nd Ed., Clarendon Press, Norfolk 1997 (ayrıca aynı yazarın, *The Authority of Law*, Oxford University Press, New York 2002; *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Norfolk 1988); N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press. Oxford 1977.

gerekir, çünkü Dworkin ancak Hart ile farkı bağlamında bir anlam ifade etmektedir.*

Bu farkı iki noktada izah etmek mümkündür: (1) Kural ilke ayrımı ve (2) takdir yetkisi anlayışı. Aşağıda her ikisine ilişkin açıklama olmakla birlikte burada 'Dworkin'in hukuk teorisinin özü nedir?' sorusuna bir cevap verilecektir.

Hart hukuku, verdiği tanımla da kendisini bağlayarak, kurallardan ibaret saymaktadır. Ona göre 'hukuk birincil ve ikincil kuralların birliğidir.' Kural türleri (birincil ya da ikincil) bir yana bırakıldığında Hart'ın '*hukuk eşittir kural*' sonucunu benimsediği söylenebilir. Ancak hakim önüne gelen uyuşmazlığa mevcut hukuk kuralları içinde bir çözüm bulamadığında (Hart'ın terminolojisinde penumbral cases, Dworkin'de hard cases) yani bizim hukukumuzda göre ortada bir tür boşluk bulunduğunda, Hart'a göre, yapabileceği şey takdirini kullanmak ve sonuca varmaktır. Burada hakim elindeki hukuk kuralı olmadığından ya da kural yeterli olmadığından, kuralı aşan bir takdir kullanır (burada Hart ve Dworkin Discretion sözcüğünü kullanırlar ama bizim mantığımızda aslında 'hukuk yaratma' söz konusudur). Hart'a göre hakim burada başka bir çare ya da çözüm yolu olmadığından, hukuk daima ve zorunlu olarak boşluk içerdiğinden (çünkü hukuk dile dayalıdır ve dil mükemmel bir iletişim aracı değildir, hukuk çok genel kavramlara gönderme yapar ve hukukta geniş mi yoksa dar mı yorum yapılacağını her norm için gösteren kesin bir kural yoktur), hukukun genel mantığı ve sağduyu ile karara varır. Hakimin bu karara, bir normun yorumundan vardığı düşünüldüğünde bile yaptığı yorum hiçbir zaman söze bağlı (lafzî) yorum değil kesinlikle metni aşan bir yorumdur.

İşte Dworkin'in karşı çıktığı konu ve onun hukuk teorisinin özü tam da bu noktadadır. Dworkin hukuku kurallardan ibaret görmez. Ona göre hukukun formülü '*hukuk eşittir kural artı ilke*' biçimindedir. Bu tanım doğrudan Hart'ın yukarıda özetlenen takdir anlayışıyla

* Anayasa Mahkemesi'nin 49. Kuruluş yıldönümü etkinlikleri (29.4.2011) çerçevesinde Sayın Profesör Dworkin ile aynı oturumda konuşmacı olarak bulunma mutluluğuna eriştiğimde onun hukuk kuramının özü ile ilgili yaptığım açıklamayı kendisine de onaylatma fırsatı bulmuştum.

bağlantılıdır. İlkeler kuralların hem temeli, hem sebebi, hem meşruiyet kaynağı, hem de gerekçesi olduğu için hakim önüne gelen uyumsuzluk için bir normu yeterli bulmadığında yapacağı şey Hart'ın dediği gibi tamamen normdan bağımsız olarak yalnızca hukukun genel mantığı ve sağduyu ile karara varmak değildir. Hakim bu durumda hukuk ilkeleriyle bağlıdır. Yani takdiri hukuk ilkeleriyle sınırlıdır. Kanun boşluğu ile hukuk boşluğu arasındaki farka değinmeden şöyle bir ifade Dworkin'in hukuk teorisinin özünü anlatmaya yeter: *Hukuk kuralları yeterli gelmediğinde hakimin kararını önceden tahmin etmemizi sağlayacak hukuk ilkeleri bir hukuk sistemi ve kültürü içinde daima mevcuttur ve hakim takdirinde bu ilkelerle, tıpkı kurullarla olduğu gibi bağlıdır.* Bu tahmine ve kesinliğe dolayısıyla da hukuk güvenliğine sahip olabilmemizi sağlayan da hakimin takdir yetkisinin ilkelerle sınırlı olması yani Dworkin'in terminolojisiyle güçlü takdir olmamasıdır.

