

**T.C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

TEORİK AÇIDAN HAKİMİN HUKUK YARATMASI

Yüksek Lisans Tezi

Tuba Dilşat KARATAŞ

Danışman

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

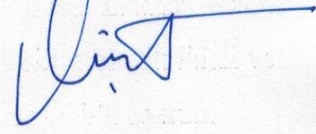
Erzincan 2019

TEZ BİLDİRİMİ

"Teorik Açıdan Hakimin Hukuk Yaratması" isimli "Yüksek Lisans" tezim tarafımda intihal programı ile incelenmiştir. Buna göre tezimde bilimsel etik ihlali ve intihal olarak nitelendirilebilecek herhangi bir durum olmadığını taahhüt ederim.

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir biçimde elde edildiğini; aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi beyan ederim.

Tuba Dilşat KARATAŞ

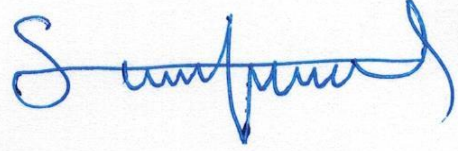


TEZ KABUL TUTANAĞI

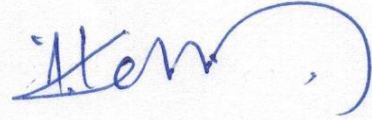
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Tuba Dilşat KARATAŞ'a ait "Teorik Açıdan Hakimin Hukuk Yaratması" adlı çalışma, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalında 01.07.2019 tarihinde **Yüksek Lisans Tezi** olarak kabul edilmiştir.

Danışman / Jüri : Prof. Dr. Sururi AKTAŞ



Jüri : Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI



Jüri : Dr. Öğr. Üyesi Ömer GEDİK



TEORİK AÇIDAN HAKİMİN HUKUK YARATMASI

Tuba Dilşat KARATAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu
Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2019

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

ÖZET

Hukuk sistemlerinde kanun koyucuların mükemmel kanunlar yapmaları imkansızdır. Zira dinamik toplumsal koşullarda, ortaya çıkabilecek her türlü uyumsuzluğa, önceden bir kanun hükmünün öngörülmesi mümkün değildir. Bu noktada önlerine gelen uyumsuzlukları çözüme kavuşturma zorunluluğu altında bulunan hakimlerin hukuk yaratmalarına ihtiyaç duyulur.

Tezin amacı; kanun koyucuların her türlü uyumsuzluğa çözüm üretememesi nedeniyle ortaya çıkan kanun boşluklarının hakim tarafından nasıl doldurulacağı sorunsalı çerçevesinde, hakim hukuk yaratma yetkisini teorik ve felsefi açıdan incelemektir. Bu amaçla, tezde hukuk yaratmanın ön koşulu olan kanun boşluğu, hakim hukuk yaratmasına ilişkin teorik görüşler ve hakim hukuk yaratmasının farklı hukuk sistemlerindeki görünümleri anlatılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hakim hukuk yaratma yetkisi, kanun boşluğu, hukuk sistemleri, hukuk teorileri/akımları

THEORETICALLY CREATION OF LAW BY JUDGE

Tuba Dilşat KARATAŞ

**Erzincan Binali Yıldırım University, Institute of Social Sciences,
Department of Public Law Master's Thesis, June 2019**

Thesis Supervisor: Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

ABSTRACT

It is impossible for the legislators to make perfect laws in legal systems. In dynamic social circumstances, it is not possible to envisage all kinds of disputes that may arise beforehand. Thus, the judges, who are under the obligation to resolve the disputes, need to create law.

The aim of the thesis is to examine the judge's authority to create law from a theoretical and philosophical point of view in the context of the question of how to fill the gaps in the law, which arise due to the failure of lawmakers to produce solutions to all kinds of disputes. For this purpose, the thesis seeks to explain the legal gap which is a prerequisite for the creation of law in terms of the theoretical opinions about the creation of the judge's law and the appearance of the creation of judge's law in different legal systems.

Keywords: the judge's authority to create law, legal gap, legal systems, legal theories

ÖN SÖZ

Tez yazım süresince yoğun iş temposuna rağmen her türlü yardımı, bilgiyi ve desteği benden esirgemeyen danışman hocam Prof. Dr. Sururi AKTAŞ'a, değerli jüri üyeleri Dr. Öğr. Üyesi Ömer GEDİK ve Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI'ya, hayatımın en değerli varlıkları olan annem Leman URAL ve babam ALİ MURAT URAL'a, her zaman manevi desteğiyle yanımda olan moral kaynağım eşim Mustafa KARATAŞ'a teşekkürü bir borç bilirim.

Tuba Dilşat KARATAŞ

İÇİNDEKİLER

TEZ BİLDİRİMİ	I
TEZ KABUL TUTANAĞI.....	II
ÖZET	III
ABSTRACT	IV
ÖN SÖZ	V
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR	IX
GİRİŞ	1
I. HAKİMİN HUKUK YARATMASI KAPSAMINDA HÂKİMİN YARGISAL ETKİNLİKLERİNE GENEL BİR BAKIŞ	4
A. Genel Olarak Hâkimin Hukuk Yaratması	4
1. Hâkimin Hukuk Yaratmasının Ön Koşulu: Kanun Boşluğu	8
2. Diğer Boşluk Türleri	10
a) Kural İçi Boşluk (Hüküm İçi Boşluk-Intra Legem Boşluk)	10
b) Gerçek Boşluk	11
c) Gerçek Olmayan Boşluk	12
d) Bilinçli Boşluk	13
e) Bilinçsiz Boşluk	15
f) Açık Boşluk	15
g) Örtülü Boşluk	16
h) Gerçek Kural Çatışmasından Doğan Boşluk	17
B. Hakimin Hukuk Kurallarını Yorumlaması	18
a) Genel Olarak	18
b) Hukukta Yoruma İhtiyaç Duyulmasının Nedenleri	19
C. Hakimin Takdir Yetkisi	21
1. Genel Olarak	21
a) Hakimin Takdir Yetkisinin (Kural İçi Boşlukların Doldurulmasının) Sınırları	23
(1) Genel Olarak	23
(2) Kanun Tarafından Takdir Yetkisinin Tanınmış Olması	24
(3) Kanun Tarafından Çizilen Sınırların Dışına Çıkılamaması	24
(4) Hakkaniyete Uygun Davranma Zorunluluğu	25

D. Hakimın Hukuk Yaratmasının Diğer Yargısal Etkinliklerden Farkı	25
1. Yorumdan Farkı	25
2. Takdir Yetkisinden Farkı	26
E. Hart-Dworkin Tartışmasında Hakimın Güçlü Takdir Yetkisi: Hukuk Yaratması	27
II. HUKUK YARATMA KONUSUNDAKİ HUKUKİ AKIMLAR	32
A. Genel Olarak	32
B. Hâkimin Hukuk Yaratmasını Kabul Etmeyen Görüşler (Katı Formalistler)	33
1. Yorumcu (Şerhçi) Hukuk Okulu	34
2. Yorumcu Okula Karşı Gelişen Akım; François Geny' nin Serbest Bilimsel Araştırma Metodu	38
3. Kavramlar İçtihadı	42
4. Kavramlar İçtihadına Karşı Gelişen Akımlar/Teoriler	44
a) Serbest Hukuk Akımı/Teorisi	44
b) Menfaatler İçtihadı Okulu	49
C. Hakimın Hukuk Yaratmasını Kabul Eden Görüşler	53
1. Genel Olarak	53
2. Hakimın Hukuk Yaratmasının Gerekçesi Olarak Hukuki Belirsizlik Kavramı	54
a) Zayıf Belirsizlik Örneği Olarak Hukuki Formalizm (İlımlı Formalistler) ..	59
b) Güçlü Belirsizlik Örnekleri: Amerikan Hukuki Realizmi ve Eleştirel Hukuk Çalışmaları	63
(1) Amerikan Hukuki Realizmi	63
(2) Eleştirel Hukuk Çalışmaları	70
III. HAKİMİN HUKUK YARATMASININ FARKLI HUKUK SİSTEMLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	76
A. Genel Olarak	76
B. İslam Hukuk Sistemi Açısından Hakimın Hukuk Yaratmasının İncelenmesi	76
C. Anglo-Sakson Hukuk Sistemi Açısından Hâkimin Hukuk Yaratmasının İncelenmesi	83
D. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi Açısından Hâkimin Hukuk Yaratmasının İncelenmesi	91
1. Genel Olarak	91

2. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin Bir Görünümü Olarak Türk Hukuk Sistemi	94
a) Hakimler Hukuk Yaratırken Nasıl Hareket Etmelidir?	100
b) Hakimin Hukuk Yaratırken Başvuracağı Yardımcı Araçlar	103
SONUÇ	107
KAYNAKÇA	114
İNTERNET KAYNAKLARI	130

KISALTMALAR

A.B.D.	: Amerika Birleşik Devletleri
Bkz.	: Bakınız
Bs.	: Bası
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
Edt.	: Editör
K.	: Karar
N.	: Number
pp.	: pages
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
ss.	: sayfalar arası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl/Year

GİRİŞ

Modern hukuk sistemlerinde devletler işlevlerini üç temel organ aracılığıyla yerine getirir. Bunlar yasama, yürütme ve yargı organlarıdır. Devletin bu organlarından yargı organı, uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan mahkemeler düzeni olarak ifade edilebilir. Bu yönüyle yargı organının temel görevi mevcut kanunların uyulmasını sağlamaktır. Yargı organının bu görevleri bağımsız mahkemeler tarafından yürütülür.

Hakimin, ihtilafları çözerken yürüttüğü faaliyetleri üç ana başlık altında incelemek mümkündür. Hakimin yargısal etkinliklerinden ilki, hukuk kurallarını yorumlamasıdır. Buna göre yorumlama, hukuk kaynaklarında yer alan bir hukuk kuralının anlamının belirlenmesi faaliyeti olarak tanımlanabilir. Hakimin yargısal etkinliklerinden ikincisi takdir yetkisidir. Hakimin takdir yetkisi ise hukuk kurallarıyla kendisine tanınan hukuksal çerçevede olayların nitelik ve yapılarına göre kural içi boşlukları doldurmak için gerekli kararları verme ve tedbirleri alma yetkisi şeklinde ifade edilebilir. Hakimin yargısal etkinliklerinden üçüncüsü ise hakimin hukuk yaratmasıdır.

Yasama organının temel hedefi, yaptıkları kanunların, hem günümüzdeki hem de gelecek dönemdeki sorunlara çözüm sağlamasıdır. Ancak toplumsal yaşamın değişkenliği ve teknolojik gelişmeler gibi nedenlerle yapılan kanunların her türlü meseleye çözüm üretebilmesi mümkün değildir. Kanunların bir hukuki meseleye uygulanacak hükmü barındırmaması halinde kanun boşluğundan bahsedilir ve bu durumda hakimin hukuk yaratması gündeme gelmektedir. Bir kanun boşluğu durumunda, kural olarak, hakimin kanun koyucu gibi davranarak kural ihdas etmesi ve bu kurala göre olayı çözümlenmesi beklenmektedir.

Hakimin hukuk yaratma yetkisine sahip olup olamayacağı konusunda hukuk teorilerinde görüş birliği yoktur. Konuya ilişkin olarak iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki hakimin hukuk yaratma yetkisine sahip olamayacağını ileri sürmektedir. Bu görüşü ileri sürenlerden öne çıkanlar, yorumcu hukuk ve kavramlar içtihadı okullarıdır. İkincisi ve günümüzde ağırlık kazanan görüş ise hakimin hukuk yaratabileceğini kabul etmektedir. Bu görüşü savunanlar ise serbest hukuk akımı,

menfaatler içtihadı okulu, Amerikan hukuki realizmi ve bazı şartlar dahilinde eleştirel hukuk çalışmalarıdır. Günümüzde hukuk sistemlerinin uygulamalarına bakıldığında doktrinde ağır basan görüşe paralel olarak hakimlere hukuk yaratma yetkisinin tanındığı görülmektedir. Örneğin; Kıta Avrupası, Anglo-Sakson ve İslam Hukuku sistemlerinde hakimlerin önüne gelen uyuşmazlıklarda uygulayabileceği bir kanun hükmü bulamadığı durumlarda “hukuk yaratma” yolu ile söz konusu boşluğu doldurmaları beklenmektedir.

Bu çalışma ile hakimin yargısal etkinliklerinden birisi olan hukuk yaratmanın kavramsal ve teorik açıdan değerlendirilmesi hedeflenmektedir.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde hakimin yargısal etkinliklerinin genel değerlendirmesi yapılacaktır. Öncelikle, yargısal etkinliklerden olan hakimin hukuk yaratması kavramından bahsedilerek, hakimin hukuk yaratmasının ön koşulu olan kanun boşluğu ve diğer boşluk türleri üzerinde durulacaktır. Daha sonra hakimin yargısal etkinliklerinden olan hukuk kurallarını yorumlaması ve yoruma ihtiyaç duyulma sebeplerinden bahsedilecektir. Ardından hakimin takdir yetkisinden genel hatlarıyla bahsedilecektir. Bu bölümde anlatılanlara paralel bir şekilde, hakimin hukuk yaratmasının diğer yargısal etkinliklerden farkı üzerinde durulacaktır. Son olarak Hart-Dworkin tartışmasında hakimin hukuk yaratması ele alınacaktır.

İkinci bölümde ilk olarak hukuk yaratma konusundaki akımlara/teorilere genel hatlarıyla yer verilecektir. Bu kapsamda daha detaylı olarak hakimin hukuk yaratmasının reddedilmesine ilişkin yorumcu hukuk okulu ile kavramlar içtihadına ve bunlara karşı gelişen hukuk teorilerine/akımlarına (serbest bilimsel araştırma metodu, serbest hukuk akımı ve menfaat içtihadına) yer verilecektir. Son olarak güçlü belirsizlik ve zayıf belirsizlik ayrımı noktasında hakimin hukuk yaratmasının kabulüne ilişkin hukuk teorileri/akımları üzerinde durulacaktır. Bu noktada öncelikle zayıf belirsizliği temel alan hukuki formalizm akımı/teorisi, ardından güçlü belirsizliği temel alan Amerikan hukuki realizmi ve eleştirel hukuk çalışmalarına yer verilecektir.

Çalışmanın son bölümü olan üçüncü bölümde öncelikle hakimin hukuk yaratmasının farklı hukuki sistemlerdeki görünümüne ilişkin genel bilgilere yer

verilecektir. Ardından konu İslam hukuk sistemi açısından genel hatlarıyla irdelenecektir. İslam Hukukunu takiben bir diğerk hukuk sistemi olan Anglo-Sakson hukuk sisteminden bahsedilerek hakimin hukuk yaratması Anglo-Sakson hukuk sistemi açısından incelenecektir. Daha sonra ise, Kara Avrupası hukuk sistemine yer verilerek konu bu sistem açısından incelenecektir. Bu bölümde son olarak Türk hukuk sistemi açısından hakimlerin hukuk yaratırken nasıl hareket etmesi gerektiğı ve hakimin hukuk yaratırken başvuracağı yardımcı araçlara değinilecektir.

I. HAKİMİN HUKUK YARATMASI KAPSAMINDA HÂKİMİN YARGISAL ETKİNLİKLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

A. Genel Olarak Hâkimin Hukuk Yaratması

Günümüzde toplumsal yaşamın dinamikliği ve teknolojik gelişmeler, hukuk kurallarının her konuya cevap verebilmesini imkansız kılmaktadır¹. Bu yönüyle mevcut ve olabilecek her türlü hukuki ilişki ve olayın tespit veya tahmin edilip kanun koyucu tarafından eksiksiz bir şekilde kurallar koyulması söz konusu olamamaktadır. Bu durumda kanunlarda boşluklar olması kaçınılmazdır. Ancak mevcut bir hukuki boşluk dolayısıyla hâkimin önüne gelen davaya bakmak istememesi ya da sorunu çözümsüz bırakması hukuken kabul edilen bir durum değildir. Dolayısıyla mevcut bir kanun boşluğu durumunda, hakimin bu boşluğu doldurması gerekir. Bu noktada hâkime hukuk yaratma yetkisinin tanınması gündeme gelmektedir².

Hakimin hukuk yaratması, kanunda hukuki uyumsuzluğa uygulanacak bir hüküm bulunmadığında yani, kanun boşluğu durumunda söz konusu olur. Buna göre *hakimin hukuk yaratması*, bir kanun boşluğu durumunda hakimin kanun koyucu gibi davranarak ve hakkaniyeti dikkate alarak bir kural koyması ve koyduğu bu kurala göre olayı çözümlemesi şeklinde tanımlanabilir³.

Türk hukuk sisteminde hakimlerin önlerine gelen davaları çözüme kavuşturmaları zorunluluğu ve hüküm vermekten kaçınamamaları durumu Anayasanın 36. maddesinden kaynaklanmaktadır⁴. Ayrıca hakimin hukuk yaratması bir görev ve yetki olarak Türk Medeni Kanununda da düzenlenmiştir.

Kanunda boşluk olması durumunda hakimin hukuk yaratmasının gündeme gelmesi, daha çok özel hukuk alanında mümkündür⁵. Kıta Avrupası hukuk sisteminde

¹ Abdullah Dinçkol, *Hukuka Giriş*, Genişletilmiş 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2005, s. 257.

² Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017, s. 376-377.

³ Yılmaz Aslan/Doğan Şenyüz, *Hukuka Giriş*, Yenilenmiş 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017, s. 74.

⁴ Gözler, s. 376; Dinçkol, s. 258.

⁵ Aslan/Şenyüz, s. 74.

kamu hukuku alanında hakimın hukuk yaratması genelde kabul görmemektedir⁶. Zira özellikle ceza ve vergi hukuku alanlarında kanunilik ilkesinin geçerli olması nedeniyle, hakimın hukuk yaratması söz konusu değildir⁷. Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesi;

“(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz⁸.” şeklindedir.

Anlaşılacağı üzere özel hukuk alanında hukuk yaratmaya imkan veren hüküm, burada geçerli değildir⁹. Zira kanun maddesi açıkça yasaklamıştır. Benzer şekilde vergi hukuku alanında kanunilik ilkesinin geçerliliği 1982 Anayasasının m.73/3.

⁶ Nitekim Yargıtay verdiği bir kararında özel hukukta hakime tanınan hukuk yaratma yetkisinin kamu hukukunda mümkün olmayacağını belirtmiştir. Karar şu şekildedir: “...Bizce, özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkların çözümünde hakime tanınan hukuk yaratma yetkisinin, kamu hukuku alanında da tanınması ve bu yetkinin özellikle, grev yasaklarının kapsamı ve içeriğinin belirlenmesinde kullanılması, kural olarak kabul edilemez. Aksi halde, kanunun açıkça öngörmediği grev yasaklarının uygulama ile getirilmesi yolu açılmış olur ki, bunun doğal sonucu olarak, hem grev hakkı zedelenir, hem de anayasal bir hakkın kullanılmasında ciddi kuşku ve duraksamalar ortaya çıkar. Hele, kanunsuz grevin suç sayıldığı ve çok ağır hukuki ve cezai yaptırımlara bağlandığı da dikkate alınırsa, böyle bir görüşün getireceği sakıncalar daha çok belirginleşir.” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 1988/12248, K: 1988/11589, Karar Tarihi: 7.12.1988.

⁷ Detaylı bilgi için bkz. Abdullah Batuhan Aytaz, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, Doktora Tezi, İstanbul 2015; Muhammet Nedim Bekri, *Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulanması*, Doktora Tezi, İstanbul 2010; Ersan Öz, *Vergilemede Kanunilik İlkesine Göre Türk Vergi Sistemi'nin Değerlendirilmesi*, Doktora Tezi, İzmir 2004; Pınar Nur, *Kanunilik İlkesi Bakımından Vergi Kabahatlerinin İrdelenmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Samsun 2014.

⁸ 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (R.G. 12.10.2004/25611).

⁹ Hakimın ceza hukuku alanında kanun boşluğunu hukuk yaratarak dolduramayacağına ilişkin karar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 1976/6-577, K: 1977/47, Karar Tarihi: 07.02.1977.

fıkrasından kaynaklanmaktadır¹⁰. Maddeye göre “*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır*”¹¹.” şeklindedir.

Belirtmek gerekir ki kanunilik ilkesi, sadece bahsi geçen alanlarda değil, bir tarafın devlet olduğu kamu hukuku ilişkilerinde geçerlidir¹². Zira kanun, güçlü olan devlet karşısında zayıf olan bireyi korumayı amaçlamaktadır. Özel hukukta bu ilkenin geçerli olmamasının nedeni her iki tarafında eşit olmasıdır. Hakim önüne gelen uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak zorundadır. Ancak uyuşmazlığın eşitler arasında olması hakimin keyfi karar verebileceği anlamına gelmez. Bu durumda hakimi sınırlayan maddi ve içeriksel sınırlandırmalar mevcuttur¹³.

Hakimlerin hukuk yaratması hem Anglo-sakson hukuk sisteminde hem de Kıta Avrupası hukuk sisteminde mümkündür. Ancak Anglo-sakson hukuk sistemi buna daha elverişlidir. Sistemin çoğunlukla özel hukuk uyuşmazlıklarından hareketle oluşması hakimin hukuk yaratmasına imkan vermektedir¹⁴. Bununla birlikte Anglo-sakson hukuk sisteminde, ceza hukuku, anayasa hukuku gibi kamu hukuku dallarında yukarıda anlatılan Kıta Avrupası sistemine benzer bir durum görülmektedir. Bu alanlarda hakimlerin hukuk yaratması ve takdir yetkileri daha kısıtlıdır¹⁵. Örneğin ceza hukukunda hakimlerin hüküm vermeleri için, özel hukuka nazaran ikna kabiliyeti daha yüksek deliller aranmaktadır. Özel hukukta hakimin hüküm verebilmesi için, karşı tarafın sunduğu delillere üstünlük sağlamaya yetecek deliller aranırken, ceza

¹⁰ Detaylı bilgi için bkz. Osman Pehlivan, *Vergi Hukuku (Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi)*, Celepler Matbaacılık, Trabzon 2018, ss. 42; Ateş Oktar, *Vergi Hukuku*, 10. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2014, ss. 61-68; Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, ss. 194-202; Uğur Yiğit, *Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 95; Gülsen Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, 3. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 26 vd.; İmran Arıtı Erdem, “Vergi Hukukunda Hakimin Hukuk Yaratması: Boşluk Doldurma”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Y. 2016/2, ss. 1-26.

¹¹ 18.10.1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (R.G. 9.11.1982/17863).

¹² Ezgi Aygün Eşitli, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 104, Y.2013, ss. 225-246, s. 229.

¹³ Eşitli, s. 229.

¹⁴ İdris Hakan Furtun, *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 115.

¹⁵ Furtun, *Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri*, s. 115.

hukukunda hakimin mahkumiyet hükmü verebilmesi için sanık aleyhindeki delillerin şüpheyi yer bırakmayacak derecede kesin olması aranmaktadır¹⁶.

Aral, kanun boşluklarının doldurulması hususunda Türk Ceza Kanunu'ndaki suçta ve cezada kanunilik ilkesi gibi özel bir sınırlama olmadığı sürece diğer hukuk dallarında da İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarındaki 1. maddenin yol gösterici olduğunu belirtmiştir¹⁷. Aral'ın bu yaklaşımına katılmaktayız. Çünkü hakim, Anayasamıza göre hüküm vermekten kaçınmaz. Dolayısıyla kanunilik ilkesinin geçerli olduğu ceza hukuku ve vergi hukuku alanları dışında ve ayrıca bir konunun tüketici olarak düzenlendiği ve aksiyle kanıt akıl yürütme yöntemiyle karar verilebildiği durumlar dışında kamu hukukunda bir ihtilaf karşışılan hakim, bunu çözümsüz bırakamayacağına göre, gerekiyorsa, Medeni Kanun'un 1. maddesine göre hukuk yaratarak önündeki ihtilafı çözmesi gerekecektir. Bu arada hemen şunu belirtelim ki özel hukukta da aksiyle kanıt yönteminin kullanılabilirdiği durumlarda boşluk kabul edilemeyeceği için hakim hukuk yaratamaz.

Dolayısıyla kamu hukukunda hakimin hukuk yaratamayacağı mutlak olmadığını düşünmekteyiz. Yukarıda belirttiğimiz gibi kamu hukukunda hakimin hukuk yaratamayacağı hususlar, kanunilik ilkesinin zorunlu olduğu ceza hukuku ve vergi hukuku gibi alanlar ile bir konunun tüketici olarak düzenlendiği ve aksiyle kanıt akıl yürütme yönteminin uygulanabilirdiği kamu hukuku alanlarıyla sınırlı olmalıdır. Özellikle hakim, kişilere pozitif yükümlülük getirme hususunda hukuk yaratamaz. Kamu hukukunda kanunlarla getirilmeyen pozitif bir yükümlülük hukuk yaratma yoluyla getirilemez. Kişilerin pozitif yükümlülüğünün olup olmamasına karar verilirken aksiyle kanıt yöntemine başvurulmalıdır. Pozitif yükümlülükler kanunlarla

¹⁶ David D. Friedman, *Law's Order (What Economics Has To Do With Law and Why It Matters)*, Princeton University Press, s. 9.

¹⁷ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Beşinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s. 197; kanunilik ilkesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Yedinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2011, ss. 46-62; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, ss. 11-31; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, ss. 131-133.

getirilmemişse boşluk gerekçesiyle hukuk yaratılarak bu tür yükümlülükler getirilemez. Bu aslında hem özel hukuk hem de kamu hukuku için geçerli olmalıdır¹⁸.

1. Hâkimin Hukuk Yaratmasının Ön Koşulu: Kanun Boşluğu

Bir hukuk sisteminde kanun koyucu, kanun yaparken kanunların öncelikle gelecekte ortaya çıkabilecek tüm sorunları kapsamasını hedefler¹⁹. Ancak, yaşamın durağan olmaması ve insan kapasitesinin sınırlılığı, bu hedefe ulaşılmasını imkansız kılar. Bu bağlamda kanun boşluğu hukuk sistemleri için kabul edilmesi olağan ve gerekli bir durum olarak kabul edilir. Kanunda boşluk olmadığı fikrinin kabul edilmesi, kanun koyucunun iradesinin mükemmel olduğu ve bu kapsamda yıllar önce dahi çıkarılan hukuk kurallarının kusursuz olması anlamına gelmektedir. Ancak bu tarz bir düşüncenin ön kabulü, değişen yaşam şartlarına hukuk sistemlerinin ayak uydurmasını imkansız hale getirebilir²⁰.

Kanun boşluğu, birbirleriyle karıştırılmaması için hukuk boşluğu kavramıyla birlikte tanımlanmıştır. Dural/Sarı'ya göre "*kanun boşluğu, kanunda hüküm bulunmaması, hukuk boşluğu ise hem kanunda hem de örf ve adet hukukunda hüküm olmaması*" dır²¹. Oğuzman/Barlas'a göre "*Kanun hükümlerinin yorumlanması sonucunda hukuksal soruna cevap veren, olaya uygulanabilir bir hüküm bulunamazsa bu konuda bir kanun boşluğunun varlığından söz edilir.... Örf ve adet hukukunda da bu yolda bir kural yoksa artık "kanun boşluğu"ndan değil, "hukukta boşluk"tan bahsedilmek gerekir*"²².

¹⁸ Ancak özel hukukta kıyas yoluyla hukuk yaratılarak kişilere pozitif yükümlülük getirildiğine rastlanmaktadır. İsviçre hukukunda miras bırakanın cenaze masraflarının terekeden karşılanmadığı durumda bu masrafların miras bırakana sağlığında nafaka yükümlülüğü altında olanlardan karşılanacağına dair içtihat bulunmaktadır. Burada içtihat yoluyla hukuk yaratılarak pozitif bir yükümlülük getirilmiştir. Örnek karar için bkz. JdT 1928 I 354. (M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medeni Hukuk, (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)*, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 102.)

¹⁹ Sururi Aktaş, "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1-2, Y. 2010, ss.1-33, s. 1.

²⁰ Ergun Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1981, s. 221; Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 1.

²¹ Mustafa Dural/ Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I (Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri)*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 132.

²² Oğuzman/Barlas, s. 95-96.

Bu yazarlar tarafından kabul edilen görüşe göre hakimin hukuk yaratması kanunda boşluk olduğunda değil, hukukta boşluk söz konusu olması halinde gündeme gelmektedir²³.

Kimi yazarlar ise hukukta boşluk olduğu fikrini reddetmektedirler²⁴. Örneğin Aktaş, boşluğu, “pozitif hukukun, bir meseleyi düzenlemesi gerekirken kendi normatif düzenine aykırı olarak düzenlenmemiş olması” şeklinde tanımlamıştır²⁵. Aktaş’ın bu tanımı, yazılı hukuk ve yazısız hukuktaki boşluğu kapsamaktadır. Yazara göre boşluk, pozitif hukukun eksikliğinden ileri gelmektedir. Dolayısıyla hukuk boşluğu terimini terminolojik olarak reddetmektedir. Eğer hukukta boşluk olduğu kabul edilse idi, bu durumda hukuki ihtilafların bir kısmı çözümsüz kalırdı²⁶. Fakat günümüzde hukuk sistemlerinin, hukuki ihtilafa uygulanacak bir hüküm bulamamaları durumunda hakimlere, hüküm vermekten kaçınma imkanı tanımadığı görülmektedir. Örnek olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının m. 36/2 gösterilebilir. Bu çalışmada hakimin hukuk yaratma yetkisi bu görüş çerçevesinde ele alınacaktır.

Belirtilen görüşler çerçevesinde kanun boşluğu, hukuki düzenleme gerektiren bir konunun pozitif hukukta yer almaması olarak tanımlanabilir. Burada pozitif hukuk hem yazılı hukuktaki boşluğu hem de örf ve adet hukukundaki boşluğu kapsamaktadır²⁷. Kanun boşluğunda somut olaya uygulanacak bir hüküm bulunmamaktadır²⁸. Bu eksikliğin giderilmesi hukuk düzeninin gereğidir. İlgili kanuni düzenleme yapılmadığı için hakimin hukuk yaratması gerekmektedir²⁹.

²³ Dural/Sarı, s. 132; Oğuzman/Barlas, s. 96.

²⁴ Bkz. Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 10; Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri (Hukukun Temelleri ve Hukuk İlminin Tarihi Tekamülü)*, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1963, s. 132.

²⁵ Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 10.

²⁶ Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 17

²⁷ Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 10.

²⁸ Aydın Aybay/Rona Aybay/Ali Pehlivan, *Hukuka Giriş*, Genişletilmiş 13. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 328.

²⁹ Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 16.

2. Diğer Boşluk Türleri

Bu başlık altında genel olarak kural içi boşluk (hüküm içi boşluk), gerçek boşluk-gerçek olmayan boşluk, bilinçli boşluk-bilinçsiz boşluk, açık boşluk-örtülü boşluk ve çatışma boşluğu incelenecektir.

a) Kural İçi Boşluk (Hüküm İçi Boşluk-Intra Legem Boşluk)

Kural içi boşluk, kanun koyucu tarafından bilerek ve isteyerek kanunda bırakılan boşlukları ihtiva eder. Kanun koyucu söz konusu boşluğu hâkimler tarafından doldurulmasını istediği için bırakmıştır. Bu durumda, söz konusu boşlukların doldurulmasında hâkimin hukuk yaratmasından değil, takdir yetkisinden bahsetmek gerekecektir³⁰.

Kanunun örf ve adetlere göndermede bulunduğu ya da hakime açıkça takdir yetkisi verdiği durumlarda kural içi boşluktan söz edilir³¹. Kanunun örf ve adete atıfta bulunduğu duruma örnek olarak TMK m. 367 gösterilebilir. Maddeye göre, “*Aile hâlinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örfüne göre belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi ona ait olur.*” Madde, ev başkanı olmanın standartlarını belirlemek yerine, kanunun uygulanacağı toplumun örfüne, sözleşmeye ve kanuna göndermede bulunmuştur. Hakim bunu kendisi takdir edecektir. Dolayısıyla burada kural içi boşluktan söz edilir. Kanunun hakime açıkça takdir yetkisi tanıdığı duruma örnek olarak ise TMK m. 12 gösterilebilir. Maddeye göre “*Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.*” Anlaşılacağı üzere ergin kılınma sebepleri maddede açıkça belirtilmeyip, durumun değerlendirilmesi ve ergin kılınıp kılınamama hakim takdir yetkisine bırakılmıştır. Hakim ergin kılınmak istenen birey için belirli standartlarla bağlı değildir, takdir yetkisini kullanarak bir hüküm verecektir.

³⁰ Gözler, s. 377; ; Özsunay, s. 223; Çiğdem Kırca, “Örtülü (Gizli Boşluk) ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S.1, Y. 2001, ss.91-119, s. 93.

³¹ Dural/Sarı, s. 135; Dinçkol, s. 258.

Kural içi boşlukta, hakimin takdir yetkisine bırakılmış “*haklı neden*”, “*durumun gereği*”, “*önemli iş*” gibi geniş çerçeveli düzenlemeler önemli rol oynamaktadır³². Bu terimlere bakıldığında ilk önce herhangi bir boşluk söz konusu olmadığı yönünde bir algı oluşmaktadır. Ancak detaylı incelendiğinde somut hukuki olaya ilişkin açık ve kesin bir hukuk kuralının olmadığı anlaşılır. Kanun koyucu tarafından bilerek bırakılmış bu tür boşluklarda hakimin somut olayların özelliklerini dikkate alarak hakkaniyete uygun karar vermesi beklenir³³. TMK m. 4, bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Maddeye göre “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı ve durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim hakkaniyete göre karar verir.*”

Serozan’a göre hem kanun boşluğunda hem de kural içi boşlukta hakim, kendisinin özel ve öznel durumları doğrultusunda hareket etmemelidir. Hakim, yargılama sürecinde kişisel duygu ve düşüncelerinden sıyrılarak, mümkün olduğunca objektif bir karar vermeye çalışacaktır. Hakim bu süreçte, tabiri caizse kanun koyucunun “*derisinin altından süzölmek*” suretiyle kanun koyucunun nasıl karar vereceğini idrak edip, pozitif hukuk düzeniyle paralel bir karar verecektir. Bunu gerçekleştirirken de adaletin, amaca uygunluğun ve hukuki güvenliğin sağlandığından emin olacak şekilde geniş kapsamlı bir karar verecektir³⁴.

b) Gerçek Boşluk

Gerçek boşluk, kanun tarafından düzenlenmesi gereken bir konuda olumlu ya da olumsuz bir hükmün bulunmamasını ifade etmektedir³⁵. Gerçek boşluk, gerçek olmayan boşluğu daha iyi açıklayabilmek için başvurulan bir kavramdır³⁶. Gerçek boşluğun söz konusu olduğu durumlarda hakimin hukuk yaratmasından söz edilir. Kural içi boşluk hakimin takdir yetkisi ile ilgili iken, gerçek boşluk hakimin hukuk

³² Rona Serozan, *Medeni Hukuk (Genel Bölüm-Kişiler Hukuku)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 176; Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, Beşinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 75; Dural/Sarı, s. 131; Kırca, 93-94; Zevkliler, s. 88; Aybay/Aybay/Pehlivan, s. 323.

³³ Serozan, s. 176; Kırca, s. 94; Tekinay, s. 75; Dural/Sarı, s. 134-135.

³⁴ Serozan, s. 177.

³⁵ Özsunay, s. 224; Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)*, Yenilenmiş 6. Bası, Beta Yayınları, s. 127; Kırca, s. 94.

³⁶ Aktaş, *Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı*, s. 18.

yaratması ile ilgilidir. Kural içi boşlukta hakimin somut olaya uygulayacağı bir hüküm vardır. Ancak gerçek boşlukta hakimin somut olaya uygulayabileceği bir hüküm bulunmamaktadır.

Gerçek boşlukta, yasanın normatif amacına uygun olarak, bir hukuk kuralının var olması gerekirken hukuki soruna ilişkin olarak böyle bir kural yoktur ve kanun bu konuda susmaktadır³⁷. Örneğin, büyükanne ile büyükbabaların torunları arasında ilişki kurmaları hususunda kanunda bir gerçek boşluk olduğu kabul edilmektedir³⁸. Kanun koyucunun ilgili kanunun amacı doğrultusunda bir kural koyması gerekmektedir. Hukuki probleme doğrudan uygulanabilecek bir hüküm yoksa da, yorum yapılarak bir çözüm sağlanabiliyorsa yine boşluktan söz edilemez. Ancak yorumla dahi bir sonuca varılamıyorsa, gerçek boşluğun varlığı kesindir³⁹.

c) Gerçek Olmayan Boşluk

Gerçek olmayan boşlukta, hakimin önüne gelen ihtilafın çözümü için hukuk kuralı mevcuttur; ancak kanunun getirdiği çözüm yeterli ve tatminkar değildir⁴⁰. Bazı hukukçular gerçek olmayan boşlukları etik açıdan kanundaki bir eksikliğe bağlamaktadırlar⁴¹.

Işıқтаç/Metin'e göre gerçek olmayan boşluk ile örtülü boşluk birbirine karıştırılmaktadır. Ancak her iki terim birbirinden farklıdır. Gerçek olmayan boşluğun nedeni hukuk politikasındaki yanlışlıklardır⁴². Buna paralel olarak Aktaş'a göre gerçek olmayan boşluk, olması gereken hukuk açısından yetersizliği ifade etmektedir⁴³. Oğuzman/Barlas'a göre ise gerçek olmayan boşluk, örtülü boşluğu kapsamaktadır⁴⁴. Şöyle ki, kanunda lafzı ve ruhu çatışmayan, eşdeğerdeki bir başka hükme aykırılık teşkil etmeyen ve uygulanması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyen (kısaca, bir örtülü boşluk söz konusu değilken), ancak, uygulandığı takdirde tatminkar olmayan

³⁷ Işıқтаç/ Metin, s. 228; Kırca, s. 94; Özsunay, s. 224.

³⁸ Ali Nazım Sözer, *Hukukta Yöntembilim*, 4. Basım, Beta Yayınevi, İzmir 2013, s. 165.

³⁹ Zevkliler, s. 88; Dural/Sarı, s. 138.

⁴⁰ Dural/Sarı, s. 136; Özsunay, s. 224; Kırca, s. 96; Tekinay, s. 64.

⁴¹ Özsunay, s. 225; Dural/Sarı, s. 136; Akipek/Akıntürk, s. 127.

⁴² Işıқтаç/Metin, s. 229.

⁴³ Aktaş, *Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı*, s. 18.

⁴⁴ Oğuzman/Barlas, s. 103-104.

sonuçların ortaya çıktığı durumlarda gerçek olmayan boşluk söz konusudur. Böylelikle gerçek olmayan boşluğun başka durumları da kapsadığı görülmektedir. Belirtmek gerekir ki, gerçek olmayan boşluk kavramının çeşitli çelişkilere ve karışıklığa neden olmasından ötürü, bu kavramdan vazgeçilmesi gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır⁴⁵.

Gerçek olmayan boşluğa örnek olarak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 60. maddesi gösterilebilir. Maddeye göre genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olunan kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanmak için, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması gerekmektedir. Bakmakla yükümlü olunanlar, prim ödeme yükümlüsü olmayanlardır. Bahsi geçen bu kural kanuna ve genel sağlık sigortasının yapısına uymamaktadır⁴⁶.

Oğuzman/Barlas'a göre tatminkar olmayan kanunları değiştirmek hakim değil, yasa koyucunun görevidir⁴⁷. Ancak ilgili hukuk kuralının uygulanması, kanun koyucunun hatası, teknik aksaklıklar ya da toplumsal değişimler nedeniyle hakkın kötüye kullanılmasına neden oluyorsa bu durumda hakim TMK m. 2/II'ye uygun olarak ortaya çıkan boşluğu TMK m. 1'e göre kendisi dolduracaktır⁴⁸.

d) Bilinçli Boşluk

Kanun koyucu bir hukuki problemin çözümünü bilerek ve isteyerek düzenlemeyip açık bırakabilir. Buna bilinçli boşluk denilmektedir⁴⁹. Kanun koyucunun, somut hukuki duruma ilişkin olarak bir düzenleme yapmadığı her durum kanunda boşluk olduğu anlamına gelmemektedir⁵⁰. Kanun koyucu, kuralın

⁴⁵ Bkz. Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 19; Kırca, s. 96.

⁴⁶ Sözer, 168.

⁴⁷ Oğuzman/Barlas, s. 104; Ayrıca aynı doğrultuda görüş için bkz. Dural/Sarı, s. 136.

⁴⁸ Oğuzman/Barlas s. 104.

⁴⁹ Oğuzman/Barlas, s. 100; Özsunay, s. 225; Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 21-22; Kırca, s. 97; Özlem Tüzüner, "Derneğin Ticarî İşletme İşletmesi ve Türk Medenî Kanunu'nda Bilinçli Boşluk Bırakılması", *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, C. 8, Y.2013, ss. 2811-2844, s. 2817-2818.

⁵⁰ Işıktaç/Metin, s. 228.

içeriğindeki eksikliğin farkındadır. Bu boşluk türünde hakimin hukuk yaratmasına gerek olmayıp, hakim, boşluğu takdir yetkisini kullanmak suretiyle doldurmalıdır⁵¹.

Gerçekten kanun koyucunun bütün hukuki sorunlara tüketici olarak bir hüküm getirmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bazı durumlarda kanun koyucu, bilinçli olarak susmayı tercih edebilir. Belirtmek gerekir ki, kanunun bir hukuki sorun hakkında hüküm içermemesi, o sorun için olumsuz bir çözüm getirme nedenine dayanıyorsa boşluktan söz edilemeyecektir⁵². Kanunda boşluk olması için kanun hükmünün olumlu anlamının yanısıra olumsuz anlamının da soruna ilişkin çözüm getirememesi gerekmektedir. Olumsuz düzenlemenin olduğu duruma örnek olarak TMK m. 129 gösterilebilir. Maddeye göre,

“Aşağıdaki kimseler arasında evlenme yasaktır:

- 1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,*
- 2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,*
- 3. Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında⁵³.”*

Medeni Kanunun yukarıdaki maddesi kimler arasında evlenmenin yasak olduğunu tüketici olarak saymıştır. Dolayısıyla mefhum-u muhalifinden maddenin kapsamına girmeyen kişilerin evlenebileceği sonucuna varılır. Bu sonuca da yorum yoluyla varılmaktadır⁵⁴. Bu konuda değerlendirme yapılırken, çok yönlü bir bakış açısına sahip olmak önem arz etmektedir.

⁵¹ Dinçkol, s. 258; Zevkliler, s. 49.

⁵² Tekinay, s. 64.

⁵³ 22.11.2011 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (R.G. 8.12.2011/24607).

⁵⁴ Işıқтаç/Metin, s. 229.

e) Bilinçsiz Boşluk

Bilinçsiz boşluk, kanun koyucunun isteği ve iradesi dışında ortaya çıkmış boşluk türüdür⁵⁵. Bilinçsiz boşluk iki nedenden kaynaklanabilir⁵⁶. Öncelikle kanun koyucunun ihmali ya da dikkatsizliğinden kaynaklanabilir. Bu boşluklara *ihmalden doğan boşluklar* da denilmektedir⁵⁷. İkinci olarak bu tür bir boşluk, kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki süreçte ortaya çıkan yenilikler ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkabilir. Öngörülemeyen durumlar ise kanunda bilinçsiz boşluklara neden olabilir. Bu tür boşluklara *fili boşluk* adı verilmektedir⁵⁸. Belirtmek gerekir ki hukuk sisteminde ortaya çıkan boşlukların büyük kısmını bilinçsiz boşluklar oluşturmaktadır⁵⁹. Toplumsal, teknolojik ve ekonomik değişikliklerin sıklıkla sosyal yaşamı etkilemesi bilinçsiz boşlukların varlığını kaçınılmaz kılmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun öngöremediği durumlar için hakimın hukuk yaratma yetkisine başvurması gerekmektedir.

f) Açık Boşluk

Açık boşluk, kanunda hukuki soruna doğrudan doğruya veya hükmün mefhum-u muhalifi itibariyle de uygulanabilecek bir hükmün olmamasını ifade eder⁶⁰. Kanun, kendi normatif amacına uygun olarak bir düzenleme yapması gereken herhangi bir hüküm içermiyorsa açık boşluktan söz edilir⁶¹.

