

T.C
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DWORKIN'IN YORUM TEORİSİ VE
HÜKÜM KURMADAKİ
ÖNEMİ

MÜSLÜM ŞENER

2501181344

TEZ DANIŞMANI

Doç. Dr. SERCAN GÜRLER

İSTANBUL – 2021

ÖZ

DWORKIN'İN YORUM TEORİSİ VE HÜKÜM KURMADAKİ ÖNEMİ

MÜSLÜM ŞENER

Yorum, edebiyatta, sanatta ve bütün bilim alanlarında merkezi bir konumda yer alır. Hukukta yorum denince kanun koyucunun amacı doğrultusunda yapılan çıkarım akla gelmektedir. Kuralların kanun koyucunun amacı doğrultusunda yorumlanması anlayışı, hayatın hızı karşısında kuralların yetersiz kalmasıyla sorgulanır hâle gelmiştir.

Bu doğrultuda hukuk kuralının lafzından öte bir manâya sahip olduğu ve bu manânın da *hukuk normunu* oluşturduğu düşüncesinin gelişmesiyle birlikte hukuk kuralları amaçları doğrultusunda ve Anayasal sisteme uygun olarak yorumlanmaya başlanmıştır.

Bu yöntem hakimin konumunu güçlendirirken bir o kadar da ağır bir sorumluluk altına girmesine yol açmaktadır. Lafzı ve gerekçesiyle ortada olan hukuk kuralını mevcut bir olaya uygulamak durumunda olan hakim, bütün bir hukuk sisteminin temelinde yatan ilkelerle birlikte meseleyi düşünme ve tarafların durumlarını ve somut olayın şartlarını da göz önünde bulundurarak meseleye bir çözüm getirme yükümlülüğü altındadır.

Hukukun kurallarla birlikte ilkelerden de oluştuğunu savunan Dworkin, hakimin yalnızca nazari anlamda, hukuk kurallarının bilgisine sahip olmasının yeterli olmadığını ve bütün bir hukuk düzeninin temelini teşkil eden ilkeleri de her olayda ayrıca sınyarak somut olayda kullanması gerektiğini ileri sürmüştür.

Belirtilen bu yöntem, hakimin yalnızca hukuk kurallarının bilgisine sahip olmasının ötesinde, içinde yaşadığı toplumun değerlerinin bilgisine de sahip olacak şekilde sosyoloji ve söz konusu hükmün somut olayda nasıl tezahür etmesi gerektiğine

ilişkin arka planını anlaması bakımından da hukuk felsefesi ve hukuk metodolojisi bilmesini gerektirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yorum, Hakim, Hart, Dworkin, Bütünlük, Uygunluk



ABSTRACT
DWORKIN'S THEORY OF INTERPRETATION AND ITS
IMPORTANCE IN JURISDICTION
MÜSLÜM ŞENER

Interpretation is a central concept in literature, in art and in all of science. If we think about legal interpretation, it occurs that is the inference made for the purpose of the legislator. The understanding of the rules being interpreted for the purpose of the legislator has become questionable when the rules are insufficient against the speed of life.

Accordingly, with the development of the idea that the rule of law has a meaning beyond the letter and the meaning that emerges from this meaning is the *legel norm*, it has begun to be interpreted in line with the objectives of the law and in accordance with the Constitutional System.

This method strengthened the position of the judge and also put them under a heavy responsibility. The judge, who has to apply the rule of law, which is evident on his or her own grounds, to an existing event, has come to the point of thinking about the issue along with the principles underlying the whole legal system and considering a situation of the parties and the circumstances of the tangible event.

Dworkin, who is the advocate of the understanding that law consists of rules as well as principles, argued that the judge should not only have the knowledge of the rules of law, but also use the principles that form the basis of a whole legal order in each case, and in a tangible event.

This stated method requires that the judge knows not only the knowledge of the rules of the law, but also the understanding of the philosophy of law and the methodology of the law in terms of understanding the background of sociology and

how the provision in question should manifest in a tangible event, having the knowledge of the values of the society in which it lives

Key Words: Interpretation, Judge, Hart, Dworkin, Integrity, Fit



ÖNSÖZ

Yorum kavramı, toplumsal hayatta herkesin sıkça kullandığı bir kavramdır. Henüz hukuk fakültesinin ilk senesinde hukuk başlangıcı dersinde genel bir tanımla ortaya konulan ve lafzi yorum, amaçsal yorum, tarihsel yorum gibi farklı türlerine yer verilen bir kavramdır. Ancak yorum kavramı, hukuk alanında üzerinde yeterince düşünülen bir kavram olmamış, kuralları ve sınırları ortaya konulmamış ayrıca benzer kavramlardan farkına da yeterince yer verilmemiş bir kavram olarak varlığını sürdürmüştür.

Üzerinde düşünülecek olursa hukuk kurallarının somut olaya uygulanması sırasında daima yorum yapılmaktadır. Ancak, çoğu zaman yorumcu bu durumun farkında olmamakta ve hukuk kurallarının lafzından hareketle hüküm kurarak ilgili hükmü somut olaya doğrudan uygulamaktadır. Yine çoğu zaman bu bakış açısıyla, yoruma ihtiyaç dahi duyulmadığı savunulmaktadır.

Bu bakış açısı pek de makul görünmemektedir. Hukuk kuralları hakimın somut olaya bakıp soyut hukuk kurallarını doğrudan uygulayabileceği bir düzen öngörmemektedir. Bu nedenle, “Hukuk kuralı açıktır, yorumlanmaya ihtiyaç yoktur.” şeklindeki önermeler artık geçerliliğini kaybetmiştir. Hayatın sürekli bir değişim içerisinde olması ve kanun koyucunun her hükmü a’dan z’ye düzenlemesinin de mümkün olmaması sebebiyle “yorum kaçınılmaz” olmuştur.

Ancak Yorum Nedir? Sınırları Nelerdir? Nasıl Yapılmalıdır? şeklindeki sorular ülkemizde pek de üzerinde düşünülen meseleler olmamış ve bu mesele üzerinde düşünenler de “Hukuku felsefeyle sulandırmayın!” cevabına muhatap olmuştur. Oysa ki, dünyada yapılan birçok çalışma hukukun felsefeden bağımsız olamayacağını göstermiş ve felsefenin hukuka olan katkısını gözler önüne sermiştir.

Hukuk fakültesinin ilk günlerinden itibaren bu doğrultuda bir düşünceye sahip olmama rağmen bilgi eksikliğim nedeniyle ne yapılması gerektiğini tam olarak bilemiyordum. Yüksek lisansı kazandıktan sonra değerli hocam Sercan Gürler’le bir ders çıkışı yapmış olduğumuz sohbette kendisi bana dünyada “Hukuki Argümantasyon” konusunda çok önemli gelişmeler olduğunu ve bir hakim olarak bu gelişmelerden haberdar olmam gerektiğini söyleyerek meseleden bana genel hatlarıyla bahsettiğinde aradığım şeyi bulduğumu hissettim.

Ancak yabancı dil eksikliğim sebebiyle hocamın istediği anlamda bir çalışma yapmamız mümkün olmayacağı için konuda değişiklik yapmak zorunda kaldık ve Türkçe kaynaklarla daha rahat çalışabileceğimiz, “Dworkin’in Yorum Kuramı ve Hüküm Kurmadaki Önemi” başlıklı konuyu seçtik.

Bu tezle ulaşmak istediğimiz amaç, hakimin hukuk kuralını somut olaya uygulamada bir makine gibi mekanik bir konumda olmadığı, her somut olayda hukuk kuralının nasıl tezahür etmesi gerektiğini, kanun koyucunun koyduğu sınırlar içerisinde, bilimsel akıl yürütme ve mantık kuralları doğrultusunda düşünerek ortaya koyması gerekliliğine vurgu yapmaktır.

Bu çalışmada yabancı dil eksikliğim nedeniyle yabancı kaynaklardan doğrudan atıf yapma imkânım olmadı. Ancak Türkçe literatürde bu konuda yazılmış geniş bir kaynak havuzundan yararlanmaya çalıştım. Umarım bu eksikliğimi gidererek Doktora aşamasında asıl çalışma amacım doğrultusunda bir tez yazarım.

Bu doğrultuda, yazarken büyük haz aldığım bu tezi yazmama vesile olan tez danışmanım ve değerli hocam Sercan Gürler’e çok teşekkür ederim.

Müslüm ŞENER

İstanbul - 2021

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	vi
KISALTMALAR.....	xii
GİRİŞ.....	1
I. YORUM.....	8
A. GENEL ANLAMDA YORUM.....	8
1. Hermeneutik (Yorum Bilimi).....	9
2. Hukuki Yorumun Tanımı.....	13
B.YORUMUN KAPSAMI VE SINIRI.....	15
C. YORUMUN BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ.....	28
1. Boşluk Doldurma ve Kıyas.....	28
2. Takdir Yetkisi Kavramı.....	32
D. YORUMUN KAÇINILMAZLIĞI.....	34
1. Hukuki Belirsizlik.....	35
2. Hukuk Hermeneutiği.....	38
3. Dil.....	41
4. Yorumun Kaçınılmazlığı.....	42
E. HER OLAYIN BİRİCİKLİĞİ VE ABDÜKSİYON.....	45
II. DWORKIN'IN GÖRÜŞLERİ KAPSAMINDA YORUM.....	52
A. H.L.A. HART'IN HUKUK KURAMINDA YORUM.....	53
1. Kurallar Sistemi Olarak Hukuk Anlayışı.....	55
2. İçsel-Dışsal Bakış Açısı.....	56

3. Takdir Yetkisi	57
4. Hukuk-Ahlâk Ayrımı	60
B. DWORKIN'İN HUKUK KURAMI	63
1. Dworkin'in Temel Felsefesi	65
2. Örnek Davalar	68
a. Elmer Davası	69
b. The Snail Darter Davası	72
c. Mc Loughlin Davası	74
3. Hukuk Nedir?	76
4. İlke-Kural Ayrımı	79
5. Yargısal Takdir Meselesi	90
6. Bütünlük ve Uygunluk İlkesi	95
a. Bütünlük İlkesi	97
b. Uygunluk İlkesi	99
III. DWORKIN'İN YORUM KURAMININ MAHKEME	
KARARLARI ÜZERİNDEN ANALİZİ	109
A. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA	
SÖZLEŞMESİNİN FESHİ	111
1. Davaya Konu Olay	111
2. Davanın Dworkin'in Yorum Anlayışı	
Bakımından Değerlendirilmesi	112
3. Bütünlük Olarak Hukuk Anlayışı İle	
Amaca Göre Yorum Arasındaki Farklılıklar	115
B. BİR FİİLİN HIRSIZLIK SUÇUNUN NİTELİKLİ HALİ	
OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ	118
1. Davaya Konu Olay	118
2. Davada Uygulanacak Hukuk Kuralları	118

3. Davanın Dworkin'in Yorum Anlayışı	
Bakımından Değerlendirilmesi	118
C. TMK M. 175/1'İN HAKİME YOKSULLUK NAFAKASININ SÜRESİNİ BELİRLEME KONUSUNDA TAKDİR HAKKI VERİP VERMEDİĞİ	122
1. Davaya Konu Olay	122
2. Davanın Dworkin'in Yorum Anlayışı	
Bakımından Değerlendirilmesi	123
3. Bütünlük Olarak Hukuk Anlayışı ile	
Sistematik Yorum Arasındaki Farklılıklar	131
Ç. ALDATILAN EŞİN, EVLİ OLDUĞUNU BİLDİĞİ KİŞİYLE İLİŞKİYE GİREN 3. KİŞİDEN TAZMİNAT İSTEYİP İSTEYEMEYECEĞİ	133
1. Davaya Konu Olan Olay	133
2. Davanın Dworkin'in Yorum Anlayışı Bakımından	
Değerlendirilmesi	135
D. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİDEN ARSA PAYI DEVRALAN KİMSELERİN TMK M.1023'ÜN KORUMASINDAN YARARLANIP YARARLANAMAYACAĞI	143
1. Davaya Konu Olay	144
2. Dava'nın Dworkin'in Yorum Anlayışı Bakımından	
Değerlendirilmesi	145
E. MALİK OLMAYAN KİŞİNİN YAPMIŞ OLDUĞU KIRA SÖZLEŞMESİNDE, TAŞINMAZ MALİKİNİN BU SÖZLEŞMEYE ONAY VERMEMESİ ÜZERİNE KİRANIN HANGİ TARAFYA ÖDENECEĞİ	150

1. Davaya Konu Olay	150
2. Davanın Dworkin'in Yorum Anlayışı Bakımından Değerlendirilmesi	151
F. ZAMANAŞIMI VE MEDENİ KANUN M. 2'DE DÜZENLENMİŞ OLAN DÜRÜSTLÜK KURALININ (İLKESİNİN) ÇATIŞTIĞI HÂLLERDE HANGİSİNE ÜSTÜNLÜK TANINMASI GEREKTİĞİ	156
1. Davaya Konu Olay	156
2. Davanın Dworkin'in Yorum Anlayışı Bakımından Değerlendirilmesi	156
SONUÇ	158
KAYNAKÇA	165

KISALTMALAR

a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.t.	: Adı geçen tez
ASHM	: Asliye Hukuk Mahkemesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYİMK	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararı
b.	: Bent
b.a	:Eserin Bütününe Atıf
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DİBK	: Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı
E.	: Esas
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi
HÜHFD	: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
R.G	: Resmi Gazete
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa sayısı

TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Y.	: Yıl
YİBBGK	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
yy.	: Yüzyıl



GİRİŞ

“Amerikan Hukuk biliminin, yani hukukun doğasına ilişkin Amerikan kuramsal düşüncesinin, neredeyse takıntı noktasında muhakeme süreci üzerinde, yani belli davaları hükme bağlarken mahkemelerin ne yaptığı ve yapması gerektiği, yargıçların nasıl akıl yürüttüğü ya da yürütmesi gerektiği üzerinde, yoğunlaştığını size açıkça söyleyebilirim.”¹

H. L. A. Hart’ın, Ronald Dworkin ve Amerikan hukuk düşüncesine dair bu tespitini, Anglo-Sakson Hukuku’nun yani Common Law Sistemi’nin temel felsefesi olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

Common Law Sistemi’nde esas olan, genel ve soyut nitelikteki düzenlemeler değil, mahkemelerin karşılaşmış oldukları davalarda vermiş oldukları kararlardır. Bu sistemde, hakimin önündeki davada nasıl karar vermesi gerektiğine ilişkin düşüncesini, önceki benzer bir davada verilmiş kararlar yönlendirmektedir. Fakat buradaki yönlendirme mutlaka belirli bir şekilde karar verilmesi gerektiği şeklinde kesin bir yönlendirme de değildir.

Common Law Sistemi’nde, bir dava hakkında belirli bir yönde karar verilmesine sebep olan “davanın temeli” yani “illeti²” diğer dava açısından da belirleyici olmaktadır. Buna göre hakim, önündeki bir davada karar verirken benzer bir davada nasıl karar verildiğini ve verilen bu kararın hangi temele oturtulduğunu yani

1 H. L. Hart, “Are There Any Natural Rights”, **Theories of Rights**, Ed. J. Waldron, Oxford, Oxford University Press, ss. 969-989, s. 969’dan aktaran Ahmet Ulvi Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak**, 2. Baskı, İstanbul, Derin Yayınları, 2010, s. 73. Aynı yönde bir görüş için bkz. Sercan Gürler, “Çağdaş Ahlak Kuramlarının Hukuk Felsefesine Yansımalarına Örnek Olarak Lawrence Solum’un ‘Erdem Ahlakına Dayalı Hukuk Kuramı’”, **HFSA** 16, 2007, ss. 141-168, s. 154.

2 Kelime anlamı “değiştirici” olan ve fıkıh usulünde “hükmün üzerine bina edildiği şey” anlamına gelen “illet”in, “somut olayda bulunup da hükmün benzerlerinden farklı şekilde verilmesine sebep olan şey” olduğu belirtilmiştir (Fahrettin Kayhan, “Yargısal İçtihatlardan Yararlanma Yöntemi ve Türk Hukuku”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler - Tartışmalar)**, C. XVI, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1999, ss. 7-55, s. 21-22).

hangi “illet”e bağılı olduğunu tespit etmekte ve kendi davasında da aynı temel yani “illet” söz konusuysa benzer bir karar vermektedir ki buna *stare decisis* ilkesi denmektedir.

Fakat birçok yönden aynı olsa da önceki davayla hakimin önündeki dava arasındaki “illet” farklıysa hakim önceki davadan farklı yönde bir karara varabilmektedir. Fakat bu benzer davalarda neden farklı karar verildiğine ilişkin gerekçeyi de ortaya koyması gerekmektedir.

Buna karşılık genel ve soyut nitelikteki düzenlemelerin hakim olduğu Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’nde ise esas olan belirli bir olayın bir kanun hükmünün kapsamına girip girmediğinin tespiti.

“Özellikle klasik pozitivistin hakim olduğu dönemlerde yargıçlar, Modern Zamanlar filminde çarpıcı şekilde resmedilen fordist üretim tarzına uygun düşen seri üretim kararlara imza atmışlardır. Yargıçlar kanunun adalete uygunluğu veya kanunun öncülleri nelerdir bakmadan olayı tespit edip, olaya uygun kanunu yorumlamadan ve sorgulamadan uygulamışlardır.”³

Yukarıda alıntılanan paragrafta veciz bir şekilde ifade edildiği üzere, klasik pozitivistin hakim olduğu dönemlerde asıl amaç kanunu yorumlamak değil kanunu uygulamak olarak görülmüş ve adaletin gerçekleştirilmesinin yegane yolunun bu olduğu düşüncesi yerleşmiştir. Bu doğrultuda “hakimin kanunun ağzı olduğu” ve “kanunları yorumlamayıp yalnızca tatbik etmesi gerektiği” şeklinde bir anlayış gelişme göstermiştir.

Böylece insanları birarada tutan ve insan topluluklarını bir kubbe gibi kaplayıp içine alan hukuk⁴, uzun asırlar boyunca kendisinden şüphe edilmeyen bir durum olarak varlığını sürdürmüştür. Ancak bilimsel gelişmelerin hızlanması ve insanlararası ilişkilerin karmaşık bir hâl almaya başlamasıyla birlikte eskiden beri hukuk üzerinde

3 M. Balkan Demirdal, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S. 3-4, 2014, ss. 789-820, s. 789.

4 Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 1.

varolan şüpheler artmış ve “hukukun ne olduğu” konusunda çalışmalar yoğunlaşmıştır.

Bu çalışmaların en önemli sebeplerinden biri de gelişen teknolojiyle birlikte sosyal ve ekonomik koşulların değişmesi ve dolayısıyla mevcut kanunların ihtiyaçları karşılayamaması ve belirli hukuki ilişkilerin nasıl çözümleneceğine ilişkin boşluklar oluşmasıdır. Hukukta boşluk olması hâlinde hakimin nasıl davranması gerektiği konusunda ise farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Bu görüş sahiplerinden biri olan Hart’a göre, hukukta standart ve gölgeli alanlar söz konusudur. Yani “Park’a taşıt giremez.” şeklindeki bir kural üzerinden açıklama yapılacak olursa “taşıt” kelimesinin gündelik dilde araba ve kamyon gibi araçları kapsadığı tartışılmazken, bebek arabası ve İkinci Dünya Savaşı’ndan kalma bir tank’ı karşılayıp karşılamadığı tartışmalıdır. İşte Hart, “alacakaranlık” veya “gölgeli alan” dediği bu tarz sınır durumlarda hakimin yorum yetkisini kullanarak uyumsuzluğu çözüme bağlayabileceğini belirtmekte fakat “standart dava” olarak adlandırdığı hâllerde ise, hakimin yorum yetkisini kullanmasına gerek olmadığını ve kanuna göre hüküm kurması gerektiğini belirtmektedir.

Dworkin ise Hart’ın bu yaklaşımının fazla “semantik”, başka bir deyişle “dil merkezli” olduğunu vurgulayarak her hükmün bir amacı olduğunu ve bu hükümlerin o amacı gerçekleştirmek için düzenlenmiş olduğunu belirtmektedir. Dworkin’e göre, bu amacın ortaya çıkarılması için hukukta yalnızca kurallardan değil ilkelerden de yararlanılmalıdır. Yani Dworkin, hukukun kurallar ve ilkelerden oluştuğunu savunmaktadır.

Dworkin, ilkelerin ortaya çıkarılması için hakimin yorum yetkisini kullanması gerektiğini ileri sürmektedir. Ona göre, hukuk, yorumdur. Hart’ın belirttiğinin aksine dilsel bir çözümlemeyle “standart dava-gölgeli alandaki dava” ayırımı yeterli değildir.

Hukukta ilkelerin varlığını örnek davalarla göstermeye çalışan Dworkin, Elmer Davası’nda, mirasın Elmer’a verilmesini yasaklayan herhangi bir hukuk kuralı

olmamasına rağmen mahkemenin “Hiç kimse kendi hukuka aykırı davranışından kazanç sağlayamaz.” ilkesi gereğince Elmer’ı mirastan mahrum bıraktığını belirtmektedir.

Dworkin’e göre, hukuk, yorumdur ve hukukta yorum kaçınılmaz bir faaliyettir. Bu doğrultuda TMK’nın 471. Maddesi hükmü hukukta yorumun kaçınılmaz bir faaliyet olduğunu göstermesi bakımından incelenmeye değerdir.

İlgili maddeye göre: “Özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkumiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet, hapis halinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.”

Bu hükmün sonucu olarak, hükümlünün cezasını tamamen çekmiş olması halinde vesayet kararının kendiliğinden kalkacağı kolaylıkla söylenebilir. Ancak TMK m. 407 bakımından, “Bir yıl veya daha uzun süreli hapis cezasıyla cezalandırılan herkese vasi atanması gerekmez. Yalnızca, ‘gerçek bir yardım ihtiyacının ortaya çıktığı hallerde’ bir yıl veya daha uzun süreli hapis cezasına mahkum edilenler hakkında vesayet kararına hükmedilebilir.” şeklinde bir görüş ortaya atılsa muhtemelen verilecek cevap şu olacaktır: “Kanun lafzı ortadadır ve açıktır. Bu hükmün artık yorumlanmaya ihtiyacı yoktur.”

Bu cevaba karşın, özellikle Covid 19 salgını sebebiyle cezaevinden “izinli” olarak çıkan kişiler üzerindeki vesayetin kalkıp kalkmayacağı gündeme geldiğinde, verilecek cevap önceki kadar kolay olmayacaktır. Çünkü yukarıdaki mantıkla burada da kanun hükmü açık gözükmemektedir. Oysa ki bu soruya cevap vermek o kadar kolay görünmemektedir.

TMK m. 471 bakımından, cezasını tamamıyla çekmiş olan bir hükümlü üzerindeki vesayetin kalkacağı konusunda sorun yoktur. Ancak koşullu salıverme ve özellikle, yapılan son infaz değişikliğiyle birlikte(14.4.2020), denetimli serbestlikten yararlanarak cezaevinden çıkan kişiler bakımından hüküm o kadar da açık değildir. Bir ân için bu kişiler açısından da kanun hükmünün açık olduğu ve hatta uygulamada

da buna yönelik bir görüş birliği olduğu söylenecek olsa bile bu noktaya gelinmesi de öyle kolay olmamış ve hükmün uygulama şekli, gerçek bir yorum süzgecinden geçerek bugünkü halini almıştır.

Görüldüğü üzere hukukta yorum, özellikle yargılama sürecinin can damarını oluşturmakta ve yoruma dair bu bakış açısı Anglo-Sakson Hukuk Sistemi ile Kıta Avrupası Hukuk Sistemi arasında önemli farklılıklar olduğunu göstermektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, hukuk sistemleri arasındaki temel farklılıklar sebebiyle “yorum” a bakış açısının ve hukuk yargılamasında “yorum” un işletilmesinin aynı doğrultuda olamayacağı yadsınamaz bir gerçektir. Ancak, yazılı hukuk kurallarının hakim olduğu bir sistemde dahi kendine has yorum kurallarının kanun koyucunun koymuş olduğu sınırlar içerisinde işletilebilmesi ise mümkün görünmektedir.

Bunun sebebi ise, hangi sistemde olursa olsun, hukukun amacı, insanların haklarını elde etmelerinin temini ile birlikte kamu düzenini sağlamaktır. Bu nedenle esas olan yukarıda anıldığı gibi, fordist üretim tarzına uygun seri kararlar vermek değil, hakların temini konusunda makul ve adil kararlar vermektir.

Hakların gerçek anlamda temini içinse, yorum yapılması gerekmektedir. Her ne kadar yukarıda yoruma başvurulmasının sebepleri olarak, yaşamın değişim hızına ve teknolojik gelişmelere işaret edilmişse de, Hermeneutik anlayış bize yorumun asıl sebebinin bu olmadığını göstermiştir.

Bu anlayışa göre, insan bilimlerinde doğa bilimlerinden farklı olarak açıklama değil anlama söz konusudur. Anlama ise, her zaman bir değerlendirmeyi yani yorumu gerektirir. Hermeneutik anlayışın önde gelen isimlerinden Gadamer ise, mevcut meselelerin tarihten bağımsız olarak anlaşılamayacağını ve yorumcunun kendisini tarihten bağımsız bir varlık olarak görmeksizin, yorum yaparken tarihle bağlantı içerisinde olması gerektiğini savunmuştur. Ayrıca Gadamer’e göre, yapılan yorum kanun koyucunun niyetini doğrudan alıp uygulamak değildir. Günün şartlarına uygun

bir yorum ortaya koymaktır. Ancak burada keyfi ve öngörülemez bir yorumdan da bahsedilmemektedir. Yapılan yorum daima, bütüncül bir anlayışın sonucu olan adilane bir yorum olmalıdır.

Bu anlayıştan etkilenen Dworkin ise, bütünlük ve uygunluk kavramlarıyla yorumun hem hukuk düzeninin içerisinde kalmasını hem de her yorumda hukuku bir adım öteye götürerek mevcut sorunlara daha adil bir hüküm vererek insanların haklarına kavuşmasının temini hususunda oldukça makul bir yol göstermiştir.

Bu çalışmanın temelinde her ne kadar Dworkin'in yorum kuramı ele alınmış olsa da, özellikle ilk bölümde Dworkin'in etkilerini taşıdığı hermeneutik anlayış ve abdüksiyon yöntemine değinilmiş ve yorum kavramının genel olarak anlamı ile birlikte Türk hukukunda özellikle TMK m.1 çerçevesinde yorumun nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Bu haliyle, ikinci bölümde bahsedilecek olan Dworkin'in yorum kuramının daha iyi anlaşılabilmesi için bu kuramın temelini oluşturan kavramların açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır. Ayrıca, Türk hukuk sisteminde sınırları konusunda belirsizlik bulunan ve çoğu zaman birbiriyle karıştırılan yorum, boşluk doldurma ve takdir yetkisi kavramlarının gerek kavram olarak açıklığa kavuşturulması sağlanarak sonuçlarına değinilmiş gerek TMK m.1 hükmü de gözetilerek sınırları ortaya konulmuştur.

Çalışmanın esasını oluşturan ve ikinci bölümde değinilen Dworkin'in yorum kuramına giriş yapılmadan önce, onun kendisinden etkilendiği ve kuramını oluştururken temel aldığı Hart'ın hukuk kuramı ve yorum anlayışına da yer verilmiştir. Sonuç kısmında ise, Dworkin'in yorum kuramının uygulamada göz önünde bulundurulması gereken bir anlayış olduğunu göstermesi bakımından çarpıcı olduğu savunulan yargı kararlarına değinilmiş ve ilgili kararlar Dworkin'in yorum kuramı bağlamında ortaya konulmuştur.

Yine çalışmanın başlığı içerisinde yer alan ve yorumun nihai amacı olan hüküm kavramı, HMK m. 294⁵, 297⁶ ve 321⁷. maddeleri göz önünde bulundurularak, yalnızca hükmün sonuç veya özet kısmını içeren anlamda “kısa karar” olarak değil, kısa kararın verilmesine sebep olan ve bütün bir yargılamanın genel hatlarıyla ve gerekçesiyle ortaya konulduğu nihai bir karar olarak ele alınmıştır. Ayrıca yorum kavramı, herhangi bir hukuk alanı ve sistemine has bir faaliyet olarak değil, temel ve tüm hukuk düzenlerine şamil bir kavram olarak değerlendirilmiştir.

5 Bu maddeye göre, (1) Mahkeme, usule veya esasa ilişkin bir nihai kararla davayı sona erdirir. Yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar, hükmüdür.

(3) Hükmün tefhimi, her halde hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunmasıyla olur.

(4) Zorunlu nedenlerle sadece hüküm sonucunun tefhim edildiği hallerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak bir ay içinde yazılması gerekir.

6 Bu maddeye göre, (1) Hüküm “Türk Milleti Adına” verilir ve bu ibareden sonra aşağıdaki hususları kapsar:

c) Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkan sonuç ve hukuki sebepleri.

ç) Hüküm sonucu, yargılama giderleri ile taraflardan alınan avansın harcanmayan kısmının iadesi, varsa kanun yolları ve süresini.

(2) Hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümler, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir.

7 Bu maddeye göre, (2) Kararın tefhimi, mahkemece hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklanması ile gerçekleşir. Ancak zorunlu hallerde, hakim bu durumun sebebini de tutanağına geçirmek suretiyle, sadece hüküm özetini tutanağına yazdırarak kararı tefhim edebilir...

I. YORUM

A. GENEL ANLAMDA YORUM

“Hiç kuşku yok ki, çağımız yorum çağıdır.”⁸

Günümüzde, sosyal bilimlerin yalnızca bir betimleme meselesi değil, aynı zamanda yorumlama olduğu fikrinin ağırlık kazandığı belirtilmektedir⁹. *Serozan*, ister kutsal bir kitap ister edebiyat eseri olsun herhangi bir yazılı metni okuyan kişinin okuduğunu kavrayabilmek için onu anlamlandırmak, yorumlamak durumunda olduğunu savunmaktadır¹⁰. Yine aynı yönde gerek hukukta gerekse diğer alanlarda irade beyanlarının anlaşılması için yoruma başvurulması gerektiği belirtilmektedir¹¹.

Sonuç olarak görülmektedir ki, çağımızın temel kavramlarından biri olan yorum, bilimin her türünde, güzel sanatlarda, edebiyatta ve hukuk alanında merkezi kavram durumuna gelmiştir¹². Bu doğrultuda hukukun da özünde yorum olduğu ileri sürülmüştür¹³.

8 Dennis Patterson, **Law and Truth**, Oxford, Oxford University Press, 1996, s. 71’den aktaran Kasım Akbaş, “Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir ‘Yargılama Kuramı’na”, Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin, Ertuğrul Uzun, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, 3. Baskı, İstanbul, İthaki Yayınları, 2019, s. 195.

9 Niyazi Öktem, “Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi”, **Anayasa Yargısı**, S. 28, 2011, ss. 83-96, s. 87.

10 Rona Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 136.

11 Asım Kaya, “Amaçsal Yorum”, **Ankara Borusu Dergisi**, S. 2, 2014, ss. 365-383, s. 366.

12 Akbaş, “Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir ‘Yargılama Kuramı’na”, s. 195.

13 Öktem, “Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi”, s. 87.

Çalışmanın bu bölümünde öncelikle yorumun tarihsel gelişimi ve hermeneutik anlayış ortaya konulduktan sonra yorumun tanımı ve benzer kavramlardan ayırt edilmesi sağlanacak ve son aşamada hermeneutik anlayışın bir yansıması olan her olayın biricikliği anlayışına değinilecektir.

1. Hermeneutik (Yorum Bilimi)

Yorumlamak, ifade etmek, belirtmek, tercüme etmek, açıklamak¹⁴ gibi anlamlara sahip olan “hermeneutik” tabiri, anlama¹⁵ ve yorumlama sanatı¹⁶ olarak da ifade edilmektedir. Hermeneutik, “bir başka dünyaya ait bir anlam bağlamını o an içinde yaşanan dünya aktarma etkinliği”dir¹⁷.

17. yy.’dan beri kullanılan hermeneutik kavramının kökeni, Antik Yunan’a kadar gitmektedir¹⁸. Tarih ve felsefe alanlarına da uyarlanmış bir kavram olan¹⁹ hermeneutik, Antik Yunan’da, dini metinlerin tercüme edilmesi anlamında teoloji alanında kullanılmıştır²⁰.

14 Jens Zimmermann, **Hermeneutik: Kısa Bir Giriş**, Çev. Mehmet Çetin, İstanbul, Say Yayınları, 2020, s. 13; Richard E. Palmer, **Hermenötik**, Çev. İbrahim Görener, İstanbul, Düşün Yayıncılık, 2015, s. 43.

15 Zimmermann, **a.g.e.**, s. 12.

16 Arslan Topakkaya, **Hukuk Hermeneutiği**, Ankara, Adalet, 2019, s. 175.

17 Metin Bal, “Yorum, Anlama ve Sanat Üzerine: Gadamer”, **Afşar Timuçin’e Armağan**, Ed. Çetin Veysal, Zehragül Aşkın, İstanbul, Etik Yayınları, 2010, ss. 178-196, s. 185.

18 Muharrem Kılıç, “Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz”, **HFSA 12**, 2005, ss. 90-101, s. 91-92.

19 Topakkaya, **a.g.e.**, s. 175.

20 Jale Karakaş, “Hermeneutik ve Hukuk”, **HFSA 12**, 2005, ss. 102-106, s. 102; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 123.

18. ve 19. yy.'larda doğa bilimlerinin gelişmesiyle birlikte doğa bilimlerinin yöntemi sosyal bilimler alanında da kullanılmaya başlanmıştır²¹. Ancak sosyal bilimler alanındaki bilginin doğa bilimlerindeki gibi genel geçer olmaması ve sosyal bilimlerde insanın karmaşık içsel yapısı, duyguları, ilişkileri ve her olayın başlı başına diğerlerinden farklı oluşu, bu alanda bir süreklilikten değil amaçlılıktan bahsedilmesi, kısacası her iki alanın yöneldiği nesnenin farklılık göstermesi sosyal bilimlerde kendine özgü bir yöntemin kullanılması gerektiği anlayışını ön plana çıkarmıştır²².

Schleirmacher, Dilthey ve Heidegger'in görüşleriyle şekillenen modern hermeneutik, Gadamer ile birlikte 20. yy.'da olgunluğa ulaşmıştır²³. Hermeneutik'i doğa bilimlerinin karşısına insan bilimlerinin yöntemi olarak koyan kişi olarak kabul edilen Dilthey²⁴, doğa bilimlerinde geçerli olan neden-sonuç ilişkisinin insan bilimleri alanında geçerli olmayacağını savunmuştur. Ona göre, doğa bilimlerinde "açıklama" söz konusuysen insan bilimleri "anlama" söz konusudur²⁵. Dilthey, doğa bilimlerinde tikelden yola çıkıp genelleştirmenin söz konusu olduğunu, insan bilimleri ise insanın içsel yapısı, duyguları, düşünceleri ve rasyonel olmayan hareketleri sebebiyle bir düzenliliğin olmadığını vurgulayarak, doğa bilimlerindeki gibi mekanik bir yaklaşımın insan bilimleri mümkün olmadığını ortaya koymaya çalışmıştır²⁶.

Schleirmacher, bir metni yorumlamak için o metnin yazıldığı döneme yani geçmişe geri dönerek yazarının zihnine girilmesi ve metnin yeniden inşa edilmesi

21 Seyit Coşkun, "Gadamer'de Hermeneutik Yöntem", **Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Dergisi**, S. 12, 2009, ss. 27-37, s. 28, 29.

22 Sevrâ Fıncıoğulları, "Sosyal Bilimler ve Hermeneutik Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", **Sosyoloji Dergisi**, S. 33, 2016, ss. 37-48, s. 38-42.

23 Zimmermann, **a.g.e.**, s. 17. Gadamer ile birlikte hermeneutik, felsefi bir nitelik kazanmıştır. Felsefi hermeneutik, hermeneutik üzerine felsefi fikir yürütme işlemi olup metinleri anlamamanın ve yorumlamamanın genel öğretisi olarak kabul edilir (Topakkaya, **a.g.e.**, s. 176).

24 Karakaş, **a.g.e.**, s. 102.

25 Coşkun, **a.g.e.**, s. 30.

26 Fıncıoğulları, **a.g.e.**, s. 44-46; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 44-46; Palmer, **a.g.e.**, s. 154-158

gerektiğini savunmuştur²⁷. Gadamer ise Dilthey'in insan bilimlerinin doğa bilimlerinden ayrılmasında temel ölçütlerden biri olarak ortaya koyduğu “anlama” kavramı bağlamında, “tarihsel olarak etkilenmiş bilinç” kavramını ortaya atmıştır²⁸. Ona göre, tarihten bağımsız bir anlama olanaksızdır²⁹. Anlama, gelenekle ilişkili bir kavramdır. Anlama etkinliğinin nesnesi olan metin ile yorumcu arasında uçurum olduğu, yorumcunun bu uçurumu kapatmak için belirli yöntemleri kullanması gerektiği anlayışı gerçeği yansıtmamaktadır³⁰. Bu düşünce yorumcuyu geçmişten koparmakta ve kendi tarihselliğini anlamaksızın dışardan bir yerden geçmişi anlamak zorunda bırakmaktadır. Oysa ki geçmiş ile yorumcunun bulunduğu ân arasında kapatılması gereken bir uçurum yoktur. Geçmişin bilgisi ve yorumu bizi bulduğumuz ‘ân’a bağlayan bir köprüdür. Geçmiş, geleceğin de köklerini barındırdığı için bizi geleceğe yönlendirir³¹. Bu doğrultuda yorumcu da metin ile metnin hakikati arasında kendisini bir aracı hâline getirmelidir³². Gadamer’e göre, “hermeneutiğin amacı, metnin otantik niyetini, iç uyumunu kurmaya ve savlarındaki boşlukları gidermeye çalışmaktır.”³³

Bu noktada, bütün ile parçalar arasında dairesel bir ilişki olduğunu belirten Gadamer, bütünün anlamının parçalar yoluyla anlaşılacağını ancak parçaların da

27 Zimmermann, **a.g.e.**, s. 42-43; Palmer, **a.g.e.**, s. 133-137.

28 Hans Gadamer, **Hakikat ve Yöntem**, Çev. Hüsamettin Arslan & İsmail Yavuzcan, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 111-152; Ayrıca bkz. (Zimmermann, **a.g.e.**, s. 59. Ayrıca bkz. Burhanettin Tatar, “Hans-Georg Gadamer ve Hakikat ve Yöntem (Wahrheit und Methode) Adlı Eseri”, **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 12-13, 2001, ss. 277-306, s. 296-300).

29 Gadamer, **a.g.e.**, s. 90.

30 Kılıç, “Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz”, s. 96; Zimmermann, **a.g.e.**, s. 25, 59.

31 Feysel Taşçıer, “Gadamer ve Tarih Bilinci Sorunu”, **Ethos: Felsefe ve Toplumsal Bilimlerde Diyaloglar**, S. 6(1), 2013, ss. 63-85, s. 66-67; Kılıç, “Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz”, s. 96; Hans-George Gadamer, “Tarih Bilinci Sorunu”, Paul Rabinow, William Sullivan, Albert O. Hirshman, Paul Ricoeur, Clifford Geertz, Thomas S. Kuhn, Hans-George Gadamer, **Toplum Bilimlerinde Yorumcu Yaklaşım**, Çev. Taha Parla, İstanbul, Deniz Yayınları, 2008, s. 230.

32 Gadamer, **a.g.e.**, s. 220.

33 **A.e.**

aydınlatici görevini bütünün ışığı altında görebileceğini savunmaktadır³⁴. Ona göre, asıl olan, ne yazarın kastıdır ne de tarih dışında başlı başına bulunan bir eserdir. Asıl olan tarihsel buluşmalarda tekrar tekrar ortaya çıkan şeydir³⁵.

Dolayısıyla burada amaç kendimizi tarihten veya geçmişten soyutlamak değil bizzat o tarihin içinde olduğumuzu bilerek hareket etmektir. Bir kelimeyi anlayabilmek, onların bizim için bir değer ifade etmelerini gerektirir. Kelimelerin bize kendilerini açması, onlarla etkileşime girmemiz hâlinde mümkün olur.

Schleimacher'ın aksine Gadamer, yorumcunun kendisini metnin yazarının yerine koyması gerektiği şeklindeki düşünceye katılmaz. Ona göre, yorumcu ortak anlama katılmalıdır. Modern hermeneutik bakımından asıl olan yorumcunun metni kendi yaşamına aktarmasıdır. Bu noktada metnin anlam dünyasıyla yorumcunun anlam dünyasının buluşması, kaynaşması söz konusu olmalıdır³⁶. Bu ise, yukarıda ifade edildiği gibi, yorumcunun kendisini, tarihten soyutlamadan tarihin akışı içerisinde ve ona bağlı olduğunu bilerek, metinden yaşadığı 'ân'a göre bir anlam inşa etmesini gerekli kılmaktadır.

Geçmişte yazılmış bir metni yorumlamak durumunda olan kişi bu doğrultuda, metin ile içinde bulunduğu zaman arasındaki gerilimi gidermeye çalışmalı ve bunu yaparken de değişen koşulları dikkate almalıdır³⁷. Bu ise özellikle hukuk metinleri açısından genel ve soyut kuralın somut olaylara her uygulamasında yeniden anlam inşa edilmesi yani yeniden yorumlanması anlamına gelmektedir. Yani, modern hermeneutik açısından yorum, "metnin özgül tarihsel dünyasına nüfuz etme girişimi değil, metin ile içinde bulunulan durum arasında bir bağ kurma çabasıdır."³⁸ Diğer bir

34 A.e., s. 218-219.

35 Palmer, a.g.e., s. 235.

36 Kılıç, "Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz", s. 97.

37 A.e., s. 264.

38 A.e., s. 99.

deyişle, yorum, “metnin özgül dünyasında ne anlama geldiğini değil, yorumcunun varolan dünyasında ne anlama geldiğini içermektedir.”³⁹

Bu başlık altında genel anlamda hermeneutik incelendikten sonra, hukuksal yorumdan ne anlaşılması gerektiğine değinilecek ve hermeneutiğin hukuksal yorumla olan ilişkisi ortaya konularak hukukta yorumun kaçınılmazlığı anlatılmaya çalışılacaktır.

2. Hukuki Yorumun Tanımı

Kelime anlamı olarak yorum, “bir yazının veya bir sözün, anlaşılması güç yönlerini açıklayarak aydınlığa kavuşturma, tefsir”⁴⁰ anlamına gelmektedir. Hukuk doktrininde ise temelde benzer olmakla birlikte yapılmış bazı yorum tanımları şu şekildedir: *Oğuzman/Barlas*’a göre, “Bir kanun hükmünün anlamının tespitine o hükmün yorumlanması (tefsir edilmesi) denir.”⁴¹ *Aral*’a göre, “Normun kesin anlamının ortaya çıkarılması için zihni bir çaba harcanmasıdır.”⁴² *Gözler*’e göre, “Anlamı belirsiz olan bir hukuk kuralının ne anlama geldiğinin tespit edilmesi faaliyetidir.”⁴³ *Sözer*’e göre, “Bir düzenlemede mevcut düşüncenin yargıç tarafından

39 Kılıç, “Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz”, s. 99.

40 <https://sozluk.gov.tr/1.10.2020>

41 M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 69. Benzer bir tanım olarak, *Dural/Sarı*’ya göre yorum, “Bir kanun hükmünün anlamının saptanması için yapılan zihinsel işlemdir.” (Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku**, C. I, 8. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 125).

42 Aral, **a.g.e.**, s. 152. (Yazar burada doğrudan yorum tanımı vermemekte yorumun zorunluluğundan bahsederken tanımı da vermiş olmaktadır.)

43 Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, Umut Akyüz Tarafından Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 13. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2016, s. 288. *Gözler* başka

klasik değerlendirme yöntemlerinin (lafzi, tarihi, sistematik, amaca uygunluk...) kullanılmasıyla ortaya çıkarılması işlemidir.”⁴⁴

Görülmektedir ki temelde yorum, “anlamın ortaya çıkarılması işlemi” olarak tanımlanmaktadır. *Uzun* da doktrinde yazılmış on altı farklı eserin yoruma bakış açısını incelemiş ve hukuk doktrininin yorumla ilgili temelde dört soru⁴⁵ sorduğunu ve bu sorulardan yorum nedir sorusunun cevabının “hukuk kurallarının anlamının ortaya çıkarılması” olarak tespit edildiğini belirtmiştir⁴⁶.

Yorumla ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) ise şu tespitlerde bulunmuştur:

“Yorum, hukuka kaynak oluşturan bir metnin anlamı ve kapsamını belirlemek amacıyla girilen bir düşünsel işlem olduğuna göre, bu işlemde esas, yasa koyucunun metin ile öngörüldüğü iradenin gerçek ve asıl anlamının belirlenmesidir. Burada araştırılması gereken husus, uygulandığı zamanın sosyal koşullarına göre yasanın nesnel iradesidir. Bu yola başvurulurken yorum araçları olarak yasa metninde kullanılan kelimelerin anlamları üzerinde durulacak, gramer ve mantık kuralları⁴⁷, yasanın yayımlanması hususundaki amaç⁴⁸ nazara alınacak, yasanın genel sistemi⁴⁹,

bir eserinde yorumu geniş ve dar olmak üzere ikiye ayırır. Buna göre **Geniş Anlamda Yorum**, “anlama” manasına gelir. Bu anlamda yorum dilde kullanılan bir ifadenin “kavranması”dır. **Dar Anlamda Yorum** ise belirli bir somut durumda kullanılan ve anlamı üzerinde şüpheler olan bir ifadenin anlamının belirlenmesidir (Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, s. 149).

44 Ali Nazım Sözer, **Hukukta Yöntembilim**, 6. Baskı, İstanbul, Beta, 2017, s. 14.

45 “Yorum nedir?” dışında diğer sorular “Yorumun amacı nedir?”, “Yorum nasıl yapılır?” ve “Doğru yorumun özellikleri nelerdir?” şeklindedir (Ertuğrul Uzun, “Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi”, **HFSA** 25, 2012, ss. 72-96, s. 92).

46 Uzun, “Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi”, s. 92.

47 Bu yorum yöntemi doktrinde **Lafzi Yorum** olarak nitelendirilmektedir. Yorum yöntemleriyle ilgili ayrıntılı açıklama yapılmayacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sözer, **a.g.e.**, s. 40-143.

48 Bu yorum yöntemi, **Amaca Göre Yorum (Teleolojik)** olarak nitelendirilmektedir.

49 Bu yorum yöntemi **Sistematik Yorum Yöntemidir**.

esas fikri değeriendirilecek, metin dışı olarak da hukukun genel ilkeleri ve yasanın hazırlık çalışmaları⁵⁰ göz önünde bulundurulacaktır.”⁵¹

B. YORUMUN KAPSAMI VE SINIRI

Yorumun kapsamını ve sınırlarını belirlemek ve bu sınırın ötesinde kendisine uygulama alanı bulan “boşluk doldurma” kavramını ortaya koyabilmek için Medeni Kanun’un “Hukukun Uygulanması ve Kaynakları” başlıklı 1. maddesini incelemek gerekmektedir. İlgili maddeye göre; “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hakim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”⁵²

Öğretide bu hüküm “hakimin hukuk yaratması”nın yasal dayanağı olarak görülmektedir. Ancak farklı bir bakış açısıyla bu hüküm, yorum ile boşluk doldurma arasındaki sınırları da belirlemekte ve yorumun hangi doğrultuda yapılması gerektiği konusunda bir yol çizmektedir. Ayrıca belirtilmesi gerekir ki bu hüküm yalnızca medeni hukuka veya borçlar hukukuna veya daha geniş anlamda özel hukuka has bir hüküm olmayıp ceza hukuku, idare hukuku, sonuç olarak tüm hukuk alanında uygulanabilir bir hüküm olarak görülmektedir⁵³.

50 Bu yorum yöntemi ise **Tarihi Yorum Yöntemidir**.

51 YCGK, 27.3.2001, 2001/9-32, 2001/37. (Karar için bkz. M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Ankara, Adalet, 2020, s. 183, dipnot 190).

52 Maddede belirtilen tarzda hakime verilen yetki Cardozo tarafından şu şekilde değeriendirilmektedir: “Ben, hakimin yarattığı hukuku, hayatın yaşayan gerçeklerinden birisi olarak kabul ederim... hakim sadece kürsüde oturmamakta, fakat bir yapım gücünü elinde bulundurmaktadır”. Abdullah Dinçkol, **Hukuka Giriş**, Genişletilmiş 14. Basım, İstanbul, Der Kitabevi, 2018, s. 232.

53 Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 135; Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, s. 191, 205; Ahmet M. Güneş, **Hukuk Metodolojisi**, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2017, s. 198. *Dönmezer/Erman* da, ceza hukuku bakımından “kıyas yasağı”nın bulunmasının yorum bakımından herhangi bir farklılık oluşturmayacağını belirterek aslında bu hükmün ceza hukukunda

Bu hükme göre, hakim olaya uygulanacak hükmün öncelikle sözünden hareket etmelidir⁵⁴. Burada sözün özden önce dile getirilmesi sözün öze üstün tutulacağı anlamına gelmemekte aksine hareket noktasının söz olduğu belirtilmektedir⁵⁵.

Dolayısıyla yorum denildiği zaman yalnızca hükmün özüne ilişkin bir faaliyet anlaşılmamalıdır. Çünkü sözün ne anlama geldiğinin tespiti de bir yorum faaliyetidir⁵⁶. Bunun sebebi ise hükmün sözünün yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık

uygulanabilirliğini dolaylı olarak kabul etmektedir (Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. I, 14. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 227). *Katoğlu* da, kanunilik ilkesinin sınırları çerçevesinde yeniden oluşturma ve yeniden inşa faaliyeti anlamında yorum ve genişletici yorumun mümkün olduğunu belirtmiştir (Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Yoruma İlişkin Bazı Gözlemler”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C.1, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010, ss. 150-156, s. 150). *Işıқтаç* da, Medeni Kanun’un ilk 7 maddesinin tüm hukuk alanları bakımından uygulanabileceğini belirtmekte, bu maddelerin hukukun genel ilkelerinden olduğunu ileri sürmektedir (Yasemin Işıқтаç, “Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. LXII, S. 1-2-3, 1998, ss. 80-85, s. 82). Ayrıca bkz. Sevtap Metin, “Hukuk Normunun Yorumu”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2002, s. 285. (Bu açıdan çalışmanın ikinci bölümünde incelenecek olan Dworkin’in ilkeler tezi bağlamında Medeni Kanunun ilk 7 maddesinin tüm hukuk düzeni bakımından mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiği söylenebilir).

54 Aral, **a.g.e.**, s. 128, 186; Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 136; Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 128.

55 Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 128.

56 **A.e.**, s. 120. Sözün günlük dildeki mi yoksa hukuktaki terim anlamının mı esas alınacağı konusunda *Dönmezer/Erman*’a göre, her iki anlam da ortaya konulmalı ve kanun koyucunun amacı doğrultusunda bir yorum izlenmelidir (Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 241).

olduğunun tespiti için de bir yorum yapılması gerektiğidir⁵⁷. Bu ise hukukun matematik ve fizik formülleri gibi kesin olmadığının göstergesidir⁵⁸.

Hükmün sözünün açık gibi görüldüğü hâllerde dahi yoruma ihtiyaç vardır⁵⁹. Çünkü MK m. 1’de hükmün “sözüyle ve özüyle” uygulanacağı öngörülmektedir. Bu

57 Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 136; Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 126. Bu noktada belirtilmesi gerekir ki, çağımızda baskın olan anlayış da bu şekildedir. Ancak yorumun bu noktaya ulaşması kolay olmamıştır. 19. yy.’da etkili olan **Hukuki Pozitivizm Akımı**, hukuku bilimselleştirmek amacıyla, yalnızca hukuk kurallarının içeriğiyle meşgul olmuş ve bunun dışında kalan hukukun dayandığı ahlâki ilkeler vs. gibi birtakım hususları bu alanın dışında bırakmıştır. Bu durum da bir kanunun uygulandığı ülkenin dilini bilen herkesin o ülkenin kanunlarını mantık yoluyla algılayabileceği anlayışının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu bakış açısı ise, *klasik hukuk bilimi* olarak adlandırılmıştır (Ernest Hırş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Üçüncü Tıpkı Basım, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s. 5, 6, 7-11). Bu anlayışla hazırlanan *Code Napolyon*, tüm hukuki uyuşmazlıkların çözülebilmesi amacıyla tasarlanmış olduğundan hukuki pozitivizmin yansıması olarak görülmektedir. Böylece, Montesquieu’nün, “Milletin yargıçları cansız birer varlıklar gibi hareket ederek kanunun ne sözlerini, ne kuvvetini ne de sertliğini değiştirmeden, sadece telaffuz eden birer ağızdır.” sözünün yansıması olarak hakimlerin artık kanunu yorumlamasına gerek olmadığından sadece kanunu uygulamaları gerektiği, yani kanunun ağız olduğu fikri canlılık kazanmıştır (Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 3. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Ağustos 2012, s. 86). Bu konuda ayrıca bkz. Arzu Balan, “Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch Formülü”, **HÜHFD**, S. 8(1), 2018, ss. 69-94, s. 75. Buna göre hukuk, Bugnet’in “Ben, Medeni Hukuku tanımıyorum. Yalnız Code Napoleon’u tanıyorum.” şeklinde ifade ettiği üzere kanundan ibaret görülmektedir. Dolayısıyla hakimın görevi yalnızca yapılmış olan hukuku uygulamaktır. Yani hakim, Topçuoğlu’nun deyimiyle, “doğrudan doğruya metinleri tatbik etmek suretiyle otomatik bir adalet tevzicisi” hâline getirilmiş olmaktadır (Hamide Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi: Sosyoloji Açısından Hukuk**, İstanbul, AÜHFY, 1969, s. 16,17).

58 Aral, **a.g.e.**, s. 152. Bu durum yalnızca özel hukuk alanına has değildir. Ceza hukuku alanında da yorum yapmak kaçınılmaz olup doğal ve düşünsel bir faaliyettir (Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 223, 224). *Dönmezer/Erman*, hakimın ceza verme makinası olmadığını ve ceza kanunlarının hakim tarafından mekanik bir şekilde uygulanmadığını belirterek hakimın kanunları dönemin ihtiyaçlarına uydurması gerektiğini savunmakta ve yorum bakımından ceza hukukunda herhangi bir farklılık bulunmadığını belirtmektedir, bkz. **A.e.**, s. 224, 227, 240.

59 Dile getirilen bu görüş, bu çalışmanın konusunu oluşturan Dworkin’in “Hukuk yorumdur.” anlayışıyla da uyumludur. Çünkü, Dworkin’in görüşlerinin karşısında yer alan pozitivist akımın savunduğu gibi, hükmün açık ve kesin olarak belirli olduğu hâllerde yorum yapılamaz görüşü, çoktan terk edilmiştir (Serozan, **Medeni Hukuk:**

da, hükmün sözünün özüyle uyuşması anlamına gelmektedir. Hakim, söz ve öz uyumunun sağlanması işleminde yalnızca ilgili kuralları değil, hükmün içinde bulunduğu kanun sistemini de göz önünde bulundurarak, kanunun tümüne hakim ilkeler ile hükmün sözünü bütünleştirmeye çalışacaktır⁶⁰. Bu noktada Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında hükmün sözünün tek başına uygulanmasının yeterli olmadığını ve sözüyle özünün bütünleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kararında Yargıtay şu ifadelerle yer vermiştir:

“Kanunun yorumunda, kanunun sözünü esas tutmak ve kanunun sözünden çıkan anlam, kanun hükümlerinin tümünden çıkan anlamla çatışma halinde bulunmadığı takdirde, bu anlamı esas almak; böyle bir çatışma bulunması halinde, kanunun tümünden çıkan anlamı, yani kanunun ruhundan çıkan sonucu esas tutmak, Medeni Kanunun 1. maddesi hükümlerindedir.”⁶¹

Bu noktada şu belirtilmelidir ki salt sözden hareket eden bir bakış açısı Dworkin’in “semantik iğne” olarak adlandırdığı duruma maruz kalma tehlikesi altındadır⁶². Çünkü, hukuk kuralları belirli bir yaşam ilişkisini düzenlemek için

Genel Bölüm: Kişiler Hukuku, s. 136). Yani, yorum yalnızca hükmün anlaşılabilir olduğu hâllere has değildir (Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 223).

60 Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s. 174.

61 YHGK, E. 706/D-T-1345/K. 10.10.1961 (karar için bkz. Edis, **a.g.e.**, s. 174-175). AYM de benzer bir tespitle, “hukukta yapılacak yorumlarda sözden çok öze önem verilmesi ve yorumda sözün özü belirtmeye yarayan bir araç olduğunun kesinlikle göz önünde tutulması, çağdaş hukuk biliminin benimsediği temel ilkelerdendir.” demiştir, AYM, T. 12.1.1971, E. 31/K. 3- R.G. 26.3.1971, S. 13790 (karar için bkz. **a.e.**, s. 175).

62 Bkz. bu eser s. 128. Bu yöntemi savunanları Serozan, koltuğunun altında sözlüklerle, tarih kitaplarıyla, Meclis tutanaklarıyla gezen bir kişiye benzetmektedir (Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 137).

getirilir⁶³ ve bu düzen kurma görevini kelimeler aracılığıyla gerçekleştirir⁶⁴. Kelimeler ise belirli kavramların taşıyıcısı olup bu kavramların içeriği zamanla değişebileceği için bunlar sabit kalıplar olarak görülmemeli, gelişen ve değişen yaşam koşullarına uydurulabilmeleri için içinde bulunduğu zamanın koşullarına göre yorumlanmalıdır⁶⁵. Bu da ancak hükmün amacının araştırılmasını sağlayan *amaca göre yorumla* mümkündür⁶⁶. Yukarıda verilen YCGK kararı⁶⁷ da buna işaret etmektedir.