2. Kural Temelli Hukuk Anlayışının Ana Hatları

Hukuki pozitivizmi bu biçimde adlandırmak aslında taraftarlarından çok karşıtlarının kullandığı bir tarzdır, ancak, bir haksızlık da sayılmaz. Çünkü pozitivizm yalnızca belirli bir kurum tarafından (bu kurumun kendisi de belirli hukuk kurallarına göre kurulmuş olmak kaydıyla) belli bir prosedüre uygun olarak çıkarılmış kuralların 'hukuk' olarak kabul edileceğini öngörür. Pozitivizmin özü sayılabilecek bu ifade aslında onun diğer bir asli özelliğini de gizli olarak içinde barındırır ve bir kuralın hukuk olup olmadığı ile ilgili herhangi bir kuşkuda yapılacak incelemenin sınırlarını da belirler. Yani inceleme kuralı çıkaran kurum ve bunun kuralı çıkarırken izlediği şekil-usul ile sınırlı olacaktır. Austin ve Kelsen'in hukuk kuramına armağanlarının özünü bu yöntem oluşturmaktadır. Bir Hukuk kuralını din, ahlak, gelenek, görgü kuralları gibi diğer tüm sosyal kural türlerinden ayıran nokta *yalnızca* (yalnızca –çünkü Ayrılık Tezi yani hukuk ve ahlakın ayrılığı, farklı bir yaklaşıma izin vermez ancak normativizmin 'kurallar hiyerarşisinde' öngördüğü kapalı denetim buna zarar vermez) kimin tarafından, nasıl, hangi yöntem ve usullerle yapıldığıdır. Bu ise eldeki kuralın geleceğine değil geçmişine bakmayı gerektirir. Burada *soy*

testi 'pedigree' belirleyici olur.⁴ Bir kuralın hukuk olup olmadığını onun yapılış sürecine bakarak kesinlikle saptanabilir.

Bu mantığa normativizm *iki* özgün ve önemli katkıda bulunmuştur: *Geçerlilik* ve *etkililik*.⁵ Aslında geçerlilik Austin'in buluşudur ama onu belirleyen, geliştiren ve bir ölçüde de olsa mucidinin yaklaşımından uzaklaştıran, ancak daha uygulanabilir kılan Kelsen'dir. Yeni Kantçı formalizmi ile o, hukuk kurallarını belirli bir hiyerarşi içine yerleştirmiş uluslararası hukuktan Temel Norm'un egemenliğindeki iç hukuka dek uzanan kademeli bir 'kurallar evreni' öngörmüştür. Bu 'normatif realite' (!) basamaklarında yer alan her kural varlık nedenini, zorla uygulanma gücünü, meşruiyetini üst basamaklardaki kurallardan aldığından, üsteki kurallara uygun olmak zorundadır ki, *geçerli* bir hukuk kuralı olarak varlığını sürdürebilsin. Geçerliliğin saptanması kuralın içeriğine bakılmasını gerektirir, ancak bu kapalı bir denetim mekanizmasıdır. Yani, kural bu piramidal yapıda yer almayan herhangi bir ölçüye göre değerlendirilmez. Çünkü, aksi ayrılık tezine aykırı olurdu. 1982 AY 148/1-2'nin kısa bir incelemesi normativizm netleşmesi açısından yararlıdır. Anayasa değişiklikleriyle anayasaya aykırılığın şekil bakımından ileri sürülmesinde 148/2'in getirdiği ölçütler: Teklif ve oylama çoğunluğu, ivedilikle görüşülmeme şartı ya da son oylama çoğunluğu gibi tümüyle biçimsel ölçütlerdir ve Kelsen'in piramidindeki üstün hukuk kurallarının başlıcalarından biri olan anayasa kuralında yer aldıkları için, normativist anlayışla tutarlıdırlar. Esas bakımından denetim ise piramidin herhangi bir basamağındaki kuralın içeriğinin yine aynı yapıda yer alan diğer bir kuralın içeriğiyle karşılaştırılmasından ibarettir ya da dar anlamda böyle görülebilir. Dolayısıyla kapalı kurallar sistemine kanun koyucunun yasalaştırması biçimindeki doğal girişin dışında bir sızma normativizm genel çerçevesinde mümkün değildir.