Sözer, açık boşluğu yetersiz norm boşluğu ve teknik boşluk olmak üzere ikiye ayırarak incelemiştir. Yetersiz norm boşluğunda kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gereken norm göz ardı edilmiştir. Bu duruma, sözleşme öncesi sorumluluğun kanunda düzenlenmemesi örnek olarak verilebilir. Yazara göre teknik

⁵⁵ Zevkliler, s. 88; Oğuzman/Barlas, s. 100; Esener, s. 231.

⁵⁶ Oğuzman/Barlas, s. 100-101; Esener, s. 231.

⁵⁷ Özsunay, s. 226; Oğuzman/Barlas, s. 101; Tüzüner, s. 2818.

⁵⁸ Özsunay, s. 226; Oğuzman/Barlas, s. 101; Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 21-22; Kırca, s. 97.

⁵⁹ Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 22.

⁶⁰ Serozan, s. 148; Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş*, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 95, Dural/Sarı, s. 135.

⁶¹ Aral, s. 157; Hatemi, s. 95; Serozan, s. 146; Dural/Sarı, s. 135.

boşluk ise, bir hak düzenlenirken onunla ilgili sürelerin belirlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır⁶².

g) Örtülü Boşluk

Kanunda somut olaya uygulanması mümkün bir hüküm var iken, bu hükmün lafzı ve ruhunun birbirleriyle çatıştığı durumlarda ya da hükmün uygulanmasının dürüstlük kuralını açıkça ihlal edeceği ve hakkın kötüye kullanılması sonucuna götüreceği durumlarda örtülü boşluk vardır⁶³. Anlaşılacağı üzere örtülü boşlukta somut olaya ilişkin bir hüküm mevcuttur. Ancak hukuk kuralının sınırları oldukça geniştir. İlgili hukuk kuralını tüm daraltma çabalarına karşın, söz konusu kuralın, hukuki sorunun istisnai durumuna uygulanması adalete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir⁶⁴. Bu durumda kanunun amaca ve adalete uygun biçimde daraltılması beklenir⁶⁵.

Bu kapsamda örtülü boşluğun doldurulmasında kullanılan mantıksal araç, yabancı dildeki yerleşik şekliyle “*teleolojik redüksiyon*” dur. Türkçedeki kullanımıyla *amaca uygun sınırlama*, oldukça geniş kapsamlı olan ve uygulanmasının adalete uygun olmayacağı aşikar olan kanun hükmünün, somut hukuki olaya özgü bir istisna ile sınırlandırılmasıdır⁶⁶. Amaca uygun sınırlama, ilgili hükmün uygulanabilmesi için sınırlandırılması ya da istisnai bir durumun eklenmesi suretiyle gerçekleştirilir⁶⁷.

Örtülü boşluğun amaca uygun sınırlama ile doldurulmasına örnek olarak, Türk Borçlar Kanunu m. 12 gösterilebilir⁶⁸. Maddeye göre;

“Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.

⁶² Sözer, s. 166.

⁶³ Oğuzman/Barlas, s. 102-103; Serozan, s. 158; Kırca, s. 96. Örtülü boşluğu, gerçek boşluğun bir alt kavramı olarak değerlendiren yazarlar bulunmakla birlikte (örnek için bkz. Hatemi, s. 100), bu görüşü reddeden yazarlar da bulunmaktadır (örnek için bkz. Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 20). Tez, ikinci görüş çerçevesinde ele alınmıştır. Zira örtülü boşlukta hakim, amaca uygun sınırlama yoluyla hukuk yaratmaktadır.

⁶⁴ Kırca, s. 96.

⁶⁵ Serozan, s. 158; Hatemi, s. 98.

⁶⁶ Serozan, s. 159; Kırca, s. 99.

⁶⁷ Kırca, s. 99; Dural/Sarı, s. 136.

⁶⁸ Serozan, s. 161; Bu doğrultuda örtülü boşluğa örnek için ayrıca bkz. Dural/Sarı, s. 136.

Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz⁶⁹.”

Bu madde uyarınca şekle uygun olmayan sözleşmelerin hükümsüz sayılması gerekir. Serozan’a göre istisna içermeyen bu hüküm oldukça geniş sınırlara sahiptir. Zira somut olay göz önünde bulundurulduğunda, karşılaşılabilecek durumlarda sırf şekil şartına uyulmadığı için hukuki işlemi yok saymak, adalet duygusunu tatmin etmeyebilir. Bu durumda olayın değerlendirilmesi neticesinde şekle aykırı işlemi geçerli saymak haklı ve yerinde olur⁷⁰.

h) Gerçek Kural Çatışmasından Doğan Boşluk

Bilindiği üzere hukuk kuralları arasında bir çatışma varsa çeşitli çatışma ilkeleri gereğince hukuki sorun çözülmektedir. Bu ilkeler, *lex superior ilkesi (üst kanun)*, *lex posterior ilkesi (sonraki kanun)* ve *lex specialis ilkesidir (özel kanun)*⁷¹. Aynı konu hakkında birden fazla hüküm var ve birbiriyle çatışıyorsa uygulanacak olan bu ilkeler bazı durumlarda yeterli olmayabilir.

Hakimin önüne gelen davada uygulayabileceği iki farklı yasanın bulunması durumunda gerçek kural çatışmasından doğan boşluktan söz edilir⁷². Sözer’ e göre buradaki boşluk, iki hukuk kuralının birbirini dışlamasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kurallar, çatışma boşluğunda birbirini geçersiz kılmaktadır⁷³.

Gerçek kural çatışmasından doğan boşluğun nasıl doldurulacağı konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Gözler bu boşluğu, *gerçek çatışma (antinomie)* olarak adlandırmaktadır⁷⁴. Ona göre iki kural arasında *astlık-üstlük*, *genel-özel ve önceki-sonraki* ilişkisi kurulamıyorsa hukuk boşluğunun varlığından söz edilir. Hukuk boşluğu durumunda özel hukuk ve kamu hukuku ayrı ayrı değerlendirilerek çözüm üretilir. Hakimin karşısına özel hukukta çatışma boşluğu çıkmışsa yapılması gereken

⁶⁹ 11.1.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (R.G. 11.1.2011/27836).

⁷⁰ Serozan, s. 161.

⁷¹ Detaylı bilgi için bkz. Gözler, s. 357; Serozan, s. 179.

⁷² Zevkliler, s. 89; Kırca, s. 96; Serozan, s. 179-180.; Akipek/Akıntürk, s. 127-128.

⁷³ Sözer, s. 169.

⁷⁴ Gözler, s. 371.

boşluğun, Türk Medeni Kanunu m. 1 gereğince doldurulmasıdır. Yani hakim, öncelikle örf ve adet hukukuna bakar. Eğer burada da olaya çözüm bulmazsa kendisi kanun koyucu gibi yeni bir hukuk kuralı yaratır. Ancak kamu hukukunda bu tür bir boşlukla karşılaşmışsa hakim, aynı değerlendirmeyi yapamaz. Dolayısıyla hakim hukuk yaratamaz. Gözler’ e göre bu durumda hakim davayı olduğu şekliyle bırakmalıdır. Zira örf ve adet, kamu hukukuyla ilgili davalarda geçerli değildir. Gözler, bu durumda mevcut durumun süreceğini belirtmiştir. Ona göre makul ve mantıklı bir kanun koyucunun aynı anda birbiriyle çelişen hüküm koyma ihtimali çok düşüktür⁷⁵.

Aktaş ise, gerçek kural çatışmasından doğan uyuşmazlıklarda bahsi geçen ilkelere bir kriter daha eklenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kriter, bir hukuk kuralını diğerine tercih etmek için haklı bir nedenin bulunmasıdır. Ona göre *hakkaniyet*, *amaca uygunluk* gibi kriterler dikkate alınarak, aynı özellikleri taşıyan iki hukuk kuralından biri tercih edilebiliyorsa artık boşluktan söz edilemez⁷⁶.

B. Hakimin Hukuk Kurallarını Yorumlaması

a) Genel Olarak

Hukukçuların tartışmaya konu edindiği ve üzerinde durduğu hakimin yargısal etkinliklerinden birisi de yorumdur⁷⁷. Türk hukuk doktrininde yorum çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır: Zevkliler’e göre “*yorum, bir hukuk kuralının gerçek anlamını ve kapsamını bulmak için yapılan işleme verilen addır*⁷⁸.” Aral’a göre “*bir kanunu, bir normu yorumlamak demek, onu makul bir anlama kavuşturmak, makul anlamını ortaya çıkarmak demektir*⁷⁹.” Oğuzman/Barlas’a göre “*bir kanun hükmünün anlamının tespitine o hükmün yorumlanması (tefsir edilmesi) denmektedir*⁸⁰.” Dinçkol’a göre “*bir hukuksal işlemdeki irade açıklamasının anlamının ortaya*

⁷⁵ Gözler, s. 372-373.

⁷⁶ Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 22.

⁷⁷ Gözler, s. 271; Detaylı bilgi için bkz. Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2010; Uğur Dinç, *Semantik Doğal Hukuk ve Hukuki Yorum*, Birinci Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2014; Hakan Birsenoğul, *Vergi Hukukunda Yorum*, Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

⁷⁸ Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri-Aile Hukuku-Kişiler Hukuku*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1986, s. 76.

⁷⁹ Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 184.

⁸⁰ Oğuzman/Barlas, s. 66-67.

*çıkarılması çabası yorum olarak adlandırılmaktadır*⁸¹.” Hatemi’ye göre “*yorum; bir kuralın uygulanabilir anlamını, uygulanması gereken anlamını ortaya koymak için başvurulmuş bir faaliyettir*⁸².” Dural/Sarı’ya göre “*bir kanun hükmünün anlamının saptanması için yapılan zihinsel işleme yorum denir*⁸³.” Gedik’e göre “*Kısaca yorum kavramı, bir yandan hukuk metninin “anlam ve kapsamının belirlenmesi faaliyeti” şeklinde tanımlanırken (verili bir anlamın keşfedilmesi), diğer yandan hukuk normuna anlam kazandırılması (yeniden ortaya konulması) şeklinde ifade edilebilir*⁸⁴.”

Yukarıdaki tanımlamalar dikkate alındığında yorum, genel olarak bir metnin anlamının açıklığa kavuşturulması faaliyeti olarak tanımlanabilir. Bu açıdan hukukta yorum; anayasa, kanun, tüzük gibi hukuk kaynaklarında yer alan bir hukuk metninin anlamının belirlenmesi faaliyeti olarak ifade edilebilir⁸⁵. Dolayısıyla hukukta yorumdan bahsedilirken doğrudan bir hukuk kuralının ya da normunun yorumlanmasından değil, ilgili hukuk metninin yorumlanması kastedilir⁸⁶.

b) Hukukta Yoruma İhtiyaç Duyulmasının Nedenleri

Bir hukuk kuralının somut bir olaya uygulanabilmesi için, söz konusu kuralın tam ve kesin bir şekilde anlamının bilinmesi gerekir. Çünkü bir kuralın içeriğinin ve kapsamının belirlenebilmesi için öncelikle anlamına bakılması gerekir. Bir kuralın anlamının belirlenmesi işlemi ise yoruma işaret eder. Sonuç olarak bir hukuk kuralının, yoruma açık olduğu aşikârdır⁸⁷.

Yoruma ihtiyaç duyulmasının nedenlerinden birisi dilbilgisidir⁸⁸. Hukuk kuralları, dilbilgisi açısından cümleler ve kelimelerden oluşur. Bir hukuk kuralının net ve anlaşılır olması için kullanılan sözcük ve kavramların da net ve anlaşılır olması

⁸¹ Dinçkol, 128.

⁸² Hatemi, s. 75.

⁸³ Dural/Sarı, s. 124.

⁸⁴ Ömer Gedik, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, Doktora Tezi, İstanbul 2013, s. 12.

⁸⁵ Gözler, s. 272; Özsunay, s. 211.

⁸⁶ Akıpek/Akıntürk, s. 114; Gözler, s. 272.

⁸⁷ Aybay/Aybay/Pehlivan, s. 313; Detaylı bilgi için bkz. Sururi Aktaş, “Hukukta Yorum Çabaları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 3-4, Y. 2011, ss. 1-33; Asım Kaya, “Amaçsal Yorum”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Y. 2014, ss. 365-383, s. 366; Serozan, s. 136; Bülbül, s. 37-38.

⁸⁸ Işıқтаç/Metin, s. 183; Abdullah Demir/ Yahya Deryal, *Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi (Metodolojik Hukuka Giriş)*, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 339.

gerekir. Hukuk kuralları matematiksel terim, simge ya da formüllerle değil, kelimelerle ifade edilir⁸⁹. Söz konusu durum ise dil ile doğrudan ilişkilidir. Çünkü kullanılan bir kelime veyahut kavramın doğrudan ne ifade ettiği dilin işlevsel niteliğini oluşturur. Ancak bir dilin, her kelime ve kavramını, tek ve mutlak bir şekilde açıklamak mümkün değildir⁹⁰. Örneğin; bir hukuk kuralında kullanılan kavramın, konuşulan dil itibariyle birden fazla anlam ifade edebilmesi veya anlamının belirsiz olması ihtimal dahilindedir. Bu noktada özellikle dilin kullanımının yol açtığı sorunlar ve dilin yoruma açık bir niteliğe sahip olması gibi sebepler yorumlama faaliyetini gerektirebilir⁹¹. Dolayısıyla yoruma ihtiyaç duyulmasının nedenlerinden birisi dildir⁹².

Yoruma ihtiyaç duyulmasının bir diğer nedeni de kanunda yer alan hükümlerin belirsizliği veya çelişik olmasıdır⁹³. Kural olarak kanunlar kendi içinde veya birbirleri arasında anlamlı bir bütünlük oluşturmalı ve çelişkiye yer vermemelidir. Ancak bir çelişki söz konusu ise bu noktada yoruma ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü yorum yöntemi ile, çelişen iki hükümden hangisinin diğerine üstün kabul edileceğine ya da birinin ortadan kaldırılacağına karar verilir⁹⁴.

Bir diğer neden olarak da kanunların zamanla eskimesi, yani günün ihtiyaçlarına kesin bir şekilde cevap verememesi gösterilebilir. Hakimler, çoğunlukla hükmün anlamındaki değişimi takip etmek konusunda yavaş hareket ederek hükmün eski anlamında ısrarcı davranırlar. Bunun temelinde, hakimlerin hukuki güvenliği temin etme çabası yatar. Ayrıca bir kanun yapıldığı dönemin var olan koşulları yansıttığından, sonraki dönemlerde de aynı anlamı ihtiva edip etmediğinin tespiti gerekir. Bu yönleriyle de yoruma ihtiyaç duyulacağı açıktır⁹⁵.

Yorum konusu, realist ve klasik yorum teorisi olarak ikili bir teorik ayrıma tabii tutulmaktadır⁹⁶. Klasik yorum teorisi, her hukuki meseleye uygulanabilecek bir hukuk kuralının mevcut olduğunu ileri sürmektedir. Bu teoriye göre bir hukuk normu açık

⁸⁹ Serozan, s. 136.

⁹⁰ Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 183.

⁹¹ Işıktaç/Metin, s. 184.

⁹² Demir/Deryal, s. 339.

⁹³ Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 154.

⁹⁴ Işıktaç/Metin, s. 184.

⁹⁵ Işıktaç/Metin, s. 184; Aslan/Şenyüz, s. 65-66; Dinçkol, s. 127.

⁹⁶ Gözler, s. 287.

olmadığı zaman, hakimin yapması gereken kanun koyucunun iradesini ortaya çıkarmaktır. Hakim ilgili hukuk kuralının anlamını ortaya koymalıdır. Hakimin görevi kanunu uygulamaktan ibarettir. Bu teori hakime uygulanacak olan hukuk kuralının önceden verildiğini iddia etmektedir⁹⁷.

Realist hukuk teorisinde her halükarda yorum gereklidir. Klasik yorum teorisinde ise hukuki metinlerin anlamlarının açık olmadığı zaman ihtiyaç duyulan bir akıl yürütmedir⁹⁸. Yukarıda da ifade edildiği gibi yorum, öncelikle hukuk normlarının ne demek istediğinin kimi zaman açık olmaması veya hukuk normlarının farklı şekilde ifade edilebilmesi itibariyle gereksinim duyulur.

Klasik yorum teorisine karşılık olarak realist yorum teorisine göre hakime, uygulanacak olan hukuk kuralı önceden verilmemiştir. Dolayısıyla hakim, yaratıcı bir rol üstlenir. Realist yorum teorisinde hakim, hukuk yaratabilir. Realist yorum teorisine göre hukuki metin birden fazla norm içerebilir. Yorum, hukuki metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimdir⁹⁹. Dolayısıyla realist hukuk teorisinde, bu teoriyi savunanların gözünde hakimin yaptığı yorum hukuk yaratma faaliyeti olarak algılanmaktadır.

C. Hakimin Takdir Yetkisi

1. Genel Olarak

Hakimin yargısal etkinliklerinden birisi olan takdir yetkisi, Türk hukuk sistemi tarafından hukukun uygulamasında öngörülen yargısal yetkilerdendir¹⁰⁰. Kanun koyucu, hukuk kurallarını somut olaya tatbik edecek hakimlere, toplumsal yaşamın dinamikliğine ayak uydurulabilmesi için “takdir yetkisi” tanımıştır¹⁰¹. Günümüzde sosyal ilişkilerin çok karmaşık bir hal aldığı, devlete düşen ödevlerin daha da

⁹⁷ Gözler, s. 287; Akipek/Akıntürk, s. 105-107.

⁹⁸ Akipek/Akıntürk, s. 107; Gözler, s. 287-288.

⁹⁹ Gözler, s. 287-288; Akipek/Akıntürk, s. 105.

¹⁰⁰ Jale G. Akipek, *Türk Medeni Hukuku (Birinci Cilt)*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1973, s. 135.

¹⁰¹ Belirtmek gerekir ki hakime verilen takdir yetkisi ispat hukuna ilişkin takdir değil, hukuki hüküm verme ve değerlendirmeye ilişkindir. Delillerin takdiri aşaması Medeni Yargılama Hukukunu ilgilendirmekle beraber, hukuk kuralının somut olaya uygulanmasından çok daha önce gerçekleşen bir safhadır. Bkz. Dinçkol, s. 264; Oğuzman/Barlas, s. 92.; Davut Bülbül, *Hakimin Takdir Yetkisi*, Antalya 2009, s. 24.

genişlediği göz önünde bulundurulursa, takdir yetkisinin önemi anlaşılabilir¹⁰². Toplumdaki sosyal ilişkilerin çeşitliliği ve çok fazla değişikliği gerektiren evreleri, kanun koyucunun, her türlü detayı düşünmesini imkansız kılmaktadır¹⁰³. Yaşamın doğal akışı, katı bir şekilde uygulanan hukuk kurallarını içine alamaz¹⁰⁴. İşte kanun koyucunun her türlü detayı düzenleyemeyeceği ve hukuk kurallarının katı bir şekilde uygulanamayacağı ön kabulünden yola çıkarak, hukuki olayın meydana gelişi, niteliği, doğurduğu ya da doğuracağı sonuçlar doğrultusunda alınması gereken kararların tespiti ve tayini noktasında hakime takdir yetkisinin verilmesi büyük önem arz etmektedir¹⁰⁵.

Belirtilen nedenlerden dolayı TMK tarafından güvence altına alınmış olan hakimin takdir yetkisi, doktrin tarafından da tanımlanmıştır¹⁰⁶. Akipek/Akıntürk'e göre "*Hakimin takdir yetkisi, sonuç itibariyle, kanunun çok genel, soyut ve elastiki mahiyetteki hükümlerini, somut ve özel bir olaya uygun gelecek biçimde uygulama yetkisi demektir*¹⁰⁷." Dinçkol'a göre "*Herhangi bir hukuki kuralla, hakime tanınan serbestçe olayların nitelik ve yapılarına göre gereken kararları vermek, gerekli tedbirleri almak gücüne ve yetkisine hakimin takdir yetkisi denilmektedir*¹⁰⁸." Edis'e göre ise "*Takdir yetkisi, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek, yani bilinçli olarak bıraktığı kural-içi (intra legem) boşlukların; hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olanlarca, olaylardaki özelliklerle toplumdaki ahlâkî düşünceler, hukukun birliği, takdir yetkisini tanıyan kuralın amacı, sosyal adalet gibi hususlar gözönünde tutularak ferdileştirilip doldurulması yetkisidir*¹⁰⁹"

Hakim önüne gelen davalarda öncelikle kanunu uygulamakla yükümlüdür. Fakat çoğu zaman hukuk kuralları, somut olayın tüm detaylarını kapsayamayacak

¹⁰² Akipek/Akıntürk, s. 141; Aral, s. 208.

¹⁰³ Dinçkol, s. 266; Akipek/Akıntürk, s. 141.

¹⁰⁴ Aral, s. 208.

¹⁰⁵ Dinçkol, s. 287; Hatemi, s. 91.

¹⁰⁶ Halil Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, Y. 1997, ss. 205-232, s. 206.

¹⁰⁷ Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, *Medeni Hukuk*, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Genişletilmiş 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 142.

¹⁰⁸ Dinçkol, s. 266.

¹⁰⁹ Seyfullah Edis, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 1, Y. 1973, ss. 169-196, s. 172.

kadar genel ya da olayın hususiyetlerine uyamayacak kadar soyut olabilir. Bazı durumlarda hukuk kurallarının olduğu şekliyle somut olaya uygulanması hukuka ve hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacağı gibi taraflar açısından da uygun olmayabilir. Bu gibi durumlarda kanun hükmünü somut olaya uygulayabilmek için, Türk Medeni Kanunu, kuralın uygulanma yetkisini 4. maddesiyle hakime bırakmıştır¹¹⁰. Maddeye göre; “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*”

Türk Medeni Kanunu, bütünlük iddiasında olmadığını bahsi geçen maddeyle ispatlamaktadır. Medeni Kanun, biçimsel anlamda hukuk kaynaklarında bütünlük olmadığını ve içerik bakımından boşlukların bulunacağını kabul etmektedir¹¹¹.

Yukarıda anlatıldığı üzere kural içi boşluk olduğu zaman, hakimin takdir yetkisinden söz edilir. Kural içi boşluk kapsamında kanun koyucu bilerek ve isteyerek bu boşlukları bırakmıştır. Söz konusu boşlukları, kanunun sınırları dahilinde doldurma görevi takdir yetkisi çerçevesinde hakimlere verilmiştir¹¹².

a) Hakimin Takdir Yetkisinin (Kural İçi Boşlukların Doldurulmasının) Sınırları

(1) Genel Olarak

Takdir yetkisi, belli bir ölçüde serbestliği beraberinde getirir¹¹³. Ancak bu durum hakimlere tanınan keyfi bir özgürlük şeklinde anlaşılmalıdır. Öncelikle keyfi bir serbesti, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Hakim takdir yetkisini keyfi olarak değil, görevinin mahiyetine uygun olarak kullanılmalıdır¹¹⁴. Keyfilik, herhangi bir makam sahibinin, kendi görüşleri doğrultusunda hiçbir şeyle sınırlı ve bağlı olmaksızın

¹¹⁰ Akipek, s. 136.; Dural/Sarı, s. 130; Bülbül, s. 24; Feyza Tenger, *İslam Hukukunda Hakimin Takdir Yetkisi Bağlamında Kendi Bilgisiyle Hüküm Vermesi*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 21.

¹¹¹ Özsunay, s. 248.

¹¹² Edis’ e göre bu durum, on yedi bin madde ile düzenlenen Prusya Medeni Kanunu’ nun ortaya çıkabilecek tüm olaylara cevap verebilecek mükemmeliyette olamamasının bir sonucudur. Bkz. Edis, s. 169; Zevkliler, s. 80.

¹¹³ Hulüsi Alphan Diçkol, *İdari Yargıda Hakimin Takdir Yetkisi*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s.6.

¹¹⁴ Aral, s. 205; Zevkliler, s. 86; Akipek/Akıntürk, s. 145.

hareket etmesini ifade eder¹¹⁵. Dolayısıyla hakim, takdir yetkisini kullanırken keyfiyetten uzak ve belirli sınırlar dahilinde hareket etmelidir. Takdir yetkisi, hiçbir durumda hakimin, hukuk kurallarının üzerinde olmasına neden olmamalıdır.

Keyfiyetin önüne geçilmesi için, takdir yetkisinin gerçek ve kesin sınırlarının çizilmesi ve bilinmesi oldukça önemlidir. Özsunay, takdir yetkisinin sınırlarını, dış sınırlar ve iç sınırlar olarak ikiye ayırarak incelemiştir. Dış sınırların kapsamına, kanun tarafından takdir yetkisinin tanınmış olması ve yine kanun tarafından çizilen sınırların dışına çıkılamaması girmekte iken, iç sınırların kapsamına hakkaniyete uygun davranma zorunluluğu girmektedir¹¹⁶.

(2) Kanun Tarafından Takdir Yetkisinin Tanınmış Olması

Hakim kendisine takdir yetkisi tanındığı noktalarda hakkaniyete göre karar verir. Anlaşılacağı üzere hakimler de kanunlarla bağlıdır. Hukuk kuralları yalnız bireyler için değildir; aynı zamanda hukuku uygulayan hakimler de hukuk kurallarına tabiidirler¹¹⁷. Hakimin değerlendirme ölçütü, pozitif hukuk çerçevesinde kalacaktır¹¹⁸.

(3) Kanun Tarafından Çizilen Sınırların Dışına Çıkılamaması

Hakimin takdir yetkisini sınırlayan durumlardan birisi de, hakimin sahip olduğu yetkilere dayanarak, kanun tarafından çizilmiş sınırların dışına çıkamamasıdır. Bu durum takdir yetkisinin, kanundan kaynaklanmasına ilişkin sınırın doğal bir sonucudur¹¹⁹. Hakimin kullanacağı takdir yetkisinin, kanundan kaynaklanmasının yanı sıra bu yetkinin kullanım şekli, kapsamı, amacı gibi yönleriyle de, ilgili kanun maddesine uygun olması gerekmektedir¹²⁰.

Dolayısıyla hakimin takdir yetkisine dayanarak verdiği kararların meşruluk kazanabilmesi için, kanun koyucunun iradesinin ve kanun tarafından belirlenen

¹¹⁵ Dinçkol, s. 271.

¹¹⁶ Özsunay, s. 254-255.

¹¹⁷ Abdullah Dinçkol, "Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında Hak Ve Nisfet", *Yargıtay Dergisi*, C. 19, S. 3, Y. 1993, ss. 214-230, s. 216.

¹¹⁸ Aral, s. 206; Hatemi, s. 91; Zevkliler, s. 82.

¹¹⁹ Yaşar Şahin Anıl, *Hakimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 72.

¹²⁰ Anıl, s. 73; Akipek/Akıntürk, s. 144; Bülbül, s. 29.

hususların dikkate alınması gereklidir¹²¹.

(4) Hakkaniyete Uygun Davranma Zorunluluğu

Hakimin kullanacağı takdir yetkisinin sınırsız ve keyfi olacağı düşünülemez. Hakim bu yetkisini kullanırken hukuka ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla hakim, kişisel duygu, düşünce ve önyargılarından sıyrılarak, objektif bir şekilde karar vermelidir. Bu şekilde hakimin vereceği hüküm, ilgili kanunun amacına, kabul ettiği dengeye uygun olmalıdır. Bununla birlikte verilen hükmün toplumun temel değer yargılarıyla ve adaletle bağdaşır nitelikte olması gerekmektedir¹²².

Bu noktada hakkaniyetin ne anlam ifade ettiği önem arz etmektedir. Tekinay'a göre "*Hakkaniyet, genellikle prensiplere veya kurallara hükmeden adaletin, bu defa, bizzat yargıç tarafından somut olaydaki özelliklere yansıtılmasını ifade eder*¹²³." Bu tanıma göre hakkaniyetten anlaşılması gereken hakimin vereceği kararlarda keyfi olarak karar vermesi değil, somut olayın ayrıntılarını dikkate alarak bu kararlarda adalet düşüncesine dayanmasıdır¹²⁴. Hakim tarafından adalet düşüncesine dayanılması her zaman kolay değildir. Çünkü bu, hakimin zihni gelişimini, toplumun değer yargılarının iyice kavranmasını ve ciddi bir vicdani eğitimi gerektirir¹²⁵.

D. Hakimin Hukuk Yaratmasının Diğer Yargısal Etkinliklerden Farkı

1. Yorumdan Farkı

Hukuki yorumda, bir hukuk kuralının objektif anlamının, yani gerçek anlamının bulunması amaçlanmaktadır¹²⁶. Hakimin, somut olaya uygulayabileceği hukuk kuralını belirsiz bulduğu noktada yorum faaliyetine başvurması kaçınılmazdır. Ayrıca yukarıda anlatıldığı üzere hakimin hukuk yaratmasının ön koşulu, kanunda boşluk

¹²¹ Dinçkol, Hukuka Giriş, s. 275-276.

¹²² Zevkliler/ Havutçu, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Beşinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 70; Hatemi, s. 92; Zevkliler, s. 85; Aslan/Şenyüz, s. 75.

¹²³ Tekinay, s. 77.

¹²⁴ Aral, s. 205; Hatemi, s. 92; Akipek/Akıntürk, s. 145-146.

¹²⁵ Tekinay, s. 77.

¹²⁶ Ahmet M. Güneş, *Hukuk Metodolojisi*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, İstanbul 2017, s. 91.

olmasıdır. Kanunda boşluğun varlığı ya da yokluğu yorum sonucu tespit edilebilir¹²⁷. Ancak prensip olarak iki faaliyetin birbirinden ayrı tutulması zorunludur. Zira yorumda hakim, ilgili kanunla ve ondan çıkarılabilecek sonuçlarla bağlıdır¹²⁸. Dolayısıyla hakim hukuk yaratmada olduğu gibi serbest bir değerlendirme yapamaz. Serbest değerlendirme ancak somut olaya ilişkin bir hukuk kuralı bulunmadığı zaman gündeme gelir. Yorumda mevcut bir hukuk kuralının uygulanabilirliğini sağlamak söz konusudur¹²⁹. Yorumda hakim, olaya uygulayacağı hukuk kuralının lafzından, sistematüğinden, tarihçesinden ya da amacından hukuk kuralının anlamını tespit etmeye çalışır¹³⁰. Örnek olarak lafzi yorumda kanun metinlerinde kullanılan sözcüklerin, konuşma dilindeki anlamları değil, hukuk literatüründeki teknik anlamları dikkate alınır¹³¹. Örneğin malik kelimesi, mülkiyet hakkı sahibi kişiyi ifade ederken, evlenme, resmi görevlinin önünde yapılan işlemi ifade eder. Bu sözcüklerin günlük yaşamdaki kullanımı, hukuk uygulamasını ilgilendirmez. Hukuk yaratmada ise hakimin somut olaya uygulayabileceği bir hukuk kuralı yoktur.

2. Takdir Yetkisinden Farkı

Hakim, hem takdir yetkisinde hem de hukuk yaratmada yorumdan farklı olarak serbest bir değerlendirmeye ihtiyaç duyar¹³². Takdir yetkisini hukuk yaratmadan ayıran nokta ise, takdir yetkisinin somut olayın esaslı özellikleriyle ilgili olmasıdır. Hakimin hukuk yaratabilmesi için kanunda ve örf-adet hukukunda önüne gelen davayla ilgili bir çözüm bulunmaması gerekir. Yani hukuk yaratmada hakimin somut olaya uygulayabileceği bir hüküm bulunmamaktadır¹³³. Ancak takdir yetkisinde hakimin somut olaya uygulayabileceği bir hüküm mevcuttur. Fakat ilgili hüküm, somut olaya uygulanacak esasları genel hatlarıyla göstermiş, teferruatlarıyla ilgili olarak değerlendirme yapma işi ise hakime bırakılmıştır. Örnek olarak TMK m. 289

¹²⁷ Hasan Erman, *Medeni Hukuk Dersleri (Başlangıç Bölümü)*, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2010, s. 40.

¹²⁸ Aral, s. 196; Zevkliler, s. 60.

¹²⁹ Kaya, s. 369.

¹³⁰ Zevkliler, s. 78-79; Güneş, s. 199; Dural/Sarı, s. 124-126; Akipek/Akıntürk, s. 120-125.

¹³¹ Dural/Sarı, s. 124; Aybay/Aybay/Pehlivan, s. 315.

¹³² Aral, s. 207; Diçkol, s. 6; Bülbül, s. 44.

¹³³ Bilge, s. 199; Zevkliler, s. 60; Akipek/Akıntürk, s. 142; Aslan/Şenyüz, s. 75.

gösterilebilir. Maddeye göre:

“Koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl içinde açmak zorundadır.

Çocuk, ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde dava açmak zorundadır.

Gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar¹³⁴.”

Burada haklı sebebi takdir edecek olan hakimdir. Dolayısıyla takdir yetkisinde hakim, kanunla bağlıdır¹³⁵. Hakimin hukuk yaratması için kural dışı (extra legem), takdir yetkisini kullanması için ise kural içi (intra legem) bir boşluğun bulunması gereklidir¹³⁶.

Aral’a göre her iki karar arasında kesin çizgiler bulunmamakta, farklar daha çok çıkış ve ayrılık noktalarında olmaktadır¹³⁷. Hukuk yaratmada öncelikle genel bir hukuk kuralı konulmaktadır ve bundan sonraki aşamada somut olayın bu kurala göre değerlendirilmesi söz konusudur. Takdir yetkisinde, somut olay ve mümkün olduğu derecede bunun değerlendirilmesi söz konusudur. Hakimin hukuk yaratması neticesinde yaratılan hukuk kuralının hukuk sistemiyle bütünleşmesi beklenir. Takdir yetkisini kullanması neticesinde ise bulunan çözümün ilgili hukuk kuralının sınırları dahilinde, o hukuk kuralıyla bütünleşmesi beklenir¹³⁸.

E. Hart-Dworkin Tartışmasında Hakimin Güçlü Takdir Yetkisi: Hukuk Yaratması

Hart, hukuku, salt kurallar ile açıklamaktadır¹³⁹. Ona göre hukukla ilgili olarak yapılan soyut açıklamalar yerine, toplumda etkin olan somut kurallara yoğunlaşmak

¹³⁴ 22.11.2011 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (R.G. 8.12.2011/24607).

¹³⁵ Akipek, s. 137; Akipek/Akıntürk, s. 142; Aslan/Şenyüz, s. 75.

¹³⁶ Gözler, s. 383; Hatemi, s. 92.

¹³⁷ Aral, s. 207.

¹³⁸ Güneş, s. 200.

¹³⁹ Türkbağ, Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları, s. 73.

gerekmektedir¹⁴⁰. O, hukuku, sistemli kurallar bütünü olarak ele almakta ve temel kurumlarla açıklamaya çalışmaktadır. Hart, hukuk teorisinin özü olan toplumla bütünleşmiş kuralları, geçerlilik ve normatiflik temeline dayandırır. Benimsediği kural türleri ayrımı bir kenara bırakıldığında hukuku kurallarla eşit gördüğü sonucu ortadadır¹⁴¹.

Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda hukuk yaratma olarak adlandırılan hukuki faaliyet, Hart ve Dworkin tarafından discretion olarak adlandırılmaktadır. Discretion hem hukuk yaratma hem de takdir yetkisi kavramlarını karşılayacak şekilde kullanılmaktadır. Çünkü Anglo-Sakson hukuk sisteminde, Türk hukuk sisteminin de dahil olduğu Kara Avrupası'ndan farklı olarak takdir yetkisi ve hukuk yaratma kavramları ayrımı yapılmamaktadır¹⁴².

Hart, hukuk sistemlerinin kendine yetebilen kapalı sistemler olduğu görüşünü reddetmektedir¹⁴³. Ona göre pozitif hukuk boşlukları içerir ve yetkililerin bu boşlukları doldurması gerekmektedir¹⁴⁴. Hart'ın teorisine göre hakim önüne gelen uyuşmazlık konusunda bir kural bulamadığı zaman¹⁴⁵, takdir yetkisini kullanarak (hukuk yaratarak) bir karar verir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse Anglo Sakson hukuk literatürüyle hakim güçlü takdir yetkisini kullanarak meseleyi çözer¹⁴⁶. Hart'a göre boşlukların bulunduğu davalar için hakim takdir yetkisini kullanırken yalnızca hukukun standartlarıyla bağlı değildir¹⁴⁷. Bu noktada hakimler, hukuk dışındaki birtakım standartlardan da faydalanabilir. Kısaca Hart, hukuk sisteminde boşluklar olabileceğini ve dolayısıyla hakimin hukuk yaratabileceğini kabul etmektedir.

¹⁴⁰ Şule Şahin Ceylan, *H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 69.

¹⁴¹ Ceylan, s. 69.

¹⁴² Türkbağ, Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları, s. 73.

¹⁴³ Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 3.

¹⁴⁴ Geoffrey C. Shaw, "H. L. A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School", *Harvard Law Review*, Vol. 127, Issue 2 (December 2013), pp. 666-728, s. 695-696.

¹⁴⁵ Çözüm bulunamayan davalar Hart'ın terminolojisinde "penumbral cases" olarak adlandırılırken, Dworkin'ın terminolojisinde "hard cases" olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Türkbağ, Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları, s. 73.

¹⁴⁶ Bkz: Türkbağ, Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları, s. 77.

¹⁴⁷ John Gardner, "Concerning Permissive Sources and Gaps", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 3, (1988), ss. 457-461, s. 457.

Dworkin ise tam olarak bu noktaya itiraz etmektedir. Dworkin, hukukun, kurallar ve diğer standartlardan oluştuğunu ileri sürer. Diğer standartlar politika ve ilkelerdir¹⁴⁸.

Dworkin, hukuki pozitivismın zor davalarda (*hard cases*) adaletsiz sonuçlara neden olacağını ve bireylerin adalete olan güvenlerinin sarsılacağını ileri sürmüştür¹⁴⁹. Dworkin'e göre yargılamaların adil olması isteniyorsa öncelikle hukuki pozitivismın öngördüğü yazılı kuralların yanında, ilke ve politikalardan oluşan standartların da dikkate alındığı bir teori oluşturulmalıdır¹⁵⁰. Dworkin hukuk teorisinde kural-ilke ayırımından hareket etmiştir. Bu ayırmadan yola çıkarak Herkül adını verdiği ideal yargıç modelinin, hakkı temel alan yorum anlayışı ile her davada adil bir karar verebileceğini savunmuştur. İdeal hakim modeli, metafizik, bilgi kuramı ve etik hakkında, hatta politik ahlakı da içeren uyuşmazlıklar hakkında karar vermekte zorlanmaz¹⁵¹. Bu kapsamda adalet ve hakkaniyetin gerektirdiği kararı, toplumdaki bireyler için ve hakların temellerini ortaya koyarak verir¹⁵².

Diğer standartlardan prensipler, ekonomik, sosyal ya da siyasi bağlamda makul görüneni garanti altına aldığı için değil, salt adalet, hakkaniyet ya da başka bir ahlaki gerekçelerden dolayı uyulması gereken standartları ifade etmektedir¹⁵³. Yani diğer standartlardan kasıt, sırf adalet ve hakkaniyetin gereklerine uygun olarak, sosyal refah, kamu refahı gibi birtakım hedeflerin göz ardı edilerek hareket edilerek kendilerine göre hareket eden ilkelerdir¹⁵⁴.

Dworkin'e göre hakimin takdiri, ilkelerle sınırlıdır. Türkbağ'a göre Dworkin'in bu anlamdaki düşüncelerini şu cümlelerle anlatmak yerinde olacaktır:

¹⁴⁸ Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, Çev: Ertuğrul Uzun, 1. Baskı, Nora Kitap, İstanbul 2018, s. 509.

¹⁴⁹ Göksu, s. 116.

¹⁵⁰ Göksu, s. 117.

¹⁵¹ Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London 2006, s. 54.

¹⁵² Dworkin, s. 54.

¹⁵³ Hasan Tuna Göksu, "Ronald Dworkin'in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 4, Y. 2014, ss. 114-132, s. 121.

¹⁵⁴ Bkz. Göksu, s. 121.

“Hukuk kuralları yeterli gelmediğinde hakimin kararını önceden tahmin etmemizi sağlayacak hukuk ilkeleri bir hukuk sistemi ve kültürü içinde daima mevcuttur hakim takdirinde bu ilkelerle, tıpkı kurallarla olduğu gibi bağlıdır. Bu tahmine ve kesinliğe dolayısıyla da hukuk güvenliğine sahip olabilmemizi sağlayan da hakimin takdir yetkisinin ilkelerle sınırlı olması yani Dworkin’in terminolojisiyle güçlü takdir olmamasıdır¹⁵⁵.”

Dworkin sınırsız bir takdir yetkisi görüşünü reddetmiştir. Ona göre takdir, tıpkı bir tatlı halka çöreğine (doughnut) benzemektedir¹⁵⁶. Dolayısıyla sınırları belli olan bir kavramdan söz edilmektedir.

Dworkin, takdir kavramını zayıf veya güçlü olmaları açısından değerlendirmektedir¹⁵⁷. Zayıf anlamda kullanılan takdir yetkisinde, kuralların bazı nedenlerden dolayı mekanik anlamda uygulanamaması nedeniyle uyumsuzluk, mahkeme tarafından çözüme kavuşturulur¹⁵⁸. Burada, hakimin takdir yetkisi oldukça sınırlıdır. Güçlü anlamda kullanılan takdir yetkisinde ise, karar verecek merciin herhangi bir standartla bağlı olmaması ve tam bir serbesti çerçevesinde hareket etmesi söz konusudur¹⁵⁹. Güçlü takdir yetkisi Kıta Avrupası hukuk sisteminde hukuk yaratma yetkisidir.

Sonuç olarak klasik pozitivizmin temel inancı olan “hukuk eşittir kural” anlayışı sorgulanmaya başlanmıştır¹⁶⁰. Hukukun salt kurallardan ibaret olmadığı ve “kanunda boşluk olmaz mottosunun gerçeklerle bağdaşmadığı ılımlı pozitivistler tarafından ileri sürülmüştür. Hart, bu noktada “açık metin” (*open texture*) kavramıyla, hukukta belirsiz alanın olduğunu ileri sürmüş ve katı pozitivizmden sıyrılarak, bir hukuk tanımını ortaya koymuştur. Hart, bazı durumlarda hakimlere etkin bir pozisyon verilmesini ve dolayısıyla “zor davalar” (*hard cases*) olarak ifade ettiği davalarda hakimlerin hukuk

¹⁵⁵ Türkbağ, Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları, s. 74.

¹⁵⁶ Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, Çev: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Yayınları, Ankara 2007, s. 57.

¹⁵⁷ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 57-58.

¹⁵⁸ Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, s. 57

¹⁵⁹ M. Balkan Demirdal, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 3-4, Y. 2014, ss. 789-820, s. 805.

¹⁶⁰ Demirdal, s. 817.

yaratma yetkilerinin olması gerektiğini savunmuştur¹⁶¹. Ancak hakimlerin hukuk yaratmaları yasa koyucu kadar güçlü olmamalıdır¹⁶². Hakim yalnızca belirli olaylar için geçerli olabilecek geçici çözümler ortaya koyar. Hart'a göre hakimın hukuk yaratması birtakım sınırlamalara tabidir. Hart'a göre hakimler yasa koyucunun yanlış düzenlediği bir konuda da hukuk yaratabilir. Ancak bu durum hakimlerde keyfiliğe neden olmamalıdır. Hart hakimlerin hukuk yaratırken hukuk dışı standartlardan da faydalanabileceğini ileri sürmüştür¹⁶³. Dworkin ise hakimlerin Hart'ın ileri sürdüğü gibi hukukun açık metinleri içermesi nedeniyle güçlü bir takdir yetkisine (hukuk yaratma) sahip oldukları düşüncesini reddetmiştir¹⁶⁴. Zira ona göre hukuk kurallarında boşluk olduğu durumlar için, her kültürün kendi hukukuna özgü kabul görmüş belirli ilkeleri bulunmaktadır. Hatta bu ilkeler, hukuk kurallarının temeli ve nedenidir. Hakimler karar verirken, bu ilkeleri göz ardı etmemelidir¹⁶⁵.