Hükmün sözünün incelenmesinden sonra hakim, ilgili hükmün amacını (ratio legis) araştıracaktır⁶⁸. Bu, yetkin bir hukukçu olarak sözle yetinmemenin bir gereği⁶⁹

63 Hukukun toplumsal yaşamla olan ilişkisi üzerinde durarak hukukun “toplumsal bir olgu” olduğunu ve toplumsal düzenin sağlanmasında “bir araç” görevi gördüğünü savunan hukuki düşünce akımı, **Sosyolojik Hukuk Akımı** olarak isimlendirilmektedir. **Sosyolojik Hukuk Akımı**, klasik hukuk anlayışının hukuku hayattan uzaklaştıran anlayışına karşılık, hukukun sosyal hayatla ve toplumda hakimiyet için çarpışan menfaatlerle ilgisini sağlamaya çalışmıştır (Ülker Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı**, Ankara, AÜHFY, 1967, s. 16). Bu doğrultuda, toplum bilimlerinin bulgu ve verilerini hukuka uygulamış ve böylece ekonomik, sosyolojik, psikolojik vb. hukuk dışı güçlerin hukukun oluşum ve değişim sürecindeki sonuçlarını incelemiştir (Selahattin Keyman, **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, Ankara, Doruk Kitap ve Yayınevi, 1981, s. 86). Bu akımın önemli temsilcilerinden biri olan Ehrlich’in yaşayan hukuk kavramı çalışmanın konusu açısından önem taşımaktadır. *Ehrlich* yazılı pozitif hukuk kuralları dışında toplumda kendiliğinden oluşan bir yaşayan hukuk olduğunu savunur. **Yaşayan hukuk**, toplumda oluşur ve bir süre sonra mahkemeler bu hukuku uygulamaya başlar, bir süre daha geçtikten sonra bu hukuk yazılı hukukun bir parçası hâline gelir. Yani hukukun kaynağı toplumun bizzat kendisidir. Devlet tarafından oluşturulan yazılı hukuk ise toplumun içinde meydana gelen bu hukukun ‘devletin resmi hukuku’ hâline getirilmesidir (Cahit Can, **Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, AÜHFY, 1997, s. 92).

64 Aral, **a.g.e.**, s. 151.

65 **A.e.**, s. 151, 185. Aynı yönde bkz. Hırş, **a.g.e.**, s. 10, 11.

66 Dinçkol, **a.g.e.**, s. 228- 229.

67 YCGK, 27.3.2001, 2001/9-32, 2001/37.

68 Hükmün amacının kapsamında, adalet, yerindelik, hukuki güvenlik, hükmün sonuçları, çağın ihtiyaçları gibi hususların bulunduğu belirtilmektedir (Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 134, 140).

69 Aral, **a.g.e.**, s. 186. *Edis* de, bu hükümle kanun koyucunun, hakimin yalnızca sözle yetinmeyip kuralın amacı doğrultusunda özünü de araştırması gerektiğini ve sözün esiri olmadan yapıcı bir yorum yöntemini benimsemesini amaçladığını belirtmiştir (*Edis*, **a.g.e.**, s. 109).

ve hukuk kurallarının yaşama aktarılmasının yoludur⁷⁰. Salt sözle yetinip öze itibar edilmemesi “okyanus niteliğinde olan hukuktan sadece damlalarla yetinmek” olarak nitelendirilmiştir⁷¹. Dworkin de, yorumun ancak “amaçlar imparatorluğunda” gerçekleşebileceğini belirterek, hükmün amacının araştırılmasının önemini vurgulamıştır⁷². *Demir* de, hakimın asıl görevi adaleti tesis edip kamu vicdanını rahatlatmak ise bunu çoğu kez yasa metnine rağmen geliştirdiği bir yorumla yapmak zorunda kalabileceğini çünkü yasanın sözüyle değil özüyle bağlı olmasının bilinen en temel varsayım olduğunu belirtmektedir⁷³.

Hükmün lafzıyla yetinilmeyip özünün araştırılması gerektiğine yönelik olarak kişilik hakkını düzenleyen TMK m. 28 hükmü örnek verilebilir. Bu maddeye göre, “Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar...” Maddenin ikinci fıkrasında ise “Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.” denilmektedir. Bu maddeyle çocuğun kişiliğinin “ana rahmine düştüğü an”dan itibaren başlayacağı belirtilmektedir. Oysa ki gelişen teknoloji sayesinde ortaya çıkan tüp bebek yöntemiyle, “ana rahmine düşme anı”nın

70 Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 136. AYİM de bir kararında benzer tespitler de bulunmuştur. Buna göre, “.... Bu yetki, hukuku statükodan ve statiklikten kurtararak, yaşanan zamana ayak uydurmakta yavaş kılışını önlemek, dinamikliğini sağlamaya matuftur.....”, AYİMGK, 6.12.1990, E. 1990/1- K. 1990/1 (karar için bkz. Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 89).

71 Kaya, **a.g.e.**, s. 368. Bu konuda Yargıtay 27.3.157 tarih 1/3 sayılı İBK’da aynı hususu dile getirmiştir. Yargıtay bu kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “Kanun hükmünün manasını tespit etmekte ilk esas metnin meydana geldiği sözlerden çıkan manadır ve ancak bu şekilde metne verilmesi gereken mana hükmün kanuna konulmasıyla güdülen gayeye aykırı neticeler doğurmayacak olduğu takdirde, lafzından çıkan mana yerine, kanunun ruhundan çıkan manaya göre hüküm verilmesi gerekir.” Aynı yönde 4.2.1959 tarihli 14/6 sayılı İBK’da Yargıtay, “Kanun hükümlerinin sadece lafzına göre değil, hem lafzına hem de ruhuna göre yorumlanması ve kanunun lafzına dayanılarak konuluş maksatlarına aykırı sonuçlara varılmasına meydan bırakılmaması, bu günün hukuk ilminin ve tatbikatının kaideleridir.” (Karar için bkz. Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 125).

72 Bkz. Ronald Dworkin, “Şüphe Ölümcül Olursa”, Çev. Altan Heper, **HFSA 18**, 2008, ss. 242-246. s. 246.

73 Gökhan Yavuz Demir, **Anlamak İçin Yaşamak**, İstanbul, Nora Kitap, 2017, s. 133.

esas alınması hükmün amacına aykırıdır. Bu hüküm açısından hakimın yapması gereken gelişen teknoloji sayesinde ortaya çıkan yeni durumlara hukukun ayak uydurabilmesini sağlamak için, hükmün amacından yola çıkarak tüp bebek yönteminde “ana rahmine düşme anı”nı, “embriyonun oluşma anı” olarak yorumlamak ve bu şekilde karar vermektir⁷⁴.

74 Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 137. Bu değerlendirme, “kavram hukukçuluğu”nun hukuku mekanikleştiren anlayışına karşılık “menfaatler hukukçuluğu”nun somut olay adaletini gerçekleştirme amacıyla uyumludur. **Kavram Hukukçuları**, hukuki kurum ve kavramların anlamlarını belirli bir ânda sabitlemiş ve meseleye bu anlam üzerinden bir çözüm getirmeye çalışmışlardır. Savigny’nin öncülüğünü yaptığı bu akıma **kavramlar içtihadı** denmesinin sebebi ise hukukun toplumun gereksinimlerine cevap veremez hâle geldiği daha önceden ortaya çıkmamış tipte sosyal ve hukuki problemler ortaya çıkması hâlinde önermiş olduğu çözümden kaynaklanmaktadır. Buna göre, kanunlarda herhangi bir boşluk bulunması hâlinde kanunun hükümlerinden çıkarılacak olan “kavramlar”la boşluk doldurulacak şayet burada da bir hüküm bulunamazsa hakim hukuk yaratamayacak ve yasama organına başvuracaktır. Yani bu mektebe göre hakim elindeki iki kaynak olan örf ve âdet ile kanunda olaya uygulanacak bir hüküm bulunamazsa hakim, bu iki kaynaktan çıkarılmış olan soyut kavramlardan yola çıkarak “hukukçuların hukuku”na yani kavramlar içtihadına başvuracaktır (Can, **a.g.e.**, s. 117; Topçuoğlu, **a.g.e.**, s. 21, 22). Ayrıca bkz. Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Alkım Yayınları, t.y., s. 85. Bu doğrultuda 1794 tarihli Prusya Kanunu’nun 46. maddesinin, hakkında çözüm bulunmayan hâllerde hakime, “kanunlar komisyonu”na başvuru zorunluluğu getirdiği belirtilmektedir (Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, s. 85). Bu şekilde “kavramlar”a ulaşılması yoluna “mantıksal kıyas” denmektedir (Can, **a.g.e.**, s. 117). Oysa ki kavram hukukçularından farklı olarak, **Menfaatler Hukukçuları’nın** yaptığı yorum dinamik yorum olup menfaatler dengesini sağlamaya yöneliktir. Bu okulun amacı, hakimleri kanunlara sıkı sıkıya bağlı olmaktan kurtarmaktır. Buna göre, yasa koyucu çıkarları dengelemek ister ancak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çokluğu karşısında bunların tamamını önceden öngörerek çözümler üretmesi mümkün değildir. Bu sebeple hakim, yaşamın gereklerine doyurucu bir yanıt verebilmek amacıyla salt mantıksal bir yorumla yetinmeyecek ve çıkar çatışmalarını tespit edip toplumsal dengenin ne surette sağlanabileceğini bulmaya çalışacaktır. Bunu da mantıksal analizden ve kavramsallaştırmadan kaçınarak yasa koyucunun yasayı koymaktaki amacı açısından metni değerlendirerek yapacaktır (Işıktaç/Metin, **a.g.e.**, s. 71). Ayrıca bkz. Can, **a.g.e.**, s. 130; Altan Heper, **Serbest Hukuk Akımı: Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk**, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2016, s. 26. Bu doğrultuda Medeni Kanunumuzun Menfaatler Hukukçuluğu’ndan ilham aldığı ve mehzaz İsviçre Medeni Kanunu’nu kaleme alan Eugen Huber’in de bu akıma yönelik bir görüşü olduğu belirtilmiştir (Can, **a.g.e.**, s. 124-129, 134). *Edis*’e göre, bu hükümle kanun koyucu ne şerhçi okulu ne kavram içtihatçılığını ne de serbest hukuk okulunun görüşlerini benimsemiştir. Bu hükümle kanun koyucu hakime güvenmiş ve onun hukuk oluşturmada sakınca görmemiştir (*Edis*, **a.g.e.**, s. 109).

Benzer bir örnek olarak, Medeni Kanunumuzda düzenlenmiş olan “sahiplenme” kavramının anlamı, belirli bir ânda sabitlenirse hem somut olayın şartları anlamında “her olayın biricikliği ilkesi”ne aykırı olacak, hem de adil olmayan sonuçlara yol açabilecektir. Örneğin, sahiplenme kavramı maddi bir eylem sayıldığında, ayırt etme gücü olmayan bir kimsenin sahipsiz bir eşyayı sahiplenmesi hâlinde mülkiyet sahibi olabileceği kabul edilecektir. Buna karşılık hukuki işlem sayılması hâlinde, ayırt etme gücü olmayanın yaptığı sahiplenme işleminin geçerli olmadığı ve malik olamayacağı gibi mekanik sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle hakim, her davada somut olayı göz önünde bulundurarak hükmün amacı doğrultusunda bir yorum yapmalı ve kararını bu şekilde vermelidir.

Sonuç olarak *Hırş*’in de belirttiği gibi hakim, kendisine verilen hukuk kuralına bir mimar gibi istediği şekli vermekte serbesttir. Yeter ki kendisine verilen sınırların dışına çıkmasın⁷⁵.

Ayrıca yapılan yorumun, kanunun koyulduğu ândaki kanun koyucunun amacına göre değerlendirilmesi gerektiğini savunan Subjektif Tarihi Yorum metodu günümüzde terk edilmiştir. Bugün kabul edilen görüş, YCGK’da da belirtildiği üzere, kanunun günümüz ihtiyaçları, sosyal ve ekonomik gelişmeler ışığında toplumun gereklerine en iyi uyan amacın esas alınmasıdır. Bu durum hukukun sosyal düzeni sağlama aracı olmasının bir gereğidir⁷⁶. Ancak önemle belirtilmelidir ki *Dönmezer/Erman*’ın yorum tanımında belirtildiği gibi, kanunun amacının belirlenmesinde kanun koyucunun izlemiş olduğu amaç doğrultusunda bir çıkarım yapılmalıdır⁷⁷.

75 *Hırş*, **a.g.e.**, s. 9.

76 Aral, **a.g.e.**, s. 189. Aynı yönde, her yasanın bir ihtiyacı karşılamak amacıyla getirildiği ve bu ihtiyacın yasanın konuluş amacını yansıttığı belirtilmiştir (Ömer Faruk Karacabey, “Yargıç ve Sosyal Gerçek”, **Yargıtay Dergisi**, C. II, S. 1, 1975, ss. 91-100, s. 93; Dinçkol, **a.g.e.**, s. 228).

77 *Dönmezer/Erman*, **a.g.e.**, s. 223. Bu yöntem ise **Zamana Göre Objektif Tarihi Yorum Yöntemi**’dir. Buna göre, kanun koyucunun kanunun uygulanacağı zamanın ihtiyaç ve şartları karşısında, “O zamanda kanunu yapsaydı nasıl bir hüküm koyardı?”,

Doktrinde belirtilen tüm yorum yöntemleri aslında amaçsal yoruma ulaşmak için bir araç teşkil etmektedir⁷⁸. *Berki* de bu doğrultuda şu tespitlerde bulunmuştur: “İbareler, siyak ve sibak ve hükümlerin illet ve menatları ve lisan kaideleri çerçevesinde maksada uygun olarak tefsir olunmak gerektir.”⁷⁹

Hükmün amacına ulaşılması yolundaki yorum yöntemlerinden veya araçlarından biri de, hükmün kelimeleriyle ortaya konulan çıkarlar dengesinin tespit edilmesidir⁸⁰. Kanun koyucu bir hüküm ihdas ederken belirli çıkarları diğerlerine üstün tutar veya bu çıkarları uzlaştırma yoluna gider. Yani her hüküm, kanun koyucunun yarışan çıkarlara biçtiği değerin ifadesi olmaktadır⁸¹.

Örneğin, kanun koyucu ayırt etme gücü olmayanların haksız fiillerinden sorumlu olmayacağını belirlemiş ve onun çıkarını diğerlerine üstün tutmuştur. Ancak BK m. 65 hükmü, hakkaniyet gerektiriyorsa ayırt etme gücü olmayanın vermiş olduğu zararların kısmen veya tamamen tazmin edilebileceğini hükme bağlayarak somut olayda çıkarlar dengesini tartma yetkisini hakime bırakmıştır.

Hakim de yorum yaparken kanun koyucunun hangi çıkarı üstün tuttuğunu araştırmalı ve ilgili çıkarın, hükmün verileceği ânda nasıl değerlendirilmesi gerektiğini

şeklinde farazi iradesi araştırılmaktadır (Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 70-72). Hukukun sosyal yaşamı düzenleme ve sosyal ilişkilerin sınırını belirleme dışında bir de hukuki güvenlik ve istikrarı sağlama fonksiyonu olduğu, bu nedenle “sürelere ve yaş sınırına ilişkin olan normların” düzen ve istikrarı sağlama çıkarının diğer çıkarlara üstün tutulması gerektiği belirtilmektedir (Aral, **a.g.e.**, s. 190).

78 Hükmün yorumunda asıl amaç, hükmün amacının belirlenmesidir. Yani esas amaç teleolojik (amaçsal) yoruma ulaşmaktır (Aral, **a.g.e.**, s. 189). Bu yolda, yorumcunun elinde bulunan diğer yorum yöntemleri ise amaçsal yoruma ulaşabilmek için birer araçtır (Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 136, 140).

79 Ali Himmet Berki, **Hukuk Mantığı ve Tefsir**, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2018, s. 3.

80 Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 136.

81 Dinçkol, **a.g.e.**, s. 238.

bilimsel olarak, gerekçesiyle ortaya koymalıdır⁸². Ancak hakim, *Dinçkol*'un da belirttiği gibi, “çarpişan çıkarların sosyal değeri hakkında, yasa koyucununkinden farklı bir hüküm veremeyecektir.”⁸³

Yukarıda yoruma sözle başlanacağı ancak sözle yetinilmeyerek hükmün amacının araştırılması gerektiği belirtilmişti. Bunun sebebi ise kanun lafzında bulunan kelimelerin mekanik bir şekilde rastgele dizilmiş olmamaları ve her hükmün gerek ilgili bulunduğu kanun gerekse de tüm hukuk düzeniyle sistematik olarak bir düzen içerisinde bulunmalarıdır⁸⁴.

Yani, “... bir kanunun ihtiva ettiği hükümler bir asla racidir. O illet ve asıllar ki bir silsilei mantıkıyye halinde o kanunun ruhunu teşkil eder.”⁸⁵ İşte bu nedenle yorum yapılırken ilgili hükmün tüm hukuk düzeni içindeki yeri dikkate alınarak yorum yapılmalıdır⁸⁶.

82 Aral, **a.g.e.**, s. 153, 161- 162. Bu araştırma öncelikle sistematik olarak başta Anayasa olmak üzere tüm hukuk düzeni, adalet duygusu, hukukun genel ilkeleri, toplumun ihtiyaçları ve beklentileri ve olayın özellikleri doğrultusunda yapılmalıdır (Kaya, **a.g.e.**, s. 368).

83 Dinçkol, **a.g.e.**, s. 238- 239.

84 Aral, **a.g.e.**, s. 192.

85 Berki, **a.g.e.**, s. 4.

86 Aral, **a.g.e.**, s. 160. Sistematik yorumun sadece mevcut kanunla uyumlu bir yorumu değil hem milli Anayasaya hem de ilgili devletin taraf olduğu Devletler Hukuku sistemine uygun olması anlamında “sisteme uygun yorumu” içermesi gerektiği belirtilmektedir (Manfred Rehbinder, **Hukuk Sosyolojisi**, Çev. İlyas Doğan, 2. Baskı, Ankara, Astana Yayınları, 2019, s. 43). Somut olayda uygulanacak hukuk kuralının tüm sisteme özellikle Anayasal sisteme uygunluk göstermesi gerektiği ikinci bölümde anlatılacak olan Dwokin’in “bütünlük ilkesi”ni de yansıtmakta olup bu yöntem **çelişmezlik ilkesi** olarak da görülmektedir (Altan Heper, “Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C. 1, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010, ss. 100-108, s. 104). Ayrıca tüm sistemin gözönünde bulundurulması, pozitivistin savunduğunun aksine, hukuk sisteminin kendi içinde kapalı, soyut bir sistem olduğu anlamına da gelmemelidir (Heper, “Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler”, s. 104). Sistematik Yorum Metodu uygulanırken, kanun başlıklarının metne dahil olup olmadığı ise tartışmalıdır. TBMM 26.12.1944 tarihli 1367 sayılı yorum kararında başlıkların kanun metninden sayılmayacağına karar vermiştir. Aynı yönde Anayasamızın 176. maddesi, madde kenar başlıklarının ilgili olduğu maddenin konusu ve maddeler arasındaki sıralamayı gösterdiğini fakat başlıkların metninden sayılmayacağına karar vermiştir. Farklı bir düzenleme olarak

Danıştay da vermiş olduğu bir İBK’da, “Yasalardaki kuralların Anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.”⁸⁷ ifadelerine yer vererek yorumda yalnızca ilgili hukuk kuralının lafzıyla veya içinde bulunduğu kanunun sistematigiyle yetinilmeyip aynı zamanda tüm hukuk sisteminin gözönünde bulundurulması gereğini ortaya koymuştur.

Bu hususta *Fabrequettes* de, kanunların her zaman bütün meselelere çare bulmasının imkânsız olduğunu belirterek, kanunların bizzat lafızlarında yer almamış olsalar da ruhuna dahil bulunan meselelere tatbik edilebileceğini belirtmektedir⁸⁸.

Bahsedilen bu yöntem makul, mantıklı ve hukuka uygun karar verilmesini sağlayan hukuka has bir yöntemdir. Bu yöntemle genelde hukukçu özelde ise hakim mekanik olmaktan öteye giderek yalnızca teorik hukuk bilgisiyle yetinmemekte ve bu kuralları belirli bir mantık süzgecinden geçirerek hükmün amacına ulaşmaktadır⁸⁹.

Görülmektedir ki, yargılama süreci tek boyutlu, yalnızca yazılı hukuk kurallarından müteşekkil bir süreç değildir. Bu konuda, hakim davanın taraflarının çıkarlarına, değerlerine, bakış açılarına hakim bir şekilde, içinde yaşadığı toplumun

5261 sayılı TTK’nın 1534. maddesi bu kanun bakımından madde başlıklarının metne dahil olduğunu hükme bağlamıştır. TCK’ya ilişkin olarak TBMM Adalet Komisyonu 38.3.2004 tarihli 1/593-60 sayılı raporunda madde başlıklarının ve gerekçesinin madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak çoğunlukla madde başlıklarının metne dahil olmadığı ancak yorumda yol gösterici olarak kullanılabileceği belirtilmektedir (Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 76-77; Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 121).

87 DİBK, E. 1986/6, K. 1989/4, R.G: 9 Şubat 1990, S: 20428, s. 67-68’den aktaran Metin, **a.g.e.**, s. 298, dipnot 147.

88 M.P. Fabrequettes, **Adalet Mantiğı ve Hüküm Verme Sanatı**, Çev. Adalet Bakanlığı, Ankara, T.C. Adalet Bakanlığı, 2019, s. 354.

89 Serozan da, yetkin bir hukukçunun teorik hukuk kurallarının bilgisine sahip olmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda bu kuralları düzenli ve tutarlı bir şekilde akıl süzgecinden geçirip işlenmesi anlamına gelen “metodoloji”, “yöntem” bilmesi gerektiğini belirtmektedir (Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 114- 115).

adalet anlayışının somut olayda nasıl tecelli edeceğine ilişkin bir karar verici de olduğu, bu doğrultuda toplumunun yazılı ve yazısız siyasal, ahlâki, hukuki ilkelerini bilmesi gerektiği belirtilmektedir⁹⁰.

Ancak yukarıda belirtilen tüm bu yöntemler serbest bir yöntem olmayıp tüm hukuk sistemi ve somut olay gözönünde bulundurularak kanuna atfedilmesi gerekli amaçla sınırlıdır⁹¹. Yani hakim, hükmün sözüyle değilse bile özüyle bağlıdır. *Serozan*'ın deyimiyle “o, kanun koyucunun papağanı değildir fakat başına buyruk da değildir; o, besteciden bağımsız, kişilikli bir yorum sanatçısıdır.”⁹² Dolayısıyla bu noktada kanun koyucunun öngörmüş olduğu adalet anlayışına aykırı olarak hakim kendi adalet anlayışına göre bir yorum yapması kabul edilmemektedir⁹³. Sonuçta *Işıқтаç*'ın belirttiği üzere hakim, yorum yaparken hukukun üç sac ayağını oluşturan adalet, düzen ve pratik yarar boyutunu göz önünde bulundurarak⁹⁴ karar vermek zorundadır.

Bu noktada Anayasamızın 138. maddesinin incelenmesi gerekmektedir. Bu hüküm 1961 Anayasası'nda, “...anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.” şeklindeyken 1982 Anayasası'nda, “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.” şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, “vicdani kanaatler” ifadesi önceki anayasada diğerleriyle birlikte sayılmışken 1982 Anayasası'nda onlardan ayrı olarak ifade edilmiştir. Bu ifade şeklinin hakime serbestçe karar verme konusunda yetki vermediği, son kararın hakim

90 Aristoteles'in Phronesis'e sahip Yargıç Hakim anlayışını ortaya koyan bu görüş için bkz. Sezgin Seymen Çebi, “Aristoteles'te Phronesis Kavramı ve Modern Hukukta Muhakeme”, **Hukuk Kuramı**, S. 6, 2015, ss. 1-19, s. 11.

91 Aral, **a.g.e.**, s. 197.

92 Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 134.

93 Münif Paşa, **Hikmet-i Hukuk**, Konya, Çizgi Kitabevi, Eylül 2016, s. 31. Ayrıca bkz. Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 73; Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 130; Kaya, **a.g.e.**, s. 378; Aral, **a.g.e.**, s. 197-198.

94 Işıқтаç, “Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme”, s. 82.

tarafından verileceğine ilişkin olarak hakimın bağımsızlığına yönelik bir hüküm olduğu⁹⁵ ve hakimın maddede belirtilen normlar hiyerarşisine uygun olarak, öncelikle objektif hukuk kurallarına göre bir karar vermesi gerektiği, bunun yeterli olmadığı hâllerde, hukuk düzenine aykırı olmamak şartıyla, vicdani kanaatine göre karar verebileceğine ilişkin bir hüküm olduğu belirtilmiştir⁹⁶. Serozan ise, AY m. 138'in hakimın sözle bağlı kalınmaması gerektiğine yönelik bir hüküm olduğunu belirtmiştir⁹⁷.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere kanunda bir boşluk olup olmadığı kanunun sözünden değil özünden anlaşılmaktadır⁹⁸. Kelimelerin sınırlarının zorlanmasına rağmen bir hükme varılamıyorsa boşluk olduğundan bahsedilecektir⁹⁹. Yani, “gece” kelimesi, “karanlık” olarak yorumlanabilecek; ancak, “gündüz” olarak yorumlanamayacaktır¹⁰⁰ ve o noktada artık yorumun sınırları tükenirken kanunda boşluk gündeme gelecektir¹⁰¹.

95 Ertuğrul Uzun, “Yorumu Hukuktan Kurtarmak”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 2016, ss. 229-256, s. 242.

96 Mehmet Akif Tutumlu, **Yargı Felsefesi Üzerine**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 172-173.

97 Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 135.

98 Aral, **a.g.e.**, s. 158.

99 Sözer, **a.g.e.**, s. 183; Edis, **a.g.e.**, s. 114. Bu konuya ilişkin olarak her ne kadar idari yargı alanına ilişkin olsa da TMK m. 1 hükmünün tüm hukuk alanlarında uygulanabilir olması dolayısıyla AYİM'in bir kararında yaptığı tespitler önem taşımaktadır. Buna göre, “Öylesi hukuki problemler ortaya çıkacak ve çıkmaktadır ki, bunların çözümünde salt yorum ile sonuca varmak imkansızdır. İster kanunu söyletmek densin, ister hukuku yaratmada idareye ve yaşamaya yardımcı olmak densin, aslında yapılan iş kanun boşluğunun doldurulmasıdır. O halde, önüne getirilen uyuşmazlıkları Anayasanın 36. maddesi uyarınca çözmekten kaçınmayacak olan idari yargı, kanun boşluğu var ise, olaya özgü kalmak üzere kanun koyucu gibi davranıp davayı çözecektir.”, AYİM Drl. K, 29.11.1985- E. 985/27- K. 985/24 (karar için bkz. Tan, **a.g.e.**, s. 89).

100 Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 145.

101 Yorum yoluyla bir hükme varılamayan her durumda kanunda boşluk olduğundan söz edilemez. Bu durumda kanun koyucunun olumsuz bir sonucu öngörmek isteyip istemediği araştırılmalıdır. Bu da ancak yorum yoluyla tespit edilebilir (Edis, **a.g.e.**, s. 120). Bu duruma **kasıtlı susma** da denilmektedir. Şayet ilgili hükmün şartları ve sonuçları tamamen ve münhasıran düzenlendiyse orada bir boşluk değil menfi bir çözümün istendiğine yönelik kasıtlı susma olduğu belirtilmektedir (Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 135). Kasıtlı susmaya örnek olarak, evliliğin mutlak butlanını düzenleyen MK m.

Yorumun tanımı verildikten sonra, gerçek manasıyla anlaşılabilmesi için özellikle uygulamada yorumla çokça karıştırılan benzer kavramlardan ayırt edilmesi gerekmektedir. Öncelikle şu belirtilmelidir ki hakimin bir davada ilk olarak yapması gereken yorum yoluyla meseleye bir çözüm bulmaktır. Şayet yorumun tüm sınırları zorlanmış olmasına karşın yine meseleye bir çözüm getirilemiyorsa bu durumda kanunda boşluk olduğundan söz edilebilir¹⁰². Bu nedenle bu noktada yorumun sınırları derken neyin kastedildiğinin de ortaya konulması gerekmektedir.

C. YORUMUN BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

1. Boşluk Doldurma ve Kıyas

Öncelikle MK m.1 hükmü gereğince, kanunda sözüyle ve özüyle uygulanacak bir hüküm bulunamazsa bu durumda hakim örf ve âdet hukukuna göre karar verecektir¹⁰³. Ancak örf ve âdet hukukunda da olaya uygulanacak bir hüküm yoksa

145 örnek gösterilmektedir. Bu hükümde kanun koyucu, sayılan hâllerin evliliğin mutlak butlanına yol açtığını bunun dışındaki hâllerin ise yol açmayacağını belirtmektedir. Buna karşılık eski Medeni Kanun'un 148. hükmü mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda kasıtlı susma olarak nitelendirilirken Türk hukukunda yasa boşluğu olarak değerlendirilmiştir. Bu hükme göre, boşanma hâlinde çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı yalnızca anne ve babaya verilmişken büyükanne ve büyükbaba bakımından ne olacağı cevapsız bırakılmıştır. Toplumların yapısının hukuk kurallarının yorumunda ne derecede önemli olduğunu gösteren bu durum, İsviçre Hukuku bakımından büyükbaba ve büyükanne ile kişisel ilişkilerin düzenlenmesinin kasıtlı susma sayılmasına yol açarken; Türk Hukukunda bu husus, mutlaka düzenlenmesi gereken bir alan olarak, kanun boşluğu şeklinde değerlendirilmiştir (Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 149). Ayrıca bkz. Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 135- 136. Ancak belirli bir durumda kasıtlı susma mı yoksa boşluk mu olduğunun belirlenmesi kolay bir iş değildir. Burada araştırılması gereken hususlar, düzenlemenin amacı, kanun koyucunun iradesi ve tarafların menfaatlerinin incelenmesidir (Güneş, **a.g.e.**, s. 167). Ayrıca bkz. Aral, **a.g.e.**, s. 156-157.

102 Sözer, **a.g.e.**, s. 183.

103 Kanunda bir hüküm bulunmamasına karşın örf ve âdet hukukunda olaya uygulanacak bir hüküm bulunması hâli “kanun boşluğu” olarak nitelendirilmektedir (Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 99).

artık hakim kanun koyucu gibi hareket edecek ve olaya uygulanacak hükmü MK m.1 doğrultusunda kendisi belirleyecektir¹⁰⁴.

Kanunda boşluk bulunması hâlinde gündeme gelen ve boşlukların doldurulmasında bir araç olarak kullanılan¹⁰⁵ “kıyas” kavramı da yorumla karıştırılmaya müsaittir. Öyle ki, kıyası yorum yöntemi sayan yazarlar dahi vardır¹⁰⁶. Ancak kıyas, boşluk doldurmada bir yöntem olup yorumla arasındaki sınırları belirlemek her ne kadar kolay olmasa da yorumdan farklıdır¹⁰⁷. Aralarında “derece” yani “nicelik farkı” vardır¹⁰⁸.

Kıyas, “yasada belirli bir olgu için öngörülmüş olan bir kuralın korunan menfaatler açısından ona benzeyen, ama yasada şeklen ve lafzen öngörülmemiş başka bir olguya uygulanmasıdır.”¹⁰⁹ Dönmezer/Erman’a göre “kıyas, yepyeni bir kural

104 Örf ve âdet hukukunda da olaya uygulanacak hiçbir hüküm bulunmaması “hukuk boşluğu” olarak nitelendirilmektedir (Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 99). “Hukuk boşluğu” kavramının “kanun boşluğu” kavramına göre özellikli bir sonucu olmadığından bu çalışmada “kanun boşluğu” kavramı kullanılacaktır. Bu konuyla ilgili olarak *Kelsen*, hukukta gerçek anlamda bir boşluk bulunmadığını ve yükümlülük getiren bir hükmün, aynı anda bu hükmün dışında kalan hususlarda da bir serbestlik ve yetki verdiğini dolayısıyla hukukta üçüncü hâlin olmayacağını savunarak şayet bir talep, ilgili hükmün kapsamına girmiyorsa hükmün adaletli olup olmadığını araştırmaksızın, otomatik olarak, diğer tarafın talebinin kabulüne karar verilmesi gerektiğini savunmuştur (Hans Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş**, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora, 2016, s. 104- 105).

105 Sözer, **a.g.e.**, s. 201; Güneş, **a.g.e.**, s. 182-183; Aral, **a.g.e.**, s. 200.

106 Bu noktada **Kanuna Göre Kıyas - Hukuka Göre Kıyas** ayırımına da değinmek gerekmektedir. Buna göre, **Kanuna Göre Kıyas**, bir yorum yöntemi olup hakkında açıkça bir hüküm bulunmayan konuyla ilgili olarak, hakkında hüküm bulunan ve benzer bir konuyu düzenleyen bir kanun hükmünün mantığından hareket etme söz konusudur (Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 76). Bu kıyas türünü Dönmezer/Erman, genişletici yoruma yaklaşan kıyas olarak nitelendirmektedir. **Hukuka Göre Kıyas** ise belirli bir kuraldan ziyade hukuk düzeninin tamamı göz önünde bulundurularak yapılan kıyastır (Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 228).

107 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, **a.g.e.**, s. 195.

108 Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 151.

109 **A.e. Edis**, kanunda kıyasın emredildiği hallerde bir boşluğun mevcut olmadığını ve yalnızca kanunda bulunan bir kuralın değil aynı zamanda örf ve âdet hukukunda bulunan bir kuralın da kıyasa esas teşkil edebileceğini belirtmiştir. (Edis, **a.g.e.**, s. 135).

yaratmaktan çok, kanunun anlam ve mantığı içinde, onun esas fikrine uygun olarak yeni bir kural koymak anlamını ifade eder.”¹¹⁰ Aral ise, yorumun normun çerçevesinde kalarak onun anlamını açıklamakla yetindiğini kıyasın ise mevcut hukuk normunun dışına çıkarak yeni bir normun ortaya konulması olduğunu belirtmiştir¹¹¹.

Bu noktada **genişletici yorum - kıyas farkına** da değinen Aral, genişletici yorumun, kanunun kelimelerinin dışında fakat onun amacının içerisinde kaldığını, kıyasın ise kanun koyucunun hiç düşünmediği bir duruma ilişkin olduğunu, aynı zamanda kanunun amacının dışında bir kural ortaya çıkardığını belirtmektedir¹¹². Ayrıca genişletici yorumda yeni bir hüküm oluşturmaktan ziyade varolan bir kurala ilişkin olarak kanun koyucunun iradesinin ortaya çıkarıldığı belirtilmektedir¹¹³.

Kanunda boşluk, hukuki ilişkilerin çok çeşitli olması sebebiyle önceden kanun koyucu tarafından öngörülmesinin imkânsız olması¹¹⁴, gelişen teknoloji veya değişen sosyal ve ekonomik ilişkiler gibi birtakım gelişmeler ve değişimler sonucunda mevcut hükümlerin yetersiz kalması hâlinde söz konusu olabilmektedir¹¹⁵.

Kanunda olaya uygulanacak hiçbir hüküm bulunmaması “açık boşluk” olarak nitelendirilmektedir¹¹⁶. Açık boşluk durumunun en bilindik örneği ise, MK m. 507

110 Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 228. Kıyasın “evleviyet” kuralının bir gereği olduğu yani, belirli bir olay için öngörülen hükmün başka bir hüküm için evleviyetle uygulanabileceğinden hareketle kabul edildiği belirtilmiştir (Edis, **a.g.e.**, s. 135).

111 Aral, **a.g.e.**, s. 201. Aynı yönde bkz. Edis, **a.g.e.**, s. 135.

112 Aral, **a.g.e.**, s. 201.

113 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, **a.g.e.**, s. 194.

114 Karacabey, **a.g.e.**, s. 227- 228.

115 Güneş, **a.g.e.**, s. 164; Aral, **a.g.e.**, s. 154. (Doktrinde “boşluk türleri” çok kapsamlı olarak anlatılmaktadır. Ancak bu çalışmada, pratik sonuçları açısından çalışmayla daha alakalı bulunan ve doktrinde “irade dışı boşluk” hâli olarak anlatılan boşluk durumu ve bunun çeşitleri olan “açık boşluk” ve “örtülü boşluk” hâllerine değinilecektir).

116 Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 137-138. Açık boşluk Serozan tarafından “kural eksikliği” olarak nitelendirilir ve ona göre bu eksiklik kıyas yoluyla kanundaki başka bir hükümden yola çıkılarak doldurulurken örtülü boşluk ise “kural aksaklığı” olarak nitelendirilmektedir (Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 156).

gereğince terekesi borca batık olan kişinin cenaze giderlerinin kim tarafından karşılanacağını düzenlenmemiş olmasıdır¹¹⁷.

“Örtülü boşluk” ise, kanunda olaya uygulanacak bir hüküm bulunmasına rağmen hükmün sözüyle özünün çatışması veya hükmün başka bir hükümle çatışması¹¹⁸ veya hükmün içeriğinin somut olayda hakkın kötüye kullanılması sayılması veya dürüstlük kuralına aykırı olması gibi¹¹⁹ hükmün sonucunun tatmin edici olmadığı hâllerde gündeme gelmektedir¹²⁰.

Örtülü boşluğa örnek olarak¹²¹ İsviçre Federal Mahkemesi’nin İsviçre Medeni Kanunu m. 402 (TBK m. 394)¹²² ve m. 422 (TBK m. 413)¹²³ hakkında vermiş olduğu karar örnek gösterilmektedir. Yüksek mahkeme, somut olayda komşusunun isteğiyle onun ağacındaki meyveleri toplarken düşen kişinin uğramış olduğu zararlardan vekalet verenin sorumlu olduğuna ve kusursuzluğunu ispat edemeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde, “olayda vekaletli iş görmenin söz konusu olduğunu ancak vekaletsiz iş görmeyi düzenleyen hükümde kanun koyucunun kusursuzluğun ispat

117 Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 150.

118 Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 105- 106.

119 Güneş, **a.g.e.**, s. 172.

120 Sözer, **a.g.e.**, s. 185.

121 Bir başka örnek olarak, MK m. 15 hükmü gösterilmektedir. Buna göre, MK m. 15 gereğince ayırt etme gücü olmayanın yapmış olduğu işlemlerin hukuki sonuç doğurmayacağı hükme bağlanmış olmasına rağmen, bu kişinin bir kişiye belirli bir iş görmüş olması hâlinde bunun karşılığında bir ücrete hak kazanacağı veya bu kişinin bir piyango bileti almış ve kendisine bir ikramiye çıkmış olması hâlinde buna hak kazanacağı örtülü boşluk yoluyla ve MK m. 2 gereğince kabul edilmektedir (Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 159-160). Serozan’a göre, açık boşluk durumunda yasa boşluğunun doldurulmasının dayanağı MK m.1 iken örtülü boşluk durumunda MK m. 2 hükmüdür (**a.e.** s. 158). Ancak Serozan bu hükümler olmasaydı dahi AY’nın 10. ve 36. maddeleri gereğince boşluğun doldurulabileceğini belirtmektedir (**a.e.**, s. 166).

122 Türk Borçlar Kanunu m. 402, “vekalet verenin kusursuzluğunu ispat etmesi halinde vekile karşı meydana gelen zararlardan sorumlu olmayacağını” hükme bağlamaktadır.

123 Türk Borçlar Kanunu m. 422 ise, “vekaletsiz iş görmeyi düzenleyen bir hüküm olup yararına vekaletsiz iş görülen kişinin vekilin uğradığı zararlardan sorumlu olduğunu ve kusursuzluğunu ispat ederek bundan kurtulamayacağını” hükme bağlamıştır.

edilmesinde, vekilin herhangi bir yarar elde etmemesini göz önüne aldığını, vekaletli iş görme halinde de aynı mantıkla, ücretli-ücretsiz ayrımı yapılarak, ücretsiz vekalet sözleşmelerinin vekaletsiz iş görme halleri gibi kusursuzluğun ispat edilemeyeceği hallerden sayılması gerektiğini” belirtmiştir¹²⁴.

Mahkemenin burada yapmış olduğu işlem doktrinde “teleolojik redüksiyon” olarak isimlendirilen¹²⁵ örtülü boşluk hâline özgü bir işlemdir. Buna göre, her ne kadar kanunda bir hüküm bulunsa da bu hükmün somut olayda uygulanması adaletsizlik teşkil ediyor ve hükmün sözüyle özü çatışıyorsa bu hâlde kanunun hükmü çok geniş tuttuğu ve somut olay adaletinin gerçekleştirilmesi için amaca uygun olarak daraltılması gerektiği belirtilmektedir¹²⁶. Görüldüğü gibi, açık boşluk hâlinde kural fazla dar tutulmuş olmasına rağmen örtülü boşlukta ise fazla geniş tutulmuştur¹²⁷.

Bu konuda ayrıca, açık boşluk ve örtülü boşluk hâlinde yapılan amaca uygun daraltma ve genişletme işlemleriyle genişletici ve daraltıcı yorum arasındaki sınırı tespit etmenin çok zor olduğu ve nicelik farkı olduğu belirtilmektedir¹²⁸. Neticede, “yorum” kavramı mevcut bir kanun hükmünün uygulanabilirliğini sağlamak amacıyla başvurulmuş bir yöntem olmasına rağmen “boşluk doldurma” hakim, kanunun belirlediği sınırlar içerisinde¹²⁹ daha serbest¹³⁰ olarak kullandığı bir yetkidir.

2. Takdir Yetkisi Kavramı

Yorumdan ayırt edilmesi gereken başka bir kavram ise “takdir yetkisi”dir. Takdir yetkisinin söz konusu olduğu hâllerde “hüküm içi boşluk” olduğu da kabul

124 Bu karar için bkz. Aral, **a.g.e.**, s. 158.

125 Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 146.

126 **A.e.**, s. 157- 159.

127 **A.e.**, s. 157.

128 **A.e.**, s. 159.

129 Kaya, **a.g.e.**, s. 369.

130 Buna rağmen hakim boşluk doldururken de yorum da olduğu gibi belirli kıstaslara tabi olduğu belirtilmektedir (Aral, **a.g.e.**, s. 197-200).

edilmektedir. Ancak bu çalışmada boşluk olarak değil hakimın elinde bir yetki ve yorumdan farklı noktaları ortaya konulması gereken bir kavram olarak ele alınacaktır.

Hukuk kuralları oluşturulduktan sonra kanun koyucudan bağımsız bir varlık kazanırlar¹³¹. İşte belirli hâllerde özellikle hukuk kurallarının gelişen ve değişen yaşam koşullarına ayak uydurması amacıyla¹³² takdir yetkisi, kanun koyucunun hakime tanıdığı olduğu bir değerlendirme yetkisidir¹³³.

Bu yetkinin dayanağı MK m. 4 olarak gösterilmektedir. Bu maddeye göre, “kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”

Görüldüğü üzere, hakime takdir yetkisinin verildiğinin kabulü ancak, MK m. 170/1’de belirtilen, “Boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hakim boşanmaya veya ayrılığa karar verir.” veya MK m. 184/1-6’da belirtilen “Hakim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir.” şeklinde, doğrudan hakime o konuda yetki verildiği hâllerde, ilgili hükümde “durumun gerekleri” veya “haklı sebeplerin” gözönünde bulundurulmasının emredildiği hâllerde, kanunun hakkaniyete göre karar verilmesini emrettiği hâllerde (BK m. 35/2)¹³⁴, uygun miktarda

131 Edis, **a.g.e.**, s. 188. Aynı yönde bkz. Tuğrul Katoğlu, “Hukuk ve Yorum-1”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C.1, 2010, ss. 79-81, s. 81.

132 Güneş, **a.g.e.**, s. 197.

133 **A.e.** Bu yetkinin “şartlarda” ve “hükümde” takdir yetkisi şeklinde olabileceği belirtilmektedir. Buna göre şartlarda takdir yetkisi, MK m. 27 gereğince adın değiştirilmesinin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığının belirlenmesi gibi hâllerde söz konusu iken hükümde takdir yetkisi, hakimın belirli bir tazminata veya kanunun koymuş olduğu sınırlar içerisinde bir cezaya hükmetmesi hâlinde söz konusu olmaktadır (Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 133; Sözer, **a.g.e.**, s. 199). Ancak takdirin bir hükmü uygulamaya yönelik bu türünün, delilleri değerlendirmeye yönelik takdirden farklı olduğu belirtilmiştir (Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 95).

134 “Hakim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir.”

tazminata hükmedilmesini emrettiği hâllerde (MK m. 174)¹³⁵ söz konusu olabileceği gibi hükmün yazılış şeklinden de anlaşılabilir¹³⁶ (MK m. 128)¹³⁷.

Takdir yetkisinde, içinde resim bulunmayan sınırları belirli bir çerçevede bir yetkinin söz konusu olduğu belirtilmektedir¹³⁸. Aynı yönde takdir yetkisinin normun özünü içinde barındırdığı belirtilmektedir¹³⁹.

Takdir yetkisi genel olarak hükmün lafzından anlaşılmaktadır. Yorumda ise takdir yetkisinden farklı olarak, hükmün sözü çoğu zaman yeterli olmadığından ve sözün ne anlama geldiğinin tespiti için de yoruma ihtiyaç duyulduğundan, hükmün amacının saptanması söz konusudur¹⁴⁰. Takdir yetkisinde yorumdan farklı olarak hakim daha serbesttir. Ancak bu serbestlik keyfilik olarak anlaşılmamalı¹⁴¹ ve ilgili yetki, hukuka, kanunun amacına, hakkaniyete ve objektif esaslara uygun olmalıdır¹⁴².

Yorumun temel olarak “ne olduğu” açıklanmaya çalışıldıktan sonra, çalışmanın konusunun merkezinde kalmak amacıyla, daha fazla ayrıntıya girilmeden yorumun kaçınılmazlığı ortaya konulacaktır.

D. YORUMUN KAÇINILMAZLIĞI

135 “Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir miktar maddi tazminat isteyebilir.”

136 Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 93-94.

137 “Hakim, haklı sebep olmaksızın evlenmeye izin vermeyen yasal temsilciyi dinledikten sonra, bu konuda başvuran küçük veya kısıtlının evlenmesine izin verir.”

138 Sözer, **a.g.e.**, s. 199.

139 Aral, **a.g.e.**, s. 207. (Dworkin de takdir yetkisini tanımlarken, tatlı halka çöreğinin içi gibi sınırları belirlenmiş bir alanda takdir yetkisinin söz konusu olduğunu ve gerçek anlamda takdir yetkisinin bu olduğunu belirtmektedir. Bu görüş için bkz. bu eser s. 84).

140 Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 132.

141 Aral, **a.g.e.**, s. 206.

142 Güneş, **a.g.e.**, s. 198.

Metin'in de belirtmiş olduğu üzere, artık sosyal bilimlerin yalnızca bir betimleme meselesi olmayıp yorumlama olduğu fikrinin ağırlık kazanmasıyla birlikte 1960'lardan itibaren sosyal bilimler alanındaki en önemli gelişme yorumun kaçınılmazlığı düşüncesinin kabulü olmuştur¹⁴³.

Bu bölümde yorumun kaçınılmazlığına sebep olan “hukuki belirsizlik” ve “dil” gibi nedenlere değindikten sonra “hukuksal hermeneutik” ve “yorumun kaçınılmazlığı” ortaya konulacaktır.

1. Hukuki Belirsizlik¹⁴⁴

143 Sevtap Metin, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı”, **İÜHFM**, C. LXI, S. 1-2, 2003, ss. 35-83, s. 38.

144 Hukukun belirsizliği iddiası ilk olarak Amerikan Hukuki Realistleri tarafından ortaya atılmıştır. (Kasım Akbaş, **Hukukun Büyübozumu: Eleştirel Hukuk Çalışma Hareketi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006, s. 154). **Hukuki Realizm Akımı**, hukuku sosyal bir olgu olarak görüp toplumda karşılaşılan problemlere çözüm bulma amacını taşıyan bir yaklaşım olarak ortaya çıkmıştır (Adnan Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, 18. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2017, s. 270). Bu akımın en önemli temsilcileri Yargıç O.W. Holmes, Karl Llewellyn ve Jerome Frank olarak gösterilmektedir (Ahmet Ulvi Türkbağ, “Amerikan Hukuki Realizm Akımı”, **İÜHFM**, C. LXIII, S. 1-2, 2000, ss. 79-95, s. 80). Realistlerin realizm anlayışının özelliği, hukuki inceleme ve araştırmaların konusunun münhasıran mahkemelerin kararlarına indirgemiş olmasıdır. Ayrıca bu terimi “metod” terimi ile de birleştirmişlerdir. Sonuç olarak bu akıma göre hukuk, hakimlerin ve diğer resmi hukuk memurlarının davranışlarının ifadesinin toplamı olup hukuk kuralları ise hakimlerin ve diğer görevlilerin faaliyetlerine yardımcı niteliktedir (Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı**, s. 30, 34). Amerikan realistleri, klasik formalizmin soyut hukuk kurallarının (büyük önerme) somut olaylara (küçük önerme) dedüktif bir yöntemle uygulanması anlamına gelen tasım ve bu sırada hakimin tarafsız ve gayri-şahsi hareket edeceği varsayımına eleştiri getirmiştir (Sururi Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 80-81). Buna göre, kapalı bir sistemden rasyonel-dedüktif bir yöntemle sonuç çıkarılamaz. Yargısal kararlar, ne kuralların ne emsal kararların sonucudur (Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, s. 80-81). Burada söz konusu olan, kural şüpheciliğidir. *Akbaş* da, kural şüpheciliği ile yargısal kararları belirleyen faktörün pek çok durumda konulmuş kurallar olmadığının kastedildiğini belirterek aynı yönde bir görüş ortaya koymaktadır (Akbaş, **Hukukun Büyübozumu: Eleştirel Hukuk Çalışma Hareketi**, s. 154). Realistlere göre, hukuk kuralları birbirine zıt sonuçlar doğurabilecek yarışan kurallar arasında hakime tercih hakkı vermiştir. Realistler, burada kişisel tercihlere başvurma tehlikesinin varlığına değinmekte fakat hakimin hukuk yaratmasını reddetmeyip aksine onu hukukun yaratılmasında ana kaynak olarak görmektedirler. Ayrıca Realistler, hukuksal belirsizlikten kaçınmak için sosyal bilimlerin uzmanlığına

Hukukta belirsizlik, aynı nitelikteki olaya aynı hukuk kuralının uygulanması sonucunda, hakimler değişse bile¹⁴⁵ verilecek hükmün aynı olacağı yönündeki anlayışın reddidir.

Başka bir tanıma göre hukuki belirsizlik, “hukuki sorunların, hukuki uyuşmazlıkların çözümü için doğru bir yanıt olmadığı ya da en azından tek bir doğru yanıtın olmadığı” şeklinde tanımlanmıştır¹⁴⁶.

Hukuki belirsizliğinin bir taraftan hukukun gerçekten kendine özgü bir varlığa sahip olup olmadığı, diğer taraftan hukuk kuralları ile yargı kararları arasındaki ilişkiyle ilgili olduğu belirtilmektedir¹⁴⁷. Ayrıca hukuki belirsizliğin, kökenini Gadamer’de bulan bir ayırımla da ortaya konulabileceği belirtilmektedir. Buna göre, hukukun belirsizliği ilk olarak, hukuk kurallarını içeren metnin belirsizliği¹⁴⁸, ikinci

başvururlar (a.e., s. 81-82). Hukukta belirsizliği ileri süren başka bir akım ise “Eleştirel Hukuk Çalışmaları” olarak adlandırılan akımdır. Hukukun bir kültür, dil ve bilgiler toplamı olduğunu savunan bu akım hukukun böylece hakime aralarında tercihte bulunabileceği rasyonelleştirilmiş seçenekler sunduğunu savunmuştur (a.e., s. 98); *Blackstone*’un “Hakimler tarafından verilen hüküm, kendi belirlemeleri olmayıp yasanın belirlemesidir.” sözünde olduğu gibi bu akıma göre de, hakimlerin karar vermesi, kanun koyucunun kanun yapmasına oranla çok dar bir alanda cereyan etmekte olup hakimler istesinler veya istemesinler kararlarında hukuk kültürünün otoriter unsurları, anayasa, kanunlar, mahkeme içtihatları doğrultusunda karar vermek zorundadırlar. Aktaran: Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, 11. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2015, s. 433-434.

¹⁴⁵ Bu noktada “hakimler değişse bile hükmün aynı olacağı” anlayışı üzerinde durmak gerekmektedir. Öncelikle yargılamaya katılan davacı, davalı, tanık, sanık, savcı insan olduğu gibi hakim de insandır ve insan psikolojisiyle ilgili özelliklerin yargılamayı etkilemesi kaçınılmazdır. Bu hususta J. Frank tarafından dile getirilen şu tespit önemlidir: “Müstakbel kararların tahmininde kurallara güvenilmemesinin sebebi (kural şüphesizliği), yargılama faaliyetinde hakimnin kişiliğinin esaslı faktör olmasıdır. Hukuk kurallarının kat’iyet ve istikrar oluşturmaları ancak bütün hakimlerin kişiliklerinin aynı, hiç olmazsa benzer bulunması halinde mümkün olabilirdi.” (Aktaran: Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı**, s. 56). Sonuç olarak Realistlere göre hakimnin kişiliği, sosyal çevresi, sosyal ve ekonomik durumu, yetişme tarzı ve psikolojisi hukuka, somut olarak ise kararlarına etki eden faktörlerdir (Işıқтаç/Metin, a.g.e., s. 84).

¹⁴⁶ Demirdal, a.g.e., s. 799.

¹⁴⁷ Gülriz Özkök, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **AÜHFD**, C. LI, S. 52, 2002, ss. 1-18, s.1.

¹⁴⁸ Meriç Seyhan Karaca, “Hukuk, Dil ve Hukuki Belirsizlik”, **HFSA** 24, 2012, ss. 64-68, s. 64.

olarak, hukuk kuralının somut olaya doğrudan uygulanması sırasında¹⁴⁹ ortaya çıkan belirsizliktir¹⁵⁰.

Hukuki belirsizliğin asıl sebebi, modern toplumlardaki değişimin sürati ve nihayetinde hukuk kurallarının eskiyerek fiili anlamda yürürlükten düşmesi¹⁵¹ sonucu kanun boşluklarının ortaya çıkmasının kaçınılmaz olmasıdır¹⁵². Nitekim Mecelle'nin 39. maddesinde de bu hususa işaret edilmiştir. Buna göre, “ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyüru inkar olunamaz.”¹⁵³

Bilindiği üzere pozitivist hukuk düşüncesi en mükemmel yasaları yaparak kanun koyucunun ağzı olan bir hakim yaratmak istemiştir¹⁵⁴. Ancak hayatın hızı karşısında her olayın ayrı ayrı somut olarak düzenlendiği kazuistik yöntemin yeterli olmadığı görülünce genel ve soyut düzenlemeler yapma yoluna gidilmiştir¹⁵⁵.

149 A.e.

150 Özkök, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, s. 1. Hukuki belirsizliğin temelde yorumla ilgili olduğu kadar hukuk devletinin niteliği ve gerekleriyle birlikte hakimin hukuk oluşturma ve takdir yetkisiyle de alakalı olduğu belirtilmektedir (bkz. **a.e.**) Karaca, hukukta belirsizliğin çoğu kez birbirlerini dışlayan yorumların çatışmasının açıklığı olduğunu belirterek hukukta belirsizliğin yorumla ilgisine değinmiş olmaktadır (Karaca, **a.g.e.**, s. 64).

151 “Çünkü kanunlar tekamüllerinde cemiyetlerin durumunu takip eder. Hiçbir yerde cemiyetin kanunları takip ettiği görülmemiştir.” (Berki, **a.g.e.**, s. 12). Bu durumun göstergesi olarak ise yukarıda belirtilen yaşayan hukuk kavramı gereğince şu örnekler gösterilmiştir: “Kanun koyucunun el koymasından önce sosyal ve ekonomik olaylar kendi düzenlerini kendileri yaratmışlardır ve yaratmaktadırlar. Modern faiz hükümleri, sigorta kuralları, anonim şirketler hukuku, grev hakkı, sendika hukuku hep sonradan kanunlaşmışlardır.” (Ülker Gürkan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2005, s. 39). Benzer şekilde ülkemizde 1950’li yıllarda manevi tazminat davalarında talep edilen miktar çoğu kez 1 lira olmasına rağmen günümüzde manevi tazminat olarak 100 milyon liralara talep edilmesinin sebebi olarak kanun hükümleri aynı kalmasına rağmen toplumda manevi tazminat konusundaki sosyo-psikolojik değerlerin değişmiş olması gösterilmektedir (Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, s. 263).

152 Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı**, s. 62.

153 “Zamanın değişmesi ile kuralların değişmesi yadsınamaz.” (Kayhan, **a.g.e.**, s. 34).

154 Işıktaç, “Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi”, s. 33.

155 Yasemin Işıktaç, **Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulaması**, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 90. Bu doğrultuda, *Aristoteles* genel ve soyut olan yasaların somut olayla daima bir gerilim içerisinde olacağını ve genel olan

Hukukun boşluk içermeyen bir bütün olması istenmesine rağmen hukuk kurallarının soyut ve genel oluşu¹⁵⁶ sebebiyle soyut hukuk normunun somut bir olaya uygulanabilmesi için anlamının belirlenmesi ve yorumlanması kaçınılmazdır¹⁵⁷.