Etkililik ise çok farklı bir alana gönderme yapar, dikkatini normatif realiteden sosyal realiteye yöneltir. Bu içerisindeki

⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s.17. Jeffrie G. Murphy, Jules L. Coleman, *Philosophy of Law An Introduction to Jurisprudence*, Westview Pres, London 1990, s.19-33.

⁵ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 6. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 2003, s.337-344.

kurallardan herhangi birinin değil, piramidin bir bütün olarak uygulanıyor olmasını gerektirir. Bu bir hukuk sisteminin tümü için getirilen bir ölçüttür ve Kelsen'in sisteminin iki kara deliğinden birini oluşturur. Çünkü hukuku yalnızca kurallardan ibaret saymak gibi ciddi bir iddia ile yola çıkan Kelsen sistemin tamamı için kural'ın dışına, olgusal alana (aslında doğal olarak) başvurmak zorundadır. Tam bu noktada onun 'kural'ın dışına ikinci çıkışına da değinmek gerekir: Ulusal hukukların tepesinde yer alan Temel Norm hukuku, Kelsen'in ayırmak için olağanüstü çaba harcadığı ideoloji ve ahlakın karanlık ya da belirsiz koridorları içine gönderir. Bu ise hukuki pozitivizmin özüne yani keyfilikten uzak kesin ve belirli bir hukuk sistemi yaratmak amacına tümüyle terstir.

Aslında bu gelinen nokta bir son değil bir başlangıçtır. Hart'ın (açıkça ilan etmemekle beraber) aktif ve pasifleriyle birlikte devraldığı düşünsel mirastır. Öncelikle hukukun uygulandığı biçimiyle kuramsal bir çerçeveye oturtulması gerekir. Bu çerçeve hukuki pozitivist-normativist temellere de uygun olmalıdır. Dolayısıyla hukuk kurallardan ibaret olmalıdır. Ancak ona göre bu kurallar hiyerarşik dizilimin dışında nitelik olarak da birbirlerinden farklıdırlar. Hatta onların bu hiyerarşik görünümünün nedeni niteliksel farklılıklarıdır. Bu bağlamda hukuk kuralları *birincil* ve *ikincil* kurallar olmak üzere ikiye ayrılırlar, ancak ikincil kurallar da kendi içlerinde üç türdür. Hukukun yapı ve işleyişiyle kural türleri arasında sıkı bir ilişki vardır. Hart'ın belirleyici ögesi, kuramının anahtarı kural türleri ve bunların işlevleri arasında yaptığı ayırımdır.

Tüm yapının temelini ve hukuku bir sistem haline getirme görevini ikincil kuralların ilki olan *tanıma kuralı* yerine getirir. Bu kural, (farklı bağlamda da olsa Temel Norm'un bir muadili olarak) bir ülkede neyin hukuk kuralı olduğunu ya da olmadığını ayırt etmeyi sağlayacaktır. Ama çok önemli bir işlevi daha vardır. Belirtildiği gibi diğer ikincil normlarla (*değiştirme* ve *yargılama* kurallarıyla) birlikte hukuku mantıksal tutarlı bir bütün haline getirir. Bu sayede yurttaşlar ona içsel bakabilmekte yani hukuka yalnızca yaptırımlarından korktukları için uymamakta, onu davranışlarına bir rehber ve eleştirilerine bir neden olarak almaktadırlar. Birincil kurallar ise doğrudan kişilere yükümlülük getiren kurallar

toplamından oluşmaktadır. Onları sistemleştiren ikincil kurallar bulunduğundan, birincil kuralların bir karmaşık yığın olarak sorun yaratması söz konusu değildir.