Dolayısıyla Dworkin, ilkelerin varlığından dolayı, hakime güçlü anlamda takdir yetkisi şeklinde tanımladığı hukuk yaratma yetkisi tanımamıştır. Çünkü hakim, boşluk durumunda prensipleri bulup uygulayacaktır. Oysa, Hart, hukuk sistemini açık bir metin (open-texture) gördüğünden hukuk yaratmaya varacak güçlü bir takdir yetkisini, yani hukuk yaratma yetkisini kabul etmiştir.

¹⁶¹ Demirdal, s. 817.

¹⁶² Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 4.

¹⁶³ Gardner, s. 457.

¹⁶⁴ Türkbağ, Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları, s. 82; Hart'ın açık metin kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Zeynep İspir Toprak, *H. L. A. Hart'ta Açık Metin Kavramı*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.

¹⁶⁵ Türkbağ, Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları, s. 82.

II. HUKUK YARATMA KONUSUNDAKİ HUKUKİ AKIMLAR

A. Genel Olarak

Bu bölümde hâkimin hukuk yaratıp yaratamayacağına yönelik olarak beş temel görüş ele alınmıştır. Bunlardan ilki Fransa’da 19. yüzyılda egemen olan yorumcu (şerhçi) hukuk okulunun görüşüdür. Bu okula göre kanunda boşluk olma ihtimali söz konusu değildir. Çünkü kanunda her türlü mesele hakkında bir çözüm öngörülmüştür. Hâkimin yetkisi söz konusu kuralları uygulamaktan ibarettir¹⁶⁶. İkinci görüş ise, yorumcu hukuk okuluna karşı geliştirilen, François Géný’nin serbest bilimsel araştırma metodudur. Bu metoda göre, yorumcu hukuk okulu kanun boşluğunu doldurmada yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla kanun boşluğunun giderilmesi için hakimin hukuk yaratması gerekir. Bunun için hakimlerin kendilerini özgür hissetmeleri ve hukuk yaratabilmeleri için yeterli argümana sahip olmaları gerekmektedir. Hukuk, ancak serbest hukuk yaratma faaliyetiyle toplumsal yaşamın değişimlerine ayak uydurabilecektir¹⁶⁷.

Bu konuda öne sürülen üçüncü görüş ise Almanya’da egemen olan “kavramlar içtihadı” okulu tarafından kabul edilen görüştür. Bu görüşe göre kanunlarda boşluk olabilir. Ancak bu boşluklar kanun koyucu tarafından doldurulmalıdır. Hâkimler bir boşlukla karşı karşıya kaldığı durumlarda kanun koyucudan bu boşluğu doldurmasını ister. Kendisi bu boşluğu doldurmaya çalışamaz¹⁶⁸. Diğer iki görüş ise kavramlar içtihadına yönelik eleştirilerden hareket etmektedir. Bunlardan ilki “serbest hukuk okulu” tarafından kabul edilen görüştür. Serbest hukuk okuluna göre hâkim genel olarak kanunun amacını, günün koşullarını ve hukuki ihtiyaçları dikkate alarak hukuk kurallarını uygular. Hâkim eğer bir hukuki boşluk ile de karşılaşırsa bu boşluğu diğer

¹⁶⁶ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 11. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015, s. 280; Ayrıca bu okulun ortaya çıkmasında etkili olan Fransız Medeni Kanunu için bkz. Rene David, "The Civil Code in France Today", *Louisiana Law Review*, Vol. 34, No. 5, 1973-1974, ss. 907-920. 1973-1974, pp. 907-920.

¹⁶⁷ Heper, *Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk)*, s. 38; Serbest bilimsel araştırma metodundan etkilenen İsviçre Medeni Kanunu için bkz. Ernest J. Schuster, "The Swiss Civil Code", *Journal of Comparative Legislation and International Law Third Series*, Vol. 5, No. 4 (1923), pp. 216-226.

¹⁶⁸ Güriz, s. 68.

şartları da göz önünde bulundurarak doldurabilir¹⁶⁹. Kavramlar içtihadının karşısında olan ikinci görüş ise menfaatler içtihadı okuludur. Menfaatler içtihadına göre öncelikle hakimlerin birer makine olmadığının kabulü gereklidir. Hakimlerin kanun koyucunun amaçlarına yönelmesi ve bu doğrultuda değerlendirmeler yapmaları, salt kanun metnine bağlı olmamaları, akli olarak kanun koyucuya da yol göstermeleri gerekmektedir. Kanun koyucunun düşünemediği konularda dahi hakimler, tarafların karşılıklı menfaat durumlarını göz önünde bulundurarak değerlendirme yapmalıdır¹⁷⁰.

B. Hâkimin Hukuk Yaratmasını Kabul Etmeyen Görüşler (Katı Formalistler)

Katı formalizmi temsil eden klasik hukuki pozitivistin ortaya çıktığı 19. yüzyılda, hukukun kaynağına ve niteliğine ilişkin olarak, pozitivist bir yaklaşımın sergilenip, devletin iradesine mutlak anlamda bağlı kalındığı görülmektedir¹⁷¹. Klasik hukuki pozitivism anlayışına göre, hukuk biliminin inceleme alanına pozitif hukuk girmektedir. Pozitif hukuk, bir ülkede siyasi açıdan egemen olan güçlerin, toplumsal yaşamı ve ilişkileri düzenlemek amacıyla çıkardığı kurallar bütününden ve bağlayıcı mahkeme içtihatlarından oluşturmaktadır¹⁷².

Klasik hukuki pozitivism anlayışının en önemli söylemlerinden birisi hukuk kurallarının kapalı mantık sistemleri olmasıdır¹⁷³. Buna göre hukuk kuralları sistem içerisinde tutarlı ve yoruma ihtiyaç duymayan kurallardır. Hukuk kuralları iyi formüle edilmiştir. Bu formülleri uygulamak için hukukçuların, yorumlama yöntemlerinden lafzi yorum yöntemini kullanması yeterlidir. Dolayısıyla 19. yüzyılda etkin olan klasik hukuki pozitivism göre hukukçuların ilgi alanı yalnızca normlarla sınırlı olmaktadır. Hakimler, bu anlayışa göre, kanunların basit uygulayıcılarıdır¹⁷⁴.

¹⁶⁹Gözler, s. 374-375.

¹⁷⁰Güriz s. 51-53; bu okulun gelişiminde etkili olan Alman Medeni Kanunu için bkz. A. Pearce Higgins, "The Making of the German Civil Code", *Journal of the Society of Comparative Legislation*, Vol. 6, No. 1 (1905), pp. 95-105.

¹⁷¹Oktay Uygun, *Hukuk Teorileri*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 55; Hukuki pozitivismin gelişimi için bkz. Selahattin Keyman, "Hukuki Pozitivism", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35, S. 1, Y. 1978, ss. 17-55.

¹⁷²Güriz, s. 279.

¹⁷³Uygun, s. 65; Keyman, s. 20.

¹⁷⁴Niyazi Öktem, "Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, Y. 2011, ss. 83-96, s. 85.

Kanunu yorumlamayı dahi yasaklayan sistemlerinin hukukta oluşan bir boşluk durumunda hakime hukuk yaratma yetkisini tanıması düşünülemez. Zira kanunlardan meydana gelen hukuk sistemlerinde bir boşluk olmayacağı görüşü uzun bir süre hukuk yaşamına egemen olmuştur¹⁷⁵. Bu görüşe göre hukuk, eksiksiz bir şekilde oluşturulmuş kurallar sistemidir. Şayet kanunlarda ihtiyaçlara cevap veren bir hüküm bulunmuyorsa, burada bir boşluktan söz edilemez. Çünkü kanun koyucu, ihtiyaç duyulan bu düzenlemeye aslında gerek olmadığını ya da ilgili kanunun yorumlanmasının yeterli olacağını düşünmektedir. Bu görüşe göre, yasa koyucu asli görevi olan yasama faaliyetini yerine getirmiştir. Herhangi bir hukuk boşluğu olması durumunda hakimin görevi mevcut yasalarla doğru bir karar vermektir¹⁷⁶. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak görülen bu görüş, hakimlerin yasa koyucu yerine geçerek karar vermesini reddetmektedir. Klasik hukuki pozitivismeye yön veren ve bu kapsamda hakimin hukuk yaratmasına izin vermeyen hukuk okullarından yorumcu (şerhçi) hukuk okulu ile kavramlar içtihadı okulunu kısaca incelememiz faydalı olacaktır.

1. Yorumcu (Şerhçi) Hukuk Okulu

Klasik hukuki pozitivismeye yön veren ve bu öğretinin gereklerini gerçek hayatta buluşturan yorumcu okulunun (*Ecole de l'Exégèse*) Fransa'da egemen olduğu görülmektedir¹⁷⁷. 19. yüzyılda yapılan en önemli kanunlardan birisi olan Fransız Medeni Kanunu (Code Civil/ Code Napoleon) bu noktada önem arz etmektedir¹⁷⁸. Zira yorumcu hukuk okuluna temel olan görüşler Fransız Medeni Kanunu'ndan esinlenilerek ortaya konulmuştur¹⁷⁹.

Fransız Medeni Kanununa kadar, Fransa'da uygulamada hukuki açıdan farklılıklar mevcuttur. Ülkenin güneyinde Roma Hukuku uygulanırken, kuzeyinde ise

¹⁷⁵ Aybay/Aybay/Pehlivan, s. 327.

¹⁷⁶ Aybay/Aybay/Pehlivan, s. 327.

¹⁷⁷ Aktaş, s. 1.; Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, 3. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011, s. 187.

¹⁷⁸ Seda Örsten Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?" , *Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S. 29, Y. 2011, ss. 31-48, s. 35.

¹⁷⁹ Yorumcu okula temel olan görüşlerin başlangıç noktasının 1874 tarihli Prusya Genel Devlet Yasası olduğu yönündeki görüş için bkz. Sözer, s. 27.

yerel örf-adetler uygulanmıştır¹⁸⁰. Ancak vatandaşlar aynı ülkede, benzer ahlaki ve sosyal prensiplerle ve kurallarla yönetilmek istemişlerdir¹⁸¹. Ayrıca 1789 Fransız Devrimi ile birlikte yükselen doğal hukuk anlayışı ve bu kapsamda bireysel özgürlüklerin güvence altına alınmak istenmesi de Fransız Medeni Kanunu'nun yapılmasında önemli rol oynamıştır¹⁸². Dolayısıyla doğal hukukçuların, görüşlerini yasa ile dokunulmaz hale getirmek istemesi ve ülkedeki farklı uygulamaların yeknesak hale getirilmesi amacıyla kanunları birleştirme fikri belirgin olmaya başlamıştır¹⁸³.

Napoleon'dan önceki süreçte, monarşinin temel amaçlarından birisi kanunları birleştirmektir¹⁸⁴. XIV. Louis ve XV. Louis dönemlerinde yapılan çalışmalar ile hukukun çeşitli alanlarında birlik sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak Fransız Medeni Kanunu'nun oluşturulması Fransız Devrimi'ne kadar mümkün olmamıştır. 13 Ağustos 1800 yılında Napoleon Bonaparte tarafından kurulan komisyon, Medeni Kanun tedvini için çalışmış ve sonuç olarak 1804 yılında Fransız Medeni Kanunu yürürlüğe girmiştir. Fransız Devrimi'nin etkisiyle eşitlik, özgürlük gibi ilkelerden esinlenilerek hazırlanan bu kanun Napoleon Bonaparte tarafından *gerçek zafer (true glory)* olarak görülmüştür¹⁸⁵. Öyle ki düşüncesini şu cümlelerle ifade etmiştir;

“Benim gerçek zaferim kırk savaş kazanmak değildir; zira Waterloo¹⁸⁶ bu zaferlerin hatırasını lekeyebilir. Fakat hiçbir şey Medeni Kanun'umu lekeleyemez. Sonsuza dek yaşayacak.”¹⁸⁷

¹⁸⁰ Esirgen, s. 35.

¹⁸¹ Alain Levassaur, “Code Napoleon or Code Portalis?”, *Tulane Law Review*, Vol. 43 (1968-1969), Issue 4, pp. 762- 774, s. 763.

¹⁸² Can, s. 185.

¹⁸³ Can, s. 185.

¹⁸⁴ Levassaur, s. 762.

¹⁸⁵ Charles Summer Lobingier, “Napoleon and His Code”, *Harvard Law Review*, Vol. 32 (1918-1919), Issue 2, pp. 114- 134, s. 133.

¹⁸⁶ Waterloo Savaşı, 18 Haziran 1815 tarihinde gerçekleşen ve 19. Yüzyılın sonlarında Avrupa'nın büyük çoğunluğuna hakim olan Napoleon'un yenilgisiyle sonuçlanan bir savaştır. (<http://www.history.com/topics/british-history/battle-of-waterloo>) (E. T. 22.2.2018)

¹⁸⁷ Lobingier, s. 133.

2281 maddeden oluşan Medeni Kanun kişiler, mülkiyet¹⁸⁸, yükümlülükler, sözleşmeler, imtiyazlar, ipotekler gibi birçok hususu kapsamıştır¹⁸⁹. Fransız Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, daha önce benzer düzenlemenin yapılmaması nedeniyle birçok hukukçu bu kanuna hayran olmuştur¹⁹⁰. Fransız Medeni Kanunu, dünya çapında etkisini aşamalı olarak göstermiş ve Fransa'nın ardından birçok ülke Fransız modeli medeni kanunu takip etmiştir¹⁹¹.

Yorumcu okul bu tarihsel süreç çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Medeni Kanun, yorumcu okul taraftarlarınca bu dönemde mükemmel olarak değerlendirilmiş, kanun maddelerinin tam ve eksiksiz olduğu yönünde bir algı gelişmiştir. Kanunların bu denli yüceltilmesinin nedeni, kanunların sadece kanun koyucunun emirleri olarak görülmesi değil; aynı zamanda doğal hukuk öğretilerini kapsayan ve bu öğretileri bağlayıcı kılan kanun içerikleri olmasıdır¹⁹². Uzun uğraşlar neticesinde elde edilen birtakım hakların pozitif hukukta güvence altına alınmış olması nedeniyle kanunlaştırma (kodifiye) hareketleri dönem şartları itibariyle olağanüstü olarak görülmüştür¹⁹³.

Yorumcu okulun gelişimi dört dönemde incelenmektedir¹⁹⁴. Birinci dönem 1804-1838 yıllarını kapsamaktadır. Bu dönemde, yorumcu okul taraftarlarının henüz görüşleri olgunlaşmamıştır¹⁹⁵. İkinci dönem 1838-1880 yıllarına tekabül etmekle birlikte, yorumcu okulun en faal olduğu dönemdir. Üçüncü dönem 1880-1900 yılları arasını kapsamaktadır. Bu dönem ise yorumcu okulun prensiplerini genişlettiği, yeni ilerlemelerin yorumcular tarafından kaydedildiği dönemdir. 1900 yılında François Géný (1861-1959) tarafından yayımlanan “*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*¹⁹⁶” (Özel Hukukun Kaynakları ve Yorum Yöntemi) adlı eserle

¹⁸⁸ Medeni Kanun' da, diğer ifadeyle Napolyon Yasası' nda, mülkiyet hakkı bireysel özgürlüklerin merkezi olarak görülmüştür. Bkz. Alina Teodora Marcu, “Napoleon and the Civil Code”, *Revista de Drept Public*, Vol. 2012, Supplement Issue 2012, pp. 163- 165, s. 164.

¹⁸⁹ Marcu, s. 164.

¹⁹⁰ Esener, Hukuk Başlangıcı (Genel Hukuk Bilgisi), s. 232.

¹⁹¹ Lobingier, s. 128.

¹⁹² Güriz, s. 280.

¹⁹³ Güriz, s. 280.

¹⁹⁴ Eugéne Gaudumet, “1804'ten Beri Fransız Medeni Kanunu'nun Fransa'da Yorumlanması”, *Bal Hukuk Fakültesi*, Y. 1935, Çev: Kemal Gürsoy, s. 289. Ayrıca bu dönemi üç dönemde inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Can, s. 187-188.

¹⁹⁵ Gaudumet, s. 290.

¹⁹⁶ François Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome Premier, Bibliothèque nationale de France, Paris 1919.

birlikte dördüncü döneme geçilmiştir. Géný'in yorumcu okula karşı çıkan düşünceleri, o güne dek alışlagelmiş doktrini eleştirip yeni bir hukuk okuluna da adını vermiştir¹⁹⁷. Dördüncü dönem yorumcu okulun etkisini yitirdiği dönemdir¹⁹⁸.

Yorumcu okulun en önemli özelliği kanun ile hukuk kavramlarını özdeşleştirmesidir¹⁹⁹. Yorumcu okul taraftarları, kanunun, her türlü somut olayda uygulanabilir olduğu kanısındaydılar²⁰⁰. Yorumcu okul temsilcileri kanun koyucunun niyetini yorumlamak dışında başka yorum yapılmasını reddettiler²⁰¹. Bu okulun temsilcilerine göre kanun, kanun koyucu tarafından yaratılmıştır, dolayısıyla hakimlerin hukuk yaratması söz konusu olamaz. Kanun metnine harfiyyen bağımlılık esastır. Hakimler, kanunların sözcüsü olup, bunun dışında bir faaliyete girişmemelidir²⁰².

Yorumcu okula göre kanunda boşluk olması düşünülemez; zira kanun koyucu herşeyi düzenlemiştir. Kanun dışında herhangi bir hukuk kaynağı kabul edilmemektedir²⁰³. Tüm kanunlar, sözü ve ruhuyla özgür biçimde uygulanmalı ve kanunların sözünden mantıklı olarak elde edilen sonuçlar mümkün oldukça geliştirilmelidir. Ayrıca kanun koyucunun iradesini tespit etmeye yönelik yöntemler ortaya konulmalıdır²⁰⁴. Bu amaçla ortaya konulan yöntemler, *kıyas (argumentum a pari)*, *öncelik/haydi haydi kuralı (argumentum a fortiori)* ve *ters kavram/mefhum-u muhalif (argumentum a contrario) dir*²⁰⁵. Ancak tüm bunlar yapılırken sadece ilgili kanuna bağlı kalınmalıdır ve iradeyi tespiti yönelik her türlü çalışma önyargılardan uzak bir şekilde yapılmalıdır.

¹⁹⁷ Aktaş, s. 2; Gaudumet, s. 290; Can, s. 194.

¹⁹⁸ Gaudumet, s. 290.

¹⁹⁹ Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 187.

²⁰⁰ Esener, s. 232.

²⁰¹ Julien Bonnecase, "The Problem of Legal Interpretation in France", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 12, Parts 1 and 4 (1930), pp. 79-93, s. 86.

²⁰² Güriz, s. 280.

²⁰³ Bonnecase, s. 87.

²⁰⁴ Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, 187.

²⁰⁵ Niyazi Öktem/Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul 2014, s. 442

Yorumcu okul, devlet iradesine ve otoritesine büyük önem vermiştir²⁰⁶. Dolayısıyla bu okulun devletçi nitelikte olması bir başka özelliğidir²⁰⁷. Zira kanunlar, kanun koyucunun mutlak iradesi ile eş değerde görülmüştür. Kanun metninin anlamını ortaya koymak için geliştirilen yöntemlerde dahi, yalnızca kanun koyucunun iradesinin araştırılması da bunun en önemli göstergelerindendir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere sadece devletçi saikle değil, aynı zamanda insan haklarına yönelen birtakım nedenlerden ötürü kanun koyucunun iradesine büyük önem atfedilmiştir²⁰⁸.

2. Yorumcu Okula Karşı Gelişen Akım; François Geny' nin Serbest Bilimsel Araştırma Metodu

Yorumcu okulun hakime, salt kanun koyucunun iradesini bulup uygulama görevini veren yaklaşımı 20. yüzyılın başları itibariyle etkinliğini yitirmeye başlamıştır²⁰⁹. Bu duruma özellikle Fransa'da gelişim gösteren serbest bilimsel araştırma metodunun öncüsü Géný'nin katkısı oldukça büyüktür. François Géný'nin görüşlerinin belirgin olmaya başladığı bu dönem, yorumcu okulun dördüncü dönemi olarak adlandırılan zaman aralığına denk gelmektedir²¹⁰.

Géný'nin görüşleri ve eserleri, döneminde büyük ilgi görmüştür. Öyle ki Géný'nin büyük yankı uyandıran *Özel Hukukun Kaynakları ve Yorum Yöntemi (1919)* adlı eserinin ve bu kapsamdaki görüşlerinin İsviçre Medeni Kanunu'nun birinci maddesinde etkilerinin görüldüğü açıktır²¹¹. İsviçre Medeni Kanunu m. 1;

"Kanun hükümlerinin lafziyle veya ruhu ile temas ettiği bütün meseleleri tanzim eder.

Kanunî bir hükümün ademi mevcudiyeti halinde hâkim örf ve âdete göre ve bir âdetin bulunmaması halinde de kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre hükmeder."

²⁰⁶ Çağıl, s. 325.

²⁰⁷ Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 187.

²⁰⁸ Çağıl, Hukuk Başlangıcı Dersleri, s. 325.

²⁰⁹ Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 194.

²¹⁰ Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 194.

²¹¹ Walter Yung, "François Géný ve İsviçre'de Kazai İçtihad", Çev: Dr. Erol Cansel, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 1, Y. 1964, ss. 541-555, s. 544.

“Hakim kazaî ve ilmî içtihatlardan faydalanır.”

şeklindedir²¹².

Türk Medeni Kanunu²¹³, na da yön veren bu madde anlaşılacağı üzere yazılı hukuk metnini, öncelikle tüm hukuk kaynaklarının üzerinde tutmuştur. İsviçre Medeni Kanunu m. 1/2’ye göre kanun boşluğu olması durumunda hakim kanun koyucu olsa idi nasıl bir karar verecek idiyse o şekilde bir karar verir demek suretiyle yazılı metne mutlak bağlılığın sınırlarını yukarıda belirtilen ikinci fıkrayla çizmiştir. Gény’den etkilenen bu Kanun, hukukun sadece yazılı metinde sıkışıp kalmadığını göstermektedir. Bu bakış açısıyla hukuk, hakimlerin yaratıcı rolleriyle birlikte sürekli gelişmektedir²¹⁴.

Yung, bu maddeden yola çıkarak Gény’nin serbest bilimsel araştırma metodunu açıklamıştır²¹⁵. Yung’a göre serbest araştırma, hakime takdir yetkisi vererek, pozitif hukukun ahlaki değerlerinde önemli bir ilerlemeyi ve teknik bakımdan gelişmeyi sağlamıştır. Hakimin hukuk yaratırken kullanacağı metod noktasında hakime iki ödev yüklenmiştir; hakim, kanun koyucu gibi hareket eder ve soyut bir hukuk kuralı yaratır. Somut olayı değerlendirirken, soyut ve mevcut hukuk kurallarından ilham alır. Netice itibarıyla kanun koyucu olsa idi nasıl karar verecek idiyse, aynı şekilde karar verir²¹⁶.

Yung’a göre İsviçre Medeni Kanununun m. 1/3 hakimlere içtihatlerden yararlanma imkanı sunarken, aynı zamanda onlara görev yüklemiştir. Ona göre bu fıkrayla İsviçre Medeni Kanunu, Gény’nin görüşlerini daha da ileri götürmüştür. Hakime geniş yetkiler veren bu madde kanunun ruhunu ortaya koyma açısından da oldukça önemlidir²¹⁷.

²¹² M. Walter Young, “Eugene Huber Ve İsviçre Medeni Kanununun Ruhu”, Çev: Jale Gürel, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, Y. 1949, ss. 162-190, s. 171.

²¹³ 22.11.2011 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (R.G. 8.12.2011/24607).

²¹⁴ Young, s. 171.

²¹⁵ Yung, s. 554.

²¹⁶ Yung, s. 554.

²¹⁷ Yung, s. 548.

Gény, öncelikli olarak soyut hukuk teorileriyle ilgilenmemiştir²¹⁸. Aksine, hakimlerin karar alırken kullandıkları pratik bilgilerin analizini, hakimlerin karar verme sürecinde hangi hususlarla sınırlı olduklarını ve takdir yetkisini incelemeyi amaçlamıştır. Gény'e göre hakimler, hukuk kurallarına uygun olarak karar vermelidir²¹⁹. Ancak hukuk kurallarının yetersiz kaldığı noktalar için, hakimlerin karar vermelerini sağlayacak objektif bir metoda da ihtiyaç duyulur. Gény bu noktada “*Serbest Bilimsel Araştırma Metodu*” nu geliştirmiştir²²⁰.

Gény için önemli olan bir başka husus, hukukun kaynaklarının ne olduğu yönündedir. Özellikle kanunda boşluk olması durumunda hukukun nasıl tespit edileceği konusu önem arz etmektedir. Gény, sosyo-ekonomik olarak dünyada gelişim gösteren birçok faktörün varlığından hareket ederek, hukuk dünyasının oldukça karmaşık ve kompleks olduğunu, kanun koyucunun bu denli karmaşık olan sistemde toplumun hukuk ihtiyacına cevap verme konusunda yetersiz kalacağını ileri sürmüştür. Bu bağlamda Gény'e göre hakimler, boşlukları bilimsel tekniklere sıkı sıkıya bağlı olarak doldurmakla görevlidirler²²¹.

Gény, hukukun kaynakları noktasında, önceki dönemlerde kabul edilen şekliyle tüm hukuk problemlerinin kanunlar aracılığıyla çözülebileceği görüşünü eleştirmiştir²²². Ona göre kanun, hukuk ile aynı değildir ve hukuk sistemi ekonomik, politik, psikolojik bir takım değişkenlere dayanmaktadır. O döneme kadar hukuk kuralları, hukuki ihtilafları çözümlenmede tek kaynak olarak görülmüştür²²³. Hakimlerin görevi ise yazılı kanunları uygulamaktan ibarettir²²⁴. Hukukta herhangi bir boşluk bulunması durumunda yapılacak olan, kanun koyucunun iradesinin araştırılması, kanunun lafzına bakılması, kanunun ortaya çıkış sürecinin değerlendirilmesi ve amacının ortaya konulması gibi yöntemlerle belirsizliğin

²¹⁸ Albert Jr. Tate, “Method of Interpretation and Sources of Private Positive Law. By Francis Geny”, *Louisiana Law Review*, Vol. 25, Issue 2 (February 1965), pp. 577-588, s. 578.

²¹⁹ Tate, s. 578.

²²⁰ Tate, s. 578.

²²¹ Heper, *Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk)*, s. 36.

²²² Heper, *Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk)*, s.37.

²²³ Richard Groshut, “The Free Scientific Search of Francois Geny”, *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 17, 1972, pp. 14-37, s. 15

²²⁴ Groshut, s. 15.

giderilmesidir²²⁵. Gény, serbest bilimsel araştırma metodu ile bu klasik yorum yönteminin karşısında yer almıştır. Gény, bu yöntemlerin hukuk boşluğunu doldurmada yetersiz kalacağını ileri sürmüştür. Ona göre hukuk boşluğunun giderilmesi için hakimlerin hukuk yaratması gerekir. Bunun için hakimlerin kendilerini özgür hissetmeleri ve hukuk yaratabilmeleri için yeterli argümana sahip olmaları gerekmektedir. Hukuk, ancak serbest hukuk yaratma faaliyetiyle toplumsal yaşamın değişimlerine ayak uydurabilecektir²²⁶.

Gény, süregelmiş olan doktrinin, *dar anlamda (stricto sensu)* yoruma dayandığını, başarılı hukukçuların dahi yazılı metinlere her durumda öncelik verdiğini, ancak bu yöntemin sonucunun mekanik uygulamadan ibaret olacağını belirtmiştir²²⁷. Ona göre mevcut sistemde yapılan, yalnızca hukuki metinleri somut hayata uygulamaktır. Bu durumda hukuk bilimi, metinler aracılığıyla boyunduruk altına alınmaktadır²²⁸.

Gény'nin serbest hukuk yaratma metoduna karşı çeşitli eleştiriler getirilmiştir. Bu eleştirilerden biri, söz konusu fikirlerin *yargıçlar hükümetine* yol açacağıdır²²⁹. Gény buna karşılık olarak, hakimlerin sahip olduğu görevlerin sınırlarının çizili olduğunu vurgulamaktadır. Bunun dışında eleştiriye karşılık olarak Gény, hakimlerin kararlarını denetleyecek tecrübeli hukukçulardan oluşan Yüksek Mahkeme'nin varlığından söz etmiştir. Ayrıca hakimlerin hukuk yaratmadaki gayretlerinin, hem adaletin objektif kriterlerine hem de sosyal faydalılık kriterlerine yapacağı katkılar itibarıyla hukuk biliminin gençleşmesine ve dinamik bir konuma gelmesine yardımcı olacağını belirtmiştir²³⁰.

Gény'ye getirilen bir başka eleştiri ise hakimlere verilen takdir yetkisinin hukukun belirsizliğini doğuracağı ve toplumun güvenliğini tehlikeye sokacağı yönündedir²³¹. Gény, bu eleştiriye geleneksel yorumlama yöntemlerinin de hiçbir

²²⁵ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 37.

²²⁶ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 38.

²²⁷ Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 194-195.

²²⁸ Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 195.

²²⁹ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 39.

²³⁰ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 39.

²³¹ P. E. Corbett, "The Work and Influence of Francois Geny", *Canadian Bar Review*, Vol. 15, Issue 1 (January 1937), pp. 1-9, s. 3.

zaman kesinliği sağlayamadığını ileri sürerek cevap vermiştir. Gény, takdir yetkisinin sınırlarını genişletirken, hakimin kararlarının belirsiz ve keyfi olmasını değil, objektif olmasını sağlamak için kriterler ve yöntemler geliřtirmiřtir²³². Ona göre hukuk tarafından izin verilen “yapay yorumlamanın” (*artificial interpretation*) geniş sınırlarıyla birlikte hakim, herhangi bir serbest bilimsel araştırma metoduna başvurularak verilen kararlardan daha keyfi ve belirsiz nitelikte kararlar verir. Çünkü yorumlamaya uygun yöntemler açıkça belirlenmemiş ya da tanımlanmamıřtır²³³.

Gény’nin Serbest Bilimsel Araştırma Metodu, çalışmanın ilerleyen sayfalarında işlenecek olan Serbest Hukuk Akımı’nın ortaya çıkışında ve menfaatler okulunun ilk dönemlerinde hakim olan hukuki pozitivism’in etkilerinden kurtulmada önemli bir rol oynamıřtır²³⁴.

3. Kavramlar İçtihadı

Kavramlar içtihadı, Tarihçi Hukuk Okulu’nun benimsediği ilkelerin daha dar yorumlanmasına dayanmaktadır. Tarihçi Hukuk Okulu, hukuki sorunların analizinde tarihsel ve mantıksal bir yaklaşım sergilemekte iken; kavramlar içtihadı, tarihsel yaklaşımı dışlayıp, yalnızca mantıksal yaklaşımı benimsemektedir²³⁵. Kavramlar içtihadına göre, kanunlardaki kavramlar arasında mantıksal bağ kurularak her türlü hukuki probleme bir çözüml bulunabilir²³⁶. Hukuki sorunlar bu kapsamda özele indirgenemez; aksine genelleştirilip, soyutlaştırılmaya çalışılır. Hukuki normlarının kavramsallaştırılmasıyla birlikte, hukuk sistemi soyut bir nitelik kazanır ve hukuk sistemi kapalı bir sistem haline gelir²³⁷.

Kavramlar içtihadında hukuk kurallarının içeriği, kavramların tespiti ile belirlenmektedir²³⁸. Hukuk kuralları ise kanun koyucu tarafından bilinçli olarak oluşturulmaktadır. Kanun uygulayıcılarının yapması gereken, sadece kanunu

²³² Corbett, s. 14.

²³³ Corbett, s. 3.

²³⁴ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 39.

²³⁵ Yasemin Işıktaç/ Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2003, s. 69; Serozan, s. 124.

²³⁶ Sözer, s. 28-29; Esener s. 233.

²³⁷ Işıktaç/ Metin, *Hukuk Metodolojisi*, s. 69; Serozan, s. 124.

²³⁸ Demir/Deryal, s. 346; Serozan, s. 125.

doğrudan uygulamaktır. Hukuki bir belirsizlik olması durumunda ise kanun uygulayıcıları, ilgili kanunun sistematığına ve kanun maddesindeki kelimelerin içeriğine bakmalıdır²³⁹. Tüm bunları yaparken de mantık ilkelerini göz önünde bulundurmalıdır. Hukuk kurallarının içeriği, ilgili maddede geçen hukuki kavramlardan yola çıkarak, mantık ilkeleri ışığında *kavram piramidi* oluşturularak tespit edilmelidir. Bu noktada hukuki kelimeler, cümleler, alt başlıklar ve başlıklar ile kanun maddeleri arasında *sistemik bir bağlantının* kurulması önem arz etmektedir²⁴⁰.

Kavramlar içtihadında hukuki kavramların soyut içeriğine büyük önem verilmektedir²⁴¹. Kavramlar içtihadında hukuk kuralları genelleştirilir. Dolayısıyla zilyetlik, idari işlem, borç gibi hukuki terimlerin kesin ve genel bir tanımı yapılmak istenir²⁴². Tanımlar yapılırken ve bahsi geçen hukuk kuralları genelleştirilirken hakim dikkat etmesi gereken, kanuna salt bir şekilde dayanmasıdır²⁴³. Bu kapsamda hukuk uygulayıcılarından beklenen, hukuku sübjektif değerlendirmelerden uzaklaştırmaktır²⁴⁴.

Kavramlar içtihadı savunucuları, hukuku genelleştirip, kavramlar üzerinden tanımlamalar yaparak, dış etkenlere kapalı ve kendine yeten bir mantık sistemi oluşturmaya çalışmıştır²⁴⁵. Dolayısıyla bu düşünce akımının mantıksal analizler ve kavramsallaştırmalar aracılığıyla hukuk uygulayıcılarına yol gösterdiği söylenebilir²⁴⁶. Bu görüşe göre hukukun işlevselliği, hukuk uygulayıcıları tarafından ancak mantıksal analizler neticesinde sağlanabilir. Tüm ülke hukuk uygulamasında birlik sağlanmasını isteyen kavramlar içtihadı savunucuları²⁴⁷, hakimlerin temel görevlerinin kanunun uygulanması olduğunu ileri sürmüşlerdir. Kanunda meydana gelecek herhangi bir boşluğun kanun koyucu tarafından bilinçli olarak bırakılmış olduğunu dile getirmişlerdir²⁴⁸. Dolayısıyla kanunun cevap veremediği bir noktada

²³⁹ Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 68; Serozan, s. 124.

²⁴⁰ Sözer, s. 28.

²⁴¹ Sözer, s. 28; Işıktaç/Metin, Hukuk Metodolojisi, s. 69; Serozan, s. 124.

²⁴² Gözler, Hukuka Giriş, s. 285; Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 50.

²⁴³ Sözer, s. 24.

²⁴⁴ Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 50; Serozan, s. 124.

²⁴⁵ Serozan, s.124; Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 51.

²⁴⁶ Işıktaç/Metin, Hukuk Metodolojisi, s. 71.

²⁴⁷ Gözler, Hukuk Başlangıcı, s. 285.

²⁴⁸ Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 68-69.

hakimin yapabileceği şey hukuk yaratma değildir. Bu noktada yapılması gereken, hukukun mantıksal birliğinin sağlanması için, mantıksal kıyasın yapılmasıdır²⁴⁹.

4. Kavramlar İctihadına Karşı Gelişen Akımlar/Teoriler

a) Serbest Hukuk Akımı/Teorisi

Kıta Avrupası'nda 19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başları itibariyle etkili olan üç önemli akım/teori vardır. Değerlendirme hukukçuluğunun gelişmesi açısından önem arz eden bu akımlar/teoriler kavramlar içtihadı (hukukçuluğu), serbest hukuk akımı/teorisi ve menfaatler içtihadı (hukukçuluğu) okuludur²⁵⁰. Serbest hukuk akımı/teorisi, hukukun kendi içerisinde boşluk bulunmayan, kapalı bir sistem olduğunu iddia eden kavramlar hukukçuluğuna tepki olarak gelişmesi ve menfaatler içtihadı okulunun da temel görüşlerinin oluşmasına zemin hazırlaması nedeniyle oldukça önemlidir. Bu akım/teori hukukun sosyal olgular karşısında uyumuna ve normatif hukuk sisteminin yetersizliğine karşı hakimin hukuk yaratmasına olanak sağlar. Ayrıca serbest hukuk akımı/teorisi, hukukun metafizikten uzaklaştırılıp, sosyal gerçeklikle değerlendirilmesi gerektiğini savunur²⁵¹.

Serbest hukuk akımının/teorisinin gelişmeye başladığı dönemde hakimlerin kanuna mutlak bağlılığı esastı ve bu durumun asli sebebi katı pozitivizmin etkisinde olan hakim devlet anlayışıydı. Buna binaen serbest hukuk akımı/teorisi savunucuları, hakim devlet anlayışını ve bu doğrultuda hukuk uygulamalarını eleştirmiş ve temelde, adaletin sağlanmadığını dile getirmiştir. Onlara göre hakimlerin sadece kanuna bağlı olması ve hukuk kurallarından mantık kuralları aracılığıyla bir sonuca varmaya çalışması, adaletin tesis edilmesine engel teşkil etmektedir. Dolayısıyla hakimler salt hukuki kavramlarla ve hukuk sisteminin çıkmazlarıyla meşgul olmak yerine, hayatın ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmalıdır²⁵². Bu kapsamda, serbest hukuk akımı/teorisi, hukuk mantığını bir kenara bırakarak, kendine özgü bir felsefe ve

²⁴⁹ Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 190.

²⁵⁰ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 1.

²⁵¹ Tim Murphy, "Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich", *Dublin University Law Journal*, No. 31, 2009, pp. 477-480, s. 477-478; Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 1-2.

²⁵² Hubert Treiber, "Max Weber and Eugen Ehrlich: On the Janus-headed Construction of Weber's Ideal Type in the Sociology", *Max Weber Studies*, Vol. 8, No. 2 (July 2008), pp. 225-246, s. 229; Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 2.

ideoloji izlemiştir. Bu ideoloji ise herhangi bir engel olmaksızın hukukun özgür biçimde yaratılmasını öngörmektedir. Hakime sınırsız bir özgürlük tanıyan bu düşünce, yasalar ile adalet ilkeleri arasında çatışma gören hakime istediği sonuca varma yetkisini vermektedir²⁵³.

Serbest hukuk akımının/teorisinin kurucusu olan Eugen Ehrlich'in *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (Hukukun Bulgulanması ve Serbest Hukuk Bilimi)* adlı eseri serbest hukuk akımının/teorisinin "program yazısı" olarak görülmektedir²⁵⁴. Ehrlich, bu çalışmasında hukuk sisteminin kapalı, eksiksiz ve soyut olduğu iddialarını reddetmekte ve hukuk sisteminin münferit kararlardan oluştuğunu iddia etmektedir. Münferit kararlar ise *hukukun bulgulanışı* ile mümkündür. Bu noktada *hukukun bulgulanışı* iki şekilde ortaya çıkar; bunlardan ilki *teknik bulgulanıştır*, ikincisi ise *serbest hukukun bulgulanışını* sağlamak için münferit olayın değerlendirilerek hakkaniyete uygun karar verilmesidir²⁵⁵. Fakat bunlar her hukuki kararın zeminini oluşturmayıp, hakimin özgürlüğünün sınırlarını çizen ölçütlerdir. Ehrlich'e göre teknik bulgulanış yasaya dayanır ve yasa her zaman bünyesinde boşlukları barındırır²⁵⁶. Bu durumda Ehrlich, serbest hukuk yaratma fikrini ve Anglo-Amerikan ülkelerde olduğu gibi hakimlere yetkiler tanınması gerektiğini ileri sürmüştür. Çünkü Ehrlich'e göre hakimler yargının güvencesi niteliğini haizdir. Bu kapsamda serbest hukuk yaratma, sadece maddi hukuk yaratma olmayıp, aynı zamanda hakimlerin seçimiyle de ilgilidir²⁵⁷.

Heper'e göre Ehrlich'in çalışmasında, hakimin hukuk yaratmasıyla ilgili olarak nereden yola çıkılacağına net bir cevap bulunamamaktadır. Ona göre Ehrlich, tüm zor davalarda geçmişten günümüze değişen toplumsal koşullara, mahkeme içtihatlarına, yasalara, doktrine ve teamüllere aynı derecede önem atfettiğinden ve aralarında bir hiyerarşik bağlantı koymadığından, hakim herhangi bir ölçütle sınırlı değildir.

²⁵³ Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 209; Serozan, s. 126.

²⁵⁴ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 60-61.

²⁵⁵ Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig 1903, tıpkı basım Aalen 1987, s.1' den aktaran Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 61.

²⁵⁶ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 61.

²⁵⁷ Yeşim Öztürkmen İcan, *Hakimin Velayetin Belirlenmesine İlişkin Takdir Yetkisinin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Samsun 2015, s. 11; Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 62.

Böylelikle, hakim olayları kendi bakış açısından değerlendirip, ona göre karar vermektedir. Dolayısıyla, Ehrlich'in sisteminde hakim öncelikle kendi görüşlerini ölçü olarak almaktadır. Heper'e göre Anglo-Amerikan sistemini örnek gösteren Ehrlich'in sistemi, hakimın önceki kararlarla kural olarak bağlı olduğu Anglo-Amerikan sisteminden farklıdır²⁵⁸.

Ehrlich'in "Yaşayan Hukukun Araştırılması" adlı çalışması da konu açısından önem arz etmektedir. Pound'a göre bu eser belki de hukuk sosyolojisi açısından en önemli eserdir²⁵⁹. Pound, bu eserin, hukuk uygulayıcılarının sosyal olguları daha dikkatli incelemelerini ve anlamalarını sağlayabileceğini belirtmektedir²⁶⁰. Ehrlich, eserinde toplumsal gerçekliği dikkate alan bir yaklaşım sergilemiştir. Bunun için öncelikle yargısal süreçte hüküm vermeye yarayan hukuk (*hükmi hukuk*) ile sosyal davranışlara yön veren hukuk (*yaşayan hukuk*) arasında bir ayrım yapmıştır²⁶¹. Toplumsal yaşamın sürekliliğini sağlayan, yaşayan hukuktur. Yaşayan hukuk, hükmi hukuk çerçevesinde topluma yön veren hukuk olup, halk tarafından benimsenmiştir. Bu kapsamda Ehrlich yasama organı tarafından yasalaştırıldığına bakılmaksızın, toplumsal yaşama yön veren normları "yaşayan hukuk" olarak değerlendirmiştir²⁶². Ehrlich'in yaptığı bu ayrımın altında biraz da o dönemde hukuk mantığı kavramının baskın olması yatmaktadır²⁶³.

Ehrlich'in yaşayan hukuk kavramı, analitik ya da tarihsel bir anlamdan ziyade sosyolojik bir anlam taşımaktadır²⁶⁴. Ehrlich, hukuk kurallarını mahkemeler tarafından uygulanan hukuk olarak görmekte iken, yaşayan hukuku bu kuralların dışında tutmaktadır. Bu durum, hukukun tarihsel gelişiminin bir sonucudur²⁶⁵. Ona göre toplumsal yaşamı domine eden kurallar, yazılı hukuk kurallarıyla sınırlı değildir²⁶⁶.

²⁵⁸ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 65.

²⁵⁹ Roscoe Pound, "Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence", *Harvard Law Review*, Vol. 25, Issue 6, pp. 489-516, s. 513, dipnot 94.

²⁶⁰ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 68.

²⁶¹ M. Yüksel/Z. Avşar/K. Akbaş, *Hukuk Sosyolojisinin Düşünsel Gelişimi ve Çağdaş Perspektifleri*, M. Yüksel (Edt.), Hukuk Sosyolojisi, (170-203) , Eskişehir 2012, s. 176.