2. Hukuk Hermeneutiği

Gadamer'e göre, anlama daima yorumlamadır. Yorumlama ise daima uygulamayı gerektirir¹⁵⁸. Bunun en belirgin olduğu alan ise hukuksal yorumdur.

yasaların daima eksik olacağını belirterek bunun da sebebinin yasaların mükemmel olmaması değil insan yaşamının yasalara göre daima kusurlu olmasından kaynaklandığını belirtmiştir (Çebi, **a.g.e.**, s. 4). Aynı yönde *Hart* da, insani açmazlar sebebiyle yapılan hukuk kurallarının tüm uyumsuzlukları ele alabilecek şekilde düzenlenebilmesinin mümkün olmadığını ve hukuk kurallarının genel olarak düzenlenmesinin modern hukuk sistemlerinin bir gereği olduğunu belirtmekte ve bu durumun sonucu olarak hukukta belirsizlik olabileceğini kabul etmektedir. Bu doğrultuda *Hart*'ın şu sözleri oldukça vecizdir: “Eğer, birçok insanın, daha fazla detaya inmezsizin anlayabileceği şekilde, belirli durumlarda belirli davranışlarda bulunmalarını gerektiren genel standartlarla iletişim kurmak mümkün olmasaydı, bugün hukuk olarak bildiğimiz şey var olamazdı.” (H.L.Hart, **The Concept of Law**, 2nd ed., New York, Oxford University Press, 1994, pp.124'den aktaran Uğur Dinç, **Semantik Doğal Hukuk ve Hukuki Yorum: Micheal S. Moore'un Kuramı**, İstanbul, Legal, 2014, s. 27-28, 35).

156 Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, s. 84. Bu doğrultuda, kavramların açık uçlu olmasının pozitivistlerin sandığının aksine hukukun objektifliğine zarar vermediği, aksine hizmet ettiği ileri sürülmüştür (Mehmet Turhan, “Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin'e Göre Anayasanın Ahlâksal Okunuşu”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 1, 2012, ss. 1-42, s. 31). Ayrıca, hukukun gelişmesine alan bırakmak amacıyla konulmuş “insan onuru”, “kamu yararı” gibi genel ve soyut kavramların aynı zamanda belirsiz oldukları ve bu sebeple hukukta belirsizliğe sebebiyet verdikleri savunulmaktadır. *Metin* ise aksine hukukta “kişilik hakkı”, “özgürlük”, “eşitlik” gibi kavramların belirsiz kavramlar olmadıklarını ancak soyut kavramlar olduğunu belirtmektedir (Metin, **a.g.e.**, s. 143).

157 Muharrem Kılıç, “Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorumbilimsel Bağlamı”, **SDÜİİBFD**, C. XVI, S. 1, 2011, ss. 63-78, s. 67. Aynı yönde bkz. Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 79; Işıktaç, “Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme”, s. 81.

158 Gadamer, **a.g.e.**, s. 95; ayrıca bkz. Aydın Uğur, “Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 1, 1983, ss. 181-195, s. 187-195.

Gerçekten de hukukta amaç belirli bir düzenlemenin ne anlama geldiğinin tespiti için bu düzenlemeyi yorumlamak ve somut olaya uygulamaktır. Genel ve soyut bir düzenlemenin altına somut bir olayın girip girmediği her seferinde yorumcunun ayrıca bir değerlendirme yapmasını gerekli kılmaktadır¹⁵⁹.

Gadamer’e göre, yasaı yorumlamak durumunda olan hakim, yasanın ilk anlamını bilmek zorundadır. Ancak bu, yasa koyucunun iç niyetini tespit edip olduğu gibi uygulamak da değildir. Hakimin burada yapması gereken, yasanın ilk anlamından hareketle şartlardaki değişimleri dikkate alarak yasanın normatif anlamını ortaya çıkarmaktır¹⁶⁰.

Ona göre,

“Yargıç ‘hukuki düşünceyi’ aracılık ederek şimdi’ye uygun hale getirmeyi dener. Bu hiç kuşkusuz hukuki bir uzlaştırmadır. Yargıcın anlamaya çalıştığı şey yasanın hukuki anlamıdır, yasanın yürürlüğe konmasının veya özel uygulama durumlarının tarihsel anlamı değil¹⁶¹”.

Ancak bu noktada Gadamer, hakimlerin herkes gibi yasaya bağlı olduklarını ve keyfi ve öngörülemez kararlar veremeyeceklerini belirtmekte, yapılan yorumun ve hükmün bütünden hareketle verilen adilane bir karar olması gerektiğini savunmaktadır. Bunun içinse, yasaı belirleyen bütün unsurların hakim tarafından bilinmesini gerektiğini belirtmektedir¹⁶².

159 “Varoluşumuzun tarihselliği gerçeğinden hareketle özne, hukuksal metnin anlam dünyasına ön kavrayış-anlayış ve önyargıları ile girmektedir. Yorumun anlamsal dinamizmi olarak nitelendirdiğimiz yorumsama sürecinde söz konusu önyargılar, ön fikirler ve kavrayışlar hakikat idesi ile yüzleşerek kendi gerçekliklerini bir anlamda sınarlar. Bu sinama sürecinde metin ile anlam ve yorum arasındaki gerilim hukuk söz konusu olunca adalet idesi ekseninde hakikat bilgisine ulaşır. Böylece hukuksal metnin anlam ve yorum dünyası her bir hukuksal olayın biricikliği doğrultusunda özneyi hakikatin bilgisine yönlendirmektedir.” (Kılıç, “Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorumbilimsel Bağlamı”, s. 73.)

160 Gadamer, **a.g.e.**, s. 90-91.

161 **A.e.**, s. 93.

162 s. 95.

İşte Gadamer’in belirttiği gibi kamu düzenini sağlamak ve sosyal ihtiyaçları karşılamak amacıyla konulmuş olan hukuk kuralları somut duruma uygulanırken her seferinde yeniden yorumlanmalı, diğer bir deyişle somutlaştırılmalıdır. Bu somutlaştırma yapılırken de yorumcu, kendisi ile hukuksal metnin zamansal uzaklığı arasında bir köprü kurmalıdır. Bu köprü kurma yöntemini ona verecek olan ise genel anlamda hermeneutik ve özel anlamda ise hukuksal hermeneutik’tir.

Bu düşünceye göre, genel ve soyut hukuk kurallarının salt olarak somut olaylara doğrudan uygulanması söz konusu olmayıp her seferinde hükmün yeniden biçimlendirilmesi söz konusudur.

Bu doğrultuda,

“Hukuksal Hermeneutik, klasik yorum teorileri ve metodolojilerinin öngördüğü çerçeveden farklı olarak yorum sorununu filozofik bir bağlamda konu edinmektedir. Bu perspektif, yorum sorununu mekanik bir çıkarım yöntemi olarak değerlendirmemektedir. Yorumlama sürecinin her bir evresini ve süjesini varoluşsal bir problematik olarak ele almaktadır. Bu doğrultuda hukuksal yorum, özne ile metin arasında bir diyalojiye tekabül etmektedir. Yorumlama nesnesi olan metnin ufku ile yorumlayan öznenin ufku arasında diyalektiksel bir kaynaşma öngörülmektedir.”¹⁶³

Kılıç, “Hukuksal Yorum”dan bahsederken şöyle bir tespitte bulunmuştur:

“Hukuksal yorum, hukuki metinlerin üretildiği dilin özgül yapısında içkin bulunan dilbilimsel, semantik özelliklerden ya da metnin inşası sürecinde ortaya çıkan öznel dilsel sorunların yarattığı anlamsal belirsizliği ortadan kaldırma işlevini gören sürecin adıdır.”¹⁶⁴

Kılıç’la aynı yönde bir düşünceyle *Işıқтаç/Metin* de yoruma ihtiyaç duymamızın en temel sebebinin, dilin kullanımının yol açtığı sorunlar ve dilin yoruma ve boşluk oluşturmaya açık bir bünyeye sahip olması olduğunu belirtmişlerdir¹⁶⁵. Bu sebeple hukuki metinlerin malzemesi olan “dil”e ilişkin bir takım özelliklerin de açıklanması gerekmektedir.

163 Kılıç, “Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorumbilimsel Bağlamı”, s. 64.

164 A.e.

165 Işıқтаç/Metin, a.g.e., s. 183. Ayrıca bkz. Metin, a.g.t., s. 144.

3. Dil

Dil, içine doğduğumuz ve bizi çepeçevre saran¹⁶⁶ bir gelenektir¹⁶⁷. Konuşan, anlayan ve yorumlayan bir varlık olan insan¹⁶⁸ her türlü düşüncesini dil ile kurar¹⁶⁹. İnsanın sosyal düzeni sağlamak amacıyla koymuş olduğu kuralların da, ister sözlü olsun ister yazılı, temel hammadde dildir. *Demir* tarafından da ifade edildiği üzere, *hukuk, linguistik bir faaliyettir. Yani dilde ve dille gerçekleşir*¹⁷⁰. Özellikle sözlü hukuktan yazılı hukuka geçildiğinden beri hukukun içeriğinin dilsel ifade olarak ortaya çıktığı ve bir anlam taşıyıcısı ve iletişim aracı olan ‘dil’in hukuk kurallarının da taşıyıcısı ve iletişim aracı hâline geldiği belirtilmektedir¹⁷¹. Bu doğrultuda, hukuki ilişkide, hakimin de sosyal ilişkilerin aracı olan dilin taşıyıcısı olduğu belirtilmiştir¹⁷².

Aristoteles’in, “adlar ve ifadeleri toplamı sonludur, halbuki şeyler sonsuz sayıdadır. O zaman, aynı ifadenin ya da bir kelimenin birçok anlamı olması kaçınılmazdır.”¹⁷³ sözünde de belirttiği gibi, dili meydana getiren kelimeler ve kavramlar değişkendirler, her birinin kendi tarihi vardır¹⁷⁴. Aynı şekilde hukukun amacı olan sosyal yaşam da Herakleitos’un “akış”, Heidegger’in ise “oluş” olarak adlandırdığı¹⁷⁵ yaşayan ve gelişen bir organizma gibidir.

166 Ertuğrul Uzun, **Hukuk Metodolojisinin Sorunları**, 3. Baskı, İstanbul, Nora Kitap, 2018, s. 99.

167 Karaca, **a.g.e.**, s. 64.

168 **A.e.**

169 Uzun, **Hukuk Metodolojisinin Sorunları**, s. 99.

170 Gökhan Yavuz Demir, “Edebi Bir Tür Olarak Hukuk”, **Hukuk Kuramı**, C. II, S. 6, 2015, ss. 45-51, s. 48.

171 Yasemin Işıktaç, “Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2001, ss. 23-34, s. 23.

172 Yasemin Işıktaç, “Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Argümanlarının Hukuk Uygulamasında Kullanılma Olanakları”, **HFSA** 8, 2002, ss. 127-135, s. 133.

173 Karaca, **a.g.e.**, s. 64.

174 Sözer, **a.g.e.**, s. 50.

175 Karaca, **a.g.e.**, s. 65

Dilin belirsizliğine ilişkin başka bir sebep olarak da, sosyal yaşamdan alınan bazı kelimelerin hukuk alanına girmesiyle birlikte eski anlamına nazaran farklı anlamlara bürünmesi ve terminolojik bir anlam kazanması gösterilmektedir¹⁷⁶.

İşte hukukun konusu olan “sosyal yaşam” ile hukukun hammaddesi olan dil arasında bu şekilde sürekli bir gerilim olduğu¹⁷⁷, nihayetinde dilin hayatı tüketemeyeceği ileri sürülmüştür¹⁷⁸.

Sonuç olarak, en yetkin bir dilin dahi, hukuk kurallarının ifadesinin yeterli olup olmadığı konusundaki kuşkuyu ortadan kaldırmaya engel olamayacağı görülmüştür¹⁷⁹.

Nitekim *Hirş* de,

“Teşri kuvvetinin, tabir caiz ise, ‘bilmecelerini’ çözmek, tefsir etmek ve sarıh bir sistem haline sokmak çok kere basit bir görev değildir. Hukuk kaideleri, eski Mısırlıların tasvirlerinden ibaret olan yazılarına ve daha modern bir misal ile şifreli telgraflara benzetilecek olursa hukuk ilmi de bu ‘tasvir’ ve ‘şifreleri’ çözerek açıklamak suretiyle meydana çıkaracağı muhtevayı, yine kendisinin icat edeceği alfabe ile ifade etmek mecburiyetinde kalan bir kimsenin durumunu hatırlatır.”¹⁸⁰

sözleriyle hukukta dil ve yorumun kaçınılmazlığı arasındaki ilişkiyi ortaya koymuş bulunmaktadır.

4. Yorumun Kaçınılmazlığı

176 Metin, **a.g.t.**, s. 145.

177 Işıktaç, “Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi”, s. 27. *Karayalçın* da yoruma ihtiyaç duymamıza sebep olan hususlar arasında, “hukuk kurallarının zamanla gelişen toplumun ihtiyaçlarına ayak uyduramaması”nı sayarak sosyal yaşam ile hukukun dili arasındaki gerilimi ortaya koymuştur (Yaşar Karayalçın, **Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme**, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Sözkesen Matbaacılık, 2001, s. 122).

178 Karaca, **a.g.e.**, s. 65.

179 Aral, **a.g.e.**, s. 184. Aynı yönde bkz. Işıktaç/Metin, **a.g.e.**, s. 183.

180 E. Hirsch, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi**, Ankara, 1949, s. 19’dan aktaran Gürkan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 20.

Gör÷lmektedir ki kanunda kullanılan kelimelerin anlamlarının belirlenmesinde çoğu kez güçlük çıkmadığı görüşü¹⁸¹ pek makul görünmemektedir. *Uzun*’un da belirttiğı gibi, tüm yargıların geçici ve yeniden yorumlanabilir olması sebebiyle hukuk, hiçbir zaman tamamlanmış olarak kabul edilemez¹⁸².

Sonuç olarak, bir andlaşma, akit, vasiyetname gibi irade açıklamasında bulunan bir kişinin, iradesinin başkaları tarafından yorumlanacağını kabul etmesi gerektiğı gibi kanun koyucunun da iradesinin yansıması olan kanunun, hukukçular tarafından yorumlanacağını peşinen kabul etmesi gerekir¹⁸³. Çünkü anlaşılması gereken anlam ancak yorumda somutlaşarak gerçek anlamda kavranabilir¹⁸⁴.

Hukuk, soyut kuralların somut olaylara uygulanmasından ibaret değildir. Bir kuralı uygulayabilmek için öncelikle onun kapsamı belirlenmelidir. Kapsamını belirleyebilmek için de kuralı anlamak ve onu yorumlamak gerekir¹⁸⁵: “Yorum olmaksızın metin hiçbir şey ifade etmez.”¹⁸⁶ İlgili metnin yorumlanması sonucu ortaya çıkan anlam ise “normdur”¹⁸⁷. Yani metin ve norm farklı iki kavram olup *norm*, *metnin kendisi değil onun anlamıdır*¹⁸⁸. Dolayısıyla metnin içinde saklı bulunan normun ortaya çıkarılması için onun yorumlanması kaçınılmazdır¹⁸⁹.

181 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, **a.g.e.**, s. 183.

182 Uzun, **Hukuk Metodolojisinin Sorunları**, s. 108.

183 Işıktaç/Metin, **a.g.e.**, s. 179.

184 Kılıç, “Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorumbilimsel Bağlamı”, s. 68.

185 Edis, **a.g.e.**, s. 173.

186 Özlem Erişgin, “Yasal Düzenlemenin Yorumu”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C. I, 2010, ss. 124-150, s. 146.

187 *Kayhan* da bir kanun hükmünün yargı kararıyla norm olarak tanınmadığı müddetçe normatif değer kazanamayacağını belirterek norm ve metnin ayrı kavramlar olduğunu ve yorumun kaçınılmazlığını ortaya koymaktadır (*Kayhan*, **a.g.e.**, s. 8).

188 Yahya Berkol Gülgeç, **Lex Superior İlkesi: Hukuki Geçerliliğı ve Uygulanması**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2018, s. 52. Aynı yönde bkz. Topakkaya, **a.g.e.**, s. 118. Özenle belirtilmesi gerekir ki bu anlayış Klasik Yorum Yöntemi’nin karşıtı olan çağdaş bakış açısıdır. Daha geniş bilgi için bkz. Metin, **a.g.t.**, s. 151-155.

189 *Aral* da, yorum sırasında hukukun aranıp bulunması gerektiğini belirtmektedir. *Aral*, **a.g.e.**, s. 184.

Karaca tarafından da belirtildiği üzere:

“Hiçbir toplum dolayısıyla hiçbir hukuk sistemi yorumun dışında kalmaz. Bir norm, salt yasa metninde yeterince açık olmadığı için değil özellikle varolan/düşünülen bir olaya uygulanmak zorunda olduğu için yoruma muhtaçtır. Yasa metninde ölü olan norma ancak yorum hayat verebilir.”¹⁹⁰

Yorumun kaçınılmazlığına ilişkin olarak, *Demir* de hukuk metnlerinin anlamının tıpkı başka edebi metinler gibi yalnızca yorum aracılığıyla keşfedilebileceğini belirtmektedir¹⁹¹. *Demir*’in “edebiyat olarak hukuk” şeklinde adlandırdığı bu yaklaşıma göre, “edebiyat olarak hukuk, yazılı hukuk metnlerinin anlamlarının tıpkı başka başka edebi metinler gibi yalnızca yorum aracılığıyla keşfedilebileceğini ve bu yorumun da ancak edebi teknikleri kullanarak mümkün olabileceğini iddia etmektedir.”¹⁹²

Modern Hukuk Felsefesi alanında ilk eserimiz olarak kabul edilen Hikmet-i Hukuk’da *Münif Paşa* yorumun kaçınılmazlığını ortaya koyan ve hukuk felsefesinin önemine dikkat çeken şu ifadelerle yer vermektedir:

“Kavanin-i mevzu’a ne kadar mükemmel olur ise ani olsun yine ba’zı noksanları olur ve mübhem yerleri bulunur; ba’zan vazı’ı kanunun hatırına gelmemiş ve sükut etmiş olduğu yerler de bulunur. Halbuki hükkam huzurlarına ‘arz olunan da’vaların hepsini hall ü fasl etmeğe mecbur olup kanun nakıs ya mübhem veya sakitdir diye fasl-ı münaza’at ve ihkak-ı hakdan

190 Karaca, **a.g.e.**, s. 67. Yazar bu metinde ayrıca, yorumun hukuki anlamda bir hüküm vermeyi amaçladığı ve salt hukuki metnin kendi dünyasında ne anlama geldiğini değil yorumcunun dünyasında da ne anlama geldiğini içermesi sebebiyle yorumla birlikte hukuk sisteminin de yeniden üretildiğini ve sistemin tekrar tekrar gözden geçirilmesine hizmet ettiğini belirtmektedir, bkz. **a.e.**

191 *Demir*, “Edebi Bir Tür Olarak Hukuk”, s. 48.

192 *Demir*, **Anlamak İçin Yaşamak**, s. 130. *Topakkaya* da edebiyat olarak hukuk yaklaşımının, hukukun yorumlama gücünü arttırdığını belirtmektedir (*Topakkaya*, **a.g.e.**, s. 120). Bu yaklaşım çalışmanın konusunu oluşturan Dworkin’in yorum yaklaşımı açısından da önem arz etmektedir. İleride açıklanacağı üzere, Dworkin de hukukta yorumun yapılmasında edebi tekniklerin kullanılmasını önermekte ve bu yolu izlemektedir. *Koçin* de bilim ve medeniyet tarihimizde hukuk ve edebiyatın Fırat ve Dicle gibi yüzyıllardır yan yana aktığını belirterek, edebi eserlere meraklı olan ve onları okuyan hukukçuların yorum konusunda daha sağlıklı bir yorum yapabileceklerini vurgulamaktadır (*Abdülhakim Koçin*, **Hukuk ve Edebiyat**, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2017, s. 21, 25).

imtina' ve istinkaf edemez¹⁹³. Şimdi ne yapmalıdır? Hem nakıs alat verilmiş ve hem de mükemmel iş yapılması taleb olunmuştur! İşte böyle yerlerde hakim hikmet-i hukuka müraca'at eder."¹⁹⁴

Ali Himmet Berki de kanunların genel hükümler getirdiğini ve her meseleyi ayrıntılarıyla düzenlemediğini belirterek kanunların oluşturduğu çerçevenin içini doldurma görevinin kaçınılmaz olarak hakimlere ait olduğunu belirtmektedir¹⁹⁵.

Sonuç olarak görülmektedir ki, "Metin tamamen vazih olsa dahi tefsire mahal vardır."¹⁹⁶ Diğer bir deyişle, "yazılı olsun olmasın her yasanın yoruma ihtiyacı vardır."¹⁹⁷

E. HER OLAYIN BİRİCİKLİĞİ VE ABDÜKSİYON

Yorumun kaçınılmaz olmasının sonucu olarak hakim, her somut olayda, normu yeniden yorumlamak ve hakkaniyeti sağlamak durumundadır. Çünkü, pozitivist görüşün, benzer olaylara benzer kararları verebilmek için tasarlamış olduğu dedüksiyona dayalı akıl yürütme yöntemi¹⁹⁸ her ne kadar şekli adalete uygun görünse de adaletin özü olan hakkaniyet ilkesine aykırıdır.

193 Bu ilke Anayasamızın 36. maddesinde kendisine yer bulmuştur. Buna göre, "Hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." Aynı yönde bkz. *Berki, a.g.e.*, s. 99.

194 Münif Paşa, *a.g.e.*, s. 30.

195 *Berki, a.g.e.*, s. 3.

196 Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, 4. Baskı, 2004, s. 196'dan aktaran Tutumlu, *a.g.e.*, s. 183.

197 Metin, *a.g.t.*, s. 138.

198 Tümdengelim olarak da adlandırılan bu yöntem, soyut kuralın (büyük önerme-birinci öncül) somut olaya (küçük önerme-ikinci öncül) uygulanmasıyla sonucun elde edilmesine dayanan hukuksal tasım veya atılma olarak da nitelendirilmektedir. Atılma, *olayın hukuken kavramlaştırılarak hukuk normunun ön bileşenine sokulması işlemi* olarak tanımlanmıştır (*Kayhan, a.g.e.*, s. 25); bu akıl yürütme yöntemi de hukukta geçerli olmakla birlikte soyut kuraldan hareket edip somut olayın şartlarının daha az değerlendirilmesine yol açan bir matematiksel işleme sebebiyet verdiği için riskler barındırmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan, *Hukukta Yöntem-Mantık*, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 3, 14-25, 87-92; Uzun, *Hukuk Metodolojisinin Sorunları*, s. 82-93; *Kayhan, a.g.e.*, s. 24-28.

Hakimden beklenen, toplumsal yaşamı düzenleme aracı olan ve insanlar arasındaki çıkar çatışmalarını düzenlemek için varolan hukuku, bir teknisyen gibi değil bir mimar gibi kullanması¹⁹⁹ ve “uyuşmazlığa insan kokusu taşıyan”²⁰⁰ bir karar vererek çözüm getirmesidir.

Dworkin’in uygunluk ilkesinde de görüleceği üzere²⁰¹ hakimin asıl görevi hukuku uygulamak değil, hukuku gerçekleştirmektir²⁰². Çünkü, yasalar belirli olaylar tasarlanarak yapılan ve yapıldıktan sonra mürekkebi dahi kurumadan eskiyen ürünlerdir. Sosyal yaşamın sürekli akış içerisinde olduğu bir ortamda, sosyal yaşamı düzenleme aracı olan hukukun bu görevini yerine getirebilmesi hakimin somut olayda normun nasıl tezahür etmesi gerektiğini sorgulamasıyla mümkündür.

Dworkin’in uygunluk ilkesi de her yorumcudan bütünlük ilkesi içerisinde varolan durumu geliştirmesini ve bir adım öteye götürmesini istemektedir. Çünkü, hukuk toplumsal düzenin sağlanmasının bir aracıdır ve bu görevi yerine getirebilmek için de değişmelere ayak uydurabilmesi gerekmektedir. Bunun aracı ise yorumdur.

Her yorum, hukukun yeniden inşadır²⁰³:

“Yorum, bir yasal düzenlemenin salt anlamının belirlenmesi olmayıp, bir bakıma ideal ama pozitif hukuku göz ardı etmeyen ideal anlamının, adalet ve hakkaniyetin gerçekleştirilmesine yönelik biçimde tasarlanmalıdır.”²⁰⁴

Başka bir tanıma göre de;

199 Ali Şafak Balı, “Hukuk ve Yorum-1”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C. I, 2010, ss. 108-115, s. 112.

200 Bkz. Kararlar Bölümü 1. Olay.

201 Bkz. bu eser s. 91.

202 Tutumlu, **a.g.e.**, s. 139.

203 Katoğlu, “Hukuk ve Yorum-1”, s. 79.

204 Erişgin, **a.g.e.**, s. 127.

“Yorum, hukukta, bir kanun metninin, bir hukuk normunun yeniden oluşturulması ya da oluşum sürecine katkı sağlanmasıdır.”²⁰⁵

Görülmektedir ki, hukukun yeni gelişmelere ayak uydurmasını sağlayacak bir yöntem olarak hakimnin elinde bulunan “yorum”, salt belirli olaylara belirli kuralların uygulanmasını değil, somut olayın şartlarının dikkate alınıp, ilgili hukuk kuralının içindeki değer her defasında yeniden biçimlendirilmesini içermektedir. Dolayısıyla her olay, unsurları benzer olan başka bir olaya ne kadar benzerse benzesin kendine has bir takım özelliklere sahiptir. Yani her olay biriciktir²⁰⁶. Bu konuda *Balı*’ya göre:

“...her bir dava o davanın tarafları, uygulandığı yer, konum, kültür açısından yeni bir adalet meselesidir. Dolayısıyla, bir önceki davanın nasıl sonuçlandığı bir sonraki davanın taraflarını da asla ilgilendirmez, çünkü onlar kendi davalarındaki adaleti aramaktadırlar. Dolayısıyla, burada yorumu metin odaklı kılmak, metne objektif bir anlam vererek her davada benzer bir sonuca ulaşmaya çalışmak bence adalet anlayışında bir aksamaya yol açacak bir faaliyet olarak görülmesi gerekir kanaatindeyim.”²⁰⁷

Balı’nın da belirttiği üzere, adaletin ve hakkaniyetin sağlanması için kural odaklı değil olay odaklı düşünülmesi gerekmektedir. Bunun yollarından biri de yukarıda belirtildiği üzere, yeni durumları değerlendiren ve somut olay odaklı bir akıl yürütme yöntemi olan ‘abdüksiyon’dur. Günümüzde de problemin çözümünde kuralın değil somut olayın özelliklerine ağırlık veren bir anlayışın geliştiği belirtilmektedir²⁰⁸.

205 Katoğlu, “Ceza Hukukunda Yorumla İlişkin Bazı Gözlemler”, s. 150.

206 Bu doğrultuda, insanların parmak izleri birbirlerine ne kadar benzerse benzesin her bir insanın parmak izinin ayrı olmasındaki gibi her olayın da diğerlerine ne kadar benzerse benzesin kendi içinde biricik olduğu belirtilmiştir (Kayhan, **a.g.e.**, s. 23). Aynı yönde bkz. Işıktaç, “Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme”, s. 82.

207 Balı, **a.g.e.**, s. 112.

208 Metin, **a.g.t.**, s. 141. Gadamer de etik bir toplum içerisinde soyut hükmü somut durumlara uygulayacak olan hakimnin asıl temel alması gerektiği noktanın somut olay olduğunu savunmaktadır (Çebi, **a.g.e.**, s. 14-15). Yargıtay da hakimnin hükmünün, *tarafların gerçek durumlarının gerektirdiği hak ve adalete uygun* olması gerektiğini belirterek somut olayın şartlarının ve tarafların durumunun ön planda tutulmasına dolaylı olarak vurgu yapmıştır (Y 4HD, 16.6.1977-9690/7016, Yargıtay Kararları Dergisi Haziran 1978, C. IV, S. 6, s. 915-917’den aktaran Tutumlu, **a.g.e.**, s. 138, dipnot 113).

Böyle bir anlayışı yansıtan abdüksiyon, hukuk uygulamasında var olan analogi (kıyas), dedüksiyon (tümdengelim), endüksiyon (tümevarım) gibi yöntemlerin dışında²⁰⁹, etik bir toplum içerisinde hukukun uygulanmasının sonucudur²¹⁰.

Abdüksiyon, eski olaylara benzemeyen ve ondan farklılık taşıyan yeni meselelerin çözümünde kullanılmaktadır²¹¹. Abdüksiyon, her olayın kendine has özelliklerinin dikkate alındığı ve yaşamın hızı karşısında değişen ve gelişen olaylara hukukun ayak uydurabilmesine olanak sağlayan bir yöntemdir²¹².

Abdüksiyonun diğer akıl yürütme şekillerini reddetmeyen ve kesinlik öngörmeyen yöntemi nedeniyle durağan olmayan ve yenilikçi bir akıl yürütme yöntemi olduğu belirtilmektedir²¹³.

Yargılamada abdüksiyonun kullanılmasına Baltimore & Ohio Railroad, Goodman'a Karşı Davası örnek gösterilebilir. Bu davaya konu olayda Goodman, tren yolundan arabayla geçerken, gayet dikkatli olmasına rağmen görüşünü kapatan bir ev nedeniyle gelen treni görememiş ve yaşanan kaza sonucunda hayatını kaybetmiştir.

209 Gülümser Durhan, “Günlük Yaşamda Kullanılan Bir Düşünce Biçimi Olarak Abdüktif Akıl Yürütme”, **Beytulhikme (An International Journal of Philosophy)**, S. 10(2), 2020, ss. 663-675, s. 665.

210 Ertuğrul Uzun, “Hukukun Göstergebilimsel Analizi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Eskişehir, 2006, s. 143. Aynı yönde bkz. Ertuğrul Uzun, **Hukuk Göstergebilimi**, İstanbul, Nora Kitabevi, 2017, s. 197.

211 Abdüksiyonun kelime anlamı olarak ducere (gitmek, varmak) ve ab (uzaklaştırma, ayrılma) sözcüklerinin birleşmesinden oluştuğu ve İngilizce “birini kaçırmak” anlamına geldiği belirtilmektedir (Uzun, **a.g.t.**, s. 143 dipnot 456, 144).

212 Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında bu hususa vurgu yapmıştır. Bu karara göre, “Hukuk kuralları, gerçek hayata uygun olduğu, toplumun adalet ihtiyacına cevap verebildiği sürece hayatiyetini devam ettirip saygınlık sağlar ve hukuk kuralı olma özelliğini korur; o nedenle hukuk kuralları, görevli organlarca değiştirilinceye, bu konuda yeni düzenleme yapılınca kadar zedelenmeden gerçek hayata, çağın gereklerine uygun olarak yorumlanıp uygulanmalıdır.” (Y 13HD, 08.07.2005-7131/11799). Karar için bkz. Tutumlu, **a.g.e.**, s. 138-139, dipnot 114).

213 Durhan, **a.g.e.**, s. 665.

Bu davada ilk derece mahkemesi ve jüri, Goodman'ın ihmali olduğu şeklindeki savunmayı reddetmiş ve Goodman lehine karar vermiştir. Ancak Yüksek Mahkeme'ye gelen davada Yargıç Holmes şu gerekçelerle Goodman'ı haksız bulmuştur:

“Eğer bir kişi, tren yoluna doğru gidiyorsa, raylara temas etmese bile, gelen trenin kendisini öldürebileceğini bildiği bir yere gidiyordur. Durması gerekenin tren değil kendisi olduğunu da biliyordur. Bu tip durumlarda, eğer sürücü trenin tehlikeli bir şekilde yaklaştığı konusunda emin değilse, durması ve araçtan çıkması gerektiğini düşünüyoruz.”²¹⁴

Yüksek Mahkeme yargıcı Holmes'ün yaptığı akıl yürütmeye benzer şekilde, somut olayın dikkate alındığı diğer bir deyişle abdüksiyona dayanan başka bir mahkeme kararı ise 1908 tarihli Amerikan Yüksek Mahkemesi kararıdır. Bu davada mahkeme, Oregon devletinin, kadın işçilerin çamaşırhanelerde on saatten fazla çalışmalarını yasaklayan 1903 tarihli kanunu, somut olayın şartlarını ve maddi vakıayı dikkate alarak “uyuşmazlığın konusunun ‘maddi bir olguyu ilgilendirdiği’ ve özellikle anayasal bir sınırlamanın nereye kadar uzandığının tespiti sorununun bu maddi olgunun gerçekliğine bağlı olduğu”nu belirterek anayasaya uygun bulmuştur²¹⁵.

Başka bir örnek olarak Federal Yüksek Mahkeme'nin N.Y., U.S.A'ya Karşı Davası'ndaki kararı (1946) verilebilir. Bu davada mahkeme, New York eyaletinin kendi topraklarından çıkan suyun işletilmesi karşılığında merkezi yönetime vergi ödemeyeceğine karar verirken, istatistiksel araştırmaların sonuçlarına bakarak, *eyaletlerin ekonomik ve sosyal aktivitelerini arttırdıkları taktirde bunun genel refahı ve dolayısıyla federal vergileri de arttıracaktır*²¹⁶ gerekçesiyle somut olayın şartlarını dikkate almış ve eyaletlerin merkezi yönetime hangi konularda vergi ödemesi gerektiğine ilişkin genel bir hüküm yerine olay bazlı inceleme yapmıştır.

214 Uzun, “Hukukun Göstergebilimsel Analizi”, s. 150. (Gerek bu akıl yürütme gerekse aşağıda kararlar bölümünde incelenecek olan 1. ve 2. olaylarda Yargıtay'ın akıl yürütme yöntemi abdüksiyonun örneklerindendir.)

215 Keyman, **Hukuka Giriş ve Metodoloji**, s. 103.

216 Türkbağ, “Amerikan Hukuki Realizmi”, s. 90.

Her olayın biricikliği konusunda önemli sorunlardan biri de emsallere kuru kuruya bağılıktır. Bu hususta Geny, içtihatların da yasalardan sonra ikinci bir donmuş kalıplar sistemi teşkil etmemesi gerektiğini savunmuştur²¹⁷.

Realistlerden J. Frank’a göre, “Her karar kendilerine dayandıkları vakıalarla birlikte bir bütün teşkil ettiğinden, emsalleşen karar tek başına bir anlam taşımaz.”²¹⁸ Bu görüşle, hayatın ve dolayısıyla hukukun matematiksel kalıplara sığdırılamayacağı ve her olayın kendine has özelliklerinin dikkate alınması gerektiği ortaya konulmuştur.

Ayrıca *Llewellyn* de emsallere bağılılık hususunda 1916 tarihli *Mc Pherson, Buick’e Karşı Davası*’nı örnek vermektedir. Buna göre, tanınmış bir firma tarafından üretilen bozuk otomobil lastiği Buick firması tarafından kontrol edilmeden arabaya takılmış ve davacı da bu arabayı Buick firmasına bağılı bir acentadan almıştır. Bu davada Hakim Cardozo, tazminat davalarının sadece, sözleşmenin tarafına karşı açılabilirliğini kabul eden emsal kararların, bu davada uygulanamayacağını belirterek at arabalarının kullanıldığı devirden kalma emsale bağılı kalınamayacağını ve modern tüketicinin aracından çok imalatçıya güvendiğini belirterek eski emsale bağılı kalmamıştır²¹⁹.

Yine 1911 tarihli *Standart Oil, Tobacco’ya Karşı Davası*’nda uygulanacak olan Sherman Kanunu, 1896-1904 tarihleri arasında verilen içtihatlara aykırı olarak, “ticareti gayrimakul surette sınırlayan akitlerin menedilmesi” gerektiği şeklinde yorumlanmış ve içtihatlara kuru kuruya bağlanılmayıp hükmün amacı doğrultusunda ve somut olay bazında değerlendirme yapılmıştır²²⁰.

217 Topçuoğlu, **a.g.e.**, s. 47.

218 Gürkan, **Hukuki Realizm Akımı**, s. 58.

219 **A.e.**, s. 132.

220 **A.e.**, s. 52. Bu doğrultuda Mecelle’nin de 16. maddesinde yer alan, “İçtihatla içtihat nakzolunmaz.” ilkesi her olayın biricikliği ilkesine hizmet etmektedir. Bu hususta *Berki* de, hakimin içtihadının somut olayla sınırlı olduğunu belirttikten sonra İslâm tarihinde gerçekleşen şu hadiseyi delil olarak göstermektedir. Buna göre, Hz. Ömer’in, Ebüdderda’nın vermiş olduğu bir karara ilişkin olarak “Ben olsam farklı hükmederdim.” demesi üzerine davanın sahibi olan kişi “O hâlde hükmediniz.” deyince Hz. Ömer, “Bir re’yin diğeri üzerine rüçhan ve meziyeti yoktur.” diyerek hem

Olumsuz bir örnek olarak, bir davada, “davalı aracını kullanırken sert bir virajı hızla dönmüş ve sonuç olarak davacının dikkatsizce yolun kenarına bağladığı hayvanını öldürmüştür. Mahkeme, davacı tarafından zararın tazmini istemini, (B)’ye karşı (T) davasının emsalini dayanak göstererek reddetmiştir. Emsal davada taraflar müştereken kusurlu olduğu için davacı lehine tazminata hükmedilmemiştir²²¹.

Bu karar, mahkemenin somut olayın şartlarını dikkate almayıp daha önceden yapılan genellemeye kuru kuruya bağlı kalmış olduğu, ihlal edilen kuralın amacının dikkate alınmadığı, olayda aşırı hıza yalnızca davalının sebep olduğu ayrıca emsaldeki zarar miktarıyla olaydaki zarar miktarının aynı olmadığı, son olarak taraflardan her biri kusurlu olsa da mevcut durumda davacının daha fazla kusurlu olduğunun göz önüne alınmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir²²².

Sonuç olarak, hukuk kurallarını belirli bir depoya hapsedilmiş, mekanik, kupkuru²²³ ifadeler olmaktan çıkaracak olan hakimdir. Hakim kendisi için ödev olan bu sorumluluğunu cansız, içi boş hukuk kurallarının içine somut olayın gerçekliğini koyup onları dirilterek ve dilsiz olan hukuk kurallarıyla etkileşime geçip onları konuşturarak yapacaktır²²⁴. Çıkabilecek muhtemel uyuşmazlıklar düşünülerek *olasının sanatı* olarak düzenlenen hukuk kurallarının anlamını hakim, somut olaydan hareketle, *normun konusu olan nesneyi, objeyi, uyuşmazlığı da dikkate alarak*²²⁵ belirlemeye çalışacaktır²²⁶.

hakime hem de olaya göre kararın değişebileceğine vurgu yapmıştır (Berki, **a.g.e.**, s. 100, 101 dipnot 46). (Bu meselenin ortaya koyduğu diğer bir ilke ise “Hakimin Bağımsızlığı” ilkesidir).

221 Ömer Yörükoğlu, **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında ABD’de Hakim Olan Hukuk Teorisi**, İstanbul, İÜHFY, 1982, s. 138.

222A.e.

223 Işıktaç, “Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Argümanlarının Hukuk Uygulamasında Kullanılma Olanakları”, s. 133.

224 Tutumlu, **a.g.e.**, s. 128.

225 Balı, **a.g.e.**, s. 109.

226 Tutumlu, **a.g.e.**, s. 128.

Zaten hukuk kurallarının genel ve soyut bir şekilde düzenlenmesinin ve hakime takdir yetkisinin verilmesinin sebebi de somut olay adaletinin sağlanması²²⁷ ve her olayda bu genel ve soyut hükmün farklı bir hukuki gerçekliğe bürünmesinin istenmiş olmasıdır²²⁸.

Her olayın biricikliği ilkesine uygun olarak AYM'nin de her olayda, hukuk kuralını somut olayın kendi şartları ve bağlamı içerisinde değerlendirdiği ve her olay bağlamında farklı bir yorum tarzı sergilediği belirtilmektedir²²⁹.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, “Yargısal uygulamalarda olayın özellik taşıyıp taşımadığı ve ayrıcalık sayılması gereken bir durumun var olup olmadığı hususları üzerinde önemle durmak...zorunluluğu vardır.”²³⁰ ifadelerine yer vererek her olayın kendi şartları içerisinde yepyeni bir olay gibi incelenmesi gerekliliğine vurgu yapmıştır.

II. DWORKİN'İN GÖRÜŞLERİ KAPSAMINDA YORUM

İngilizce konuşan dünyada son 25 yılın en gözde hukuk kuramcısı olarak kabul edilen²³¹ Ronald Dworkin, görüşlerini H.L.A. Hart'ın görüşleri üzerine bina etmiştir²³². Dworkin'in ilk çalışmalarını Hart'ın teorisinin eleştirisi üzerine yaptıktan sonra teorisini, “yorumlayıcı hukuk teorisi” olarak yeniden biçimlendirdiği

227 Işıқтаç, **Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulaması**, s. 90. Aynı yönde bkz. Işıқтаç, “Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi”, s. 33.

228 Karaca, **a.g.e.**, s. 67.

229 Tutumlu, **a.g.e.**, s. 136-137.

230 **A.e.**, s. 178.

231 Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak**, s. 7.

232 **A.e.**, s. 43.

belirtilmektedir²³³. Gerçekten de Dworkin, hukuk teorisini “yorum” kavramından yola çıkarak tanımlamıştır²³⁴. Common Law Hukuk Sistemi’nde yorum konusunda en temel çalışmaların sahibi olan²³⁵ Dworkin, bununla birlikte tüm alanlar için geçerli genel bir yorum kavramını da benimsememiştir²³⁶.

Bu bölümde öncelikle H.L.A Hart’ın ve yeri geldikçe mirasını devam ettirdiği Bentham, Austin ve Kelsen’in yorumla ilgili görüşlerine yer verilecek ve nihayetinde Dworkin’in görüşleri incelenmeye başlanacaktır.

A. H.L.A. HART’IN HUKUK KURAMINDA YORUM

20. yy.’ın en önemli hukuk felsefecilerinden biri olarak gösterilen Hart²³⁷, Kelsen ve Bentham’ın yaklaşımlarına olan eğilimlerini gösteren çok sayıda eser vermiştir²³⁸. Bununla birlikte görüşleriyle İngilizce konuşulan dünyada ve ötesinde çağdaş hukuk felsefesinin temellerini attığı savunulan²³⁹ Hart, bu görüşlerini Austin’in hukuka ilişkin görüşlerini esas alarak ve ona eleştiriler getirerek oluşturmuştur²⁴⁰.

233 Oya Bayar, “Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum”, **Yayımlanmamış Doktora Tezi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 48-49.

234 A.e., s. 50.

235 A.e., s. 49.

236 A.e.

237 Şule Şahin Ceylan, “H.L.A. Hart’ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı”, **HFSA 23**, 2012, ss. 79-86, s. 79. Hart’ın bu payeyi 2. Dünya Savaşı’ndan sonra doğal hukukun ahlâki açıdan kazandığı itibara rağmen, bu dönemde hukuki pozitivizmi savunmaya girişmiş olması sebebiyle elde ettiği belirtilmektedir (Ertuğrul Uzun, “H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin, Ertuğrul Uzun, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, 3. Baskı, İstanbul, İthaki Yayınları, 2019, s. 139).

238 Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, Yenilenmiş, Geliştirilmiş 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 321.

239 Roger Cotterrell, **Hukuk Bilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş**, Çev. Saim Üye, 2. Baskı, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2019, s. 132.

240 Ceylan, “H.L.A. Hart’ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı”, s. 79.

Hart'ın analitik yaklaşımının bir başka yansıması, onun “tanımlayıcı²⁴¹ veya betimleyici sosyoloji”²⁴² adını verdiği yöntemidir. Hart, hukuku, toplumsal gerçeklik içerisinde bütünüyle anlaşılabilen ve açıklanabilen tek sosyal olgu olarak görmüş²⁴³ ve bu nedenle toplumsal konum ve ilişki tipleri arasındaki ayrımlardan çoğunun, kelimelerin gerçek anlamlarının farkına varılması ve bunların toplumsal içeriklerinin incelenmesiyle aydınlatılabileceğini savunmuştur²⁴⁴.

Hart, hukuk ile ahlâk arasındaki ilişki konusunda seleflerinin görüşlerini devam ettirerek, hukukla ahlâkı birbirinden katı bir şekilde ayırmış ancak hukuk sisteminden ahlâkı tamamen dışlamamış ve karşılıklı etkileşim²⁴⁵ hâlinde olduklarını savunarak aralarında zorunlu bir bağ olmadığını, ancak bunun hiçbir bağ bulunmadığı anlamına da gelmeyeceğini ortaya koymaya çalışmıştır²⁴⁶.

Sonuç olarak Hart, *Shiner*'in, “İyi bir hukuk düşünürü pozitivizmin belirlilik ve doğal hukukun esneklik iddiaları arasında denge kurabilen kişidir.”²⁴⁷ sözüne uygun olarak, her ne kadar pozitivist olduğu kuşku götürmese de, görüşlerinde bu akımlar arasında denge kurmaya çalışmıştır²⁴⁸.

Hart'ın genel olarak ele alınmasından sonra diğer görüşlerine ayrı ayrı ve kapsamlı olarak değinilecektir.

241 Işıқтаç, **Hukuk Felsefesi**, s. 332. Aynı kullanım için bkz. Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak**, s. 44.

242 Şule Şahin Ceylan, “H.L.A. Hart’a Göre Hukuk-Ahlâk İlişkisi”, **H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı**, Ed. Sercan Gürler, 2. Baskı, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2017, ss. 29-63, s. 31.

243 Işıқтаç, **Hukuk Felsefesi**, s. 332.

244 Ceylan, “H.L.A. Hart’a Göre Hukuk-Ahlâk İlişkisi”, s. 31-32.

245 **A.e.**, s. 45

246 **A.e.**, s. 41

247 Roger Shiner, **Norm and Nature: The Movements of Legal Thought**, Oxford, Clarendon Press, 1992, ss. 326’den aktaran Ceylan “H.L.A. Hart’a Göre Hukuk-Ahlâk İlişkisi”, s. 30.

248 **A.e.**

1. Kurallar Sistemi Olarak Hukuk Anlayışı

Hart, hukuku kurallardan ibaret görmüştür²⁴⁹. Bu nedenle “Hukuk eşittir kural.” anlayışına sahip olduğu söylenebilir²⁵⁰. Ona göre hukuk, birincil ve ikincil kuralların toplamıdır²⁵¹. Birincil kurallar, doğrudan bireylerin davranışlarına yönelik olan “*Vergini öde.*” şeklindeki ödev yükleyici kurallardır²⁵². İkincil kurallar ise hem ödev yükleyici hem de yetki verici özelliğe sahiptir. İkincil kurallar kendi içerisinde tanıma kuralı, değiştirme kuralları ve muhakeme (hüküm verme) kurallarından oluşmaktadır²⁵³. İkincil kuralların ve genel olarak hukuk sisteminin merkezinde tanıma kuralı vardır.

Tanıma kuralı, bir hukuk sisteminde neyin hukuk olduğunu belirleyecek kurallardır²⁵⁴. Tanıma kuralı, belirli bir organ tarafından vaz edilmiş olarak veya uzun süreden beri varolan geleneksel bir uygulamayla ya da yargısal kararlarla ortaya çıkabilir²⁵⁵. Tanıma kuralına örnek olarak anayasalar verilebilir²⁵⁶.

Bir kuralın tanıma kuralına uygunluğu konusunda tereddüte düşüldüğünde, mahkemelerin hangi yolla hukuku belirlediğinin tespit edilmesi ve bu belirlemelerde genel kabul ve rızaya başvurulması gerektiği görüşü sebebiyle Hart’ın tanıma kuralında mahkemelerin zihniyetinin önemli bir rol oynadığı ileri sürülmüştür²⁵⁷. Bu noktada Hart’ın tanıma kuralının muhatabının doğrudan vatandaşlar değil sistemdeki

249 Işıқтаç, **Hukuk Felsefesi**, s. 329.

250 Ahmet Ulvi Türkbağ, “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, **Anayasa Yargısı**, S. 28, 2011, ss. 71-82, s. 73.

251 Uzun, “H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, s. 158.

252 **A.e.**, s. 159.

253 Işıқтаç, **Hukuk Felsefesi**, s. 329-334.

254 Gülriz Uygur, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, **AÜHFD**, C. LII, S. 3, 2004, ss.145-176, s. 148.

255 Uzun, “H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, s. 161.

256 Uygur, **a.g.e.**, s. 150.

257 **A.e.**

yetkililer olduğu gör÷lmektedir. Çünkü tanıma kuralı, hukuku icra eden resmi görevliler tarafından benimsenmektedir²⁵⁸.

2. İçsel-Dışsal Bakış Açısı

Hart'ın kurallar sistemi ortaya konulduktan sonra bununla bağlantılı olan içsel-dışsal bakış açısı ayırımı da açıklığa kavuşturulmalıdır. Ancak öncelikle bu görüşün çıkış noktası olan Austin'in görüşlerine kısaca değinilmesi gerekmektedir.

Austin, hukuk biliminin konusunu pozitif hukukun oluşturduğunu ve bunun da yasa olarak adlandırılan ve siyaseten üstün olanların siyaseten altta olanlar için yaptıkları düzenlemeler olduğunu belirtmiştir. Ona göre yasa, akıl sahibi bir varlığa yol göstermek için, onun üzerinde gücü olan akıl sahibi diğer bir varlıkça koyulan bir kuraldır²⁵⁹.

Hart ise bu bakış açısının yalnızca dışsal bakış açısını yansıttığını ve fakat hukuk düzeninin içerisinde içsel bakış açısının da varolduğunu savunmuştur. İçsel bakış açısı, davranışın sonucundan ziyade toplumsal yaşamda sorumluluk duygusuyla hareket edilmesine olanak sağlayan bir rehber olarak tanımlanmıştır²⁶⁰.

Dışsal bakış açısı, kurallara karşı, hukuki realistlerde olduğu gibi, kötü adamın bakış açısını yansıtmakta olup²⁶¹ bu durumda kişi yalnızca yasaklayıcı davranışı gerçekleştirmesi hâlinde kendisine uygulanacak yaptırımı düşünerek bu kuralı benimser. Oysa ki içsel bakış açısı, katılımcının bakış açısı olup Hart'a göre pek çok toplumda vatandaşlar yaptırım korkusuyla değil söz konusu bu içsel bakış açısıyla, otoriteye saygılarından dolayı kurallara uyarlar²⁶².

258 Wacks, **a.g.e.**, s. 71.

259 John Austin, **Hukukun Belirlenmiş Alanı**, Çev. Ülker Yükselbaba-Saim Üye-Umut Koloş, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2015, s. 27.

260 Türkbay, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak**, s. 51.

261 **A.e.**, s. 51, dipnot 19.

262 Işıktay, **Hukuk Felsefesi**, s. 327.

3. Takdir Yetkisi

Hart'ın hukuk kuramının temellerinden birini oluşturan ve çalışmanın konusu açısından önem taşıyan bir başka husus ise Austin ve özellikle Wittgenstein etkisiyle²⁶³, dil felsefesinin tekniklerini hukuk bilimine uygulayarak²⁶⁴ ortaya koymuş olduğu “Linguistik Empirisizm”²⁶⁵ ve analitik felsefenin tekniklerini hukuka uygulayarak ortaya koymuş olduğu “Betimleyici Sosyoloji”dir²⁶⁶.

Hart, *kelimelerin kendilikleri itibariyle bir sosyal gerçeklik olduğunu* belirtmiş ve kavramsalcılığı reddederek kavramların anlamlarını hakimlerin, avukatların ve vatandaşların pratiklerinde bulmaya çalışmıştır²⁶⁷.

Hart, kavramların anlamlarının sabitlenmesi yerine “kavramsal bağlamının” dikkate alınması gerektiği yönündeki görüşünün sonucu olarak “dil in açık dokulu”²⁶⁸ ve kelimelerin üzerinde anlaştığımız “çekirdek alanı” (yerleşik anlam özü²⁶⁹) yanında “gölgeli alanı” (şüpheli olaylar gölgesi²⁷⁰) ismini verdiği boşluklara ve kısmi belirsizliğe de sahip olduğunu kabul etmiştir²⁷¹. Böylece Hart'ın, hukukun belirsizliği konusunda, kısmen belirli kısmen belirsiz olduğunu savunan bir düşünceye sahip olduğu belirtilmiştir²⁷².

263 Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak**, s. 44.

264 Wacks, **a.g.e.**, s. 70.

265 Cotterrell, **a.g.e.**, s. 137.

266 Ceylan, “H.L.A. Hart’a Göre Hukuk-Ahlâk İlişkisi”, s. 31.

267 Cotterrell, **a.g.e.**, s. 143.

268 Wacks, **a.g.e.**, s. 70.

269 H.L.A. Hart, “Pozitivizm ve Hukuk ile Ahlâkın Ayrılması”, Çev. Ertuğrul Uzun, **H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı**, Ed. Sercan Gürler, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2017, ss. 101-152, s.120.

270 **A.e.**

271 Uzun, “H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, s. 163.

272 Dinç, **a.g.e.**, s. 34. Hart, hiçbir hukuk sisteminde hukuk kurallarının kapsamının kanun koyucunun zihninde varolan veya varolduğuna inanılan somut örneklerle sınırlı olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle ileride ortaya çıkacak olan bir olayın kanunun kapsamına girip girmediği araştırılırken, bu durumu “Kanun koyucu kanunu yaparken bu olayı öngörmüş olsaydı nasıl davranırdı?” şeklinde ölü veya “genişlemiş bir anlam

Benimsediği linguistik empirisizmin bir sonucu olarak Hart, hukukta boşluklar olabileceğini kabul etmiştir²⁷³. Bu görüşleriyle Hart, çalışmanın ilk bölümünde ortaya konulan hakimin MK m.1 gereğince sahip olduğu yetkilerin “standart davalarda” değil, kendisinin “gölgeli alan” dediği durumlarda geçerli olacağını savunmuştur.

Hart, standart dava-gölgeli alandaki davalar ayırımını²⁷⁴ şu örnekle somutlaştırmıştır: “Parka taşıt giremez.” şeklindeki hükmün kapsamına giren davanın hangi dava türüne uygun olduğunu “taşıt” kelimesinin standart, genel kabul görmüş anlamı belirleyecektir. Burada “araba” ve “otobüs” gibi taşıtların bu hükmün kapsamına dahil olduğu tartışmasızdır²⁷⁵. Ancak bir “bisiklet”in ya da bir “bebek arabası”nın veya İkinci Dünya Savaşı’ndan kalmış bir “tank”ın “Parka taşıt giremez.” şeklindeki hükmün kapsamına girip girmeyeceği tartışmalıdır²⁷⁶. İşte ikinci türden

verme” şeklinde diri bir kişiye atfetmektense bunun bizatihi kanuna atfedilip “doğal görüldüğü bir amacı” hayata geçirme anlamında “kuralın doğal bir detaylandırılışı” olarak görülmesi gerektiğini belirtmiştir (Hart, **a.g.e.**, s. 148). Hart’a göre, hukukta belirsizliğin sebepleri ilk olarak dilin belirsiz olması, ikinci olarak hukuk kurallarında yer alan hakkaniyet, makuliyet gibi müphem ifadeler, üçüncü olarak ise *Common Law* sisteminin kendi doğasıdır (Demirdal, **a.g.e.**, s. 799).

273 Fakat böyle bir durumda hakim nasıl davranmalıdır sorusuna cevap olarak Hart, hakimin rasyonel ve sosyal amaçlar ışığında karar vermesi gerektiğini söylemekte fakat sonuç olarak verilen kararın mevcut hukuk kurallarına dayanılarak verilen bir karar olmayacağını belirtmektedir (Uzun, “H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, s. 164; Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 333). Hart, kararların rasyonel olması gerektiğini belirtirken, rasyonelliğin sadece öncüllerle mantıksal ilişki anlamına gelen akıl yürütmeden ibaret olmayıp daha başka bir şey olması gerektiğini belirtmektedir. Ona göre mantık, kavramların anlamını belirlemez, sadece eğer bir kavramı belli bir şekilde yorumlarsanız belirli bir sonucun bunu izleyeceğini gösterir. Bu nedenle Hart, yargısal kararların rasyonel olması için bir tür “olması gereken ışığı altında” verilmesi gerektiğini savunmuştur (Hart, **a.g.e.**, s. 121).

274 Bu ayırım Hart’a göre, dilin açık yapıllı oluşundan kaynaklanmakta olup **standart davalar**, hukuk kurallarının dilin çekirdek alanında bulunan sözsel yapısına birebir uyan davalardır. Örneğin yukarıdaki örnekte “otobüs” ve “araba” bu yöndedir. Ancak **gölgeli alandaki davalarda** ise, sözcüklerin uzak anlamları söz konusudur (Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak**, s. 113).

275 Özkök, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, s. 3.

276 Benzer bir örnek *Dural/Sarı* tarafından verilmiştir. Buna göre, “Çimlere basmak yasaktır.” şeklindeki ifadeye göre çimlere ayakla basmanın yasak olduğu açıktır. Ancak bu hükmün kapsamına, çimlerin üzerinden bisikletle geçmenin de girip

problemlerin söz konusu olduğu davalar Hart'ın "gölgeli alandaki davalar" şeklinde adlandırdığı davalardır.

Sonuç olarak Hart, hukuki kararların büyük ölçüde kuralların belirlemesiyle oluştuğunu kabul etmesine karşın gölgeli durumlarda hakimın takdir yetkisi kullanabileceğini de söylemektedir²⁷⁷. Hart bu durumda hakimın keyfi davranmaması gerektiğini belirtse de bunun yolunu göstermemiştir²⁷⁸.