Ancak kural türlerinin ayrılaşmasıyla oluşan ve kendine yeterli kapalı bir sistem gibi görünen bu yapının aslında böyle tutarlı olmadığını Hart da itiraf eder, ama ona göre bu olgu hukuk için bir çelişki değildir. Yani Hart aynı anda hem 'hukukun birincil ve ikincil kurallar birliğinden' oluştuğunu hem de *açık dokulu* olduğunu yani kurallar sonucu gerektirecek bir düzenleme öngörmediğinde (penumbral cases, ufki davalarda ya da gölge alanda), bir 'kanun boşluğu' bulunduğu (ki bu doğaldır) hakim hukuk yaratıcı takdirini kullanacağını ve davayı karara bağlayacağını söyler.

Konu doktrinimizde 'kanun boşluğu' ile 'hukuk boşluğu' kavramları tartışması bağlamında düğümlemektedir. MK 1'in düzenlemesinde hakim kanunda uyuşmazlığa ilişkin bir hüküm bulamadığında ortaya kanun boşluğu çıkmaktadır. Ancak, eğer örf ve adet hukukunda da hüküm bulamazsa bu kez hukuk boşluğundan söz edilebilir. Yani hukuk boşluğu için bir adım daha ileri gitmek gerekir. Tam bu noktada Anglosakson hukuk kuramında, dahil olduğumuz Kara Avrupa'sından farklı olarak takdir ile hukuk yaratmanın aynı sözcük (discretion) ile ifade edildiğini de belirtmekte yarar vardır. Böylece Hart'a göre hukukun tanıma kuralı ile saptanan sistematik yapısına hakim hukuk yaratması, teorik ya da pratik olarak bir zarar vermez, bir çelişki olmadığı gibi kullanımının da çok ciddi sorunlar doğurduğu görülmemiştir.⁶ Ancak en azından bir kişi, R. Dworkin bu konuda onunla aynı düşüncede değildir ve bu ayrılık Hart'ın teorisine en kapsamlı eleştirinin de çıkış noktasını oluşturmuştur.

3. Kuralı Aşan Hukuk Yaklaşımı

Dworkin'in itirazının temeli noktası hukuk ile kuralı eşitleyip ardından da hakim hükümünü, hukuk yaratıcı takdirini kabul etmektir. Çünkü hakim tanıma kuralı ile belirlenmiş olan yasa

⁶ Hart, *The Concept of Law*, s.138-150.

koyucu değildir. Bu çelişkinin giderilmesi için iki biçimde düşünülebilir:

- a) Tanıma kuralı hakimın hukuk yaratıcı takdirini içerecek ölçüde genişletilip formüle edilebilir.
- b) Hukuku kurallardan ibaret saymaktan vazgeçilip, kuralın ötesinde bazı ölçütlerin de hukuk olduğu kabul edilebilir.

Dworkin takdir kavramında düğümlenen bu olasılıkları oldukça ayrıntılı ve olabildiğince rafine argümanlarla Hakları Ciddiye Almak adlı temel yapıtlarından ilkinin Kurallar Modeli I ve II adlı bölümlerinde tartışır.⁷ O nihai yanıtını vermeden önce anahtar kavram olan takdir kavramını bir incelemeye tabi tutar ve türlerini saptar.

Analizine günlük dilde, hayatta takdir kavramını irdeleyerek başlayan Dworkin öncelikle takdirin hiçbir zaman tam bir serbestliği ya da keyfiliği ifade etmek için kullanılmadığını saptar. Takdir daima *fındıklı halka tatlısı* (doughnut) gibi belirli bir çerçevenin ortasında yani sınırlı bir alanda söz konusu olur. Ancak ona göre başta Hart olmak üzere hukuki pozitivistlerin ona verdikleri hukuk ötesi ya da hukuk aşıcı rol onu bir tür keyfilikle eş anlamlı kılarak yalnızca onların kural temelli yaklaşımlarıyla değil, bizatihi takdir kavramının sözcük anlamı ve günlük dildeki kullanımıyla da bağdaşmaz. Takdirin üç türü vardır: “Özetle *ilk zayıf* türde takdiri kullanacak kişiye bir standart, bir ölçüt dahilinde seçim yapması söylenir. Örneğin okul müdürü, yarışmaya hazırlamak için öğretmene en çalışkan beş öğrenciyi seçmesini söylediğinde, öğretmenin ‘en çalışkan’ ölçütü ile yaptığı seçim takdiridir, yani çevresi standartla sınırlı belli bir alandadır. *İkinci zayıf* türde karar verecek merci, o konudaki son merci ve makam olmasından dolayı takdire sahiptir ve olay onun önüne gelene dek belli bir olgunluğa ulaştırıldığından sınırlıdır. Ancak Dworkin’e göre takdirin kullanımı yukarıdaki iki tür ile sınırlı değildir: ‘Takdir yetkisini yalnızca bir görevlinin kendisini yetkili kılan standartları uygularken muhakemesini kullanması gerektiğini belirtmek ya da bu muhakemeyi denetleyecek hiç kimse olmadığını söylemek için