²⁶² Yüksel/Avşar/Akbaş, s. 176.

²⁶³ Yüksel/Avşar/Akbaş, s. 176.

²⁶⁴ William Herbert Page, "Professor Ehrlich's Czernowitz Seminar of Living Law", *Northern Kentucky Law Review*, Vol. 4, Issue 1 (1977), pp. 37-64, s. 41.

²⁶⁵ Page, s. 41.

²⁶⁶ Page, s. 43.

Yaşayan hukukun en önemli kaynağı yargı kararlarıdır ve bu kararlar hukuki literatürün bir parçası olarak hukuki yorumlamayı gerektirir²⁶⁷. Ayrıca hâkimlerin karar verirken, hukuk ötesi (*beyond the law*) olarak adlandırılan yaşayan hukuku da dikkate almaları gerekmektedir²⁶⁸. Bu noktada Ehrlich'e göre hakimlerin görevi düşünüldüğünden daha derindir²⁶⁹.

Ehrlich, özellikle Kıta Avrupasında etkili olan dönemin hukuk mantığını eleştirerek, o dönemin Kıta Avrupası hukukunu, güçlü ve rasyonel bir hukuki muhakemenin ürünü şeklinde tanımlar. Söz konusu dönemde hâkimler, hukuki mantık çerçevesinde rasyonel bir yargılama yapıp, hukuk normları arasında mantıksal çıkarımlarda bulunuyorlardı. Bu durum karşısında Ehrlich “*mantığı unutun*” demiştir²⁷⁰. Çünkü Ehrlich hukuka özgü muhakeme olabileceği fikrini kabul etmemiştir. Ona göre hâkimlerin yargılama süreçleri tamamen psikolojik olup, bu psikolojiye etki eden birçok dışsal unsur bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuku değerli kılan, hâkimin önündeki somut kurallarla karar vermesi değil, dışsal unsurların da katkısıyla hâkimin pratikte uygulanabilir nitelikte karar vermesidir. Hâkimlere yargılama sürecinde büyük önem atfeden Ehrlich, hukuku; hukuk yapan asıl unsurun, hukukçular tarafından uygulanması olduğunu belirtmiştir²⁷¹.

Serbest hukuk akımının/teorisinin önemli temsilcilerinden bir diğeri de Kantorowicz'dir. Kantorowicz, 18. yüzyılda ileri sürülen “*yasa metnine koşulsuz güveni*” eleştirerek öncelikle şu soruya yanıt bulmaya çalışmıştır²⁷²: “*Hukuk, hukuk bilimi ve adalet uygulamasından ne anlaşılmaktadır?*”. Ona göre bu sorulara verilecek cevaplar doğrultusunda yanlışları düzeltilebilecektir.

Bu sorular çerçevesinde Kantorowicz serbest hukuku, “*klasik doğal hukuktan farklılaşmış ve geliştirilmiş bir hukuk görünümü*” olarak nitelemiştir²⁷³. Serbest

²⁶⁷ Page, s. 45.

²⁶⁸ David Nelken, “Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities”, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 9, Issue 2 (July 2008), pp. 443-472, s. 447.

²⁶⁹ Nelken, s. 447.

²⁷⁰ Yüksel/Avşar/Akbaş, s. 176.

²⁷¹ Yüksel/Avşar/Akbaş, s. 176.

²⁷² Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 206.

²⁷³ Geny, Methode dan aktaran Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 206.

hukuka ilişkin ilkelerin pozitif hukuk haline dönüşebilmesi için, bu ilkelerin hukuk kuralı olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Fakat serbest hukukun, devlet tarafından tanınan hukuka oranla doğrudan bilinmesi ve benimsenmesi gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu noktada Kantorowicz tarafından, serbest hukukun ilkelerinin zaten pozitif hukukun dayanağı olduğu gerekçesiyle, devlet tarafından bu ilkelerin tanınmasının gerekliliğine vurgu yapılmıştır²⁷⁴.

Kantorowicz'e göre geleneksel hukuk kaynaklarından olan yazılı hukuk kuralları ve mahkeme içtihatları, bünyelerinde doldurulması gereken boşluklar barındırır²⁷⁵. Hâkimlerin verdikleri kararların yargısal nitelik taşıyabilmesi için, verilen kararların hukuka dayanması gerekir. Bu kapsamda boşluklar, hukuk ile doldurulmalıdır. Kantorowicz'e göre işte bu boşlukları doldurmaya yarayan fakat yazılı olmayan kurallar, serbest hukuk kurallarıdır²⁷⁶. Serbest hukuk kurallarının birçoğu kesin bir yargısal karara varmak için kullanılır. Her ne kadar resmiyet kazanmamış olsalar da, bu kurallar, politik ilkeler ya da duygusal tercihler gibi birer geçiş konumundadır. Geçerlilikleri yazılı hukuk kurallarından çok daha azdır, hatta bazen kabul bile edilmemektedir. Fakat Kantorowicz'e göre serbest hukuk kurallarının pratik önemi yazılı hukuk kurallarından daha büyüktür.²⁷⁷

Kantorowicz'e göre nitelikleri bu çerçevede çizilen hukuk bilimi, faaliyet alanını genişletmeli ve bilinen kuralların tekrarına düşmektense yeni kurallar için kaynak sağlamalıdır. Ayrıca irade, akılla birlikte değerlendirilmelidir. Kantorowicz aklın, hukuk sistemi dâhilinde yapılan gözlemlerin ve hukukun yapıma biçiminin de göz önünde bulundurulması suretiyle irade ile birlikte hareket etmesi gerektiğini savunmuştur²⁷⁸. Böylelikle hukuk, anti-dogmatik olmalı ve kıyastan, “*yasaların ruhu*” gibi terimlerden, ön kabullerden, tümdengelimden kaçınmalıdır. Hukuk bilimi, güncel hayatla bağlantı halinde kalarak, tarihten faydalanmalıdır. Tüm sosyal bilimlerle,

²⁷⁴ Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 206.

²⁷⁵ Hermann Kantorowicz, “Some Rationalism About Realism”, *Yale Law Journal*, Vol. 43, Issue 8 (June 1934), pp. 1240-1253, s. 1241

²⁷⁶ Kantorowicz, Some Rationalism About Realism, s. 1241.

²⁷⁷ Kantorowicz, Some Rationalism About Realism, s. 1241.

²⁷⁸ Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 207.

özellikle de psikoloji bilimiyle işbirliği yapmalıdır. Kantorowicz yapılmasını zorunlu gördüğü bu değişiklikler ile adaletin fiilen gerçekleştirilebileceğini ileri sürmüştür²⁷⁹.

Kantorowicz, hukuku yazılı kurallardan başka bir şeyin oluşturmadığı yönündeki görüşün bir önyargıdan ibaret olduğunu ve hukukta bir boşluk olması durumunda hâkimin oluşturması gereken kuralların görmezden gelinmesini ölümcül (fatal) bir hata olarak nitelendirmektedir²⁸⁰. Ona göre yargılamada hâkimin takdir yetkisi ve değer yargıları oldukça önemlidir. Bu görüşünü şu cümlelerle desteklemiştir;

“ Tabii ki sadece hukuktan çok daha fazlasını bilen, oldukça kapsamlı çalışan, sadece tecrübe etmekle kalmayıp, hem ekonomik hem de sosyal yaşamın etkilerine ve ihtiyaçlarına egemen olan hakimler ve avukatlar, somut davalar için uygun kuralları kavrayabilir ve formüle edebilirler. Bir kimse, bunun, sadece hakimin takdir yetkisine dönük bir görev olabileceğine itiraz etmemelidir. Çünkü takdir yetkisi, genellikle algılandığı şekliyle, hukuk kurallarına karşı değildir. Aksine kuralları bulmak için izlenen sezgisel bir yoldur²⁸¹. ”

b) Menfaatler İçtihadı Okulu

Almanya’da Alman Medeni Kanunu yürürlüğe girdikten sonra menfaatler içtihadı okulu doğmuştur²⁸². Menfaatler içtihadı okulu, Medeni Kanundaki boşlukların doldurulmasını ve toplumsal gelişmeye ayak uyduracak şekilde Alman Medeni Kanununun yorumlanmasını amaçlamıştır. İyi niyet, hakkın kötüye kullanılması, ahlaka aykırı sözleşme gibi temel kavramlar menfaatler içtihadı okulunun geçerlilik ve etkinlik kazanmasında önemli rol oynamıştır²⁸³.

Menfaatler içtihadı okulu savunucuları, menfaat teriminin geniş anlamda kullanılması ve sadece maddi değil, manevi menfaatlerin de göz önünde

²⁷⁹ Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 207.

²⁸⁰ Kantorowicz, Some Rationalism About Realism, s. 1244.

²⁸¹ Kantorowicz, Some Rationalism About Realism, s. 1244.

²⁸² Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 51; Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 200.

²⁸³ Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 51.

bulundurulması gerektiğini vurgulamışlardır²⁸⁴. Bu noktada menfaatler içtihadı okulu savunucuları, mantık ve tarih gibi faktörlerin hukuk sisteminde etkisi olduğunu kabul etmişlerdir. Karşı çıktıkları nokta ise, bu faktörlerden birinin diğerini bertaraf ettiği ve hukuk sisteminin sırf mantıktan ibaret olduğu düşüncesidir²⁸⁵. Bu noktada menfaatler içtihadı okul savunucuları, ne kanun koyucuya ne de hâkimlere belirli bir yol haritası çizmiştir. Onlara göre yapılması gereken, sadece dava hakkında karar verecek olan hâkimlere yeterli malzemenin sağlanıp, çatışan menfaatlerin sistematize edilmesi ve hâkimlere en iyi sonuca ulaşacakları ortamın sunulabilmesidir²⁸⁶. Bu kapsamda, hukuk sisteminin nihai ve mutlak amacı taraflar arasındaki menfaatin dengelenmesidir. Burada önemle belirtmek gerekir ki menfaatler içtihadı okulu savunucuları, hâkimin karar verirken belirli sınırlar dahilinde hareket etmesi gerektiğini vurgulamışlardır. Keza menfaatler içtihadı okulunu, kavramcı hukuk anlayışından ayıran, hakimin hukuki ihtilaflarını çözüme kavuşturmada sınırlandırmaları göz önünde bulundurarak menfaatler arasında denge kurmaya çalışmasıdır²⁸⁷.

Menfaatler içtihadı okulu iki kabulden yola çıkmaktadır²⁸⁸. Bunlardan birincisi hâkimlerin yasaya bağlı olarak karar verdiği gerçeği, ikincisi ise hukuki normlar yetersiz olduğundan bünyesinde boşluklar barındırması meselesidir. Bu noktada menfaatler içtihadı okulu, hâkimin, önüne gelen hukuki ihtilafta menfaat çatışması ile ilgili hukuki bir norm bulamadıysa, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kanun koyacak idiyse, bu doğrultuda karar vermesi gerektiğini ileri sürmektedir. Hâkim bu yol ile çatışan değerlerin dengelenmesini sağlamak ve kanun maddesine yüzde yüz itaat etmeyerek, “çıkarlara uygun” hareket etmektedir²⁸⁹.

Kanunda boşluk olabileceği ve doldurulması gereği menfaatler hukukçuluğundan önce gündeme gelmişse de, bu konunun menfaatler kapsamında değerlendirilmesi menfaatler içtihadı okulu ile birlikte olmuştur. Öncelikle “menfaat”

²⁸⁴ Esener, s. 233; Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 52.

²⁸⁵ Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 53; Esener, s. 283.

²⁸⁶ Serozan, s. 128; Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 53.

²⁸⁷ Sözer, s. 28-29; Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 53.

²⁸⁸ Altan Heper, “Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck”, Prof Dr. Vecdi Aral’ a Armağan, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LLXXII, S. 1, Y. 2014, ss. 333-348, s. 347.

²⁸⁹ Heper, Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck, s. 347.

kavramı kurucu nitelik arz etmektedir²⁹⁰. Menfaatler içtihadı okulunun en önemli isimlerinden birisi olan Philipp Heck'e göre menfaat yerine konulabilecek başka bir metodolojik kavram bulunmayıp, amaç ve menfaat kavramlarının birbiriyle karıştırılmaması gerektiğini dile getirmiştir²⁹¹. Zira amaç kavramı, yalnızca ilgili hukuki ihtilafta davayı neticelendirecek olan menfaati açıklamakta ve karşı tarafın menfaatini göz ardı etmektedir. Ancak hukuk kurallarının anlaşılabilmesi ve hakim tarafından tatbik edilebilmesi için iki tarafın da menfaatlerinin eşit değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada Heck, menfaatler içtihadı okulunun iki ana görevi olduğunu dile getirmiştir. *Genetik menfaat teorisi* olarak da ifade edilen menfaatler içtihadı okulunun ilk görevi, kuralların içeriklerinin saptanmasıdır. *Produktif menfaat teorisi* adı verilen ikinci görevi ise, kavranan menfaatler çatışması sistemi dahilinde boşluğun doldurulmasının sağlanmasıdır. Produktiften kasıt, boşluğun doldurulmasıdır²⁹².

Menfaatler içtihadı okuluna göre hukukun yorumlanmasında kavramlar hukukçuluğunun öngördüğü mantıki yaklaşımın reddedilmesi gerekmektedir. Çünkü hâkimler, yalnızca mantıki çıkarımlarla hukuki sorunları çözümlenmede yetersiz kalmaktadırlar. Keza kanun koyucunun hayatın sürekli başkalaşan ihtiyaçlarının içerisinde, her türlü hukuki ihtilafa bir takım mantıki yollarla yanıt bulması da mümkün değildir. Bu noktada kanun koyucuya düşen temel görev menfaatler arasında denge kurmak ve menfaatlerin korunmasını sağlamaktır²⁹³. Bununla birlikte hakimlere daha önemli görevler düşmektedir. Hâkimlerin kanun koyucunun amaçlarına yönelmesi ve bu doğrultuda değerlendirmeler yapması, salt kanun metnine bağlı olmaması ve aynı zamanda kanun koyucuya da yol göstermesi gerekmektedir. Kanun koyucunun düşünemediği konularda dahi hâkimler, tarafların karşılıklı menfaat durumlarını göz önünde bulundurarak değerlendirme yapması gerekmektedir²⁹⁴.

Heck, hâkimlerin hukuk uygulamasında, kavramlar hukukçuluğundaki gibi salt mantık çerçevesinde karar vermemeleri gerektiğine vurgu yapmıştır. Bunun yerine

²⁹⁰ Serozan, s. 129; Heper, Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck, s. 338.

²⁹¹ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 26.

²⁹² Heper, Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck, s. 338-339.

²⁹³ Serozan, s. 128; Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 52.

²⁹⁴ Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 52.

hâkimlerin kanun koyucunun amacını anlaması ve bu amacı, “*düşünen itaat*”(denkendes Gehorsam) çerçevesinde hukuki uyumsuzluğu çözümlerken göz önünde bulundurması gerektiğini belirtmiştir. Zira kanunlar belirli menfaatleri korumaya yönelmişse, hâkimler hukuk uygulamasında bu menfaatleri gerçekleştirmelidir²⁹⁵. Dolayısıyla hukuk kurallarından salt mantık yoluyla sonuç çıkarmak yanlış olmaktadır. Hâkim hukuk kuralları aracılığıyla belirlenmiş olan menfaatleri değerlendirmeli ve dikkate almalıdır. Bahsi geçen bu durum ise muhakkak yorumu gerektirir²⁹⁶.

Yukarıda da değinildiği üzere hem serbest hukuk akımı/teorisi hem de menfaatler içtihadı okulu kavramlar içtihadının karşısında yer almaktadır. Bu noktada serbest hukuk akımı/teorisi ve menfaatler içtihadı okulu birçok açıdan birbirine benzemektedir. Öncelikle her iki akım da/teori de hukukun bütünlüğünün mantıki ve biçimsel yolla geliştirilmesi fikrini reddetmektedir²⁹⁷. İkinci olarak her iki akım da/teori de hukuki kavram ve hukuki kurguları hukukun geliştirilebilmesi için önemli görmektedir. Üçüncüsü ise her iki akımın da hayata ve gerçekleşen olaylara oldukça yakın olmalarıdır²⁹⁸. Ayrıca menfaatler içtihadı okulunun önemli temsilcilerinden biri olan Heck, serbest hukuk akımının/teorisinin önemli isimlerinden olan Ehrlich’in “Hukuk Mantığı” adlı çalışmasında vardığı sonuçları doğrulamaktadır. Bu noktada Ehrlich’in bahsettiği serbest hukukun rasyonel nitelikteki düşüncelerden arı olmadığını düşüncesini her iki akım da kabul etmektedir²⁹⁹.

Serbest hukuk akımı/teorisi ve menfaatler içtihadı okulu birçok açıdan birbirine benzemekle birlikte birçok yönden de birbirinden ayrılmaktadır. Serbest hukuk akımıyla/teorisiyle menfaatler içtihadı okulunun farklı yönleri şu şekilde sıralanabilir³⁰⁰. Öncelikle serbest hukuk akımının/teorisinin önde gelen temsilcilerine göre yasa sadece kanunun lafzında vücut bulmaktadır. Buna karşılık menfaatler

²⁹⁵ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 26-27.

²⁹⁶ Sözer, s. 29-30; Heper, Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck, s. 341.

²⁹⁷ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 260.

²⁹⁸ Bernhard Domberk, *Das Verhältnis der Tübinger Schule zur deutschen Rechtssoziologie*, Berlin, Dunker&Humbolt, 1969, s. 32’ den aktaran Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 259.

²⁹⁹ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 261.

³⁰⁰ Heper, Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), s. 260.

içtihadı okulunda bu tarz bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Bir başka farklılık ise serbest hukuk akımında/teorsinde yorum yapılırken tarihi yasa koyucunun belirlediği çıkarları göz önünde bulundurulurken, menfaatler hukukçuluğunda güncel hukuki ihtilaf dönemi dikkate alınır³⁰¹.

C. Hakimin Hukuk Yaratmasını Kabul Eden Görüşler

1. Genel Olarak

Klasik hukuki pozitivism hâkimin hukuk yaratmasına ilişkin olarak çeşitli yasakları barındırdığı yukarıda incelenmiştir. Belirli bir dönemde hukuki pozitivism, hukuk yaratmaya karşı gelerek, hukuk sisteminin kapalı bir sistem olduğuna inanmıştır. Bu görüş uzun yıllar hakimiyetini sürdürmeyi başarmış olsa da; 20. yüzyılın başları itibariyle klasik hukuki pozitivism karşı görüşlerin filizlenmeye başladığı görülmektedir. Mutlakiyetçi yönetim şeklini yenmek amacıyla ortaya çıkan klasik hukuki pozitivism, “*kanun hakimiyeti*” anlayışını benimsemiş olmakla birlikte; “*kanun hakimiyeti*” anlayışı karşı görüşlerin oluşumuna da uygun zemini hazırlamıştır³⁰². Bu noktada hakimlerin yargılamada icra ettiği göreve ilişkin olarak hukuki belirsizlik kavramı ön plana çıkmaktadır. Hukuki belirsizliğin varlığını kabul eden hukuk sistemleri hakimin hukuk yaratmasına izin verirken, hukuki belirsizliğin varlığını kabul etmeyen hukuk sistemleri ise hakimin hukuk yaratmasına izin vermemektedir³⁰³.

Hukuki belirsizliği kabul eden görüşler, kendi aralarında zayıf ya da güçlü belirsiz olmaları açısından iki farklı türde değerlendirilmektedir. Çalışmada zayıf belirsizlik örneği olarak hukuki formalizm, güçlü belirsizlik örnekleri olarak ise Amerikan hukuki realizmi ve eleştirel hukuk çalışmaları ele alınmıştır.

³⁰¹ Hans Stoll, *Begriff und Konstruktion in der Lehre von der Interessenjurisprudenz* in: *Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt, Tübingen, Mohr, 1931, s. 60-117* den aktaran Heper, *Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk)*, s. 261.

³⁰² Heper, *Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk)*, s. 33.

³⁰³ Heper, *Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk)*, s. 33.

2. Hakimin Hukuk Yaratmasının Gerekçesi Olarak Hukuki Belirsizlik Kavramı

Formalizmin etkisi altındaki modern hukuk sistemi açısından hukuk kuralları, ortaya çıkabilecek her türlü uyuşmazlığa uygulanabilir. Bu kapsamda bazı formalistler hukuk sisteminin boşluk içermeyecek ölçüde mükemmel olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ancak bu durum aşırı radikal formalizmin tutumudur. İlmli formalistler ise hukuk sisteminin belirsizlik alanlarının olabileceğini savunmuşlardır. Boşluk durumunda hakimlere hukuk yaratma yetkisi verilirken, hukuki belirsizlik durumunda yorum yolu ya da hukuk yaratma yetkisi verilmektedir. Modern hukuk sistemi açısından belirsizlik kavramı tüm hukuk sistemine yayılmamıştır; istisnai niteliktedir. Dolayısıyla hukuki uyuşmazlıklarda çözümü belirleyen, hakimlerin ahlaki yaklaşımı ya da politik düşünceleri değil, hukuk sisteminin elemanlarıdır³⁰⁴.

Hukukta belirlilik ve belirsizlikten ne anlaşılması gerektiğini, Fowler, *“Yargılama sürecinde bir hüküm, makul bir şekilde uygulanabilecek her bir durum için tek bir sonucu doğuruyorsa bu durumda o hukuk sistemi tamamen belirlidir.”* şeklinde bir açıklamayla ortaya koymaya çalışmıştır³⁰⁵. Bu açıdan hiçbir durum için tek bir doğru sonuca ulaşamaması halinde ise o hukuk sisteminin tamamen belirsiz olduğu sonucuna varılmaktadır. Dava sonuçları itibariyle bir kısmının belli, bir kısmının ise belirsiz olduğu hukuk sistemlerinde ise kısmi belirsizlik gündeme gelmektedir. Belirsiz durumlar, genel olarak belirli olarak nitelenebilecek bir sistemde bazen istisnalar oluşturuyorsa, belirsizlik marjinal olarak ya da belirli bir hukuk sistemi için sapma olarak değerlendirilmektedir³⁰⁶. Belirsizlik kurallarla ilgili olup, kurallar belirli bir davada belirli bir sonucu doğuramıyorsa belirsizlik vardır³⁰⁷.

Belirsizlik argümanı, hukuki realistler tarafından 19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başlarında hukuki formalizmin eleştirisi olarak geliştirilmiştir³⁰⁸. Klasik

³⁰⁴ Sururi Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 80.

³⁰⁵ Stuart Fowler, “Indeterminacy in Law and Legal Reasoning”, *Stellenbosch Law Review*, Vol. 6, Issue 3 (1995), pp. 324-347, s. 325.

³⁰⁶ Fowler, s. 325.

³⁰⁷ Fowler, s. 325.

³⁰⁸ John Hasnas, “Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, Or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument”, *Duke Law Journal*, Vol. 45, Issue 1 (October 1995), pp. 84-132, s. 86.

hukuk anlayışı, hakimlerin akılcı gerekçelerle temellendirme suretiyle objektif ve tarafsız karar verme süreçlerini bulmalarını ya da en azından bulmaları gerektiği temel varsayımından hareket etmektedir³⁰⁹. Hukuk kuralları normatif olarak kapalı bir hukuk sisteminde istikrarlıdır ve nesnel olarak doğrulanabilir niteliktedir. Bu şekilde tanımlanan bir hukuk sisteminde her hukuki ihtilafın bir doğru cevabı vardır. Klasik hukuk anlayışınca kabul gören bu görüş, hakimlerin davalarda seçim yapma olasılığını ortadan kaldırır ve hukuk uygulayıcısının sınırlandırılmasını öngörür³¹⁰. Böylece hakimlerin önceden görülen davalar aracılığıyla yeni davalar hakkında karar vermeleri gerekir. Bu formalist yaklaşım hakimi, kesin ve tutarlı hukuk kuralları bütününden, doğru çözümü bulabilecek nesnel bir hukuk uygulayıcısı olarak görmektedir. Bu durumda hakim hukuk yaratamaz ve sadece yasama organı tarafından yapılmış yasayı uygular³¹¹. Belirsizlik argümanının amacı ise hakimi hukuk yaratmayan, ancak önceden beri var olan hukuk kurallarını bulup uygulayan bir kişi olarak gören formalist imajın bir efsaneden ibaret olduğunu göstermektir. Belirsizlik argümanı, hangi hukuk kuralının nasıl uygulanacağını seçen hakimlerin, hukuk kuralları ile sınırlandırılmayacağını ileri sürmektedir. Hatta bu tür seçimler hakimnin doğru karar verdiği inancına dayandığı için, hakimlerin nesnel olmalarından öte verdikleri kararların temelinde bilinçli ya da bilinçsiz olarak kendi kişisel yargıları yattığı düşüncesini benimser³¹².

Anlaşılacağı üzere hukuki belirsizlik, hukuk kuralları ile yargı kararları arasındaki ilişkiyle ilgilidir³¹³. Hukuki belirsizliğin anlamını, Lawrence Solum, “*hukuki problemlerin çözümünü hukuk mu belirler?*” sorusundan yola çıkarak açıklamıştır³¹⁴. Solum’a göre bu soruya verilebilecek cevaplardan ilki mutlak manada normların, hakimlerin kararlarını belirlediği yönündedir. İkincisi ise normların hakimlerin kararlarını vermelerinde önemli bir etken olmakla birlikte, başka unsurların

³⁰⁹ Tanzil Chowdhury, “Time Frames and Legal Indeterminacy”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 30, Issue 1 (February 2017), pp. 57-76, s. 59.

³¹⁰ Chowdhury, s. 59.

³¹¹ Hasnas, s. 87.

³¹² Hasnas, s. 89.

³¹³ Gülriiz Özkök, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 2, Y. 2002, ss. 1-18, s.1.

³¹⁴ Özkök, Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine, s. 1.

da belirleyici olabileceği ihtimalidir. Üçüncü cevap ise normların hiçbir durumda etkili olmadığı ve sadece hakimlerin, hukuki problem hakkında karar vermede etkili olduğu yönündedir³¹⁵. Hukuki belirsizlik problemi üçüncü cevap doğrultusunda ortaya çıkmaktadır.

Geçmişten günümüze birçok hukuk akımı/teorisi “*hukuki belirsizlik*” kavramı konusunda uzlaşmak için çaba sarf etmişlerdir. Dorf, bu sorunu şu şekilde formüle etmektedir: Bir hukuk kuralının uygulanması, onun anlamı hakkında müzakereyi gerektiriyorsa, bu kuralın hukukun üstünlüğüne olan bağlılığın gerektirdiği bir biçimde rehber vazifesi gördüğü iddia edilemez³¹⁶. Dorf’a göre hukuki belirsizlik yargının takdir yetkisine giden yolu açar ve hem hukuk kuralları hem de anayasa bu duruma temel teşkil eder³¹⁷. Dorf, hukuki belirsizliğe rağmen, temel hakların ve hukukun üstünlüğünün muhakkak güvence altına alınması ve az ya da çok işleyen demokratik bir hukuki düzene sahip olunması gerektiği üzerinde durur. Ona göre teorik anlamda hukuki uygulama ile fiili anlamda hukuki uygulama arasındaki tutarsızlık göz önüne alındığında hukuk ve anayasal teori bir çıkmaza girmektedir³¹⁸.

Hukuki belirsizlik kavramı, Özkök’e göre kökenini Hans-Georg Gadamer’de bulmaktadır³¹⁹. Gadamer, hukuki belirsizliği ikili bir ayrıma tabi tutmuştur³²⁰. Bunlardan ilki hukuk metninin bazı durumlarda belirsiz olmasıdır³²¹. İkincisi ise hukuk kurallarının ilgili olaya uygulanması sırasında o kurala yüklenecek anlamlar ortaya çıkmaktadır. Hukuki belirsizlik, anlaşılacağı üzere beraberinde hukuk uygulayıcılarına bahsi geçen hukuki belirsizliği bertaraf etme ya da etmeme ikilemini getirmektedir. Bu sorun ise öncelikle hukuki belirsizliğin varlığını kabul edip etmemekle ilgilidir³²².

³¹⁵ Özkök, Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine, s.1.

³¹⁶ Michael C. Dorf, “Legal Indeterminacy and Institutional Design”, *New York University Law Review*, Vol. 78, Issue 3 (June 2003), pp. 875-981, s. 877.

³¹⁷ Dorf, s. 877.

³¹⁸ Dorf s. 877.

³¹⁹ Özkök, Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine, s.1.

³²⁰ Michael J. Perry, “Normative Indeterminacy and the Problem of Judicial Role”, *19 Harv. J. L. & Pub. Pol’y* 375 (1996), pp. 375-390, s. 380.

³²¹ Perry, s. 380.

³²² Perry, s. 380.

Hukuki belirsizlik, Brian Leiter'e göre hukuki akıl yürütmenin (*legal reasoning*) belirsizliği anlamına gelmektedir³²³. Hukuki akıl yürütme ise sırasıyla dört başlık altında incelenmektedir. Bunlardan ilki hukukun kaynaklarıdır. Örnek olarak mahkeme kararları, yasalar ve anayasa gösterilebilir. Hukuki akıl yürütmenin ikincisi hukuk kurallarını oluşturmak için yapılan hukuki yorumlama teknikleridir. Buna örnek olarak ise uygun yorumlama tekniklerinin kullanılarak önceki davaların ya da hukukun yazılı kaynaklarının yorumlanması gösterilebilir. Üçüncüsü hukuki öneme sahip olayları ortaya çıkarmak için yapılan hukuki yorumlama teknikleridir³²⁴. Buna örnek ise hukuk analizleri, uygun bir şekilde gruplandırma ve kategorilere ayırma gösterilir. Son olarak ise nihai kararları vermek için kullanılan, hukuki kurallara ve hukuki olaylara dayanan rasyonel hukuki tekniklerdir. Örnek olarak tümdengelim dayalı akıl yürütme tekniği gösterilebilir. Yazara göre hukukun belirsizliği, hukukun kaynaklarının, hukuki yorumlama tekniklerinin ve rasyonel hukuki tekniklerin belirsiz olması ile eş değerdedir³²⁵.

Casey'e göre hukuki belirsizlik iki temel yaklaşımla açıklanabilir³²⁶. Bunlar güçlü (*strong*) ve zayıf (*weak*) belirsizlik tezleridir. Güçlü belirsizlik tezi, eleştirel hukuk savunucuları tarafından ortaya konmuştur. Bu tezin savunucuları öncelikle dilde ve hukuk kurallarında belirsizlik olduğunu ileri sürmektedir³²⁷. Dil ve hukuk kurallarının belirsiz nitelikte olması, rejimlerin belirleyiciliği ve bu rejimlerin otoriteyi kullanması konusunda şüpheleri de beraberinde getirmektedir³²⁸. Güçlü belirsizlik tezi, dilin bünyesinde barındırdığı belirsizlik nedeniyle hukuk kurallarının yargılama sürecinde rasyonelliği sağlamak açısından tek başına yeterli olamayacağını ileri sürmektedir. Yine hukuk kuralları, dildeki belirsizlik nedeniyle yargılama sürecinde

³²³ Brian Leiter, "Legal Indeterminacy", *Legal Theory (Printed in the United States of America Copyright Cambridge University Press 0361-6843/9)*, Vol. 1, Issue 3 (September 1995), pp. 481-492, s.481.

³²⁴ Leiter, s. 481.

³²⁵ Leiter, s. 481.

³²⁶ Conor Casey, "Legal Indeterminacy: Causes and Significance", *Trinity College Law Review 42 (2015)*, Vol. 18, pp. 42-55, s. 42.

³²⁷ Christopher Kutz, "Just Disagreement: Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law", *Yale Law Journal*, Vol. 103, Issue 4 (January 1994), pp. 997-1030, s. 998; Ken Kress, "Legal Indeterminacy", *California Law Review*, Vol. 77, No. 2 (Mar. 1989), pp. 283-337, s. 302; Ayrıca Eleştirel Hukuk Çalışmaları için bkz. Kasım Akbaş, *Hukukun Büyükbozumu*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.

³²⁸ Casey, s. 43.

açıklama ve yorumlama safhalarında belirsizliğe neden olmaktadır. Dilin belirsizliği hukuki uygulamalarda ise hem özel hukukta hem de kamu hukukunda kullanılan “orantılılık”, “hakkaniyet” gibi hukuki terimlerin belirsiz içeriği ile karşımıza çıkmaktadır³²⁹.

Güçlü belirsizlik tezine göre dil ve hukuk kuralları her ne kadar bünyesinde büyük bir belirsizliği barındırsa da hukuk kurallarındaki amaçlar, kelimeler ve öngörülen çeşitli ölçütler aracılığıyla somut olay ile hukuk kuralı arasında anlaşılabilir hukuki bağlantı kurularak belirlilik sağlanabilir. Bu durumda hukuk uygulayıcıları ve akademisyenler, kelimelerin ve normların anlamlarını ve birbirleri arasındaki bağlantıyı ortaya koyarak, açık metinleri (open-texture) ve belirsizlik taşıyan kuralları açıklığa kavuştururlar. Dolayısıyla bu teze göre hukuk uygulayıcıları mutlak manada sadece hukuk kurallarının metni ile bağlı değildir³³⁰.

Zayıf belirsizlik tezine göre ise hukuk kuralları ve yargılama süreci kural olarak belirsiz değildir³³¹. Ancak kısmen dahi olsa bir belirsizlik söz konusu ise, bu belirsizliğin mantıklı olan sonuçları araştırılmadığıdır. Zayıf belirsizlik tezi savunucularına göre bir hukuki uyumsuzlukta birden fazla sonuç çıkarılmasının hukuki belirlilik üzerinde negatif etkisi vardır. Bununla birlikte yargı organlarının karar verme sürecinde idari makamların kısıtlamaları çerçevesinde hareket etmesi halinde hukuk daha belirsiz bir hale bürünecektir. Ayrıca hakimlerin, taraflar ya da dava konusu hakkındaki toplumsal ve politik yargılarının devreye girmesi durumunda keyfi davranacakları ileri sürülmektedir. Zayıf belirsizlik tezinin bazı savunucuları da hukukun belirsiz yapısı nedeniyle hakimler tarafından verilen her kararın rasyonel yargılamadan uzak olacağını ileri sürmektedir. Çünkü hakimlerin vereceği kararlar dahilindeki hukuki seçim olanağı doğası gereği keyfiliği bünyesinde barındırmaktadır³³².

³²⁹ Casey, s. 43.

³³⁰ Casey, s. 42; Ayrıca bkz. Kress, s. 302-337.

³³¹ Casey, s. 50.

³³² Casey, s. 50.

a) Zayıf Belirsizlik Örneği Olarak Hukuki Formalizm (İlmli Formalistler)

Hukuki formalizmde hukuk, normatif açıdan değerlendirilmekte, yani, salt normlarla ifade edilmektedir³³³. Hukuki formalizm, hukuki uyumsuzluklarda salt tümenden gelim metoduyla kesin bir sonuç elde edilmesini sağlayan bir yaklaşımdır³³⁴. Dolayısıyla hukuki formalizm, hakimın karar alma sürecinin nasıl gerçekleşeceğine yönelik tanımlayıcı bir çerçeve çizmektedir³³⁵.

Hukuki formalizmin önemli temsilcilerinden olan Weinrib'e göre hukuki formalizm, hukuki bir gerekçelendirme teorisidir³³⁶. Bir gerekçelendirme teorisi olarak hukuki formalizm, hukuku, eleştirilerin aksine sadece düzenlenmiş bir takım normlar dizisi olarak değerlendirmemektedir. Weinrib, hukuku ahlaki argümanlara cevap veren bir sosyal düzenleme olarak da tanımlamaktadır. Bu yönüyle hukuki formalizm, sosyal yaşamın hukuki yönünü en belirgin biçimde ortaya çıkaran olaylar üzerinde odaklanmaktadır. (Örneğin; kendi çıkarlarını gözeten taraflar arasındaki ilişkiler ve nihayetinde ortaya çıkan ihtilafların çözümünde mahkemelerin rolü³³⁷)

Hukuki formalistlerin getirdiği eleştiriye göre hukuk ilmi, son zamanlarda hem sınırlarını genişletmiş, hem de hırsını azaltmıştır (*shortening ambition*). Onlara göre hukukun sınırlarını genişletmesi, hukukun ekonomi, tarih, edebiyat gibi diğer disiplinlerin düşünce biçimlerine açık olmasını ifade etmektedir³³⁸. Hukukun hırsını

³³³ Zeki Hafızoğulları, "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları", (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/307/2925.pdf>) ss. 235-279, s. 246.

³³⁴ Sercan Gürler, "Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernest Weinrib'in Yaklaşımı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVI, S.2, Y. 2008, , s.s. 91-128, s.100.

³³⁵ Frederick Schauer, "Formalism", *Yale Law Journal*, Vol. 97, Issue 4 (March 1988), pp. 509-548, s. 510-511.

³³⁶ Ernest J. Weinrib, "Jurisprudence of Legal Formalism" (Annual Institute for Humane Studies Law and Philosophy Issue--Symposium on Legal Formalism American Association of Law Schools Section on Law and Interpretation San Antonio, Texas-1992), *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 16, Issue 3 (Autumn 1993), pp. 583-596, s. 583.

³³⁷ Weinrib, *Jurisprudence of Legal Formalism*, s. 584; ayrıca Weinrib'in hukuki formalizmi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Stephen R. Perry, "Professor Weinrib's Formalism: The Not-So-Empty Sepulchre", Annual Institute for Humane Studies Law and Philosophy Issue--Symposium on Legal Formalism American Association of Law Schools Section on Law and Interpretation San Antonio, Texas-1992, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 16, Issue 3 (Autumn 1993), pp. 597-626; George Brencher, "Formalism, Positivism, And Natural Law In Ernest Weinrib's Tort Theory: Will The Real Ernest Weinrib Please Come Forward?", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, Issue 3 (Summer 1992), pp. 318-353.

³³⁸ Weinrib, *Jurisprudence of Legal Formalism*, s. 594.

azaltması ise (eleştirel hukuk çalışmaları, hukuki pragmatistler ve ekonomik analistler tarafından ileri sürüldüğü gibi) hukukun sistematik açıdan kendi hukuki terimleriyle anlaşılır olmamasıdır. Hukukun sınırlarını genişletmesi de hırsını azaltması da aynı fenomenden kaynaklanmaktadır. Bu fenomeni yoksunluk vizyonu olarak değerlendiren hukuki formalistler, klasik hukuk anlayışının “içkin ahlaki rasyonellik” le kurtarılacağını öne sürmektedir³³⁹.

Hukuki formalistler, öncelikle hukukta bazı kelimelerin ifade ettiği anlam itibariyle belirsiz olabileceği düşüncesini kabul etmişlerdir³⁴⁰. Örnek olarak özgürlük, eşitlik gibi kelimeler belirsiz içeriğe sahiptir. Bu tür kelimelerin belirgin bir içeriği olmadığı için hukuki uygulamasında hukuki olayın somutlaştırılması ve örneksenmesinde genel ifadeyi belirli bir duruma uygulamak için birtakım eklemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bağlamda kelimelerin anlam itibariyle belirsiz olabileceğini kabul eden formalistler, çoğunlukla, hakimin kelimelerin anlamları arasında seçim yapabilecek pozisyonda olabileceğini de reddeder. Zira belirsizlik, bir terimin uygulama aralığı boyunca sık sık karşılaşılan bir durum değildir. Bunun yerine, belirsizlik, hukuki bir terimin anlamının sadece en uzak tarafında (at the edges of a term's meaning) görülebilir³⁴¹.

Hukuki formalistlere göre eleştirel hukuk çalışmaları hukukun içsel veya dışsal olarak herhangi bir tutarlılık ifade edebilme ihtimalini dahi reddeder³⁴². Yasanın anlaşılmadığı durumlarda, hukuki belirlilik yargıcın yapacağı seçim doğrultusunda sağlanır. Aksi takdirde kelimelerin altında yatan güçlü anlam gizlenmiş olur. Hukuki formalistler, bu durumda yargıcın vereceği kararın politik olacağını savunur. Keza Weinrib'e göre yargıcın seçimlerinin politik olmaktan ziyade hukuki olduğunu ileri

³³⁹ Weinrib, *Jurisprudence of Legal Formalism*, s. 594.

³⁴⁰ Roberto Lara Chagoyan, “Comments On Panel IV-Legal Formalism”, *Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory: Panel IV: Legal Formalism, Revista Juridica Universidad de Puerto Rico*, Vol. 77, Issue 2 (2008), pp. 479-482, s. 480; Schauer, *Formalism*, s.514.

³⁴¹ Schauer, *Formalism*, s. 514.

³⁴² Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, s. 1015; Ayrıca bu konu için bkz. Sercan Gürler, “Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernest Weinrib'in Yaklaşımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVI, S.2, Y. 2008, ss. 91-128, s. 97 vd.

sürmek; bu durumu “kutsallaştırmak” ve hakimın yorumlama efsanesine boyun eğmek anlamına gelir³⁴³.

Eleştirel hukuk çalışmalarının karşısında olan hukuki formalizm akımına göre hukuki belirlilik ancak salt hukuki normların hukuki olaya uygulanması ile sağlanabilmektedir³⁴⁴. Bu sayede hukuk uygulayıcıları değişse bile hukuki olay hakkında verilecek karar asla değişmemektedir. Hukuki formalizme göre hukuk, biçim ve biçimcilikten oluşmaktadır³⁴⁵. Hukuki güvenliği adaletle özdeşleştiren hukuki formalizm, hukuki normları, toplumsal düzenden, bireylerden, ekonomik ve politik nitelikli olaylardan ayrı olarak değerlendirmektedir³⁴⁶. Dolayısıyla bu düşünce açısından hukuk, bireylerin değerlendirmelerinden bağımsız, sadece normlardan oluşan kurallar bütünü olarak tanımlanmaktadır³⁴⁷. Bu yönüyle formalist düşünce açısından hukuki güvenlik³⁴⁸ ve belirlilik hukuk kuralları aracılığıyla, sağlanabilmektedir³⁴⁹. Hukuki formalizmin aksine eleştirel hukuk çalışmaları bu anlayışı kabul etmemektedir. Zira eleştirel hukuk çalışmaları, hukuki belirsizliğin olduğunu savunmaktadır³⁵⁰. Eleştirel hukuk çalışmaları savunucuları, hukuk dışındaki birçok unsurun benzer olsa dahi hukuki olaylarda farklılık gösterebileceğini belirtmektedir³⁵¹. Örneğin politik, sosyolojik, ekonomik vs. gibi birçok unsur, hukuki olaylarda etken olabilir. Bu durumda salt hukuki normları, yargısal sürecin belirleyeni olarak ileri sürmek doğru bir yaklaşım değildir³⁵².

Hukuki formalistler, eleştirel hukuk çalışmalarının yanı sıra hukuki realizm akımına da birtakım eleştiriler getirmiştir. Öncelikle hukuki formalizme göre, hukuk ve adalet sistemindeki kamu güveninin korunması ve bağımsız bir değer olarak

³⁴³ Weinrib, Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law, s. 1015.

³⁴⁴ <http://sosyolojisi.com/hukukun-belirsizligi/4422.html>, E. T. 11.08.2018.

³⁴⁵ Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 19.

³⁴⁶ Şefik Taylan Akman, “Hukuk Politika İlişkisi Bağlamında Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 61, S. 4, Y. 2012, ss. 1271-1306, s. 1293.

³⁴⁷ Akman, s. 1293.

³⁴⁸ Hukuki güvenlik kavramına ilişkin olarak detaylı bilgi için bkz. İsmail Köküsarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

³⁴⁹ Hukuki formalizm eski hukuk sistemlerinde etkin bir rol oynar iken (örneğin Roma Hukuku), günümüz modern hukukunda olanaklar dahilinde formalizmden uzaklaşıldığı, biçimden ziyade öze önem verildiği görülmektedir. Bkz. Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 21.

³⁵⁰ Özkök, Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine, s. 2; Casey, s. 2.

³⁵¹ Casey, s. 2.