Hart'a göre, hakimlerin tercihlerine yol gösterecek toplumsal politikalar bellidir ve bunların hakimler tarafından bulunup tespit edilmesi gerekir²⁷⁹. Hart, bu noktada hakimın serbest bir değerlendirme yapamayacağını ve hareket noktasının ise tanıma kuralı olduğunu belirtmektedir²⁸⁰. Tanıma kuralı ise yukarıda belirtildiği üzere mahkemeler ve resmi görevlilerin uygulamaları ile hukukun muhataplarının davranışlarından oluşmaktadır²⁸¹.

girmeyeceği belirsizdir. *Dural/Sarı* bu durumda hükmün kapsamının belirlenmesi için yorum yapılması gerektiğini belirtmektedir, bkz. *Dural/Sarı*, **a.g.e.**, s. 121.

277 Cotterrell, **a.g.e.**, s. 161. Ancak Hart'a göre bu durum, "yasama" veya "hukuk yapımı" olarak da nitelendirilmemelidir. Çünkü yargı kararları da egemenin emirlerinin devredilmiş bir şeklidir (**a.e.**). Ayrıca bkz. Hart, **a.g.e.**, s. 150. Hart, hukukun belirsiz olduğu durumlarda mahkemenin o konuda vereceği kararla neyin hukuk olduğunu da belirlemiş olacağını savunmaktadır (Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak**, s. 54). *Türkbağ* bu duruma, AYM'nin Türk Telekom Davası'ndaki "Yürütmeyi Durdurma Kararı"nı örnek olarak vermektedir. Yazar, bu karardan önce mahkemenin böyle bir karar verip veremeyeceğinin belli olmadığını ancak bu kararla birlikte mahkemenin "Yürütmeyi Durdurma Kararı" verebileceğinin belirli hâle geldiğini belirtmektedir (**a.e.**, s. 54, dipnot 22).

278 Uzun, "H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk", s. 165. *Uzun* da, Hart'ın boşluk hâlinde hakimın ne yapması gerektiğine ilişkin somut bir önerisi olmadığını vurgulamaktadır (**a.e.**). Hart, olayların ve olguların dilsiz olduğunu bu nedenle hukuk kuralını uygulayan kişinin, kararın içerisindeki tüm pratik sonuçları göz önünde bulundurması ve bu şekilde tüm karar verme sorumluluğunu da üzerine alması gerektiğini belirtmektedir (Hart, **a.g.e.**, s. 121).

279 Hart, **a.g.e.**, s. 127.

280 Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 333.

281 **A.e.**

Bu durumda hakimin “varsayılan ortak beşeri amaçlar ışığında” bir yorum yapması gerektiğini belirten Hart, bu düşüncesini bir örnekle somutlaştırmaktadır. Buna göre, birisi “Çocuklara bir oyun göster.” dediği zaman, aksi açıkça ifade edilmedikçe ilgili emirdeki “oyun” ifadesini kumar oyunu şeklinde yorumlamayız²⁸². İşte burada Hart’ın deyimiyle “varsayılan ortak beşeri amaçlar ışığında” yapılan bir yorum söz konusudur²⁸³. Görülmektedir ki Hart, burada da kelimelerin standart anlamlarına işaret etmekte ve fakat alacakaranlık dediği gölgeli alanlar hakkında ne yapılması gerektiği konusunu yine cevapsız bırakmaktadır.

4. Hukuk- Ahlâk Ayırımı

Yukarıda Hart’ın klasik pozitivistlerden farklı olarak, hukuktan ahlâkı tamamen dışlamadığı fakat hukuk-ahlâk ayırımını da temel olarak savunduğu belirtilmişti. Hart’ın hukuk ile ahlâk arasındaki ayırımı kabul etmesine rağmen hukuki yorum konusunda ahlâka ilişkin önemli görüşleri bulunmaktadır. Buna göre Hart, kanunların somut durumlara uygulanmasında çoğu zaman bir yorum faaliyetine ihtiyaç duyulduğunu ve bu durumda hakimin görevinin kanunları yorumlarken önceden belirlenmiş anlamlarından “mekanik” çıkarsamalar yapmakla sınırlı olmadığı, kanunların anlamının şüpheli olduğu durumlarda ahlâkın her zaman bir cevap verebileceği²⁸⁴ görüşüne dayalı olarak, yargı kararlarını ahlâki değerlerin etkileyebildiğini savunmuştur²⁸⁵. Bu hâlde hakimin, tarafsızlık, etkilenecek herkesin

282 Hart, **a.g.e.**, s. 149.

283 Bu noktada Hart, “olması gereken” ölçütünün bir eleştiri standardı olduğunu ve bunun bir ahlâki standart olmakla birlikte tüm standartların ahlâki olmadığını belirtmektedir (**a.e.**, s. 128).

284 Bu hususta *Postema*, hukukun bazen ahlâki ilke ve değerleri bünyesinde barındırdığını ve hakimlerin belirli tipteki davalarda bu ilkelere göre tutum almasının gerekebileceğini belirtmektedir. Gerald J. Postema, **Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World-A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Vol. 11**, New York, Springer, 2011, s. 270’den aktaran Ceylan, “H.L.A. Hart’a Göre Hukuk Ahlâk İlişkisi”, s. 33.

285 **A.e.**, s. 47.

menfaatinin düşünülmesi gibi bazı ahlâki ilkeleri kullanmasının ise keyfiliğin önünü kesebileceğini belirtmiştir²⁸⁶.

Hart, hukuki geçersizlik ile ahlâka aykırılığı birbirinden ayırmış ve ahlâka aykırılığın salt bir geçersizlik sebebi olmayacağını belirtmiştir²⁸⁷. Bununla birlikte bir bütün olarak hukuk sisteminin ahlâki olması gerektiğini²⁸⁸ ve hukuk düzenlerinin sürdürülmesinin bu tip ahlâki etkenlere bağlı olduğunu kabul ettiğini söyleyerek hukuk ile ahlâk arasındaki zorunlu ilişkiden anlaşılan buysa onu kabul ettiğini ifade etmiştir²⁸⁹. Wacks tarafından da belirtildiği üzere²⁹⁰ Hart, ahlâka aykırı bir kuralın geçerli olabileceğini ve bunun için öncelikle tüm hukuk düzeninin etkin olması gerektiğini düşünmektedir.

Görülmektedir ki Hart, görüşlerini üzerine bina ettiği Austin'den farklı olarak, hukukun doğasını sadece davranışla veya yaptırımla tanımlamak yerine onun sosyal bir olgu olduğu gerçeğinden yola çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak da yukarıda belirtildiği şekliyle içsel-dışsal bakış açısını ortaya koymuş ve silahlı bir soyguncunun yaptırım tehdidi sonucu gerçekleştirilen davranış ile²⁹¹ hukukun yaptırım tehdidi karşısında gerçekleştirilen davranışı birbirinden ayırarak ilk davranışın bir zorunluluk, ikincisinin ise yükümlülüğe dayandığını kabul etmiştir.²⁹²

Keza yine Hart, içsel bakış açısı dikkate alınmadan toplumsal kurallar ile toplumsal alışkanlıklar arasında bir ayırım yapılamayacağını savunarak İngilizlerin büyük bir çoğunluğunun akşam yemeğinden sonra kahve içtiğini fakat bunun bir kural değil bir alışkanlık olduğunu vurgulamıştır²⁹³.

286 A.e.

287 A.e., s. 58.

288 Uzun, “H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, s. 147.

289 Ceylan, “H.L.A. Hart’a Göre Hukuk Ahlâk İlişkisi”, s. 46.

290 Wacks, a.g.e., s. 75.

291 Uzun, “H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, s. 142-144.

292 Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 328.

293 Hart, a.g.e., s. 142.

Bu görüşleriyle bağlantılı olarak Hart, bir sistemin hukuk sistemi olarak nitelendirilebilmesi için iki şart olduğunu belirtmiştir²⁹⁴. Bunlardan *ilki*, birincil kuralların yurttaşlar tarafından yerine getirilmesi olup bu uyma davranışının içsel bakış açısıyla gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Burada bir yabancıнын veya kötü adamın bakış açısıyla kurallara uyulması yeterlidir.

Hart'ın bir hukuk sisteminin gerçek manâda bir hukuk sistemi sayılması için öngördüğü *ikinci şart* çalışmanın konusu açısından özel bir önem taşımaktadır. Bu nedenle içsel bakış açısının ikincil kurallarla olan ilişkisinin özel olarak incelenmesi gerekmektedir.

Buna göre, ikincil kuralların resmi görevliler, yani hukuku uygulamakla görevli olanlar tarafından²⁹⁵ içsel bakış açısıyla yerine getirilmesi gerekmektedir. İçsel bakış açısı ise davranışın sonucunun öngörülüp zorunlu olarak yapılmasından ziyade, davranışı bir kılavuz²⁹⁶, rehber olarak görmek anlamına gelmektedir.

Hatırlanacak olursa ikincil kuralların kaynakları arasında, belli koşullarda bir hakim tarafından beyan edilmesi veya uzun gelenek pratiği ile desteklenmesi de sayılmıştır²⁹⁷. Bu noktada içsel-dışsal bakış açısı ayırımı işlevsellik kazanmaktadır. Çünkü Hart, bir hukuk sisteminin kurucu özelliklerinden biri olarak ikincil kuralların resmi görevliler²⁹⁸ tarafından içsel bakış açısı ile yerine getirilmesini savunmakta ve bu ikincil kuralların arasında mahkeme kararlarını da saymaktadır. Demek oluyor ki Hart, yukarıda sayılan “uzun gelenek pratiği” ve “belli koşullarda hakimler tarafından beyan edilme” kıstasları birlikte değerlendirildiğinde, yazılı olmasa dahi hukukçuların, özellikle hakimlerin çoğunluğu tarafından yerleşik olarak savunulan bir görüşün tanıma kuralının içine konulabileceğini ve bu hâliyle mahkeme kararlarına gerekçe teşkil edebileceğini kabul etmektedir.

294 Cotterrell, **a.g.e.**, s. 155-156.

295 Işıқтаç, **Hukuk Felsefesi**, s. 333.

296 Cotterrell, **a.g.e.**, s. 155.

297 **A.e.**, s. 151.

298 Konumuz özelinde hakimler.

Bu tespit, Austin'den farklı olarak Hart'ın, hukuku yalnızca bir buyruk, emir veya yaptırım tehdidi olarak görmemesi anlayışına da uygun görünmektedir. Çünkü, hukuk normları daha çok “içsel bakış açısı” ile kabul edilmekte ve bu durum hukuk sistemlerinin temel özelliğini göstermektedir²⁹⁹.

Sonuç olarak *Işıktaç* tarafından da belirtildiği üzere Hart, ikincil kuralların uzlaşmaya dayalı olduğunu savunmaktadır³⁰⁰. İkincil kuralların muhatabının da resmi görevliler, özellikle konumuz açısından hakimler olduğu hatırlanacak olursa aşağıda görüleceği üzere, Dworkin'in ilkeler tanımıyla Hart'ın hakimlerin ikincil kurallara yönelik içsel bakış açısı benzerlik taşımaktadır.

Hart'ın hukuk kuramı genel olarak açıklandıktan sonra çalışmanın esasını oluşturan Dworkin'in hukuk kuramı ve yoruma bakışı incelenecektir.

B. DWORKİN'İN HUKUK KURAMI

Hukuk felsefesi tarihinde Dworkin kadar ilgi uyandıran ve etkili başka bir düşünür olmadığı, dünya hukuk camiasının dikkatini hukuk felsefesine çeken ilk düşünürlerden olduğu ileri sürülmüştür³⁰¹. Bu özelliği sebebiyledir ki son 30 yıldır hakkında çok fazla tartışmanın yürütüldüğü ve etkisinin yalnızca Anglo-Sakson hukukuyla sınırlı kalmayıp Kıta Avrupası'na da sirayet ettiği belirtilmektedir³⁰².

Dworkin'in görüşleri birçok açıdan değerlendirilmiş ve düşüncelerinin, doğal hukuk-hukuki pozitivizm tartışmasında hangi tarafta yer aldığı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda, Dworkin'in doğal hukuka daha yakın olduğu³⁰³, doğal

299 *Işıktaç*, **Hukuk Felsefesi**, s. 324.

300 **A.e.**

301 Öktem, “Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi”, s. 83.

302 Metin, **a.g.e.**, s. 35.

303 Demirdal, **a.g.e.**, s. 794, dipnot 21. Aynı doğrultuda bkz. Öktem, “Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi”, s. 83. Dworkin'de her türlü hak ve adaletin temeli “eşit ilgi ve saygı hakkıdır.” Bu hak ise her bir vatandaşın çıkarına aynı sempatiyle

hukuk ile hukuksal pozitivizmin arasında yer aldığı³⁰⁴, hukuki pozitivizm ile pragmatizmi uzlaştırmaya çalıştığı³⁰⁵, doğal hukuk ve hukuki pozitivizm akımlarının birbirine teğet geçen noktalarını yeniden yorumlayarak alternatif bir yaklaşım ortaya koyduğu şeklinde farklı görüşler ileri sürülmüştür³⁰⁶.

Sağlam'a göre ise Dworkin, bir yandan hukukun bir yorum faaliyeti olduğunu ileri sürerek Hart'a ve dolayısıyla pozitivizme³⁰⁷ eleştiri getirmiş, diğer yandan da pragmatizmden kaçmaya çalışmıştır³⁰⁸. Farklı bir bakış açısı olarak, Dworkin'in yaklaşımının, hukuk ile politikanın asla birbirinden ayıramayacağı görüşünü benimsediği için hukuki realizmin modern bir versiyonu olduğu dahi ileri sürülmüştür³⁰⁹. *Türkbağ*'a göre ise Dworkin'i bir tarafa yerleştirmektense kendi tarihsel bağlamında değerlendirmek en doğru olan yaklaşımdır³¹⁰.

Bu bölümde, temel olarak Dworkin'in *Law's Empire* [Hukukun Hükümranlığı] ve *Taking Rights Seriously* [Hakları Ciddiye Almak] isimli eserleri üzerinde inceleme

yaklaşılması ve bir kişinin veya grubun ideallerinin onları paylaşmayanlara zorla kabul ettirilememesini ifade eder. Aynı zamanda bir kişinin başkalarına göre daha fazla hakka sahip olmaması anlamına da gelir (Gülriş Özkök, "Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar", **HFSA** 5, 2002, ss. 98-106, s. 101). Dworkin'in, eşit ilgi ve saygı hakkını bir doğal hak olarak zikretmesi doğal hukukçu olup olmadığı sorusunu akla getirmiştir. Ancak *Özkök*'e göre, doğal hukukçu eğilimi olmasına rağmen genel olarak hukuk kavramlarından tarihsel olarak belirli bir hukuki sistemin övgüye değer yanları ve noksanlarıyla ilgilendiği için bu tespit pek uygun görünmemektedir (**a.e.**, s. 103). *Özkök* ayrıca, Dworkin'i doğal hukuka bağlayan şeyin, kökeninin Common Law geleneğine dayanması ve adalet ilkelerini hukukun zorunlu unsuru kabul etmesi olduğunu ileri sürmüştür (**a.e.**).

304 Metin, **a.g.e.**, s. 36.

305 **A.e.**, s. 76.

306 Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 337.

307 Dworkin'in her türlü pozitivizme değil sadece dışlayıcı pozitivizme karşı olduğu belirtilmiştir (Turhan, **a.g.e.**, s. 17).

308 Rabia Sağlam, "Derrida ve Dworkin Arasındaki İlişki: Yapıbozum ve Yargıç Herkül", **AÜHFD**, S. 61(1), 2012, ss. 275-320, s. 277.

309 Metin, **a.g.e.**, s. 37.

310 Ahmet Ulvi Türkbağ, "Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet: Dworkin'in Adalet Perspektifi", **HFSA** 9, 2004, ss. 88-95, s. 89.

yapılacak olup yeri geldikçe bu konuya ilişkin diğer eserlerle konu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

Dworkin, *Law's Empire* isimli eserinde, kitabın amacının, hukuktaki teorik ihtilafın ne anlama geldiğini ortaya koymak ve hukukun dayanakları hakkında belirli bir teori inşa etmek olduğunu vurgulamakta ve kitabın başlangıç bölümünde bu hususu ortaya koymaktadır³¹¹. Bu amaç aslında, hukuk felsefecileri arasında çokça tartışılan “Hukuk Nedir?” probleminin farklı bir ifade şeklidir.

Yine Dworkin, *Taking Rights Seriously* isimli eserinin ilk bölümüne “Hukukbilim (Hukuk Felsefesi)” adını vermekte ve bu bölümde hukukta belirsizlik meselesi üzerinden hukuk felsefesi akımlarının yanlış yaklaşımlarına değindikten sonra asıl problemin, kavramların ahlâki açıdan ne anlama geldiğinin görmezden gelinmesi³¹² olduğunu vurgulayarak “Hukuk Nedir?” tartışmasını, Hukukun Hükümranlığı’ndaki kadar açık olmasa da bu eserde de ortaya koymaktadır.

Tüm bu nedenlerle Dworkin’in hukuk kuramını anlatmaya hukukun ne olduğu hakkındaki görüşleriyle başlanacak ve daha sonra bu sorunla temelden bağlı olan diğer sorunlar hakkındaki görüşlerine geçilecektir.

1. Dworkin’in Temel Felsefesi

Temelde bütün hukuk felsefesi akımlarının yorum konusundaki görüşleri aslında, “Hukuk nedir?” sorusuna verdikleri cevaptan geçmektedir. İşte bunu tespit eden Dworkin, teorisini inşa etmeye girişmeden önce bu teorinin temelini oluşturacak olan, “hukukun ne olduğu” sorununa değinmektedir.

311 Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 32.

312 Ronald Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara, Dost Kitabevi, 2007, s. 23.

Dworkin, bir hukuk önermesinin doğruluğu hakkındaki tartışmanın temelde teorik ve ampirik ihtilaflar hakkında olduğunu vurgulamaktadır. Buna göre *Ampirik İhtilaf*'ta, hukukçular hukukun dayanakları konusunda görüş birliği içerisinde olmalarına rağmen somut olayda bu hukukun ne olduğu konusunda ayrılık yaşamaktadırlar. *Teorik İhtilaf*'ta ise hukukçular bir hukuk önermesinin doğru veya yanlış olarak değerlendirilmesine sebep olacak olan “hukukun dayanakları hakkında” ayrılık yaşamaktadırlar³¹³.

Dworkin'e göre, bir dava açıldığında üç farklı sorun ortaya çıkmaktadır. Buna göre birincisi “olaya ilişkin sorunlar”, ikincisi “hukuka ilişkin sorunlar” ve üçüncüsü ise “siyasi ahlâk ve sadakate ilişkin sorunlar”dır.

Olaya ilişkin sorunlar, somut bir davanın konusunu oluşturan maddi vakiya ilişkindir. Hukuka ilişkin sorun, hukukun dayanakları yani “Hukuk nedir?” sorununa ilişkindir. Siyasi ahlâk ve sadakat sorunu ise ikinci sorunun bir yansıması olup Dworkin'in “Yalın Olay Görüşü” olarak isimlendirdiği pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki hukuk-ahlâk ilişkisi tartışmasının bir görünümüdür³¹⁴. Dworkin'e göre, birinci ve üçüncü sorunlar yeterince aşına olduğumuz ve çok çetrefilli olmayan sorunlardır. Asıl sorun hukuka ilişkin sorunlardır³¹⁵. Yani hukuktaki asıl ihtilaf Dworkin'e göre, teorik ihtilaftır.

Hukuktaki asıl ihtilafın ampirik ihtilaf olduğunu savunanların görüşünü Dworkin, “Yalın Olay Görüşü” olarak nitelendirmektedir³¹⁶. Buna göre, “Yalın Olay

313 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 23-24.

314 “Yalın Olay Görüşü”ne göre, somut olaya uygulanacak hukuk kuralı mevcut bulunduğundan hakim o kuralı uygulamalıdır. Burada hakim, olan hukukun adaletsiz olduğundan bahisle olması gereken yönünde bir karar verirse mevcut hukuka sadakatsizlik etmiş olur ki bu, sadakat ve siyasi ahlâk meselesidir (Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 27).

315 A.e., s. 21-23.

316 “Yalın Olay Görüşü”nü *Taking Rights Seriously* isimli eserinde, “profesyonel yaklaşım” olarak isimlendiren Dworkin, bu yaklaşımın temel yanlışlarını ortaya koymaktadır. Buna göre, söz konusu yaklaşım, önceden kararlaştırılmış belirli sosyal değişikliklere belirli hükümlerin uygulanmasını öngörmektedir (Dworkin, **Hakları**

Görüşü”, hukukun sadece meclis kararları ile mahkemelerin geçmişte verdikleri kararlardan ibaret olduğunu savunmaktadır. “Yalın Olay Görüşü”, hukukun ne olduğunun, ne olması gerektiğine dayanmayacağını savunmakta, sonuç olarak hakimlerden, hukuku geliştirmekten ziyade hukuka uymalarını istemektedir³¹⁷.

Dworkin’e göre ayrıca bu yaklaşım, kusur, zilyetlik, mülkiyet gibi hukuki kavramları ayrıntılı şekilde öğretmekte fakat bu kavramların standart, önceden bilinen anlamlarının dışına çıkılması gerektiği zaman³¹⁸, ortada “bir dil sorunu” veya “semantik bir sorun” olduğu yanılgısı oluşmaktadır³¹⁹.

Bu görüşe göre, hukuk kelimesinin ne anlama geldiğiyle ilgili olarak standart veya çekirdek olarak ifade edilen ortak bir alan vardır, bunun dışında kalan alanlar da sınır durumlarıdır³²⁰. Bu sınır durumlar ise hukukta nadiren ortaya çıkar, yani istisnaidir. Buna göre, hukukçular “ev” kelimesinin neyi ifade ettiği konusunda anlaşabilirler. Ancak “Buckingham Sarayı”nın bir ev olup olmadığı bir sınır durum teşkil ettiği için bu konuda anlaşamayabilirler. Ancak bu örnekte de görüldüğü gibi söz konusu sınır durumlar istisnaidir. Sonuçta uyumsuzluk “sözle ilgili bir uyumsuzluk”tır³²¹.

Ciddiye Almak, s. 21); *Uzun* tarafından da belirtildiği üzere burada aslında, bir hukuk bilgisinden çok hukuki olayların bilgisine vukufiyet esastır (*Uzun*, **Hukuk Göstergebilimi**, s. 217-218).

317 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 27.

318 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 22.

319 Yukarıda Hart’ın görüşlerine yer verilirken değinilen “taşıt” örneğinde olduğu gibi, bkz. bu eser s. 45; Dworkin’e göre, pozitivist tartışmalar aslında ‘hukuk’ kelimesinin anlamına dair semantik tartışmalardır. Semantik kuramlar ise hukukun özünü açıklayamamaktadır (Wacks, **a.g.e.**, s. 95); Dile aşırı önem verip “semantik iğne”nin tuzağına düşenlerin eleştirisi için ayrıca bkz. Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, s. 185, 186, 192. *Işıktaç* da dilsel bir çözümlemenin yeterli olmadığını ve sosyal, siyasi, ekonomik, tarihi bir takım çözümlemelerin de yapılması gerektiğini belirtmektedir (*Işıktaç*, “Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Argümanlarının Hukuk Uygulamasında Kullanılma Olanakları”, s. 134).

320 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 64-65.

321 **A.e.**, s. 65. (Yukarıda Hart’ın görüşlerine yer verilirken de belirtildiği üzere bu görüş sahipleri, bu tarz durumlarda hukukun yokluğu sebebiyle tadil edilmesi gerektiğini savunur.)

Hart'ın “lingustik ampirizmi”ni yansıtan bu görüşe karşılık Dworkin'e göre, pozitivistlerin ileri sürdüğü gibi hukukun ne olduğu konusunda aynı ölçütleri kullandığımız, dolayısıyla kelimelerin kullanımına ilişkin merkez-standart-çekirdek bir alan olduğu görüşü gerçeği yansıtmamaktadır. Şayet bu görüş kabul edilirse aşağıda detaylı ele alınacak olan Elmer davasında Yargıç Gray ile Earl'ün anlamsız bir tartışma yürüttükleri ve farklı tellerden çaldıkları söylenecektir. Tıpkı, “yatak” konusunda tartışan iki kişiden birinin, üzerinde yatıp uyunan yatağı, diğerinin ise nehir yatağını düşünmesi gibi³²². Ayrıca bu görüş, Dworkin'e göre, devlet yetkisinin kullanımına ilişkin önemli bir alanı “kelime oyununa” çevirmektedir³²³. Oysa ki Dworkin'e göre, buradaki temel mesele, dilsel bir sorun olmayıp ahlâki ilke sorunudur³²⁴. Çünkü, hukuki eylemler kaçınılmaz olarak ahlâki boyuta da sahiptir³²⁵.

Sonuç olarak Dworkin, hem *Law's Empire* hem de *Taking Rights Seriously* adlı eserlerinde, pozitivistizmin “mekanik” yaklaşımını ortaya koymakta ve bu yaklaşımın standardın dışında, yani önceden öngörülmeleyen bir dava ortaya çıktığında herhangi bir yöntem öngörmediğini ve bu sebeple hukukta boşluklar olabileceğini kabul ederek hakime sınırsız bir takdir yetkisi verdiğini belirterek, bu yaklaşımın yanlışlarını somut davalar üzerinden göstermeye çalışmaktadır.

Bu bölümün devamında Dworkin'in hukuktaki asıl ihtilafın teorik ihtilaf olduğunu gösteren dava örneklerine değinilecektir.

2. Örnek Davalar

322 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 70.

323 A.e., s. 67.

324 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 26. (Dworkin, bu yaklaşımıyla aslında “Hukuk Nedir?” sorunu hakkındaki görüşlerini de ortaya koymuş olmaktadır.)

325 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 19.

a. Elmer Davası³²⁶

Bu davadaki hukuki olay şu şekildedir: New York’da yaşayan Elmer isimli kişi 1882 yılında, mirasının tamamını kendisine bırakacak olan dedesini, daha sonradan evlenmesi sebebiyle vasiyetnamesinde değişiklik yapacağından korkarak öldürmüştür. Bu dönemde New York eyalet hukukunda, murisi öldüren kişinin mirasçı olup olamayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır³²⁷.

Somut olaydaki hukuki meseleyi düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmadığı için hakimlerin burada ihtilafa düşüklerini belirten Dworkin, bu davada, hakimlerin pozitif hukuku uygulayıp mirasın Elmer’a verilmesine hükmetmeleri ile kuralın yerine ahlâki kanaatlerini koyarak mirasın Regan ve Goneril’e³²⁸ verilmesine hükmetmeleri şeklinde iki farklı görüşün ortaya çıktığını belirtmektedir³²⁹.

326 Riggs vs. Palmer, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

327 Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 37. (Bu durum Medeni Kanunumuz açısından mirastan yoksunluk sebebi teşkil etmektedir, bkz. TMK m. 578.)

328 Dworkin, bu isimleri murisin kızları için kullanmaktadır.

329 Bu davaya benzer bir dava ülkemizde 2005 yılında gerçekleşmiştir. Bu davada, sanık olan kadın “haksız tahrik altında” kocasını öldürmüştür. Bu olay sonrasında kadın, kocasının sosyal sigortasından yararlanmaya devam etmiştir. Ancak Elmer davasında olduğu gibi, “Hiç kimse kendi kusurundan fayda sağlayamaz.” ilkesi gereğince Sigorta Kurumu, mirastan yoksunluk hükümleri gereğince kadının sosyal sigortadan yararlanmaması gerektiğine karar vermiş fakat Yargıtay ilgili hukuk dairesi “sosyal sigortanın özel niteliği sebebiyle” kadının, kocasının sigortadan yararlanması gerektiğine hükmetmiştir. Dava, son olarak YHGK önüne gelmiş ve bu davada kadının, kocasının aylığını alamayacağına karar verilmiştir. Ancak karşı oy yazısında bu davada, kimsenin kendi kusurundan fayda sağlayamayacağı ilkesi ile sosyal güvenlik ilkesinin karşı karşıya geldiği ve sosyal güvenlik hukukunun mirastan yoksunluğu düzenleyen medeni hukuktan farklı bir mantığa sahip olduğu belirtilerek bu davada sosyal güvenlik ilkesinin üstün tutulması gerektiği belirtilmiştir (YHGK, E. 2005/10-364, K. 2005-390, T. 15.06.2005. Aktaran: Türkbağ, “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, s. 81; Ahmet Ulvi Türkbağ, “Yorum Üzerine”, Hukuk ve Yorum - 1, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C. I, 2010, ss. 92-100, s. 98-99).

Bu görüşlerden birincisine ilişkin olarak yukarıda belirtilen sadakat meselesi sorununun³³⁰ ortaya çıkabileceğini belirten Dworkin oysa ki buradaki asıl sorunun, ikinci görüş doğrultusunda somut olayda hukukun ne olduğuna ilişkin tartışma olduğunu belirtmektedir³³¹.

Yasa metninin tüm çıplaklığıyla ortada olmasına rağmen bu görüş farklılığının ortaya çıkmasının nedenini sorgulayan Dworkin, bu sorun üzerinden kendi teorisini inşa etmek amacındadır.

Buna göre, yasa denildiği zaman iki farklı durum akla gelir. Birincisi, yasanın belirli bir metin biçiminde ortaya çıktığı maddi varlığı, ikincisi ise yasanın özü diyebileceğimiz anlamda “gerçek yasa”³³². Bu noktada yasanın lafzi, görünen anlamının dışında bir ruhu veya özü olduğundan bahseden Dworkin’e göre, bu özün ortaya çıkarılabilmesi için edebiyatta olduğu gibi bir yorum teorisine ihtiyaç vardır. Bu tür bir teoriye ise yukarıda belirtildiği üzere sadece yasanın anlamının muğlak veya müphem olduğu durumlarda değil yasanın dili mükemmel olduğu zaman da ihtiyaç duyulmaktadır³³³.

Bu tespitlerden sonra Dworkin, somut olaya ilişkin kararda yargıçların akıl yürütme tarzlarını, dolayısıyla ortaya koydukları yorum yaklaşımlarını incelemeye geçmektedir.

330 Sadakat sorunu, pozitivist akım (özellikle Kelsen) doğrultusunda, olaya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı için hukuka sadık kalınıp hukuk kuralları çerçevesinde karar verilmesi anlamında kullanılmaktadır. Bkz. bu eser s. 58-59.

331 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 38. Dworkin, pozitivist görüşün aksine hukuk düzeninde kuralların dışında birtakım standartların da olduğunu kabul ettiği için, “Hukuk nedir?” başlığı altında da açıklandığı üzere, hem genel olarak hukukta hem de söz konusu bu davada asıl sorunun “hukukun dayanakları” yani “teorik ihtilaf noktası”nda toplandığını düşünmektedir.

332 Bu doğrultuda gerçek yasanın, kâğıt, mürekkep ve kelimelerden oluşan ampirik yasadan daha derin bir gerçekliğe sahip olduğu belirtilmiştir (Metin, **a.g.e.**, s. 66).

333 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 38-39.

Azınlık görüşünü temsil eden yargıçlardan Gray, yasanın lafzi anlamından yola çıkarak, “Hukuk kuralındaki kelimenin bağlamı ve yasa koyucunun amacı hakkında bilgimiz olmasaydı kurala atfedeceğimiz anlam esas alınmalıdır.” şeklinde bir yaklaşım ortaya koymuştur. Bu yaklaşıma göre, miras hakkını yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmadığından katil, mirasa hak kazanabilecektir. Dworkin’e göre bu durum, hukuk güvenliği açısından da olumlu karşılanabilecek bir görüş olabilir.

Çoğunluk adına görüş yazan Yargıç Earl ise meclis üyelerinin niyetlerinin dikkate alınması gerektiği düşüncesinden yola çıkarak, “Yasa, meclis üyeleri üzerinde düşünüp taşınmış olsalardı reddedecekleri bir sonucu içeremez³³⁴.” şeklinde bir yaklaşıma sahiptir. Ortaya koyduğu yorum yaklaşımında Earl ayrıca yasanın, hem tarihsel anlamıyla hem de hukukun genel ilkeleriyle bağlantı hâlinde olması gerektiğini savunmuştur³³⁵. Sonuç olarak davada, “Hiç kimsenin kendi kusurundan kazanç sağlayamayacağı ilkesi”ne³³⁶ dayanılarak Elmer’in mirastan mahrum bırakılmasına karar verilmiştir. Earl’ün bu noktada ortaya koymuş olduğu ve hukuk mantığı ve metodolojisi açısından önem taşıyan ikinci dayanağı Dworkin tarafından şu şekilde formüle edilmiştir:

“ ... ikinci neden ise, bir yasanın daha geniş bir entelektüel sistemin, bir bütün olarak hukukun parçası olması hasebiyle, bu daha geniş sistemi, ilkesel olarak tutarlı kılmak üzere inşa edilmesi gerekliliğidir. Earl, bu yasanın etrafındaki hukukun, kimsenin kendi kusurundan menfaat elde edemeyeceği ilkesine riayet ettiğini, vasiyetname yasanının

334 Benzer yönde *Fabrequettes* de hakimin, yüz yıl önceki bir kanunla ilgili olarak, kanun koyucunun niyetini araştırmakla uğraşmayıp, “Aynı kanun bugün yazılıysaydı nasıl yazılırdı?”, sorusunu kendisine sorarak bir yorum yapması gerektiğini savunmaktadır (*Fabrequettes*, **a.g.e.**, s. 354, dipnot 2).

335 Dworkin, **Hukukun Hükümlerliği**, s. 40-41.

336 Bu davanın görüldüğü 1899 yılında bu tartışmalar yaşanırken Ahmet Cevdet Paşa’nın başkanlık ettiği bir komisyon tarafından 1869-1876 yılları arasında hazırlanan Mecelle bu meseleyi hâlledecek ilkeye “Kavaid-i Külliye” olarak adlandırılan “Genel Hükümler” kısmının 99. maddesinde şu şekilde yer vermiştir: “Kim ki bir şeyi vaktinden evvel isti’cal eyler ise, mahrumiyetiyle mu’ateb olur.” Bu maddeyle murisini öldüren bir kimsenin vaktinden önce mirası elde etmek istediği varsayılarak, mirastan mahrum edilmesinin söz konusu olduğu belirtilmektedir (Ahmet Şimşirgil, Ekrem Buğra Ekinci, **Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle’den Düsturlar**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, İstanbul, IQ Yayıncılık, 2018, s. 242-243). Bu benzerlik için ayrıca bkz. Mustafa Tören Yücel, **Hukuk Felsefesi**, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2014, s. 179.

da miras hakkından faydalanmak için cinayet işleyen kişinin mirastan faydalanma hakkını reddedecek tarzda okunması gerektiğini iddia etti.”³³⁷

b. The Snail Darter³³⁸ Davası³³⁹

Bu davadaki hukuki olay şu şekildedir: 1973’de ABD Kongresi, İçişleri Bakanlığına, tehlike altındaki türleri tespit etme ve mevcut veya olası bir tehlikeden korunmaları için gerekli önlemleri alma yetkisi vermiştir³⁴⁰.

Tennessee merkezli korumacılardan oluşan bir grup, TVY isimli bir organizasyonun ‘bitirmek üzere olduğu’ baraj inşaatı sebebiyle “Percina Tanası” adlı balığın yok olma tehlikesiyle karşı karşıya kaldığını iddia etmiştir. Bunun karşılığında davalı TVY ise savunmasında temel olarak, ilgili yasanın lafzındaki “*yetkilendirdiği, fonladığı veya yürüttüğü faaliyetler*” ifadesinin henüz başlamamış projeleri kapsadığını ve ilgili davada olduğu gibi bitirilmek üzere olan milyon dolarlık bir projeyi kapsayacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini iddia etmiştir³⁴¹.

Sonuç olarak Yüksek Mahkeme, milyon dolarlık kamu fonları boşa gidecek olsa da baraj inşaatının sonlandırılmasına karar vermiştir³⁴².

Dworkin, Elmer davasında olduğu gibi bu davada da yargıçların yorum yaklaşımlarını ortaya koymaktadır.

Yargıçlardan Warren Burger, Elmer davasındaki Yargıç Gray’i hatırlatır şekilde şöyle bir yaklaşım geliştirmiştir: “Kanunun lafzındaki kelimelerin bağlamsal

337 Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 42.

338 Percina Tanası olarak adlandırılan bu canlının Türkiye’de örneği olmayan Doğu Tennessee’ye özgü bir tür Tatlısu levreği olduğu belirtilmiştir, bkz. Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 42.

339 Tennessee Valley Authority v. Hill, 437 U.S 153 (1978).

340 Bu yasa “Tehlike Altındaki Türler Yasası” olarak isimlendirilmektedir.

341 Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 42-44

342 **A.e.**

olmayan anlamı açıksa, Kongre'nin aksini kastettiği ispat edilmedikçe her ne kadar aptalca sonuçlar doğuracak olursa olsun, bu anlam esas alınır.” Bu anlamda, “yürütmek” kelimesi hem başlangıç aşamasındaki hem de devam eden projeleri esas aldığı için somut olayın kanunun kapsamına girdiği tespit edilmiş ve çoğunluk kararıyla projenin durdurulmasına bu gerekçeyle karar verilmiştir.

Yargıçlardan Lewis Powell ise yazmış olduğu karşı oy yazısında özet olarak şöyle demiştir: “Bir nebze de olsa sağduyuya ve kamu refahına uygun bir karar verme yükümlülüğü varsa da kamu menfaatine ne kadar zarar veriyor olursa olsun Yasama Organı'nın siyasasını düzeltmek mahkemenin görevi değildir.”³⁴³ Yani Yargıç Powell'e göre, her ne kadar yorum yaparken birtakım sosyal ve ekonomik koşulları göz önünde bulundurmak gerekirse de hakim, yasama organının aksini kastettiğini gerekçelendirmedikçe kanun koyucunun amacı doğrultusunda bir çıkarım yapmalıdır ve istisnai durumlar dışında bu iradeyi değiştirmeye çalışmamalıdır.

Yargıç Burger ve Powell'in görüşleri ilk bakışta benzer görünmektedir. Ancak bu görüşleri birbirinden ayıran önemli bir nokta bulunmaktadır. Burger, hukuk öğretiminde lafzi yorum olarak anlatılan yorum şekline yakın bir teori geliştirmektedir. Ona göre, aksine bir gerekçe olmadıkça, asıl olan herhangi bir meseleden bağımsız olarak kanunun lafzi anlamıdır. Yargıç Powell ise temelde yasama organının amacını göz önünde bulunduran tarihsel yorumu andıran bir teori geliştirmektedir. Buna göre, lafız ne kadar saçma olursa olsun asıl olan yasama organının neyi amaçladığıdır. Bu amaca aykırı bir lafız olsa da istisnai durumlar dışında, lafza değil yasama organının amacına önem verilmelidir.

Sonuç olarak Dworkin'e göre, buradaki uyuşmazlık da sadakat meselesine ilişkin olmayıp somut olaydaki hukukun ne olduğuna ilişkin bir uyuşmazlıktır³⁴⁴.

343 A.e., s. 45.

344 A.e., s. 46.

c. McLoughlin Davası

Davadaki hukuki olay şu şekildedir: Bayan McLoughlin'in kocası ve 4 çocuğu İngiltere'de 19 Ekim 1973'de trafik kazası geçirmiş, Bayan McLoughlin ise bu durumu komşusundan öğrenerek olaydan 2 saat sonra hastaneye giderek kızının öldüğünü, eşi ve diğer çocuklarının ise durumlarının ciddi olduğunu öğrenerek sinir krizi geçirmiştir.

Bu davada uygulanması gereken hukuk kuralı ise Elmer ve Percina Tanası davasından farklı olarak bir yasa değil bir emsal karardır. Aslında emsal kararlarda, McLoughlin davasından farklı olarak davacılar ya olay ânında olay yerinde bulunmakta ya da dakikalar içerisinde olay yerine ulaşmaktadırlar. Başka bir emsal kararda ise tren kazasından sonra saatlerce mağdurlara yardım eden bir kişi lehine manevi tazminata hükmedilmiştir.

Davada Bayan McLoughlin, sorumlulardan manevi tazminat talebinde bulunmuş, davayı gören ilk derece mahkemesi ve temyiz mahkemesi talebi reddetmiş fakat daha sonra Lordlar Kamarası'na yapılan ek bir temyiz talebi sonucunda Bayan McLoughlin lehine manevi tazminata hükmedilmiřtir³⁴⁵.

Olayda emsal kararın daha sonraki bir davaya uygulanabilmesi için yeterince ilişkili, yani unsurları açısından önceki davaya önemli ölçüde benzeyen anlamında,

345 A.e., s. 46-49.

“münasebetdar³⁴⁶” olması gerektiği, aksi takdirde “müteferrik” olacağından sonraki olaya uygulanamayacağı belirtilmektedir³⁴⁷.

İlk derece mahkemesi, emsal kararlarda manevi tazminata hükmedilmesinin gerekçesinin, “zararın davalı tarafından öngörülebilir” olması olduğunu belirtmiş ve McLoughlin davasında zarar öngörülebilir olmadığından davanın emsal kararlara “müteferrik” olduğunu belirterek manevi tazminat talebini reddetmiştir.

Temyiz mahkemesi ise ilk derece mahkemesinin gerekçesinden farklı olarak, talebin kabul edilmesi hâlinde, “*sorumluluk alanının çok fazla genişleyeceği, mahkemelerde açılacak davaların artacağı, sorumluluk sigortası maliyetlerinin yükseleceği ve mali durumu elvermeyenlerin hiç araç kullanamayabileceği*” sebepleriyle ilk derece mahkemesi kararını onaylamış ve davayı reddetmiştir.

Lordlar Kamarası ise “münasebetdar” olma koşulunu belirleyecek şekilde ve ilk derece mahkemesinin gerekçesinin aksine, emsal kararlarda varsayılan “ahlâki ilkelerin” mevcut davada da bulunması hâlinde ilgili kararın mevcut davaya da uygulanabileceğine karar vererek manevi tazminat talebini oybirliğiyle kabul etmiştir. Bu gerekçede ayrıca Lordlar Kamarası, temyiz mahkemesinin gerekçesinde belirtilen “politika” sebeplerinin yargılamada kullanılabilecek “argümanlar” olmadığını da belirterek³⁴⁸, Dworkin’in “*hakların politikalara üstün olması ilkesi*”ni benimsemiş olmaktadır.

346 Bir kararın diğer karar açısından emsal olabilmesi, yukarıda belirtilen (bkz. bu eser s. 38-45.) “her olayın biricikliği ilkesi” gereğince özenle incelenmesi gereken bir meseledir. Bu nedenle önceki hükme esas teşkil eden illetin, yani hükmün üzerine bina edildiği sebeplerin diğer olay bakımından da gerçekleşmiş olması gerekir (Kayhan, **a.g.e.**, s. 21). Bu konuda matematikten bir benzetmeyle her iki kararın illetler kümesinin birebir örten fonksiyon ilişkisi içerisinde olması gerektiği belirtilmiştir (**a.e.**, s. 36). Şayet önceki kararda benimsenen illet sonraki kararda gerçekleşmemişse veya sonraki kararda başka bir illet söz konusuysa bu durumda kararın diğer karara göre müteferrik yani ayırık olduğu ve dolayısıyla emsal alınamayacağı belirtilmiştir (**a.e.**, s. 37).

347 Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 49.

348 **A.e.**, s. 52.

Sonuç olarak Dworkin’e göre, örnek davalarda da görüldüğü üzere yargıçlar, hukukun ne olduğu konusunda bir uzlaşmazlık içerisindeyler. Yoksa sınır durumlarla karşı karşıya kalmış değildirler. Bu nedenle hukukun yokluğu durumunda ne yapılması gerektiğine ilişkin yani hukukun tadiline yönelik bir meseleden bahsedilemez³⁴⁹.

Bu doğrultuda Dworkin’e göre, fotoğrafın bir sanat dalı sayılıp sayılmayacağına karar verirken yapılması gereken asıl tartışma, fotoğrafın hangi açıdan sanat eseri sayılan alanlara benzeyip benzemediği değil, bizatihi sanatın ne olduğudur³⁵⁰.

Dworkin’e göre yukarıda ele alınan davalar göstermektedir ki hukukun ne olduğunun tartışılmasını gerektiren bu tip örnek davalar hiç de istisnai değildir³⁵¹. Dolayısıyla hukuk, matematiksel kesinliği olan bir olgu olmayıp bir yorum meselesidir. Bu yorum sürecinin en önemli argümanları ise Dworkin’e göre “ilke”lerdir³⁵².

3. Hukuk Nedir?

Yukarıda belirtildiği üzere Dworkin’e göre asıl ihtilaf, hukukun ne olduğu konusundaki teorik ihtilaftır. “Hukuk nedir?” sorusuna Dworkin’in vermiş olduğu cevabı ortaya koyabilmek için onun teorisinin temelini oluşturan ilke-kural ayırımı açıklanmalıdır³⁵³. Bu nedenle teorisinin incelenmesine bu ayırımın ortaya

349 A.e., s. 64.

350 A.e., s. 68.

351 A.e., s. 69.

352 Hırş de, “Hukuk kavramından önce gelen ve dolayısıyla onun temelini oluşturan ilke ve gerçekleri kavramak gerekmektedir.” ifadesiyle aslında ilkelerin önemini ortaya koymuştur (Hırş, a.g.e., s. 6).

353 Dworkin’in ilkelere vermiş olduğu önemi, içerisinde bulunduğu Common Law sisteminde aramak gerekir. Common Law sistemi, yargı içtihatlarına dayalı bir sistemdir (Kayhan, a.g.e., s. 15). Ülkemizdeki gibi Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’nin hakim olduğu yerlerde genel ve soyut hukuk kurallarına üstünlük tanınmaktayken (Kayhan, a.g.e., s. 16); Common Law sisteminde, soyut kuralların yerine somut

konulmasıyla başlanacaktır. Ancak önce Dworkin'in görüşlerinin temel çıkış noktasına değinmek gerekmektedir.

Dworkin'in hukuk ve etik birlikteliğine³⁵⁴ dayanan inşacı bir hukuk anlayışına sahip olduğu ve bu nedenle hukukla ilgili görüşlerinde adaletin önemli bir rol oynadığı belirtilmektedir³⁵⁵. Dworkin'in, adaleti, yazılı kuralların dar dünyasından kurtardığı, ayrıca onu “kaf dağının” arkasındaki konumundan çıkararak toplumsal gerçeklikle buluşturduğu belirtilmiştir³⁵⁶. Bu konuda *Metin* de Dworkin'in evrensel ve zamani aşan bir hukuk kavramı yerine belirli bir hukuk sistemine özgü yerleşik değerleri³⁵⁷ dikkate aldığını belirtmektedir³⁵⁸.

Dworkin'e göre, salt yazılı kurallara uygun davranmak adaletin gerçekleşmesi için yeterli değildir. Kural adil değilse bu kurala uymak adaletsizlik oluşturabilir³⁵⁹. Dworkin, kuralın açıkça adalete aykırı olması hâlinde, adaletin ve hakkaniyetin

davalara önem veren *case method* yaklaşımı hakimdir. (Tuğrul Arat, *Amerikan Hukuk Öğretiminde “Case Method”*, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 3); *Case method*, hukukçuların somut davaları inceleyip bunların altında yatan ilkeleri bulmasına dayanan bir sistemdir (Kayhan, **a.g.e.**, s. 18). “Common Law, ilkeleri davalarda ve bu davalar sonucu mahkemelerin verdikleri kararlarda varlık kazanan bir hukuk sistemidir”. (Kayhan, **a.g.e.**, s. 25).

354 *Metin*, **a.g.e.**, s. 36.

355 Özkök, “Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar”, s. 98.

356 Hasan Tuna Göksu, “Ronald Dworkin’in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 4, 2014, ss. 114-132, s. 116, dipnot 3. Yazar aynı zamanda “adalet” kavramının aşırı şekilde yerleştirilmesinin içeriğini oluşturan evrensel değerlerden koparılması ve otoriter bir sistemin ortaya çıkması riskini de beraberinde taşıdığını belirtmiştir (**a.e.**, s. 116).

357 *Göksu*, Dworkin’in adalet kuramını Amerikan toplumunu merkeze alarak oluşturduğunu, bu nedenle ileri sürdüğü düşünceler değerlendirilirken bu hususun mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu tespitin ileri sürülen düşüncelerin yalnızca Amerikan toplumu açısından geçerli olduğu anlamına gelmediğini ve evrensel nitelikte tüm toplumlar için de geçerli olduğunu belirtmektedir (**a.e.**, s. 116, dipnot 3).

358 *Metin*, **a.g.e.**, s. 36. *Metin*’e göre bu noktada, özgürlük, eşitlik ve adalet gibi hukukla ilgili temel değerler toplumsal bilincin ifadesi olarak farklı toplumlar farklı şekillerde yorumlandığından, Hart’ın aksine Dworkin’in bütün hukuk sistemleri için geçerli bir çözümü değil, Amerikan hukukundaki sorunlara Amerikan toplumunun yapısına uygun cevap geliştirmeyi amaçlayan tezi önemlidir (**a.e.**, s. 78).

359 Yasemin Işıktaç, **Hukuk Yazıları II**, Ankara, Yetkin, 2013, s. 53.

gereklerinin yerine getirilebilmesi ve hakların temelini daha iyi ortaya koyulabilmesi için, kuralın değil ilkenin uygulanması gerektiğini savunur³⁶⁰. Bu nedenle hukuksal liberalizmin önde gelen isimlerinden olduğu söylenmiştir³⁶¹. Dworkin'in *Common Law*'un bir savunucusu olmayıp, bireyin haklarının ve ahlâki özerkliğinin korunmasını öne çıkardığı da belirtilmiştir³⁶².

Bütün hukuk sistemlerinin belirli bir ahlâk anlayışına dayandığını belirten³⁶³ Dworkin'in hukukta keyfi olmayan ahlâki ilkelerin merkeziliğini savunduğu belirtilmektedir³⁶⁴. Dworkin, hukuk güvenliği ilkesine uygun, tutarlı kararlar verilebilmesi için hakimlere felsefenin yol gösterebileceği³⁶⁵ ve bu nedenle hukuk biliminin felsefeden yardım alması gerektiğini ileri sürmektedir³⁶⁶.

Dworkin'in sisteminde, hukukun ne olduğunun belirlenmesinde ve yargısal yorumlamada ahlâk felsefesinin vazgeçilmez bir unsur olduğu belirtilmiştir³⁶⁷. Dworkin'e göre, II. Dünya Savaşı sonrasında sosyal, siyasal, ekonomik ve ticari alanlarda yaşanan gelişmeler sonucunda, insanların sahip olduğu ahlâki değer ve ilkeler hukukun parçası olmasa dahi, hukuk alanında önem arz eder hâle gelmiştir³⁶⁸.

360 Sezai Çınar Özkan, "Ronald Dworkin'in İlkeler Yöntemiyle Bir Mahkeme Kararını Yeniden Yazmak: Herkül Olmayı Denemek (AİHM'de görülen Osman Murat Ülke, Türkiye'ye Karşı Davası)", **HÜHFD**, S. 8(1), 2018, ss. 5-26, s. 10.

361 Akbaş, "Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir 'Yargılama Kuramı'na", s. 211. Ayrıca bkz. Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, s. 338.

362 Cotterrell, **a.g.e.**, s. 252.

363 Özkan, **a.g.e.**, s. 18.

364 Turhan, **a.g.e.**, s. 17. Aynı yönde, Dworkin'in ahlâki objektifliği kabul ettiği ancak adil olarak kabul edilen bir şeyin daha sonra adil olmadığının ispatlanabileceğini düşündüğü belirtilmiştir (**a.e.**, s. 28). Dworkin'in adalet anlayışının Rawls'a atfedilebileceği de ileri sürülmüştür (Boyar, **a.g.t.**, s. 57).

365 Bu noktada felsefecinin ve hukukçunun görevleri açısından analitik bir ayırım yapılmalıdır. Bu doğrultuda *Türkbağ*'a göre felsefeci adalete, çağının kültürel iklimini yorumlayarak ve entelektüel çevrelere karşı kendisini sorumlu hissederek yaklaşırken hukukçu ise somut ve mevcut sorunlara, menfaatleri çatışan tarafları tatmin edecek adil çözümler getirebilmek için çaba harcamaktadır (Türkbağ, "Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet: Dworkin'in Adalet Perspektifi", s. 88).

366 Demirdal, **a.g.e.**, s. 811.

367 **A.e.**, s. 798.

368 **A.e.**, s. 791.

Dworkin'e göre hukuk esasen ahlâk ile bir bütündür³⁶⁹, hukuk ile ahlâk arasında zorunlu bir bağ vardır³⁷⁰. Hakimler, demokratik bir devlette çalışan siyaset felsefecileridir³⁷¹.

4. İlke-Kural Ayırımı

Dworkin, teorisini, genelde hukuki pozitivizmin özelde ise Hart'ın teorisini üzerinden ortaya koymaya çalışmıştır. Bu doğrultuda “pozitivizme genel bir saldırıda bulunmak” istediğini ve “özel olarak da Hart'ın teorisini hedef alacağını”³⁷² vurgulamıştır. Hart'ın teorisini hedef seçmesinin sebebini ise “Hart'ın görüşünün açıklığı ve inceliğiyle birlikte, yapıcı bir düşüncenin onun görüşlerini göz önüne alarak başlaması gerektiğine”³⁷³ inanması olarak belirtmiştir.

Kural-ilke ayırımını ortaya koymadan önce Dworkin'in pozitivizmin iskeleti dediği unsurların belirtilmesi gerekmektedir. Dworkin'e göre, pozitivizmin iskeleti üç husustan oluşmaktadır. Bunlar özetle şu şekildedir³⁷⁴:

369 Wacks, **a.g.e.**, s. 87.

370 Demirdal, **a.g.e.**, s. 794.

371 Wacks, **a.g.e.**, s. 87. Dworkin'in siyasal ahlâk analizinin üç bileşeni vardır: “adalet”, “hakkaniyet”, ve “uygun hukuki usul” (**a.e.**, s. 96). *Göksu*'ya göre buradaki siyasal kavramı, günlük anlamından farklı olarak toplumsal kültürde uzun yıllar içinde oluşan, toplumun tüm hukuk sistemini üzerine inşa ettiği ve sorunların çözümü adına mahkemelerce referans alınması zorunlu olan ahlâki bir anlayıştır. Buradaki siyaset, siyasal iktidardan bağımsız, mahkemelerce davaların çözümü yoluyla somutlaştırılan, toplumun hayata bakış açısıdır. Yazara göre Dworkin'in adalet kuramında adil olanı belirleyen, tüm toplumlar için geçerli evrensel ilkeler değil, belirli bir topluma has, bu toplumun somut uyuşmazlığın çözümü için sunduğu ahlâki ilkelerdir. Dworkin için adalet temelde “ulusal” ahlâki değerlerden oluşmaktadır (*Göksu*, **a.g.e.**, s. 120). Aynı konuda bir görüş için bkz. Metin, **a.g.e.**, s. 38 dipnot 22. Ahlâk kavramı ile kastedilenin ise değer yargısı değil değere dayanan etik değerlendirme olduğu, bu nedenle ilkelerin etik değer ile kurallar arasında yer aldığı belirtilmiştir (Demirdal, **a.g.e.**, s. 794).

372 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 46.

373 **A.g.e.**, s. 40.

374 **A.e.**, s. 40-41. Dworkin, bu unsurların pozitivizmin iskeletini oluşturduğunu, bu unsurlar arasında, pozitivizmin en fazla “temel soy testi ölçütü”nde uyuşmazlık içerisinde olduğunu vurgulamaktadır (**a.e.**, s. 41).

1. Bir kuralın hukuk kuralı olup olmadığını belirleyen ve onu diğer sosyal kural türlerinden ayıran pozitivizmin “soy testi kıstası”
2. Bir kimsenin hak iddiası, soy testi sonucunda oluşan hukuk kuralının içeriğine uygun değilse o kişinin iddiası reddedilmelidir. Pozitivizme göre burada hakim, bir hakkın var olduğuna karar veriyorsa bu hukukun ötesine geçme anlamına gelir.
3. “Hukuki yükümlülük” ancak bir hukuk kuralının varlığı hâlinde mümkündür.

Pozitivizmin genel çerçevesini çizdikten sonra Dworkin, hukuk kuramını oluşturmaya kural-ilke ayırımını ortaya koyarak başlamaktadır.

Ona göre, pozitivistlerin ileri sürdüğü gibi hukuk için tek temel ölçüt hukuk kuralları değildir. Yukarıda örnek davaların da gösterdiği gibi hukukta kurallar dışında farklı “standartlar” vardır. Dworkin, standartları, ilkeler, politikalar ve diğer standartlar olarak sayıp bunları genel anlamda “ilkeler” olarak adlandıracağını belirtmektedir³⁷⁵.

Buna göre *politikalar*, “toplumun, ekonomik, siyasi veya sosyal alanlarından birinde genel bir gelişme gibi, erişilecek bir hedef ortaya koyan türden standartlardır.” *İlkeler* ise “cazip görünen bir ekonomik, siyasi, ya da sosyal durumu garanti edip ilerlettiği için değil, adalet, hakkaniyet ya da ahlakın başka bir boyutunun gerektirmesinden dolayı, uyulması gereken standartlardır.”³⁷⁶

375 Farklı toplumlarda farklı menfaatler korunmaya değer görüldüğünden her toplumun kendine özgü belli soyut haklara sahip olabileceği vurgulanmıştır (Işıқтаç, **Hukuk Felsefesi**, s. 340).