⁷ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s.14-45, 46-80.

kullanmıyoruz. Aynı zamanda sadece görevlinin söz konusu yetkiyi veren standartlarla bağlı olmadığı bazı konuları belirtmede de kullanıyoruz'. İşte bu 'bazı konular' güçlü takdir türünü saptamaktadır. Güçlü takdirde yine kişiden seçim yapması istenir, ancak bu kez ilk zayıf türde olduğu gibi bir standartla bağlılık söz konusu değildir. Örneğin okul müdürü öğretmenden beş öğrenci göndermesini istediğinde, bir sınırlama getirmediğinden (tek sınırlama gönderilenlerin öğrenci olmasıdır) takdir güçlüdür. Bu takdirin sınırı ancak genel akıl ve adalet ölçüleridir. Yani hukukta geçen makul ve mantıklı, basiretli, adil gibi ifadeler oldukça geniş olan bu takdir alanını oluştururlar. Hakimin MK 1 anlamında hukuk yaratması da güçlü takdire örnektir. Çünkü, o kanun mantığı ve diğer emredici mevzuatla bağlı olmakla birlikte, takdiri zayıflatacak ölçüde yakın ya da belirli bir standartla bağlı değildir".⁸

Şimdi Dworkin'e göre birinci ve ikinci tür zayıf takdir gerçekten de 'takdir' sözcüğünün günlük dildeki ve hukuk alanındaki kullanımına uygundur. Ancak güçlü takdir hem sözcüğün anlamına hem de yalnızca kurallar modelini kabul eden hukuki pozitivist görüşe değil, genel hukuk uygulamasına da aykırıdır. Çünkü takdire böyle hukuku aşan, hukuk ötesi bir anlam verildiğinde taraflar ex post facto, olay sonrası oluşturulan bir ölçüde tabi tutulmuş olacaktırlar. Bu ise öncelikle kanunların geçmişe dokunmaması ilkesine ters düşmektedir. Dahası tümüyle hakim tarafından konulan bir kural söz konusu olduğundan kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Ancak hukukta takdire ya da boşluk doldurmaya gereksinim olduğu da bir 'olgu'dur. Bu nedenle Dworkin sorunun çözümü için hakimlerin kanunun sustuğu ya da uygulanması gereken kuralların açık bir adaletsizliğe götürdüğü durumlarda mahkemelerin sorunu nasıl çözdüklerini inceler. Bu konuda köşe taşı olabilecek iki davayı (Riggs ve Palmer ile Henningsen ve Bloomfield Motors Inc.) ve mahkemelerin bunlardaki davranışını görüşüne kanıt olarak sunar.

⁸ Ahmet U. Türkbağ, "Böyle Yazıldı Böyle Uygulandı: Hakimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği", Ankara Barosu Hukuk Kurultay- 2006, C. II, s.572-573; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s.31-33.

Böylece pozitivistlere hukuk realitesinden, yargılamadan kanıt getirerek onları kendi silahlarıyla vurduğunu düşünmektedir.