³⁵² Casey, s. 2.

yargının kendi kendini yürütebilmesi önem arz eder. Bu noktada hukuki realizm, hukuki formalistlerce, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması noktasında daha esnek bir yapıya sahip olması, yargı manevralarına ve manipülasyonlarına daha da açık olması itibariyle eleştirilmiştir³⁵³. Çünkü hukuki formalistlere göre yargı manipülasyonu ve manevrasından kaçınmak amacıyla mahkemelerin, hukuk kuralının uygulamasında politik argümanlara dayanmaksızın hukuk kuralını en açık biçimde uygulaması gereklidir³⁵⁴.

Hukuki formalistlere göre eleştirel hukuk çalışmaları gibi hukuki realizm de, hukuk sisteminde belirlilik ve kesinliği sağlayamaz. Hukuki formalistlere göre belirsizlik, hukuki realizmin temel özelliklerinden biridir. Hukuki realizmde bilinçli olarak seçilmiş eylemlerin hukuki sonuçlarını tahmin etme noktasında hukuk sisteminin muhatabı olan vatandaşlar belirli bir öngörüye sahip değildir. Bu kapsamda hukuki realizm karşısında hukuki formalizm, mantıksal bir metot olarak hukuk sisteminin kesin ve öngörülebilir olması gerektiğini öne sürer³⁵⁵.

Hukuki formalizm aynı zamanda bir yargılama teorisi olarak da değerlendirilmiştir³⁵⁶. Bir yargılama teorisi olarak hukuki formalizm, hakimlerin davalarda nasıl karar verdikleri ve/veya hakimlerin davalar hakkında nasıl karar vermeleri gerektiği ile ilgilidir. Hukuki formalizme göre hukuk uygulayıcıları yorum yapmaları gereken noktalarda, kanunun objektif olarak belirlenebilen anlamının sınırlarını genişletmemelidir. Dolayısıyla kanunu yorumlama konusunda özellikle hakimler kanunun salt anlamına sıkı sıkıya bağlıdır. Şayet “seçilmemiş” hakimler yorum yapmaları gereken noktalarda sınırlandırılmamış bir takdir yetkisine sahiplerse, bu durumda demokratik yönetim tehdit altında olur³⁵⁷.

³⁵³ James E. Moliterno, “Why Formalism”, *University of Kansas Law Review*, Vol. 49, Issue 1 (November 2000), pp. 135-144, s. 142.

³⁵⁴ Moliterno, s. 142; Ayrıca hukuki formalizm ve hukuki realizmin çatışması noktasındaki tartışma için bkz. Gürler.

³⁵⁵ Moliterno, s. 136.

³⁵⁶ Brian Leiter, “Positivism, Formalism, Realism”, *Columbia Law Review*, Vol. 99, Issue 4 (May 1999), pp. 1138-1164, s. 1144; Weinrib, *Jurisprudence of Legal Formalism*, s. 583.

³⁵⁷ Jean C. Love, “Legal Formalism From The Perspective of a Reasonable Law Professor”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 16, Issue 3 (Autumn 1993), pp. 627-638, s. 629 vd.; Leiter, *Positivism, Formalism, Realism*, s. 1145.

Hukuki formalizmde, hukuki belirsizliğe neden olan hukuki akıl yürütmede bir belirsizlik olmadığı sürece hakimin hukuk yaratmasına ihtiyaç duyulmaz. Yargılama aşaması, hukuki ihtilaflarla ilgili sonuçlara ulaşmada, hakimin hukuk yaratmasına ihtiyaç duymadığı ölçüde mekanik olarak değerlendirilir³⁵⁸. Anlaşılacağı üzere hakimlerin hukuki formalizmde hukuk yaratma yetkisini kullanacakları alanlar sınırlıdır. Öncelikle ihtilaflar hakkında akıl yürütme yoluyla bir sonuca varmaları gerektiği davalarda ve ikinci olarak davaların sonucu akıl yürütmelerden dolayı haklı gerekçelendirmenin yapılamadığı noktalarda hakime hukuk yaratma yetkisi verilmiştir. Zayıf belirsizlik örneği olan hukuki formalizmde kanunlar hukuki uyumsuzluklarda belirleyicidir ve hakime güçlü bir hukuk yaratma yetkisinin verilmesi düşünülemez³⁵⁹.

b) Güçlü Belirsizlik Örnekleri: Amerikan Hukuki Realizmi ve Eleştirel Hukuk Çalışmaları

(1) Amerikan Hukuki Realizmi

20. yüzyıla kadar hukukla ilgilenen birçok bilim insanı, hakimlerin kendi ideolojik veya politik tercihlerinden etkilenmeksizin pozitif hukuku uygulamaları ve bu doğrultuda karar vermeleri gerektiğine inanıyordu³⁶⁰. Ancak 1920'lerde hukuki realizm akımı, hakimin hukuk yaratma yetkisinin oldukça geniş olduğunu ve pozitif hukukun her zaman belirli bir sonuca götürmediği fikrini ileri sürmüştür³⁶¹. Bu noktada realist hukuk akımı, 1920'li yıllarda hukuki formalizme bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bu akıma göre genç hukuk profesörleri arasında tartışmasız kabul edilen tek şey, yalnızca betimleyici nitelikte olan doktrinlerden uzak durmak gerektiğidir. Burada bahsi geçen betimleyici doktrin ise hukuki formalizm, yani mekanik yargılamadır. Bu görüşe göre hukuki formalizm, hukuki ihtilafların çözümlenmesinde adaletin ve

³⁵⁸ Leiter, Positivism, Formalism, Realism, s. 1145; Ayrıca bkz. Paul N. Cox, "An Interpretation and (Partial) Defense Of Legal Formalism", *Indiana Law Review*, Vol. 36, Issue 1 (2003), pp. 57-100, s. 68 vd.; Bu yönde ayrıca bkz. Özkök, s. 16.

³⁵⁹ Leiter, Positivism, Formalism, Realism, s.1145.

³⁶⁰ Brian Z. Tamanaha, "Understanding Legal Realism", *Texas Law Review*, Vol. 87, Issue 4 (March 2009), pp. 731-786, s. 731; Emine İrem Akı, *Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s. 24.

³⁶¹ Joseph M. Pellicciotti, "American Legal Realism", *Journal of Legal Studies Education*, Vol. 12, Issue 2 (June 1994), pp. 335-344, s. 336; Tamanaha, s. 731.

refahın tesis edilip edilmediğine bakılmaksızın soyut ve genel kuralların uygulanmasından başka bir şey değildir³⁶². Amerika Birleşik Devletleri’nde hukuki formalizmin bu denli itibarsızlığı, temelde Amerikan hukuki realizminin gelişmesine sebep olmuştur³⁶³.

Her ne kadar Amerikan hukuki realizminin ortaya çıkışının 1920’li yıllara denk geldiği ön kabulü olsa da öncesinde Amerika’da realist bakış açısını yansıtan yazarlar ve görüşler de bulunmaktadır. Örneğin; 1896 yılında ön plana çıkan yazarlardan olan Christopher Tiedeman da hukuki realist eksende çeşitli fikirler ileri sürmüştür:

“Mahkemeler, dava taraflarının tutkularının ve fikirlerinin dışında, adaletin sonsuz ve şaşmaz kudretiyle kararlar verirler. Bu bağlamda mahkemeler, bireylerin ötesinde yekvücut olarak görülmelidir. İşte o zaman mahkemeler hukukun kaynağı olarak nitelendirilebilir. Fakat bu tek başına hukukun devrimi olmaz. Yargıçların ön yargıları ve kendilerine özgü düşünceleri kesin surette hukukun gelişimi üzerinde önemli etki yaratır. Fakat arka plana bakıldığında yaşam kurallarını düzenleyen hukukun, yargı kararıyla mı yoksa yasama organının faaliyetiyle mi oluştuğu fark etmeksizin, halkın genel duyarlılığının bir ifadesi olduğu inancından kaçınılamaz. Mahkeme kararlarının gerekçeleri bu bağlamda en değerli bilgidir. Fakat sadece bu gerekçeyi okumakla güvenilir bilgi elde edilemez. Bu kapsamlı bilgi aynı zamanda tarafların sosyal ve politik çevresi, halkın talepleri ve kapsamının nitelikleri değerlendirilerek elde edilebilir³⁶⁴.”

Başkan Theodore Roosevelt’ in 1908 yılında yaptığı bir konuşmasında hâkimler ile ilgili yaptığı açıklamalar, 1920 öncesine ait bir diğer örnek olarak gösterilebilir:

“Ülkemizin önde gelen kanun koyucuları yargıçlar olabilir ve hatta çoğunlukla yargıçlardır. Zira onlar otoritenin nihai makamını temsil etmektedirler. Yargıçlar sözleşmeyi, mülkiyeti, kazanılmış hakları, hukukun gerekli kıldığı süreci ve özgürlüğü yorumlarlar.

³⁶² Lawrence B. Solum, “The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, Issue 1 (October 2006), pp. 155-208, s. 166.

³⁶³ Solum, “The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights”, s. 166; Amerikan hukuki realizmi konusunda detaylı bilgi için bkz. Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Forty-Fifth Printing, Little, Brown and Company, United States of America 1923; Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, Martino Fine Books, 2012.

³⁶⁴ Christopher G. Tiedeman, “Doctrine of Stare Decisis, and a Proposed Modification of Its Practical Application, in the Evolution of the Law”, *University Law Review*, Vol. 3, Issue 1 (January 1896), pp. 11-26, s. 20-21.

Dolayısıyla yargıçlar, zorunlu olarak sosyal felsefe sisteminin hukukla örtüştüğü noktalara temas etmek durumundadırlar. Böyle bir yorumlama şeklini temel aldığımızdan yargıçlar tüm kanun yapma sürecine yön verirler. Mahkemelerin ekonomik ve sosyal ihtilaflardaki kararları, yine yargıçların kendi ekonomik ve sosyal felsefelerine bağlıdır. Yirminci yüzyıl boyunca halkımızın barışçıl ilerleyişini, ilkel ekonomik koşulların gerektirdiği dışlanmış felsefeye değil de, yirminci yüzyılın ekonomik ve sosyal felsefesini içselleştirmiş olan yargıçlara borçlu olacağız³⁶⁵.”

19. yüzyılda hakimlerin görevi kanunları salt bir biçimde uygulamaktan ibaretti. Hakimlerin bu denli sıkı bir kalıba konulmasının nedeni kimilerine göre yargılamada yasallık zemini dışına çıkılmasını önlemek iken; kimilerine göre ise hakimin hukuk yaratma yetkisinin sınırlandırılmasını sağlamaktı³⁶⁶. 19. yüzyıl sonları ve 20. yüzyıl başlarında hukuk dünyasında etkili olan analitik pozitivist hukuk anlayışının, yapılan yargılamalarda doğru yola götürüp, hakimlere tek bir sonuç verdiği aşıkarak kabul edilmişti. Bu perspektifte yargısal yorum yetkisi doğal olarak sınırlandırılmıştı. Hukuki realizm, bu vizyonu eleştirerek, hakimin karar verme sürecine ilişkin olarak yeni bir perspektifle ön plana çıkmıştır. Hakim, hukuki realizm ile birlikte birçok seçenek arasından en makul olanına yönelik olarak ve sosyal faydayı en yüksek derecede sağlayacak şekilde karar veren bir hakem olarak görülmeye başlanmıştır. Aynı zamanda hakim, yargılama sürecinin aktif bir katılımcısı olarak değerlendirilmiştir³⁶⁷.

Amerikan hukuki realizmine göre hukuk, mahkemelerin ve kısmen sorumsuz olan idari kurumların yazılı kurallarını ve kamuoyu tarafından belirlenen sınırlar içinde yapacakları işlem ve faaliyetlerini ifade eder. Dolayısıyla hukuki realizmin hukuk tanımı sadece va’z edilen kuralları kapsamamaktadır. Aynı zamanda mahkeme kararları da Amerikan hukuki realizminde kapsam dâhilinde ele alınmaktadır³⁶⁸.

³⁶⁵ Theodore Roosevelt, To the Senate and House of Representatives, 8 Aralık 1908, (<https://www.infoplease.com/homework-help/us-documents/state-union-address-theodore-roosevelt-december-8-1908>).

³⁶⁶ Robert N. Clinton, Original Understanding, Legal Realism, and the Interpretation of "This Constitution", Symposium: In Celebration of the Bicentennial of the Constitution, *Iowa Law Review*, Vol. 72, Issue 5 (July 1987), pp. 1177-1280, s. 1184.

³⁶⁷ Pellicciotti, s. 336; Clinton, s. 1185.

³⁶⁸ Max Radin, "Legal Realism", *Columbia Law Review*, Vol. 31, Issue 5 (May 1931), pp. 824-828, s. 824.

Hukuki realistlere göre, hukuki realizm akımının gelişmesinden önce antropologlar, sosyologlar, hukukçular sadece pozitif hukukla ilgilenmişlerdir³⁶⁹. Yine bu hukuk teorisi açısından hukukun ampirik ve tecrübe gerektiren yönü ihmal edilerek, pozitif hukukla insan hal ve davranışlarının paralellik arz edip etmediğine bir önem atfedilmemiştir. Bu anlayış çerçevesinde hukuk kurallarının uygulanacağı toplum göz ardı edilmiştir. Hukuki realizme göre hukuki ihtilafları çözüme kavuşturacak olan hakimlerin beşeri özellikleri ve olması muhtemel beşeri zaafı da dikkate alınmamıştır³⁷⁰. Hakimlerin verdikleri kararlardan insanlar doğrudan doğruya veya dolayısıyla etkilenmektedir. Toplum ve medeniyet geliştikçe beraberinde birçok unsur gelişime açık olmaya ihtiyaç duymaktadır. Gelişen toplumda hukuk kurallarının birebir uygulanması ve eski yargı kararlarından hakimlere yol gösteren başka hukuki argümanların olmadığı kabul edilmesi hukuk sisteminin güvenilirliğini sarsabilir. İhmal edilen tüm bu hususları dikkate alan hukuki realistler, şüpheli bir yaklaşımla bu hususları yeniden incelemişlerdir. Anlaşılacağı üzere realistler, yazılı hukuktan ziyade yargısal faaliyetlerin ve hakimlerin önemini vurgulayacak nitelikte olan önemli çalışmalar yapmışlardır³⁷¹.

Hukuki realistlere göre realizm, tamamen pratik bir konu olması sebebiyle mahkemelerin bu teoriye uymaları bir ideal olarak değerlendirilir. Radin'e göre sadece hukuk sistemi değil, hukuk uygulayıcıları da realist olabilir³⁷². Ona göre hakimler, öncelikle birbirine benzemeyen özgün nitelikteki olaylarda kendilerinin özgün kararlarına ihtiyaç duyulduğunun farkında iseler; yine hakimler, ne olayların ne de bireylerin tamamen eşsiz olduğunun ve bunların, çoğunlukla tekrarlanan bir olgu niteliğinde olmadığını farkında iseler realisttirler; ayrıca hakimler verdikleri kararların başka bireylere de uygulanma ihtimalinin farkında oldukları zaman realisttirler³⁷³.

³⁶⁹ Ülker Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1967, s. 28; Ayrıca toplum ve hukukun birbirini tamamlayan iki parça olduğu yönündeki görüş için bkz. L.L. Fuller, "American Legal Realism", *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 82, Issue 5, pp. 429-462, s. 452.

³⁷⁰ Pellicciotti, s. 336; Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, s. 28; İcan, s. 15-16.

³⁷¹ Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, s. 28.

³⁷² Radin, s. 824.

³⁷³ Radin, s. 824.

Hukuki realizm, hukuk sisteminin salt mantığa dayalı değil, aynı zamanda deneyime de dayanması gerekliliği üzerinde durmuştur³⁷⁴. Hukuki realistler hukuk sistemleri için öngörülen hedefler olarak özellikle hukuki formalizmde işlenen konular olan “belirlilik” ve “rasyonellik” kavramlarının karşısında yer almışlardır³⁷⁵. Bu bağlamda hukuk sistemine mekanik ve biçimsel ya da kavramsal olarak bakmayı reddetmişlerdir³⁷⁶.

Hukuki realizmin önemli temsilcilerinden olan Jerome Frank’a göre hukuk belirsizdir ve belirsiz olmaya da devam edecektir³⁷⁷. Çünkü hukuk, insan ilişkilerinin karmaşık yönlerini ele alır. Ona göre insanoğlu doğası gereği daha önce benzeri görülmemiş problemler geliştirebildiğinden, hukuk sisteminin deneysel ve dinamik olması gerekmektedir³⁷⁸. Hukuki realizmi yansıtan en önemli fikirlerinden birisi hukuki kesinlik kavramını eleştirmek için kullandığı “*temel efsane*” (*basic myth*) kalıbıdır. Bu efsane Frank’a göre hukukçular tarafından sömürülen ve hukukçu olmayanlar tarafından kabul edilmiş hukukun kesin ve hesaplanabilir nitelikte olduğu varsayımını ifade etmektedir. Beatty’nin değerlendirmesine göre Frank’ın bu varsayımın karşısında olduğu aşikardır. Zira o, mahkûmların çıkarlarının statik bir sistemden ziyade dinamik bir hukuk sisteminde korunduğunu ileri sürmüştür³⁷⁹.

Gürkan tarafından realistlerin belli başlı müşterek özellikleri dört genel başlık altında incelenmiştir³⁸⁰. Bunlardan ilki “*mevcut hukuki nazariye, mefhum ve kaidelere güvensizlik*” tir. Bu düşünce gereğince realistler, hakimin karar verme sürecinde mantık süzgeciyle başvuracağı tek bir yolun yeterli olabileceği fikrine karşı çıkmaktadırlar. Bu düşünceler açısından mantık ve kıyas, hukukun gelişimini sağlamak için yeterli vasıtalar değildir. Realistler hukukçulardan pozitif hukuku, hukuki olayları ve olaylara uygulanacak kuralları tenkit süzgecinden geçirerek eleştirel

³⁷⁴ İcan, s. 14-15; Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 332.

³⁷⁵ Aysen Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 113.

³⁷⁶ Furtun, Hukuk Felsefesi Dersleri, s. 113.

³⁷⁷ Sam A. Beatty, “On Legal Realism-Some Basic Ideas of Jerome Frank”, *Alabama Law Review*, Vol. 11, Issue 2 (Spring 1959), pp. 239-253, s. 246.

³⁷⁸ Beatty, s. 247.

³⁷⁹ Beatty, s. 246.

³⁸⁰ Gürkan, Hukuki Realizm Akımı, s. 32.

bir tarzda ele almalarını istemektedirler³⁸¹. Bu çerçevede hakimlerin verecekleri kararlar itibariyle mantık ve kıyasın yeterli olmadığından bahisle, diğer sosyal bilimlerle etkileşim içerisinde hukuki ihtilafları yeni bir bakış açısıyla değerlendirmeleri istenmektedir³⁸².

İkinci olarak ve çalışma açısından önem arz eden nokta “*işleyen hukukun incelenmesi ve hukukun kaza organlarının davranışları ile açıklanması*”dır³⁸³. Bu noktada hukuki realistler hukuku yeniden tanımlamışlardır. Hukuk onlara göre salt bireylerin davranışlarını düzenleyen kurallardan oluşmamaktadır; yargıçların verdikleri kararlar da hukuk tanımının içerisinde yerini almaktadır³⁸⁴. Dolayısıyla hukuk, yargı kararlarını kapsayan dinamik sosyal bir fenomen olarak değerlendirilir³⁸⁵. Hukuki realizmin bu denli yargı kararlarına önem vermesinin temelinde tarihi ve sosyal olarak bir takım etkenler bulunmaktadır. Zira hukuki realizmin geliştiği ve evrimleştiği yer olarak Anglo-Amerikan hukuk sisteminde yargı kararlarına ayrı bir önem atfedilmektedir. ABD’de kanunların Anayasaya uygunluğunun değerlendirmesinin nihai olarak Yüksek Mahkeme’ye verilmesi yargı kararlarına verilen önemin en önemli göstergelerindedir. Bu doğrultuda hukuki realistler hakimlere sınırları oldukça geniş bir takdir yetkisi alanı bırakmaktadır. Yargıçlara geniş bir takdir alanı bırakan realizm, hukuku bu noktada yargı organlarının verdikleri kararlardan ibaret olarak görmüşlerdir³⁸⁶. Keza hakimlere verilen geniş takdir yetkisinin kimi durumlarda hakimlerin yanlış yapmayacağı düşüncesinden kaynaklandığı bile dile getirilmiştir. Hukuki realizmin önemli savunucularından olan hakim Jerome Frank’ın söylemleri de bunu destekler niteliktedir³⁸⁷:

“Bütün kararlar hukuktur. Mahkemelerin bir dava hakkında karar vermesi, onu artık bir kanun haline getirir. Bu kararlar dışında hukuka

³⁸¹ Gürkan, Hukuki Realizm Akımı, s. 33

³⁸² Gürkan, Hukuki Realizm Akımı, s. 33

³⁸³ Gürkan, Hukuki Realizm Akımı, s.33

³⁸⁴ Walter W. Cook, “Scientific Method and the Law”, *American Bar Association Journal*, Vol. 13, Issue 6 (June 1927), pp. 303-309, s. 308.

³⁸⁵ Gürkan, Hukuki Realizm Akımı, s. 35.

³⁸⁶ John Chipman Gray, *The Nature and Of The Sources of Law*, The Columbia University Press, New York 1909, s. 82. (<https://archive.org/stream/natureandsource04graygoog#page/n6>)

³⁸⁷ Michael Steven Green, “Legal Realism as Theory of Law”, *William and Mary Law Review*, Vol. 46, Issue 6 (April 2005), pp. 1915-2000, s. 1930.

yön veren 'gizemli varlık' yoktur. Eğer hakimler kendilerinin ya da bir başkasının kurallarıyla uyuşmayan 'yanlış' bir sonuca varan karar vermiş olsalar dahi, verdikleri kararların niteliklerinin daha az hukuki olduğu söylenemez.³⁸⁸”

Anlaşılacağı üzere hukuki realistler hukuki belirsizliğin savunucularındandır. Hukukta belirsizlik olduğu fikrini kabul etmelerine rağmen, belirsizliğin çözümü konusunda fikir birliğine varılamamıştır. Güriz'e göre hukuki belirsizlik noktasında Amerikan hukuki realistleri iki gruba ayrılmaktadır³⁸⁹. Birinci grup realistlere göre hukukta belirsizliğin nedeni hukuk kurallarından kaynaklanmaktadır. Bu gruptakiler hukuk kurallarında daha fazla kesinlik olmasını istemişlerdir. Biçimsel nitelikteki hukuk kuralları hakimlerin hukuki ihtilafları nasıl çözüme kavuşturacağı, hem dava taraflarına hem de ilgili hukukçulara güven vermemektedir. Dolayısıyla hukuk kurallarının ötesinde somut olaylar dikkate alınmalıdır. Somut olayları dikkate almasında ve yorumlamasında ön plana çıkan kurum ise üst derece mahkemesidir³⁹⁰. Üst derece mahkemesi hukuk kurallarının gerçek içeriğini ortaya koymada ve hukuki belirliliği sağlamada en önemli yol göstericidir³⁹¹.

Hukuki realistler, hukuki belirsizliği ortadan kaldırmak için hakimin hukuk yaratma yetkisine başvururlar. Bu noktada hukuki realistler hakimleri, hukuk sisteminde hukuk yaratan kaynak olarak değerlendirirler. Mahkemelerin verdikleri kararların hukukun realitesiyle olan ilişki ve önemi üzerinde dururlar³⁹². Hukuki materyallerin yetersiz kaldığı durumlarda hakimin hukuk yaratma yetkisi bir kaynak olarak kabul etmektedirler³⁹³. Amerikan hukuki realistlerine göre hakimin hukuk yaratmasının gerekçeleri şu şekilde sıralanabilir;

1. Öncelikle yeni bir hukuk yaratma toplumun kendi dinamizminden çıkmaktadır. Zamanla gelişen teknoloji, sosyal ilişkiler ve yeni buluşlar,

³⁸⁸ (<https://books.google.com.tr/books?id=9x0uDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=tr#v=onepage&q=decisions%20are%20law&f=false>) (E.T. 29.04.2019)

³⁸⁹ Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 333.

³⁹⁰ Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 333.

³⁹¹ Detaylı bilgi için bkz. Karl N. Llewellyn, “Some Realism About Realism--Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, Vol. 44, Issue 8 (June 1931), pp. 1222-1264.

³⁹² Aktaş, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, s. 82.

³⁹³ Akı, s. 24.

geçmişe oranla birtakım farklılıkları gerektiren yeni hukuk ihtiyaçları yaratmayı gerektirirler. Bunlar kişisel değerleri de etkiler. Dolayısıyla toplumun değişimine bağlı olarak, hukuk sürekli bir değişim halindedir. Bu durumda hukukun esas geçerliliğini tayin eden anayasal kriterler dahi zamanla değişebilir ve yeni hukuka ihtiyaç duyulabilir³⁹⁴.

2. Belirli bir zaman diliminde mevcut hukuki hükümler eksik şekillendirilmiş ve tam hali ortaya konmamış olabilir. Birçok noktada normlar henüz başlangıç halindedir. Hakimler, böyle bir durumla karşılaştıkları zaman hukuk yaratmak zorunda kalırlar³⁹⁵.
3. Üçüncü gerekçe ise hukuk sisteminin kusursuz olması ihtimalinin imkansız olmasıdır. Zira, önceden her türlü eksiği tasavvur edilmiş ve olabilecek her türlü olayı idare etmeye yeterli bir kurallar bütünü, insan görüşünü aşan niteliktedir. Bu durumda boşluklar kaçınılmazdır ve hakimler hukuk yaratmalıdır³⁹⁶.

Anlaşılacağı üzere hukuki realistler hakimin hukuk yaratmasını kaçınılmaz olarak görmektedirler. Önemli hukuki realistlerden olan Jerome Frank ve Felix Cohen gibi düşünürler de hakimin yaratıcı rolünün kabul edilmesi gerektiği hususu üzerinde durmuşlardır³⁹⁷. Zira onlara göre hukukun belirsiz olduğu alanlar vardır. Hakimler öncelikle hukuki argümanları tüketmelidir. Ancak boşluk durumunda yapmaları gereken, önlerine gelen davayı çözüme kavuşturmak için hukuk yaratmalarıdır³⁹⁸.

(2) Eleştirel Hukuk Çalışmaları

Eleştirel hukuk Çalışmaları 1970' li yıllarda Amerika' da gerçekleşen bir konferanslar dizisi ile başlamıştır³⁹⁹. Eleştirel hukuk çalışmalarının asıl amacını ortaya

³⁹⁴ Ömer Yörükoğlu, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 77.

³⁹⁵ Yörükoğlu, s. 78.

³⁹⁶ Yörükoğlu, s. 78.

³⁹⁷ Edward B. Rock, "Corporate Law Doctrine and the Legacy of American Legal Realism", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 163, Issue 7 (June 2015), pp. 2019-2054, s. 2024-2025.

³⁹⁸ Rock, s. 2025.

³⁹⁹ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 429.

koymada dikkat çeken başlıklar hukukun yapısına ve analizine yöneliktir⁴⁰⁰. Daha eşitlikçi bir toplum isteği temelinde eleştirel hukukçuları bir araya getiren nedenlerden birisi olmuştur. Eleştirel hukukçular hukukta şekilcilik ve nesnelliği reddederek, toplumun değer yapısının dikkate alınması gerektiği hususunda birleşmişlerdir⁴⁰¹.

Tushnet'e göre eleştirel hukuk çalışmaları iç içe geçmiş iki noktayı kapsamaktadır⁴⁰². İlk olarak eleştirel hukuk çalışmaları her türlü biçimciliğe karşı gelmekte; ikinci olarak ise liberal politika bünyesinde birtakım biçimciliği barındırdığı için, aynı zamanda liberal politik anlayışa da karşı gelmektedir. Biçimciliğe karşı gösterilen tutum, eleştirel hukuk çalışmalarını hukuki realizmin varisi yapmaktadır. Ancak Tushnet'in görüşüne göre eleştirel hukuk çalışmalarının kapsamı hukuki realizmden daha geniştir. Ayrıca eleştirel hukukçular, hukuki realistlerin aksine, liberal politikayı reddetmektedir⁴⁰³. Bu noktada eleştirel hukuk çalışmaları ile hukuki realizm birbirlerinden net bir şekilde ayrılmaktadır.

Amerikan hukuki realizm taraftarları hukuki formalizmi eleştirip, hakimlere verilen yetkilerin kötüye kullanılmasını önlemek için sosyal bilimlere önem atfetmişlerdir⁴⁰⁴. Birçok noktada hukuki realizmin devamı niteliğinde sayılan eleştirel hukuk çalışmaları ise tıpkı hukuki realizm gibi hukuki formalizmin hakimlere karşı katı tutumunu eleştirmiştir. Ancak hakimlere verilen yetkinin kötüye kullanılmasını önleme bağlamında farklı bir yol izlemiştir. Onlar, sosyal bilim teknikleri gibi yeni bir formalizmden ziyade, hukukun politikaya daha yakın olmasını tercih etmişlerdir⁴⁰⁵. Eleştirel hukuk çalışmaları, hukuksal akıl yürütme sürecinde sosyal bilimlerin

⁴⁰⁰ Eleştirel hukuk çalışmaları hareketinin her şeyden önce 1960' ların geniş toplumsal hareketlerine bir cevap olarak ortaya çıktığını düşünen yazarlar vardır. Bu bağlamda eleştirel hukuk çalışmaları, insan hakları hareketlerini, savaş karşıtı hareketlerini, kadın ve işçi güçleri hareketlerini birleştirmek için önemli bir girişimdir. Detaylı bilgi için bkz. Peter Gabel, "Critical Legal Studies as a Spiritual Practice", *Pepperdine Law Review*, Vol. 36, Special Issue (2009), pp. 515-534, s. 515.

⁴⁰¹ Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 429.

⁴⁰² Mark V. Tushnet, "Perspective On Critical Legal Studies", *George Washington Law Review*, Vol. 52, Issue 2 (January 1984), pp. 239-242, s. 239.

⁴⁰³ Tushnet, s. 239.

⁴⁰⁴ Aktaş, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, s. 54.

⁴⁰⁵ Aktaş, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, s. 54.

hakimleri sınırlandıracağını kabul etmiştir. Zira onlara göre hakimlerin sosyal amaçları gerçekleştirilmede politikaya başvurmaları gerekmektedir⁴⁰⁶.

Eleştirel hukuk çalışmaları savunucuları, hukukun politik bir anlamı olduğu düşüncesini benimseyerek, hukukun belirsizliği, taraflı olması ve ideolojik niteliği gibi bazı konular üzerinden hukuki formalizmi eleştirerek hukuki kurumları ve hukuki yapıyı yeniden ele almışlardır⁴⁰⁷. Işıktaç/Koloş'a göre, eleştirel hukuk çalışmalarının hukuku politika nezdinde değerlendirilmesinin iki boyutu vardır⁴⁰⁸. Bunlar; '*hukukun belirliliği iddiasına eleştiri (hukuksal formalizm eleştirisi)* ve *hukuk ideolojisi eleştirisi*' dir⁴⁰⁹.

Eleştirel hukuk çalışmalarına göre ana akım hukuk düşüncesinin hukukun belirliliğine ilişkin iddiası, hukukun ayrı, özerk, kapalı bir sisteme sahip ve yargılamalar neticesinin öngörülebilir bir nitelikte olması anlamına gelmektedir⁴¹⁰. Onlar, hukuki formalizmin, politika gibi hukuk dışı unsurlardan bağımsız olduğunu iddia etmektedir. Hukuki formalizme göre hukuk belirlidir. Hukuki formalizmin yargılama sürecindeki yansıması, hakimlerin önüne gelen davada verebileceği karar çerçevesinde ele alınmasıdır. Zira hakimlerin önüne herhangi bir hukuki ihtilaf gelmeden verecekleri karar, önceden bellidir. Hukuk kuralları bu noktada yol göstericidir. Eleştirel hukuk çalışmaları savunucularına göre hukukun politika nezdinde değerlendirilmesi, hukuki formalizm ve hukukun belirliliğine yönelik ilk eleştiriden kaynaklanmaktadır⁴¹¹. Eleştirel hukuk çalışmaları açısından ise, ana akım hukuk düşüncesinin hukuki belirlilik iddiası savunulamaz. Ayrıca onlar açısından, hukuki formalistlerin iddia ettiği gibi hukuki akıl yürütme de politikadan bağımsız olarak ele alınamaz.

Moore'a göre eleştirel hukuk çalışmaları kolay bir şekilde karakterize edilememesine rağmen Anglo-Amerikan baskın hukuk geleneği için ciddi bir meydan

⁴⁰⁶ Aktaş, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, s. 54.

⁴⁰⁷ Akman, s. 1276; Ayrıca bkz. Richard Michael Fischl, "Some Realism About Critical Legal Studies", *University of Miami Law Review*, Vol. 41, Issue 3 (January 1987), pp. 505-532, s. 523 vd.

⁴⁰⁸ Işıktaç/Koloş, Hukuk Sosyolojisi, s. 120.

⁴⁰⁹ Robert W. Gordon, "Critical Legal Histories", *Stanford Law Review*, Vol. 36, Issues 1 & 2 (January 1984), pp. 57-126, s. 65-67; Işıktaç/Koloş, Hukuk Sosyolojisi, s. 120.

⁴¹⁰ Işıktaç/Koloş, Hukuk Sosyolojisi, s. 120.

⁴¹¹ Gordon, s. 66; Işıktaç/Koloş, Hukuk Sosyolojisi, s. 120.

okumadır⁴¹². Baskın gelenekten kasıt, mahkemede hukuk uygulayıcılarının verdikleri kararlar ile yasama organı arasında keskin bir ayrımın olmasıdır. Yazar bu durumu, kısaca “hukuk ve siyaset ayrımı” olarak adlandırmıştır. Baskın geleneğe göre hukuk, hakimlerin kendi tercih ettikleri ideolojilere göre karar vermesi değildir. Hukuki ihtilaflarda kanun metninin anlamının bulunmasını ve bu noktada hakimlere etkili pratik kısıtlamalar getirmeyi sağlamaktadır. Bu gelenek içinde devam eden tartışma ise, hakimlerin kararlarının her zaman bu şekilde sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı ya da kanundaki küçük boşluklarda hakimlere yetki verilip verilmediği ile ilgilidir⁴¹³.

Yukarıda verilen bilgilerden anlaşılacağı üzere, eleştirel hukuk çalışmaları hukuki belirliliğin olmadığını iddia eder. Diğer bir ifadeyle hukuki belirsizliğin varlığını ileri sürer⁴¹⁴. Eleştirel hukuk çalışmaları hukuki belirsizlik konusunda Amerikan hukuki realizmini takip etmiştir⁴¹⁵. Eleştirel hukuk çalışmaları, hukuki realizmin olgunlaşmış versiyonu olarak ifade edilebilir⁴¹⁶. Bu noktada eleştirel hukuk çalışmalarına göre hukuki belirsizlik, yargılama sürecinin, belirli hukuk normlarının belirli olaylara uygulanarak belli bir hukuki sonuca ulaşılmasını sağlayıp sağlamayacağı ile ilgilidir⁴¹⁷. Hukuki belirsizlik, hukuki realizmde öngörülen şekliyle kısmi belirsizlik niteliğinde değildir; zira eleştirel hukuk çalışmaları, hukuki realizmden daha radikal bir tutum sergileyerek, belirsizliğin global olduğunu ileri sürmüştür⁴¹⁸. Eleştirel hukuk çalışmaları, realistlerin belirsizlik anlayışlarını daha da ileri bir seviyeye taşıyarak hukuk devletine karşı bir saldırı başlatmıştır⁴¹⁹. Bu

⁴¹² Terrence L. Moore, “Critical Legal Studies and Anglo-American Jurisprudence”, *United States Air Force Academy Journal of Legal Studies*, Vol. 1, pp. 1-22, s. 1.

⁴¹³ Moore, s. 1.

⁴¹⁴ Özkök, Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine, s. 2; Fischl, s. 513; Kasım Akbaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi Öncü Kuramcılar ve Temel Meseleler*, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2005, s. 62-66.

⁴¹⁵ Casey, s. 42.

⁴¹⁶ Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, s. 52.

⁴¹⁷ Akbaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi Öncü Kuramcılar ve Temel Meseleler*, s. 62.

⁴¹⁸ Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, s. 52; Michael Hatfield, “Fear, Legal Indeterminacy, And The American Lawyering Culture”, *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 10, Issue 3 (Fall 2006), pp. 511-530, s. 523.

⁴¹⁹ Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, s. 83.

nedenlerden ötürü Aktaş, eleştirel hukuk çalışmalarının belirsizlik anlayışını “*radikal belirsizlik*” olarak adlandırmayı daha uygun bulmuştur⁴²⁰.

Eleştirel hukuk çalışmaları mensupları hukuki belirsizlikten yola çıkarak yargılama sürecine özel bir önem atfetmiştir⁴²¹. Bütün eleştirel hukukçular, hukuki usavurmanın rasyonel belirleyiciliğini reddetmek konusunda hem fikirdir⁴²². Eleştirel hukukçuların temel düşüncelerine göre siyasi diyaloglarla çelişen hiçbir hukuki usavurma yöntemi yoktur. Hukuk, en basit anlamıyla farklı kıyafetlere bürünmüş bir siyasettir. Dolayısıyla yargılama süreci de, ne tarihi bir boşluktur ne de toplumdaki ideolojik mücadelelerden bağımsızdır⁴²³. Eleştirel hukukçulara göre bir davada, hukuki doktrin ya da hukuk uygulayıcıları ne kadar yetenekli olursa olsun, objektif olarak kabul edilebilecek tek bir doğru sonuca ulaşamaz⁴²⁴. Bu durumda değerler arasında seçim yapmak kaçınılmaz olacaktır.

Eleştirel hukuk çalışmaları savunucuları kapalı bir sistem olarak öngörülen hukuk sisteminin ve hukuk süreçlerinin aslında hukuk uygulayıcılarının yargılarından ve sosyal-politik yaşamlarından ayrı olarak düşünülebileceği fikrini reddetmektedir⁴²⁵. Kapalı bir sistem anlayışından daha toplumsal bir bakış açısına geçişi öngören eleştirel hukuk çalışmaları, modern hukukun kilit noktalarından biri olarak hukuki belirsizliği göstermiştir. Eleştirel hukuk çalışmaları savunucuları hukukun belirli olduğu iddiasını reddetmişlerdir. Onlar hukukun kesin ve belirli olmadığını, hakimin karar verme sürecinde sadece hukuki normlara bağlı kalmadığını ifade etmişlerdir. Bu kapsamda hakimin karar verdiği süreçte ya da öncesinde içinde bulunduğu toplumsal, ekonomik, kültürel durumların hakimin kararına yön verdiğini ve bu unsurların değişebilir nitelikte olduğunu ifade etmişlerdir. Dolayısıyla eleştirel hukuk çalışmaları savunucularına göre hukuk süreçleri, bağımsız ve kendine özgü değildir. Hakimlerin

⁴²⁰ Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, s. 83.

⁴²¹ Akbaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi*, s. 62.

⁴²² Allan C. Hutchinson/Patrick J. Monahan, “Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought”, (Critical Legal Studies Symposium), *Stanford Law Review*, Vol. 36, Issues 1 & 2 (January 1984), pp. 199-246, s. 206.

⁴²³ Hutchinson/Monahan, s. 206.

⁴²⁴ Hutchinson/Monahan, s. 208.

⁴²⁵ Işıktaç/Koloş, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 121.

karar verme süreçlerinin toplumun değer yargılarından bağımsız olmadıklarını iddia etmişlerdir⁴²⁶.

Eleştirel hukuk çalışmalarına göre ana akım olan hukuk sistemlerinde yaygın bir belirsizlik söz konusudur. Bu belirsizlik, hakimlerin istedikleri yönde karar vermelerini kolaylaştırmaktadır. Başka bir anlatımla eleştirel hukuk çalışmaları yazarları açısından baskın hukuk anlayışı, her yöne bükülebilen bir niteliğe sahiptir. Burada şunu söyleyebiliriz, kanun boşluğu olmadığı durumlarda bile eleştirel hukuka göre ana akımı temsil eden hukuk sistemlerindeki hakim, istediği yönde karar vermektedir⁴²⁷. Bu belirsizlikten kaçınmanın yollarından birisi olarak hakimlerin rolünün sınırlandırılması, ihtilafı ilgili olarak tarafların müzakere yapması önerilmektedir⁴²⁸. Bu öneride hakimlere bir hukuk yaratma fonksiyonu verildiği görülmektedir. Duncan Kennedy tarafından ileri sürülen ikinci öneride ise, ana akım olan hukuk anlayışının hukuk ve politika ayrımının reddedilerek hakimlerin, politik ve ahlaki düşünceleri de dikkate alması gerektiği vurgulanmaktadır⁴²⁹. İkinci görüş hakimlerin daha serbest hareket edebilmelerinin önünü açacak niteliktedir. Ancak, bu ikinci görüş eleştirel hukuk çalışmalarının yakındığı hukuki belirsizliği daha da artıracak nitelikte görünmektedir. Eleştirel hukuk çalışmalarına genel olarak bakıldığında zaman hüküm kurma sürecinde rasyonel usavurmanın sınırlandırılması ve liberal evrenselcilikten kaçınılması uğruna her ihtilafın kendi özgül ayrıntısı dikkate alınarak karar verilmesi yönünde hakimlerin geniş takdir yetkisi kullanmalarına sınırlama getirmediği sonucunu çıkarabiliriz.

⁴²⁶ Işıktaç/Koloş, Hukuk Sosyolojisi, s. 121.

⁴²⁷ Aktaş, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, s. 83.

⁴²⁸ Aktaş, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, s. 116-117 ve s. 206-207.

⁴²⁹ Aktaş, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, s. 157 ve 188.

III. HAKİMİN HUKUK YARATMASININ FARKLI HUKUK SİSTEMLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Hukuk sistemleri doktrin tarafından çeşitli ayrımlara tabii tutulmaktadır⁴³⁰. Birbirlerinden az ya da çok belirli özellikler itibariyle ayrılan hukuk sistemleri yüz yıllardır birlikte varlık göstermektedir. Bu hukuk sistemleri birbirlerinden kaynak, coğrafya ya da uygulamalar gibi çeşitli nedenlerden dolayı ayrılmaktadır⁴³¹.

Hukuk sistemleri Roma Hukuku Geleneğine Bağlı Sistem (Kıta Avrupası Hukuku), Common Law (Anglo-Sakson Sistemi), İslam Hukuku Sistemi ve Sosyalist Hukuk Sistemleri olarak ele alınmaktadır. Ayrıca Batı Avrupa devletleri arasında gerçekleştirilen Avrupa Birliğini de yeni bir hukuk sistemi olarak değerlendiren yazarlar bulunmaktadır⁴³². Bazı görüşlere göre ise hukuk sistemleri ayrımı Hint, Çin, İslam, Roma-Cermen, Anglo-Sakson, ve Sovyet Hukuku çerçevesinde yapılmaktadır⁴³³. Bu çalışmada hakimin hukuk yaratma yetkisinin günümüzde geniş uygulama alanı olması itibariyle Kıta Avrupası, Anglo-Sakson ve İslam Hukuk sistemleri açısından incelemeye tabi tutulacaktır.

B. İslam Hukuk Sistemi Açısından Hakimin Hukuk Yaratmasının İncelenmesi

İslam Hukuku, dini esaslara dayanan bir hukuktur. Hukuk kurallarının İslam dini esasları çerçevesinde ele alan bilim dalına *fıkıh*, fıkıh ilminin tespit ettiği kurallara da *şeriat* adı verilmektedir. İşte fıkıh ilminin incelemeye konu ettiği şeriat hükümlerine

⁴³⁰ Bkz. Aybay, s. 79-84; Gözler, 137-154.

⁴³¹ Nazmiye Güveyi, "Anglo-Sakson Hukuk Sistemi ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 1, Y. 2017, ss. 83-122, s. 100.

⁴³² Aybay, s. 79.

⁴³³ Bkz. Ziya Umur, "Tedrisat Bakımından Umumi Hukuk Tarihi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 32, Sayı: 1, Y. 1966, ss. 101-121, s. 113.

göre oluşturulan hukuk düzenleri, İslam Hukuk sistemi dâhilinde değerlendirilmektedir⁴³⁴.