376 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 46. İlkeler “iyi niyet” ve “hakkaniyet” örnek olarak verilmiştir (Işıқтаç, **Hukuk Felsefesi**, s. 338). “Hiç kimse sahip olduğundan fazlasını başkasına devredemez.”, “Zaruret yasak tanımaz.”, “Kimse kendi yanlışlarından menfaat sağlayamaz.”, “Zamanda önce gelen hakta da önce gelir.”, “Mahkemelerce sözleşme özgürlüğüne saygı duyulmalıdır.” gibi ilkeler de belirtilmektedir (Yücel, **a.g.e.**, s. 178); pozitif hukuk ilkelerine örnek olarak, Anayasa’da yer alan insanlık onuru, özgürlük, eşitlik, hukuk devleti, demokrasi, sosyal

Dworkin, hukukun özünün kurallarda değil³⁷⁷ hukuktaki aklı ifade eden ilkelerde olduğunu belirtmektedir³⁷⁸. Bir görüşe göre ilkeler, *temel hakları içeren, insan onurunu koruyan, özgürlük ve eşitlik sağlamaya çalışan kavramları kapsamaktadır*³⁷⁹. İlkeler, içinde bulunulan toplumun ontolojik değerlerini yansıtan, aynı zamanda pozitif hukukun da temelini oluşturan siyasi ahlâk ilkeleridir³⁸⁰. İlkeler geçerlilikleri bakımından hukuka bağlı olmamalarına rağmen hukuku tamamlarlar³⁸¹. İlkelerin bu sistemde en önemli görevinin hukukta istikrar ve belirliliği sağlaması olduğu belirtilmektedir³⁸².

Dworkin'in ilkelerin önemini vurgulamak için, yukarıda belirtilen örnek davalar dışında değindiği başka bir karar ise "Henningsen, Bloomfield Motors'a Karşı Davası"dır³⁸³.

Bu davada davacı (Henningsen) almış olduğu otomobilin kusurlu olması sebebiyle kaza yapmış ve bunun sonucunda yaralananlar olmuş, maddi ve manevi

devlet ilkeleri gösterilmekte ve bu ilkelerin hukuki bir ideal olan demokratik sosyal hukuk devletine yöneldiği belirtilmektedir. Ayrıca meclisin, kira artışlarına zaman zaman sınırlamalar getirmesinin de ilkeye dayandığı ileri sürülmüştür (Yücel, **a.g.e.**, s. 179).

377 Aynı yönde bkz. Özkök, "Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar", s. 103.

378 Cotterrell, **a.g.e.**, s. 252. Hukukta ilkeleri kabul eden başka bir yazarın Alexy olduğu belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Demirdal, **a.g.e.**, s. 798, dipnot 43. Bu görüşe koştur olarak, mevcut hukuk sistemlerinde yer alan her kanun veya kanun benzeri yazılı hukuk düzenlemesinin bir hukuk ilkesine dayandığı belirtilmiştir (**a.e.**, s. 796). Yani bir hakkın kurumsal hakka dönüşebilmesi için öncesinde kurumsal hak olarak açığa çıkması gerekir (Özkan, **a.g.e.**, s. 20).

379 Öktem, "Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi", s. 89.

380 Göksu, **a.g.e.**, s. 119.

381 Özkök, "Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar", s. 103.

382 Demirdal, **a.g.e.**, s. 799.

383 32 N.J. 358, 161, A. 2d 69 (1960). Bu davaya yukarıdaki örnek davalar arasında değil de bu kısımda yer verilmesinin sebebi ilkelerin önemini ortaya koymada diğer davalara oranla oldukça dikkat çekici olmasıdır. Benzer yönde bir kararı Alman Anayasa Mahkemesi vermiştir. İlgili bu kararda Mahkeme, her ne kadar pozitif hukuk kaynakları arasında yer almasa bile bir hakkın varlığı hukuk düzeninin bütününe hakim olan değer yargılarından çıkarılabiliyorsa bu hakkın tanınabileceğini hükme bağlamıştır (Sözer, **a.g.e.**, s. 197, dipnot 803).

zararlar ortaya çıkmıştır. Davacı, sözleşmede üreticinin (Bloomfield Motors) yalnızca kusurlu parçaları düzeltmekle sorumlu olmasına rağmen, kendi davası açısından diğer zararları da karşılaması gerektiğini ileri sürmüştür. Dava sonucunda ise mahkeme, Henningsen lehine karar vererek davalının kusurlu parçaları düzeltmek dışında diğer zararları tazminle de sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

Davada mahkemenin gerekçesi ise Dworkin'in ilkeler tezini ortaya koyması bakımından önemlidir. Buna göre mahkeme öncelikle, bir sözleşmeyi okumadan imzalayan kişinin bunun sorumluluğuna katlanmasının “sözleşme özgürlüğü” ilkesinin bir gereği olduğunu vurgulamıştır. Ancak bu ilkenin mutlak yani doktrinde tartışmasız kabul edilen bir ilke olmadığını vurgulayan mahkeme, “ülkede otomobillerin yaygın ve gerekli bir araç olduğunu, kullanımının da tüm toplum açısından tehlike arz ettiğini belirterek üreticinin özel bir sorumluluk altında olduğunu” tespit etmiştir. Mahkeme ayrıca, “Amerikan Mahkemelerinin hukuk tarihinde, bizzat kendilerinin adaletsizliğe alet edilmemesi ilkesinden” daha sağlam bir ilke olamayacağını vurgulayarak, mahkemelerin satım sözleşmelerinin tüketici ve kamu yararına adil biçimde ele alınıp alınmadığını incelemeleri gerektiğini vurgulamıştır³⁸⁴.

Dworkin, bu davada verilen kararın gerekçesinde belirtilen, “Amerikan Mahkemelerinin adaletsizliğe alet edilmesine izin vermeme ilkesi” ve kullanılan diğer standartların, “Bir vasiyetname üç şahit tarafından imzalanmadıkça geçerli değildir.” veya “Paralı yollarda yasal azami hız sınırı 60 mildir.” gibi hukuk kurallarına benzememesine rağmen hukuk düzeninin içinde olduğunu göstermeyi amaçlamıştır.

384 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 47-48. Dworkin'e göre ABD Yüksek Mahkemesi, hukuk icat etmemeli ancak yorum ve kararlarında çağının ileri demokrasisinin ana ilkelerini göz önünde bulundurmalıdır. Nitekim bu doğrultuda Yüksek Mahkeme, ABD'nin kuruluşunda hukuk sistemi ve devlet anlayışında kölelik kurumu varken, 1970'li yıllarda pozitif ayrımcılık doğrultusunda kararlar vermiştir. Öktem'e göre de değişik sosyo-ekonomik koşullar içerisinde adalet olgusu farklı biçimlere bürünebilir. Klasik doğal hukuk anlayışının 'kutsal kitap' olarak benimsendiği formülasyon aşılmalıdır ve hukuk gerçekçi temellere oturtulmalıdır (Öktem, “Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi”, s. 86, 89-90).

Bunun ardından Dworkin, ilkeler ile kurallar arasındaki ayırımı netleştirmek için farklı noktaları ortaya koymuştur.

Buna göre kurallar, “Ya hep ya hiç!” şeklinde uygulanır. Örneğin, bir beyzbol kuralı olarak, üç kez topu ıskalayan kişinin oyun dışı kalacağı yazılıysa üçüncü ıska sonucunda oyuncunun oyun dışı kalması kaçınılmazdır³⁸⁵. Ancak ilkeler kurallardan farklı olarak bir hukuki sonucun varlığını kesin olarak göstermezler³⁸⁶. Sadece belirli bir yönü destekleyen nedenler bildirerek, karar verirken bu nedenin de hesaba katılması gerektiğini ortaya koyarlar³⁸⁷. “*Hiç kimsenin kendi hilesinden kazanç sağlayamayacağı ilkesi*”nden örnek veren Dworkin, bu ilkenin her zaman aynı sonucu vermediğini ve hukuk düzenince öngörülmüş istisnaları da olduğunu vurgulamıştır.

Buna göre, “*hiç kimsenin kendi hilesinden kazanç sağlayamayacağı ilkesi*”nin istisnaları olarak, hukuk düzeninde de var olan “kazandırıcı zamanaşımı” ve daha yüksek ücretli işe girmek için iş sözleşmesini ihlal ederek ayrılan işçinin eski işverenin zararlarını ödemek zorunda olmasına rağmen yeni iş yerinde kazandığı ücretin kendisinde kalması buna örnek olarak gösterilebilir³⁸⁸.

Sonuç olarak Dworkin ilkelerin, “Henningsen, Bloomfield Motors’a Karşı Davası”nda, otomobil üreticilerinin artık sözleşme özgürlüğünü ileri sürme haklarının olmayacağı ve diğer zararlardan da sorumlu olacağı gibi bir sonucu doğurmadığı, sadece bundan sonra sözleşme özgürlüğüne daha az dayanabilme hakları olduğunu³⁸⁹ ortaya koyarak, ilkelerin her davada ayrıca göz önüne alınması gerektiğini ancak belli bir yönde karar vermeyi zorunlu kılmadığını belirtmiştir³⁹⁰.

385 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 49.

386 **A.e.**

387 **A.e.**, s. 50.

388 **A.e.**

389 **A.e.**, s. 51.

390 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 312. İlkelerin otomatik olarak belirgin bir sonucu öngörmemesi tespiti de göstermektedir ki başka davalara belli oranda benzese dahi, her dava kendi içerisinde biriciktir.

Kural ile ilkeler arasındaki diğer ayırım ise ilkelerin kurallardan farklı bir ağırlığa ve öneme sahip olmasıdır. Buna göre, belirli bir davada iki ilke çatışırsa bunlardan biri diğerine üstün gelir ve o ilke uygulanır³⁹¹. Bu durumda diğer ilkenin geçersiz olduğuna karar verilmez. Sadece o dava açısından, diğer ilkeye nazaran daha az bir öneme sahip olduğu söylenebilir. Ancak bir davada kurallardan ikisi çatıştığında biri geçersiz olur³⁹².

Bir standartın kural mı ilke mi olduğunun her zaman kolay ayırt edilemeyeceğini belirten Dworkin, bu konuda Yüksek Mahkeme'nin Sherman Act'in ilk bölümünde yer alan "Ticareti sınırlayan her sözleşme geçersizdir." ifadesi hakkında verdiği kararı örnek göstermektedir. Buna göre Yüksek Mahkeme, ifadeyi bir kural olarak kabul etmiş ancak hükmü, "ticareti sınırlayan bütün sözleşmeler" şeklinde değil yalnızca "ticareti 'makul olmayan' şekilde sınırlayan sözleşmeler" şeklinde anlayarak kuralın aynı zamanda bir ilke olarak işlev görmesini sağlamıştır³⁹³.

Dworkin, ilkelerin hukuk düzeninde işgal ettiği yerin ortaya konulması açısından önemli bir ayırım daha yapmaktadır. Buna göre ilkelerin hukuk düzenindeki yeri iki farklı şekilde değerlendirilebilir. Birincisi, ilkelerin de kurallar gibi bağlayıcı olduğu ve hakimlerin karar verirken kurallar gibi ilkeleri de hesaba katmaları gerektiği

391 Bu husus, İslâm Hukuku'nun da bilimsel içtihatlarla dayanan ve *case method* anlayışının hakim olduğu bir hukuk sistemi olduğu göz önüne alınacak olursa Mecelle'nin 16. maddesinde yer alan, "*İçtihat ile içtihat nakzolunmaz.*" hükmüyle benzerlik göstermektedir (Kayhan, **a.g.e.**, s. 7, 17, 34-35).

392 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 51.

393 **A.e.**, s. 52-53. Dworkin, 'makul', 'ihmal', 'haksız' ve 'önemli' gibi kelimelerin ilgili hukuk kuralını, altında yatan ilke veya politikaya bağımlı hâle getirdiğini ve kuralı ilkeye benzettiğini belirtmektedir (**a.e.**, s. 53).

düşünülebilir³⁹⁴. İkincisi, ilkeler, hakimın dilerse takip etmekte özgür olduğu ek hukuk ilkeleri şeklinde anlaşılabilir³⁹⁵.

Bu iki değerlendirme arasındaki farkın sözel bir fark olmadığını belirten Dworkin, birinci değerlendirme kabul edildiğinde, hakimın bir ilkeyi dikkate almaması hâlinde yanlış bir şey yapmış olacağını, ikinci değerlendirme kabul edildiğinde ise ilkeleri dikkate almayan hakimın yanlış bir şey yaptığının söylenemeyeceğini belirtmektedir³⁹⁶.

Sonuç olarak Dworkin, yukarıda da belirtilen şekilde ilkeleri kurallardan farklı olarak kesin bir sonuca götürmeyen ancak hakimın her olayda dikkate alması gereken ve ona yol gösteren standartlar olarak adlandırmakta ve birinci değerlendirme şeklinin yerinde olduğunu belirtmektedir³⁹⁷.

394 Bu doğrultuda Dworkin'in amacının, ilkelerin mahkemeler tarafından görmezden gelinemeyecek bir hukuki otorite olarak kabul edildiğini göstermek olduğu belirtilmiştir (Cotterrell, **a.g.e.**, s. 254); yani Dworkin'e göre ilkeler bağlayıcıdır. Çünkü adaletin gereklerini karşılarlar (Demirdal, **a.g.e.**, s. 794). Bununla birlikte, Dworkin'in hukukun kuralların yanında ilkelerden de oluştuğunu ileri sürmediği, sadece yargılamada kullanılan argümanların ilke biçiminde de dile getirilebileceğini düşündüğü ileri sürülmüştür (Akbaş, "Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir "Yargılama Kuramı"na", s. 199). Buna rağmen ilkelerin de kurallar gibi hukukun içinde olduğu ve hukuku dışarıdan değerlendirmeye yönelik standartlar olmadığı vurgulanmıştır (Özkök, "Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar", s. 98). Bu noktada kuralların ilkelerin uygulanışını gösterdiği de belirtilmiştir (Özkan, **a.g.e.**, s. 10).

395 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 54.

396 **A.e.**, s. 55.

397 Buna göre hukukta ilkeler, hüküm kurmada hakime belli bir yön vermekte fakat hükmün tamamıyla kendisine uygun olmasını gerektirmemektedir (Özkök, "Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar", s. 98; Akbaş, "Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir "Yargılama Kuramı"na", s. 203; Demirdal, **a.g.e.**, s. 801).

İlkeler, bir sorunun sonucunu otomatik olarak ve doğrudan belirlemezler³⁹⁸. Yorumda bir argüman olarak kullanılırlar³⁹⁹. Pozitivistlerin, ilkelerin davanın belli bir kararlar sonuçlanmasını sağlamayacağını ileri sürmesi karşısında ise Dworkin, bu yaklaşımın, “Kurallar ile ilkeler farklıdır.” demekten başka bir anlama gelmediğini ve kendisinin de, ilkelerin kurallardan farklılığını ortaya koymaya çalıştığını belirtmiştir⁴⁰⁰. Ona göre ilkeler, hukuki akıl yürütmede belirli bir öneme sahip olup bir karara ulaşmada haklı neden sağlarlar⁴⁰¹.

İlkelerin, hukukun içerisinde var olduğu ve hakimler tarafından her davada dikkate alınması gerektiği, fakat belirli bir sonucu zorunlu olarak öngörmeyen standartlar olduğu belirtilmişti. Bunun sonucu olarak da Dworkin’e göre, ilkeler hukuken bağlayıcıdır⁴⁰². İlkeler, bir açıklama ve hukuku aydınlatma aracı olarak kullanılmalıdır⁴⁰³. Bir davada mevcut bir ilkeyi değerlendirmeden karar veren hakimin bu kararı, görevini yapmadığı gerekçesiyle eleştirilecektir⁴⁰⁴.

İlkelerin varlığının tartışmalı olmadığını belirten Dworkin, Hart’ın görüşünün aksine ilkelerin varlığını bir tanıma kuralından almadığını, belirli bir meslekte veya

398 Metin, **a.g.e.**, s. 67. *Erişgin* de ilkelerin tek başlarına belirli bir sonucu öngörmediğini, her olayda tarafların menfaat durumuna göre tartılması gerektiğini ve hukuk kurallarının içerisinde bulunan değerlerin açığa çıkarılması ve bireyselleştirilmenin sağlanmasında hakime yardımcı olduğunu belirtmiştir (Erişgin, **a.g.e.**, s. 126-127).

399 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 68.

400 Akbaş, “Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir “Yargılama Kuramı”na”, s. 210.

401 Özkök, “Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar”, s. 103.

402 İlkelerin bağlayıcı olmasının sebebi ise adalet ve hakkaniyetin gereklerine uygun olmalarıdır (Uygur, **a.g.e.**, s. 158). Ayrıca bkz. Sağlam, **a.g.e.**, s. 282. Yani ilkeler bir toplumun hukuk pratiğini haklılaştırdığı için bağlayıcıdır. Bunun sebebi ise hem var olan kurallarla uyumlu ve tutarlı hem de ahlâken en cazip standartlar olmalarıdır (Metin, **a.g.e.**, s. 67). İlkelerin bağlayıcı olmasının başka bir göstergesi de Dworkin’e göre, ilkeler olmaksızın hiçbir kuralın hakimler üzerinde bağlayıcı olduğunun iddia edilememesidir (Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 63).

403 Demirdal, **a.g.e.**, s. 804.

404 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 61.

kamuda zaman içinde oluşan uygunluk duygusuna dayandığını belirtmiştir⁴⁰⁵. İlkelerin varlığına kanıt olarak ise toplumsal uygulama ve anlayışları gösteren yasama ve yargılama tarihinde yer alan uygulamalara bakılması gerektiğini⁴⁰⁶ belirten Dworkin, ilkelerin varlığına kanıt oluşturan bu tarz örnekleri “kurumsal destek”⁴⁰⁷ olarak isimlendirmekte ve kurumsal destek sayısı ne kadar artarsa ilkelerin de o kadar güçlü ileri sürülebileceğini belirtmektedir⁴⁰⁸.

Dworkin, ilkelerin hukukun içinde olduğunu bunun için de yasama ve yargılama tarihi incelendiğinde ilkelere yönelik birçok kanıt bulunabileceğini belirtmiştir⁴⁰⁹. Dworkin, yukarıda verilen örnek kararların da ilkelerin hukukun içinde olduğunu gösterdiğini savunmaktadır⁴¹⁰. Amerika’da ve İngiltere’de yargı kararlarıyla yerleşik birçok kural değiştirilmekte ve bu da ilkeler yoluyla yapılmaktadır⁴¹¹. Buna göre, Henningsen davasında karar veren hakim, otomobil üreticilerinin tüketicilere karşı özel bir sorumluluk altında olduklarını belirtmiş olmasaydı ve yalnızca mevcut kurallara göre hüküm kursaydı kesinlikle görevinin gereğini yapmadığı söylenecekti⁴¹². Bu da göstermektedir ki ilkeler, hakimin göz önünde bulundurması gereken standartlardır ve hukuka dahildir.

Pozitivistlerin hukuku kurallardan ibaret görmesinin temelinde, Pound’un da belirttiği gibi İngilizce konuşan hukukçuların *the law* [hukuk] ve *a law* [yasa]

405 A.e., s. 66-67. Dworkin’e göre ilkelerin bağlayıcılığı da bu uygunluk düşüncesinin değişmesiyle birlikte ortadan kalkmaz, fakat etkileri aşındırılmış olur (a.e., s. 67).

406 A.e., s. 62.

407 İlkelerin hukukun içinde olduklarını göstermesi ve “kurumsal bir destek” olması açısından, AYM’nin gittikçe artan şekilde milletlerarası standartlara yaptığı vurgunun, Dworkin’in ilkeler açısından yaptığı vurguya koşut olduğu ileri sürülmüştür (Işıktaç, **Hukuk Yazıları II**, s. 61).

408 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 67.

409 A.e., s. 62.

410 Dworkin, ilkelerin, toplumsal pratikte sınanarak yetkinliğine ve ağırlığına ilişkin fikir ileri sürülebileceğini belirtmiştir (Akbaş, “Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir ‘Yargılama Kuramı’na”, s. 210).

411 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 63.

412 A.e., s. 61.

kelimelerini yalnızca bir artikeli değiştirerek kullanmaları olduğunu belirten⁴¹³ Dworkin, bu yaklaşımın yansıması olan, ilkelerin de tanıma kuralı içinde sayılabileceği görüşüne itiraz etmektedir.

Dworkin’e göre, “ilkeler, tartışmalıdır, önemli olan ağırlıklarıdır, sayısızdırlar, o kadar hızlı değişirler ki yapacağımız liste daha yarısına gelmeden eskimiş olur.”⁴¹⁴

Dworkin’e göre, tanıma kuralını, “hukuk düzeninde bulunan bütün ilkeler kümesi” şeklinde tanımlamak da yetersiz olup, bu sadece “Hukuk, hukuktur.” şeklinde bir totoloji yapılmış olması anlamına gelir⁴¹⁵. Dworkin, bu argümanlarla birlikte, ilkeleri içerisinde taşıyacak bir tanıma kuralına ulaşamadığı için ilkelerin hukuk düzeninin en üstünde yer alan ve tanıma kuralını da oluşturan standartlar olduklarını belirtmektedir⁴¹⁶.

Bilindiği üzere Hart, tanıma kuralının içeriğini, yasama işlemleri veya mahkemelerce emsallerde ortaya konulmuş standartların oluşturabileceğini varsayımıştır. Hart’a göre bu kuralların geçerli olmasının sebebi ise bir tanıma kuralı içerisinde sayılmasıdır⁴¹⁷. Sonuç olarak Hart, tanıma kuralının içeriğini sosyal bir olgu olarak belirlemiştir. Sosyal olgunun kural hâline gelebilmesi ise şu şekilde açıklanmaktadır: “Kiliseye girerken erkeklerin şapkasını çıkarması” gibi, bir sosyal olguyu gerçekleştiren kişiler onun haklı ve doğru olduğuna inanıyor ve bu sosyal

413 A.e., s. 65. Bu noktada Dworkin’e göre standartların kurallar gibi bağlayıcı olmamasının sebebi, “law” kelimesinin anlamıdır. Oysaki yasa ve kuralın farklı şeyler olduğunu belirtmektedir (Sağlam, a.g.e., s. 282-283).

414 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 71.

415 A.e.

416 A.e., s. 70-71; bu doğrultuda Dworkin, ilkeleri tanımlayacak bir hukuk kuralı bulunmuyorsa bunun ilkelerin tanıma kuralından daha üstün olabileceği anlamına geldiğini vurgulamaktadır (Akbaş, “Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir ‘Yargılama Kuramı’na”, s. 211).

417 Dworkin gibi Hart’ın da ilkeleri kabul ettiği buna karşılık Dworkin’in de tanıma kuralının modern hukuk sistemlerinde geçerlilik kriteri olabileceğini reddetmediği belirtilmektedir (Uygur, a.g.e., s. 157). Bu doğrultuda, Hart’ın da ilkelerin tanıma kuralındaki şartları yerine getirerek hukukilik kazanabileceğini savunduğu belirtilmiştir (Demirdal, a.g.e., s. 793 dipnot 15).

olgunun aksine hareket edenleri eleştiriyorsa bu artık sosyal bir kuraldır ve tanıma kuralının görevi de onun bir hukuk kuralı olmasını sağlamak için kuralı tespit etmektir⁴¹⁸.

Bu görüşe karşıt olarak Dworkin'e göre pozitivizm, hukuku, hakimler tarafından keşfedilmek üzere bir depoya hapsedilmiş ve etrafımıza sarılmış görünmez zincirlerden oluşan mekanik bir alan olarak gördüğünden⁴¹⁹, ilkeleri de henüz tamamlanmamış kurallar olarak varsayar ve hukuk düzeninin içerisine dahil etmeye çalışır. Hukuk düzenine dahil olmayan bir ilke söz konusu olduğunda, pozitivistler onu da 'hukuk üstü standart' olarak adlandırırlar. Bu standartları her hakimin kendi anlayışına göre takdirini kullanarak tespit ettiği olgular olarak kabul eden pozitivistler, bunun sonucu olarak da balıkların memeli olmadıklarını kanıtlayan bir zoologun onları bitki türüne sokması gibi, bizi garip sonuçlara götürürler⁴²⁰.

Dworkin'e göre, hakimlerin yalnızca hukuku uygulamaları gerektiği ancak yasa hükümleri belirsiz olduğu ve yeni durumlara varolan hukuk kurallarının uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda hukuk yaratmaları gerektiği anlayışı, hakimlerin 'vekil yasa koyucu' olarak görülmesi anlayışının bir yansımasıdır ve ileri bir itaat seviyesidir⁴²¹.

Dworkin'e göre, hakim bu olasılıkta davacı veya davalı lehine karar vermez sadece taraflardan birine izin verir⁴²². Her hukuk sisteminde hukukta boşluk veya belirsizlik durumunda hakimin takdir hakkını nasıl kullanacağı konusunda bir hüküm

418 Dworkin, Hart'ın bu görüşüyle sosyal kuralların varlık sebebinin bir tanıma kuralına olan bağlılıkları değil, toplum tarafından bağlayıcı olarak kabul edilmeleri olduğunu kabul ettiğini belirtmektedir (Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 70). Ayrıca Dworkin, hukuk kurallarının sosyal olgulardan oluştuğu anlayışına da itiraz etmekte ve hukuk kurallarının sosyal davranış ile oluşturulan kurallar değil, sosyal davranış ile "haklılaştırılan" kurallar olduğunu belirterek, sosyal olgunun kuralın oluşturulmasında nihai unsur olmadığını vurgulamaktadır (a.e., s. 87).

419 A.e., s. 38.

420 A.e., s. 65-66.

421 A.e., s. 115.

422 A.e., s. 101.

bulunabileceği düşüncesini de İngiltere ve ABD’de bu yönde hükümler olmadığı gerekçesiyle reddetmektedir⁴²³.

5. Yargısal Takdir Meselesi

Dworkin’e göre pozitivistler takdir kavramını gerçek anlamından uzaklaştırmışlardır. Bu nedenle Dworkin, takdir kelimesinin günlük kullanımını inceleyerek bu kavramı ait olduğu yere yerleştirmeye çalışmıştır⁴²⁴.

Dworkin’e göre takdir kavramı, ancak kişinin belirli bir otorite tarafından konulmuş standartlar çerçevesinde karar verecek olması hâlinde asıl kullanımını bulur. Yani takdir, tatlı halka çöreği örneğindeki gibi ancak belirli sınırlar dahilinde gündeme gelebilir⁴²⁵.

Dworkin’e göre takdir denildiği zaman üç farklı takdir türü akla gelir. Bunlardan birincisi “zayıf takdir” olarak adlandırılır. Dworkin, zayıf takdire örnek olarak bir komutanın çavuşuna en deneyimli beş adamını seçmesini emretmesindeki gibi belirli kriterlere uygun şekilde⁴²⁶ karar vermesini göstermektedir.

İkinci anlamda takdir yetkisi ise kişi belirli bir sonuca “nihai merci olarak” karar veriyorsa söz konusudur⁴²⁷. Buna örnek olarak da bir futbol karşılaşmasında oyuncunun ofsayta düşüp düşmediğinin yardımcı hakeme bırakılmış olması⁴²⁸ veya temyiz makamlarının son merci olarak verdikleri kararlar gösterilebilir.

Üçüncü ve “güçlü takdir”e ise kira sözleşmesinde kiracının takdirine bırakılmış yenileme şartı gereğince kiracının bu hakkını kullanması⁴²⁹ veya teğmenin çavuşa,

423 A.e., s. 102-103.

424 A.e., s. 56.

425 A.e., s. 57.

426 Dworkin’in yukarıda takdirin asıl anlamı olarak ifade ettiği şekilde.

427 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 57.

428 A.e., s. 100.

429 A.e.

yukarıdaki örnekten farklı olarak beş deneyimli adamını değil, herhangi beş adamını seçmesini emretmesi örnek gösterilmiştir⁴³⁰. Dworkin’e göre, takdirin bu anlamı tam bir serbestlik demek olmayıp rasyonellik, hakkaniyet ya da etkinlik standartları bakımından seçim sınırlandırılır⁴³¹.

Dworkin ile pozitivizm arasında takdir yetkisine ilişkin bu ayrılık Dworkin’in zor davalar olarak adlandırdığı davalarda ortaya çıkmaktadır. Dworkin’e göre zor davalar, mevcut hukuk kurallarının somut olayda belirli bir yönde karar verilmesini emretmediği davalardır⁴³².

Buna göre bu davalarda, davacı ve davalı lehine karar verilemiyorsa hakimin artık takdir hakkına sahip olduğu düşüncesi, Dworkin tarafından, her durumda üçüncü bir olasılık vardır düşüncesiyle eleştirilmektedir⁴³³. Dworkin’e göre, pozitivist doktrin zor davalarda, serbestçe hareket edilerek yeni hukuki haklar oluşturmaya rağmen, sanki taraflardan birinin dava açılmadan önce, davayı kazanmaya hakkı varmış gibi yapılır. Oysa Dworkin, zor davalarda dahi taraflardan birinin davayı kazanmak için dava açılmadan önce de “gerçekten” bir hakkı olduğunu savunmaktadır⁴³⁴.

Pozitivizm hukukta belirsizlik bulunması hâlinde araştırmasını, hakimin takdirini nasıl kullanması gerektiği yönünde yapmaktadır. Bu doğrultuda Hart, takdir yetkisinin söz konusu olması hâlinde, hakimin bunu nasıl kullanacağına yönelik

430 A.e., s. 58.

431 A.e., s. 58-59. TMK m.1’in Dworkin’in saymış olduğu takdir türlerinden güçlü takdire örnek olduğu, çünkü kanunun mantığı ve emredici mevzuatla bağlı olmakla birlikte hakimin, takdiri zayıflatacak ölçüde yakın ya da belirli bir standartla bağlı olmadığı belirtilmektedir (Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, Yedinci Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2017, s. 481). Bu noktada, hiçbir davada yalnızca o dava açısından haklı görünen karar verilmemesi gerektiği, daima genel bir kurama ve uygulamalara göre karar verilmesi gerektiği düşüncesi TMK m.1’in sistemine benzerlik göstermektedir (Sağlam, **a.g.e.**, s. 283).

432 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 117. *Metin*, zor davalar ile kolay davaları birbirinden ayırmanın kolay olmadığını ve çoğu zaman bir davanın kolay ya da zor olduğunu belirleyen “sezgi” olduğunu belirtmektedir (Metin, **a.g.t.**, s. 142).

433 Menfaatler İçtihadı hukukçularının aynı yönde görüşe sahip oldukları hakkında bkz. Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 127.

434 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 114.

standart bulunmadığını söylemekte ve artık hakimin kişisel olarak hangi standartları kullandığına yönelmek gerektiğini belirtmektedir⁴³⁵. Dworkin, pozitivizmin bu tezinin sebebini ise belirsizlik durumunda bir hukuk olmadığını yani hukukta boşluk olduğunu düşünmesi olarak belirtmektedir⁴³⁶.

Oysa ki Dworkin’e göre, burada yapılması gereken, hakimin takdir yetkisinin olduğu ve bunun kriterlerinin tespiti değil, baştan beri Dworkin’in savunduğu hukuk anlayışına uygun olarak ve hukukun dayanaklarının belirlenmesi için, somut olayda hukukun ne olduğunun araştırılmasıdır⁴³⁷.

Dworkin’e göre, zor davalarda kurumsal tarihin⁴³⁸ açık bıraktığı hususları hakim oluşturacağı genel bir kuramla kapatmalı⁴³⁹ ve bu kuramın hangi kararı gerektirdiğini göstermelidir⁴⁴⁰. Bu kuram hangi argümanların kullanılıp hangilerinin dışarıda bırakılacağına belirlendiği bir sürecin ürünüdür⁴⁴¹. Dworkin, bu kuramın, siyasi ahlâk yargılarını içerecek şekilde⁴⁴² ve hakimin kendisine en sağlam gelen dava sebebine göre karar vererek oluşturulması gerektiğini belirtmektedir⁴⁴³.

Dworkin’e göre, hukukta kuralların dışında ilke ve politika argümanları da söz konusudur⁴⁴⁴. Herhangi bir olaya bir kural yoluyla hüküm kurulamazsa o hâlde hakim

435 A.e., s. 60.

436 A.e., s. 100.

437 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 99. (Bu da bizi yukarıda açıklandığı üzere, hukukun yalnızca kurallardan değil ilkelere de oluştuğu şeklindeki teze götürmektedir.)

438 Dworkin, hakimin bu ilkeleri seçerken sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmayıp geçmişte benzer davalarda uygulanan ilkeleri ve verilen emsal kararları gözetmek zorunda olduğunu belirtmiştir (Göksu, **a.g.e.**, s. 128).

439 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 164.

440 A.e., s. 139.

441 A.e., s. 103.

442 A.e., s. 99, 124.

443 A.e., s. 101.

444 Bu noktada *hukukun genel ilkeleri* kavramına değinmekte yarar vardır. Edis’e göre, “hukukun genel ilkeleri, kanunlardaki münferit kuralların temelini teşkil eden ve bilerek veya bilmeyerek hukuki kanaatlarımızı etkileyen hukuk idesinden doğmuş büyük fikirler ve genel gerçekliklerdir.” Yazar, bir kuralın yokluğunda sıkça ileri sürülen bu kavramın bir tanımla kalmayıp açıklığa kavuşturulması gerektiğini

yarışan ilkeleri tartar ve herhangi birinin geçersiz olduğuna karar vermeksizin somut olayda ağırlığı olan ilkeyi uygular⁴⁴⁵.

Dworkin’e göre, yasama organının kararları ilke ya da politika argümanlarıyla haklılaştırılırken, mahkemelerin kararları mutlaka ilke argümanı ile haklılaştırılmalıdır. Bu doğrultuda politika-ilke çatışması olduğunda ise politikanın zaten yaşamın her alanında aktif olması sebebiyle ilkenin korunabileceği tek alanın yargısal alan olmasından dolayı mahkemelerde ilkenin politikaya üstün tutulması gerektiğini savunur⁴⁴⁶. Hakim kararını ilke temelinde vermelidir⁴⁴⁷. Şüphesiz bu ilkenin içeriğinde hakimin ait mensubu olduğu toplumun mevcut olayda hangi ilkenin uygulanacağına dair kanaatleri de yer alır⁴⁴⁸. Buna göre:

“*Politika argümanları* siyasi bir kararı, kararın bütün olarak toplumun kolektif bir amacı ilerlettiğini ya da koruduğunu göstererek haklılaştırırlar. *İlke argümanları* ise, siyasi bir kararı, kararın bireysel bir hakka ya da bir grup hakkına saygı gösterdiğini ya da koruduğunu göstererek haklılaştırır”⁴⁴⁹.

Başka bir deyişle, “*ilke argümanları* bireysel bir hakkı saptamak için tasarlanan argümanlardır.” Buna karşılık “*politika argümanları* ise, kolektif bir amacı saptamak

belirtmekte ve Avusturya ve İtalyan medeni kanunlarının, boşluk durumunda hakime hukukun genel ilkelerine göre o boşluğu doldurma yetkisi verdiğini belirtmektedir. Ayrıca bu ilkelerin kaynağına da değinen yazar, ilkelerin “Hiç kimse sahip olduğundan fazlasını başkasına devredemez.”, “Özel kural geneli geçersiz kılar.” ve Dworkin’in Elmer davasında belirttiği “Kimse kendi ayıbını ileri sürüp hak elde edemez.” ilkeleri gibi çoğunlukla mantık kurallarından çıktığını belirtmektedir (Edis, **a.g.e.**, s. 137-140). 445 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 108-109. Bu durum, ilkelerin “Ya hep ya hiç!” şeklinde uygulanmamasının ve ilkeler arasında ağırlık ve önem boyutu olmasının sonucudur. Dworkin, bu soyut ilkelerin her durumda aynı sonucu vermeyeceğini, farklı olaylarda farklı sonuçlar verebileceğini de belirtmektedir (Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 312). Dworkin’e göre, yarışan ilkeler söz konusu olduğunda ahlâki sezgilerimiz ile karar veririz (Metin, **a.g.e.**, s. 68). Dworkin’in ilkelerin çatışması hâlinde, evrensel hukuk değerleri açısından daha uygun olanın öne çıkacağını savunduğu belirtilmiştir (Özkan, **a.g.e.**, s. 10). Aynı doğrultuda bkz. Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 337.

446 Özkan, **a.g.e.**, s. 21.

447 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 304-305.

448 **A.e.**, s. 311.

449 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 116 (vurgular eklendi).

için tasarlanan argümanlardır. İlkeler hakları tanımlayan önermelerdir; politikalar amaçları tanımlayan önermelerdir”⁴⁵⁰.

Dworkin ilke argümanına örnek olarak, bireysel bir hak olan “konuşma özgürlüğünü” gösterirken politika argümanına ise kollektif bir amacı temsil eden “cephane üretiminin arttırılması”nı örnek göstermektedir⁴⁵¹. Dworkin’e göre, bu argümanlar kararı haklılaştıran siyasi zeminlerdir⁴⁵².

Dworkin bu tezine örnek olarak *Spartan Steel* davasını⁴⁵³ göstermektedir. Buna göre bu davada, davacıya elektrik sağlayan bir şirkete ait elektrik kablosu davalının çalışanı tarafından koparılmış ve bunun sonucunda davacının iş yeri belirli bir süre kapalı kalmıştır. Bu doğrultuda, işçisinin kusurlu hareketi sebebiyle işverenin davacının zararını karşılaması talebiyle dava açılmıştır. Dworkin’e göre, burada verilecek karar ya ilke argümanıya ya da sorumluluğu bu şekilde dağıtmanın ekonomik açıdan daha uygun olacağı şeklindeki politika argümanıya haklılaştırılabilir⁴⁵⁴. Dworkin bu noktada özel hukuk davaları açısından ilke argümanının kullanılması ve bu şekilde karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁵⁵.

Sonuç olarak görülmektedir ki Dworkin, genel olarak pozitivistlerden özel olarak da Hart’dan farklı olarak, olaya uygulanacak bir hukuk kuralı bulunmadığı takdirde hukukta boşluk oluşacağını kabul etmemektedir. Bu durumda hakim, ilkelerle karar vermek durumundadır.

Hukukta boşluk oluşmayacağı düşüncesinin yansıması olarak Dworkin, pozitivistlerden farklı olarak, olaya doğrudan uygulanacak bir hukuk kuralının

450 A.e., s. 124 (vurgular eklendi).

451 A.e., s. 125.

452 A.e., s. 116.

453 *Spartan Steel & Alloys LTD. v. Martin & Co.*, [1973] I Q.B.27.

454 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 117.

455 A.e., s. 118. Dworkin’e göre, hakimler karar verirken kurallarda ve ilkelerde yer alan hakları dikkate almalı ancak amaçları dikkate almamalıdır (Özkök, “Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar”, s. 104).

bulunmadığı zor davalarda hakimin ilkeleri nasıl kullanacağını ve kararını nasıl oluşturması gerektiğini “bütünlük ve uygunluk ilkesi” doğrultusunda açıklamaktadır.

6. Bütünlük ve Uygunluk İlkesi

Dworkin’in bütünlük ve uygunluk kavramları, ilkelerle alakalı ve onlara gözünü diken kavramlardır⁴⁵⁶. İlkelerin tespiti ise bir yorum meselesi olduğu için aslında Dworkin’de bütünlük ve uygunluk, ilkelerin yorum yoluyla ortaya çıkarılmasını sağlayan anahtar işlevini görmektedir⁴⁵⁷.

Yukarıda verilen örnek davalarda da görüldüğü üzere Dworkin’e göre hukukun merkezinde zor davalar vardır ve bu zor davaların çözülebilmesi için yorum yapılması gerekir⁴⁵⁸. Buna göre, zor davalar iki veya daha fazla yorum arasında ayırım yapılamadığında ortaya çıkar⁴⁵⁹.

Bilindiği üzere Hart, dilin açık yapılı oluşundan dolayı hukukta boşluklar olabileceğini kabul etmiştir. Buna göre dilin çekirdek anlamını karşılayan davalar “standart davalar” iken, karşılamayan davalar alacakaranlık-gölgeli alanda kalan

456 Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 277, 279. Dworkin’in bütünlük ve uygunluk kavramlarıyla amacı, hakimin kararlarının, geçmiş hukuki kararların keşfedilmesi ve bunların uygulanmasıyla ortaya çıkması gerektiğini savunan *uzlaşımıcılık* ile hakimin geçmişten ziyade gelecekteki bir takım faydaları gözeterek karar vermesi gerektiğini savunan *pragmatizm* arasında bir denge kurmaya çalışarak geçmiş ve geleceği birleştirmektir (a.e., s. 281).

457 A.e., s. 282.

458 Belirtmesi gerekir ki Dworkin’de zor olmayan yani basit davaların çözümü de zor davalar gibidir. Basit davalar, zor davaların özel halleridir (Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 332, 442). Dworkin’e göre hukuk, yorumdur (a.e., s. 120, 137, 283). Dworkin, hukuku yorum faaliyeti olarak tanımlamakta ve hukuki problemlerin özünde yorum meselesi olduğunu ileri sürmektedir (Metin, a.g.e., s. 38-39); Yorumdan önce ve öteye herhangi bir metnin varlığından söz edilemez (Bayar, a.g.t, s. 50). Hakim hukuk yaratmaz; hukukun parçası olan şeyleri yorumlar. Hakim bu süreçte, hukuk sisteminin bağlı olduğu değerleri dile getirir (Wacks, a.g.e., s. 88).

459 Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 319.

davalardır. Dworkin ise Hart'ın sınır davalar olarak adlandırdığı davaları zor davalar, standart olarak adlandırdığı davaları ise kolay davalar olarak nitelendirmektedir⁴⁶⁰.

Dworkin'e göre zor davalar, bir hukuk kuralının veya bir uygulamanın kapsamında değerlendirilemeyen, hükmün belirli bir sonucu öngörmediği davalardır⁴⁶¹. Dworkin, bu davaları Hart'ın aksine sınır davalar olarak değil hukukun merkezinde bulunan asli davalar olarak nitelendirmektedir.

Dworkin, zor davaların Tek Doğru Cevap Tezi'ne göre çözümlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Dworkin'in Tek Doğru Cevap Tezi⁴⁶², roman zinciri örneğiyle ortaya konulmuştur. Roman zinciri⁴⁶³ örneğiyle Dworkin, hukukun belirli bir değer yargısını yansıtacak şekilde tek ve tutarlı bir bütün, "dikişsiz bir dokuma"⁴⁶⁴,

460 A.e., s. 113-114.

461 A.e., s. 114.

462 Bu tez, Dworkin'in en fazla eleştirilmesine sebep olan tezdır. Bu çalışmada bu tezin ayrıntılı tartışmasına girilmeyecek ve yalnızca çalışmanın konusu bakımından ne anlatmak istediğine yer verilerek geçilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak**, s. 112-122. Bu tezi savunan diğer bir isim ise Michael s. Moore'dur. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Dinç, b.a.

463 Dworkin'in bu örnekten yararlanmasının altında, hukuku oluşturan toplumsal pratikler ile sanatsal yorum arasında kurduğu ilişki yatmaktadır. Dworkin'e göre, her iki yorum yönteminde de insan tarafından oluşturulan fakat insandan ayrı bir varlığa sahip olan bir olgunun yorumlanması söz konusudur (Dworkin, **Hukukun Hükümlerliği**, s. 78). Ayrıca roman zinciri örneğini ortaya koyması Dworkin'in edebiyatı hukuk alanında işlevsel hâle getirmeye çalıştığının da göstergesidir. Bu doğrultuda Dworkin, edebiyatın kullanımının hukuki yorum ve anlama sürecimizi zenginleştirdiğini savunarak, hukuki kavrayışımızı, diğer bilgi sahalarından özellikle edebiyattan derlediğimiz yorumlarla hukuki yorumları harmanlayarak derinleştirebileceğimizi belirtmiştir (Demir, **Anlamak İçin Yaşamak**, s. 129). Dworkin'in edebi yorumu çalışmalarında merkezi bir model olarak kabul ettiği belirtilmiştir. Dworkin'in üzerinde durduğu yorumun, toplumsal teamüllerin ve sanatsal ürünlerin yorumu gibi insanlar tarafından oluşturulan ancak onlardan farklı olan ürünlerle ilişkili olduğu söylenmektedir. Buna göre, sosyal teamüller ile sanatsal ürünlerin yorumu arasında her ikisinin de nedenlerle değil amaçlarla ilgilenmesi açısından benzerlik vardır (Turhan, **a.g.e.**, s. 10, 20). Sanat ve hukuk metinlerinin yorum bağlamında karşılaştırılması yapılmıştır. Buna göre yorum, orijinal anlamı aydınlatmak, yeniden ele geçirmek olarak anlaşılıyorsa sanattan ve edebiyattan farklı olarak bu, yazarın niyetidir. Hukukta özellikle yazarın niyetini yadsımak meşruiyet açısından sorun teşkil etmektedir (Metin, **a.g.e.**, s. 45-47).

464 Dinç, **a.g.e.**, s. 46.

“kusursuz dokunmuş bir kumaş”⁴⁶⁵ olduğunu, kısacası “tek bir ağızdan konuşan devlet” idealini gerçekleştirdiğini ortaya koymaktadır⁴⁶⁶. İşte bu yaklaşım Dworkin’i hukukta boşluklar olmadığı yolundaki görüşü kabule götürmüştür⁴⁶⁷.

Bu noktada roman zinciri örneğiyle hakimi Tek Doğru Cevap Tezi’ne ulaştıracak yöntem ise Dworkin’in “Bütünlük ve Uygunluk İlkeleri”dir.

a. Bütünlük İlkesi

Bütünlük ilkesi⁴⁶⁸ doğrultusunda Dworkin, hakimlerden hukuk düzeninin tek ve tutarlı bir adalet şemasını yansıtır şekilde ele alınıp uygulanmasını istemektedir⁴⁶⁹.

465 Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak**, s. 116.

466 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 342. *Metin* de bu tezin “Aklın yolu birdir.” varsayımına dayandığını belirtmektedir (Metin, **a.g.e.**, s. 44). Dworkin, Tek Doğru Cevap Tezi’nin ilgili kurum ve kuralların belirsiz olmadığı anlamına gelmediğini ve bu tezin hakimin karar verme aşamasında teorisini oluştururken uyması gerekli kuralları gösterdiğini belirtmekte ve böylece yorumun objektifleştirilmesine de katkıda bulunduğunu ortaya koymaktadır (Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 139). Tek Doğru Cevap Tezi’yle amaç, yalnızca tek bir doğru cevaba ulaşmak değil, önerilen yöntemlerin uygulanması hâlinde ideal olana ulaşılacağı inancıdır. Herkül Yargıç örneğinde olduğu gibi, nasıl ki mevcut hukukun geliştirilmesi için adalet gibi bir ideal varsa Dworkin de bu teziyle hukukun ideal olan biçimine doğru bir yol belirlemek amacındadır. Bu hususta Dworkin’in, “Yorumcu belirli bir yorumun en iyi yorum olduğu düşüncesinde ise, karşıt görüşler kendi görüşüne göre daha kötüdür.” sözü de bu tezin mutlak anlamda bir tez olmadığını ve bir ideali, iddiayı ileri sürdüğünü göstermektedir (Dworkin, “Şüphe Ölümcül Olursa”, s. 243).

467 Dworkin, kanunda boşluk olduğunu kabul ederken hukukta boşluk olduğunu kabul etmemektedir (Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak**, s. 116- 117). Hukukta boşluk-kanunda boşluk ayırımı için bkz. Bu eser s. 22-23.

468 Dworkin’de bütünlük kavramı, adalet, hakkaniyet ve usule uygunluk ilkeleri gibi siyasi bir erdem olarak kabul edilmektedir (Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 213).

469 **A.e.**, s. 275, 281, 303. Dworkin, hukuk düzeninin tek ve tutarlı bir adalet şemasını yansıtır şekilde ele alınmasını sağlamak için hakimin gerektiğinde hukuk dalları arasındaki sınırı görmezden gelmesi gerektiğini belirtmektedir (**a.e.**, s. 314). *Gülgeç* de bu konuda, bir metnin anlamını ortaya çıkarmak için bazen tek bir metnin değil hukuk düzeninin farklı kaynaklarında belirtilmiş olan diğer metinlerin de yorumlanması gerektiğini belirtmektedir (Gülgeç, **a.g.e.**, s. 52). Bu noktada, Anglo-Sakson hukukunda uygulama alanı bulan **Lex Superior İlkesi**’ne değinmekte fayda vardır. Çünkü bu ilke, hukukun tek bir ağızdan çıkmışçasına ‘dikişsiz bir ağ’

Buna göre bir yazar, romanın ilk bölümünü yazacak ve daha sonra diğer bölümleri yazmak için romanı başka bir yazara verecektir. Böylece her bir bölüm farklı bir yazar tarafından yazılacak ve sonunda ‘tek bir elden çıkmış gibi’ tek bir roman yazılmış olacaktır⁴⁷⁰.

Bu yöntemde kendi bölümünü yazan romancı kendisinden önce yazılmış olan bölümü öncelikle yorumlamalıdır⁴⁷¹. Yazmış olduğu bölümün romanın tamamına tıpatıp uymasına gerek yoktur fakat romanın temel yapısal unsurlarına aykırılık taşınamalıdır⁴⁷².

Dworkin’e göre hukukta bu temel yapısal unsurlara ilişkin sınırlar vardır. Bu sınırlar emsal niteliği taşıyan kararlar ile diğer mahkeme kararlarından çıkan ilkelerin

görünümüne sahip olmasını sağlayacaktır. **Lex Superior İlkesi**, hiyerarşik ast konumundaki normun üst normla çatılması durumunda üstte olan norma bir uygulama önceliği tanınması gerektiğini ifade eder. Bu ilkenin uygulanması sonucunda örneğin, Anayasaya aykırı olan bir kanun, mahkeme tarafından iptal edilmeyip yalnızca ihmal edilerek olayda uygulanmamaktadır. Aynı şekilde diğer hiyerarşik ast konumunda olan normun, örneğin yönetmeliğin kanuna aykırı olması hâlinde de aynı durum söz konusu olmaktadır. Önemle belirtilmelidir ki bu şekilde üst norma aykırı bir düzenlemenin ihmal edilerek uygulanması, yalnızca hukuk düzeninin bu yetkiyi tanıdığı Anglo-Sakson ülkeleri gibi, üst mahkemelerin aynı konuda verdikleri kararların alt mahkemeler tarafından takip edilmesini gerektiren ülkelerde ve ancak üst mahkeme tarafından verilmiş olması hâlinde söz konusudur (Gülgeç, **a.g.e.**, s. 62-67). *Oğuzman/Barlas* da belirli bir kanun özelinde, hükümlerin birbirleriyle ilgisi bulunmayan parça parça kısımlar olmadığını ve bir bütün olduğunu belirtmiştir (Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 76). *Dural/Sarı* da hükmün özünün nasıl bulunması gerektiğini belirtirken şu ifadelerle yer vermiştir: “Kanunun özü, bir kanun hükmüne; kanunun tümüne baskın esaslara, hükmün kanun içindeki yerine ve söz konusu hükmün diğer hükümlerle ilişkisine bakarak, bir anlam vermektir.” (Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 124). Aynı yönde bkz. Kaya, **a.g.e.**, s. 366, 369.

470 Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 285-288.

471 **A.e.**, s. 286. *Aral* da, bir normun anlamının hukuk düzeninin bütünü değerlendirilerek ortaya çıkarılabileceğini belirterek Dworkin’in “bütünlük” idealine benzer bir görüş ortaya koymaktadır (Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, s. 160, 161).

472 Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 287.

oluşturduğu sınırlardır⁴⁷³. Böylece, yorumun tamamen kişisel ve serbest bir şekilde yerine getirilmesinden ziyade belirli sınırlar içerisinde gerçekleştirilmesi sağlanmış olacaktır⁴⁷⁴.

*Bütünlük, bir toplumun tamamının, adalete ve siyasi ahlâka olan bağlılığıdır*⁴⁷⁵. Dworkin’de bütünlük, erdemlerde sürekliliği öngörmektedir. Yani bir hukuk düzeni hak ve hürriyetlere saygılıysa yapılan birkaç haksızlık bütünlüğü bozmayacaktır. Ancak bu haksızlık biçiminin sürekli hâle gelip önceki erdemine yerine geçmemesi gerekir.

Dworkin, zincirleme roman yazan kişinin, birden çok yorumun söz konusu metinle uyushabileceğini görebileceğini ancak hangi yorum romanın yazımını en iyi şekilde getirecekse onu kabul etmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁴⁷⁶. Yani hakim tüm hukuk düzenini, sistemini göz önünde bulundurarak, kuralların temelinde yatan düşünceyi, anlayışı ortaya çıkarmalıdır⁴⁷⁷. Bu ise Dworkin’de uygunluk ilkesine karşılık gelmektedir.

b. Uygunluk İlkesi

473 Aral’a göre bu sınır, tüm pozitif hukukun anlamından ve yorumundan çıkan çerçevedir (Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, s. 198, 206).

474 Bu konuda Türkbağ’ın örneği oldukça aydınlatıcıdır. Buna göre zincir roman yazımında, ilk bölüm “Önüne baktı, karşısındakine söyleyecek bir cevap aradı, gözlerini kıstı ve sustu.” şeklinde bitiyorsa diğer bölüm onunla tamamen alakasız bir şekilde “O gün hava çok güneşliydi.” şeklinde olamayacaktır (Türkbağ, “Yorum Üzerine”, s. 97). Ayrıca burada her ne kadar kişisel değerlendirmeler de olaya karışsa bu, uygunluk ve bütünlük çerçevesinde olduğu için sorun teşkil etmeyecektir (Sağlam, **a.g.e.**, s. 287).

475 Türkbağ, “Yorum Üzerine”, s. 97.

476 Turhan, **a.g.e.**, s. 10.

477 Dworkin’in yukarıda verilen Yüksek Mahkeme’nin ırk ayrımcılığı kararıyla ilgili olarak belirttiği gibi Edis de, “siyasal rejimin yapısından çıkan ilkeler”in olabileceğini kabul etmektedir. Bu ilkeler- tüm hukuk sistemi göz önünde bulundurularak tespit edilecektir (Edis, **a.g.e.**, s. 141).

Hakimin yazmış olduğu bölümün, diğeri bir deyişle yapmış olduğu yorumun, yazılan romanı türünün en iyi örneğı hâline getirmesi Dworkin’in “uygunluk ilkesi”ni yansıtmaktadır. Nitekim roman zinciri örneğinde uygunluk kriterinin amacı varolan romanı, örneğinin en iyisi yapmaya çalışmaktır. Hukuki yorum bakımından ise uygunluk kriteri, yorumun geçmiş hukuki kararlara en iyi uyan ve onu gerekçelendiren bir yorum olarak ortaya çıkmasını sağlamaktadır⁴⁷⁸.

Dworkin bu doğrultuda inşai yorum yöntemini benimsemektedir. Ona göre inşai yorum, *bir nesne veya pratiğı dahil olduğu kabul edilen form yahut türün mümkün en iyi örneğı kılabilmek için, ona bir amaç yükleme meselesidir*⁴⁷⁹. Dworkin’e göre inşai yorumun amacı, hukuki kuralların amacını ortaya çıkarmaktır⁴⁸⁰.

Dworkin’in bu yöntemi benimsemiş olmasının sebebi ise uzun yıllar önce konulmuş bir hukuk kuralının ve sadece bu kuralı koyanların niyetlerinin dikkate alınmasının, gelişen toplum ve teknoloji çerçevesinde yeni ortaya çıkan hayat olaylarını çözmekte yetersiz kalacağı düşüncesidir⁴⁸¹. Çünkü, mevcut kurumların yeni

478 Aynı yönde Aral da, hakimin takdir yetkisinin nasıl kullanılacağını tarif ederken şu ifadeleri kullanmıştır: “...Takdir kararı bir yandan pozitif hukuktan ve onun anlamına uygun yorumundan çıkan bir çerçeve içerisinde kalacak ve diğeri yandan da eşitlik prensibi anlamında gelecekteki olaylar için örnek olabilecek biçimde verilecektir.” (Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, s. 209). Benzer şekilde Demir de, “sosyal hayatı inşa eden hikayelerin asla hikayenin bütünü olmadığını ve bu yüzden sürekli yorumlanarak yeniden yazılması gerektiğini” belirtmektedir (Demir, **Anlamak İçin Yaşamak**, s. 132).

479 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 80.

480 A.e.

481 Yüzyıllar önce ölmüş insanların kafasına girip neyi söylemek istediklerini anlamak değil bunları soyut hükümler olarak görüp ilke temelinde ahlâki bir okumayla değerlendirmek gerekir (Turhan, **a.g.e.**, s. 18-19). Dworkin’e göre *ahlâki okuma*, “Anayasadaki soyut hükümlerin, adalet ve siyasi ahlak konusunda çağrışımında bulundukları ahlaki ilkeler anlayışı temelinde yorumlanmasıdır” (**a.e.**, s. 22). Dworkin’in bu görüşüyle siyasi ahlâki anayasa hukukunun kalbine yerleştirdiğı belirtilmektedir (**a.e.**). Dworkin’in ayrıca ABD Anayasasının tüm hükümlerinin ahlâki okumaya uygun olmadığını, bu hükümlerden hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler ile devletin niteliklerini belirleyen kuralların ancak ahlâki okumaya uygun olduğunu düşündüğü belirtilmiştir (**a.e.**, s. 23).

ihtiyaçları karşılaması için yorumlanması gerekir⁴⁸². Bu doğrultuda, “yorum, kıvrılıp pratiğin üzerine düşer, pratiğin şekli değişir, yeni şekil başka bir yorumu teşvik eder, nihayetinde pratik ciddi ölçüde değişmiş olur; bu süreçte her adım, bir önceki adımın yorumudur.”⁴⁸³ sözü de gelişen ve değişen toplumun ihtiyaçlarını karşılamak için hukukun daima bir yorumlama süreci olduğunun göstergesidir.

