

# İÇİNDEKİLER

|                   |    |
|-------------------|----|
| ÖNSÖZ .....       | 5  |
| İÇİNDEKİLER ..... | 7  |
| KISALTMALAR ..... | 11 |
| GİRİŞ .....       | 13 |

## BİRİNCİ BÖLÜM

### HAKİMİN HUKUK YARATMASI KAPSAMINDA HÂKİMİN YARGISAL ETKİNLİKLERİ

|                                                                                      |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>A. GENEL OLARAK HÂKİMİN HUKUK YARATMASI .....</b>                                 | <b>17</b> |
| 1. Hâkimin Hukuk Yaratmasının Ön Koşulu: Kanun Boşluğu .....                         | 21        |
| 2. Diğer Boşluk Türleri .....                                                        | 23        |
| a) Kural İçi Boşluk (Hüküm İçi Boşluk-Intra Legem Boşluk) .....                      | 23        |
| b) Gerçek Boşluk .....                                                               | 24        |
| c) Gerçek Olmayan Boşluk .....                                                       | 25        |
| d) Bilinçli Boşluk .....                                                             | 26        |
| e) Bilinçsiz Boşluk .....                                                            | 28        |
| f) Açık Boşluk .....                                                                 | 28        |
| g) Örtülü Boşluk .....                                                               | 29        |
| h) Gerçek Kural Çatışmasından Doğan Boşluk .....                                     | 30        |
| <b>B. HÂKİMİN HUKUK KURALLARINI YORUMLAMASI .....</b>                                | <b>31</b> |
| 1. Genel Olarak .....                                                                | 31        |
| 2. Hukukta Yoruma İhtiyaç Duyulmasının Nedenleri .....                               | 32        |
| <b>C. HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİ .....</b>                                               | <b>35</b> |
| 1. Genel Olarak .....                                                                | 35        |
| 2. Hâkimin Takdir Yetkisinin (Kural İçi Boşlukların Doldurulmasının) Sınırları ..... | 37        |
| a) Genel Olarak .....                                                                | 37        |
| b) Kanun Tarafından Takdir Yetkisinin Tanınmış Olması .....                          | 37        |

|                                                                                               |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| c) Kanun Tarafından Çizilen Sınırların Dışına Çıkılamaması .....                              | 38        |
| d) Hakkaniyete Uygun Davranma Zorunluluğu .....                                               | 38        |
| <b>D. HÂKİMİN HUKUK YARATMASININ DİĞER YARGISAL ETKİNLİKLERDEN FARKI .....</b>                | <b>39</b> |
| 1. Yorumdan Farkı .....                                                                       | 39        |
| 2. Takdir Yetkisinden Farkı .....                                                             | 40        |
| <b>E. HART-DWORKİN TARTIŞMASINDA HÂKİMİN GÜÇLÜ TAKDİR YETKİSİ<br/>(HUKUK YARATMASI) .....</b> | <b>41</b> |

## İKİNCİ BÖLÜM

### HUKUK YARATMA KONUSUNDAKİ HUKUKİ AKIMLAR

|                                                                                                   |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>A. GENEL OLARAK .....</b>                                                                      | <b>47</b> |
| <b>B. HÂKİMİN HUKUK YARATMASINI KABUL ETMEYEN GÖRÜŞLER (KATI FORMALİSTLER) ....</b>               | <b>48</b> |
| 1. Yorumcu (Şerhçi) Hukuk Okulu .....                                                             | 49        |
| 2. Yorumcu Okula Karşı Gelişen Akım: François Geny'nin Serbest Bilimsel Araştırma<br>Metodu ..... | 53        |
| 3. Kavramlar İçtihadı .....                                                                       | 57        |
| 4. Kavramlar İçtihadına Karşı Gelişen Akımlar/Teoriler .....                                      | 59        |
| a) Serbest Hukuk Akımı/Teorisi .....                                                              | 59        |
| b) Menfaatler İçtihadı Okulu .....                                                                | 65        |
| <b>C. HÂKİMİN HUKUK YARATMASINI KABUL EDEN GÖRÜŞLER .....</b>                                     | <b>68</b> |
| 1. Genel Olarak .....                                                                             | 68        |
| 2. Hâkimin Hukuk Yaratmasının Gerekçesi Olarak Hukuki Belirsizlik Kavramı .....                   | 69        |
| a) Zayıf Belirsizlik Örneği Olarak Hukuki Formalizm (Ilımlı Formalistler) 74                      |           |
| b) Güçlü Belirsizlik Örnekleri: Amerikan Hukuki Realizmi ve Eleştirel Hukuk<br>Çalışmaları .....  | 79        |
| (1) Amerikan Hukuki Realizmi .....                                                                | 79        |
| (2) Eleştirel Hukuk Çalışmaları .....                                                             | 87        |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE HÂKİMİN HUKUK YARATMASI