İslam hukuku günümüzde birçok Müslüman ülkede etkili olmaya devam etmektedir. Bu noktada İslam hukuku kuralları, kanunlaştırılarak veyahut kanun boşluğu durumunda göz önünde bulundurulması gereken ilkeler şeklinde Suriye, Ürdün, Yemen gibi Arap ülkelerinde, Fas ve Tunus gibi Kuzey Afrika ülkelerinde ve İran ve Pakistan gibi Orta ve Uzak Doğu ülkelerinde uygulama alanı bulmaktadır⁴³⁵. Ancak bu ülkelerde hukuk sistemleri tam manasıyla İslam hukuk kuralları ile donatılmamıştır. Söz konusu ülkelerde İslam hukukunun kaynakları ile birlikte beşeri kaynaklı kanunlara da yer verilmektedir⁴³⁶.

İslam hukuku Türkiye açısından değerlendirildiğinde Osmanlı Devleti döneminde mevcut hukuk düzeninin İslam hukuku kaynaklı olduğu görülür. Ancak Osmanlı hukuk sistemi, şer-i hukuk yanında padişah iradesine dayanan örfi hukuku da içermektedir⁴³⁷. Bununla birlikte Osmanlı Devletinde özellikle Tanzimat Fermanı sonrasında Avrupa hukukundan esinlenerek çeşitli kanunlar kabul edilmeye başlandı. 1858 yılında Ceza Kanunnamesi, 1850 yılında Kanunname-i Ticaret kabul edildi ve cumhuriyetin ilanı sonrasında İslam hukuku ile bağ tamamen koparılmıştır⁴³⁸.

İslam hukukunun genel özellikleri beş ana başlıkta incelenmektedir⁴³⁹. Bunları şu şekilde özetleyebiliriz:

1. *İslam hukuku dini kaynaklıdır*: Yani burada hukuk, dini vecibeler sisteminin bir parçasıdır. İslam hukukunun temelini Kur'an ve Sünnet oluşturur. İslam hukuku bu temel kaynaklar üzerinedir. Doğrudan ya da dolaylı olarak Kur'an ve Sünnete dayanan kurallar, İslam hukukunun kurallarıdır⁴⁴⁰.

⁴³⁴ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu Cilt I*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, s. 13-15; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.8-9; Oğuzman ve Barlas, s. 11.

⁴³⁵ Erman, s. 18.

⁴³⁶ Gözler, s. 144.

⁴³⁷ Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s. 66.

⁴³⁸ Gözler, s. 144.

⁴³⁹ Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, 4. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2014, s. 73; Halil Cin/Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, 4. Baskı, Konya 2011, s. 49-50.

⁴⁴⁰ Avcı, s. 73; Cin/Akyılmaz, s. 49.

2. *Müstakil bir hukuk sistemi olması:* İslam hukuku, Amglo-sakson hukuku, Kara Avrupası hukuku, Roma hukuku gibi kendine özgü ve bağımsız bir hukuk sistemidir. Diğer hukuk sistemleriyle benzerlik gösterse de onlardan etkilenmesi söz konusu değildir. Kanun koyucunun boşluk bıraktığı durumlarda hukukçulara ve hükümdarlara hukuk normu koyabilme yetkisi tanınmıştır. Hukuk normu koyarken diğer hukuk sistemlerinden iktibas etmek caizdir. Bu durum İslam hukukunun orijinal bir hukuk sistemi olmasına hanel getiremez⁴⁴¹.
3. *Evensel ve devamlı olması:* Köken itibarıyla ilahi olduğu için İslam hukukunun hükümleri süreklidir. İslam hukuku, tüm insanlığa uygulanması mümkün olan ve zaman, yer kısıtlaması olmayan bir hukuk sistemidir. İslam hukuku siyasi otoriteden bağımsız bir hukuktur⁴⁴².
4. *Hukukçular hukuku olması:* İslam hukuku, ana kaynaklar olarak Kur'an ve sünnete dayanan İslam hukuku, müçtehidler tarafından geliştirilmiştir. İslam hukuku devlet memuru olmayan müçtehidlerin bilimsel doktrin niteliğini taşıyan içtihatlarıyla geliştirilmiştir. Kitap ve sünnet çerçevesinde hüküm çıkarma yetkisi, bu konuda eğitim almış olan hukukçulardadır. Dolayısıyla İslam hukuku, hukukçular hukukudur⁴⁴³.
5. *Meseleci bir metodla doğmuş ve gelişmiş olması:* İslam hukukunun ana kaynakları dışındaki ayrıntısı hukukçuların önlerine gelen meselelerin her birini detaylı olarak incelemeleri neticesinde geliştirdikleri hukuki çözümlerin bir araya getirilmesi suretiyle oluşmuştur. Zamanla artan hükümler, konuları bakımından sınıflandırılmış, benzer hükümleri ortak bir başlık altında toplayan genel ilkeler tespit edilmiştir⁴⁴⁴.

İslam hukukunun kaynakları temel olarak, Kur'an-ı Kerim, hadis, icmaı ümmet ve kıyastır. İslam hukukunun kaynaklarından olan Kur'an-ı Kerim, İslam dininin temel kaynağı olup, Allah'ın emirlerinden oluşur. Bir mesele hakkında İslam hukuku

⁴⁴¹ Avcı, s. 74; Cin/Akyılmaz, s. 50.

⁴⁴² Avcı, s. 74; Cin/Akyılmaz, s. 50.

⁴⁴³ Avcı, s. 75; Cin/Akyılmaz, s. 50.

⁴⁴⁴ Avcı, s. 75; Cin/Akyılmaz, s. 50.

dahilinde bir kurala ulaşılmak istenildiğinde ilk başvurulması gereken kaynak Kur'an-ı Kerim olup, bu yönüyle en üstte bulunan hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁵.

İslam hukukunun ikincil kaynağı ise sünnettir (hadislerdir). Sünnet (hadisler), İslam peygamberi olan Hz. Muhammed'in (s.a.v) söz ve davranışları olarak tanımlanabilir. Sünnet, Kur'an'ın tamamlayıcısı olarak değerlendirilir. Yani sünnet Kur'an hükümlerini açıklar. Kur'an'da yer alan farzlara tamamlayıcı hükümler getirir ve Kur'an'da yer verilmeyen kimi hükümleri getirerek açıklar⁴⁴⁶.

İslam hukukunun üçüncü kaynağı ise "icmai ümmet"tir. İcmai ümmet, Hz. Peygamberin (s.a.v) ashabının ve sonrasında gelen İslam alimlerinin dönemi içerisinde meydana gelen yeni olay ve meselelere karşı oy birliği ile çözüm getirdikleri kurallardır⁴⁴⁷. İcmai ümmet, ikinci derecede bir hukuk kaynağı olup, bağlayıcı nitelik arz eder. İcmai ümmet yoluyla oluşan hukuka uyulması zorunludur⁴⁴⁸.

İslam hukukunun dördüncü kaynağı ise kıyastır. İslam hukukunda, yukarıda bahsi geçen üç kaynak dahilinde bir olaya uygulanacak bir kuralın bulunamaması halinde, kıyas yoluna gidilmesi genel olarak kabul edilmiştir. Buna göre söz konusu olay, benzer meselelere ilişkin kurallar dikkate alınarak çözüm yoluna ulaşılmaya çalışılmıştır⁴⁴⁹. İşte Kur'an ve hadislerde çözüm yolu öngörülmeleyen bir konunun kıyas yoluyla çözüme kavuşturulması "içtihad" olarak tanımlanmaktadır. İçtihadlar müctehid adı verilen din alimlerince ayet ve hadislere dayandırılarak oluşturulur. Ancak bir konuda birden fazla içtihadın bulunması da mümkündür. Kural olarak bir içtihadın diğer bir içtihad ile ortadan kaldırılması mümkün değildir⁴⁵⁰. İçtihat metoduyla mevcut dini kuralların yorumlanması ve boşluk durumunda boşlukların doldurulması söz konusu olmaktadır⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku I*, 9. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 115-117; Gözler, Hukuka Giriş, s. 142; Detaylı bilgi için bkz. Abdulkerim Zeydan, *Fıkıh Usulü*, Çev: Ruhi Özcan, 2. Baskı, Emek Matbaacılık, s. 195-302; Ahmed Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku I. Cilt*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011, s. 82-83.

⁴⁴⁶ Zeydan, s. 208-232; Akgündüz, s. 83-85; Gözler, s. 142-143.

⁴⁴⁷ Akgündüz, s. 85-86; Oğuzman/Barlas, s. 11; Erman, s. 18.

⁴⁴⁸ Zeydan, s. 232-251; Gözler, Hukuka Giriş, s. 143.

⁴⁴⁹ Akgündüz, s. 86-87; Zeydan, s. 252-302; Oğuzman/Barlas, s. 12.

⁴⁵⁰ Gözler, Hukuka Giriş, s. 144.

⁴⁵¹ Oğuzman/Barlas, s. 12.

İslam hukukun tali kaynakları ise İstihsan, Amme Maslahatı, İstishab, Sedd-i Zeria, Sahabenin Hukuki Görüşleri, Genel Hukuk Prensipleri ve Örf ve Adet Kaideleri olarak sayılabilir⁴⁵². Temel olarak İslam Hukukunu, asli ve tali kaynaklardan çıkarılan kurallar oluşturur⁴⁵³.

Kur'an ve sünnet İslam hukukunun temel kaynakları olmakla birlikte bunların anlaşılması ve yorumlanması ancak akıl yoluyla mümkündür. İctihad, hükümlerin anlaşılması için ortaya konulan beşeri çabayı ifade etmektedir. İctihadda bulunarak çabalayan kişiye *müçtehid*, icthadı yapılan konuya da *müçtehedün fihi* denilir. İslam hukukuna göre bir müçtehidin Kur'an'daki şer'i hükümleri, sünneti ve ihtiva ettiği hükümleri bilmesi gerekir. Aynı zamanda mevcut olan bütün icma'ları, icthad usullerini, tüm detaylarıyla kıyası bilmelidir. Müçtehidlerin, temel kaynaklar Arapça dilinde olduğu için Arapça'yı da bilmesi şarttır⁴⁵⁴. Müçtehid hukukçular önlerine gelen meselelerde, bütün bunları göz önünde bulundurarak bir hukuk kuralı elde eder⁴⁵⁵.

İslam hukukunda hakimlerin hukuk yaratmalarına ilişkin olarak iki temel görüşün ön plana çıktığı söylenebilir. Azınlıkta olan ilk görüş hakimlerin hukuk yaratmasını reddetmektedir⁴⁵⁶. Hakimlerin asli ve tali kaynaklar dışına çıkmaları ve bu kurallara ek olarak yeni kurallar koymaları mümkün değildir. Hakimlerin önlerine gelen davaları bu kurallara dayanarak çözümlenmesi gerekir. Bu görüşe göre 9'uncu yüzyıla kadar devam eden icthad yolunun, bu devir itibarıyla kapandığı kabul edilir⁴⁵⁷. Hakim, İslam hukuku çözüm yollarını araştırmak ve koyulan kurallara dayanarak karar vermek zorundadır. İslam hukukunda hakimlerin önüne gelen davalarda asli ve tali kaynakların ortaya koyduğu kurallarla bir çözüme ulaşamadığı durumlarda, hukukun gelişmesi açısından adalet ya da hakkaniyet gibi terimler aracılığıyla farklı bir hukuk yaratması söz konusu olamaz⁴⁵⁸.

⁴⁵² Detaylı bilgi için bkz. Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usulü*, Çev: Abdulkadir Şener, 13. Baskı, Fecr Yayınevi, Ankara 2017, s. 225-267; Halil Cin/Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011, ss. 165-176; Ansay, s. 23-24.

⁴⁵³ Cin/Akgündüz, s. 160-176.

⁴⁵⁴ Cin/Akgündüz, s. 176; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, 4. Baskı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2016, s. 151.

⁴⁵⁵ Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, s. 151.

⁴⁵⁶ Anıl, s. 37.

⁴⁵⁷ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 144.

⁴⁵⁸ Anıl, s. 38.

İkinci ve ağırlık kazanan görüş ise hakimlerin içtihad yoluyla önlerine gelen meseleleri çözüme kavuşturmalarının mümkün olmasıdır⁴⁵⁹. İctihadın anlamı “*Nassın lafız ve mânasından hareketle, nassın bulunmadığında da çeşitli istinbat metotları kullanılarak şer’î hüküm hakkında zannî bilgiye ulaşma çabasının genel adıdır*⁴⁶⁰.” İslam hukukçuları içtihadı geniş ve dar anlamda tanımlamışlardır. Dar anlamda içtihad *kitap ve sünnette bir hukuki mesele hakkında açık hüküm bulunmadığı zaman meseleyi çözümlenebilmek için yapılan içtihadıdır*⁴⁶¹. Mecelle’de geçen 14. madde “*Mevrid-i nassda içtihadı mesâğ yokdur*⁴⁶².” ifadesi dar anlamda içtihadı karşılamaktadır⁴⁶³. Geniş anlamda içtihad ise dar anlamda içtihadı da kapsamaktadır. Geniş anlamda içtihad, *nass (mukaddes bir metin) bulunmadığı zaman tali kaynaklar ile ve kıyas ile nass bulunduğu zaman ise nassları anlamak, manalarını tayin etmek, mevcut şer’î hükümleri günlük hayatın meselelerine uygulamak ve benzeri hukuki faaliyetleri yapmaya denir*⁴⁶⁴. Cin/Akgündüz dar anlamda içtihadı Yargıtay içtihatlarına benzetirken, geniş anlamda içtihadı ilmi içtihatlarla benzetmektedir. Her iki durumda da tahmini bir ilim söz konusu olup, kesin hüküm yoktur. Kur’an ve sünnet gibi bağlayıcılıkları yoktur⁴⁶⁵.

Hâkimin hukuk yaratmasıyla ilgili olarak İslam hukukunu uygulama iddiasında olan Suudi Arabistan ve İran’ın pozitif hukuklarına kısa bir göz atmanın faydalı olacağına inanıyoruz.

Hukukun kaynağına ilişkin olarak Suudi Arabistan Anayasasının 1. maddesi şöyledir: “*Suudi Arabistan memleketi, tam egemenliğe sahip bir Arap ve İslam devletidir. Dini, İslamdır; Anayasası, Allah-u Taala’nın Kitabı ve Resulünün (s.a.v) sünnetidir.....*⁴⁶⁶”. Bu hükümden, Suudi Arabistan pozitif hukukunun kaynağının

⁴⁵⁹ Cin/Akgündüz, s. 144.

⁴⁶⁰ <https://islamansiklopedisi.org.tr/arama/?q=i%C3%A7tihad&p=m>, (ET. 12.04.2019).

⁴⁶¹ Cin/Akgündüz, s. 176.

⁴⁶² Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle*, Hikmet Yayınları, 1982, s. 20; Ahmet Şimşirgil/ Ekrem Buğra Ekinçi, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, Ktb Yayınları, İstanbul 2008, s. 78.

⁴⁶³ Hayreddin Karaman, *İslam Hukukunda İctihad*, 2. Basım, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1996, s. 19.

⁴⁶⁴ Cin/Akgündüz, s. 176.

⁴⁶⁵ Cin/Akgündüz, s. 176.

⁴⁶⁶ http://constitutionnet.org/sites/default/files/constitution_of_saudi_arabia-1992.pdf (E.T. 19.06.2019).

şeriat veya İslam hukuku olduğunu anlaşılmaktadır. İslam hukukunun düzenlemediği alanlarda meselelerin nasıl çözüleceği de 1976 tarihli Suudi Arabistan Medeni Kanununun 2. maddesinde şu şekilde yer almaktadır :

“Bu Kanun hükümleri, söz ve mana bakımından kapsadığı bütün meselelerde uygulanır. Hükümün (nassın) bulunduğu yerde içtihada yer yoktur (Madde 2/1).

“Mahkeme bu Kanunda bir hüküm bulamazsa, bu Kanunun hükümleriyle en fazla uyum içinde olan İslam fıkhnın hükümlerine göre karar verir. Burada da bir hüküm bulamazsa İslam şeriatının genel ilkeleriyle karar verir (Madde 2/2).

“ Orada da bir hüküm bulamaz ise, örfe göre karar verir; örf de yok ise adalet kaidelerine göre hükmeder.....” (Madde 2/3).

Görüldüğü üzere Suudi Arabistan Medeni Kanununun 2. Maddesinin 3. fıkrası, karar vermek durumunda olan hâkimi son çare olarak adalet kaidelerine yönlendirmektedir. Bu hüküm hâkimin hukuk yaratmasına imkân tanıyan bir içeriktedir.

Bilindiği üzere İran, İslam hukuku ve Caferi mezhebi öğretileri doğrultusunda yönetilmektedir. İran Anayasasının başlangıç hükümleri İslam kamu hukuku hakkında bilgi vermektedir⁴⁶⁷. Ayrıca ülkenin kurtuluşunun tek yolunun İslam hukukuna dayalı bir sistemle yönetilmesi olduğu da belirtilmiştir⁴⁶⁸.

İran hukuk sistemi baskın görüş çerçevesinde içtihat kapısının açık olması gerektiğini kabul etmektedir⁴⁶⁹. Burada içtihattan anlaşılan, ulemanın bizzat kendi hükümlerini uygulamasıdır. İctihatlarla oluşan hukuk sisteminin dayanağı, İran İslam Cumhuriyeti Anayasasının 167. maddesidir. Maddeye göre;

⁴⁶⁷ Ahmet Kılınç, “İran Anayasa Hukukunun Genel Esasları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1-2, Y. 2008, s. 917.

⁴⁶⁸ Kılınç, s. 917.

⁴⁶⁹ Kılınç, s. 917.

“Hakim her davanın hükmünü kanunlarda bulmak için uğraşmalı, bulamadığı takdirde geçerli İslami kaynaklara veya geçerli fetvalara dayanarak olayla ilgili hükmü vermelidir.

Kanunların sükutu veya eksikliği yahut anlamının belirsizliği veya çelişikliğini bahane ederek davaya bakmaktan ve hüküm vermekten kaçınamaz⁴⁷⁰.”

İran Anayasasındaki bu hükümler hakimin hukuk yaratmasının önünü açmaktadır. Söz konusu anayasa hükmü gereği hakim olaya uygulayacak hüküm bulamadığı zaman davayı görmekten imtina edemeyeceğine göre hukuk yaratması kaçınılmaz olacaktır.

C. Anglo-Sakson Hukuk Sistemi Açısından Hâkimin Hukuk Yaratmasının İncelenmesi

Anglo-Sakson hukuk sisteminin en temel özellikleri, Roma hukukunun etkisinden uzak kalması ve mahkemelerin geçmişten günümüze vermiş oldukları kararlar çerçevesinde belirlenen ilkelere göre şekillenen bir hukuk düzeni olmasıdır⁴⁷¹. Anglo-Sakson (*Common Law*) Hukuk Sisteminin menşei İngiltere olmakla birlikte, bu sistem Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Güney Afrika, Hindistan, Avustralya ve geçmişte İngiliz sömürgesi olan birçok ülkede uygulanmaktadır⁴⁷². Ancak Anglo-Sakson hukuk sisteminin temelini İngiliz hukukunun oluşturması sebebiyle hâkimin hukuk yaratması, İngiliz hukuku temel alınarak işlenecektir.

Anglo-Sakson hukuk sistemi, niteliği itibariyle diğer hukuk sistemlerinden hukuk kaynakları (özellikle yazılı olmayan hukuk kuralları) ve hakimlerin yetki ve hukuk üzerindeki etkileri itibariyle ayrılmaktadır. Anglo-Sakson hukuk sistemi, büyük ölçüde teamül hukukundan (*common law*) ve hakkaniyet hukukundan (*equity law*) oluşmaktadır. Bu yönüyle Anglo-Sakson hukuk sisteminde, hukuk kuralları genel

⁴⁷⁰ http://kitab.nur-az.com/tr/lib/view/663/1/78128/Giri%C5%9F/#_Toc266567150 (E.T. 13.04.2019).

⁴⁷¹ Bernard F. Deutsch, “Common Law”, *Jurist*, Vol. 27, Issue 1 (1967), pp. 37-57, s. 37; Oğuzman/Barlas, s. 12; Dural/Sarı, s. 18; Aybay/Aybay/Pehlivan, s. 82.

⁴⁷² V. T. Major, *Basic English Law*, Macmillan Education, London 1990, s. 3; Gary Slapper and David Kelly, *The English Legal System*, Cavendish Publishing, London 2003, s. 3; Gözler, Hukuka Giriş, s. 141.

itibariyle tedvin edilmemiş ve dolayısıyla kanunlaştırma hareketlerinin dışında kalmıştır. Dolayısıyla Anglo-Sakson hukuk sisteminin büyük kısmını mahkeme kararları oluşturmaktadır⁴⁷³. Keza söz konusu hukuk sistemi “*hakimler hukuku*” (*judge-made law*) veya “*hukukçular hukuku*” olarak ifade edilebilmektedir⁴⁷⁴.

Anglo-Sakson hukukunun en bilinen ve başlıca kaynağı müşterek hukuk olarak da ifade edilebilen teamül hukuku (*common law*)’dur⁴⁷⁵. “Halk yasası” olarak da bilinen teamül hukuku, kural olarak, eski İngiltere halkı tarafından oluşturulan geleneklere dayanmaktadır⁴⁷⁶. Bu yönüyle *Common Law*, İngiliz hukukunda iki farklı anlama gelecek şekilde kullanılabilir. *Common Law*, geniş anlamıyla yazılı olmayan hukuk kurallarının tamamını ifade etmek için kullanılırken; dar anlamıyla 1873 tarihinden önce *Common Law* mahkemeleri tarafından esas alınan kuralları betimler. *Common Law*, eski teamüller ve bu teamüllere dayanılarak verilmiş emsal mahkeme kararlarından oluşur. *Common Law*’dan (müşterek hukuk) kasıt esas itibariyle mahkeme kararlarına konu olarak emsal nitelik kazanan teamül kurallarıdır⁴⁷⁷. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki; *Common Law*, eskiye dayalı teamüller olması sebebiyle anlaşılması ve tatbiki zor olan hukuk kuralları olup, genellikle kanun koyucunun kanunlaştırma faaliyetlerinin temelini oluşturmuştur⁴⁷⁸.

Tarihsel süreçte mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıklarda yeni durumların ortaya çıkmasıyla hükümler yetersiz kalmış ve bu yüzden ikinci bir hukuk kaynağına ihtiyaç duyulmuştur. Bu noktada yeni durum ve olaylara çözüm sağlamak, bunu sağlarken de adalet ve hakkaniyete uygun bir karar vermek adına *Common Law* mahkemeleri yerine “*Chancellor*” ünvanına sahip sekretere başvurma imkânı getirilmiştir. Bu görev daha sonrasında “*Chancery*” mahkemelerine devredilmiştir⁴⁷⁹.

⁴⁷³ Erman, s. 19.

⁴⁷⁴ Gözler, Hukuka Giriş, s. 143-144; Erman, s. 19; Andreas B. Schwarz, “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, Çev: Bülent Davran, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 3-4, S. 11, Y. 1945, ss. 180-202, s. 190.

⁴⁷⁵ Major, s. 3; Edward King/ Joseph Hawley, “İngiliz (Common Law)’Unun Gelişmesi”, Çev: İlhan Lütem, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, S. 1, Y. 1945, ss. 178-233, s. 180.

⁴⁷⁶ Robert Ludlow Fowler, “The Future of the Common Law”, *Columbia Law Review*, C. 13, S. 7, Y. 1913, s. 596; Rebecca Huxley-Binns and Jacqueline Martin, *Unlocking The English Legal System*, 4th Edition, Routledge New York 2014, s. 5; Major, s. 3.

⁴⁷⁷ Ekrem Buğra Ekinci, *Hukukun Serüveni*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2015, s. 486.

⁴⁷⁸ Ekinci, s. 488.

⁴⁷⁹ King/Hawley, s. 204; Huxley-Binns and Martin, s. 6; Major, s. 5; Slapper and Kelly, s. 4.

Bu mahkemelerin *Common Law*'ın düzenlemediği alanlarda adalet ve hakkaniyete uygun olarak vermiş olduğu kararlar ve bu kararlar ile ortaya koyduğu ilkeler, *Equity* (hakkaniyet) hukukunu meydana getirmiştir. Günümüzde ise her iki mahkeme birleştirilmiş olup, *Common Law* ve *Equity Law* birlikte uygulanmaktadır. Bu bilgiler ışığında önemle belirtmek gerekir ki, *Common Law* ve *Equity Law* birlikte değerlendirildiğinde, *Equity Law*'da hakimlerin hukuk yaratma yetkisinin genişliğinin daha fazla söylenebilecektir. Çünkü *Common Law*, özü itibariyle İngiliz geleneklerine dayanırken, *Equity Law*, hakimlerin adalet ve hakkaniyeti sağlamak amacıyla ortaya koyduğu yeni hukuki ilkelerine dayanmaktadır⁴⁸⁰.

İngiliz hukukunda hakimlerin etkin rol oynadığı *Common Law* ve *Equity Law*'u içine alan ve daha geniş bir yelpazeye sahip hukuk sistemine ise *Case Law*, yani mesele hukuku denilmektedir⁴⁸¹. Mesele hukuku, Anglo-Sakson hukukunun içerisinde uygulama bulan ve bu hukuka özgü bir hukuk sistemidir. Mesele hukuku, esas itibariyle daha önce hakimnin kendisinin ve üst mahkeme tarafından verilmiş kararlara göre çözüme bağlanmış olayların, daha sonraki olaylar için emsal teşkil ederek bağlayıcılık oluşturmasıdır⁴⁸². Bu durum Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, üst derece mahkemesinin kararlarıyla veyahut içtihadı birleştirme kararlarıyla aynı sonucu doğurur. Bu sistemde mahkeme kararları kural olarak sadece uyuşmazlık tarafları açısından bağlayıcılık arz etmektedir⁴⁸³.

Mesele hukukunun varlığı literatürde kimi açıdan faydalı görülürken, kimi açılardan ise sakıncalı bulunmaktadır. Buna göre öncelikle mesele hukukunun faydaları şu şekilde sıralanabilir:

- Bir olay hakkında verilmiş kararın bağlayıcılık arz etmesi, benzer niteliğe sahip olaylar için verilecek kararların belirli olmasına imkan verir. Çünkü

⁴⁸⁰ Major, s. 5; Huxley-Binns and Martin, s. 7; Oğuzman/Barlas, s. 12; Dural/Sarı, s. 18; Slapper and Kelly, s. 4.

⁴⁸¹ Erman, s. 20; Major, s. 16-17.

⁴⁸² Slapper and Kelly, s. 68; Major, s. 16.

⁴⁸³ Necmettin Berkin, "İngiltere'de Mahkeme Kararlarının Dayandığı Prensipler ve Hakimnin Hukuk Yaratma Gücü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 40, S. 1-4, Y. 1974, s. 338; Schwarz, s. 189.

uyuşmazlığa konu bir olay karşısına gelen mahkeme, daha önce benzer nitelikteki olay için verilmiş karara göre hareket edecektir⁴⁸⁴.

- Kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş bir alanda hakimin daha önceki olaylara kıyasla karar vermesi, buna imkan yok ise ileride benzer uyuşmazlıklar için uygulanabilecek yeni bir hükme vararak hukuk sisteminin gelişimine imkan sağlar⁴⁸⁵.
- Mahkeme kararlarının kıyasen uygulanması, mahkemeler açısından çözüme yönelik pratik uygulamalar sağlamaktadır⁴⁸⁶.

İkinci olarak mesele hukukunun sakıncaları da şu şekilde ifade edilebilir:

- Hakim tarafından hatalı olarak verilen ve bağlayıcılık arz eden yeni bir hükmün hukuk içerisinde yerleşmesi halinde, bu durumdan dönülmesi büyük ölçüde zordur⁴⁸⁷.
- Mahkeme kararlarının sayı itibariyle çokluğu ve geçmişten günümüze genişleyen hacmiyle karışıklıklara ve çeşitli zorluklara sebep olabilmektedir⁴⁸⁸.

İngiliz hukukunda hakimin hukuk yaratma yetkisine dayanan mahkeme kararlarının sakıncalarının giderilmesi noktasında kanun koyucu devreye girmekte ve olası hata ve karışıklık durumlarının önüne geçilebilmektedir. Bu noktada İngiliz hukukunda emsal mahkeme kararlarının kodifiye edilerek kanunlaştığı veyahut değiştirilerek bir kanun kapsamına alındığı görülebilmektedir⁴⁸⁹.

İngiliz hukukunda parlamentonun kanunlaştırma faaliyeti sonucu ortaya çıkan hukuka *statute law* (*kanun hukuku*) denilmektedir⁴⁹⁰. Mahkemeler hukuk oluşturmada önemli bir aktör olmakla birlikte, İngiltere'nin en üst düzey yasama organı olan Parlamento tarafından özellikle 20. ve 21. yüzyıllarda yapılan kanunlarda kademeli bir

⁴⁸⁴ Catherine Elliot/Frances Quinn, *English Legal System*, Tenth Edition, Pearson Longman 2009, s. 30; Berkin, s. 338; Major, s. 16.

⁴⁸⁵ Elliot/Quinn, s. 31; Berkin, s. 338.

⁴⁸⁶ Berkin, s. 339; Elliot/Quinn, s. 31.

⁴⁸⁷ Elliot/Quinn, s. 31; Berkin, s. 339.

⁴⁸⁸ Berkin, s. 339; Elliot/Quinn, s. 31.

⁴⁸⁹ Stefan Fafinski and Emily Finch, *English Legal System*, Pearson Longman, Harlow 2010, s. 4-5; Berkin, s. 339-340.

⁴⁹⁰ Major, s. 5; Huxley-Binns and Martin, s. 9; Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 143; Fafinski/Finch, s. 5.

artış yaşanmıştır. Buna rağmen parlamentonun bu faaliyeti neticesinde yaratılan kanunlar oldukça azdır⁴⁹¹. Parlamento, öncelikle, cezaları belirleme ve çeşitli öncelikli hükümler koyma veya bazı davranışları yasaklama gibi görevleri üstlenmektedir⁴⁹². Parlamento tarafından çıkarılan kanunlar, hukuk sistemi içerisinde en üst düzeyde kabul edildiğinden, hakimlerin bu kanunlara aykırı karar vermeleri, veyahut bu kanuna aykırı olan emsal kararlara göre karar vermeleri mümkün değildir⁴⁹³. Bu yönüyle bir kanun hükmüyle *Common Law* kaidelerinin ortadan kalkması söz konusu olabilmektedir⁴⁹⁴.

Bu bilgiler ışığında Anglo-Sakson hukuk sisteminin 4 temel özelliğinden bahsedilebilir. Bunlar:

1. *Örf ve adet kurallarının asli hukuk kaynağı niteliği*: Anglo-Sakson hukuk sisteminin en önemli hukuk kaynaklarından olan Common Law, örf ve adet kurallarından meydana gelmekte olup, örf ve adet kuralları asli hukuk kaynakları arasında yer alır. Mahkemelerin örf ve adet kurallarını uygulaması için kanunların örf ve adet kurallarına atıfta bulunması gerekmez. Bu nedenle mahkemeler örf ve adet kurallarına göre her zaman önüne gelen uyuşmazlıkları çözümlerler⁴⁹⁵.
2. *Mahkeme kararlarının asli kaynak olması*: Anglo-Sakson hukuk sistemi içtihadi bir nitelik arz etmekte olup, mahkeme kararları asli hukuk kaynakları arasında kabul edilir. Bu hukuk sisteminde emsal niteliğine haiz mahkeme kararlarına uyulması zorunluluk arz eder (*stare decisis ilkesi*). Dolayısıyla üst mahkeme kararları veyahut bir mahkemenin aynı konuda vermiş olduğu daha önceki karar emsal niteliğinde olup, bağlayıcılık kazanır. Anglo-Sakson hukuk sisteminin bu özelliği sebebiyle hakimler,

⁴⁹¹ Slapper and Kelly, s. 7; Catherine Elliott, *English Legal System: Essential Cases and Materials*, Pearson Publishing, Harlow 2009, s. 21.

⁴⁹² Philip Sales, "Judges and Legislature: Values into Law", *Cambridge Law Journal*, C. 71, S. 2, Y. 2012, s. 292.

⁴⁹³ Fafinski/Finch, s. 7; Cem Eroğul, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, 9. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2014, s. 41.

⁴⁹⁴ Özgür Beyazıt, "Interpretation and Lawmaking by the Courts in English Common Law System", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 6, Y. 2015, s. 82.

⁴⁹⁵ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 138.

önüne gelen uyuşmazlıklarda ilk olarak benzer olaya yönelik daha önce vermiş olduğu bir karar olup olmadığına veya üst mahkemece bu konuda vermiş oldukları karar olup olmadığına bakarlar. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, hukukun asli kaynağı olarak bu sistemde emsal kararların oluşması, hukuk yaratma faaliyeti sonucu ortaya çıktığı gözden kaçılmamalıdır⁴⁹⁶.

3. *Hukukun kaynaklarının tedvin edilmemiş olması*: Anglo-Sakson hukuk sisteminde hukuk kaynakları tedvin edilmemiştir. Hukuk kurallarının büyük çoğunluğu teamül kurallarından ve emsal mahkeme kararlarından oluşur. 19'uncu yüzyıl itibariyle kanunlaştırma yoluna gidilmekle birlikte sayıca fazla olmadığı için kanun hukukunun (*statute law*), Anglo-Sakson hukuk sisteminin tedvin edilmeme özelliğini etkileyecek düzeyde değildir⁴⁹⁷.
4. *Özel Hukuk ve Kamu Hukuku arasında ayrım yoktur*: Anglo-Sakson hukuk sisteminde, Kıta Avrupası hukuk sisteminin aksine özel hukuk-kamu hukuku ayrımı ve yargı ayrılığı yoktur⁴⁹⁸.

Anglo-Sakson hukuk sisteminde hakimler, önlerine gelen somut olaylar itibariyle öncelikle, kanun hukukunu ve daha önce kendisi ya da üst mahkeme tarafından verilmiş kararları inceler. Hakim, olayla ilgili bir karar bulabilirse, somut olayda bu kararı uygular. Anglo-Sakson hukukuna case law (*örnek olay hukuku-mesele hukuku*) denilmesinin nedeni budur. Peki uyuşmazlığa yönelik herhangi bir kanun metni ya da emsal karar bulamazsa ne olacaktır? İşte bu noktada hakimin hukuk yaratıp yaratamayacağı sorunu söz konusu olacaktır.

İngiliz hukukunda hakimin, kanun koyucu olmadığından, kural olarak hukuk yaratması görevi değildir⁴⁹⁹. Hakim öncelikle önüne gelen uyuşmazlığı çözüme kavuşturmakla görevlidir. İngiliz hukukunda hakimin verdiği kararlar, niteliği

⁴⁹⁶ Major, s. 5; Gözler, Hukuka Giriş, s. 138-139; Clive Parry, "İngiliz Hukuk Sistemi", Çev: Fadıl H. Sur, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 3, Y. 1944, ss. 443-458, s. 445; Edward Jenks, "İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler", Çev: Mukbil Özyörük, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S. 1, Y. 1950, ss. 40-79, s. 59; Bilge, s. 102.

⁴⁹⁷ Major, s. 5; Gözler, Hukuka Giriş, s. 138; King/Hawley, s. 216.

⁴⁹⁸ Gözler, Hukuka Giriş, s. 139; Bilge, s. 77.

⁴⁹⁹ Sales, s. 292.

itibariyle teamül hukukunun bir kaynağını oluşturmakta ve uyulması zorunlu nitelik arz etmektedir. Ancak hâkimlerin hukuk ile olan söz konusu ilişkisi noktasında fikir birliği olmayıp, iki ayrı görüş ön plana çıkmaktadır⁵⁰⁰.

İngiliz hukukunda hakimin hukukla olan ilişkisini ortaya koyan ilk görüş, mahkemelerin, mevcut bir hukuk kuralını uygulamak suretiyle uyuşmazlığı çözüme kavuşturması gerektiği yönündedir⁵⁰¹. Dolayısıyla hakimin verdiği bir karar, öteden beri var olan teamül hukukunun kaidelerinin bir yansıması olarak ortaya çıkmaktadır. Bu görüşün temelinde teamül hukukunun öteden beri var olduğu ve dolayısıyla bir mahkemenin teamül hukuku ihdas edemeyeceği fikri yatmaktadır. Yani bu görüş, hakimin geçmişten beri uygulanagelen teamül hukukunu uygulamasını öngörmektedir. Bu konuda öne sürülen ikinci görüş ise hakimin verdiği kararlar neticesinde kanun koyucunun kanun koymasına benzer şekilde yeni hukuk kuralları ihdas ettiğini, diğer bir ifadeyle hakimin verdiği karar ile hukuk yarattığını öne sürmektedir⁵⁰². Bu görüşe göre belirli bir uyuşmazlık için ihtiyaç duyulan çözüm eskiden beri var olan teamül hukuku ile giderilemeyebilir. Diğer bir ifadeyle geçmişten günümüze var olan hukuk kurallarının, hakimin karşısına çıkan her uyuşmazlığa mutlak cevap verebilmesi mümkün değildir. Bu durumda hakimin mevcut hukuk kuralları ile çözüme ulaşamadığı noktada uyuşmazlığı çözümsüz bırakmak yerine hukuk teorilerini (öğretiyi) dikkate alarak kendince bir çözüm getirecektir⁵⁰³. Bu noktada hakimin yeni bir hukuk kuralı ihdas ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla ilk görüş, hakimin hakimin teamül hukuku ihdas edemeyeceğini ileri sürerken, ikinci görüş aksini ileri sürmektedir.

Berkin'e göre söz konusu iki görüş de başlı başına doğru değildir. Öncelikle kanun koyucunun çıkardığı kanunlar haricinde teamül hukukunun hiç değişmediğini kabul etmek mümkün değildir. Değişen koşullar gereği olarak hukukun da gelişime ihtiyacı vardır⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ Berkin, s. 334.

⁵⁰¹ Berkin, s. 334.

⁵⁰² Elliot/Quinn, s. 25; Berkin, s. 335.

⁵⁰³ Berkin, s. 334-335.

⁵⁰⁴ Berkin, s. 334-335

Bununla birlikte İngiliz Hukukunda bir hakimin aldığı her kararın da birer hukuk yaratma olarak kabulü mümkün değildir. Bir hakim önüne gelen olayda var olan kuralı bire bir uygulayabileceği gibi, kıyas yoluyla bir başka kuralı da kıyas kuralları çerçevesinde uygulayabilir⁵⁰⁵. Uygulayabileceği hiçbir çözüm bulamaması durumunda kendini kanun koyucunun yerine koyması mümkündür. Burada dahi belirli kurallara tabidir ve gerekçesiz ve hukuki olmayan bir kural ortaya koyamaz. Berkin'e göre her iki görüş birlikte değerlendirilip, İngiliz hukukunda hakimin yeri bu açıdan tayin edilmelidir⁵⁰⁶.

İngiliz Hukukunda hakimlerin daha önce çözüm yolu öngörülmemiş bir davaya adil bir çözüm bulmaya çalıştıkları durumlarda, benzer nitelikteki emsallerden seçim yapmaları, aksi durumda 'hukuk yaratma' olarak değerlendirilen yeni hükümleri oluşturmaları beklenmektedir⁵⁰⁷. Bu görevi başarmak için, yorumlama teknikleri yargıçlara yardımcı olur. Bu açıdan hakimler, yarattıkları hukuk kuralları ile yeni emsal karar ortaya koyabilmektedir. Burada önemle belirtmek gerekir ki, hakimlerin hukuk yaratarak yeni emsal niteliğe sahip karar ortaya koyabilmeleri için İngiliz Hukukunun öngördüğü yorum metotlarından kendilerine tanınan takdir yetkisi ölçüsünde faydalanmaları beklenmektedir⁵⁰⁸.

Anglo-Sakson hukuk sisteminde, Kıta Avrupası hukuk sisteminin aksine, hakime hukuk yaratma yetkisinin tanınması bir kural niteliğindedir. Çünkü Kıta Avrupası hukuk sisteminde bu yetki, olağanüstü bir nitelik taşıırken, Anglo-Sakson hukuk sisteminde hukuk kurallarının mahkeme kararlarına dayanması sebebiyle olağan bir niteliğe sahiptir. Ancak her iki hukuk sisteminde de ortak olmak üzere, hakimin bu yetkisini kullanması, hukukun temel prensipleri, hak ve hakkaniyet ölçüleri ile sınırlandırılmaktadır.

⁵⁰⁵ Berkin, s. 335.

⁵⁰⁶ Berkin, s. 335.

⁵⁰⁷ Elliot/Quinn, s. 26; Kate Malleon, *The Legal System*, Lexis Nexis, Reading 2003, s. 75.

⁵⁰⁸ Malleon, s. 75.

D. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi Açısından Hâkimin Hukuk Yaratmasının İncelenmesi

1. Genel Olarak

Kıta Avrupası (Kara Avrupası) hukuk sistemini, kökenleri Justinianus'un Corpus Juris Civils⁵⁰⁹'ine dayanan ve günümüze uzanan ve ana yapısını yazılı kanunların oluşturduğu bir hukuk geleneği olarak ifade etmek mümkündür⁵¹⁰. Bu hukuk geleneği, tarih boyunca esas olarak Avrupa kıtasında uygulanmış ve geliştirilmiştir. Günümüzde bu hukuk sistemi, Roma ve Cermen Hukukunun etkisi altında oldukları görülen Fransa, Almanya, İsviçre ve bu devletlerden esinlenen bazı ülkelerin hukuk düzenlerinden oluşmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu'nun ilke ve kurallarını benimseyen Türkiye'de bu grup içerisinde değerlendirilmektedir⁵¹¹.

Kıta Avrupası Hukuk sistemi, Roma ve Cermen hukukundan türetilen kavramlara, kategorilere ve kurallara dayanmaktadır⁵¹². Kıta Avrupası hukuk sistemi, Roma normlarından, Fransız ve Alman hukukuna uzanan bir geleneğin ürünüdür. Özellikle, Roma hukuk normlarıyla onaylanan Fransız Medeni Kanunu'na ve Alman Medeni Kanunu'na göre modellenmiştir. Bu modelleme, hemen hemen bütün Kıta Avrupası hukuk sistemi ülkeleri için tipiktir⁵¹³. Bu ülkelerde hukuk sisteminin en temel özelliği, hukukun neredeyse tamamen sınıflandırılmış yazılı hukuk kuralları bütünü olması ve çok sayıda ayrıntılı düzenlenmeyen genel kural ve ilkeleri içermesidir⁵¹⁴. Bu sistemin temel özelliklerinden biri, mahkemelerin asıl görevinin, eldeki davaya ilişkin bir kanun, tüzük, yönetmelik gibi mevzuat hükümlerini uygulamak ve yorumlamak olmasıdır. Bu sistemde amaç, kural olarak, yazılı hukuk kurallarının pratikte meydana gelebilecek tüm davaları düzenlemesidir. Ancak bir

⁵⁰⁹ Corpus Juris Civils, M.S. 6'ncı yüzyılda Bizans İmparatoru Justinianus tarafından Roma Hukukunun gelecek kuşaklara taşınması amacıyla hazırlanan derleme bir eserdir. Oğuzman/Barlas, s. 8; Erman, s. 17-18.

⁵¹⁰ Aybay/Aybay/Pehlivan, s. 79.

⁵¹¹ Slapper and Kelly, s. 3; Oğuzman/Barlas, s. 8; Erman, s. 18.

⁵¹² George H. Jaffin, "The Uncommon Common Law", *Social Science*, Vol. 7, No. 1 (January, 1932), pp. 100-103, s. 101; Wolfgang Friedmann, *Legal Theory*, Second Edition, London 1949, s. 319.

⁵¹³ Slapper and Kelly, s. 3; Oğuzman/Barlas, s. 9; Dural/Sarı, s. 17.