Dworkin, burada Shakespeare’in *Venedik Taciri* adlı eserindeki Yahudi karakterinin yorumlanmasını örnek vererek, bu karakterin sadece geçmişteki anlayışla değil günümüz bakış açısıyla da yorumlanması gerektiğini, yazarın soyut sanatsal amacının ancak bu şekilde ortaya çıkarılabileceğini savunmaktadır⁴⁸⁴.

Dworkin, bu noktada mekanik bir yorum yönteminden kurtulmak gerektiğini savunmakta⁴⁸⁵ ve Gadamer’in “Yorum bir niyeti mutlaka uygulamaya geçirmelidir.” sözünün yansıması olarak, yorumun var olan pratiği geliştirmesi gerektiğini düşünmektedir⁴⁸⁶. Bu doğrultuda, yazarın aklında olmayan fakat düşünseydi yapabileceği yorumların da bu doğrultuda metne ait sayılması gerektiğini belirtmektedir⁴⁸⁷.

Dworkin’in uygunluk kavramı, yorumlanan nesneyi türünün en iyi örneği hâline getirme ve onu en iyi ışık altında gösterme amacına hizmet etmektedir⁴⁸⁸. Bu ise yorumlanan nesnenin veya toplumsal pratiğin geliştirilmesi gerektiği anlayışına dayanır. Çünkü, *hiçbir yazılı metin veya yasa metni için, artık onun hakkında*

482 Dworkin, bu doğrultuda gelişen teknoloji karşısında hakimlerin daha önce yorum yapmakta kullandıkları ölçütleri değiştirebileceklerini belirtmektedir (Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 317).

483 A.e., s. 76. Benzer bir bakış açısıyla *Demir* de metinler gibi yorumların da tarihin mirası olduğunu ve yorumların önceki yorumlarla kaynaştırılarak sürekli yorumlandığını belirtmektedir (Demir, **Anlamak İçin Yaşamak**, s. 133).

484 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 84-85.

485 Aynı yönde bkz. Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, s. 160, 161.

486 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 84. Aynı yönde bkz. Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, s. 155, 184, 210; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 229.

487 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 86.

488 Türkbağ, “Yorum Üzerine”, s. 97.

*söylenebilecek bir şey yok denilemez*⁴⁸⁹. Bu anlayıştan yola çıkan Dworkin de uygunluk kriteri gereğince bir nesnenin veya hukuk kuralının ya da toplumsal bir pratiğin en iyi ışık altında gösterilebilmesi için öncelikle anlamının ortaya çıkarılması, yani ilgili kuruma bir “değer”, bir “anlam” atfedilmesi gerektiğini savunmuştur⁴⁹⁰.

Sonuç olarak Dworkin, zor bir davada karar vermek durumunda olan hakimin alternatif yorumlar arasında nasıl karar vermesi gerektiğini ortaya koyarken hakimin “kuralın amacı” kavramından hareket etmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu doğrultuda Dworkin, *Taking Rights Seriously* isimli eserinde satranç oyunu üzerinden bir kurumun amacının nasıl ortaya çıkarılacağını açıklamaktadır.

Buna göre bir satranç kuralı, hakeme, “rakibini mantıksız şekilde kızdıran oyuncuyu yenik sayma hakkı” vermektedir. Bu doğrultuda, oyunculardan birinin rakibine sürekli “sırıtmak”⁴⁹¹, ilgili hükme göre mantıksız hareket olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, “oyunun karakteri” kavramının yani oyunun amacının açığa çıkarılmasıyla tespit edilecektir.

Öncelikle burada tespit edilecek olan, satranç oyununun bir şans oyunu olmaktan öte bir zeka oyunu olduğudur⁴⁹². Bu aşamanın ardından oyunun doğasına daha yakından bakılması gerekmektedir. Bu aşamada ise satrancın, poker gibi psikolojik gözdağı verme yeteneğini içerecek şekilde bir zeka oyunu mu yoksa matematik gibi yeteneği içermeyen anlamda zeka oyunu mu olduğu belirlenmelidir⁴⁹³.

Yani burada hakim, zeka kavramı üzerinde düşünecek ve onun farklı açıklamalarını oyunun karakteri üzerinde deneyerek kararını verecektir. Örneğin,

489 Demir, **Anlamak İçin Yaşamak**, s. 133.

490 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 74- 75.

491 Eserde “gülümsemek” ifadesi geçmektedir. “Sırıtmak” ifadesini ise konuyu daha iyi açıklamak için *Türkbağ* kullanılmaktadır (Türkbağ, “Yorum Üzerine”, s. 95).

492 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 137.

493 A.e., s. 138.

satranca ilişkin hüküm bakımından, hangi yorum zekanın rolünü korumaya yönelik ise o yorumu seçmesi gerekecektir⁴⁹⁴.

Dworkin’de “oyunun karakteri” kavramı “yasanın amacı ve niyeti” kavramını karşılamaktadır. Amaç ise kuralın altında yatan ilkeyi ortaya çıkarıp zor davalarda karar verebilmeyi sağlamaktır⁴⁹⁵.

Yorumun mekanik olmaması gerektiğini savunan Dworkin, buna karşılık tamamen serbest olmasının da önüne geçmek istemektedir. Dworkin’e göre, belirli bir toplumda doğru olduğuna inanılarak gerçekleştirilen belirli hâle gelmiş uygulamalar vardır⁴⁹⁶. İşte bu uygulamalar yorumun sınırını oluşturduğu gibi aynı zamanda yoruma güvence sağlar. Hukukla ilgili tartışmalara şekil ve güç veren işte bu paradigmalardır⁴⁹⁷.

Bu doğrultuda hakimlerin amacı pratiği bir kenara bırakarak yeni bir şey icat etmek değil, var olan pratiği geliştirmektir. Hakim bu işlemi yaparken bir teori kuracaktır. Bu teori içerisinde kendi görüşleri de olacaktır fakat yargısal paradigma anlamında emsal kararlar da onu uzlaşmaya zorlayacaktır⁴⁹⁸.

494 A.e., s. 137.

495 A.e., s. 140. Bu noktada Dworkin, verilen kararın anayasayı bütünüyle haklılaştırması gerektiğini belirtmektedir (a.e., s. 141). Şayet zor bir davada farklı iki görüş varsa hakim, bunlardan anayasayı bütün olarak daha iyi haklılaştıran görüşü seçmelidir. Şayet kurallar bu iki görüşten herhangi birine üstünlük vermek için yeterince detaylandırılmamışsa o hâlde bu, artık “siyaset felsefesi” konusu olacaktır (a.e., s. 142).

496 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 103. Dworkin, paradigmalara örnek olarak masum insanları cezalandırmanın adaletsiz olduğuna inanılması, köleliğin adalete aykırı olması, zengin lehine fakirlerden çalmanın adaletsiz olmasını göstermektedir (a.e., s. 106).

497 A.e., s. 125.

498 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 121. Dworkin’e göre hukuk, insanlar arasındaki uyuşmazlıkları uzlaştırıp adaleti gerçekleştirmeye çalışan politik bir oluşumdur. Hakimin görevi de hukuk tarihini daha iyi bir tarih olarak yazmak veya yeniden icat etmek değil, yorumlamaktır (Metin, a.g.e., s. 44). Dworkin’in amacı, aşırı bölünme ile durağanlık arasında bir orta yol bulmaya çalışmaktır. Dworkin, üst mahkeme tarafından bozulmayan içtihatların bir ‘çekim gücü’ oluşturacağını ve bu içtihatın lafzından öte bir tesir doğuracağını belirtmektedir (Wacks, a.g.e., s. 94).

Bu doğrultuda Scrooge⁴⁹⁹ örneğini veren Dworkin’e göre, bu eseri yazan kişinin Scrooge karakteri hakkında tercih edeceği iki farklı yorum vardır. Bunlardan biri, Scrooge’un doğuştan kötü olduğu, diğeri ise toplumsal koşullar sebebiyle kötü bir insan hâline geldiği yönündedir.

Bu yorumlardan birinin seçilmesi yazarın bulunduğu konuma göre değişiklik gösterecektir. Yani, ilk bölümü yazmakta ise bu konuda her iki yorum yöntemini de benimseyebilecektir. Fakat artık son bölümü yazıyor ise bu durumda var olan olay örgüsüne uygun bir yorum geliştirmek zorunda kalacak⁵⁰⁰ ve kendisine ait bölüme kadar Scrooge artık iyi bir insan hâline gelmişse onun aslında kötü bir insan olduğunu ortaya koymaya çalışmayacak ve diğer bölümlere bağlı kalacaktır⁵⁰¹.

Dworkin’in Scrooge örneğinde yorumcunun nasıl hareket etmesi gerektiğini ortaya çıkarmak için onun yorum aşamaları kavramına başvurmak gerekmektedir. Dworkin, yorumu, “yorum öncesi aşama”, “yorum aşaması” ve “yorum sonrası aşama” olarak üçe ayırmaktadır⁵⁰².

499 Bu karakter Dickens’in *Bir Noel Şarkısı* adlı eserinin başkahramanıdır ve Scrooge kelimesi de İngilizcede “cimri” anlamına gelmektedir. Buna göre cimri, başkalarının acısına karşı duyarsız, sadece para kazanmayı dert edinmiş, bu sebeple de yalnızlaşmış bir kimse olan bu karakter eserin sonunda belirli olayların etkisiyle iyi bir insan hâline gelmektedir, bkz. Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 290.

500 Yukarıda bahsedilen anlamda, “Yargısal Paradigma”larla yani uzlaşıyla uyum içinde olmaya çalışacaktır.

501 Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 290-291. (Dworkin, Scrooge karakteriyle ilgili farklı yorum yöntemlerini benimseyen yorumcunun, kendi kişisel kanaatlerinin bu yoruma etki edeceğini kabul etmektedir. Fakat yorum şeklinde aynı zamanda yorumcunun içinde bulunduğu toplumun Scrooge karakterine ilişkin yaklaşımının da etkili olduğunu belirten Dworkin bu şekilde mümkün mertebe yorumu tarafsızlaştırmaya çalışmaktadır).

502 A.e., s. 95- 96.

Yorum öncesi aşama⁵⁰³, ilgili davada hukukun ne olduğunun tespit edildiği aşamadır. Bu aşamada yorum belirli varsayım ve kanaatlere ihtiyaç duyar⁵⁰⁴. Bu noktada yorumun inşa edileceği düzlüğün (platonun) oluşturulabilmesi için⁵⁰⁵ bu aşamayı tasarlayan farklı yorumlar olabilir fakat sağlıklı bir yorum için bu aşamada büyük ölçüde uzlaş, benzerlik olmalıdır⁵⁰⁶.

Dworkin, bir toplumda hukukun bir yorum faaliyeti olarak gelişme sağlayabilmesi için öncelikle o toplumda hukukun ne olduğuna ilişkin asgari ölçüde uzlaş olması gerektiğini savunmaktadır⁵⁰⁷. Buna göre, bir kitaplıkta kaç kitap olduğu tartışılıyorsa öncelikle “kitabın ne olduğu” konusunda uzlaş olması gerekmektedir. Örneğin, bu tartışmada, bir kitaplıktaki *Moby-Dick* nüshası tartışmanın taraflarından birine göre kitap sayılmıyor, diğeri için sayılıyorsa bu tartışmanın hiçbir anlamı olmayacaktır⁵⁰⁸.

Yorumun inşa edileceği düzlük ortaya çıkarıldıktan sonra “yorum aşaması”na gelinmektedir. Bu aşamada yapılacak yorum, önceki aşamada tespit edilen hususa her yönüyle uymasa da yeni bir yorum olmayıp mevcut bir pratiğin yorumu olduğunu gösterecek kadar önceki yoruma uygun olmalıdır. Dworkin’e göre, burada uymaya

503 Bu aşama da aslında bir yorum aşamasıdır. Çünkü toplumsal pratikler kendilerini tarif eden etiketleri üzerlerinde taşımazlar (Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 96). (Dworkin’in bu görüşü, “Hukuk kuralının anlamının yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğu hâllerde hüküm yorumlanmaz, doğrudan uygulanır.” görüşünün de reddi anlamına gelmektedir. Çünkü yukarıda belirtildiği üzere, sözün ne anlama geldiğinin tespiti için de yorum gerekmektedir).

504 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 97.

505 A.e., s. 126- 127.

506 A.e., s. 124. Dworkin’e göre, “benzerlik, hakiki bir ihtilafın çıkmasına yetecek ölçüde yoğun olmalı, fakat bir ihtilafın ortaya çıkmamasına neden olacak kadar yoğun olmamalıdır.” (Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 93). Bu konuda *Türkbağ*, televizyonda yayınlanan bir tartışma programını örnek vererek bu tartışmanın tarafı olan iki kişinin daima iki farklı görüşü savunduğunu ancak temel noktalarda uzlaştığını belirtmektedir (Türkbağ, “Yorum Üzerine”, s. 93-94). (İşte Dworkin de tartışma bir amaca ulaşacaksa tartışmanın temel noktalarında uzlaşılması gerektiğini belirtir ki bununla kast ettiği “hukukun ne olduğu” konusundaki uzlaşdır).

507 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 124.

508 A.a., s. 72.

ilişkin kanaatler kaba bir eşiği temsil eder⁵⁰⁹ ve hakimın vereceği kararı sınırlandırır⁵¹⁰. Birden fazla yorum arasında hangisinin geçerli olduğu belirlenemezse o hâlde yorumlanan şeyi en iyi ışık altında gösteren yorum tercih edilmelidir⁵¹¹.

Son olarak “yorum sonrası aşama” ise ilgili yorumun gerekçelendirilmesi aşamasıdır⁵¹².

İşte Scrooge karakterini yorumlayacak kişi de yorum öncesi aşamada bulunan bir kişi olarak farklı yorumların ne olduğunu ortaya koymalı ve inşa edeceği bölümün temeli için gerekli görüş ve kanaatleri bir araya getirmelidir.

Sonuç olarak Dworkin, yorumun serbest bir faaliyet olmadığını, yorumlanan nesnenin tarihi ve biçiminin yorumu sınırlandırdığını belirtmektedir⁵¹³. Ancak yorum mekanik bir süreç de değildir. İlgili nesneye değer atfetme, onun amacını belirleme ve günümüz açısından yorumlayarak onu geliştirme esas olmalıdır. Bu ise Dworkin’in

509 A.e., s. 318. Dworkin’e göre siyasi haklar, tarih ve adaletin ortak ürünüdür. Bu görüşüyle Dworkin, yazılı hukuk ile adalet arasında gerginliği dengelemektedir. Hakimın verdiği hüküm siyasi kararları yansıtmalıdır. Bu noktada yasanın hükmü ise Dworkin’e göre, takdir yetkisinin kullanılmasında bir çerçeve veya sınır teşkil etmekte ve böylece saçma kararlar verilmesinin önüne geçmektedir (Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 121, 145). Dworkin, kurumsal tarihin hakimın hükmünü sınırlandırmadığını aksine hükmünün malzemesini, arka planını oluşturduğunu belirtmektedir. Bu noktada Dworkin’in “arka plan hakları-kurumsal haklar” ve “somut hak-soyut hak” ayırımına değinilmesi gerekmektedir. Dworkin’e göre, *arka plan hakları*, toplumun siyasi kararları haklılaştırmasını sağlayan haklar olup, *kurumsal haklar* ise belli ve açıkça belirtilen bir siyasi kurumun bir karar için haklılaştırma sağlamasıdır. Dworkin, bu ayırımı bir örnekle somutlaştırmaktadır. Buna göre, her ne kadar hırsızlığı hoş gören bir kurumsal karar çıkarılsa da bunun hoş görülmeceğine yönelik bir arka plan hakkı vardır (a.e., s. 121, 127). Ayrıca bkz. Türkbağ, **Kanıtlanamayanı Kanıtlamak**, s. 103.

510 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 319.

511 A.e., s. 80- 81.

512 A.e., s. 96.

513 Benzer bir bakış açısıyla Aristoteles de doğası gereği genel ve soyut olması gereken kuralların çıplak hakikatler olmadığını, kuralların gerçek anlamlarını ortaya çıkarabilmek için somut olaya uygulanmaları gerektiğini belirterek, bu uygulama sırasında adaletin gereği olarak kuralların ötesine gidilebileceğini fakat bunu yaparken kuralların bir yol gösterici olarak kullanılıp onun sınırlarının da aşılmaması gerektiğini belirtmektedir (Çebi, **a.g.e.**, s. 10).

uygunluk ilkesidir. Yani Dworkin’de yorum, amaç ile nesne arasındaki etkileşim meselesidir⁵¹⁴.

Bu doğrultuda Dworkin’in bütünlük ve uygunluk kavramları göz önüne alındığında, McLoughlin davasında da karar veren hakim kendisini Common Law zincirinde⁵¹⁵ yer alan bir yazar gibi görmesi ve hikâyesini hem önceki benzer kararlara uyan hem de onları gerekçelendiren tarzda oluşturması gerektiğini belirtmektedir⁵¹⁶.

Önermiş olduğu sürecin kolaylıkla üstesinden gelinebilecek bir iş olmadığını bilen Dworkin, teorisini “İdeal Yargıç Herkül” üzerinden tasarlamaktadır. Bununla birlikte Dworkin, bu noktada hakimlerin tecrübesine dikkat çekmekte ve tecrübeli hakimlerin bu süreçte hiç düşünmeden bir teori inşa edeceğini belirterek, yorumda tecrübenin önemini vurgulamaktadır⁵¹⁷.

Dworkin, hakimlerin gerek eğitimleri sırasında gerekse mesleki tecrübeleri sonucunda bir hukuk anlayışı geliştirdiklerini ve bunun bilinçli değil kendiliğinden ortaya çıktığını söylemektedir. Bunun sonucunda ise vermiş oldukları kararların yukarıda uzun uzadıya anlatılan şekilde analizin değil his ve içgüdülerinin ürünü olduğunu belirtmektedir⁵¹⁸.

514 Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 80. Aristoteles de yargılama sürecinin tek yönlü bir süreç değil diyalogik bir süreç olduğunu belirtmektedir. Benzer bir düşünceye sahip olan Gadamer de yargılamanın diyalogik bir etkinlik olduğunu ve hakim, hareket noktası somut olay olmak üzere, tarafları ve uygulanacak normu da göz önünde bulundurarak karar vermesi gerektiğini düşünür (Çebi, **a.g.e.**, s. 15).

515 Yukarıdaki roman zinciri örneğinde olduğu gibi.

516 Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 298.

517 Bu doğrultuda adaleti gerçekleştirme sanatı olan yorumun tecrübeyle kazanılan bir yetenek olduğu belirtilmektedir (Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 135; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, s. 240).

518 Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 320. Dworkin, aslında bu kadar ayrıntılı bir düşünmeye de gerek olmadığını vurgulamakta ve tecrübeli bir hakim yorum aşamalarının bilgisine zaten sahip olacağını belirtmektedir (**a.e.**, s. 306-307). Aynı yönde bkz. Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 139. Ancak Dworkin’e göre, bu aşamaların bilgisine sahip olan hakim, bunları kesin kurallar olarak görmemeli ve somut olayın şartlarına göre ilkeleri değiştirmeye hazır olmalıdır (Dworkin, **Hukukun Hükümranlığı**, s. 322). Ayrıca Dworkin, teorisinin hayata geçirilmesi hâlinde dosyaların üst üste yığılacağını kabul etmekte ve bunun mevcut düzeni eleştirmek ve

Yargılama ve dolayısıyla yorumun teorik değil pratik bir süreç olduğunu ortaya koyan Dworkin, hakimliğin ve yorumun, matematik ve fizik formülleri gibi mekanik olmadığını ortaya koyacak şekilde şu ifadeleri kullanmaktadır: “Hiçbir elektronik sihirbaz argümanlarımdan, davaya ilişkin vakıalar ile geçmişteki bütün yasa ve mahkeme kararı metinleri bilgisayara yüklendikten sonra herkesin kabul edeceği bir hükmü üretecek bilgisayar programı yazamaz.”⁵¹⁹

Görüldüğü üzere, Dworkin, görüşlerini Hart’ın görüşlerinin eleştirisi üzerine bina etmiştir. Özellikle söze aşırı şekilde bağlı kalınmasını eleştiren Dworkin, hukukun sürekli gelişen bir olgu olması gerçeğinden yola çıkarak, bir kanun hükmünü uygulayacak olan hakim bu hükmü mekanik bir şekilde uygulamasına karşı çıkmıştır. İlgili hükme hakim bir değer atfederek her davada hükmü yeniden sorgulayıp yeniden oluşturması gerektiğini savunan Dworkin, bu şekilde hukukun gelişimine katkı bulunmak amacındadır. Ancak o, hakim mevcut hukuk düzeninden bağımsız bir yorum yapmasına da karşı çıkmıştır. Sonuç olarak Dworkin, hakimlerin ne hukuk yarattığını ne de takdir yetkisini kullandığını, uygunluk ve bütünlük kriterlerine göre karar verdiğini savunmaktadır⁵²⁰.

bu yolla ideal olana doğru geliştirmek için bir yöntem olduğunu vurgulamaktadır. İşte bu sebeple Herkül adlı olağanüstü yeteneklere sahip ideal hakim figürüyle teorisini ortaya koymaktadır (a.e., s. 331). Benzer şekilde *Uzun* da, ülkemizde hakimlerin, özellikle aldıkları eğitimin de bir sonucu olarak, hukuki meseleyle ilk karşılaştıkları anda, daha önce görmüş oldukları benzer hukuki olayların bilgisinden yola çıkarak onları nitelendirdiklerini dolayısıyla hukuki bilgidan çok hukuki olayların bilgisiyle hareket ettiklerini belirterek bir tür analogi yaptıklarını ileri sürmektedir (Uzun, **Hukuk Göstergebilimi**, s. 218).

519 Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 511. *Metin* de yargılamanın mekanik olmadığını gösterecek şekilde şu ifadeleri kullanmaktadır. “Yargısal fonksiyon mekanik bir kavram değildir. Üç kol ve bir butondan oluşan ve otomatik bir makine gibi çalışan ideal bir yargı modeli yoktur. Karmaşık problemleri eksiksiz hesaplayan, hızlı ve muhteşem işleyen şaşırtıcı makineler var iken, yargı görevini yerine getirecek, adaleti belirleyecek bir makine yoktur. Karar bütüncül bir anlayışın toplam bir şeklidir.” (Metin, a.g.t., s. 139).

520 Bu doğrultuda Dworkin, adalet, nezaket gibi her kavramın kendi tarihi olduğunu belirtmiştir (Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, s. 104). Dworkin’in tarih ile bugün arasında köprü olma, içerik ile değeri uzlaştırma düşüncesi Hermeneutik gelenekten etkilendiğini ortaya koymaktadır. Dworkin’in, pozitivist anlayışın hukuku mantık ve

Bu bölümün ardından özellikle ikinci bölümde Dworkin'in “bütünlük ve uygunluk ilkeleri” ve ilk bölümde ortaya koyulan “yorumun kaçınılmazlığı ilkesi” ve “her olayın biricikliği ilkesi”nin somut davalarda nazıl tezahür ettiği belirtilmeye çalışılacak ve bu ilkelerin önemi ortaya konulacaktır.



III. DWORKIN'İN YORUM KURAMININ MAHKEME KARARLARI ÜZERİNDEN ANALİZİ

matematiğe sıkıştıran anlayışının aksine tutarlılığı yorumcuya emanet edilmiş bir “hermeneutik tutarlılık” yaklaşımı oluşturduğu belirtilmiştir (Boyar, **a.g.t.**, s. 64). Sonuç olarak Dworkin'in teorisini kurmaktaki asıl amacı, yorumu mekanik olmaktan öteye geçirmektir. Dworkin'in üzerindeki Gadamer etkisi mekanik bir hakim anlayışı karşısında aktif bir hakim anlayışını sergilemesinde de görülmektedir.

Çalışmanın gerek ilk bölümünde temel olarak üzerinde durulan hermeneutik, abdüksiyon gibi kavramlar gerekse de çalışmanın ikinci bölümünde ortaya konulan Dworkin'in yorum anlayışı, Türk hukukuna çok yakın görünmemektedir. Bu durumun sebeplerinden biri hukukumuzun içinde bulunduğu Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin temelde Dworkin'in tezini oluştururken esas aldığı Anglo-Sakson Hukuku'ndan farklı bir sisteme dayanmasıdır. Özetle, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi, yazılı hukuk kurallarının egemen olduğu bir sistem olmasına rağmen, Anglo-Sakson Hukuku ise temelde içtihatlarla dayanan bir sistem olup bunun yanında yazılı hukuk kuralları ise çok küçük bir yer kaplamaktadır.

Dworkin'in ilke-kural ayırımına dayanan tezi ve bu tezi ortaya koymak bakımından özel bir yer teşkil eden Elmer Davası'na benzer bir davanın ülkemizde örneğini bulmak çok kolay görünmemektedir. Buna rağmen, Dworkin'in tezine adını veren "Bütünlük Olarak Hukuk Anlayışı", çalışmanın ilk bölümünde ortaya konulan "Hermeneutik" ve bunun yansıması olan "Her Olayın Biricikliği İlkesi" ülkemiz açısından özellikle incelenmesi gereken bakış açılarıdır.

Bu bölümde, çalışmanın ilk iki bölümünde ortaya konulan hususlar ile birlikte Dworkin'in hermeneutik bakış açısının yansıması olan "Bütünlük Olarak Hukuk Anlayışı"nın hakimlerin her bir somut uyuşmazlıkta mutlaka göz önünde bulundurması gereken yöntemler olduğu uygulamadan örneklerle açıklanmaya çalışılacaktır.

Özellikle belirtilmelidir ki, yukarıda da değinildiği üzere, Dworkin'in yorum kuramında hukukun temelini zor davalar oluşturmaktadır. Bu nedenle hemen hemen her dava bakımından bütünlük ve uygunluk anlayışına uygun bir yorum yapılabileceği savunulabilir. Bu doğrultuda verilmiş birçok karar üzerinden Dworkin'in yorum kuramı incelemesi yapılabilir. Ancak, bu bölümde Türk hukuk yargılamasında verilmiş olan ve bu anlayışı çarpıcı bir şekilde ortaya koyabilecek ve bizce tespiti yapılmış kararlar üzerinden bir analiz yapılacaktır.



A. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN FESHİ⁵²¹

1. Davaya Konu Olay

521 Y1HD. E. 1976/9370, K. 1976/13138, T. 31.12.1976. (İlgili bu kararın farklı bir incelemesi için bkz. Uzun, **Hukuk Metodolojisinin Sorunları**, s. 289-296).

Davacı A, oğlu S ve torunu B ile iki taşınmazı karşılığında ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapmıştır. Oğul S bir süre sonra ölmüş ve ölümünden kısa bir süre sonra mirasçılar tarafından S yönünden ölüm nedeniyle⁵²², B yönünden ise bakım borcunun yerine getirilmemesi sebebiyle fesih davası açılmıştır.

B yönünden bakım borcunun yerine getirilmediği yönündeki iddiayı incelerken Yargıtay, öncelikle tarafların maddi ve kişisel durumu açısından bir değerlendirme yapmış, daha sonra ise ölünceye kadar bakma sözleşmesini sosyolojik bir bakış açısıyla inceleyerek şu tespitlerde bulunmuştur:

“... Davalı B, Ordu’da çalışan ve işi gereği memleketin değişik yerlerinde oturan bir kişidir. Davalı ara sıra Eskişehir’e uğramakta ve bir formaliteyi yerine getirmek üzere davacıyı yoklamaktadır. Zorunlu ve isteksiz bir hatır sormaktan öteye gitmeyen bu yoklamaların taraflar arasındaki sözleşmede öngörülen “Bakma” niteliğini taşımadığı açıktır...”

1305 doğumlu olan ve yaş merdiveninin 90. basamağına tırmanmak üzere bulunan davacının yaşantısını geçirdiği Eskişehir’den ayrılmak ve torunu davalı B’nin peşinden diyar diyar dolaşmak güç ve arzusu olmadığı gibi kendisinden böyle bir harekette bulunmasını da isteyen yoktur. Pek çok örneği olduğu gibi davacı yakınlarının ilgisinden yoksun kalmış ve son demlerini yalnız başına yaşamaya terkedilmiş bir kişidir. Davacı “Bakılan” değil yalnızca “bırakılan” ve düzenlenen sözleşmeye rağmen torunundan umduğunu bulamayan yaşlı bir ninedir.

Türkiye’de ölünceye kadar bakma sözleşmesinin amacına uygun olarak işlemediği acı bir vakıdır. Bu sözleşme çok kez mirasçılardan bazılarını miras haklarından yoksun bırakmak, bazen tatlı vaatlerle yaşlı bir kimse aldatılıp kandırılarak onun maddi varlığını ele geçirmek için kullanılan bir haksızlık ve gasp aracı haline gelmiştir. Sırf bakmayı sağlamak üzere yapıldığı kabul edilen hallerde bile sözleşmeden doğan bakma borcunun yerine getirildiği görülmemiştir. Bugün ülkemizde ana ve babasına bakan evlat, dede ve ninesine bakmak zorunluluğunu duyan torun sayısı azalmıştır. Esasen yasa ve ahlâk gereği bakma yükümlüsü olduğu halde bunu yerine getirmek gereğini duymayan bir kişinin bu borcu sözleşme konusu yapması halinde borçlu yönünden değişen bir şey yoktur. Tersine olarak bu gibi hallerde bakılması lazım gelen kimse yalnız bakılmamakla kalmamakta, elinden malı alınmak suretiyle daha kötü bir duruma düşmektedir. Ömrü boyunca dava nedir bilmeyen kimse, hayatının son demlerinde ve en zor döneminde kaptırdığı malı kurtarabilmek için mahkemelik olmaktadır.”

2. Davanın Dworkin’in Yorum Anlayışı Bakımından Değerlendirilmesi

522 S yönünden özel bir durum olmadığı için bu olayda inceleme, sağ kalan torun B’nin aleyhindeki bakım borcunun yerine getirilmemesi iddiası açısından yapılacaktır.

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki Yargıtay'ın yukarıda verilen gerekçesinde kullandığı argümanlar, “70 km hızın üstünde araç sürenler cezalandırılır.” şeklinde bir yazılı hukuk kuralıyla gerekçelendirilmemiştir. Dworkin'in *Henningsen, Bloomfield Motors'a Karşı* davası örneğinde Yüksek Mahkeme'nin yaptığı gibi Yargıtay, ilgili meseleyi yazılı hukuk kuralları sınırında incelememiş, her hukuk kuralının altında yatan ve o hukuk kuralından daha üst bir konumda yer alan, “ilke” temelinde incelemiştir.

Bilindiği üzere Dworkin, hukukun yalnızca kurallardan oluşmadığını ve hukuktaki akli ifade eden ilkelerin de hukuk düzeninin içerisinde bulunduğunu savunmaktadır. Ona göre, hakimin gerekçesi yalnızca kurallara dayanmaz aynı zamanda bir ilkeye dayanılarak verilmiş olan kararlara da dayanabilir ve bu şekilde verilen kararlar da hukuka uygundur.

İnceleme konusu kararda da Yargıtay, Dworkin'in ilke-kural ayırımına uygun olarak, kararını bir kurala değil ilkeye dayanarak vermiştir. Bu davada Yargıtay Dairesi, kuralın altında yatan ilkenin ortaya çıkarılabilmesi için kurumun doğasına daha yakından bakmış ve yasanın amacını ortaya çıkarmaya çalışmıştır. Bu doğrultuda Yargıtay dairesi öncelikle, bakma borcunun yerine getirilmediği iddiasını incelerken, Dworkin'in “Uygunluk İlkesi”ne uygun olarak, “Ölünceye Kadar Bakma Kurumunun Doğası”ndan⁵²³ hareket etmiştir.

523 Nitekim Yargıtay vermiş olduğu başka bir kararında bu sözleşmenin doğası gereğince hangi hususları içermesi gerektiğini şu şekilde ortaya koymuştur: “Bakım borçlusunun bakıp gözetme yükümlülüğü aksi kararlaştırılmadığı sürece, bakım alacaklısını ailesi içerine alıp ona konut temin etme, besleme-giydirme, hastalığında tedavi etme, manevi yönden de ona her türlü yardım ve desteği sağlama ödevlerini kapsar.” **Y. 14.HD E. 2010/13169, K. 2011/1739, T. 15.02.2011.** (Bu kararıyla Yargıtay, “bakım” kelimesinin neyi ihtiva ettiğini ortaya koymaya çalışmıştır. Ancak burada yapılan, Dworkin'in “semantik iğne” olarak adlandırdığının aksine, kelimelerin anlamlarına takılıp kalmak değil, ölünceye kadar bakma kurumunun en iyi şekilde aydınlatılmasını sağlamak amacıyla anlamının toplumsal bir bakış açısıyla ortaya çıkarılmasıdır).

Yargıtay böylece, Dworkin'in "Uygunluk İlkesi"ne benzer şekilde, mekanik bir hukuk anlayışı yerine, kurumun doğasından hareket ederek, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin ne anlama geldiğini ve böylece kuralın altında yatan ilkeyi tespit etmeye çalışmıştır⁵²⁴.

İnceleme konusu karar açısından belirtilmesi gereken diğer bir husus ise kararda, yukarıda *Henningsen, Bloomfield Motors'a Karşı* davası incelenirken belirtilen⁵²⁵, Yüksek Mahkeme'nin "*Amerikan Mahkemelerinin haksızlığa alet edilmemesi ilkesi*"ne benzer şekilde şöyle bir tespitte bulunulmuştur:

"Daire, ölünceye kadar bakma müessesesinin Türkiye'deki uygulamalarını geniş çapta denetleyebilmek ve genel eğilimi gösteren bir sonuç çıkarabilmek mevkiindedir. Bu konu ile ilgili uygulamaların gerçek yönü ve nedenleri yukarıda bütün çıplaklığıyla açıklanmıştır. Daire, temelinde çok insancıl ve yararlı bir müessese olan ölünceye kadar bakma sözleşmesinin amacına ters düşen uygulamalarını önlemeye uğraşan titiz bir anlayış ve kararlı bir tutum içindedir."

Görülmektedir ki daire, "*ölünceye kadar bakma kurumunun kötüye kullanılmasını ve bu konuda kendisinin alet edilmesinin engellenmesi*"ni bir ilke olarak belirlemiş ve böylece pozitivist yaklaşımın ötesinde kararlarında argüman olarak yalnızca hukuk kurallarına değil Dworkin'in kural-ilke ayırımına benzer şekilde ilkelere de yer vermiştir.

524 Yargıtayın ilgili Dairesi'nin geliştirdiği argümanlardan biri de, "beşeri karine" argümanıdır. Daire tarafların durumunu sosyolojik açıdan değerlendirmekte ve şöyle ifade etmektedir: "Kaldı ki, davacı babaanne, davalı torundur. Dede ve nineler torunlarını çok severler, onları hoş görürler, büyük bir muhabbetle bağrılarına basarlar. Davacı torunu davalı B'ye göz kırpmadan iki taşınmazının yarı payını bağışlamıştır. Babaanne gösterdiği fedakarlık ve ilgiye karşı torunu olan davalı en küçük bir mukabelede bulunsaydı böyle bir dava açmak gereğini duymazdı." Yargıtay, gerekçesinde ayrıca kişinin babaannesine bakma yükümlülüğünün toplumsal ahlâkın bir gereği olduğunu belirterek salt pozitivist bir bakış açısına saplanıp kalmamış ve toplumsal ahlâkı kararında bir argüman olarak kullanmıştır. Toplumsal ahlâk anlayışı, "herkesin kendi memleketinin kanununa uyması gerektiği" özdeyişinin ve "Pirene Dağları'nın bir yanında doğru olan şey, öte yandan yanlıştır." sözünün yansıması olarak görülebilir (Aktaran: Hirş, **a.g.e.**, s. 16-17); Münif Paşa da, kanunların insanların tabiatına uygun olması gerektiğini şu sözlerle dile getirmektedir: "Mesela bir sevb kim için yapılacak ise onun haline göre olmak ve sıcak yerde giyecek ise serin tutucu ve soğuk yerde giyecek ise sıcak tutucu olmak lazım olduğu gibi, bir kanun yapılacağı vakit dahi onun tabi'at ve hilkat-i insaniyyeye muvafık olması nazari itibara alınmalıdır..." (Münif Paşa, **a.g.e.**, s. 63).

525 Bkz. bu eser s.

Tüm bu tespitlerin sonucunda Daire, inceleme konusu bu kararda izlemiş olduğu yöntemi, benimsemiş olduğu hukuk mantığını ve felsefesini şu kelimelerle özetlemektedir: “Hakim insana, tabiata, gerçeğe, olanağa sırt çevirmeden ve katı kalpler içinde sıkışıp kalmadan uyumsuzluğa “insan kokusu” taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır.”

3. Bütünlük Olarak Hukuk Anlayışı ile Amaca Göre Yorum Arasındaki Farklılıklar

Bu noktada belirtilmesi gerekir ki, Dworkin’in bütünlük olarak hukuk anlayışı ile amaca göre yorum arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Amaca göre yorum, sosyal ve ekonomik şartların sürekli bir değişim ve gelişim içinde olması sebebiyle, hukuk kurallarının amacına göre yorumlanmasıdır. Bu amaç kanun koyucunun kanunu koyduğu ândaki sübjektif iradesinin yöneldiği anlam değil, kanunun uygulanacağı ânda ona verilebilecek anlamdır. Bu nedenle amaca göre yorumda, hukuk kuralları mümkün olduğunca geçmişten bağımsız olarak yorumlanır⁵²⁶. Ayrıca bu yorum türünde, hükmün lafzının açık olduğu hâllerde yoruma ihtiyaç duyulmamaktadır⁵²⁷. Ancak bu görüşe rağmen amaca göre yorum yapılırken, kaçınılmaz olarak diğer yorum yöntemlerinden faydanılması gerektiği de belirtilmektedir⁵²⁸. Çünkü amaca göre yorumda temel olarak hukuk kuralının anlamının ortaya çıkarılması gerekmektedir. Bunun için de gerek kanun metnini oluşturan kelimelerin analizi (Lafzi Yorum) gerekse de kanun koyucunun kanunu yaptığı ândaki iradesinin araştırılması gerekmektedir (Tarihsel Yorum).

Amaca göre yorumda, hukuk kurallarının uygulanmasında amaca göre yorum yapılacağı yukarıda belirtilmişti. Ancak birden çok amacın bulunması hâlinde hangisine göre karar verilmesi gerektiği açık değildir. Burada, günün ihtiyaç ve

526 Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, s. 171; Güneş, **a.g.e**, s. 110-112.

527 Sözer, **a.g.e**, s. 82.

528 Sözer, **a.g.e**, s. 90; Güneş, **a.g.e**, s. 112-113.

koşullarına en iyi uyan amacın tercih edilmesi gerektiği savunulmuştur. Ancak bu görüş de, hukuki güvenlik ilkesini zedeleyebileceği düşüncesiyle eleştirilmiştir⁵²⁹.

Amaca göre yorum temel hatlarıyla ortaya konulduktan sonra belirtilmelidir ki Dworkin'in bütünlük olarak hukuk anlayışı, amaca göre yorumdan önemli farklılıklar taşımaktadır. Öncelikle hükmün lafzının açık olduğu hâllerde amaca göre yoruma ihtiyaç duyulmayacağı belirtilmektedir. Oysa ki Dworkin'in hukuk anlayışında “yorum, kaçınılmazdır” ve “hukuk, yorumdur.” Diğer bir deyişle bir normun yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğundan bahsedebilmek için dahi yorum yapılması gerekmektedir.

Ayrıca amaca göre yorumda kural olarak kanun koyucunun kanunu koyduğu ândaki iradesi araştırılmaz ve mümkün olduğunca geçmişten bağımsız olarak karar verilmesi söz konusudur. Kanun koyucunun kanunu koyduğu ândaki subjektif iradesine ancak hükmün amacının ortaya çıkarılması için başvurulabilir. Buna karşılık Dworkin'in bütünlük olarak hukuk anlayışında, yorumcu, “Roman Zinciri” örneğine uygun olarak, romanın kendinden önce yazılmış olan bölümleriyle bütünlük içinde bir yorum yapmalıdır. Bu ise amaca göre yorumun en önemli sakıncalarından biri olan hukuki güvenlik ilkesinin korunmasını sağlamaktadır.

Ayrıca bilindiği üzere Dworkin'in bütünlük olarak hukuk anlayışı hermeneutik geleneğin izlerini taşımaktadır. Hermeneutik anlayışa göre ise yorumcu, hükmün uygulanmasında kendisini geçmişten bağımsız bir noktada görmeden ve içinde bulunduğu zaman ile geçmiş arasında köprü olarak yorum yapmalıdır. Oysa ki amaca göre yorumda asıl olan günün koşullarıdır. Geçmiş ise ancak günün koşullarının aydınlatılması amacıyla başvuru bir araçtır.

Yine, amaca göre yorumda temel noktanın kanunun “*ratio legis*”nin bulunması olduğu ve bunun da kanunun gayesini teşkil ettiği belirtilmektedir. Bu

529 Güneş, **a.g.e.**, s. 115.

gayeye ulaşılması içinse birçok farklı yolun önerildiği görülmektedir⁵³⁰. Sonuç olarak amaçtan ne anlaşılması gerektiği ve buna nasıl ulaşılacağı tam olarak ortaya konulamamaktadır. Dworkin'in bütünlük olarak hukuk anlayışının diğer bir ögesi olan uygunluk ilkesi ise amaca göre yorumda olduğu gibi hukukun değişen koşul ve ihtiyaçlara ayak uydurması amacını taşımakla birlikte amaca göre yorumdan farklı olarak, sistemli bir yorum yöntemi öngörmekte ve gerek hukuk birliğinin sağlanması gerekse hukuki güvenliğin tesisi için makul ve öngörülebilir bir yol ortaya koymaktadır.

530 Sözer, **a.g.e**, s. 84-90; Güneş, **a.g.e**, s. 110-114; Yasemin Işıқтаç, **Hukuk Başlangıcı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012, s. 199.

B. BİR FİİLİN HIRSIZLIK SUÇUNUN NİTELİKLİ HALİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ⁵³¹

1. Davaya Konu Olay

Sanık, sabit bir noktaya bağlı olmaksızın ve açık alanda kilitsiz olarak park hâlinde bırakılan motosikleti çalmış ve yapılan yargılama sonucunda yerel mahkemece TCK'nın 142/1-e maddesi gereğince cezalandırılmıştır. Sanık tarafından temyiz edilen davada ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar Yargıtay 13. Ceza Dairesi tarafından onaylanmıştır. Bu karara karşı sanık lehine olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından itiraz edilmiştir. İtiraz sonucunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu, yerel mahkeme ve Yargıtay dairesinin kararını hukuka uygun bularak itirazın reddine karar vermiştir.

2. Davada Uygulanan Hukuk Kuralları

TCK m. 141/1: *“Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”*

TCK m. 142/1-e: *“Adet veya tahsis veya kullanım gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında... işlenmesi halinde üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmedilir.”*

3. Davanın Dworkın'ın Yorum Anlayışı Bakımından Değerlendirilmesi

İnceleme konusu bu kararın verildiği zamana kadar Yargıtay içtihatlarında istikrarlı olarak, sabit bir noktaya bağlı olmaksızın açık bir alana kilitsiz olarak bırakılan motosikletin çalınmasının, TCK m. 142/1-e kapsamına girmeyeceği ve sanığın TCK m. 141/1 uyarınca cezalandırılması gerektiği hükme bağlanmıştır.

531 YCGK. E. 2012/13-1411, K. 2012/1852, T. 18.12.2012.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı da itirazında bu kararlara atıf yaparak⁵³² fiilin 141/1. maddesi gereğince cezalandırılması gerektiğini savunmuştur.

İnceleme konusunu oluşturan kararda Yargıtay Ceza Genel Kurulu da çok önemli tespitlerde bulunmuştur:

“Değişen sosyal ve ekonomik şartlar göz önüne alındığında, motosiklet kullanımının özellikle sıcak iklimli bölgelerde kullanım kolaylığı nedeniyle yaygınlaştığı, hemen her evde en az bir adet motosikletin bulunduğu, sayılarının gün geçtikçe çoğaldığı ve gündüz kullanımlarında geçici işler nedeniyle motosikletlerin sabit bir noktaya bağlanmaksızın cadde kenarlarında park edilmek suretiyle açıkta bırakılmasının bir kısım bölgelerde genel bir alışkanlık haline geldiği bilinmekle birlikte, adet gereği açıkta bırakıldığının söylenebilmesi için, adetlerin zaman ve yere göre de değişebileceği de göz önüne alındığında suçun işlendiği yörenin sosyal koşullarının da ayrıntılı olarak bilinmesi gerekmektedir.”⁵³³

Yargıtay’ın bu kararında yapmış olduğu tespitler, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin *Henningsen, Bloomfield Motors’a Karşı* davasında, “*ülkede otomobillerin yaygın ve gerekli bir taşıt olduğu, kullanımının da tüm toplum açısından*

532 Y. 13.CD, E. 2011/1595, K. 2011/737, T. 12.09.2011; Y. 13.CD, E. 2011/5845, K. 2011/1854, T. 03.10.2011; Y. 13.CD, E. 2011/18423, K. 2011/5368; Y. 6.CD, E. 2007/15906, K. 2011/44105, T. 17.10.2011. (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının yapmış olduğu itirazda, çalışmanın önceki bölümlerinde değinilen yorum ilkelerini ortaya koyacak birtakım tespitlere yer verilmiştir. Öncelikle Başsavcılık, fiilin TCK m. 142/1-e kapsamına girip girmediğinin belirlenmesinde “hukukun evrensel ilkelerinden” yararlanılması gerektiğini belirterek salt ülke mevzuatına değil, gerek ülke hukukunun gerekse uluslararası hukukun temelini oluşturan kurallara da atıf yaparak itirazında bunları bir argüman olarak kullanmıştır. Dworkin’in “bütünlük olarak hukuk” yaklaşımının bir gereği olarak ve hükmün en iyi ışık altında aydınlatılmasına benzer şekilde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, dava konusu hükmün Ceza Kanununun amacı açısından da irdelenmesi gerektiğini belirterek TCK m. 1’e atıfta bulunmuştur. İlgili bu hükme göre: “Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir.” İtirazda dikkat çeken bir başka tespit ise şu şekilde dile getirilmiştir: “... Kanun kuralına gerçek anlamını kanun koyucunun iradesi verir. Kanunun iradesi kanun koyucunun subjektif iradesi değildir. Yazılı formül içinde ifade edilmiş objektif irade, kanunun iradesini oluşturur. Kanunun iradesini gösteren formül zorunlu olarak genel ve soyut olacağından, kuralın önce içeriğini ve anlamını belirtmeden, iradenin somut olaylara uygulanmasına imkan yoktur. Pozitif hukuk yorumun sınırını oluşturur...”. Yorumun ceza hukuku açısından yansımalarına da değinilen itirazda, “Kanunsuz suç ve ceza olmaz.” ilkesinin sınırları içerisinde kalmak kaydıyla yorum yapılabileceği de belirtilmiştir. Son olarak Başsavcılık, “Kanunun iradesini gösteren formül zorunlu olarak genel ve soyut olacağından, kuralın önce içeriğini ve anlamını belirtmeden, iradenin somut olaylara uygulanmasına imkan yoktur.” demek suretiyle “yorumun kaçınılmazlığı”na da vurgu yapmıştır).

533 Bu karardan sonra YCGK başka bir kararında benzer bir tespitte daha bulunmuştur. Buna göre, “...sayıları gün geçtikçe çoğalan her zaman ve özellikle gün içinde otopark veya bina içlerine park edilmeleri mümkün olmayan cadde kenarlarına tedbir alınmaksızın park edilmeleri zorunluluk halinde bulunan motosikletlerin kullanımları gereği açıkta bırakılmalarının kaçınılmaz olduğu...” YCGK, E. 2014/2-641, K. 2015/103, T. 14.4.2015.

*tehlike arz etmesinden dolayı üreticinin özel bir sorumluluk altında olduğu*⁵³⁴ şeklindeki tespitle önemli benzerlikler taşımaktadır⁵³⁵.

Gerek örnek davada gerekse inceleme konusunu oluşturan davada Yüksek Mahkemelerin gerekçelerinde yer alan argümanlardan hiçbiri;

“Büyük Önerme: Kasten adam öldüren kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır.

Küçük Önerme: A, B’yi kasten öldürmüştür.

Sonuç: A, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılmalıdır.”

şeklinde bir akıl yürütmeye dayanmamaktadır.

Yine verilen karar, yukarıda zikredildiği gibi, “Kasten adam öldüren kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır.” şeklinde bir hukuk kuralıyla da gerekçelendirilmemiştir.

Karardaki, “motosiklet kullanımının özellikle sıcak iklimli bölgelerde kullanım kolaylığı nedeniyle yaygınlaştığı, hemen her evde en az bir adet motosikletin bulunduğu, sayılarının gün geçtikçe çoğaldığı ve gündüz kullanımlarında geçici işler nedeniyle motosikletlerin sabit bir noktaya bağlanmaksızın cadde kenarlarında park edilmek suretiyle açıkta bırakılmasının bir kısım bölgelerde genel bir alışkanlık haline geldiği” şeklindeki argümanlar, Dworkin’in ilke-kural ayırımını akla getirmektedir.

534 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 47-48.

535 Her iki kararda da argüman olarak salt hukuk kurallarıyla hareket edilmemiş ve abdüksiyon şeklinde ifade edilen akıl yürütme yöntemiyle “yaşayan hukuk” da dikkate alınarak, insana, tabiata, gerçeğe sırt çevirmeden karar verilmiştir. Bu kararlar birlikte Yargıtay, hukukun matematik formülleri gibi her zaman aynı sonucu vermeyeceğini ortaya koymuş ve “her olayın biricikliği” ve “yorumun kaçınılmazlığı ilkesi” doğrultusunda hakimin her olayı yepyeni bir olay olarak ele almasının ve aynı zamanda bu olayları sosyal yaşamın değişen koşulları çerçevesinde değerlendirmesinin önemini vurgulamıştır.

Bu doğrultuda inceleme konusu kararda da Yargıtayın ortaya koymuş olduğu gerekçe salt yazılı bir hukuk kuralıyla değil, bütünlük ve uygunluk ilkeleri doğrultusunda, somut olayın özelliklerinin dikkate alındığı ve kuralın altında yatan ilkeye dayanılarak verilmiş bir karar olup bu haliyle Dworkin'in yorum kuramı ile de uygunluk göstermektedir.

İlgili kararda ayrıca hermeneutik anlayışa uygun olarak, hukukun yalnızca bir açıklama değil anlama meselesi olduğu da ortaya konulmuş olmaktadır. Bu kararla, geçmişte benzer konuda verilmiş olan kararlar tekrar edilmemiş ve mahkeme, geçmişle günün koşullarını bir arada düşünerek ikisini uzlaştıma gayreti içerisinde olmuş ve günün koşullarının adil bir karar için neyi gerektirdiğini anlamaya çalışmıştır.

Bu yönde aynı zamanda mahkeme, Dworkin'in satranç oyunu örneğinde olduğu gibi “oyunun karakteri”ni ortaya koymuştur. Bu doğrultuda, hırsızlık konusu motosikletlerin toplumda kullanımları konusundaki yaygınlığa ve kullanım şekillerine değinerek, hükmün en iyi ışık altında aydınlatılmasını sağlamak ve böylece kamu düzenini sağlayarak daha adil bir karar vermek yolunu benimsemiştir.

Sonuç olarak mahkeme, adaletin göz ardı edildiği seri üretim karara imza atmak yerine, hırsızlık konusu motosikletlerin doğasından, karakterinden yola çıkarak, hırsızlık suçuyla korunan hukuki değerin altında yatan ilkeyi ortaya çıkarmış ve kararında bu ilkeyi uygulamıştır.

C. TMK M. 175/1'İN HAKİME YOKSULLUK NAFKASININ SÜRESİNİ BELİRLEME KONUSUNDA TAKDİR HAKKI VERİP VERMEDİĞİ⁵³⁶

1. Davaya Konu Olay

Açılan boşanma davasında davacı süresiz olarak nafaka talebinde bulunmuş, yargılamayı yapan Aile Mahkemesi ise tarafların evlilik süresi, çocuklarının bulunmaması, tarafların boşandıktan sonra birbirlerini görmeyecek olması, TMK'nın 175. maddesinde davacının süresiz olarak yoksulluk nafakası talebine ilişkin olarak “isteyebilir” ifadesine yer verildiği yoksa mutlaka istenmesi gerektiği anlamında “istenir” ifadesinin bulunmadığından bahisle, yoksulluk nafakasının 2 yıllık bir süreyle ve irat şeklinde ödenmesine karar vermiştir.

Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, TMK'nın 175. maddesinin konuluş amacının, boşanmadan dolayı yoksul düşecek eşin koşulları bulunduğu sürece diğer eş tarafından ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması olduğunu belirterek, nafaka alacaklısı açıkça talep etmedikçe nafakanın belirli bir süreyle sınırlandırılmasının yasada bulunmayan bir unsur yasaya dahil etmek anlamına geleceğini, ilgili bu maddede TMK m. 4 anlamında hakime tanınmış bir takdir yetkisinin olmadığını, kanunun yoksulluk nafakasının “süresiz” olmasını açıkça öngördüğünü ve takdir hakkına sığınarak nafakayı belirli bir süreyle sınırlandırmanın kanuna açık aykırılık oluşturduğunu belirterek hükmü usul ve esastan bozmuştur⁵³⁷.

536 Y2HD, E. 2016/8859, K. 2017/14407.

537 Aynı yönde başka bir karar için bkz. **Y. 2.HD, E. 2016/24486, K. 2017/7036**. Başka bir kararında Daire, ilk derece mahkemesinin tarafların yaşı, evlilik süresinin kısalığı, davacının iş bulma şansının yüksek olması gibi sebeplere istinaden 2 yıllık bir süreyle toptan ödeme şeklinde kararlaştırdığı yoksulluk nafakasının, aylık irat şeklinde ödeme hâlinde süresiz olarak takdir edilebilmesinin mümkün olmasına rağmen iki yıllık bir süreyle belirlenmesinin yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir, bkz. **Y. 2.HD, E. 2010/7918, K. 2010/10493, T. 31.5.2010**.

İtirazda, yoksulluk nafakasının sürekli olmasının dürüst olmayan evlilik taleplerini teşvik edici, nafaka yükümlüsünün yeniden evlenmesini zorlaştırıcı, yine boşanan eşlerin yeniden evlenmesini engelleyici mahiyette olduğu, eşlerin evliliği sona erdirmek istemelerine rağmen yoksulluk nafakasının sürekli olması sebebiyle devam ettirmek zorunda kaldıkları ve bu nedenle aile içi şiddet ve huzursuzluğun arttığı, aynı zamanda yoksulluk nafakasının sürekli olmasının kişileri çalışmamaya teşvik edici olduğu vurgulanmıştır.

2. Davanın Dworkin’in Yorum Anlayışı Bakımından Değerlendirilmesi

Öncelikle belirtilmesi gereken, bu argümanların ilk bakışta Dworkin’in politika argümanları olarak belirttiği argümanları ifade ettiği izlenimi doğurmasıdır. Bilindiği üzere, “**ilke argümanları** bireysel bir hakkı saptamak için tasarlanan argümanlardır”; “**politika argümanları** ise, kollektif bir amacı saptamak için tasarlanan argümanlardır. İlkeler hakları tanımlayan önermelerdir; politikalar amaçları tanımlayan önermelerdir.”⁵³⁸ Dworkin’e göre, politikalar hayatın her alanında hakim durumdadır. İlkelerin yani hakların hakim olacağı tek alan ise yargısal alandır. Bu nedenle yargı kararları ilke argümanlarıyla haklılaştırılmalıdır.

Bilindiği üzere, Dworkin’in bütünlük olarak hukuk anlayışı yaklaşımında hakimin amacı, içinde bulunduğu hukuk düzeninin tek ve tutarlı bir adalet şemasını yansıtır şekilde gösterilmesini sağlamaktır. Bu ise, “Tek Doğru Cevap Tezi” ile mümkündür. Dworkin’in “Tek Doğru Cevap Tezi”, mutlaka tek bir yorumun doğru olduğu, diğer yorumların doğru olmadığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Çünkü Dworkin, hukuk düzeninin “kusursuz dokunmuş bir kumaş”, “dikişsiz bir ağ” olarak gösterilmesini sağlamak için hakimin yapmış olduğu yorumun daha önceden verilmiş hukuki kararlara en iyi uyan ve onu en iyi gerekçelendiren tarzda oluşturulması gerektiğini savunmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılan yorum, hukuk sisteminin

538 Dworkin, **Hakları Ciddiye Almak**, s. 124.

temelinde yatan ilkeler ve bu konuda daha önceden verilmiş kararlarla bütünlük içerisindeyse bu yorum, “Tek Doğru Cevap Tezi”ne de uygundur.

Özellikle belirtilmesi gerekir ki, Dworkin’de yorum, ne geçmiş kararlara tıpa tıp uyan ne de tamamen başıboş bir yorumdur. Hakimin yapmış olduğu yorumun öngörülemez nitelikte olmasını engelleyen bütünlük ilkesidir. Çünkü bu ilkeyle hakim, hukuk düzeninin tek bir ağızdan çıkmış gibi tutarlı olduğunu göstermek zorundadır. Bu ise ancak, önceki kararlarla bütünlüğün sağlanması hâlinde mümkün olacaktır.

