

# POZİTİF HUKUKTA BOŞLUK KAVRAMI

*Doç. Dr. Sururi AKTAŞ\**

## 1- Hukuk Sisteminde Boşluk Fikrinin Kabul Edilmesi

Bir hukuk sisteminde hukuk kuralı koymaya yetkili olanlar, koydukları kuralların, bilinçli olarak bıraktıkları hariç, gelecekte ortaya çıkacak olayların tümünü kapsamalarını hedeflerler. Ancak bu hedefe hemen hemen hiçbir zaman tam olarak ulaşamazlar. Bunun iki önemli ana nedeni vardır. Birincisi, yaşamın dinamik bir süreç olması; ikincisi, insan olarak kapasitemizin sınırlılığıdır. Diğer boşluk nedenleri, bu iki ana nedenden kaynaklanır. Dolayısıyla pozitif hukuktaki boşluk, toplumsal yaşamın genel niteliğinden ve insan doğasından kaynaklanır. Bu açıdan, *kanunilik* ilkesinin katı bir biçimde uygulandığı suç, ceza ve vergi yükümlülüğüne ilişkin bazı alanlar hariç, boşluk, hukuk sistemleri için doğal ve normal bir durumdur. Aksine, hukuk sistemlerindeki boşluğu kabule yanaşmamak veya hukuk sistemlerinin boşluk içermeyeceğini savunmak, doğal değildir. Çünkü böyle bir ön kabul, bir taraftan yasa koyucunun öngörüsünün mükemmel olduğu, diğer taraftan da bir hukuk düzeninin mükemmel bir yapı olduğu düşüncesini gerektirir. Bu düşünce, yargıçlara hukuk yaratma yetkisinin verilmesini engelleyerek, pozitif hukukun değişen şartlara intibakını olanaksız hale getirir.

Teorik düzeyde, XIX. Yüzyılda egemen olan kuvvetler ayrılığı düşüncesi, yargıçların rolünü, mevcut kuralları somut olaylara uygulamakla sınırlıyordu<sup>1</sup>. Bu yüzyılda Fransa'da egemen olan, şerhçi hukuk okulu, kanunlarda boşluk bulunamayacağını, yargıçların görevinin ise, mevcut kanunları yorumlayıp uygulamaktan ibaret olduğunu savunmuştur<sup>2</sup>. Yine aynı yüzyılda

---

\* Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Feteris, Eveline T., *Hukukî Argümantasyonun Temelleri*, 1. Baskı, Paradigma Yayını, İstanbul, 2010, s. 10.

<sup>2</sup> Edis, Seyfullah, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara Üniv. Hukuk Fak. Yayını, Ankara 1979, s. 98; Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2008, s. 241; Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 11. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s. 249; Özsunay, Ergun, *Medenî Hukuka Giriş*, (gözden geçirilmiş) 5. Baskı, İst. Üniv. Hukuk Fak. Yayını, İstanbul 1986, s. 199-200; Tekinay,

Almanya’da da “kavram içtihatçılığı” ekolü, benzer tezleri savunmuştur. Bu anlayışta da yargıca biçilen rol, pozitif hukuku somut olaylara uygulamaktır. Kavramlar hukukçuluğu (içtihadı) açısından pozitif hukuktan çıkarılacak kavramlar yoluyla, her mesele halledilebilir<sup>3</sup>. Dolayısıyla gerek şerhçi okul gerekse kavramlar içtihadı, katı bir pozitivist tutumla, hukuk sisteminin kendi kendine yeten bir sistem olduğu ileri sürerek yargıçların hukuk yaratma fikrine karşı gelmişlerdir. XX. Yüzyılda yargıcın rolüne ilişkin düşüncelerde değişiklik olmuş; artık yargıçların hukuk yaratabilmesi fikri, kabul edilmeye başlanmıştır<sup>4</sup>. Bunun en önemli nedeni, ne kadar özenli olunursa olunsun, bir hukuk sisteminde boşluğun her zaman kaçınılmaz olduğu düşüncesidir<sup>5</sup>. Yargıçların rollerinin güçlendirilmesine ilişkin düşüncelerin ortaya çıkmasında, özellikle Fransa’da *şerhçi okulun* düşüncelerine, *Serbest Bilimsel Araştırma* yaklaşımıyla karşı gelen François Geny’nin<sup>6</sup>, Almanya’da ise *kavramlar içtihadı metoduna* karşı gelen *menfaatler içtihadı metodunu* savunan Philip Heck’in katkıları inkâr edilemez<sup>7</sup>.