“İkinci büyükbabasının vasiyeti gereği mirasçısı olan genç, büyükbaba yeniden evlenince, vasiyeti değiştirmesinden korkup onu öldürmüştür. Bu olayda hukuki sorun geçerli bir vasiyetnamenin bulunmasına karşılık varisin, kendi miras bırakanını öldürmesi durumunda miras hakkını alıp alamayacağıdır. O günün New York Eyalet yasaları içinde bu durum düzenlenmemiştir⁹. Bu olayda Dava mahkemesi şöyle bir mantık yürütmüştür: Eğer genel olarak sözleşmelerin ve özelde ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği hakkındaki hükümler ‘söze bağlı’ yorumlanırsa mirasın, mirisin katiline verilmesi gerekir. Ancak: ‘tüm yasa ve sözleşmelerin işleyiş ve sonuçları Common Law’un genel ve temel ilkeleri doğrultusunda kontrol edilebilir. Hiç kimsenin kendi hilesinden kazanç sağlamasına veya kendi yanlışından üstünlük elde etmesine veya iddiasını kendi haksızlığına dayandırmasına ya da kendi suçu ile mal elde etmesine izin verilmez’.

İkinci davada ise Otomobilin hatalı üretiminden dolayı kazada yaralanan Henningsen, hiçbir pozitif hukuk metnine dayandıramamakla birlikte, üretici firmadan otomobilindeki hasarın yanında tedavi masraflarını da talep etmekteydi. Firma ise ortada bir sözleşme olduğu, bu sözleşmede üreticinin hatalı üretimden dolayı doğan zararlardan sorumluluğunun yalnızca ‘hatalı parçayı değiştirmekle sınırlandırıldığı’, Henningsen’in bunu imzaladığını ve böyle bir sınırlamanın yapılamayacağını öngören herhangi bir yasa maddesi bulunmadığından da sözleşmenin geçerli, davacının tedavi masraflarına ilişkin talebinin ise haksız olduğunu ileri sürüyordu.

Dworkin mahkemenin bu iki karşıt savı değerlendirirken 6 ilkeden yaralandığını belirterek bunları özetlemektedir. Bunlardan önemli olanlar bir öykü oluşturacak biçimde şöyle sıralanabilir:

...Bir sözleşmeyi okumadan imzalamayı seçen kişi, olumsuz sonuçlarına da katlanır. (Ancak) Sözleşme Özgürlüğü

⁹ MK 578’de Bu olasılık Mirastan Yoksunluk kurumu çerçevesinde düzenlenmiştir. Buna göre: Miras bırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren ve öldürmeye teşebbüs edenler, mirasçı olmayacakları gibi, ölüme bağlı tasarrufla da bir hak elde edemezler.

ilgilendiğimiz alanda hiçbir sınırlamaya izin vermeyecek ölçüde kesin bir doktrin değildir. Otomobilin, günlük yaşamımızın yaygın ve gerekli bir parçası ve onun kullanımının da sürücü, yolcular ve herkes için bu denli tehlikeli olduğu bizimki gibi bir toplumda; üretici, otomobillerinin yapım, servis ve satımıyla ilgili olarak *özel bir sorumluluk altındadır*. Sonuç olarak mahkemeler satış sözleşmelerini, *tüketici ve kamu yararının adil biçimde* ele alınıp alınmadığını görmek için dikkatle incelemek zorundadırlar. Anglo-Amerikan hukuk tarihinde mahkemelerin bizzat kendilerinin, *haksızlık ve adaletsizliğe alet edilmelerine izin vermeyecekleri* temel düsturundan daha bilinen ve sağlam bir ilke (yoktur).¹⁰

Dworkin'in bu davalardan çıkardığı sonuçlara geçmeden önce değinilmesi gereken ilginç bir nokta vardır. İlk dava olan Riggs ve Palmer 1889 tarihlidir. Ancak bununla ikiz denebilecek bir olay 2005 tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu teşkil etmiştir.¹¹ Bu davadaki sorun sigortalı eşini, onun mirasından ya da aylığından yararlanmak için değil *tümüyle farklı bir nedenle öldüren kadının*, 'ölüm aylığına' hak kazanıp kazanamayacağı sorunudur. Tıpkı eski New York eyaleti yasaları gibi 506 Sayılı SSK/66,68 maddelerinde de bu konuya açıklık getirilmemiştir. MK 578 murisi öldürmeyi bir yoksunluk sebebi olarak düzenlemiştir. Aynı doğrultuda bir hüküm de 5434 sayılı ESK/77'de vardır. Hukuk Genel Kurulu Kararı ile Karşı Oy yazılarından anlaşıldığı gibi burada sorun iki temel hukuk ilkesinden (*Kuralından değil!*) hangisinin geçerli olduğu noktasında düğümlenmektedir. Bunlar: 'Hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı' ilkesi ile 'herkesin toplumun bir üyesi olarak sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ilkesidir'. Yargıtay olayda ilkinin tercih etmiş ve eşini haksız tahrik sonucu öldürdüğü ceza mahkemesi kararı ile saptanmış olan kadını 'ölüm aylığı' almaktan yoksun kılmıştır.