Yine hakimin yapmış olduğu yorumun tamamen önceki kararlarla aynı, mekanik olmasını engelleyen ise, Dworkin’de uygunluk ilkesidir. Uygunluk ilkesine göre hakim, yapmış olduğu yorumla mevcut pratiği bir adım öteye götürmelidir. Bu ise, olaya uygulanacak kuralın altında yatan ilkenin, tüm hukuk düzeni göz önünde bulundurularak, ortaya çıkarılmasını gerektirmektedir. İlkenin ortaya çıkarılması içinse “kurumun doğası” kavramından hareket ederek “yasanın amacı” saptanmalıdır.

Dworkin’in bütünlük ilkesi, onun hermeneutik gelenekten etkilendiğini göstermektedir. Birinci bölümde de belirtildiği üzere, hermeneutik anlayışta, tarih önemli bir yer tutmaktadır. Yorumcu yorum yaparken tarihten kendisini soyutlamamalı ve bir akış içerisinde kendisini tarihin bir parçası olarak görmelidir. Bu sebeple metnin tarihselliği ile içinde bulunduğu zaman arasında köprü olmalıdır.

Yine, Hermeneutik geleneğin önemli temsilcilerinden olan Gadamer de, yorumcunun tarihe saplanıp kalmaması gerektiğini ve hükmün günün koşullarına göre yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Bunun içinse, hükmün verilmesine sebep olacak bütün sebeplere yorumcunun hakim olması gerektiğini savunmaktadır. yapılacak yorumun daima daha önceki yorumu bir adım öteye götürmesi gerektiği anlayışını savunan Gadamer, hakimlerin de herkes gibi yasaya bağlı olduklarını ve başıboş ve hukuk düzeninden bağımsız bir yorum yapmaması gerektiğini savunmaktadır.

Bu doğrultuda Dworkin'in bütünlük olarak hukuk anlayışını iki ögesinden biri olan bütünlük ilkesi hukukta öngörülebilirlik ve istikrarı sağlama amacı gütmektedir. Hakim, yorum yaparken bütün bir hukuk düzenini göz önünde bulundurmalı ve yorumun yapılacağı düzlüğü, diğer bir deyişle yorumun sınırlarını ortaya koymalıdır.

İnceleme konusu karar açısından da öncelikle Türk hukuk sistemi bütüncül olarak ele alınmalı ve nesnel bir yorum yapılması amacıyla yorumun sınırları ortaya konulmalıdır.

Hatırlanacağı üzere, Dworkin'in roman zinciri örneğinde yorum yapan her bir bölüm yorumcusu, kendi bölümünü yazarken yapmış olduğu yorumun, romanın önceki kısımlarının temel yapısal unsurlarına aykırılık içermemesine özen göstermelidir. Bu durum aynı zamanda önceki bölümlerin ortaya konulması anlamına gelmektedir. Yine, hermeneutik anlayışta yorumcu, geçmişle günün koşulları arasında köprü görevi görmeli ve bu nedenle, hükmün tarihsel anlamına ve yapısına hakim olmalıdır. İşte bu bakış açısına uygun olarak yoksulluk nafakasının tarihi gelişimi incelenmelidir. Bu inceleme sonucunda hukuk uygulayıcısı, yazılı hukuk kuralları ile içinde bulunduğu zaman arasındaki gerginliği gidermiş ve tarih ile güncel hayat arasında köprü görevi görmüş olacaktır.

Yoksulluk nafakası ilk olarak Eski Medeni Kanun'un (EMK) 144. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede, *“kanun koyucu boşanan eşler arasındaki ilişkinin daha fazla uzamasını sakıncalı gördüğünden”*⁵³⁹ yoksulluk nafakasının süresini 1 yıla sınırlandırmıştır. Daha sonra EMK'nın 144. maddesinde 4.5.1988 yılında yapılan değişiklikle bu süre kaldırılarak şu hüküm getirilmiştir: *“Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında ‘süresiz olarak’ nafaka isteyebilir...”*⁵⁴⁰

539 Mehmet Hamzaçebi, “Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 3-4, 2002, ss. 23-48, s. 35.

540 Hükmün gerekçesinde ise şu ifadeler yer verilmiştir: “Mevcut metindeki kusursuz eşin boşanma davası neticesinde yoksulluğa düşmesi halinde diğerinin ona bir sene süre ile nafaka ödemeye mahkum edileceği hükmü değiştirilerek bir yıllık kaydın adalete uygun düşmediği nazara alınıp, kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun

EMK'nın 144. maddesinde 1988 yılında yapılan değişiklik 4721 sayılı MK'da da korunmuş ve hüküm, aktarılan tarihsel gelişimi sonucunda mevcut hâlini almıştır.

152. maddesine uygun olarak süresiz nafaka mecburiyeti esası kabul edilmiştir.” (aktaran: Emrah Kulaklı, ”Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. V, S. 1, 2018, ss. 237-268, s. 250-255). 1988 yılında yapılan değişikliğin gerekçesinde Mehaz Kanun’a atıf yapılması yerinde bir tespittir. Zira, Yargıtay 1945 yılında vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber yorumlarında ilmi içtihatlardan da faydalanabileceğine göre bunların asıllarına bakmaktan vazgeçemeyiz.” (YİBK, T. 28.11.1945, 2/5 sayılı Karar Resmi Gazete s. 63-65’den aktaran: Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 129). Yargıtay’ın yukarıda belirtilen İBK doğrultusunda, Mehaz Kanun hakime hüküm kurmada bir argüman teşkil edecektir. Ancak bu yalnızca amaca ulaşmada bir araç olup tek başına değerlendirilecek ve sonuç verecek bir argüman da değildir. Bu doğrultuda İsviçre’nin toplumsal koşullarıyla Türkiye’nin toplumsal koşulları aynı olmadığı için hakim kendi toplumunun sosyal ve ekonomik koşullarını ilgili hüküm bakımından ayrıca değerlendirmelidir. Ayrıca, Mehaz Kanun’da değişikliğin yapıldığı dönemde, gerekçede belirtildiğinin aksine, yoksulluk nafakasının süresiz olacağına ilişkin bir hüküm ve dolayısıyla bir zorunluluk bulunmamaktadır (Kürşad Yağcı, “Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C.LXXVI, S.1, 2018, ss. 323-358, s. 327). Hollanda hukukunda yoksulluk nafakasının üst sınırının 12 yılı aşamayacağı; Avusturya hukukunda yoksulluk nafakasının süresinin evlilik süresini aşamayacağı belirtilmiştir (Yağcı, **a.g.e.**, s. 329-330). Aynı yönde çağdaş hukuk sistemlerinin çoğunda yoksulluk nafakasının süresinin belirlenmesinde hakime takdir yetkisi tanındığı belirtilmiştir. bkz. (Kulaklı, **a.g.e.**, s. 261). Bu dönemde İsviçre uygulamasında, yoksulluk nafakasının belirli kriterler doğrultusunda belirli bir süreyle sınırlandırılması yolunda bir içtihat geliştirilmiş bulunmaktadır. 1.1.2000’de yapılan değişiklikle birlikte bu uygulama kanun hâline getirilmiş ve kanunun belirlediği sınırlar içerisinde yoksulluk nafakasının süresinin hakim tarafından belirlenmesi esası kabul edilmiştir. Böylece, yukarıda açıklandığı gibi, hakime sınırları belirli bir alanda seçme yetkisi verilmiş ve gerçek anlamda takdir yetkisi ortaya çıkmıştır. İsviçre hukukundaki kriterler ise şunlardır: 1. Evlilik süresince eşlerin görev paylaşımı, 2. Evliliğin süresi, 3. Evlilik sırasındaki eşlerin yaşam standartı, 4. Eşlerin yaşları ve sağlık durumları, 5. Eşlerin malvarlığı ve gelir durumları, 6. Eşler için çocukların hâlihazırdaki bakım yükümlülüğü ve bunun süresi, 7. Eşlerin mesleki eğitimleri ve kariyer beklentileri ve iş yaşamına yeniden girebilmeleri için gerekli olan masraflar, 8. Yaşlılık aylığı, ölüm aylığı ve mesleki emeklilik maaşı ya da diğer özel veya kamusal emekli maaşları ya da bunların herhangi bir kısmından vazgeçilmesi durumunda elde edilmesi beklenen gelirler. Ayrıca, Uygulamada 5 yıldan kısa süren evlilikler “kısa süreli”, 5-10 yıl arası evlilikler “orta süreli”, 10 yıldan fazla süren evlilikler ise “uzun süreli” sayılmış ve evlilik süresi nafaka süresinin belirlenmesinde önemli bir kriter teşkil etmiştir (Yağcı, **a.g.e.**, s. 328).

Yorumcunun tarihsel metin ile içinde bulunduğu zaman arasında köprü olabilmesi için ortaya koyması gereken diğer unsur ise içinde bulunduğu zamanın şartlarıdır. Bir hukuk yorumcusu açısından bakıldığında ise, yorumcu kanun hükmünün uygulanacağı ândaki mevcut hukuk düzenini bütüncül olarak ele alıp Dworkin'in deyiimiyle, “yorumun inşa edileceği düzlüğü” ortaya çıkarmalıdır.

Bu doğrultuda, yukarıda anılan itirazda dile getirilen tüm hususlar ilgili hükmün içerisinde bulunduğu daha geniş bir düzenin yani hukukun bir parçası olarak pozitif hukukta yani Anayasa'da ifadesini bulmuştur. Bunlardan, “yoksulluk nafakasının sürekli olmasının dürüst olmayan evlilik taleplerini teşvik edici”, “nafaka yükümlüsünün yeniden evlenmesini zorlaştırıcı”, “boşanan eşlerin yeniden evlenmesini engelleyici” mahiyette olması, “eşlerin evliliği sona erdirmek istemesine rağmen yoksulluk nafakasının sürekli olması sebebiyle evliliği istemeden devam ettirmek zorunda kalmaları” ve “bu nedenle aile içi şiddet ve huzursuzluğun arttığı”, şeklindeki hususlar AY m. 41⁵⁴¹ gereğince; “yoksulluk nafakasının sürekli olmasının kişileri çalışmamaya teşvik edici olması” ise AY m. 49⁵⁴² gereğince hakimın hükmünü oluştururken dikkate alması gereken hususlardır.

Yine, ilgili hükmün içerisinde bulunduğu Medeni Kanun incelendiğinde, TMK m. 178'e göre, evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava haklarının bir yıllık bir zamanaşımına tabi olduğu görülmektedir. Bu hükmün gerekçesinde de evliliğin bitmesinden yıllar sonra eşlerin tekrardan karşı karşıya gelmelerinin

541 Bu hükme göre, “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.”

542 Bu hükme göre, “Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.”

önlenmek istendiği belirtilmiştir⁵⁴³. Benzer bir saikle EMK'nın 144. maddesinin ilk hâlinde yoksulluk nafakası da 1 yıllık bir süreyle sınırlandırılmıştır.

Bununla birlikte yorumun inşa edileceği düzlüğün ortaya çıkarılması açısından hukuk düzenine bütüncül olarak bakıldığında, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin kabul edildiği bir hukuk sisteminde⁵⁴⁴ evlilikten doğan yoksulluk nafakası borcunun süresiz olarak hükmedilmesinin sistemin temel yapısal unsurlarına aykırı olduğu söylenebilir.

Yorumun inşa edileceği düzlük, yani yorumun bütün bir hukuk düzeni göz önünde bulundurularak sınırları ortaya konulduktan sonra inceleme konusu karar Dworkin'in bütünlük olarak hukuk anlayışının diğer bir ögesi olan uygunluk ilkesi doğrultusunda ele alınmalıdır.

Uygunluk ilkesi ile hakimin yapmış olduğu yorumla hukuku bir adım öteye götürmesi amaçlanmaktadır. Bu ise “kurumun doğası” yani “yasanın amacı” kavramının ortaya çıkarılmasını gerektirmektedir. Yasanın amacının nasıl ortaya çıkarılacağı konusunda ise Dworkin'in *Henningsen, Bloomfield Motors'a Karşı* davası örneği önem teşkil etmektedir. Bu davada mahkeme yapmış olduğu yorumla, somut olayın özelliklerini dikkate almış ve kuralın temelindeki ilkeyi ortaya çıkarmıştır.

Bu açıdan bakıldığında kuralın altında yatan ilkenin ortaya çıkarılması için somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu doğrultuda inceleme konusu karardaki hukuki ihtilafa benzer bir ihtilafta AYM'nin yapmış olduğu yorum dikkat çekicidir. TMK m.175'e yönelik ihtilafa konu davada, davaya bakan Kestel Asliye Hukuk Mahkemesi somut norm denetimi (itiraz) yoluyla AYM'ye başvurmuştur⁵⁴⁵.

543 Yağcı, **a.g.e**, s. 341.

544 Burçak Çitak, “Yoksulluk Nafakası”, **İÜHF**, C. LXXIV, S. 1, 2016, ss. 241-257, s. 251.

545 İlgili başvuru ve karar için bkz. AYM, E. 2011/136, K. 2012/72, T. 17.5.2012. Anayasa Mahkemesi ilgili bu kararda “süresiz olarak” ibaresinin nafaka alacaklısının her durumda ölünceye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmediğini belirtmiştir. AYM bu kararıyla TMK m. 176'da düzenlenen nafakanın belirli şartlarda kaldırılmasını düzenleyen pozitif hukuk kurallarına gönderme yapmakta ve yalnızca ilgili hükümleri tespit etmekle yetinmektedir. Bu hükümle Yargıtay'ın uygulamasına benzer şekilde yoksulluk nafakasının süresiz olarak hükmedilmesi gerektiğini, şayet kanunda yazılı şartları varsa kaldırılabilceğini vurgulamaktadır.

AYM'nin bu başvuruda belirttiği gibi⁵⁴⁶ yoksulluk nafakasıyla kanun koyucunun güttüğü amaç, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek olan eşin evlilik sonrası hayata uyum sağlamasını kolaylaştırmaktır⁵⁴⁷.

Ülkemizde özellikle evlilik sırasında iş ve kariyerinden ödün vererek sırf evliliği için fedakârlıkta bulunan eşin, evliliğe olan güveninin boşa çıkarılması sebebiyle yaşadığı kaybın giderilmesi ve mümkün olduğunca boşanmadan önceki iş ve kariyer hayatına geri dönmesinin sağlanması yoksulluk nafakasının amaçlarından⁵⁴⁸. Burada sadece yoksulluğa düşen eşin iş ve çalışma hayatından verdiği ödün değil aynı zamanda evlenmeden önce çalışmıyor olsa da sırf evliliğe güveni sebebiyle meydana gelen yoksulluk durumu da göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁴⁹.

Bu noktada özellikle belirtilmesi gerekir ki, Dworkin'in bütünlük olarak hukuk anlayışı amaçsal yorumdan önemli farklılıklar taşımaktadır. Detaylı açıklama önceki karar incelemesinde yapılmış olmasına rağmen bu noktada özellikle belirtilmelidir ki, Dworkin'de esas olan hükmün amacını değil hükmün altında yatan ilkeyi ortaya çıkarmaktır. Bu ise, amacı kapsamakla birlikte daha geniş bir incelemeyi gerekli kılmakta ve ilkeler, amaçtan daha geniş bir kapsama sahip bulunmaktadır.

Somut meselenin çözümü açısından nafaka kurumunun doğasına daha yakından bakıldıktan sonra, yoksulluk nafakasına ilişkin olarak mevcut bulunan

546 "...boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır."

547 Bu amacın belirlenmesinde, Mehaz Kanun'da belirtilen kriterlerden "evlilik süresince eşlerin görev paylaşımı" ve "eşlerin mesleki eğilimleri ve kariyer beklentileri ve iş yaşamına yeniden girebilmeleri için gerekli olan masraflar" şeklindeki kriterler, ülkemiz açısından yoksulluk nafakasının amacının belirlenmesinde önemli bir kriter teşkil edebilecektir.

548 Aynı yönde bkz. Kulaklı, **a.g.e.**, s. 263.

549 Bu doğrultuda evlilik ile yoksulluk olgusu arasında nedensellik bağı bulunmalı ve yoksulluk nafakasına hükmedilmesindeki amaç, lehine nafakaya hükmedilen eşin ölene kadar diğer eş tarafından bakılması değil yeni hayatına ayak uydurması için eski eş tarafından desteklenmesi olmalıdır. bkz. (Yağcı, **a.g.e.**, s. 334; Demirbaş, **a.g.e.**, s. 227). (Burada yapılan yorum, MK. 2'de ifadesini bulan dürüstlük ilkesinin bir yansımasıdır. Böylece her türlü sözleşme ilişkisinde olduğu gibi manevi yönü ağır basmasına rağmen maddi yönü de bulunan evlilik sözleşmesinde de tarafların dürüst davranma borcu ve sözleşmeye olan güveni boşa çıkarmama yükümlülüğü sağlanmış olacaktır).

ilkelerden hangisine öncelik tanınması gerektiği belirlenmelidir. Bilindiği üzere, Dworkin'in yorum kuramında hukuk düzeni içerisinde sayısız ilke vardır. Bir meselede hangi ilkenin üstün olacağını ortaya koymak için her somut meselede ayrıca bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu değerlendirme sonucunda ilkelerden birinin diğerine üstün gelmesi gerektiği kanaatine varılırsa bu durum, diğer ilkenin ilga edildiği anlamına gelmeyecek ve sadece diğer davalar açısından daha az göz önünde bulundurulması anlamına gelecektir.

Bu doğrultuda, yoksulluk nafakasına ilişkin hukuk sistemlerinde mevcut bulunan ilkelerden “clean break” ve “evlilik sonrası dayanışma” ilkeleri bulunmaktadır⁵⁵⁰. Bu ilkeler, Dworkin'in ilkeler tanımına uygun olarak, her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bilindiği üzere, ilkeler, ağırlık ve önem boyutuna sahiptir. Kurallar gibi ya hep ya hiç şeklinde uygulanmaz. Bu ayırımla Dworkin, belirli bir mesele açısından bir kuralın ya uygulanacağını ya da uygulanmayacağını ifade etmektedir. Buna göre, bir borç ilişkisinde zamanaşımı ya gerçekleşmiştir ya da gerçekleşmemiştir. Oysa ki ilkeler her somut olayda ağırlıkları ayrıca tartılması gereken standartlardır. Bir davada uygulanmayan bir ilke benzer başka bir dava açısından uygulanabilir. Bu ise, ilkelerin her somut olayda hakim tarafından ayrıca değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Sonuç olarak Yargıtay, TMK m. 175'de belirtilen yoksulluk nafakasının “süresiz” olarak hükmedilmesi gerektiğinin tartışmaya mahal vermeyecek kadar açık olduğunu belirtmekte ve böylece aslında bu hükmün, yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar tartışmasız olduğunu savunmaktadır. Çalışmanın tamamında ortaya konulduğu üzere, bu bakış açısı Dworkin'in bütünlük olarak hukuk anlayışıyla uygunluk göstermemektedir. Çünkü, hukukun merkezinde yorum vardır ve bir hükmün yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğunu söylemek için de bir yorum yapılması

550 İsviçre'de yoksulluk nafakasına ilişkin olarak “clean break” yani kişisel sorumluluk ilkesinin kabul edildiği ve bunun zıttı olan “evlilik sonrası dayanışma ilkesi”nin ancak istisnai birtakım hâllerde söz konusu olacağı belirtilmektedir. Bu hâller ise nafaka talep eden eşin hastalığı, yaşı veya engelli olması gibi sebeplerle bakıma muhtaç olması olarak gösterilmektedir. Benzer şekilde Alman hukukunda da “clean break ilkesi”nin geçerli olduğu belirtilmiştir (bkz. Yağcı, **a.g.e.**, s. 329-330).

gerekmektedir. Ayrıca hukukun matematik ve fizik formülleri gibi kesinlik taşıyan bir kurum olmadığının bilincinde olarak genel ve soyut hükümler, amaçları doğrultusunda ve “her olayın biricikliği ilkesi” gereğince kendi şartları içerisinde değerlendirilmelidir.

Bu doğrultuda yoksulluk nafakasına ilişkin hüküm; gerek kuralın tarihsel gelişimi, kanun koyucunun amacı, gerekçesi, mehz kanunun içeriği, gerekse de hükmün içerisinde bulunduğu Anayasal ve yasal sistem göz önünde bulundurularak, her olayın kendi şartları içerisinde ele alınması suretiyle verilmelidir⁵⁵¹.

3. Bütünlük Olarak Hukuk Anlayışı ile Sistematik Yorum Arasındaki Farklılıklar

Bu noktada özellikle belirtilmelidir ki, Dworkin’in bütünlük ilkesiyle sistematik yorum arasında benzerlikler bulunsa da aralarında önemli birtakım farklılıklar da bulunmaktadır.

Öncelikle lafzi yorum ve tarihsel yorum yöntemleriyle hükmün anlamının belirlendiği hâllerde sistematik yoruma gerek duyulmadığı ileri sürülmektedir⁵⁵². Oysa ki bütünlük olarak hukuk anlayışına göre, her somut olayda ortaya konan tez ayrıca sınanmalıdır.

Yine sistematik yorumda, metnin lafzına özel bir önem atfedilmesine rağmen bütünlük olarak hukuk anlayışında asıl olan, kuralın altında yatan ilke ile hukuk düzeni arasında tutarlılığın sağlanmasıdır.

551 Hamzaçebi, **a.g.e.**, s. 35.

552 Sözer, **a.g.e.**, s. 104.

Sistematik yorum da, bütünlük olarak hukuk anlayışıyla benzer şekilde hükümlerin rastgele dizilmediği ve belli bir planının olduğu anlayışına dayanmaktadır⁵⁵³. Ancak sistematik yorum, çoğunlukla bir hükmün içinde bulunduğu kanunun sistematigiyle veya bağlantılı kanun hükümleriyle uygunluk anlamında kullanılmaktadır⁵⁵⁴. Bu yaklaşımda bir kanun hükmü yorumlanırken o hükmün kanunun içinde bulunduğu yeri, madde başlığı gibi hususlar dikkate alınmakta ve bu unsurlarla arasında bir tutarlılık sağlanması amaçlanmaktadır⁵⁵⁵. Sistematik yorumda da yapılan yorumun Anayasaya uygun olması gerektiği belirtilmektedir⁵⁵⁶. Bütünlük olarak hukuk anlayışında da bütün bir hukuk düzeninin üzerinde yer alan Anayasaya uygun yorum yapmak gerekmektedir. Tüm bu benzerliklere rağmen belirtilmesi gerekir ki bütünlük olarak hukuk anlayışında maddi varlığa sahip yazılı hukuk kurallarına uyum göstermekle birlikte sistematik yorumun aksine bu hâlde dahi hukuk düzeninin içerisinde bulunan ilkeler, daima ön planda bulunmaktadır.

553 Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, s. 169-170; Güneş, **a.g.e.**, s. 116.

554 Sözer, **a.g.e.**, s. 104-105; Güneş, **a.g.e.**, s. 117-118.

555 Güneş, **a.g.e.**, s. 117.

556 Işıktaç, **Hukuk Başlangıcı**, s. 202; Sözer, **a.g.e.**, s. 107.

Ç. ALDATILAN EŞİN, EVLİ OLDUĞUNU BİLDİĞİ KİŞİYLE İLİŞKİYE GİREN 3. KİŞİDEN TAZMİNAT İSTEYİP İSTEYEMEYECEĞİ⁵⁵⁷

1. Davaya Konu Olay

Aldatılan eşin, kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla, eşiyle onun evli olduğunu bilerek ilişkiye giren 3. kişiye karşı açmış olduğu dava, İzmir 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 28.04.2008 gün ve 2006/386 E. ve 2008/161 K. sayılı kararında, “zarara asıl olarak aldatan eşin sebebiyet verdiği ve bu zararın davalı 3. kişinin eylemiyle ilgisi olmadığı” gerekçesiyle reddedilmiştir.

Hükmün temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 09.04.2009 gün ve 2009/10692 E. ve 5303 K. sayılı kararında, “TMK m. 185 hükmü gereğince eşlerin birbirlerine sadakatle yükümlü oldukları, gerçekleştirilen sadakatsizlik fiiline bilerek katılan davalı 3. kişinin, davacı eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğindeki

557 YİBBGK, E. 2017/5, K. 2018/7.

eylemden sorumlu olduğu” gerekçesiyle hükmü bozmuş ve ilk derece mahkemesinin direnmesi üzerine dosya Hukuk Genel Kurulu’nun (HGK) önüne gelmiştir.

HGK, yapmış olduğu inceleme sonucunda talebin haksız fiile ilişkin olduğunu belirterek, Y. 4.HD’nin gerekçesine benzer şekilde, *“eşlerin birbirlerine sadakatle yükümlü olduklarını, davacı kişinin eşinin gerçekleştirilen aldatma eylemiyle hukuk düzeni tarafından korunmayan haksız bir davranış içine girdiğini ve davalı 3. kişinin de kocanın sadakatsizlik eylemine katıldığı”*nı belirterek davacının 3. kişiden manevi tazminat talebinin kabulüne karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay’ın bu uygulaması 2015 yılına kadar çeşitli kararlarında⁵⁵⁸ istikrarla sürdürülmüştür.

Ancak Y. 4.HD 2015 yılında vermiş olduğu kararında⁵⁵⁹, *“davalı 3. kişinin davacı eşin ‘doğrudan’ bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir davranışı olmadığı ve 3. kişinin fiilini yasaklayan bir hukuk kuralı da bulunmadığı, ayrıca eşler arasındaki sadakat yükümlülüğünün ihlali hâlinde TMK m. 174/2 hükmü gereğince aldatılan eşin, dava dışı olan eşinden manevi tazminat isteyebileceği ve bu hükümlerin kişilerin evlilik sözleşmesinin tarafı olmaları sebebiyle kendilerine tanındığı”* gerekçeleriyle hükmün bozulmasına karar vermiştir

Y. 4.HD 2015 yılında vermiş olduğu kararına ilişkin olarak, ilk derece mahkemesinin hükmünde direnmesi üzerine dosya önüne gelen YHGK eski içtihadı sürdürerek davacı eş lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁶⁰. YHGK gerekçesinde, 2009 yılında vermiş olduğu kararına benzer şekilde, *“davanın temelinin haksız fiile dayandığını, bu doğrultuda davalı 3. kişinin eyleminin örf ve âdet hukukunca korunmayan, ahlâka ve adaba aykırı haksız bir davranış olduğunu, dava*

558 Y 4.HD, E. 2012/8809, K. 2013/8039, T. 6.5.2013; Y 4.HD, E. 2013/13062, K. 2014/7611, T. 12.5.2014; Y 4.HD, E. 2014/2260, K. 2015/11, T. 13.1.2015.

559 Y 4.HD, E. 2014/8510, K. 2015/7762, T. 11.6.2015.

560 YHGK, E. 2017/4-1334, K. 2017/545, T. 22.3.2017.

dışı eşin sadakat yükümlülüğüne aykırı eyleminden onunla birlikte sorumlu olduğu”nu belirtmiştir.

Tüm bu kararlar üzerine Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu (YİBBGK) 2018 yılında vermiş olduğu kararla birlikte davacı eşin, dava dışı eşiyile evli olduğunu bilerek ilişkiye giren 3. kişiden manevi tazminat talebinin, davalı 3. kişinin eyleminin doğrudan davacı eşin kişilik haklarını ihlal etmeye yönelik olmadığı müddetçe kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Kurul gerekçesinde, sadakat yükümlülüğünün eşler arasında evlilik sözleşmesinden kaynaklanan nispi bir hak olduğunu ve bunun yaptırımını düzenleyen TMK m. 174/2 hükmünün sadece evlilik sözleşmesinin taraflarını bağladığını belirterek evlilik sözleşmesinin tarafı olmayan 3. kişiye karşı ileri sürülemeyeceğini, ayrıca bir kimsenin “eşi tarafından aldatılmamayı isteme hakkı” gibi mutlak bir hakkının da bulunmadığını söylemiştir. Olayı ayrıca haksız fiil açısından da değerlendiren Kurul, Medeni Hukuk’ta evli bir kişiyle birlikte olmayı yasaklayan bir hükmün bulunmadığını, eşlerin birbirleri üzerinde herhangi bir kişilik hakkının da olmadığını, evlilik bağının kişilik hakkı doğurduğunun kabulünün sınırlı sayıdaki bazı değerleri korumayı amaçlayan temel koruma normlarının kişilik hakları lehine genişlemesine yol açacağını ve bunun, eşi tarafından “sadakatsizliğe uğratılmama hakkı”nın dolanılması anlamına geleceğini, ve ayrıca evlilik birliğinin ve aile bütünlüğünün korunması saikleriyle de kabul edilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

2. Davanın Dworkin’in Yorum Anlayışı Bakımından Değerlendirilmesi

Öncelikle Yargıtay’ın vermiş olduğu bağlayıcı nitelikteki bu karar, Dworkin’in ilke-kural ayırımı ve ilkeler yoluyla her olayın biricikliğinin göz önüne alınması gerektiğine yönelik yaklaşımla uygunluk göstermemektedir. YİBK’nın inceleme konusu kararı ile, her olayın birbirinin aynısı olmayacağı ve kişisel birtakım durumların dikkate alınmasını gerektirecek hâller olabileceği ihtimali baştan bertaraf edilmektedir.

İnceleme konusu olay bakımından Dworkin'in bütünlük olarak hukuk anlayışı çerçevesinde bir yorum yapılmalıdır. Öncelikle yapılan yorum bütünlük ilkesine uygunluk göstermelidir. Bütünlük ilkesiyle amaç, yapılan yorumun tüm hukuk düzeniyle uyum içerisinde olduğunun gösterilmesidir. Bu, aynı zamanda yorumun öngörülebilir ve nesnel olmasını sağlayacaktır.

Bu doğrultuda hakim yalnızca ilgili hükmün bulunduğu kısmı değil bu hükmün tüm hukuk düzeni içerisindeki yerini incelemeli ve bu incelemeyi yaparken de yalnızca yazılı hukuk kurallarını değil, Dworkin'in ilkeler tanımına uygun olarak, hukuk düzeninin bütününe egemen olan ve yazılı hukuk kurallarının kendisinden soyutlama yoluyla⁵⁶¹ çıkarıldığı ilkeleri de göz önünde bulundurmalıdır.

Bu konuda *Erem* de hukuka aykırılık unsurunu açıklarken bu aykırılığın yalnızca yazılı hukuk kurallarına aykırılığı kapsamadığını, aynı zamanda yazısız hukuk kurallarını da kapsadığını belirterek TBK m. 58'de yer alan hükmün bunlar arasında yer aldığını vurgulamaktadır⁵⁶².

YHGK'nın vermiş olduğu kararlarda belirtilen şu husus da kişilik hakkının tespitinde önem taşımaktadır:

“...gerek Anayasamızda, gerek Medeni Kanun’umuzda aile toplumun temeli olarak kabul edilmiş ve aileyi koruyan hükümlere yer verilmiştir. Aile sadece mensubu olan kişiler için değil toplum için de önemlidir ve hem yazılı hukuk düzenimizde hem de örf ve adet hukukumuzda özel bir yere sahiptir. Bu nedenledir ki, ailenin korunmasına yönelik düzenlemeler sadece aileyi değil, tüm toplumu ilgilendirmektedir. Aile mensuplarının birbirlerine karşı yükümlülüklerinin ihlali çoğu zaman toplum düzenini de etkilemekte, yasalar nezdinde koruma önlemlerinin alınması yoluna gidilmektedir.”⁵⁶³

561 Hırş, **a.g.e.**, s. 22. *Hırş* de Dworkin gibi, hukuk kurallarından önce bu kuralların temelini oluşturan ilkelerin ve gerçeklerin kavranması gerektiğini belirtmektedir (Hırş, **a.g.e.**, s. 6). (Buradaki “gerçekler” ifadesi, yukarıda ele alınan *Henningsen, Bloomfield Motors’a Karşı* davasında ve bu bölümün başındaki 1. Olay’da görüldüğü gibi, “abdüksiyon” a uygun olarak somut olayın şartlarının araştırılması ve yaşamdan kopuk bir kararın verilmemesi gerektiğini içerir).

562 Eren, **a.g.e.**, s. 663.

563 YHGK, E. 201774, K. 2017/556, T. 29.03.2017; YHGK, E. 2017/1334, K. 2017/545, T. 22.03.2017; YİBBGK, E. 2017/5, K. 2018/7.

Yargıtay bu tespitiyle⁵⁶⁴, Dworkin'in ilke-kural ayrımı doğrultusunda, "Ailenin Korunması Hakkı" veya "Aile Bütünlüğü"nin Türk hukuk düzeninin temelinde bulunan bir ilkedен doğduğunu ve bir kişilik hakkı olduğunu ortaya koymuştur⁵⁶⁵.

564 Bu hükme göre aile, Türk toplumunun temelidir ve ailenin huzurunun korunması için Devlet gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Hukukun toplumsal düzeni sağlamakta araç olduğu görüşü bu noktada işlevsellik kazanmaktadır. Çünkü, hakim içinde yaşadığı Türk toplumunun temeli ailedir. Hakim, toplumu oluşturan en önemli unsur olan aileyi korumalıdır ki hukuk araç olma, yani toplumsal düzeni ayakta tutma görevini yerine getirebilsin. *Işıқтаç* da, hukuk kurallarının çözümlenmesinde dilsel bir çözümlemenin yeterli olmadığını ve sosyal kontrol aracı olan hukukun bu görevini yerine getirebilmesi için hukukun sosyal ve kültürel koşullarla birlikte okunması gerektiğini belirtmektedir. bkz. (Işıқтаç, "Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Argümanlarının Hukuk Uygulamasında Kullanılma Olanakları", s. 134). Yargıtay'ın bu tespitinde diğer önemli bir nokta da hakim yorum yaparken kararının pratik sonuçlarını göz önünde bulundurmasıdır. Bu kararda Yargıtay, aile kurumuna ilişkin kararların aynı zamanda toplumu da etkilediğini belirtmektedir. Gerçekten de hakim, inceleme konusu olan kararın karşı oy gerekçesinde de belirtildiği üzere, verilecek bu kararın aile kurumunu etkileyebileceğini ve ilgili fiillerin toplumda normalleşebileceğini de göz önünde bulundurmak zorundadır. Yargıtay da başka bir kararında şu tespitlere yer vermiştir: "Hakimin hak ve nesafetle hüküm vermesi de, hukuk biliminden yararlanarak genel olarak Türk toplumunun sosyal, ekonomik ve moral yapısını, ...uygun sonucu bulması demektir." (Y 4.HD, 16.6.1977-9690/7016, **Yargıtay Kararları Dergisi** Haziran 1978, C. IV, S. 6, s. 915-917'den aktaran: Tutumlu, **a.g.e.**, s. 138, dipnot 113). Benzer bir bakış açısıyla konunun yalnızca hukuki değil sosyal ve etik yanı olduğu ve bu açılardan da değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir (bkz. H. Reyhan Demircioğlu, "Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiye Yöneltilen Manevi Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. LXV, S. 3, 2016, ss. 687-721, s. 689). Bir başka kararında da Yargıtay, amacı sosyal mutluluğu sağlamak olan hukukun *halkın onayını kazanmayan ve onun hak duygusunu tatmin etmeyen bir yorum tarzının benimsenmemesi gerektiğini* belirtmiştir (YHGK, 30.06.1993- 2/121/492. Aktaran: Tutumlu, **a.g.e.**, s. 137).

565 *Dural/Öğüz*, kişilik haklarını sayarken "aile bütünlüğü" değerini de göstermiş ve kişilik hakkına ilişkin olarak şu tanımlı vermiştir: "Kişilik hakkı, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkıdır." Kişilik hakkının hangi unsurlardan oluştuğunu tespit etme görevinin hakimde olduğunu belirten *Dural/Öğüz*, hakim, bir kişilik hakkı ihlali iddiasıyla karşılaştığı zaman öncelikle hukuk düzeninin bütünü çerçevesinde, ihlale konu olabilecek bir kişilik hakkının bulunup bulunmadığını tespit etmesi ve bu konuda özellikle Anayasa m. 17-40 hükümlerini göz önünde bulundurması gerektiğini belirtmiştir (Mustafa Dural/Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku**, C. II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012, s. 100, 101).

Bütünlük olarak hukuk yaklaşımının bütünlük ve uygunluk ilkelerinden oluştuğu belirtilmişti. İnceleme konusu karar açısından bütünlük ilkesi yukarıda ortaya konulmakla birlikte kararın uygunluk ilkesi açısından da incelenmesi gerekmektedir.

Uygunluk ilkesi, hukukun gelişmesini temin edecek ilke olup yapılan yorumla pratiğin bir adım öteye götürülmesi gerektiğini içerir. Bu ise hukuk kuralının uygulanacağı kurumun karakterinin diğer bir deyişle, doğasının ortaya çıkarılmasını gerektirmektedir. Uygunluk ilkesinde nihai amaç, hükmün altında yatan ilkenin ortaya çıkarılmasıdır.

Bu doğrultuda inceleme konusu olayda eşlerden birinin diğerinden tazminat isteyebilmesinin kaynağı TBK m. 58’de düzenlenen manevi tazminat hükmüdür. Bu hükümle, kişilik hakkı zedelenen kişiye zarar verenden manevi tazminat isteme hakkı getirilmektedir. Bu nedenle kurumun doğasını aydınlatmak için kişilik hakkı kavramına daha yakından bakılması gerekmektedir.

Kişilik hakları, kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, sağlığı, ismi, resmi gibi manevi varlıkları kapsayan⁵⁶⁶ değerler üzerindeki haklardır. Kişilik hakları, sayılan bu değerlerden ibaret olmayıp kanun koyucu tarafından, zamanın şartlarına göre ortaya çıkmasına imkân sağlayacak şekilde, çerçeve olarak düzenlenmiş⁵⁶⁷ ve içeriğinin doldurulması hakime bırakılmıştır⁵⁶⁸.

Bu açıdan bakıldığında TMK m. 24’de düzenlenen kişilik hakkı, AY m. 5’de devletin temel amaç ve görevleri sayılırken belirtilen “...kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” hükmü doğrultusunda yorumlanmalıdır.

566 Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 161.

567 M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, C. II, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 257.

568 Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 100.

Kişilik hakkının Anayasa gereğince başta TMK m. 24 vd. hükümleri olmak üzere bu hükmün çeşitli şekillerde görünümünü teşkil eden normlarla korunmasının amacı, kişinin toplum içerisinde maddi ve manevi varlığını korumasını ve geliştirmesini temin etmektir⁵⁶⁹. AY m. 17’de belirtilen, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı da, kişilik haklarının tanınmasının asıl amacının bu olduğunun göstergesidir. Toplum içerisinde kişiliğin korunması ve geliştirilmesine yönelik en önemli kurum ise, aile kurumudur.

Yine Dworkin’in uygunluk ilkesi doğrultusunda hükmün altında yatan ilkenin ortaya çıkarılması için, kurumun doğasının en iyi ışık altında gösterilmesini sağlayacak bir yorum yapılmalıdır. Bu doğrultuda, somut olayın temelini oluşturan evlilik sözleşmesine daha yakından bakılması gerekmektedir.

Evlilik ilişkisi, bir sözleşme ilişkisi olmasına rağmen alelade bir sözleşmeden farklıdır. Aile hukukuna ilişkin olup⁵⁷⁰ diğer sözleşmelere nazaran maddi yanı değil manevi yanı ağır basan bir sözleşmedir. Dolayısıyla evlilik ilişkisine dair hükümler, pozitivizmin oluşturduğu belirli kalıplar çerçevesinde değil⁵⁷¹, evliliğin doğasından hareket edilerek ve evlilik kurumunu en iyi aydınlatacak ışık altında incelenmelidir.

Bu açıdan bakılacak olursa Anayasal hükümler çerçevesinde herkesin istediği kişiyle ilişkiye girme hakkı bulunmaktadır. Ancak evlilik kurumunun niteliği ve doğası gereğince eşler evlenmekle rızaları doğrultusunda karşılıklı olarak bu özgürlüklerinden vazgeçmeyi kabul etmiş sayılırlar. Nitekim evlilik ile evlilik dışı birlikteliği ayıran hususlardan biri de verilmiş olan bu sözün resmileştirilmesi ve güvenilirliğinin sağlanmasıdır. Aynı yönde sadakat yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin

569 **A.g.e.**, s. 99.

570 Emel Badur, Gamze Turan Başaran, “Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. LXV, S.1, 2016, ss. 101-136, s. 113.

571 Bu doğrultuda bir görüş için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 259-260.

nişanlılık hâlinde de uygulanacağı şeklindeki görüşün⁵⁷² gerekçelerinden biri de, nişanlılık ilişkisinin evlilik gibi kutsal bir kuruma yönelik olması ve bu şekilde hem tarafların kişilik haklarının hem de evlilik kurumunun yapısının korunması yoluyla toplumsal düzenin sağlanmasıdır⁵⁷³.

Sadakat yükümlülüğünün ihlali halinde medeni hukuk alanında herhangi bir yaptırım öngörülmediği ve TMK m. 174/2’de belirtilen manevi tazminat davası açma hakkının ancak boşanmayla birlikte ileri sürülebilmesinin bunun bir göstergesi olduğu şeklindeki düşünce de evlilik kurumunun doğasına ve evliliğe ilişkin hükümlerin konuluş amacına uygun görünmemektedir.

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki aldatılan eşin, 3. kişiye karşı dava açamamasına gerekçe olarak, aldatılan eşin kendi eşine dahi evlilik birliği devam ederken dava açamayacağının ileri sürülmesi, kelimelerin anlamlarından hükmün anlamına ulaşılmasını amaçlayan “semantik iğne”nin tesiridir.

Oysa ki, uygunluk ilkesi doğrultusunda, kurumun doğasına daha yakından bakıldığında, evlilik kurumunun evlilik birliği devam ederken eşlerden birinin kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasıyla diğerine karşı dava açması, söz konusu evliliğin temellerinin sarsıldığına karine olarak görülebilir.

Benzer bir mantıkla sadakatsizliğin en ileri derecelerinden biri olan⁵⁷⁴ zina sebebiyle açılmış boşanma davasında zinanın ispatı hâlinde evliliğin temelinden sarsıldığı karinesiyle evlilik birliğinin devamında artık bir fayda görülemeyeceğinden hareket edilmiş ve hakimin bu durumda takdir yetkisi olmaksızın boşanmaya karar

572 Badur/Başaran, **a.g.e.**, s. 103, 105.

573 Benzer bir mantıkla eşlerin karşılıklı veya tek taraflı olarak cinsel sadakatsizliğe rıza göstermelerinin hem hukuka hem de ahlâka aykırı olacağı gerekçesiyle verilen rızanın hukuka aykırı olacağı ve hukuk alanında bir sonuç doğurmayacağı belirtilmiştir. bkz. (Badur/Başaran, **a.g.e.**, s. 109).

574 Sadakatsizliğin yalnızca cinsel sadakatsizlik olmadığı ve eşine karşı yalan söyleme, sır saklama, gerçekleri söylememeyi de içerdiği belirtilmiştir (Badur/Başaran, **a.g.e.**, s. 103, 106).

vermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu böylece evliliği ayakta tutmak için mümkün olduğunca eşler arasındaki ilişkinin bu dereceye gelmesini önlemeye çalışmış ve kamuya yönelik bir husus olmadıkça evliliğe müdahale etmemeyi tercih etmiştir. Bu doğrultuda evliliğin tazminat davası açılıp da sarsılmasını değil ayakta kalmasını istediği içindir ki böyle bir durumda eşlerden birinin uzlaşmayı sağlamak üzere hakime başvurabileceğini (TMK m. 195) hüküm altına almıştır.

Bu amaçla hareket edilmiş olmasına rağmen, gerek İBK’da gerekse doktrinde, sadakat yükümlülüğünün ihlali hâlinde herhangi bir yaptırım öngörülmediği şeklindeki anlayışın tersine olarak kanun koyucu sadakatsizliğin en ileri derecesi olan zina fiili karşılığında toplumun temeli olan aile kurumunun dağılmasına izin vermiş ve bir medeni hukuk yaptırımı⁵⁷⁵ oluşturmuştur⁵⁷⁶.

Sonuç olarak Dworkin’in bütünlük olarak hukuk yaklaşımı doğrultusunda görülmektedir ki Türk hukuk düzeninde “aile bütünlüğü ilkesi” veya “aile birliğinin

575 Badur/Başaran, **a.g.e.**, s. 111.

576 YİBK kararı, karşı oy gerekçesinde de belirtildiği gibi AY m. 36 gereğince hak arama hürriyeti ve bunun yansıması olan her olayın biricikliği ilkesine de aykırıdır. Böyle bir bakış açısı yukarıdaki gibi TMK m. 174/2 hükmünün yalnızca cinsel sadakatsizlik hâlinde uygulanabilir bir hüküm hâline getirilmesine ve farklı nitelikteki davaların özelliklerinin görmezden gelinmesine yol açacaktır. Yukarıda “abduksiyon” şeklinde ifade edilen akıl yürütme yöntemi de, AY m. 36’ya aykırı fiillerin ortaya çıkmasını engelleyici bir görev üstlenmektedir. Çünkü hukuk kuralları, yukarıda belirtildiği üzere, toplumun ve hayatın sürekli değişim hâlinde olmasından dolayı toplumsal ihtiyaçları karşılamaktan uzaklaşabilir. Bu nedenle daima sözün öze uygun olup olmadığı irdelenmeli ve tüm bilimlerde var olan “çelişmezlik ilkesinin” hukukta da hayat bulabilmesi için dikişsiz bir ağ olması öngörülen hukuk bu amaç doğrultusunda daima kontrol altında bulundurulmalıdır (Hirş, **a.g.e.**, s. 10, 11). Örneğin, inceleme konusu olan kararlara benzer şekilde açılmış bir tazminat davasında (YHGK, E. 2017/4-1482 K. 2017/556, T. 29.3.2017.) davacı, eşinin 3. kişiyle sokaklarda el ele gezdiğini, tarafların yataкта çekilmiş birçok fotoğrafını gördüğünü tüm bu sebeplerle çevresinde aldatılan kadın olarak görüldüğünü iddia etmiştir. Bu davada YHGK’nca diğer eşin sosyal kişilik değerlerine aykırılık olduğu kabul edilmiştir. Yukarıda örnek verilen davalarda mevcut olan “aile bütünlüğünün korunması” kişilik hakkından farklı olarak bu olayda gerçekten de diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı söz konusudur; sosyal kişilik değeri, kişinin onuruna, saygınlığına, özel yaşamın gizliliğine yönelik saldırılar olarak gösterilmektedir (Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm: Kişiler Hukuku**, s. 456). (İşte bu sebeplerdir ki her olay kendi içerisinde değerlendirilmeli ve biricik olduğu inancıyla meselenin çözümü yoluna gidilmelidir).

korunması ilkesi”⁵⁷⁷ bir kişilik hakkıdır⁵⁷⁸. Bu hak ayrıca “ailenin sağlamlığı ilkesi” olarak ifade edilmiş ve aile hukukumuzda etkisi açıkça görülen bir ilke olduğu vurgulanmıştır⁵⁷⁹.

Önemle belirtmelidir ki, inceleme konusu karar hakkında yukarıda yapılan çıkarım başıboş, keyfi ve öngörülemez bir yorum değildir. Bilindiği üzere, Gadamer, yorumcunun kanunun ilk anlamını bilmeden yorum yapamayacağını belirtmekte ancak somut olayda bu ilk anlamın doğrudan doğruya uygulanmasına da karşı çıkmaktadır. Ona göre, yapılması gereken keyfi yoruma kaçmaksızın, değişen şartları dikkate alarak tarihin sürekliliği içerisinde adilane bir karar vermektir. Bunun için de somut olaya uygulanacak kanunun ait tüm bağlamlara hakim olunması gerekmektedir.

Gadamer’in göstermiş olduğu yolun hukuk açısından somutlaşmasını sağlayan Dworkin ise, bu keyfiliğin önüne geçmek için Roman Zinciri örneğini vermekte ve belirli bir bölümü yazan yazarın romanının temel yapısal unsurlarına aykırılık taşımaması gerektiğini belirtmekte ve bunun hukukta ve yorumda istikrarı ve sürekliliği sağlayacağını savunmaktadır.

Bu doğrultuda yukarıda yapılan çıkarım da, başta Anayasa olmak üzere, somut olaya uygulanacak TMK ve TBK hükümleri ile yargı içtihatları doğrultusunda gerekçelendirilip, bu gerekçe sonrasında oluşturulan sınır dahilinde yapılmıştır.

Ancak yapılan yorum, kanunun veya kararların tekrarından öteye giderek, Gadamer ve Dworkin’in görüşlerine uygun olarak, uyumsuzluk konusu olan, aile

577 Reisoğlu bu hakkı “aile hayatının ihlali” olarak nitelendirmiştir. bkz. (Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 24. Baskı, İstanbul, Beta, 2013, s. 236); “Aile bütünlüğünün korunması” ilkesinin genel bir hukuk ilkesi olduğunu gösteren başka bir kaynak için bkz. (Metin, **a.g.t.**, s. 296).

578 Bu yorum şekli 1993 tarihli YHGK kararında belirtilen, “sosyal mutluluğu sağlama amacı”na da uygundur. Bu kararında YGHK şu ifadelere yer vermiştir: “Diğer sosyal kurallar gibi hukuk da sosyal mutluluk içindir. Halkın tasvibini kazanmayan onun hak duygusunu tatmin etmeyen bir yorum tarzının onu mutlu etmeyeceği açıktır.” (YHGK, 30.06.1993-2/121-492. Aktaran: Tutumlu, **a.g.e.**, s. 262).

579 Edis, **a.g.e.**, s. 141.

kurumunun doğasına ve evlilik sözleşmesinin karakterine daha yakından bakılarak, adilane bir karar verilmesi gerektiğini amaçlamıştır. Bu doğrultuda, kanunun düzenlemiş olduğu alan olan aile ve evlilik tüm bağlamlarıyla ortaya konularak, uyumsuzluk en iyi ışık altında aydınlatılmaya çalışılmıştır.



D. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENICİDEN ARSA PAYI DEVRALAN KİMSELERİN TMK

1. Davaya Konu Olay

Davacı arsa sahipleri yükleniciyle 1985 yılında yapmış oldukları “kat karşılığı inşaat sözleşmesi” ile arsanın 104/56 payını tapuda yükleniciye devretmişlerdir. Yüklenici ise bunun karşılığında davacılar adına bağımsız bölümler yapmayı üstlenmiştir. Daha sonra yüklenici, kendisine devredilen arsa paylarını tapuda yapılan işlemle 3. kişi olan davalılara satmış ve bu hisseler onlar adına tescil edilmiştir. Yüklenicinin edimini zamanında yerine getirmemesi üzerine davacı arsa sahipleri, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ve 3. kişi davalılar adına tescil edilen payların iptali için dava açmıştır.

İlk derece mahkemesinde yapılan yargılamada mahkeme, “*yükleniciden pay devralan davalı 3. kişilerin yüklenicinin halefi olduklarını ve yüklenicinin edimlerini yerine getirmemesinden dolayı onunla birlikte sorumlu olduklarını, davalıların mülkiyet haklarının doğabilmesi için yüklenicinin edimlerini yerine getirmesi gerektiğini, payları devralırken yüklenicinin edimini yerine getirmemesi hâlinde ilgili arsa paylarına ilişkin haklarının doğmayacağını bildiklerini ve arsa payları üzerindeki haklarının iptal edilebilme riskini göze alarak bu payı edindiklerini*” belirterek, davanın kabulüyle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ve davalılar adına yapılan tescilin iptaliyle davacılar adına tesciline karar vermiştir. Davalıların yapmış olduğu temyiz talebi üzerine Yargıtay kararı onamış⁵⁸¹ ve bunun üzerine AYM’ye hak ihlali olduğu iddiasıyla yapılan bireysel başvuru da AYM tarafından kabul edilmemiştir.

580 Bakırköy 3. ASHM. E. 2009/358, K.2011/180.

581 Y. 15.HD, E. 2011/6169, K. 2012/5968, T. 3.10.2012.

2. Davanın Dworkin'in Yorum Anlayışı Bakımından Değerlendirilmesi

İnceleme konusu karar açısından Dworkin'in yorum yöntemiyle bir analiz yapılması gerekmektedir. Bütünlük ilkesi açısından hukuki mesele incelendiğinde, öncelikle Türk hukuk sisteminde yazılı hukuk kuralları ve bu kurallara dayanılarak verilmiş olan kararların incelenmesi gerekmektedir.

Bu açıdan bakıldığında, MK m. 1023'e göre, "tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur."

MK m. 1023'ün korumasından yararlanmak için 5 farklı unsurun gerçekleşmesi gerekir. Buna göre; 1) adına yolsuz tescil bulunan kişi veya külli halefleri dışında ancak üçüncü kişiler bu korumadan yararlanabilir. Öncelikle belirtilmesi gerekir ki inceleme konusu olayda, davalıların arsa paylarını devraldığı anda tescil yolsuz değildir. Yolsuz tescil, "*gerçek hak durumuna uymayan tescildir.*" Bu uygunsuzluk başlangıçta bulunabileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilir; 2) koruma sadece sicil kaydına dayanan kazanımlar içindir; 3) koruma sadece ayni hak kazanımı içindir; 4) üçüncü kişi iyiniyetli olmalıdır; 5) diğer kurucu unsurların da bulunması gereklidir⁵⁸².

Bütünlük ilkesi doğrultusunda Türk hukuk sisteminde yazılı hukuk kuralları ve mevcut kararlar ışığında temel yapısal unsurlar ve yorumun inşa edileceği düzlük ortaya konulduktan sonra, Dworkin'in uygunluk ilkesi doğrultusunda inceleme yapılmalıdır. Uygunluk ilkesi, hukukun mevcut durumundan bir adım öteye götürülebilmesi için, kurumun doğasının ortaya çıkarılmasını gerektirmektedir. Bu doğrultuda, hükmün en iyi ışık altında gösterilmesini sağlamak amacıyla kat karşılığı inşaat sözleşmesine daha yakından bakılması gerekmektedir.

582 M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 17. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 231-237.

Öncelikle belirtilmesi gerekir ki olayda davanın konusunu teşkil eden “kat karşılığı inşaat sözleşmesi”nin düzenlenmesindeki amaç, parası olmayan arsa sahibinin arsasının bir bölümünü devrederek taşınmaz sahibi olması, yüklenicinin ise arsa sahibinden aldığı payları satarak kâr elde imkânı kazanmasıdır⁵⁸³.

Bununla birlikte olaydaki hukuki sebep olan MK m. 1023’ün düzenlenmesindeki amaç ise *“kişilerin huzur ve güven içerisinde alışverişte bulunmaları, satın aldıkları şeylerin ileride kendilerinden alınabileceği endişelerini taşımamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle, alan kişinin iyi niyetinin korunması”* şeklinde ifade edilebilir.⁵⁸⁴

Görülmektedir ki, uygunluk ilkesi doğrultusunda MK m. 1023 ile kanun koyucu, menfaatlerin dengelenmesinde tercihini iyi niyetli 3. kişiden yana kullanmaktadır. Bu sebeple bu maddenin şartlarının gerçekleştiğinin anlaşılması hâlinde, yukarıda da belirtildiği üzere, hakimın sırf adalete aykırı olduğu için ilk olarak arsa sahibini koruması mümkün değildir.

Ancak bu hükümde her ne kadar 3. kişinin menfaati ön plana çıkarılmış ise de menfaatlerin mümkün olduğunca dengelenmesi adına hakim, MK m. 1023’ün şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini titizlikle araştırmalıdır. Bu konuya ilişkin Yargıtay şu tespitte bulunmuştur:

“... tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni sağlamak uğruna, tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin, iyi niyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Gerçekten bir yanda tapu sicilinin doğruluğuna inanarak iktisapta bulunduğunu ileri süren kimse diğer yanda ise kendisi

583 Yavuz, **a.g.e.**, s. 554.

584 Y. 1.HD, E. 2011/427, K. 2011/2764, T. 10.3.2011. Aynı kararda Yargıtay şu hususlara da değinmiştir: “Bir devleti oluşturan unsurlardan biri insan unsuru ise bunun kadar önemli olan ötekisi topraktır. İşte bu nedenle Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini sağlamış, iyi veya doğru tutulmamasından doğan sorumluluğu kabul etmiş, değinilen tüm bu sebeplerin doğal sonucu olarak da tapuya itimat edip, taşınmaz mal edinen kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğunu duymuştur.”

için maddi hatta bazı hallerde manevi büyük değer taşıyan ayni hakkını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalan önceki malik bulunmaktadır.”⁵⁸⁵

Bu tespitinden sonra Yargıtay, menfaatlerin dengelenmesinin sağlanması adına aynı kararında şu sonuca ulaşmaktadır:

“Bu nedenle, yüzeysel ve şekilci bir araştırma ve yaklaşımın büyük mağduriyetlere yol açacağı, kişilerin Devlete ve adalete olan güven ve saygısını sarsacağı ve yasa koyucunun amacının ilk bakışta, şeklen iyiniyetli gözükeni değil, gerçekten iyiniyetli olan kişiyi korumak olduğu hususlarının daima göz önünde tutulması, bu yönde tüm delillerin toplanıp derinliğine irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir.”⁵⁸⁶

Görüldüğü üzere Yargıtay, menfaatlerin mümkün olduğunca denkleştirilmesi adına ilgili hükmün altında yatan ilkeyi ortaya çıkarmak için onu yorumlamış ve hükmün altında yatan ilkenin “şeklen iyiniyetli görüneni korumak değil gerçekten iyi niyetli olanı korumak” olduğunu belirtmiştir.

Dworkin’in yorum yöntemine uygun olarak, hükmün en iyi ışık altında aydınlatılmasını sağlamak için kat karşılığı inşaat sözleşmesinin mahiyeti somut olayla bağlantılı olarak incelenmelidir.

Uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmesi, arsanın tamamının veya belli bir kısmının baştan yükleniciye devredilmesi, arsa paylarının aşama aşama yükleniciye devredilmesi, yüklenicinin bina yapmayı, arsa sahibinin de arsa payını devretmeyi taahhüt etmesi gibi farklı şekillerde yapılabiliyor olmasına⁵⁸⁷ rağmen olayda bunlardan, “başlangıçta arsa paylarının bir kısmının yükleniciye devri” tercih edilmiştir.

Arsa sahibini koruyan diğer yöntemlere nazaran bu yöntemin tercih edilmesiyle arsa sahibi yükleniciye güvenmiş ve yüklenicinin edimini yerine

585 Y. 1.HD, E. 2011/427, K. 2011/2764, T. 10.3.2011. Bu karar doğrudan kat karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin olmasa da iyiniyetin varlığına ilişkin bir tespit olduğundan mevcut olay bakımından da uygulanabilir.

586 Y. 1.HD, E. 2011/427, K. 2011/2764, T. 10.3.2011.

587 Yavuz, **a.g.e.**, s. 559- 561.

getirmeyip, paylarını iyiniyetli üçüncü kişilere sattığı takdirde mülkiyet hakkından mahrum kalabileceği riskini de göze almış olmaktadır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin henüz bina yapılmadan sermaye elde etmek amacıyla arsa sahibi tarafından kendisine devredilen payları üçüncü kişilere devretmesi, toplumda yaygın olarak bilinen bir uygulama olup bu uygulama aynı zamanda “topraktan satış” olarak da bilinmektedir.

Yükleniciden, topraktan satış yoluyla daire alan kimselerin de çoğunlukla amacı yeterli miktarda parası olmadığı için belirli bir miktar parayı peşin olarak, geri kalanını ise taksitle ödeyerek daire sahibi olmaktır. Bu nedenle 3. kişilerin iyiniyetli olduklarının ispatı, iyiniyetin varlığının karine olması sebebiyle⁵⁸⁸ kendilerine ait değilse de Yargıtay’ın deyimiyle “gerçekten iyiniyetli” olduklarının tespiti için 3. kişilerin durumunun özellikle incelenmesi gerekmektedir.

Bu noktada 3. kişilerin, asıl amaçlarının arsa üzerinde inşa edilecek binada daire sahibi olup olmadığı, binanın tamamlanmasından sonra o dairede oturup oturmayacakları, yükleniciye ödedikleri miktar, yükleniciyle aralarında daha önceden bir kişisel ilişki olup olmadığı gibi hususlar değerlendirilerek belirlenmeli ve bu değerlendirmenin sonucunda iyiniyetli olmadıklarına yönelik bir olgu saptanmadıkça MK m. 1023’ün korumasından yararlandırılmaları gerekmektedir.

Olayda, davacı ve davalıların 1992-1998 yıllarında uyuşmazlık konusu binada yaşadıkları belirtilmiştir. Dolayısıyla kullanım durumu yani malik olarak görünen kimsenin o binada oturmuş olması iyiniyetin önemli bir göstergesidir. Bununla birlikte, inşa edilecek binadaki dairelere karşılık gelen arsa payını yükleniciden iktisap eden kişilerin kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye düşen edimler bakımından onunla birlikte sorumlu oldukları, yüklenicinin halefi bulundukları görüşü, üçüncü

588 MK m. 3’ e göre, “Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.”

kişilerin baştan itibaren kötüniyetli olduklarının varsayılmış olmasıdır ki bu, her olayın biricikliğine ve AY m. 36 anlamında hak arama hürriyetine aykırıdır.

Dworkin'in yorum yöntemi doğrultusunda kat karşılığı inşaat sözleşmesinin doğasına daha yakından bakıldığında, kat karşılığı inşaat sözleşmesi aslında bir yardımlaşma aracı olarak görülmelidir. Burada, yaşadığımız dönem bakımından çok önemli bir yere sahip olan konut edinebilmek için arsa sahibi, yüklenici ve üçüncü kişilerin tek başlarına yeterli gücü olmadığı için malvarlıklarını bir araya getirmeleri ve bir nevi yardımlaşmaları söz konusudur. Bu ilişkilerde nispeten güçlü konumda bulunan yüklenici olup, her olay bakımından ayrı değerlendirebilmek mümkün olmakla birlikte en zayıf taraf ise topraktan daire sahibi olmak isteyen üçüncü kişilerdir.

Dolayısıyla ilişkilerin en zayıf tarafı olan üçüncü kişilerin yüklenicinin halefi olması ve arsa sahibine karşı yüklenicinin edimlerinden sorumlu olması, ne MK m. 1023'ün ne de kat karşılığı inşaat sözleşmesinin altında yatan ilke ile bağdaşmaz. Sonuç olarak hem arsa sahibi hem de üçüncü kişi yükleniciye güvenmekte ve yüklenicinin edimini yerine getirmemesinden dolayı her biri ayrı ayrı mağdur olmaktadır.

Sonuç olarak Dworkin'in bütünlük olarak hukuk yaklaşımına göre, inceleme konusu olay bakımından kullanım durumu, arsa payı karşılığında ödenen bedel, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, daha önce kişisel ilişkilerinin olup olmadığı tartışılmaksızın, MK m. 1023'de kanun koyucunun menfaatler arasındaki tercihine aykırı olarak, üçüncü kişilerin baştan kötüniyetli sayılması yorum kurallarına ayrılık teşkil etmiştir.

E. Malik Olmayan Kişinin Yapmış Olduğu Kira Sözleşmesinde, Taşınmaz Malikinin Bu Sözleşmeye Onay Vermemesi Üzerine Kiranın Hangi Tarafa Ödeneceği⁵⁸⁹

1. Davaya Konu Olay

Dava konusu taşınmaz Kadıköy Belediyesi tarafından 20 yıl süreyle davacı spor kulübüne tahsis edilmiş ancak 1996 yılında tahsis işlemi belediye tarafından şartnameye aykırılıktan dolayı iptal edilmiştir. Bunun üzerine Kadıköy 2. Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından taşınmazın idaresi ve gerektiğinde kiraya verilmesi için 2001 yılında kayyım tayin edilmiştir.

Davacı spor kulübü buna rağmen 07.11.2009 yılında davalı kiracı şirketle 2 yıl süreyle kira sözleşmesi imzalamıştır. Ancak 17.08.2010 tarihinde İstanbul Defterdarlığı Kayyım Bürosu Başkanlığı tarafından kiracıya bir ihtar gönderilerek, ecrimisil ödenmesi aksi hâlde sözleşmenin feshedileceği ve tahliye davası açılacağı bildirilmiş bunun üzerine verilen süre içerisinde kiracı tarafından gerekli miktar, ihtar çeken Kayyım Bürosu Başkanlığı'nın hesabına yatırılmıştır.

Bunun üzerine kira sözleşmesinin tarafı olan davacı spor kulübü kiracıya bir ihtar göndererek kira bedelinin kendisine ödenmesi aksi hâlde tahliye davası açacağını beyan etmiş, verilen süre içerisinde ödeme yapılmayınca tahliye davası açmıştır.

Yapılan yargılamada ilk derece mahkemesi, davacı ile davalı arasında yapılan kira sözleşmesinin vekaletsiz iş görme hükümlerine tabi olduğunu ve yararına işlem yapılan Kayyım Bürosu Başkanlığı'nın bu sözleşmeye icazet vermemesi sebebiyle davacının aktif dava ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

589 YHGK. E. 2013/1656, K. 2015/1160.

Davacının hükmü temyiz etmesi üzerine Yargıtay ilgili dairesi, kiralayanın mutlaka malik olması gerekmediğini ve 2 yıl süreli kira sözleşmesinin iptal edilmeyip hâlâ geçerliliğini sürdürdüğünü belirterek hükmü bozmuştur. İlk derece mahkemesinin kararında direnmesi üzerine YHGK, özel dairenin gerekçesine benzer şekilde, “*kiraya verenin mutlaka malik olması gerekmediğini ve davacı ile davalı arasındaki kira sözleşmesinin hâlâ geçerli olduğunu*” belirterek davacının davasının kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

2. Davanın Dworkin’in Yorum Anlayışı Bakımından Değerlendirilmesi

İnceleme konusu olay bakımından Dworkin’in bütünlük olarak hukuk yaklaşımı doğrultusunda hükmün en iyi ışık altında aydınlatılmasını sağlamak üzere, kira sözleşmelerine daha yakından bakılması gerekmektedir. Öncelikle belirtilmesi gerekir ki Türk hukuk sisteminde kiraya verenin malik olması gerekmez. Ancak malik olmayan kişinin kiraya veren konumunda olduğu hâllerde, asıl malik kiracıya bildirimde bulunarak kira bedelinin kendisine ödenmesini istediğinde meselenin nasıl çözüleceğine ilişkin herhangi bir kural da bulunmamaktadır⁵⁹⁰.

Çalışmanın başından itibaren işaret edildiği üzere, bu yargı açısından da “yorumun kaçınılmazlığı” ortaya çıkmaktadır. Çünkü Türk hukuk düzeninde, kiraya verenin malik olmasının zorunlu olmadığına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Belirtilmesi gerekir ki bu, ancak yorum yoluyla elde edilmiş bir yargıdır.

Hart’ın ve temsil ettiği hukuki pozitivizmin boşluk tanımlaması izlenecek olursa burada hakimi mutlak anlamda bağlayan bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bu

590 Bu durumda TBK m. 309’da bulunan zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilirse de, asıl malikin kira bedelinin kendisine ödenmesini istemesinin maddenin lafzında geçen “üçüncü kişinin kiralananda kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak ileri sürmesi” olarak sayılıp sayılamayacağı belirsizdir. İlgili bu hükmeye göre, “Bir üçüncü kişinin kiralananda kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak ileri sürmesi durumunda kiraya veren, kiracının bildirim üzerine davayı üstlenmek ve kiracının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.”

durumda Hart’a göre, hakim MK m.1 anlamında hukuk oluşturma yetkisini kullanabilecektir. Oysa ki Dworkin’e göre, pozitivistlerin “hukukta boşluk” olarak nitelendirdikleri hâllerde yapılması gereken, hakimlerin hukuk oluşturma yetkisine sahip olduklarını kabul etmek değildir. Ona göre, burada artık hakimlerin bu yetkilerini nasıl kullanmaları gerektiğini de araştırmak gerekmez. Çünkü, hukukta boşluk bulunmamaktadır.

Dworkin’i hukukta boşluk bulunmadığı anlayışına götüren düşünce ise hukuk düzeninin yalnızca kurallardan oluşmadığı ayrıca ilkelerden de oluştuğu şeklindeki görüşüdür. Ona göre pozitivism, hukuku yalnızca kurallardan ibaret gördüğü için, belirli bir meselede uygulanacak hukuk kuralı bulunmadığında araştırmasını hakimın hukuk oluşturma yetkisini nasıl kullanması gerektiği yönünde yapmaktadır. Hâlbuki burada hakim tarafından yapılması gereken, somut olayda hukukun ne olduğunun ortaya koyulmasıdır.

Hukukun ne olduğunu ortaya koyarken hakim, ilkeler yardımıyla genel bir kuram oluşturmali ve pozitivistlerin boşluk dediği bu durumu, oluşturacağı genel bir kuramla doldurmalıdır. Bunu yaparken de ilkelerden yararlanmalıdır. Ona göre, pozitivistlerin ileri sürdüğü gibi hukuk için tek temel ölçüt hukuk kuralları değildir. Çalışmanın ikinci bölümünde ele alınan örnek davaların da gösterdiği gibi, hukukta kurallar dışında farklı “standartlar” bulunmaktadır⁵⁹¹.

Somut olay açısından Dworkin’in ilkeler yöntemi uygulandığında anayasal bir hüküm olan “mülkiyet hakkı” veya diğer bir deyişle “kişinin kendi emeğinin sahibi olabilmesi ilkesi” ile “işlem güvenilirliği” veya “sözleşmenin nispiyeti” ilkeleri karşı karşıya gelmektedir. Dworkin’e göre, hukukta kuralların dışında ilke ve politika argümanları da söz konusudur. Herhangi bir olaya bir kural yoluyla hüküm

591 Pozitif hukuk ilkelerine örnek olarak, Anayasa’da yer alan insanlık onuru, özgürlük, eşitlik, hukuk devleti, demokrasi, sosyal devlet ilkeleri gösterilmekte ve bu ilkelerin hukuki bir ideal olan demokratik sosyal hukuk devletine yöneldiği belirtilmektedir. Ayrıca meclisin, kira artışlarına zaman zaman sınırlamalar getirmesinin de ilkeye dayandığı ileri sürülmüştür (Yücel, **a.g.e.**, s. 179).

kurulamazsa o hâlde hakim yarışan ilkeleri tartar ve herhangi birinin geçersiz olduğuna karar vermeksizin somut olayda ağırlığı olan ilkeyi uygular.

Bu davada hakime düşen görev, ilkelerden birinin geçerli, diğerinin geçersiz olduğuna karar vermek değildir. Her olayın biricikliği ilkesine uygun olarak, somut davada hangi ilke uygulanırsa hukuk düzeni adalet ve hakkaniyet şemasını daha iyi yansıtacaksa hakim, o ilkeyi olaya uygulamak zorundadır.

Ancak inceleme konusu kararda YHGK, yukarıda belirtilen yöntemlerden hiçbirini uygulamaksızın, doğrudan, kiraya verenin malik olması gerekmediğinden davalı kiracı aleyhine karar vermiştir. Bu bakış açısı, yukarıda da belirtildiği üzere, daha önceden kanun koyucu tarafından ihdas edilmiş hükümlerin yalnızca belirli bir şekilde okunacağı, yoruma açık olmadığı, kararın ancak önceden belirlenmiş kalıplar içerisinde verilmesi gerektiği şeklindeki pozitivist anlayışı yansıtmaktadır.

İnceleme konusu karar bakımından Dworkin'in yorum anlayışının uygulanması gerektiği belirtilmişti. Bu yorum anlayışında hukukun yalnızca yazılı hukuk kurallarından ibaret olmadığı, hukukun içinde ilkelerin de mevcut olduğu ve hakimın kararında bu ilkeleri de göz önünde bulundurması gerektiği açıklanmıştı. Dworkin'in yorum anlayışında bu ilkelerin ortaya çıkarılmasını sağlayan yöntem bütünlük ve uygunluk ilkeleridir.

İlgili karara bütünlük ilkesi açısından bakıldığında, Yargıtay'ın genel uygulamasında “kiracı yararına yorum ilkesi” söz konusudur. Kanun koyucu da bu doğrultuda kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin birçoğunu kamu düzeninden sayılacak şekilde düzenlemiştir.

Bilindiği üzere kamu düzeni genel ve soyut bir kavramdır. Hermeneutik anlayışa uygun olarak yorumcu öncelikle bu kavramın neyi ifade ettiği anlamalıdır. Anlama ise, daima yorumlamayı gerektirir. Yorum ise, uygulamayla ortaya çıkar.

Bu doğrultuda bakıldığında, kamu düzeni kavramı kira sözleşmeleri açısından somutlaştırılmalıdır. Bu kavram somutlaştırıldığında, “işlem güvenliği ilkesi” ön plana çıkmaktadır. Çünkü sosyal ve ekonomik hayatta işlem güvenliğinin temin edilememesi kamu düzenini olumsuz etkileyecek unsurlardan biridir. Bu nedenle her bir dava açısından tarafların menfaatleri mümkün olduğunca dengede tutulmalıdır. Bu doğrultuda kira sözleşmelerine ilişkin hükümlerin altında yatan ilke ortaya çıkarılmalıdır.

Bu anlayışla Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin yakın tarihli bir kararında⁵⁹² belirttiği üzere, “*kiracının kira bedelini kiraya verene ödemiş olup olmadığının*”, bu tarz davalarda özenle incelenmesi gerekmektedir. Çünkü bu durum kiracının kötünietli olup olmadığının göstergesi olacaktır.

Belirtilen bu yargı doğrultusunda kira sözleşmelerinin altında yatan ilkeyi ortaya çıkarmak için ona daha yakından bakıldığında, sosyal hayatta önemli bir yer teşkil eden kira sözleşmelerinin yapılması sırasında kiracının kiraya verenin taşınmazı kiraya verme konusunda tasarruf yetkisi olduğunu araştırma yükümlülüğü elbette ki aranmalıdır. Ancak başlangıçta tasarruf yetkisi makul şartlarda ispat edildikten sonra sözleşmenin devamı sırasında tasarruf yetkisinin olmadığını ispat yükü bunu iddia eden kişide olmalıdır.

Üçüncü kişinin, kiraya verenin tasarruf yetkisi olmadığını, buna karşılık kendisinin tasarruf yetkisine sahip olduğunu ispat etmesi içinse mutlaka dava yoluna gitmesi gerekmektedir. Yoksa kiracıya tevdi mahallinin belirlenmesi için herhangi bir hak verilmemiş olması da gözetilerek, hangi tarafa ödeme yapılacağının bilinmediği, kime ödeme yaparsa yapsın takip altında kalacağının söz konusu olduğu bir durumda, sosyal hayatta önemli yer teşkil eden kira sözleşmeleri açısından işlem güvenliği büyük bir sorun hâline gelebilecektir.

592 Y. 8.HD, E. 2017/4926, K. 2018/9954.

Ayrıca Yargıtay Dairesi'nin yukarıda verilen kararına⁵⁹³ uygun olarak, birden fazla kişinin paydaş olduğu taşınmazda, tamamının onayı olmaksızın kira sözleşmesi yapıldığında diğer paydaşların kiracıdan ecrimisil talebi ancak kiracının kötünietli olması hâlinde kabul edilmektedir⁵⁹⁴. Bu nedenle açılan davanın sonucu ne olursa olsun ve kiracı kime ödeme yapmış olursa olsun, zararının tazminini ayrıca açacağı bir davayla istemesi gerektiğinin kabul edilmesi sosyal hayatta önemli bir işlev gören işlem güvenliği ve kiracı yararına yorum ilkesine aykırıdır.

Sonuç olarak görülmektedir ki Dworkin'in yorum yöntemi uygulandığında, kira sözleşmesi açısından, “işlem güvenliği” ve “kiracı yararına yorum” hukuk düzeni içerisinde mevcut olan ilkelerdir. Dolayısıyla hakim, kira sözleşmesine ilişkin olarak açılmış her davada, yazılı hukuk kurallarıyla birlikte, özellikle mülkiyet hakkı, somut olay açısından “işlem güvenliği” ve “kiracı yararına yorum” ilkelerini de göz önünde bulundurmalı ve her bir davada hangi ilkenin daha üstün olması gerektiğini ortaya koymalıdır.

593 Y. 8.HD, E. 2017/4926, K. 2018/9954.

594 İlgili kararlar için bkz. Y. 1.HD, E. 2004/4601, K. 2004/5047, T. 29.04.2004; Y. 1.HD, E. 2003/11295, K. 2003/11755, T. 3.11.2003'den aktaran: Ş. Barış Özçelik, “Paylı Mülkiyete Konu Eşyanın Kiraya Verilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. LXVII, S. 2, 2009, ss. 20-28, s. 22-23.

F. ZAMANAŞIMI VE MEDENİ KANUN M. 2'DE DÜZENLENMİŞ OLAN DÜRÜSTLÜK KURALININ (İLKESİNİN) ÇATIŞTIĞI HÂLLERDE HANGİSİNE ÜSTÜNLÜK TANINMASI GEREKTİĞİ⁵⁹⁵

1. Davaya Konu Olay

Davaya konu olayda davacı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi gereğince kendisinin alacaklı olduğunu ve borçlunun bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmediğini ileri sürerek sözleşmenin konusunu oluşturan taşınmazın kendisine devredilmesini talep etmiştir. Davalı ise sözleşmeden doğan talep hakkının zamanaşımına uğradığı savunmasında bulunarak davanın reddini talep etmiştir. Dava sonucunda ilk derece mahkemesi, davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar vermiştir.

Davacının temyize başvurusu sonucunda dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, kural olarak taşınmaz satış vaadinden doğan borçların on yıllık zamanaşımına tabi olduğunu fakat taşınmazın sözleşme yapıldıktan sonra satış vaadi alacaklısına fiilen devredildiği hâllerde MK m. 2 gereğince zamanaşımı def'i'nin ileri sürülemeyeceğini belirtmiş ve bu incelemenin yapılması için dosyayı bozarak ilk derece mahkemesine geri göndermiştir.

2. Davanın Dworkin'in Yorum Anlayışı Bakımından Değerlendirilmesi

Bu davada Yargıtay'ın yorumu, Dworkin'in ilke-kural ayırımı ve bu ayırımı ortaya koymak üzere örnek vermiş olduğu Elmer davası ile benzerlik taşımaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere bu davada, Amerikan hukuk düzeni içerisinde murisini

595 Y. 14HD. E. 2013/4426, K. 2013/6313.

öldüren mirasçının mirastan mahrum kalmasını gerektiren herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen yargıçlar, “Hiç kimse kendi hukuka aykırı davranışından fayda elde edemez.” ilkesi gereğince dedesini öldüren mirasçının mirastan mahrum bırakılması gerektiğine hükmetmişlerdir. Sonuç olarak yargıçlar, kural karşısında ilkeye üstünlük tanıyarak somut olay bakımından ilkenin üstün olması gerektiğine hükmetmişlerdir.

İnceleme konusu davada Yargıtay, hukuk düzeni içerisinde önemli bir yer teşkil eden ve Dworkin’in ayırımına göre, hukuk kuralı olarak nitelendirilen zamanaşımı karşısında, hukuk düzeni içerisinde yazılı hukuk kuralı hâline gelmiş bir hukuk ilkesini yani “Dürüstlük Kuralı”nı, hukuk kuralına üstün tutarak kararın bozulmasına hükmetmiştir.

Bilindiği üzere, zamanaşımı, yapılan işlemlerin kişileri sonsuza kadar hukuki olarak bağlamaması için getirilmiş olan ve kanunda açıkça düzenlenmiş zamanaşımının durması, kesilmesi gibi birtakım hususlar dışında istisnası bulunmayan bir hukuk kuralıdır.

Zamanaşımının bu niteliği de göz önüne alınarak pozitivist bakış açısı hatırlandığında, şayet “70 km hız sınırının üzerinde bir hız yapılması hâlinde kişi cezalandırılır.” şeklinde bir düzenleme söz konusu ise ve kişi bu sınırı geçmişse başka herhangi bir şeye bakılmaksızın cezalandırılması gerekir. Burada herhangi bir ilkenin bu kural karşısında tartılması, davaya uygulanması söz konusu değildir. İşte Yargıtay, bu anlayıştan farklı olarak “10 yıllık zamanaşımının geçmiş olması hâlinde alacaklı talepte bulunamaz.” şeklindeki hukuk kuralını mekanik, matematiksel bir anlayışla yorumlamamış ve Dworkin’in ilke-kural ayırımına uygun olarak, hukuk düzeni içerisinde hukuk kuralı hâline gelmiş olan “Dürüstlük Kuralı”nı somut davaya uygulayarak, Elmer davasındaki “Hiç kimse kendi hukuka aykırı davranışından fayda elde edemez.” ilkesine benzer şekilde, bir hukuk ilkesini yazılı hukuk kuralı olan zamanaşımına nazaran daha üstün nitelikte görerek kararda hukuk ilkesini uygulamıştır.

SONUÇ

Hukuk, matematik ve fizik gibi kesinliğin geçerli olduğu bir alan değıldir. Her hukuk kuralı, yorumlanmaya muhtaçtır. Bir kuralın yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğunun tespiti için de o kuralın öncelikle yorum süzgecinden geçirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla yorum, kaçınılmazdır.

Bu da bize yüzyıllardır süre gelen, “Hukuk, kanundur.”, “Hukuk, yazılı kurallardan oluşan bir düzendir.” şeklinde ifade edilen anlayışın etkisini kaybettiğini göstermektedir. Modern dönemde kabul edilen görüşe göre, “hukuk kuralı” ve “hukuk normu” farklı kavramlardır. Normun ortaya çıkarılması için hukuk kuralının yorumlanması gerekmektedir.

Ancak hukuk sistemimiz açısından yorumun sınırlarının da ortaya konulması gerekmektedir ki, bu şekilde yorumla benzer kavramlar olmasına rağmen farklı hukuki sonuçları olan boşluk doldurma ve takdir yetkisi kavramlarının da anlamının ortaya çıkarılması sağlanmış olacaktır.

Hukukumuzda yorumun içeriğı ve sınırları açısından göz önünde bulundurulması gereken öncelikli yazılı hukuk kuralı TMK m.1 hükmüdür. Bu hükümde kanun koyucu kanunun sözüyle ve özüyle değındiğı tüm konularda uygulanacağını belirtmektedir. Burada sözün özden önce dile getirilmesi sözün öze üstün tutulacağı anlamına gelmemekte ve fakat sözün yorumun hareket noktasını teşkil edeceğine işaret etmektedir.

Ayrıca bu hüküm, yorum yapılırken hükmün söz ve öz uyumunun sağlanması ve hükmün özüne aykırı bir yorumun da kabul edilmemesi anlamını taşımaktadır. Hükmün özünü bulma girişiminde yorumcunun elindeki ilk argümanı ise, hükmün lafzı oluşturmaktadır. Ancak hükmün lafzı, Hart’ın linguistik emprisizm’den farklı olarak, dile haddinden fazla anlam verilmesini de içermemektedir.

Bilindiği üzere Hart, davaları standart davalar ve gölgeli alan davalar olmak üzere ikiye ayırmakta ve bunun sebebi olarak dilin açık dokulu olmasını göstermektedir. Ona göre hakimin takdir yetkisi ise yalnızca gölgeli alan davalarında söz konusu olmalıdır. Buna göre, “Park’a taşıt giremez” şeklindeki bir hukuk kuralı göz önüne alınırsa, günlük dildeki anlamıyla bu hükmün kapsamına araba ve kamyonların gireceği kesindir. Burada yoruma ihtiyaç yoktur. Ancak bir bebek arabası veya İkinci Dünya Savaşı’ndan kalma bir “tank”ın girip girmeyeceği tartışmalıdır. Yani ilgili hüküm açısından bebek arabası ve tank gölgeli alanda kalmakta ve bu noktada hakimin takdir yetkisi gündeme gelmektedir.

TMK m.1 hükmünün bu şekilde okunması pek makul görünmemektedir. Dil’e aşırı önem veren bu anlayışa karşın, hakimin hükmün sözünden hareketle hükmün özüne ulaşmayı amaç edinmesi gerekmektedir. Hükmün özüne ulaşmada ve yorumun ötesinde kendisine varlık bulan boşluk doldurma kavramının yorumdan ayrılmasında bu yöntem önem teşkil etmektedir.

Hükmün sözünden hareketle özüne ulaşma aşamasında ise, Dworkin’in bütünlük olarak hukuk anlayışı önemli bir yer teşkil etmektedir. Dworkin’e göre, kurallar gibi ilkeler de hukukun içindedir ve her olayda hakim tarafından göz önünde bulundurulması gereken standartlardır. Ancak ilkeler, mutlaka belirli hâllerde belirli bir sonucu öngörmezler. İlkeler ağırlık ve önem boyutuna sahip olup her olayda ayrıca değerlendirilmesi gereken, bütün bir hukuk düzeninin temeline yerleşmiş ve kuralların kendisinden çıktığı değerlerdir.

Dworkin, ilkelerin nasıl tespit edilmesi ve yorumun nasıl yapılması gerektiğini *bütünlük ve uygunluk* ilkeleriyle ortaya koymaktadır. Kuramını “Herkül Yargıç” benzetmesi üzerinden tasarlayan Dworkin’e göre hakim, bir hukuk kuralının belirli bir olayda nasıl davranılması gerektiğine yönelik herhangi bir şey söylemediği zor davalarda, bütünlük ve uygunluk ilkeleri doğrultusunda bir yorum yapmalıdır.

Bütünlük, hakimın belirli bir olayda yapmış olduğu yorumun bütün bir hukuk sistemiyle tutarlı olmasına işaret ederken *uygunluk* ise tutarlı şekilde yapılan bu yorumun hukuk düzenini var olduğu noktadan daha ileri taşıması gerektiğini amaçlamaktadır.

Dworkin, bütünlük ve uygunluk ilkelerinin nasıl uygulanması gerektiğini ise, Roman Zinciri örneğiyle ortaya koymaktadır. Buna göre, hakim, bütünlük ilkesinin gereği olarak, belirli bir meselede yorum yaparken kendisini “Roman Zinciri”ndeki bir yazar gibi görmeli ve yazmış olduğu bölümün bütün bir romanın genel düşüncesiyle çelişki içerisinde olmamasına özen göstermelidir. Yani hakim, yapmış olduğu yorumda bütün bir hukuk sistemini göz önünde bulundurmalı ve o hukuk sisteminin temelinde yatan ilkelere aykırı bir yorum yapmamalıdır.

Bu noktada önemle belirtilmelidir ki, Dworkin’in yorum kuramını oluştururken temel aldığı Anglo Sakson hukuk sistemiyle ülkemiz de içinde bulunduğu Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’nin temel farklılıkları nedeniyle, bütünlük ilkesi uygulanırken yazılı hukuk kurallarının çizmiş olduğu sınırlar ve kanun koyucunun üstün tutmuş olduğu değer seçimi mutlaka göz önünde bulundurulmalı ve tespit edilen bu hususlar yorumun sınırını teşkil etmelidir.

Dworkin’de bütünlük ilkesi, yapılan yorumun bütün bir hukuk sistemiyle tutarlı olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu hem, istikrarı hem de yorumun nesnel olmasını sağlayacak ilke görevini görmektedir. Anglo Sakson hukuk sisteminde yorumcu, yorum yaparken öncelikle benzer konuda daha önce verilmiş olan kararları gözden geçirmeli ve yorumun yapılacağı platoyu diğerk bir deyişle düzlüğü ortaya koymalıdır.

Burada yorum öncesi aşamayı oluşturan, yorumun yapılacağı düzlüğü oluşturma işlemi, geçmiş kararların temel yapısal unsurlarının göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. Anglo Sakson Hukuk Sisteminde özellikle mevcut davanın benzer önceki davalarla aynı ve benzer noktalarının ortaya konulmasıyla

temel yapısal unsurların ortaya çıkarılması sağlanmış olmaktadır. Bu ise, hükmün verilmesine sebep olan illet'in ortaya çıkarılması anlamına gelmektedir.

Ülkemizin de içerisinde bulunduğu Kıta Avrupası Hukuk Sistemi açısından ise bütünlük ilkesi, gerek yasa koyucunun iradesinin üstünlüğü gerek kamu düzeni ve nesnel bir yorum yapılması açısından önem taşımaktadır. Bu sistemde Anglo Sakson Hukuk Sisteminden farklı olarak yorumcu, geçmiş hukuki kararlardan evvel ilgili konunun düzenlenmiş olduğu kanun maddelerini göz önünde bulundurmalıdır.

Çalışmanın birinci bölümünde sıkça belirtildiği üzere, yapılacak yorumun sınırlarını kanun koyucunun iradesi belirlemeli ve hakim bir meselede, sırf adalete daha uygun olduğu için kanun koyucunun iradesini düzeltme yoluna gitmemelidir. Gadamer de, herkes gibi hakimin de kanunlara bağlı olduğunu ve keyfi ve öngörülemez kararlara imza atmaması gerektiğini savunmaktadır.

Ancak bu noktada özellikle belirtilmelidir ki, Dworkin'in bütünlük olarak hukuk anlayışının diğer bir ilkesi olan uygunluk ilkesi ise daima göz önünde bulundurulması gereken bir kavram olarak, yazılı hukuk kurallarıyla somut olay arasındaki gerginliği dengelemede hakimin elinde bir argüman olarak bulunmalıdır.

Bu doğrultuda yorumda amaç, uygunluk ilkesinin gereği olarak hükmün anlamının ortaya çıkarılmasıdır. Bu ise Dworkin'e göre, belirli bir meseleyi düzenleyen hukuk kuralının ilgili olduğu meselenin doğasından hareket edilmesini zorunlu kılmaktadır. Yani yorumda hakim, *kurumun doğası* kavramından hareket etmeli ve bu kurumun doğasına aykırı olan bir yorum yöntemini benimsememelidir.

Bu ise, bütünlük ilkesi doğrultusunda oluşturulan yorum platosunun üzerinde, hukuk düzeninin temelinde bulunan ilkelerin olaya uygulanması anlamına gelmektedir. İlkelerin ortaya çıkarılması işleminde hakim, gerek ilgili konunun düzenlenmiş olduğu kanun maddelerini ve diğer ilgili kısımlarını gerek bütün bir hukuk düzenine şamil Anayasal ilke ve kuralları göz önünde bulundurmalıdır. Bu aşamada hakimin elindeki diğer argümanlar ise hermeneutik anlayışın tarihsel olarak

etkilenmiş bilinç kavramına uygun olarak, geçmişte benzer konuda verilmiş olan kararlar, ilgili kanunun meclis görüşme tutanakları ve madde gerekçesi ile kanunun mevcut halini alana kadar geçirmiş olduğu evrelerdir.

Bu yöntemin uygulanabilmesi içinse, ilgili kanunun bağlı olduğu bütün sebepler bilinmeli ve tüm bu hususlar göz önünde bulundurarak karar verilmelidir. Bu doğrultuda Dworkin de, geliştirmiş olduğu hukuk kuramının bir bilgisayar programı hâline getirilip uygulanamayacağını belirtmekte ve yargısal faaliyetin bütüncül bir anlayışın yansıması olduğunu vurgulamaktadır.

Ancak, bu noktada belirtilmesi gerekir ki, benzer konuda daha önce verilmiş olan yargı içtihatları tek bir argüman olarak da kullanılmamalıdır. Çünkü bu durumun olağan hale gelmesi olayların farklı illet'e sahip olması halinin görmezden gelinmesi ve "içtihatlara körü körüne bağlılık" durumunun ortaya çıkmasına ve sonuç olarak maddi adaletin görmezden gelinip şekli adaletin ön planda olmasına neden olabilecektir.

Bu doğrultuda, yorumla birlikte ortaya çıkan temel bir ilke de "her olayın biricikliği" ilkesidir. Bu ilkeye göre, insanların parmak izleri birbirine benzer olsa da her biri farklıdır; işte birbirine ne kadar benzerse benzesin her olay da birbirinden farklıdır. Dolayısıyla hakim, önüne gelen her olayı sanki yeni bir olaymışçasına ele almalı ve benzer diğer olaylar bakımından farklı bir hüküm kurulmasını gerektirecek farklı bir "illet" yani "işlem temeli" olup olmadığını araştırmalıdır.

Pozitivizmin temel akıl yürütme yöntemlerinden biri tümdengelimdir. Bu akıl yürütme yönteminde esas olan şey, öncüllerin birbirine şeklen uygun olmasıdır. Yoksa herhangi bir içerik incelemesi söz konusu değildir. Yani hukuk kuralı, "70 km hızın üstünde yapanlar cezalandırılır." şeklinde ise bu kurala göre, eşini doğuma yetiştirmek için bu sınırı geçen kimsenin kişisel durumu göz önünde bulundurulmaksızın cezalandırılması gerekmektedir.

Bu yönteme nazaran eski olaylara benzemeyip onlardan farklılık taşıyan ve kendine has özellikleri olan olayların çözümünde kullanılan bir akıl yürütme yöntemi olan *abdüksiyon*, kişisel durumların ve somut olayın özelliklerinin dikkate alındığı bir yöntemdir. Buna göre, bir satım sözleşmesinin tarafı olmayan üretici firma, *arabaların günlük hayatımızda önemli bir konumda olması ve özel bir koruma gerektirmesi nedeniyle* satıcı ile alıcı arasındaki satım sözleşmesinden kaynaklanan zararlardan bu yöntemle sorumlu tutulabilmektedir.

Sonuç olarak hakim, mevcut bir olayda hükmün sözünden yola çıkarak özüne ulaşımayı amaç edinmelidir. Bu çıkarımda öncelikle, bütün bir yazılı hukuk düzeninin sınırlarını göz önüne alarak, kanunun lafzı, madde gerekçesi, kanunun içinde bulunduğu ilgili hükümler, ilgili Anayasal ilke ve kurallar, benzer konuda verilmiş yargı içtihatlarını göz önünde bulundurarak yorumun sınırlarını ortaya koymalıdır. Bir sonraki aşamada yine bu sınırlardan hareketle hükmün uygulanacağı alanının doğasından yola çıkarak hükmün amacını belirlemeli ve hukuk düzenini bir adım öteye götürecek ve maddi adaletin sağlanmasını teēkil edecek kararlar vermelidir.

Belirtilen bu yönteme rağmen somut olaya uygulanacak bir hükmün bulunamaması halinde ise, hukukta boşluk kavramı gündeme gelmektedir. Bu noktada önemle belirtilmesi gerekir ki, Dworkin, önermiş olduğu yorum kuramının uygulanması halinde hukukta boşluk halinin gündeme gelmeyeceğini savunmaktadır. Çünkü kurallar gibi ilkelerin de hukukun içinde olması sebebiyle belirli bir olaya uygulanacak kural bulunamadığında hakim, bütün bir hukuk düzenini ve kanuna hakim bütün bir sebepler silsilesini göz önünde bulundurarak olaya uygulanacak ilkeyi tespit edecek ve boşluk haline ihtiyaç kalmayacaktır.

TMK m.1 doğrultusunda yorumun sınırlarına nasıl ulaşılabileceği açıklandıktan sonra, yorumla benzer kavramlar olmasına rağmen çok farklı hukuki sonuçları olan takdir yetkisi ile yorumun farkı ortaya konulmalıdır.

Bu yönde, ikinci bölümde ve sonuç bölümünün ilk kısmında Hart'ın takdir yetkisi kavramına değinilmiş ve Hart'ın hakimın takdir yetkisini yalnızca

alacakaranlık davalarda kullanabileceğini savunduğu belirtilmişti. Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, burada takdir yetkisinden kasıt, yorum yetkisidir. Çünkü, Dworkin'e göre, takdir yetkisi, ancak, tatlı halka çöreğinin ortası gibi sınırları belirli bir alanda söz konusudur. Bu doğrultuda TMK m.4 hükmü de, takdir yetkisinin ancak kanunun hakime açıkça takdir yetkisi verdiği hallerde kullanılabileceğini belirtmektedir.

Görülmektedir ki, takdir yetkisi ve yorum farklı kavramlardır. Takdir yetkisinde hakim, kendisine çizilmiş olan sınırlar içerisinde ve gerekçesini açıklamak şartıyla daha serbest olmasına karşın, yorum, yukarıda anlatıldığı gibi, belirli kurallara bağlı olup, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde bulunan ülkemiz gibi yazılı hukuk kurallarının hakim olduğu ülkelerde kanun koyucunun iradesi bu sınırı teşkil etmektedir.

Sonuç olarak, yorum hukukta merkezi konumdadır ve kaçınılmazdır. Bu nedenle yorumun sınırları ve yöntemi ortaya konulmalıdır. Bu yöntemler içerisinde gerek hukukun nesnelliği ve istikrarı gerek hukukun gelişimi açısından ortaya konulmuş en önemli ve makul yorum kuramlardan biri de Dworkin'in yorum kuramıdır. Bu yorum kuramı matematiksel bir yöntem öngörmemekte ve hakimin elinde her olayda uygulanabilir sistemli bir bakış açısı sunmaktadır. Ayrıca, bu yöntem belirli bir hukuk dalına has bir yöntem olmayıp ceza hukuku dahil bütün bir hukuk alanına uygulanabilir bir yöntem olarak ön plana çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akbaş, Kasım: **Hukukun Büyübozumu: Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006.
- Akbaş, Kasım: “Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir ‘Yargılama Kuramı’na”, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin, Ertuğrul Uzun 3. Baskı, İstanbul, Yayınları, 2019.
- İthaki
- Aktaş, Sururi: **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M.Emin Alşahin, Kerim Çakır: **Ceza Hukuku: Genel Hükümler**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Ankara, Adalet, 2020.
- Aral, Vecdi: **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, 7. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Arat, Tuğrul: **Amerikan Hukuk Öğretiminde “Case Method”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968.

Arat, Ayşe, Mehmet Akçaal:
Mahkemesi
İnşaat

“20.07.2017 Tarihli Anayasa
Kararının Arsa Payı Karşılığı

Sözleşmesinde Yükleniciden Tapuda Pay
Devralan Üçüncü Kişilerin Durumuna
Etkisi”, **SÜHFD**, C. XXVI, S. 2, 2018,
ss. 367-369.

Austin, John:

Hukukun Belirlenmiş Alanı, Çev.
Ülker Yükselbaba-Saim Üye-Umut
Koloş, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2015.

Badur, Emel, Gamze Turan Başaran

“Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü
ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi
Tazminat İstemi”, **Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. LXV,
S. 1, ss. 101-136.

Bal, Metin:

Armağan,
Çetin

“Yorum, Anlama ve Sanatı Üzerine:
Gadamer”, **Afşat Timuçin’e**
Ed. Çeti Veysal, Zehragül Aşkın
Veysal, İstanbul, Etik Yayınları, 2010, ss.
178-196.

Balan, Arzu:

“Orta Yolcu Bir Formül Olarak Radbruch
Formülü”, **HÜHFD**, S. 8(1), 2018, ss.
69-94.

Balı, Ali Şafak:

“Hukuk ve Yorum-1”, **Ankara Baros
Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C. I
2010, ss. 108-115.

- Bayar, Oya: “Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum”,
Yayımlanmamış Doktora Tezi,
**Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü**, İstanbul, 2008.
- Berki, Ali Himmet: **Hukuk Mantığı ve Tefsir**, Ankara,
Türkiye Adalet Akademisi Yayınları,
Mart 2018.
- Can, Cahit: **Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü**,
Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara,
AÜHFY, 1997.
- Çebi, Sezgin Seymen: “Aristoteles’te Phronesis Kavramı ve
Modern Hukukta Muhakeme”, **Hukuk
Kuramı**, C. II, S. 6, 2015, ss. 1-19.
- Ceylan, Şule Şahin: “H.L.A. Hart’ın Yaklaşımıyla Hukuk
Kavramı”, **HFSA 23**, 2012, ss.79-86.
- Ceylan, Şule Şahin: “H.L.A. Hart’a Göre Hukuk-Ahlak
İlişkisi”, **H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk
Ayrımı**, Ed. Sercan Gürler, 2. Baskı,
İstanbul, Tekin Yayınevi, 2017, ss.
29-64.
- Coşkun, Seyit: “Gadamer’de Hermeneutik Yöntem”,
**Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat
Fakültesi Dergisi**, S.12, 2009,
ss. 27-37.

Cotterrell, Roger:

Hukuk Bilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş, Çev. Saim Üye, 2. Baskı, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2019.

Çitak, Burçak:

“Yoksulluk Nafakası”, **İÜHF**, C. LXXIV, S. 1, 2016, ss. 241-257.

Demir, Gökhan Yavuz:

“Edebi Bir Tür Olarak Hukuk”, **Hukuk Kuramı**, C. II, S. 6, 2015, ss. 45-51.

Demir, Gökhan Yavuz:

Anlamak İçin Yaşamak, İstanbul, Nora Kitap, 2017.

Demircioğlu, H. Reyhan:

“Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiye Yöneltilen Manevi Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. LXV, S. 3, ss. 687-721.

Demirdal, M. Balkan:

“Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S. 3-4, 2014, ss. 789-820.

Dinç, Uğur:

Semantik Doğal Hukuk ve Hukuki Yorum: Micheal S. Moore’un Kuramı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014.

Dinçkol, Abdullah:

Hukuka Giriş, Genişletilmiş 14. Basım,

İstanbul, Der Kitabevi, 2018.

Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman:

Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 14. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2016.

Dural, Mustafa, Suat Sarı:

Türk Özel Hukuku, C: I, 8. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013.

Dural, Mustafa, Tufan Ögüz:

Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku, C. II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012.

Durhan, Gülümser:

“Günlük Yaşamda Kullanılan Bir Düşünce Biçimi Olarak Abdüktif Akıl Yürütme”, **Beytulhikme An International Journal of Philosophy**, S. 10(2), 2020, ss. 663-675.

Dworkin, Ronald:

Hakları Ciddiye Almak, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara, Dost Kitabevi, 2007.

Dworkin, Ronald:

Hukukun Hükümlerliği, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, 2018.

Dworkin, Ronald:

“Şüphe Ölümcül Olursa”, Çev. Altan Heper, **HFSA 18**, 2008, ss. 242-246.

E. Palmer, Richard:

Hermenötik, Çev. İbrahim Görener, İstanbul, Düşün Yayıncılık, 2015.

Edis, Seyfullah:

Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç

Hükümleri, Gözden Geçirilmiş 2. Bası,
Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Yayınları, 1983.

Erişgin, Özlem:

“Yasal Düzenlemenin Yorumu,
Hukuk ve Yorum-2”, **Ankara Barosu**
Uluslararası Hukuk Kurultayı,
C. I, 2010, ss. 124-150.

Fabrequettes, M.P.:

Adalet Mantığı ve Hüküm Verme
Sanatı, Çev. Adalet Bakanlığı, Ankara,
T.C. Adalet Bakanlığı, 2019.

Fırıncioğulları, Sevrâ:

“Sosyal Bilimler ve Hermeneutik
Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”,
Sosyoloji Dergisi, S. 33, 2016, ss.
37-48.

Gadamer, Hans

:Hakikat ve Yöntem, Çev. Hüsamettin
Arslan & İsmail Yavuzcan, İstanbul,
Paradigma Yayıncılık, 2008.

Göksu, Hasan Tuna:

“Ronald Dworkin’in Adalet Kuramında
Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler ve
İdeal Yargıç Herkül”, **Uyuşmazlık**
Mahkemesi Dergisi, S. 4, 2014,
ss. 114-132.

Gözler, Kemal:

Hukukun Genel Teorisine Giriş,
Ankara, US-A Yayıncılık, 1998.

Gözler, Kemal:

Anayasa Hukukunun Genel Esasları,

3. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın
Dağıtım, 2012.

Gözler, Kemal:

Hukuka Giriş, Umut Akyüz Tarafından
Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 13.
Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın
Dağıtım, 2016.

Gülgeç, Yahya Berkol:

**Lex Superior İlkesi: Hukuki
Geçerliliği ve Uygulanması**, İstanbul,
On İki Levha Yayınları, 2018.

Güneş, Ahmet M.:

Hukuk Metodolojisi, 2. Baskı, Bursa,
Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.

Güriz, Adnan

Hukuk Felsefesi, 11. Baskı, Ankara,
Siyasal Kitabevi, 2015.

Güriz, Adnan:

Hukuk Başlangıcı, 18. Baskı, Ankara,
Siyasal Kitabevi, 2017.

Gürkan, Ülker:

Sosyolojik Hukuk İlmi, Ankara,
AÜHFY, 1961.

Gürkan, Ülker:

Hukuki Realizm Akımı, Ankara,
AÜHFY, 1967.

Gürkan, Ülker:

Hukuk Sosyolojisine Giriş, Gözden
Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, Siyasal
Kitabevi, 2005.

Gürler, Sercan:

“Çağdaş Ahlak Kuramlarının Hukuk Felsefesine Yansımasına Örnek Olarak Lawrence Solum’un ‘Erdem Ahlakına Dayalı Hukuk Kuramı’”, **HFSA 16**, 2007, ss. 141-168.

Hakeri, Hakan:

Ceza Hukuku: Genel Hükümler-Temel Bilgiler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

Hamzaçebi, Mehmet:

“Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 3-4, 2002, ss. 23-48.

Hart, H.L.A.:

“Pozitivizm ve Hukuk İle Ahlakın Ayrılması”, Çev. Ertuğrul Uzun, **H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlâk Ayrımı**, 2. Baskı, Ed. Sercan Gürler, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2017, ss. 101-152.

Heper, Altan:

“Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler, Hukuk ve Yorum-1”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, 2010, ss. 100-108.

Heper, Altan:

Serbest Hukuk Akımı: Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Hirş, Ernest:

Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Üçüncü Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001.

Işıқтаç, Yasemin:
Fonksiyonu

“Yargıcın Hukuk Yaratma

Üzerine Bir İnceleme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. LXII, S. 1-2-3, 1998, ss. 80-85.

Işıқтаç, Yasemin

“Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2001, ss. 23-34.

Işıқтаç, Yasemin

“Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Argümanlarının Hukuk Uygulamasında Kullanılma Olanakları”, **HFSA 8**, 2002, ss. 127-135.

Işıқтаç, Yasemin:

Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulaması, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.

Işıқтаç, Yasemin:

Hukuk Başlangıcı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2012.

Işıқтаç, Yasemin:

Hukuk Yazıları II, Ankara, Yetkin, 2013.

Işıқтаç, Yasemin:

Hukuk Felsefesi, Yenilenmiş,
Geliştirilmiş, 5. Baskı, İstanbul, Filiz
Kitabevi, 2018.

Işıқтаç, Yasemin

**Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve
Adet Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Alkım
Yayınları, t.y.

Işıқтаç, Yasemin, Sevtap Metin:

Hukuk Metodolojisi, 5. Baskı,
İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

Karaca, Meriç Seyhan:

“Hukuk, Dil ve Hukuki Belirsizlik”,
HFSA 24, 2012, ss. 64-68.

Karacabey, Ömer Faruk:

“Yargıç ve Sosyal Gerçek”, **Yargıtay
Dergisi**, C. II, S. 1, 1975, ss. 91-100.

Karakaş, Jale:

“Hermeneutik ve Hukuk”, **HFSA 12**,
2005, ss. 102-106.

Karayağcın, Yaşar:
Metod

Hukukda Öğretim-Kaynaklar-

Problem Çözme, Genişletilmiş 5. Baskı,
Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2001.

Katoğlu, Tuğrul

“Ceza Hukukunda Yorumla İlişkin Bazı
Gözlemler”, **Ankara Barosu
Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C. I,
2010, ss. 150-156.

Katoğlu, Tuğrul:
Barosu

“Hukuk ve Yorum-1”, **Ankara**

Uluslararası Hukuk Kurultayı,

C. I, 2010, ss. 79-81.

Kaya, Asım:

“Amaçsal Yorum”, **Ankara Borusu**

Dergisi, S. 2, 2014 ss. 365- 383.

Kayhan, Fahrettin:

“Yargısal İçtihatlardan Yararlanma

Yöntemi ve Türk Hukuku”, **Ticaret**

Hukuku ve Yargıtay Kararları

Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar),

C. XVI, Ankara, Banka ve Ticaret

Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları

1999, ss. 7-55.

Kelsen, Hans:

Saf Hukuk Kuramı: Hukuk

Kuramının Sorunlarına Giriş, Çev.

Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap,

2016.

Keyman, Selahattin:

Hukuka Giriş ve Metodoloji, Ankara,

Doruk Kitap ve Yayınevi, 1981.

Kılıç, Muharrem:

“Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama

Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında

Bir Analiz”, **HFSA 12**, 2005, ss. 90-101.

Kılıç, Muharrem:

“Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorum

Bilimsel Bağlamı”, **SDÜİİBFD**,

C: XVI, S. 1, 2011, ss. 63-78.

Koçin, Abdulhakim:

Türkiye

Hukuk ve Edebiyat, Ankara,

Adalet Akademisi Yayınları, 2017.

Kulaklı, Emrah:

“Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi”,
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 2, ss. 237-268.

Metin, Sevtap:

“Hukuk Normunun Yorumu”,
Yayımlanmamış Doktora Tezi,
İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002.

Metin, Sevtap:

“Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı”, **İÜHFM**, C. LXI, S. 1-2, 2003, ss. 35-83.

Nomer, Haluk Nami:

Hükümler,

Borçlar Hukuku: Genel

Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, İstanbul,
Beta Yayıncılık, 2012.

Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi,
Saibe Oktay Özdemir:

Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve
Mevzuata Uyarlanmış 17. Baskı,
İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.

Oğuzman, M. Kemal, Nami Barlas:

Medeni Hukuk, 18. Bası, İstanbul,
Vedat Kitapçılık, 2012.

Oğuzman, M. Kemal, Turgut Öz:

Borçlar Hukuku: Genel Hükümler,
C. II, Gözden Geçirilmiş 10. Bası,

İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

Öktem, Niyazi:

“Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi”,
Anayasa Yargısı, S. 28, 2011, ss. 83-96.

Öktem, Niyazi, Ahmet Ulvi Türkbağ:

Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet,
Yedinci Basım, İstanbul, Der Yayınları,
2017.

Özçelik, Ş. Barış:

“Paylı Mülkiyete Konu Eşyanın
Kiraya Verilmesi”, **Ankara Barosu**
Dergisi, C. LXVII, S. 2, 2009, ss. 20-28.

Özkan, Sezai Çınar:

“Ronald Dworkin’in İlkeler Yöntemiyle
Bir Mahkeme Kararını Yeniden Yazmak:
Herkül Olmayı Denemek (AİHM’de
Osman Murat Ülke ve Türkiye Davası)”,
HÜHFD, S.8(1), 2018, ss. 5-26.

Özkök, Gülriz:

“Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”,
AÜHFD, C. LI, S. 52, 2002, ss. 1-18.

Özkök, Gülriz:

“Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar”,
HFSA 5, 2002, ss. 98-106.

Paşa, Münif:

Hikmet-i Hukuk, Konya, Çizgi
Kitabevi, 2016.

Rabinow, Paul, William Sullivan,
Albert O. Hirshman, Paul Ricoeur,
Clifford Geertz, Thomas S. Kuhn,

Hans-George Gadamer:

Toplum Bilimlerinde Yorumcu

Yaklaşım, Çev. Taha Parla, İstanbul, Deniz Yayınları, 2008.

Rehbinder, Manfred:

Hukuk Sosyolojisi, Çev. İlyas Doğan,

2. Baskı, Ankara, Astana Yayınları, 2019.

Reisoğlu, Safa:

Türk Borçlar Hukuku: Genel

Hükümler, 24. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.

Sağlam, Rabia:

“Derrida ve Dworkin Arasındaki İlişki: Yapıbozum ve Yargıç Herkül”, **AÜHFD**, 2012, ss. 275-320.

Serozan, Rona:

Hukukta Yöntem-Mantık, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

Serozan, Rona:

Medeni Hukuk: Genel Bölüm:

Kişiler Hukuku, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

Sözer, Ali Nazım:

Hukukta Yöntembilim, 6.Baskı, Beta Yayıncılık, 2017.

Şimşirgil, Ahmet, Ekrem Buğra Ekinci:

Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle'den

Düsturlar, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, İstanbul, IQ Yayıncılık, 2018.

- Tan, Turgut: **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- Taşçılar, Feysel: “Gadamer ve Tarih Bilinci Sorunu”, **Ethos: Felsefe ve Toplumsal Bilimlerde Diyaloglar**, S. 6(1), 2013, ss. 63-85.
- Tatar, Burhanettin: “Hans-Georg Gadamer ve Hakikat ve Yöntem (Wahrheit und Methode) Adlı Eseri”, **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 12-13, 2001, ss. 277-306.
- Topakkaya, Arslan: **Hukuk Hermeneutiği**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Topçuoğlu, Hamide: **Hukuk Sosyolojisi: Sosyoloji Açısından Hukuk**, C: I, 3. Baskı, Ankara, AÜHFY, 1969.
- Turhan, Mehmet: “Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin’e Göre Anayasanın Ahlaksal Okunuşu”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 1, 2012, ss. 1-42.
- Tutumlu, Mehmet Akif: **Yargı Felsefesi Üzerine**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi: “Amerikan Hukuki Realizm Akımı”,

İÜHFM, C. LXIII, S. 1-2, 2000, ss. 79-95.

Türkbağ, Ahmet Ulvi

“Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet: Dworkin’in Adalet Perspektifi”, **HFSA 9**, 2004, ss. 88-95.

Türkbağ, Ahmet Ulvi:

Kanıtlanamayanı Kanıtlamak, 2. Baskı, İstanbul, Der’in Yayınları, 2010.

Türkbağ, Ahmet Ulvi:

“Yorum Üzerine”, Hukuk ve Yorum- 1 **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C. I, 2010, ss. 92-100.

Türkbağ, Ahmet Ulvi:

“Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, **Anayasa Yargısı**, S.28, 2011, ss. 71-82.

Uğur, Aydın:

“Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanına Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 1, 1983, ss. 181-195.

Uygur, Gülriz:

“Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, **AÜHFD**, C. 52, S. 3, 2004, ss. 145-176.

Uzun, Ertuğrul:

“Hukukun Göstergebilimsel Analizi”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Eskişehir, 2006.

Uzun, Ertuğrul:

“Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi”, **HFSA** 25, 2012, ss. 72-96.

Uzun, Ertuğrul:

“Yorumu Hukuktan Kurtarmak”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, 2016, ss. 229-256.

Uzun, Ertuğrul:

Hukuk Göstergebilimi, İstanbul, Nora Kitap, Ağustos 2017.

Uzun, Ertuğrul:

Hukuk Metodolojisinin Sorunları, 3. Baskı, İstanbul, Nora Kitap, 2018.

Uzun, Ertuğrul:

“H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk”, Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin, Ertuğrul Uzun, **Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş**, 3. Baskı, İstanbul, İthaki Yayınları, 2019.

Wacks, Raymond:

Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş, Çev. Engin Arıkan, 8. Baskı, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2018.

Yağcı, Kürşad:

“Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. LXXVI, S. 1, 2018, ss. 323-358.

Yavuz, Cevdet:

Borçlar Hukuku Dersleri: Özel

Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.

Yörükoğlu, Ömer:

Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında ABD'de Hakim Olan Hukuk Teorisi, İstanbul, İÜHFY, 1982.

Yücel, Mustafa Tören:

Hukuk Felsefesi, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2014.

Zimmermann, Jens:

Hermeneutik: Kısa Bir Giriş, Çev. Mehmet Çetin, İstanbul, Say Yayınları, 2020.