⁵¹⁴ Oğuzman/Barlas, s. 9; Dural/Sarı, s. 17.

davanın konusuna ilişkin mevzuatta çözüm öngörülmemiş olması halinde mahkemelerin boşlukları doldurması öngörülmektedir⁵¹⁵.

Kıta Avrupası hukuk sistemini uygulayan ülkeler arasında muhakkak farklılıklar mevcuttur. Ancak bazı özellikler ortak niteliği ifade ederler. Bu özellikler aynı zamanda Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin Anglo-Sakson hukuk sisteminden hangi noktalarda ayrıldığını da ifade eder. Kıta Avrupası hukukunun temel özelliklerini dört başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar:

1. *Özel Hukuk ve Kamu Hukuku arasında ayrım mevcuttur*: Kara Avrupası hukuk sisteminde, Anglo-Sakson hukuk sisteminin aksine özel hukuk-kamu hukuku ayrımı ve yargı ayrılığı mevcuttur⁵¹⁶.
2. *Örf ve adet kuralları tamamlayıcı hukuk kaynağı niteliğindedir*: Kıta Avrupası hukuk sisteminde, örf ve âdet kuralları, hukukun asıl kaynaklarından değil, tamamlayıcı kaynakları arasında yer alır⁵¹⁷.
3. *Hukukun kaynaklarının tedvin edilmiş olması*: Kıta Avrupası hukukunda, hukukun kaynakları tedvin edilmiş, diğer bir ifadeyle yazısız halde bulunan kurallar derlenip, bir kanunda toplanmıştır⁵¹⁸. Öncelikle Roma Hukuku başlı başına Corpus Iuris Civilis ile tedvin edilmiştir. Modern anlamda ise ilk tedvin hareketleri 14'üncü yüzyılda Fransa'da başlayıp, tüm Kıta Avrupası'na yayılmıştır. Fransa'da 1669 yılında medeni usul, 1670 yılında ceza usul hukuku tedvin edilmiştir. Ayrıca 1804 yılında da Napolyon Kanunu olarak da ifade edilen Medeni Kanun tedvin edilmiştir. Almanya da ise 1896 yılında Alman Medeni Kanunu tedvin edilmiştir. Son olarak İsviçre'de 1874 yılında Borçlar Kanunu, 1907 yılında Medeni Kanun tedvin edilmiştir⁵¹⁹. Kıta Avrupası Hukuk sisteminde yazılı hukuk ayrıca,

⁵¹⁵ Dural/Sarı, s. 17; Oğuzman/Barlas, s. 9.

⁵¹⁶ Wolfgang, s. 320; Aybay/Aybay/Pehlivan, s. 81; Detaylı bilgi için bkz. Bilge, s. 175-177; Demir/Deryal, s. 39.

⁵¹⁷ Gözler, s. 134; Bilge, s. 44-45

⁵¹⁸ John Noyes, Mark W. Janis, Elisabeth Zoller and William E. Butler, "The Common Law Tradition", *American Society of International Law*, Vol. 83 (April 5-8, 1989), pp. 547-556, s. 551; Wolfgang, s. 319.

⁵¹⁹ Gözler, Hukuka Giriş, s. 133-134; Schwarz, Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku, s. 201; Kıta Avrupası hukuk sisteminde kurallar genel olarak tedvin edilmekle birlikte bunun istisnaları da bulunmaktadır. Örneğin Türk hukuk sistemi açısından idare hukuku kuralları tedvin edilmemiştir. Türkiye, Fransa,

çoğunlukla kısa tutulmuştur ve tanımlara, açıklamalara veya istisnalara yer verilmemiştir⁵²⁰.

4. *Mahkeme kararlarının asli kaynak olmaması*: Kıta Avrupası hukuk sisteminde mahkeme kararları, yani içtihatlar, yardımcı kaynak niteliğindedir. Bir mahkeme kararı, kural olarak kendisini, hatta üst mahkeme kararı alt mahkemeyi bağlamaz⁵²¹. Dolayısıyla bir mahkeme belirli bir olayda verdiği kararı izlemeyerek, benzer bir olayda farklı bir karar verebilir⁵²².
5. *Hakimin kanunlar ile bağlı olması*: Kıta Avrupası hukukunda, hakimler önceki benzer davalarda verilen adli kararları veya örnek olayları dikkate almaksızın kanun metnine bağlıdırlar. Diğer bir ifadeyle Kıta Avrupası hukuk sisteminde, hakimler önlerine gelen somut olaylar, genel soyut

Almanya gibi idari rejimin uygulandığı ülkelerde kamu hizmeti anlayışı oldukça gelişmiştir. Bu tür ülkelerde, idare kamusal ihtiyaçları tatmin edebilmek için birçok çeşitli alanlarda faaliyet göstermektedir. Faaliyetlerin çeşitliliği birçok kanuni düzenlemeyi gerektirmektedir. İdare hukuku alanında birçok kanun olmasına rağmen, bu kanunlar idare hukukuyla ilgili tüm sorunlar için yeterli olmamaktadır. Dolayısıyla İdare hukuku çoğunlukla mahkeme kararlarından oluşan bir hukuk dalıdır. Bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukukuna Giriş*, 10 Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2009, s. 22; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 2. Güncellenmiş Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 39; Vasfi Raşid Sevig, “İdare Hukukunda Önemin Umumi Hizmet Veya Amme Velayetine Verilmesi Üzerinde Gözükten Tartışmalar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, Y. 1946, ss. 1-10, s. 4; Mehmet Yüce/Fulya Mercimek, “Türk Vergi Hukukunda İchtihatların Bağlayıcılığı ve Hukuk Kaynağı Olarak Değerlendirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 119-120, Y. 2014, ss. 7-64, s. 17.

⁵²⁰ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 133-134; Andreas B. Schwarz/Hıfzı Veldet, “İngiliz Hukuku Ve Kontinental Hukuk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.3, S.0, Y. 1937, ss. 215-236, s. 223.

⁵²¹ Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 135; Bilge, s. 102-103; Demir/Deryal, s. 39; Wolfgang, s. 319. Genel kural bu yönde olmakla birlikte bu durumun istisnaları bulunmaktadır. Türk hukuk sistemi açısından Anayasa Mahkemesi kararları, (bireysel başvuru kararları hariçtir. Bu yönde karar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2015/24695, K: 2016/361, Karar Tarihi: 12.1.2016) Danıştay İchtihadı Birleştirme Kararları ve Yargıtay İchtihadı Birleştirme Kararları bu durumun istisnaları arasındadır. Anayasa Mahkemesinin kararlarının bu duruma istisna teşkil ettiğini 2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nun 66. maddesi göstermektedir. Maddeye göre “*Mahkeme kararları kesindir. Mahkeme kararları Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.*” şeklindedir. Yargıtay İchtihadı Birleştirme kararlarının bağlayıcı nitelikte olduğu 1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Madde “*İchtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.*” şeklindedir. Yine Yargıtay Kanunu'yla benzer bir hükmü Danıştay Kanunu getirmiştir. 1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 40. maddesine göre “*Bu kararlara, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır.*” Dolayısıyla Kıta Avrupasında kural, mahkeme kararlarının asli kaynak olmamasının yanı sıra örneklerde görüldüğü üzere istisnalar mevcuttur. Bkz. Yüce/Mercimek, s. 16; Esener, s. 120; Zevkliler, s. 63.

⁵²² Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 135; Bilge, s. 102-103; Demir/Deryal, s. 39; Wolfgang, s. 319.

kurallar aracılığıyla çözüm bulmaya çalışır. Dolayısıyla bu hukuk sistemi içtihadi bir nitelik taşımaz⁵²³.

2. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin Bir Görünümü Olarak Türk Hukuk Sistemi

Kıta Avrupası hukukunda kural olarak hakimler, önüne gelen uyuşmazlıklarda kanun koyucunun koyduğu kuralları uygular. Hakim önüne gelen uyuşmazlıklarda uygulayabileceği bir kanun hükmü bulamadığı durumlarda ise “hukuk yaratma” yolu ile söz konusu boşluğu doldurur. Diğer bir ifadeyle hakim, önüne gelen bir uyuşmazlığı uygulayabileceği bir kanun hükmü olmamasını gerekçe göstererek reddedemez veya sonuçsuz bırakamaz. Bu durum, Kıta Avrupası hukukunun uygulandığı ülkelerin medeni kanunlarında da kendine yer bulur. Burada önemle belirtmek gerekir ki kanun boşluğu durumunda hakimin nasıl hareket etmesi gerektiği noktasında da bu sistem içerisinde iki farklı yöntem ön plana çıkmaktadır⁵²⁴. Bu yöntemlerden ilki hakimin öncelikle kıyas yoluna başvurmasını öngörürken, ikincisi örf ve adet kurallarına başvurmasını öngörmektedir.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde kanun boşluğunun doldurulmasına yönelik öngörülen yöntemlerden ilki, hakimin öncelikle kıyas⁵²⁵ yoluna başvurusudur. Hakimin kıyas yapabilmesi noktasında üç farklı ihtimalden söz edilir. Birincisine göre kanun tarafından kıyas öngörülmüştür ve hakim, kıyas yapabilir. İkinci ihtimalde kıyas, kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır. Dolayısıyla kıyas yapılamaz. Üçüncü ihtimalde ise, kanunda kıyası yasaklayan ya da izin veren herhangi bir hüküm yoktur. Bu durumda bahsedilen tanıma uyması koşuluyla kıyas yapılabilir. Birinci ihtimalde kanun, olaya hangi kuralın uygulanacağını göstermektedir ve boşluktan söz edilemez. Burada hakimin hukuk yaratması mümkün değildir. Hakimin hukuk yaratırken kıyas yoluna başvurması üçüncü ihtimal için geçerlidir. Zira burada bir kanun boşluğu vardır ve hakim hukuk yaratır⁵²⁶. Anlaşılacağı üzere hakimin kıyas yapabilmesi için ya

⁵²³ Gözler, Hukuka Giriş, s. 134.

⁵²⁴ Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 24.

⁵²⁵ Erman, s. 53-54; Gözler, Hukuka Giriş, s. 334-335; Aybay/Aybay/Pehlivan, s. 333. (Çalışmada kıyas yolu ile hukuk yaratmanın mümkün olduğu şeklindeki ifadeler, üçüncü ihtimali kapsarken, kıyas yolu ile hukuk yaratılmayan durumlar birinci ihtimal kapsamında değerlendirilmiştir.)

⁵²⁶ Erman, s. 53-54; Gözler, Hukuka Giriş, s. 334-335; Aybay/Aybay/Pehlivan, s. 333.

hakimin takdiri ya da açık bir kanun hükmünün varlığı şarttır. Hakimin takdiri gereği yapılan kıyas, hakimin hukuk yaratmasını gerektirir. Zira burada hukuki uyuşmazlığı çözmeye yönelik herhangi bir hüküm yoktur. Hakim hukuki uyuşmazlığa uygulanabilme ihtimali olan hükümleri araştırır. Hakimin hukuki uyuşmazlığa uygulanmasını öngördüğünü hükümler, tam olarak sorunu kapsamamaktadır. Bu kapsamda başvuru hüküm, eşit konumda olanlara eşit davranma gereği olarak yararlanılmaya elverişlidir. Eşitlik ilkesinin varlığının yanında, adalet ve genel hukuk ilkeleri de hakime yol gösterir. Kanun hükmü gereği olarak başvuru kıyasta, hakimin kıyasa başvurusu zorunludur. Örneğin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁵²⁷'nin "Taşınır satışına ilişkin kuralların uygulanması" başlıklı 246. maddesi gösterilebilir. Maddeye göre "Taşınır satışına ilişkin kurallar, kıyas yoluyla taşınmaz satışında da uygulanır." Burada kanunun açık hükmü gereği olarak hakimin kıyas yoluna başvurusu zorunludur⁵²⁸. Hakimin hukuk yaratması, ilk ihtimal dahilinde gerçekleşir.

Yukarıda bahsedildiği gibi kıyas yolu ile çözüme ulaşamaması durumunda hakim, hukukun genel ilkelerine göre hareket etmelidir⁵²⁹. Örneğin; Avusturya Medeni Kanunu'nun 7'nci maddesi,

*Bir hukuki dava, kanunun lafzına ve doğal anlamına göre hukuken karara bağlanamazsa, kanunların karara bağladığı benzer davalara ve bunlarla ilgili diğer kanunların benzer gerekçeleri dikkate alınmalıdır. Buna rağmen eğer hukuki dava halen şüpheli bir durumda ise, dikkatlice toplanmış ve üzerinde iyice düşünülmüş durumlar/olaylar nazara alınarak, doğal hukuk ilkelerine uygun olarak karar verilmesi gerekir.*⁵³⁰

şeklinde. Benzer hükme İtalyan Medeni Kanunu'nun "yasanın yorumlanması" başlıklı 12'nci maddesinin 2'nci fıkrasında da yer verilmiştir. Bu maddeye göre,

"Bir uyuşmazlığa yönelik belirli bir hükümle karar verilemediği takdirde, benzer davalar veya benzer hususları düzenleyen hükümler

⁵²⁷ 11.1.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (R.G. 11.1.2011/27836)

⁵²⁸ Sözer, s. 184-185.

⁵²⁹ Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 24.

⁵³⁰ <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/7> (E.T. 28.03.2019)

dikkate alınır; buna rağmen eğer dava halen şüpheli durumda kalırsa, devletin hukuk sisteminin genel ilkelerine göre karar verilir.⁵³¹”

Bu yönüme dair verilebilecek bir diğer örnek de Arjantin Medeni Kanunu’dur. Kıta Avrupası hukuk sistemine paralel olarak hukuk sistemi şekillenen Arjantin Medeni Kanunu’nun 16’ncı maddesi şu şekildedir⁵³²:

“Bir medenî hukuk sorunu, bu Kanunun söz ve ruhuna göre çözülemiyorsa, kıyas yoluyla varılan ilkeler izlenecektir; eğer sorun hâlâ şüpheli bir durumda kalmaya devam ederse, durumun koşulları dikkate alınarak, hukukun genel ilkelerine göre çözülecektir.”

Portekiz Medeni Kanunu’nun 10’uncu maddesi ise,

“Kanunlarda öngörülmeven davalar, benzer nitelikteki davalarda uygulanan normlara göre çözüme kavuşturulur.

Kanunlarda öngörülmeven davalar, benzer nitelikteki davalarda uygulanan normlara göre çözümlenirken, kanunlar ile öngörülen gerekçeler çerçevesinde davalar arasında ortak yönler tespit edilir.

Benzer bir davanın yokluğunda ise mahkeme, hukuk sisteminin ruhuna uygun olarak kendisinin oluşturacağı kurala göre davayı çözüme bağlar.⁵³³”

şeklinde. Bu açıdan Portekiz Medeni Kanunu’nda kanun boşluğu olması ihtimalinde öncelikle kıyas yapılması gerektiğini, kıyasa gidilememesi durumunda hakimin hukuk yaratması gerektiğini kabul etmiştir. Ayrıca İspanyol Medeni Kanunu’nda ise 4’üncü maddesinin 1’inci fıkrası da aynı minvaldedir.

“İlgili kuralların belirli bir vakayı düzenlememesi, ancak vakaya yönelik benzer bir durumu düzenlemesi durumunda, kıyas yolu uygulanacaktır.⁵³⁴”

⁵³¹ http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm (E.T. 28.03.2019).

⁵³² Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 25.

⁵³³ <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/7991> (E.T. 29.03.2019)

⁵³⁴ <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/9338> (E.T. 29.03.2019)

hükmüyle kıyas yoluna imkan tanımıştır.

Kıta Avrupası Hukuk sisteminde kanun boşluğunun doldurulmasına yönelik öngörülen yöntemlerden bir diğeri, öncelikle örf ve adete gidilmesi, burada bir kural yoksa hakimin hukuk yaratma yoluna gitmesi yönündedir. Örneğin; İsviçre Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesi,

“Kanun, kapsadığı bütün hukuki meselelerde sözüne ve yorumuna uygun olarak uygulanır.

Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, mahkeme, örf-adet hukukuna göre, örf-adet de yoksa kendisi kanun koyucu olarak koyduğu hükme göre karar verir.

Bunu yaparken, mahkeme, doktrini ve emsal kararları takip eder⁵³⁵.”

şeklinde. Bu yönüyle İsviçre Medeni Kanunu'na göre hakim, kanunda ve örf-adet kurallarında uygulayabileceği bir hüküm bulamaz ise kendini kanun koyucu yerine koyarak yeni bir kural getirir; diğer bir ifadeyle hukuk yaratır⁵³⁶.

Türk Medeni Kanunu da hakimin hukuk yaratma yetkisine İsviçre Medeni Kanunu'na paralel olarak düzenleme yoluna gitmiştir. TMK'nın 1'inci maddesinin 2'inci fıkrasına göre;

“Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir⁵³⁷.”

Bu hüküm, hakime önüne gelen uyuşmazlığa uygulayacağı kuralı gerektiğinde bizzat yaratma yetkisi vermiştir. Kanunla hakime verilen hukuk yaratma yetkisi, aynı zamanda bir görev niteliğindedir. Çünkü 1982 Anayasası'nın⁵³⁸ 36/ 2'nci fıkrasına göre mahkemenin görev ve yetki alanına giren bir davayı çözümsüz bırakması

⁵³⁵ <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201801010000/210.pdf> (E.T. 28.03.2019).

⁵³⁶ Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 24.

⁵³⁷ 22.11.2011 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (R.G. 8.12.2011/24607).

⁵³⁸ 18.10.1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (R.G. 9.11.1982/17863).

yasaklanmıştır⁵³⁹. Bu nedenle kanunda bir boşluk bulunması durumunda hakimin hukuk yaratma yetkisini kullanmaktan imtina etmesi mümkün değildir. Aksi durum hakimin sorumluluğunu doğuracaktır⁵⁴⁰. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.02.2004 tarihli kararı⁵⁴¹:

“Hukukun görevi toplumsal yaşamı düzenlemek ve ilişkilerden doğacak sorunları çözümlenektir. O nedenle, herhangi bir olay, hakkında kural yoktur diye çözümsüz bırakılmaz. Bu gibi hukuki boşluğun bulunduğu durumlarda; hakim bizzat yasa koyucu gibi davranarak, olayı çözümlenekt üzere Medeni Kanununun 1.maddesi hükmünce olaya uygulanacak kuralı bulmak ve uygulamakla yükümlüdür. (Y.İ.B.K. 18/11/1964 T. 2/4) Bu hakim için aynı zamanda bir görevdir. Hakim önündeki davayı sonuçlandırmak zorundadır. Anayasanın 36/2.fıkrası uyarınca hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya dayanarak bir hakim önündeki uyuşmazlığı çözmekten kaçınamaz. Aksi halde sorumlu olur (HUMK.573/6,7).” şeklindedir.

Yargıtay başka bir kararında hakimin davaya bakmaktan çekinememesini şu şekilde ifade etmiştir⁵⁴²:

“...Anılan kural içi boşluğun doldurulması hukuk yaratılması mahkeme yargıcının takdir yetkisi alanında kalmaktadır. Buradaki hukuk yaratma yetkisi yargıcın hem görevi hem de sorumluluğu dahilindedir. Yargıç kural içi boşluğu doldururken geçmiş tüm yasal düzenlemeleri, içtihatları, uygulamayı ve somut olayın özelliklerini dikkate alarak yöntemine uygun bir çözüm üretmelidir. Mevcut usul yasasında herhangi

⁵³⁹ Hakimin davayı çözmekten kaçınmaması kuralı, Kıta Avrupası Hukuk sistemine dahil olan diğer ülkelerin Anayasalarında veyahut Medeni Kanunlarında da düzenlenmiştir. Örneğin; Fransız Medeni Kanunu'nun 4'üncü maddesi “bir mesele hakkında kanunun sustuğu, karanlık veya yetersiz olduğunu ileri sürerek karar vermektan kaçınan hakim hakkında hakkı yerine getirmektan kaçınma suçundan dolayı kovuşturma yapılır” hükmüne yer vermiştir.

⁵⁴⁰ Oğuzman/Barlas, s. 111.

⁵⁴¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2004/10-109, K: 2004/115, Karar Tarihi:25.02.2004.

⁵⁴² Bu yönde karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2014/1024, K: 2016/630, Karar Tarihi: 25.05.2016.

bir düzenleme bulunmadığından bahisle sorunun çözümsüz bırakılması ve olumsuz yönde sonuca gidilmesi isabetli olmamıştır.”

Türk Medeni Kanunu'na göre hakimin hukuk yaratabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi zorunlu tutulmuştur. İlk olarak hakimin önüne gelen uyuşmazlığa uygulayabileceği bir kanun hükmünün bulunmaması gerekir. İkinci olarak ise kanun hükmünün yanı sıra örf ve adet hukukunda da söz konusu uyuşmazlığa uygulanacak bir kuralın bulunmamalıdır⁵⁴³. Bu durumda kanunda yer alan bir hükmün yorumlanması yoluyla çözüme kavuşturulabilecek bir konuda ya da örf ve adet hukuk kurallarıyla düzenlenen bir alanda Türk Hukuku açısından hakimin hukuk yaratma yetkisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır⁵⁴⁴.

Türk Hukukunda hakimin hukuk yaratma yetkisini kullanırken uygulayacağı yöntem de TMK'nın 1'inci maddesinde ifade edilmiştir. TMK'nın 1'inci fıkrasına göre hakim “kanun koyucu gibi hareket etmek” suretiyle hukuk yaratacaktır⁵⁴⁵. Buna göre hakim, uyuşmazlığa konu olayla aynı nitelikteki olaylara da uygulanabilecek genel ve soyut kural koyarak hukuk yaratma yetkisini kullanır. Yani hakim, sadece önüne gelen uyuşmazlığa özgü bir kural koyması mümkün olmayıp, söz konusu olayla aynı nitelikteki olaylara da uygulanma kabiliyetine sahip genel bir kural koymak mecburiyetindedir⁵⁴⁶. Bu konuda Yargıtay Genel Kurulunun 26.12.2001 tarihli kararı⁵⁴⁷:

“O nedenle Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun çoğunluğu, açıklanan esaslar altında davadaki hukuki boşluğu doldurmak için, öncelikle dava konusu tip olaylara uygulanabilecek genel ve soyut nitelikte bir kural koymayı, daha sonra bulunduğu bu kuralı olaya uygulamak suretiyle davayı

⁵⁴³ Bu yönde karar için bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2014/25555, K: 2014/27363, Karar Tarihi: 13.10.2014.

⁵⁴⁴ Oğuzman/Barlas, s. 113.

⁵⁴⁵ Bu yönde karar için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2012/21337, K: 2012/41639, Karar Tarihi: 06.12.2012.

⁵⁴⁶ Oğuzman/Barlas, s. 114.

⁵⁴⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2001/18-1163, K: 2001/1172, Karar Tarihi: 26.12.2001; Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 1997/19-665, K: 1997/1018, Karar Tarihi: 10.12.1997.

neticelendirmeyi benimsemiş; özellikle olayın subjektif değerlendirmesini yaparak bir kural getirmekten kaçınmaya özen göstermiştir.” şeklindedir.

a) Hakimler Hukuk Yaratırken Nasıl Hareket Etmelidir?

Hakim, kanun boşluğu olması durumunda kanun koyucu gibi davranarak kural koymalıdır. Hakim tarafından konulan bu kuralın hukuk güvenliğini sağlaması için aşağıdaki ilkeler kapsamında olması gerekmektedir⁵⁴⁸.

*Kanun koyucu gibi hareket etme ilkesi*⁵⁴⁹: Hakimin yaratacağı hukuk kuralının duruma özel ve somut olmaması gerekir. Aksine genel ve soyut nitelikte olmalıdır. Hakim kural koyarken kendi hakkaniyet anlayışına, adalet görüşüne ya da kişisel hislerine göre hareket etmemeli, objektif kriterlere dayanmalıdır. Dolayısıyla hakim, önüne gelen hukuki uyumsuzluğu gruplandırmalı ve o grubun verileri dahilinde karar vermelidir. Aksi durumda hakim, soyut değil, somut nitelikte bir karar vermiş olur⁵⁵⁰.

Hakim hukuk yaratırken davanın taraflarının karşılıklı menfaatlerini göz önünde bulundurmalıdır⁵⁵¹. Hakimin karşılıklı menfaatleri tespiti hukuk yaratmanın hazırlık aşamasıdır. Bu kapsamda hakim, toplumsal gerçeklikleri dikkate almalıdır. Ancak sadece taraflar arası menfaatin gözetilmesi hakimi, doğru sonuca ulaştırmaz. Hakim aynı zamanda, toplum çıkarları ve tarafların çıkarları arasında adil bir denge sağlamalıdır⁵⁵². Hakim, bireysel çıkarların, somut olaydaki tezahürlerine göre değil, toplumsal yaşamın ihtiyaçlarına uygun olarak sosyo-ekonomik ve siyasal hayatın verilerine göre bir karar vermelidir. Bu ilke kapsamında hakimin yaratacağı kuralın yalnızca çözüm bekleyen hukuki uyumsuzlığa değil, aynı zamanda, aynı yerde ve

⁵⁴⁸ Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979, s. 120-127; Özsunay, s. 228-235; Güneş, s. 179-182.

⁵⁴⁹ Hakim hukuk yaratırken kanun koyucu gibi hareket etmesi gereği konusunda bkz. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi E: 2004/210, K: 2006/2476, Karar Tarihi 29.03.2004; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2014/25555, K: 2014/27363, Karar Tarihi: 13.10.2014.

⁵⁵⁰ Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, s. 121-123; Erman, s. 53; Özsunay, s. 228-229; Akipek, s. 125-126; Tekinay; s. 70, Dural ve Sarı, s. 139; Aybay, Aybay ve Pehlivan, s. 332; Güneş, s. 180.

⁵⁵¹ Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, s. 121-123; Erman, s. 53; Özsunay, s. 228-229; Hakim hukuk yaratırken taraflarının menfaatlerinin göz önünde bulundurulması gerektiği hususu konusunda bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, E: 2003/21349, K: 2003/382, Karar Tarihi: 04.06.2003.

⁵⁵² Bu yönde karar için bkz: Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E: 2009/17251, K: 2010/1646, Karar Tarihi: 11.02.2010.

benzer nitelikte olaylara da uygulanabilmesi beklenir. Benzer olaylarda, aynı kararların uygulanabilmesi hukuki güvenliğini sağlar. Aynı zamanda adaletin gereği yerine getirilmiş olur⁵⁵³.

Hukuk düzeniyle bütünleşme ilkesi: Bu ilkenin yazılı hukuk kurallarıyla çelişmeme ve ahlaki duyguların gözetilmesi şeklinde iki boyutu vardır. İlk boyuta göre, hakimin yarattığı hukuk kuralının diğer hukuk kurallarına aykırı olmaması gerekir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 138. maddesi bu ilkeyi doğrulamaktadır. Maddeye göre “*Hâkimler... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*” Anayasa tarafından bir normlar hiyerarşisi öngörülmüştür. Hakimin hukuk yaratırken, bahsi geçen normlar hiyerarşisinin dışına çıkması hukuk düzeniyle bütünleşme ilkesine aykırı olur⁵⁵⁴.

İkinci boyut ise hakimin hukuk kuralı yaratırken toplumun ahlaki duygularını sarsmamasını gerektirir. Toplumun ahlak duygularıyla çatışan kural, kanun koyucu gibi hareket etme ilkesiyle çatışmaktadır. Dolayısıyla hakimin çözümü, toplumun değer yargılarına ve ahlaki duygularına aykırı olmamalıdır⁵⁵⁵.

Bazı elverişsiz yöntemlerden kaçınma ilkesi: Kanun koyucu hakime hukuk yaratma yetkisi ve görevi verirken, zımnen bazı durumlardan kaçınma direktifi verdiği de kabul edilmektedir. Bunlar genel başlıklar itibariyle yorum yöntemlerine başvurmama, kazuistik yöntemlerden kaçınma ve örf-adet hukukunun yanında üçüncü derecede bir hukuk kaynağına dayanmamadır⁵⁵⁶.

Yorum yöntemlerine başvurmamadan kasıt şudur: TMK, hukukta boşluk olmayacağı fikrini reddetmektedir. Dolayısıyla hakim, mutlaka mevcut kanunlardan yorum yolu ile bir çözüm bularak uygulamak ile yükümlü değildir. Hakim, hukuki

⁵⁵³ Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 121-123; Erman, s. 53; Özsunay, s. 228-229; Akipek, s. 125-126; Tekinay; s. 70, Dural ve Sarı, s. 139; Aybay, Aybay ve Pehlivan, s. 332; Güneş, s. 180.

⁵⁵⁴ Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 123-124; Özsunay, s. 229-230; Erman, s. 53; Akipek, s. 128; Tekinay, s. 71; Dural ve Sarı, s. 139, Aybay, Aybay ve Pehlivan, s. 332; Güneş, s. 181; Hakim hukuk yaratırken ait olduğu hukuk düzeninin gerekleriyle uyum içinde kalması hususunda bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı E. 2003/10-531, K. 2033/567, Karar Tarihi: 15.10.2003.

⁵⁵⁵ Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 123-124; Özsunay, s. 229-230; Erman, s. 53; Akipek, s. 128; Tekinay, s. 71; Dural ve Sarı, s. 139, Aybay, Aybay ve Pehlivan, s. 332; Güneş, s. 181.

⁵⁵⁶ Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 124-126.

terimlerden ve kanunun sistematığıne dayanarak üst kavram yaratma, kanun koyucunun olası iradesini arama ya da kanunun konuluş nedeninden önündeki somut olaya çözüm bulmak zorunda değildir⁵⁵⁷. Bu kapsamda hakimin hukuk yaratırken, temelde yorum yaparken kullanabileceği bu yöntemlere başvurması gerekir⁵⁵⁸.

Kazuistik yöntemlerden kaçınmada ise hakimden somut ve özel bir kural yaratmak yerine, soyut ve genel bir kural yaratması beklenir. Kazuistik yöntem sadece somut olaya yönelik çözümler sunar. Bu çözümler hakkaniyet içtihatçılığı ve duygulara dayanan içtihatçılıktır⁵⁵⁹. Birinci durum akla dayanmayı, ikinci durum ise duygulara dayanmayı esas alır. Her iki içtihatçılıkta Türk hukuk sisteminde kabul görmemektedir. Zira duygulara dayanan içtihatçılık keyfiliğe yol açabilir. Hakkaniyet içtihatçılığına dayanan hukukta boşlukta, belirli somut olay tekeline hakkaniyete göre karar verilir. Oysa hakimin hukuk yaratırken soyut ve genel bir kural koyması gerekir. Dolayısıyla her iki çözüm de reddedilir⁵⁶⁰.

Son olarak hakimin hukuk yaratırken örf ve adet hukuku gibi, başka bir hukuk kaynağına dayanmaması gerekir. Boşlukların doldurulması bakımından örf ve adet hukukunun yanında başka hukuk kaynakları da düşünülebilir. Bu kaynaklar doktrin, mahkeme kararları, başka bir yabancı hukuk düzeni, genel hukuk ilkeleri ve tabii hukuk ilkeleri olabilir⁵⁶¹. Ancak Türk hukuk sisteminde doktrin ya da mahkeme kararları bile hukukun uygulanmasında kaynak olarak değil, araç olarak kabul edilmiştir. Hakim tabii hukuku ya da hukukun genel ilkelerini uyumsuzluğa çözüm bulmada yardımcı bir araç olarak kullanabilir. Hakim, hukuku bizzat araştırıp bulmalı ve uygulamalıdır. Bu durumda görevini yerine getirirken bu kaynaklardan yararlanabilir. Ancak bu kaynaklara başvurmak zorunda değildir⁵⁶².

⁵⁵⁷ Özsunay, s. 230-231.

⁵⁵⁸ “Yasaların yorumunda ilk hareket noktası yorum konusu hususla ilgili bir düzenlemenin olmasıdır. Yasada açık hüküm yoksa, yorum değil, hukuk yaratmadan söz edilebilir.” Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2009/131, K: 2009/284, Karar Tarihi: 8.12.2009.

⁵⁵⁹ Özsunay, s. 232; Zevkliler, s. 62.

⁵⁶⁰ Zevkliler, s. 62; Özsunay, s. 232.

⁵⁶¹ Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 124-126; Özsunay, s. 230-235; Erman, s. 53; Tekinay, s. 71-72; Güneş, s. 182.

⁵⁶² Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 124-126; Özsunay, s. 230-235; Erman, s. 53; Tekinay, s. 71-72; Güneş, s. 182.

b) Hakimin Hukuk Yaratırken Başvuracağı Yardımcı Araçlar

Hakim, hukuk yaratırken öncelikle Medeni Kanun tarafından öngörülen yardımcı araçlardan faydalanmalıdır. Bunlar öğreti ve mahkeme kararlarıdır. Türk Medeni Kanunu öğreti ve mahkeme kararlarını hakimin yararlanabileceği araçlar arasında saymıştır. Maddeye göre TMK m. 1/3 “*Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.*” Bununla beraber hakim, hukuk yaratırken öğreti tarafından öngörülen araçlardan da yararlanabilir. Örnek olarak hukukun genel ilkeleri, tabii hukuk, eşyanın tabiatı, karşılaştırmalı hukuk, hukuk tarihi vb. gösterilebilir⁵⁶³.

Öğreti ve yargı kararları: Hukuk teorisyenleri, kanun şerhçileri ve hukuk alanında çalışan bilim adamları tarafından ortaya atılan görüşlerin tamamına öğreti denir. Öğreti sadece uygulanan hukuku değil, aynı zamanda hukuk tarihi, hukuk sosyolojisi, hukuk felsefesi, karşılaştırmalı hukuk alanlarını da içerir. Bu kapsamda hakim hukuk yaratırken, öğreti faaliyetlerinin çeşitleri olan makaleler, sistematik eserler, şerhler, monografiler ve bibliyografya eserlerinden faydalanabilir⁵⁶⁴. Hakim hukuk yaratırken mahkeme kararlarından da faydalanabilir. Bu kapsamda hakim, üst derece mahkeme kararları ve alt derece mahkeme kararlarını uygulayabilir.

Yukarıda belirtilen kanun maddesinden anlaşılacağı üzere öğreti ve yargı kararları, teknik anlamda bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmemektedir⁵⁶⁵. Bir boşluğun nasıl doldurulacağı daha önce doktrinde, mahkeme içtihatlarında ya da her ikisinde de gündeme gelmiş ve bir çözüm bulunmuş ise hakim bunu uygulayabilir. Ancak hakimin kendisinden önce öngörülmüş olan bu boşluk doldurucu kuralı benimsemek zorunluluğu bulunmamaktadır. Kendisi tamamen farklı bir kural da yaratabilir. Ancak önceki kuralı neden benimsemeyip, yeni bir hukuk kuralı yaratma yoluna gittiğinin gerekçesini belirtmek zorundadır⁵⁶⁶.

⁵⁶³ Zevkliler, s. 63-64; Özsunay, s. 233-244.

⁵⁶⁴ Özsunay, s. 236-239; Tekinay, s. 78-88.

⁵⁶⁵ Burada teknik anlamda hukuk kaynağı olmamasından kasıt, başvurularının zorunlu olmamasını ifade eder. Yani hakim, karar verirken bu kaynaklardan faydalanabilir. Ancak başvurması zorunlu değildir.

⁵⁶⁶ Oğuzman/Barlas, s. 117; Tekinay, 78; Özsunay, 236. Belirtmek gerekir ki İngiliz Hukuk sisteminde “*emsallerle bağlılık*” Türk hukuk sisteminde geçerli değildir. Genel olarak, aynı olan davalarda aynı

Hukukun genel ilkeleri: Hakimin hukuk yaratırken başvurabileceği yardımcı kaynaklardan bir diğeri hukukun genel ilkeleridir. Hakim hukuk yaratırken hukukun genel ilkelerinden de faydalanabilir. Hukukun genel ilkeleri, *medeni uluslarca benimsenmiş, adaleti sağlamayı amaçlayan, somut ilişkileri bütüncül bir yaklaşımla düzenleyerek birçok özel norma temel oluşturan, soyut, genel, evrensel ve üstün nitelikteki yazılı veya yazılı olmayan hukuk kurallarını tanımlamaktadır*⁵⁶⁷. Genel hukuk ilkeleriyle hukuk yaratmada hakim, tümünden gelim ile kıyas yapmaktadır⁵⁶⁸. Genel hukuk ilkesi olan büyük önerme, küçük önerme olan somut olaya uygulanır⁵⁶⁹.

Hukukun genel ilkeleri kavramı oldukça müphem ve belirsiz bir kavram olması nedeniyle hukuki uyumsuzluklarda kolaylıkla tespit edilememektedir. Edis, bu kavramın iyice anlaşılabilmesi için genel hukuk ilkelerinin kapsamını içeren ilke gruplarını belirtmiştir. Ona göre hukukun genel ilkelerinin bir kısmı mantık ilkelerden, bir kısmı tümevarım yoluyla elde edilen ilkelerden, bir kısmı da hukuk düzeninin tümünden çıkarılabilir⁵⁷⁰.

Mahkeme kararlarında çoğu zaman, mantık ilkelerine veya hukuki özdeyişlere dayanılarak karar verildiği görülmektedir. Bunlardan bazıları dürüstlük kuralı ve kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerdir⁵⁷¹. Hukuki özdeyişlere örnek olarak şunlar gösterilebilir⁵⁷²:

- Özel kural, genel kuralı geçersiz kılar. (Lex specialis derogat generali)
- Bir haktan doğumundan önce feragat edilmez.
- Kimse kendi ayıbını ileri sürüp hak elde edemez. (Nemo auditor terpitudinem suam allegans)

çözüm yönteminin benimsenmesi her ne kadar hukuka güvenin sağlanması açısından gerekli ise de, Türk hukuk sisteminde hakim, mahkeme kararıyla sıkı sıkıya bağlı değildir. Bkz. Özsunay s. 238.

⁵⁶⁷ Güneş, s. 194.

⁵⁶⁸ Burada bahsi geçen kıyas kavramı, sadece kanunun konuluş nedenini göz önünde bulunduran kıyastan ayrılır. Genel hukuk ilkeleri kapsamında tüm dengelim yöntemiyle yapılan kıyas çok daha geniş bir anlamı ifade etmektedir. Bkz. Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 134.

⁵⁶⁹ Demir/Deryal, s. 357.

⁵⁷⁰ Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 133-136.

⁵⁷¹ Özsunay s. 239-240.

⁵⁷² Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 133-134; Mecelle hükümleri için bkz. Yasin Kurban, *Mecelle ve Günümüz Hukuku*, Erzurum Kültür Eğitim Kitap ve Kırtasiye, Erzurum 2019, s. 39, 46, 47 ve 57.

- Geçersiz olan geçerli olanı sakatlamaz. (Utile per inutile non vitiatur)
- Susma muvafakat sayılır. (Qui tacet consentire vidatur)
- Şekk ile yakın zail olmaz.
- Sıfat-ı arızada asl olan ademdir.
- Bir zamanda sabit olan şeyin hilafına delil olmadıkça bekasıyla hükmolunur.
- Zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur.

Bazı genel hukuk ilkeleri ise hukuki uyumsuzlığa konu olan olaydan oldukça uzak bir kuraldan tümevarım yöntemlerinden elde edilen ilkelere oluşur⁵⁷³. Burada tümevarım yöntemi ile kıyas yapılır⁵⁷⁴. Daha özel nitelikte olan hukuki normdan, tümevarım yöntemiyle genel bir ilke elde edilir⁵⁷⁵. Örnek olarak Türk Borçlar Kanunu m. 417/2 gösterilebilir. Maddeye göre “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.” Buradan yazılı olmayan şu hukuk ilkesi çıkarılabilir: “Üçüncü kişileri tehlike altında bulunduran kimse, zarar doğmasını engellemek için şartların gerektiği özeni gösterme ve tedbirler almakla yükümlüdür⁵⁷⁶.”

Bazı genel hukuk ilkeleri ise hukuk düzeninin tamamından çıkarılabilir. Bu noktada siyasal rejimin yapısı ve hukuk idesinin birleşimi söz konusudur. Edis’e göre ilkeler, genel terimlerle ifade edilir ve içeriğinin doldurulup bir hukuki uyumsuzlukta uygulanması bir anlamda hukuk yaratma gibidir⁵⁷⁷. Bu terimlere örnek olarak kamu düzeni, insan haysiyeti, hukuki güvenlik ilkesi ve sosyal hukuk devleti gibi kavramlar gösterilebilir.

Tabii hukuk: Hakim hukuk yaratırken yardımcı araçlardan olan tabii hukuktan yararlanabilir. Tabii hukuk, örf-adet, kanun gibi her türlü pozitif hukuktan müstakil

⁵⁷³ Güneş, s. 357.

⁵⁷⁴ Burada bahsi geçen kıyas kavramı, sadece kanunun konuluş nedenini göz önünde bulunduran kıyastan ayrılır. Genel hukuk ilkeleri kapsamında tümdengelim yöntemiyle yapılan kıyas çok daha geniş bir anlamı ifade etmektedir. Bkz. Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 134.

⁵⁷⁵ Demir/Deryal, s. 359.

⁵⁷⁶ Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 134.

⁵⁷⁷ Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 135.

olarak, insanın ve eşyanın tabiatından kaynaklanan hukuktur⁵⁷⁸. Genel hukuk ilkelerinin kaynağı nazarıyla bakılan tabii hukuka, pozitif düzenlemelerde de rastlanmaktadır. Örnek olarak 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu m. 7 gösterilebilir⁵⁷⁹. Maddeye göre “*Bir hukuki sorun, bir kanunun gerek sözcükleri, gerekse tabii anlamına göre çözümlenemezse, kanunlarda belli bir biçimde çözümlenmiş benzer sorunlar ve o kanuna yakın olan diğer kanunlardaki kurallar göz önüne alınır. Hukuki sorun, yine şüpheli kalırsa, bu, özenle toplanan ve dikkatle düşünülen durumlar gözönüne alınarak, tabii hukuk ilkelerine göre çözümlenir.*” Dolayısıyla maddeden de anlaşılacağı üzere hakim, hukuk yaratırken tabii hukuk ilkelerinden yardımcı olarak faydalanabilir.

⁵⁷⁸Georges Gurvitch, “Tabii Hukuk mu, Yoksa Sezgiye dayanan Müsbet Hukuk mu?”, Çev: Hamide Uzbark, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2/4, Y. 1945.

⁵⁷⁹ Özsunay, s. 240.

SONUÇ

Kanun koyucular kanunları yaparken, gelecekte karşılaşılabilecek her türlü hukuki uyuşmazlığa uygulanabilmelerini hedefler. Ancak teknolojik gelişmeler ve toplumsal yaşamın dinamikliği nedeniyle, hukuk kurallarının, karşılaşılabilecek her türlü hukuki uyuşmazlığa çözüm getirmesini beklemek imkansızdır. Kanun koyucu mükemmel kanunlar yapsa dahi, çıkarıldığı dönemin koşullarına uygun olan kanunların, gelecek dönemlerdeki her türlü hukuki uyuşmazlığa uygulanabileceğini iddia etmek mümkün değildir. Bu noktada kanun boşlukları kavramından bahsedilir. Kanun boşluğu, kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gereken bir konunun düzenlenmemesi olarak tanımlanabilir.

Önlerine gelen davaları çözüme kavuşturma yükümlülüğü altında olan hakimlerin, ilgili olayı çözüme kavuşturmak için pozitif hukukta herhangi bir hüküm bulamaması durumunda, davayı çözümsüz bırakması, hukuk sistemleri tarafından kabul edilmemektedir. Dolayısıyla yaygın olarak kabul gören anlayışa göre hakimler, önlerine gelen davayı çözümsüz bırakamazlar; kanunda boşluk olması durumunda hakimler, bu boşluğu doldurmak zorundadırlar. Bu noktada hakimlerin hukuk yaratma yetkisi gündeme gelmektedir.