Ne denli canlı ve ne denli gerçek oldukları Yargıtay kararından da anlaşılan bu iki örnekten Dworkin hakimlerin Hart'ın iddia ettiği gibi

¹⁰ Ahmet U. Türkbağ , *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak, Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı*, Der'in Yay., İstanbul 2010, s. 76; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s.23,24.

¹¹ Esas no: 2005/10-364, Karar no: 2005/390, Tarih: 15.06.2005, Legal Hukuk Dergisi-Ekim 2005, s.3726-3730.

hukukun açık dokulu olmasından dolayı üçüncü takdir türü olan güçlü takdire sahip olmadıklarını, kuralların sustuğu durumlarda en azından her kültürün hukukunda kabul edilmiş belirli ilkelerle bağlı olduklarını çıkarır. Hatta ona göre kurallara uyulmasının ya da bunların bağlayıcı olmasının nedeni dahi bu ilkelerin varlığıdır. Eğer hukukta ilkeler bu denli önemli bir rol oynuyorsa, bu durumda da hukukun Hart'ın belirttiği gibi kurallardan oluştuğunu ileri sürmek gerek pratik gerçekler gerekse teorik tutarlılık açısından doğru olmayacaktır.

Gelinen bu nokta Hart'ın teorisinin çok önemli bir kavramının daha sorgulanmasını gerektirmektedir. Kuralların ve hukukun temelinde yer alan tanıma kuralı ilkeleri belirlemede ne ölçüde yeterli olacaktır? Bu soruya ilkelerin nitelikleri dikkate alındığında verilecek yanıt, tanıma kuralının ilkeleri saptamada yetersiz kalacağıdır. Çünkü özetle, ilkeler kurallara göre çok daha belirsiz ve elastiktirler. Sosyo-kültürel bir süreçte uzun bir zamanda oluşurlar, değiştirilmeleri oluşma süreçleri gibi uzun ve belirsizdir. Ağırlıkları ya da önem denebilecek boyutları dolayısıyla her davada sonucu belirleme ya da kararı etkileme düzeyleri farklıdır. Tanıma kuralı ise örneğin 'TBMM'nin anayasal prosedürlere göre yasalaştırdığı her şey Türkiye Cumhuriyeti'nin hukukunu oluşturur' gibi net ve açık bir kural olmak zorundadır. Dworkin'in uzun uzun tartıştığı gibi eğer tanıma kuralı ilkeleri de içerecek biçimde genişletilirse bu kez de hukuku diğer sosyal kurallardan ayırmada kullanılacak bir ölçüt olma işlevini yani temel işlevini yitirecektir.

Dolayısıyla tanıma kuralı hukukta böylesi önemli rol oynayan ilke boyutunu kapsamada yetersiz kalınca onun halen hukukun temel taşı olarak kabul edilmesi olanaksız hale gelmektedir. Bu durumda ise açıklamalarının ağırlık merkezini tanıma kuralı üzerine kuran Hart'ın teorisi temelini yitirmekte, dahası kural kavramını esas alan diğer kuramlarda bu eleştiriden paylarını almaktadırlar.

Doğal olarak tartışmanın devam ettiği yaklaşık 30 yıllık sürede Hart'ın, Dworkin'in bu eleştirilerine verdiği yanıtlar vardır. Hatta artık tartışmanın çok daha geniş bir alanda, sayısız taraftarlar arasında ve sayısız versiyonla süregeldiği de söylenebilir. Ancak öz yukarıda belirtildiği biçimini korumaktadır.