|                                                                       |           |
|-----------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>A. GENEL OLARAK .....</b>                                          | <b>93</b> |
| <b>B. İSLAM HUKUK SİSTEMİ AÇISINDAN HÂKİMİN HUKUK YARATMASI .....</b> | <b>93</b> |

|                                                                                |            |
|--------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>C. ANGLO-SAKSON HUKUK SİSTEMİ AÇISINDAN HÂKİMİN HUKUK YARATMASI .....</b>   | <b>100</b> |
| <b>D. KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMİ AÇISINDAN HÂKİMİN HUKUK YARATMASI .....</b>  | <b>108</b> |
| 1. Genel Olarak .....                                                          | 108        |
| 2. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin Bir Görünümü Olarak Türk Hukuk Sistemi ..... | 111        |
| a) Hâkimler Hukuk Yaratırken Nasıl Hareket Etmelidir? .....                    | 117        |
| b) Hâkimin Hukuk Yaratırken Başvuracağı Yardımcı Araçlar .....                 | 120        |
| <b>SONUÇ .....</b>                                                             | <b>125</b> |
| <b>KAYNAKÇA .....</b>                                                          | <b>133</b> |



## KISALTMALAR

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

Hâkimin, ihtilafları çözerken yürüttüğü faaliyetleri üç ana başlık altında incelemek mümkündür. Hâkimin yargısal etkinliklerinden ilki, hukuk kurallarını yorumlamasıdır. Buna göre yorumlama, hukuk kaynaklarında yer alan bir hukuk kuralının anlamının belirlenmesi faaliyeti olarak tanımlanabilir. Hâkimin yargısal etkinliklerinden ikincisi takdir yetkisidir. Hâkimin 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. Hâkimin yargısal etkinliklerinden üçüncüsü ise hâkimin 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 hâkimin hukuk yaratması gündeme gelmektedir. Bir kanun boşluğu durumunda, kural olarak, hâkimin kanun koyucu gibi davranarak kural ihdas etmesi ve bu kurala göre olayı çözümlemesi beklenmektedir.

Hâkimin hukuk yaratma yetkisine sahip olup olamayacağı konusunda hukuk teorilerinde görüş birliği yoktur. Konuya ilişkin olarak iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki hâkimin 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 hâkimin 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 hâkimlere hukuk yaratma yetkisinin tanındığı görülmektedir. Örneğin; Kıta Avrupası, Anglo-Sakson ve İslam Hukuku sistemlerinde hâkimlerin önüne gelen uyumsuzluklarda uygulayabileceği bir kanun hükmü bulamadığı durumlarda hukuk yaratma yolu ile söz konusu boşluğu doldurmaları beklenmektedir.

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

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

İkinci bölümde ilk olarak hukuk yaratma konusundaki akımlara/teorilere genel hatlarıyla yer verilecektir. Bu kapsamda daha detaylı olarak hâkimin 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 hâkimin hukuk yaratma-

sının 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 hâkimin hukuk yaratmasının farklı hukuki sistemlerdeki görünümüne ilişkin genel bilgilere yer verilecektir. Ardından konu İslam hukuk sistemi açısından genel hatlarıyla irdelenecektir. İslam Hukukunu takiben bir diğer hukuk sistemi olan Anglo-Sakson hukuk sisteminden bahsedilerek hâkimin 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 hâkimlerin hukuk yaratırken nasıl hareket etmesi gerektiği ve hâkimin hukuk yaratırken başvuracağı yardımcı araçlara değinilecektir.