Hakimin yargısal etkinlikleri arasında yer alan ve kanun boşluklarının doldurulma yöntemi olarak karşımıza çıkan hakimin hukuk yaratması, hakimin diğer yargısal etkinlikleri olan hakimin hukuk kurallarını yorumlaması ve takdir yetkisinden farklıdır. Yorum, hukukla ilgili metinlerin veya mevzuat metinlerinin doğru anlamını belirleme faaliyeti olarak tanımlanabilir. Takdir yetkisi ise, kanun koyucunun bütün hukuki meseleleri en ince ayrıntısına kadar düzenlemesinin mümkün olmaması nedeniyle hakime belirli sınırlar dahilinde tanıdığı yetki olarak ifade edilebilir. Yorumda hakim, olaya uygulayacağı hukuk kuralının lafzından, sistematüğinden, tarihçesinden ya da amacından hukuk kuralının anlamını tespit etmeye çalışırken, hukuk yaratmada hakim, boşluk olması dolayısıyla yeni bir kural koymaktadır. Buna ek olarak hukuk yaratmayı takdir yetkisinden ayıran nokta ise takdir yetkisinde çerçeve niteliğinde bir kanuni düzenlemenin olmasıdır. Takdir yetkisinde hukuki uyuşmazlığa uygulanacak olan hüküm genel hatlarıyla düzenlenmiş, detaylar hakime

bırakılmıştır. Hukuk yaratmada ise hakimin kendisini kanun koyucu yerine koyarak yeni bir hukuk kuralı yaratması söz konusudur.

Hakimin hukuk yaratması Batı hukuk teorilerinde bazı önemli kanunlaştırmalardan sonra tartışma konusu olmuştur. Bu konu çalışmada farklı hukuki akımlar (teoriler) çerçevesinde ele alınmıştır. Bu hukuki akımlardan (teorilerden) bazıları hakimin hukuk yaratma yetkisine sahip olduğunu kabul etmezken (yorumcu hukuk okulu, kavramlar içtihadı) diğer bazıları kabul etmektedir (serbest hukuk akımı, menfaatler içtihadı okulu, ılımlı hukuki formalizm, Amerikan hukuki realizmi ve bazı şartlar dahilinde eleştirel hukuk çalışmaları).

Hakimin hukuk yaratmasını reddeden hukuki teorilerden/akımlardan olan yorumcu hukuk okulu, kanunun, her türlü somut olayda uygulanabilir olduğu ve hakimlerin kanun koyucunun niyetini yorumlamak dışında bir görevi olmadığını ileri sürmüştür. Buna göre kanun koyucunun her şeyi kanunlarla düzenlemesi sebebiyle kanunda boşluk olamayacağı, yani, hakimin hukuk yaratamayacağı kabul edilmiştir. Hakimin hukuk yaratmasını reddeden hukuki akımlardan bir diğeri olan kavramlar içtihadı ise hukukun, dış etkenlere kapalı, kendine yeten bir mantık sistemi olduğunu ve hakimlerin temel görevlerinin kanunun uygulanması olduğunu ileri sürmüşlerdir. Keza onlara göre kanunda meydana gelecek herhangi bir boşluk, kanun koyucu tarafından bilinçli olarak bırakılmıştır ve hakimin bu konuda yapabileceği şey hukuk yaratma değildir.

Yukarıda bahsi geçen teorilerin/akımların karşısında ise hakimin hukuk yaratma yetkisinin var olduğunu ileri süren teoriler/akımlar yer alır. Bu akımlardan serbest hukuk okulu ve menfaatler içtihadı okulu, kavramlar içtihadına karşı gelişmiştir. serbest hukuk okuluna göre hakimlerin sadece kanuna bağlı olması ve her zaman hukuk kurallarından mantık kuralları aracılığıyla bir sonuca varmaya çalışması gerçekçi değildir; kanun boşluğu durumunda hakimler hukuk yaratabilmelidir. menfaatler içtihadı okuluna göre ise hâkimlerin salt kanun metnine bağlı olmaması ve kanun koyucuya yol göstermesi gerekir. Başka bir anlatımla, kanun koyucunun düşünemediği konularda hâkimlerin, tarafların karşılıklı menfaat durumlarını göz önünde bulundurarak karar vermesi veya hukuk yaratması beklenir.

Çalışmada hakimin hukuk yaratmasını kabul eden hukuki akımlardan/teorilerden diğerleri ise hukuki belirsizliğin varlığını savunan teorilerdir. Belirsizlik, zayıf ve güçlü belirsizlik tezlerinden oluşur.

Zayıf/ılımlı formalizmi savunan hukuki formalizmde belirsizlik, zayıf ve istisnai niteliktedir. Hukuki belirsizlik olmadığı sürece hakimin hukuk yaratmasına ihtiyaç duyulmaz. Dolayısıyla hakimlerin hukuk yaratma yetkisini kullanacakları alanlar sınırlıdır. Buna göre davaların sonucu hakkında haklı gerekçelendirmenin yapılamadığı noktalarda hakime hukuk yaratma yetkisi verilmiştir.

Güçlü belirsizlik tezi açısından hukuki belirsizlik yaygındır. Bu tür belirsizliği savunan akımlardan/teorilerden olan Amerikan hukuk realizmine göre hakimler hukuki belirsizliği ortadan kaldırmak için hukuk yaratma yetkisine başvururlar. Onlara göre kanunların yetersiz kaldığı her durumda hakimin hukuk yaratma yetkisi bir çare olarak kabul edilmektedir. Kanun boşluğunun varlığı halinde hakimin hukuk yaratması kaçınılmazdır. Eleştirel hukuk çalışmaları akımına/teorisine göre ise hukuk kesin ve belirli değildir. Belirsizlik, hakimlerin, hukuku istedikleri yönde bükmelerine neden olabilecek niteliktedir. Öyle ki hakimler, kanun boşluğunun olmadığı durumlarda dahi istedikleri yönde karar verebilmektedir. Burada bu belirsizlikten kaçınmak için hakimin rolünün sınırlandırılması önerilmektedir. Bu öneride hakime hukuk yaratma yetkisi verilmez. İkinci öneri ise, hakimin politik ve ahlaki düşüncelerinin de yargılama sürecinde dikkate alınması gerektiği yönündedir. Dolayısıyla hakime geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Belirtmek gerekir ki bu öneri, eleştirel hukuk savunucularının yakındığı hukuki belirsizlik alanının daha da genişlemesine neden olacaktır.

Mahkemelerin geçmişten günümüze vermiş oldukları kararlar çerçevesinde belirlenen ilkelere göre şekillenen bir hukuk düzeni olan Anglo-Sakson hukuk sistemi, hakime hukuk yaratma yetkisini en güçlü biçimde tanıyan hukuk sistemlerinden biridir. Anglo-Sakson hukukunun önemli örneklerinden olan İngiliz Hukuk sisteminde hakimler, önlerine gelen somut olaylarda öncelikle, daha önce kendisi ya da üst mahkeme tarafından verilmiş kararları ve İngiliz Parlamentosu tarafından çıkarılan kanunları inceler. Hakim, olayla ilgili bir karar veyahut kanun bulabilirse, somut

olayda bu kanun veya kararı uygular. Bulamadığı takdirde ise hakkaniyete uygun olarak kendisi yeni bir hukuk kuralı yaratır.

İslam hukuk sisteminde hakimin hukuk yaratması içtihat kavramıyla birlikte değerlendirilmektedir. İctihat ile ilgili iki temel görüş bulunmaktadır. İlkine göre içtihat kapısı dokuzuncu yüzyıl itibariyle kapanmıştır. Bu kapsamda hakime hukuk yaratma yetkisi verilemez. İkinci ve ağırlık kazanan görüş ise içtihat kapısı açıktır ve Kur' an ve sünnette hüküm bulunmadığı durumlarda hakim hukuk yaratabilmelidir. Günümüzde İslam Hukukunun uygulandığı ülkelerde kabul edilen görüş ikincisidir. Örneğin Suudi Arabistan ve İran Anayasalarında içtihat yoluyla hakime hukuk yaratma yetkisi veren düzenlemelere rastlanmaktadır.

Son olarak ana yapısını yazılı kanunların oluşturduğu bir hukuk geleneği olarak kabul edilen Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise kural olarak hakimler, önüne gelen uyuşmazlıklarda kanun koyucunun koyduğu kuralları uygular. Hakim önüne gelen uyuşmazlıklarda uygulayabileceği bir kanun hükmü veya örf ve adet hukuku bulamadığı durumlarda ise hukuk yaratma yolu ile söz konusu boşluğu doldurur. Hakim, önüne gelen bir uyuşmazlığı uygulayabileceği bir kanun hükmü olmamasını gerekçe göstererek reddedemez veya sonuçsuz bırakamaz. Bu durum, Kıta Avrupası hukukunun uygulandığı ülkelerin medeni kanunlarında da kendine yer bulur. Bununla birlikte kanun boşluğu durumunda hakimin nasıl hareket etmesi gerektiği noktasında bu sistem içerisinde çoğunlukla iki farklı yöntem uygulanmaktadır. Bunlardan ilki Avusturya Medeni Kanunu'nun 7'nci maddesi, İtalyan Medeni Kanunu'nun 12'nci maddesinin 2'nci fıkrası ve Arjantin Medeni Kanunu'nun 16'ncı maddesinde de yer verilen yöntemdir. Buna göre kanun boşluğu durumunda hakim öncelikle kıyas yoluna başvurur, yeterli olmaması durumunda ise hukukun genel ilkelerine göre hareket eder. İkinci yöntem ise İsviçre Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesi ve Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan yöntemdir. Buna göre kanun boşluğu durumunda öncelikle örf ve adete bakılması; burada da hüküm bulunmaması halinde hakimin hukuk yaratma yoluna gitmesi yönündedir. Belirtmek gerekir ki hakimin hukuk yaratmasına yetki veren kıyas, kanunun ilgili maddeye göndermede

bulunduğu durumlar için söz konusu değildir. Kıyas ile hakimin hukuk yaratması, hakimin bizzat kendisinin kıyasa başvurduğu durumlar için söz konusudur.

Türk hukuk sisteminde hakimin hukuk yaratmasının hukuki gerekçesi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Türk Medeni Kanunu'dur. Türk Medeni Kanunu m. 1, özel hukuk alanında etkili bir madde olmakla birlikte, durumun gereklerine uygun düştüğü ölçüde kamu hukuku alanında da uygulanmalıdır. Kamu hukukunda kanunilik ilkesinin geçerli olduğu ceza ve vergi hukuku gibi alanlar ve bir konunun tüketici olarak düzenlendiği ve hakimin aksiyle kanıt akıl yürütme yöntemini kullanarak karar verebildiği durumlar haricinde, bir uyuşmazlıkla karşılaşan hakim, Anayasa gereği uyuşmazlığı çözümsüz bırakamayacağı için Türk Medeni Kanunu'na göre hukuk yaratabilmelidir.

Bu açıklamalardan sonra hakimlerin hukuk yaratırken nasıl hareket etmesi gerektiği sorusu akla gelmektedir. Çalışmada bu konu, Türk hukuku açısından ele alınmıştır. Hakimin, kanun boşluğu olması durumunda sınırsız bir yetkiyle donatılarak hukuk yaratması düşünülemez. Dolayısıyla birtakım ilkeler getirilerek bu serbestinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu ilkeler hukuk güvenliğinin ve belirliliğinin sağlanması açısından oldukça önemlidir. Ana başlıklar olarak genel kabul gören ilkeler, kanun koyucu gibi hareket etme ilkesi, hukuk düzeniyle bütünleşme ilkesi ve bazı elverişsiz yöntemlerden kaçınma ilkesidir⁵⁸⁰.

Hakim hukuk yaratırken kanun koyucu gibi hareket etmelidir. Hakimin koyacağı hukuk kuralı, ilgili hukuki uyuşmazlığa özgü olmamalıdır. Tıpkı kanun koyucu gibi genel ve soyut bir kural yaratmalıdır. Hakim, tarafların karşılıklı menfaatlerini dikkate alarak bir çözüme varmalıdır. Kendi düşüncelerine, yaşantısına göre değil, objektif kriterlere göre karar vermelidir. İkinci ilke olan hukuk düzeniyle bütünleşme ilkesi, hakimin yaratacağı hukuk kuralının pozitif hukuktaki düzenlemelerle çatışmamasını gerektirir. Yine bu ilke kapsamında hakimin yaratacağı hukuk kuralının toplumun ahlaki duygularıyla örtüşmesi gerekir. Üçüncü ilke ise hakime hukuk yaratırken bir takım hususlardan kaçınmasını öngörür. Öncelikle hakimin hukuk yaratırken yorum yöntemlerine başvurmaması gerekir. Hakim, hukuki kavramlara dayanarak yeni bir

⁵⁸⁰ Edis, s. 120-127.

kavram yaratma, kanunun konuluş nedenini araştırma ya da kanun koyucunun kanun yaptığı sıradaki iradesini araştırarak hukuki uyumsuzluğa çözüm bulmak zorunda değildir. Dolayısıyla hakim, yorum yaparken kullanabileceği yöntemleri hukuk yaratırken kullanmamalıdır. Yukarıda da bahsedildiği üzere yorum ve hukuk yaratma birbirinden farklı kavramlardır. İkinci olarak hakim, belli bir olaya çözüm getirmek yerine, kanun koyucu gibi davranarak genel bir kural yaratmalıdır. Bu kapsamda hakimin kazuistik yöntemlerden kaçınmaları gerekir. Son olarak hakimin hukuk yaratırken, kanunun öngörmediği bir hukuk kaynağına dayanmaması gerekir. Buradan hakimin doktrin, mahkeme kararları ya da genel hukuk ilkelerinden kesin surette faydalanmaması sonucu çıkarılmamalıdır. Hakim karar verirken yardımcı araçlardan faydalabilir, ancak bu araçları başvurulması zorunlu kaynaklar olarak değerlendirmemelidir.

Hakimin hukuk yaratırken başvuracağı yardımcı araçlara örnek olarak öğreti, mahkeme kararları, hukukun genel ilkeleri, tabii hukuk, karşılaştırmalı hukuk, hukuk tarihi vb. gösterilebilir. Belirtmek gerekir ki bu yardımcı araçların hiç birisi hakimlerin başvurması gereken zorunlu hukuk kaynakları niteliğinde değildir. Bu yardımcı kaynaklardan öğreti ve mahkeme kararları Türk Medeni Kanunu tarafından öngörülmüşken, diğerleri öngörülmemiştir. Hakim hukuk yaratırken öğretiden faydalanabilir. Öğreti sadece uygulama içerikli hukuk alanlarını değil, aynı zamanda karşılaştırmalı hukuk, hukuk tarihi, hukuk felsefesi vb. alanları da içerir. Bu kapsamda hakim, öğreti faaliyetleri olan makaleler, sistematik eserler vb. faydalanabilir. Bunun yanında mahkeme kararları da hakime yol gösterici nitelikte olabilir. Hakimin önüne gelen hukuki uyumsuzlukla ilgili olarak daha önce verilmiş bir karar ya da doktrinde öngörülmüş bir çözüm yolu var ise hakim, bunları dikkate alabilir. Ancak Kıta Avrupası hukuk sisteminde, İngiliz Hukukunda olduğu gibi emsallerle bağlılık geçerli değildir. Dolayısıyla hakim, daha önce verilmiş olan mahkeme kararına uymak zorunda değildir⁵⁸¹. Hakim hukuk yaratırken hukukun genel ilkelerinden de yardımcı araç olarak faydalanabilir. Genel hukuk ilkelerinin içeriği mantık ilkelerinden, tümevarım yoluyla elde edilen ilkelere ya da hukuk düzeninin tamamından

⁵⁸¹ Oğuzman/Barlas, s. 117; Tekinay, 78; Özsunay; 236-238.

çıkarılabilir. Ayrıca hakim, hukuk yaratırken, tabii hukuk ilkelerinden de faydalanabilir. Bu kapsamda insanın ve eşyanın doğasından kaynaklanan hukuk, hakime yol gösterici nitelikte olabilir.

Genel olarak ana hukuk akımının (main stream) veya baskın hukuk düşüncesinin geldiği nokta, hukuk sistemlerinin mükemmel mantıksal yapılar olmadığı, hakimın bazı durumlarda (kanun boşluğu durumunda) hukuk yaratmasına ihtiyaç olduğu anlayışıdır.

Hakim, herhangi bir resmi görevli değildir. Hakimi, hukuku uygulayan diğer resmi görevlilerden ayıran özellik, onun aynı zamanda hukukun veya adaletin kaynağı olmasıdır. Sayısız somut durumda adaletin gerçekleşmesi için yaratıcı hakim tasavvuruna ihtiyaç vardır.

Yaratıcı hakim tasavvuru sadece boşluk durumunda, hukuk yaratan bir hakim portresinden daha fazla şeyleri ifade eder. Hakimler, mevcut hukuku uygularken dahi, kanunun ruhunun somut olayda adaleti gerçekleştirecek tarzda vuku bulmasını sağlamalıdır.

Yaratıcı hakim tasavvurunu hukukun gelişim tarihinde görmek mümkündür. Gerek Roma’da gerekse İngiltere’de pozitif hukuku tamamlayacak şekilde hukuk yaratma söz konusu idi. Eğer ihtiyaçlar gerektiriyorsa, Roma’da Pretorun yarattığı “makam hukuku” nun, ius civile’yi; İngiltere’de ise şansölyenin (Chancellor) hakkaniyet hukuku, common law’u tamamlayabiliyordu⁵⁸².

Yaratıcı hakim tasavvuru, keyfilik anlamına gelmez. Hakim hukuk yaratırken, biçimsel ve maddi (içeriksel) sınırlamalara tabi olmalıdır. Biçimsel sınırlama olarak İsviçre ve Türk Medeni Kanununun öngördüğü “yasa koyucu gibi hareket etme” ölçütü gösterilebilir; maddi (içeriksel) sınırlama olarak da hukukun genel ilkeleri, eşyanın tabiatından kaynaklanan ilkeler, kabul edilmiş insan hakları doktrini gösterilebiliriz.

⁵⁸² Schwarz, Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku, s. 192 vd.

KAYNAKÇA

- AKBAŞ, Kasım; Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2005.
- AKBAŞ, Kasım; Hukukun Büyükbozumu, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.
- AKGÜNDÜZ, Ahmed; İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku I. Cilt, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011.
- AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN, Derya Ateş; Medeni Hukuk, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Genişletilmiş Ondördüncü Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut; Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku), Yenilenmiş 6. Bası, Beta Yayınları.
- AKİPEK, Jale G.; Türk Medeni Hukuku (Birinci Cilt), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1973.
- AKMAN, Şefik Taylan; "Hukuk Politika İlişkisi Bağlamında Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 61, S. 4, Y. 2012, ss. 1271-1306.
- AKTAŞ, Sururi; "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1-2, Y. 2010, ss.1-33.
- AKTAŞ, Sururi; Eleştirel Hukuk Çalışmaları, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- AKTAŞ, Sururi; Hukukta Yorum Çabaları, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3-4, Y. 2011, ss. 1-33.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 2. Güncellenmiş Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.
- ANIL, Yaşar Şahin; Hakimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.
- ANSAY, Sabri Şakir; Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

- ARAL, Vecdi; Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Beşinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985.
- ASLAN, Yılmaz/ŞENYÜZ, Doğan; Hukuka Giriş, Yenilenmiş 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017.
- AVCI, Mustafa; Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 4. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2014.
- AYBAY, Aydın/AYBAY, Rona/PEHLİVAN, Ali; Hukuka Giriş, Genişletilmiş 13. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- AYDIN, Mehmet Akif; Türk Hukuk Tarihi, 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- AYTAZ, Abdullah Batuhan; Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, Doktora Tezi, İstanbul 2015.
- BARBER, N. B.; “Sovereignty Re-examined:The Courts, Parliament, and Statutes”, Oxford Journal of Legal Studies, Vol:20, No:1, 2000,ss. 131-154.
- BEATTY, Sam A.; “On Legal Realism-Some Basic Ideas of Jerome Frank”, Alabama Law Review, Vol. 11, Issue 2 (Spring 1959), pp. 239-253.
- BEKRİ, Muhammet Nedim; Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması, Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- BERKİ, Ali Himmet; Açıklamalı Mecelle, Hikmet Yayınları, 1982.
- BERKİN, Necmettin; “İngiltere’de Mahkeme Kararlarının Dayandığı Prensipler ve Hakimin Hukuk Yaratma Gücü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 40, S. 1-4, Y. 1974.
- BEYAZIT, Özgür; “Interpretation and Lawmaking by the Courts in English Common Law System”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 6, Y. 2015.
- BİLGE, Necip; Hukuk Başlangıcı (Hukukun Temel İlkeleri), 6. Baskı, Ankara 1987.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi; Hukukî İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu Cilt I, Bilmen Yayınevi, İstanbul.

- BONNECASE, Julien; "The Problem of Legal Interpretation in France", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 12, Parts 1 and 4 (1930), pp. 79-93.
- BRENCHER, George; "Formalism, Positivism, And Natural Law In Ernest Weinrib's Tort Theory: Will The Real Ernest Weinrib Please Come Forward?", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 42, Issue 3 (Summer 1992), pp. 318-353.
- CAN, Cahit; *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, 3. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011.
- CASEY, Conor; "Legal Indeterminacy: Causes and Significance", *Trinity College Law Review* 42 (2015), Vol. 18, pp. 42-55.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT,Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Yedinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- CEYLAN, Şule Şahin; *H.L.A. Hart' ın Hukuk Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2014.
- CHAGOYAN, Roberto Lara; "Comments On Panel IV-Legal Formalism", *Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory: Panel IV: Legal Formalism*, *Revista Juridica Universidad de Puerto Rico*, Vol. 77, Issue 2 (2008), pp. 479-482.
- CHOWDHURY, Tanzil; "Time Frames and Legal Indeterminacy", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 30, Issue 1 (February 2017), pp. 57-76.
- CİN, Halil/AKGÜNDÜZ, Ahmet; *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011.
- CİN, Halil/AKYILMAZ, Gül; *Türk Hukuk Tarihi*, 4. Baskı, Konya 2011.
- CLARK, T. T.; "The Historical School of Law - Thibaut and Savigny", *Journal of Jurisprudence*, Vol. 32, Issue 374 (1888), pp. 57-112.
- CLINTON, Robert N.; *Original Understanding, Legal Realism, and the Interpretation of "This Constitution"*, *Symposium: In Celebration of the Bicentennial of the Constitution*, *Iowa Law Review*, Vol. 72, Issue 5 (July 1987), pp. 1177-1280.

- COOK, Walter W.; “Scientific Method and the Law”, American Bar Association Journal, Vol. 13, Issue 6 (June 1927), pp. 303-309.
- CORBETT, P. E.; “The Work and Influence of Francois Geny”, Canadian Bar Review, Vol. 15, Issue 1 (January 1937), pp. 1-9.
- COX, Paul N.; “An Interpretation and (Partial) Defense Of Legal Formalism”, Indiana Law Review, Vol. 36, Issue 1 (2003), pp. 57-100.
- ÇAĞIL, Orhan Münir; Hukuk Başlangıcı Dersleri (Hukukun Temelleri ve Hukuk İlminin Tarihi Tekamülü), Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1963.
- DAVID, D. Friedman, Law’s Order (What Economics Has To Do With Law and Why It Matters), Princeton University Press.
- DAVID, Rene; "The Civil Code in France Today", Louisiana Law Review, Vol. 34, No. 5, 1973-1974, ss. 907-920.
- DEMİR, Abdullah/DERYAL, Yahya; Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi (Metodolojik Hukuka Giriş), 1. Baskı, Ankara 2013.
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- DEMİRDAL, M. Balkan; “Ronald Dworkin’ in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3-4, Y. 2014, ss. 789-820.
- DEUTSCH, Bernard F. Deutsch; “Common Law”, Jurist, Vol. 27, Issue 1 (1967), pp. 37-57.
- DİÇKOL, Hulüsi Alphan; İdari Yargıda Hakimin Takdir Yetkisi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s.6.
- DİNÇ, Uğur; Semantik Doğal Hukuk ve Hukuki Yorum, Birinci Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2014.

- DİNÇKOL, Abdullah; Hukuka Giriş, Genişletilmiş 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2005.
- DİNÇKOL, Abdullah; “Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında “Hak Ve Nısfet”, Yargıtay Dergisi, C. 19, S. 3, Y. 1993, ss. 214-230.
- DORF, Michael C.; “Legal Indeterminacy and Institutional Design”, New York University Law Review, Vol. 78, Issue 3 (June 2003), pp. 875-981.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat; Türk Özel Hukuku Cilt I (Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri), 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.
- DWORKIN, Ronald; “Thirty Years On”, Harvard Law Review, Vol. 115, Issue 6 (April 2002), pp. 1655-1688.
- DWORKIN, Ronald; Justice In Robes, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London 2006.
- DWORKIN, Ronald; Hakları Ciddiye Almak, Çev: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Yayınları, Ankara 2007.
- DWORKIN, Ronald; Hukukun Hükümranlığı, Çev: Ertuğrul Uzun, 1. Baskı, Nora Kitap, İstanbul 2018.
- EBU ZEHRRA, Muhammed; İslam Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usulü, Çev: Abdulkadir Şener, 13. Baskı, Fecr Yayınevi, Ankara 2017.
- EDİS, Seyfullah; “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Edt: Veysel Başpınar, C. 30, S. 1, Y. 1973, ss. 169-196.
- EDİS, Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra; Hukukun Serüveni, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2015.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra; Osmanlı Hukuku, 4. Baskı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2016.

- ELLIOT, Catherine; English Legal System: Essential Cases and Materials, Pearson Publishing, Harlow 2009.
- ELLIOT, Catherine/QUINN, Frances, English Legal System, Tenth Edition, Pearson Longman 2009.
- ERDEM, İmran Arıtı; “Vergi Hukukunda Hakimin Hukuk Yaratması: Boşluk Doldurma”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y. 2016/2, ss. 1-26.
- ERMAN, Hasan; Medeni Hukuk Dersleri (Başlangıç Bölümü), Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, İstanbul 2010.
- EROĞUL, Cem; Çağdaş Devlet Düzenleri, 9. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2014.
- ESENER, Turhan; Hukuk Başlangıcı (Genel Hukuk Bilgisi), 5. Baskı, Alkan Yayınevi.
- ESİRGEN, Seda Örsten; “Osmanlı Devleti’ nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?” , Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, S.29, Y. 2011, ss. 31-48.
- EŞİTLİ, Ezgi Aygün, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 104, Y.2013, ss. 225-246.
- FAFINSKI, Stefan and FINCH, Emily; English Legal System, Pearson Longman, Harlow 2010.
- FISCHL, Richard Michael; “Some Realism About Critical Legal Studies”, University of Miami Law Review, Vol. 41, Issue 3 (January 1987), pp. 505-532.
- FOWLER, Robert Ludlow; “The Future of the Common Law”, Columbia Law Review, C. 13, S. 7, Y. 1913.
- FOWLER, Stuart; “Indeterminacy in Law and Legal Reasoning”, Stellenbosch Law Review, Vol. 6, Issue 3 (1995), pp. 324-347.
- FRIEDMANN, Wolfgang; Legal Theory, Second Edition, London 1949.
- FULLER, L.L.; “American Legal Realism”, University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 82, Issue 5, pp. 429-462.

- FURTUN, Ayşen; Hukuk Felsefesi Dersleri, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- FURTUN, İdris Hakan, Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- GABEL, Peter; “Critical Legal Studies as a Spiritual Practice”, Pepperdine Law Review, Vol. 36, Special Issue (2009), pp. 515-534.
- GAUDUMET, Eugène; 1804’ ten Beri Fransız Medeni Kanunu’ nun Fransa’ da Yorumlanması, 30 Kasım, 7, 14, 21 Aralık tarihlerinde Bal Üniversitesi’ nde verilen konferans, Y. 1935, Bal Hukuk Fakültesi, Çev: Kemal Gürsoy.
- GEDİK, Ömer; Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi, Doktora Tezi, İstanbul 2013.
- GÉNY, François; Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif, Tome Premier, Bibliothèque nationale de France, Paris 1919.
- GORDON, Robert W.; “Critical Legal Histories”, Stanford Law Review, Vol. 36, Issues 1 & 2 (January 1984), pp. 57-126.
- GÖKSU, Hasan Tuna; “Ronald Dworkin’in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler Ve İdeal Yargıç Herkül”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2014, S. 4, ss. 114-132.
- GÖZLER, Kemal; Hukuka Giriş, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017.
- GÖZLER, Kemal Gözler; İdare Hukukuna Giriş, 10 Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2009.
- GRAY, John Chipman; The Nature and of The Sources of Law, The Columbia University Press, New York 1909.
- GROSHUT, Richard; “The Free Scientific Search of Francois Geny”, American Journal of Jurisprudence, Vol. 17, 1972, pp. 14-37.
- GURVITCH, Georges; “Tabîi Hukuk mu, Yoksa Sezgiye dayanan Müsbet Hukuk mu?”, Çev: Hamide Uzbank, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2/4, Y. 1945.

- GÜNEŞ, Ahmet M.; Hukuk Metodolojisi, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2017.
- GÜNEŞ, Gülsen; Verginin Yasallığı İlkesi, 3. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2011,
- GÜRİZ, Adnan; Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2009.
- GÜRİZ, Adnan; Hukuk Felsefesi, 11. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015.
- GÜRKAN, Ülker; Hukuki Realizm Akımı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1967.
- GÜRLER, Sercan; “Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernest Weinrib'in Yaklaşımı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S. 2, Y. 2008, ss. 91-128.
- GÜVEYİ, Nazmiye; “Anglo-Sakson Hukuk Sistemi Ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi Boyutuyla Ekonomik İdare Hukuku Üzerine Bazı Düşünceler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Y. 2017, S. 1, ss. 83-122.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki; “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları”, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/307/2925.pdf>) ss. 235-279.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- HASNAS, John; “Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, Or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument”, Duke Law Journal, Vol. 45, Issue 1 (October 1995), pp. 84-132.
- HATEMİ, Hüseyin; Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.
- HEPER, Altan; Serbest Hukuk Akımı (Sosyal Bir Olgu Olarak Hukuk), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- HEPER, Altan; “Yasaya Sadakatın Farklı Bir Okuması: Philipp Heck”, Prof. Dr. Vecdi Aral’ a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LLXXII, S. 1, Y. 2014, ss. 333-348.

- HIGGINS, A. Pearce; “The Making of the German Civil Code”, *Journal of the Society of Comparative Legislation*, Vol. 6, No. 1 (1905), pp. 95-105.
- HOLMES, Oliver Wendell; *The Common Law*, Forty-Fifth Printing, Little, Brown and Company, United States of America 1923.
- HOLMES, Oliver Wendell; *The Path of the Law*, Martino Fine Books, 2012.
- HUGHES, Graham; “Professor Hart's Concept of Law”, *Modern Law Review*, Vol. 25, Issue 3 (May 1962), pp. 319-333.
- HUTCHINSON, Allan C./MONAHAN, Patrick J.; “Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought”, (*Critical Legal Studies Symposium*), *Stanford Law Review*, Vol. 36, Issues 1 & 2 (January 1984), pp. 199-246.
- HUXLEY-BINNS, Rebecca and MARTIN, Jacqueline; *Unlocking The English Legal System*, 4th Edition, Routledge New York 2014.
- IŞIKTAÇ, Yasemin/METİN, Sevtap; *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2003.
- İCAN, Yeşim Öztürkmen; *Hakimin Velayetin Belirlenmesine İlişkin Takdir Yetkisinin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Samsun 2015.
- JAFFIN, George H.; “The Uncommon Common Law”, *Social Science*, Vol. 7, No. 1 (January, 1932), pp. 100-103.
- JENKS, Edward; “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, Çev: Mukbil Özyörük, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S. 1, Y. 1950, ss. 40-79.
- KAIRYS, David; *Law and Politics*, *George Washington Law Review*, Vol. 52, Issue 2 (January 1984), pp. 243-262.
- KALABALIK, Halil; “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, Y. 1997, ss. 205-232.

- KANTOROWICZ, Hermann; “Some Rationalism About Realism”, Yale Law Journal, Vol. 43, Issue 8 (June 1934), pp. 1240-1253.
- KARAKOÇ, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- KARAMAN, Hayreddin; İslam Hukukunda İctihad, 2. Basım, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1996.
- KARAMAN, Hayreddin; Mukayeseli İslam Hukuku I, 9. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul 2016.
- KAYA, Asım; “Amaçsal Yorum”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, ss. 365-383.
- KEYMAN, Selahattin; “Hukuki Pozitivizm”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1, Y. 1978, ss. 17-55.
- KILINÇ, Ahmet; “İran Anayasa Hukukunun Genel Esasları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, Y. 2008.
- KIRCA, Çiğdem; “Örtülü (Gizli Boşluk) ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S.1, Y. 2001, ss.91-119.
- KING, Edward/ HAWLEY, Joseph; “İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi”, Çev: İlhan Lütem, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S. 1, Y. 1945, ss. 178-233.
- KLENNER, Herman; “Savigny’ s Research Program of the Historical School of Law and Its Intellectual Impact in 19th Century Berlin”, American Journal of Comparative Law, Vol. 37, Issue 1 (Winter 1989), pp. 67-80.
- KÖKÜSARI, İsmail; Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- KRESS, Ken; “Legal Indeterminacy”, California Law Review, Vol. 77, No. 2 (Mar. 1989), pp. 283-337.
- KURBAN, Yasin, Mecelle ve Günümüz Hukuku, Erzurum Kültür Eğitim Kitap ve Kirtasiye, Erzurum 2019.

- KUTZ, Christopher; "Just Disagreement: Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law", *Yale Law Journal*, Vol. 103, Issue 4 (January 1994), pp. 997-1030.
- LEITER, Brian; "Legal Indeterminacy", *Legal Theory* (Printed in the United States of America Copyright Cambridge University Press 0361-6843/9), Vol. 1, Issue 3 (September 1995), pp. 481-492.
- LEITER, Brian; "Positivism, Formalism, Realism", *Columbia Law Review*, Vol. 99, Issue 4 (May 1999), pp. 1138-1164.
- LEVASSAUR, Alain; "Code Napoleon or Code Portalis?", *Tulane Law Review*, Vol. 43 (1968-1969), Issue 4, pp. 762- 774.
- LLEWELLYN, Karl N.; *Some Realism About Realism--Responding to Dean Pound*, *Harvard Law Review* , Vol. 44, Issue 8 (June 1931), pp. 1222-1264.
- LOBINGIER, Charles Summer; "Napoleon and His Code", *Harvard Law Review*, Vol. 32 (1918-1919), Issue 2, pp. 114- 134.
- LOVE, Jean C.; "Legal Formalism From The Perspective of a Reasonable Law Professor", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 16, Issue 3 (Autumn 1993), pp. 627-638.
- MAJOR, V. T. Major; *Basic English Law*, Macmillan Education, London 1990.
- MALLESON, Kate; *The Legal System*, Lexis Nexis, Reading 2003.
- MARCU, Alina Teodora; "Napoleon and the Civil Code", *Revista de Drept Public*, Vol. 2012, Supplement Issue 2012, pp. 163- 165.
- MOLITERNO, James E.; "Why Formalism", *University of Kansas Law Review*, Vol. 49, Issue 1 (November 2000), pp. 135-144.
- MOORE, Terrence L.; *Critical Legal Studies and Anglo-American Jurisprudence*, *United States Air Force Academy Journal of Legal Studies*, Vol. 1, pp. 1-22.
- MURPHY, Tim; "Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich", *Dublin University Law Journal*, No. 31, 2009, pp. 477-480.

- NELKEN, David; "Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities", *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 9, Issue 2 (July 2008), pp. 443-472.
- NOYES, John and The Others, "The Common Law Tradition", *American Society of International Law*, Vol. 83 (April 5-8, 1989), pp. 547-556.
- NUR, Pınar; *Kanunilik İlkesi Bakımından Vergi Kabahatlerinin İrdelenmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Samsun 2014.
- ODER, Bertil Emrah; *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami; *Medeni Hukuk, (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)*, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- OKTAR, Ateş, *Vergi Hukuku*, 10. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2014.
- ÖKTEM, Niyazi; "Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, Y. 2011, ss. 83-96.
- ÖKTEM, Niyazi/TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi; *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, Der Yayınları, İstanbul 2014.
- ÖZ, Ersan Öz; *Vergilemede Kanunilik İlkesine Göre Türk Vergi Sistemi'nin Değerlendirilmesi*, Doktora Tezi, İzmir 2004.
- ÖZKÖK, Gülriz; "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 2, Y. 2002, ss. 1-18.
- ÖZSUNAY, Ergun; *Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 4. Bası*, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1981.
- PAGE, William Herbert; "Professor Ehrlich's Czernowitz Seminar of Living Law", *Northern Kentucky Law Review*, Vol. 4, Issue 1 (1977), pp. 37-64.
- PARRY, Clive; "İngiliz Hukuk Sistemi", Çev: Fadıl H. Sur, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 3, Y. 1944, ss. 443-458.
- PEHLİVAN, Osman, *Vergi Hukuku (Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi)*, Celepler Matbaacılık, Trabzon 2018.

- PELLICCIOTTI, Joseph M.; “American Legal Realism”, *Journal of Legal Studies Education*, Vol. 12, Issue 2 (June 1994), pp. 335-344.
- PERRY, Michael J.; “Normative Indeterminacy and the Problem of Judicial Role”, 19 *Harv. J. L. & Pub. Pol’y* 375 (1996), pp. 375-390.
- PERRY, Stephen R.; “Professor Weinrib's Formalism: The Not-So-Empty Sepulchre”, *Annual Institute for Humane Studies Law and Philosophy Issue--Symposium on Legal Formalism American Association of Law Schools Section on Law and Interpretation San Antonio, Texas-1992*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 16, Issue 3 (Autumn 1993), pp. 597-626.
- POSNER, Richard A.; “Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 37, Issue 2 (1986-1987), pp. 179-217.
- POUND, Roscoe; “Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, Vol. 25, Issue 6, pp. 489-516, s. 513.
- RADIN, Max; “Legal Realism”, *Columbia Law Review*, Vol. 31, Issue 5 (May 1931), pp. 824-828.
- RIVIER, Alphonse; “Rudolf Von Jhering ve Bernhard Windscheid”, *Juridical Review*, Vol. 5, Issue 1, pp. 1-12.
- SALES, Philip; “Judges and Legislature: Values into Law”, *Cambridge Law Journal*, C. 71, S. 2, Y. 2012.
- SCHAUER, Frederick; “Formalism”, *Yale Law Journal*, Vol. 97, Issue 4 (March 1988), pp. 509-548.
- SCHUSTER, Ernest J. Schuster; “The Swiss Civil Code”, *Journal of Comparative Legislation and International Law Third Series*, Vol. 5, No. 4 (1923), pp. 216-226.
- SCHWARZ, Andreas B.; “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku”, *Çev: Bülent Davran, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 3-4, S. 11, Y. 1945, ss. 180-202.

- SCHWARZ, Andreas B./VELDET, Hıfzı; “İngiliz Hukuku Ve Kontinental Hukuk”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.3, S.0, Y. 1937, ss. 215-236.
- SEROZAN, Rona; Medeni Hukuk (Genel Bölüm-Kişiler Hukuku), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- SEVİĞ, Vasfî Raşid; “İdare Hukukunda Önemin Umumî Hizmete Veya Amme Velayetine Verilmesi Üzerinde Gözüken Tartışmalar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, Y. 1946, ss. 1-10.
- SLAPPER, Gary/KELLY, David; The English Legal System, Cavendish Publishing, London 2003.
- SOLUM, Lawrence B.; “The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights”, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol. 9, Issue 1 (October 2006), pp. 155-208.
- SÖZER, Ali Nazım; Hukukta Yöntembilim, 4. Basım, Beta Yayınevi, İzmir 2013.
- SUMMERS, Robert S.; “Professor H.L.A. Hart's Concept of Law”, Duke Law Journal, Vol. 1963, Issue 4 (Autumn 1963), pp. 629-670.
- ŞİMŞİRGİL, Ahmet/ EKİNCİ, Ekrem Buğra; Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle, Ktb Yayınları, İstanbul 2008.
- TAMANAHHA, Brian Z.; “Understanding Legal Realism”, Texas Law Review, Vol. 87, Issue 4 (March 2009), pp. 731-786.
- TATE, Albert Jr.; “Method of Interpretation and Sources of Private Positive Law. By Francis Geny”, Louisiana Law Review, Vol. 25, Issue 2 (February 1965), pp. 577-588.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi; Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Beşinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
- TENGER, Feyza Tenger; İslam Hukukunda Hakimin Takdir Yetkisi Bağlamında Kendi Bilgisiyle Hüküm Vermesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.

- TIEDEMAN, Christopher G.; “Doctrine of Stare Decisis, and a Proposed Modification of Its Practical Application, in the Evolution of the Law”, *University Law Review*, Vol. 3, Issue 1 (January 1896), pp. 11-26.
- TOPRAK, Zeynep İspir; H. L. A. Hart'ta Açık Metin Kavramı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.
- TREIBER, Hubert; “Max Weber and Eugen Ehrlich: On the Janus-headed Construction of Weber's Ideal Type in the Sociology”, *Max Weber Studies*, Vol. 8, No. 2 (July 2008), pp. 225-246.
- TUSHNET, Mark V.; “Perspective On Critical Legal Studies”, *George Washington Law Review*, Vol. 52, Issue 2 (January 1984), pp. 239-242.
- TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi; “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, *Anayasa Yargısı* (28) , Y. 2011, ss. 71-82.
- TÜZÜNER, Özlem; “Derneğin Ticarî İşletme İşletmesi ve Türk Medenî Kanunu'nda Bilinçli Boşluk Bırakılması”, *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, C. 8, Y.2013, ss. 2811-2844.
- UMUR, Ziya; “Tedrisat Bakımından «Umumi Hukuk Tarihi»”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 32, Sayı: 1, Y. 1966, ss. 101-121.
- UYGUN, Oktay; *Hukuk Teorileri*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- UYGUR, Gülriz; “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, Y. 2003, ss. 145-176.
- WEINRIB, Ernest J.; “Jurisprudence of Legal Formalism” (Annual Institute for Humane Studies Law and Philosophy Issue--Symposium on Legal Formalism American Association of Law Schools Section on Law and Interpretation San Antonio, Texas-1992), *Harvard Journal of Law & Public Policy* , Vol. 16, Issue 3 (Autumn 1993), pp. 583-596.
- WEINRIB, Ernest J.; “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, *Yale Law Journal*, Vol. 97, Issue 6 (May 1988), pp. 949-1016.
- YİĞİT, Uğur; *Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

- YOUNG, M. Walter; “Eugene Huber ve İsviçre Medeni Kanununun Ruhu”, Çev: Jale Gürel, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Edt: Veysel Başpınar, C. 6, S. 1, Y. 1949, ss. 162-190.
- YUNG, Walter; “François Géný ve İsviçre’de Kazai İctihad”, Çev: Dr. Erol Cansel, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Edt: Veysel Başpınar, C. 21, S. 1, Y. 1964, ss. 541-555.
- YÜCE, Mehmet/MERCİMEK, Fulya; “Türk Vergi Hukukunda İctihatların Bağlayıcılığı ve Hukuk Kaynağı Olarak Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 119-120, Y. 2014, ss. 7-64.
- YÜKSEL, M./AVŞAR, Z./AKBAŞ, K.; Hukuk Sosyolojisinin Düşünsel Gelişimi ve Çağdaş Perspektifleri, M. Yüksel (Edt.), Hukuk Sosyolojisi, (170-203), Eskişehir 2012.
- ZEVKLİLER, Aydın; Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri-Aile Hukuku-Kişiler Hukuku, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1986.
- ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe; Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Beşinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2005.
- ZEYDAN, Abdülkerim; Fıkıh Usulü, Çev: Ruhi Özcan, 2. Baskı, Emek Matbaacılık.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/9338> (E.T. 29.03.2019)

<https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/7991> (E.T. 29.03.2019)

<https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/7> (E.T. 28.03.2019)

http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm (E.T. 28.03.2019)

<https://books.google.com.tr/books?id=9x0uDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=tr#v=onepage&q=decisions%20are%20law&f=false> (E.T. 29.04.2019)

http://constitutionnet.org/sites/default/files/constitution_of_saudi_arabia-1992.pdf
(E.T. 19.06.2019)

<http://www.history.com/topics/british-history/battle-of-waterloo> (E. T. 22.2.2018)