Pozitif hukuk düzeyinde, İsviçre Medenî Kanunu’nun (ZGB) m. 1/2 hükmü, Türk Medenî Kanunu’nun m. 1/2 hükmü ve Avusturya Genel Medenî Kanunu’nun (ABGB) 7. paragrafı, pozitif hukukta boşluk bulunabileceğini kabul etmiştir. Özsunay, Fransız Medenî Kanunu’nun (Code Civil) da, kanunlarda boşluk bulunabileceğini öngördüğünü ileri sürmektedir<sup>8</sup>. Konuya ilişkin Fransız Medenî Kanunu (Code Civil) 4. maddesi şöyledir:

---

Selahattin Sulhi, *Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş İlaveli 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 63.

<sup>3</sup> Edis, s. 98-99; Gözler, 241.

<sup>4</sup> Feteris, s. 10; ayrıca bkz. Aybay, Aydın / Aydın, Rona, *Hukuka Giriş*, (Gözden Geçirilmiş) 6. Baskı, Aybay Yayınları, İstanbul 2000, s. 234.

<sup>5</sup> Aybay, Aydın / Aydın, Rona, s. 234.

<sup>6</sup> Bkz. Can, Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, 1. Baskı, Seçkin yayını, Ankara 2002, s. 180-186; Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, *Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)*, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 102.

<sup>7</sup> Bkz. Can, s. 187 vd.

<sup>8</sup> Özsunay, s. 200.

“Yasanın sessiz kaldığı, kapalı veya yetersiz olduğu mazeretine dayanarak hüküm vermekten imtina eden yargıç hakkında, hüküm vermeyi reddettiği suçlamasıyla kovuşturma yapılır<sup>9</sup>”.

Bize göre, Fransız Medenî Kanunu (Code Civil), sadece yargıçların, kanundaki boşluk, belirsizlik ve yetersizliği ileri sürerek davaya bakmaktan imtina etmelerini yasaklamıştır. Bu hükümden, kanunda boşluk bulunamayacağı anlamı da çıkarılabilir. Çünkü söz konusu Kanun, boşlukların nasıl doldurulması gerektiğini öngörmemiştir. Yukarıda değindiğimiz gibi, Fransa’da Medeni Kanun’un (Code Civil) yürürlüğünü izleyen yıllarda *şerhçi okul*, bütün meselelerin kanunun yorumu suretiyle çözülebileceğini ileri sürerek<sup>10</sup> kanunlarda boşluk olabileceği fikrini reddetmiştir<sup>11</sup>.

Analitik hukukî pozitivismizin öncülerinden H.L.A Hart, hukuk sistemlerinin kendi kendine yeten kapalı bir sistem olmadığına işaret ederek, pozitif hukukta boşlukların olabileceği düşüncesini kabul eder. Hart, bu anlamda, bir hukuk sisteminin, açık dokulu/örgülü (open texture) bir yapıda olduğunu anlatmaya çalışır<sup>12</sup>. Hart, *genel standartlar yoluyla bazı davranış alanlarını önceden açıkça düzenlemeye kalktığımızda*, insan olmamızın bir gereği olarak, iki önemli engelle karşılaşacağımızı söyler<sup>13</sup>. Bunlardan birincisi, düzenleyeceğimiz olgulara ilişkin görelî/kısmî bilgisizliğimiz, diğeri de amacımızla ilgili kısmî bilgisizliğimizdir. Hart’a göre, eğer içinde yaşadığımız dünyayı sınırlı sayıda özellik belirleseydi ve bu özelliklerle birlikte, bu özelliklerin yer aldığı bütün biçimler tarafımızdan bilinseydi, yapacağımız düzenlemeler, bütün ihtimalleri kapsayacak nitelikte olurdu<sup>14</sup>. Her şeyi önceden bildiğimiz ve yaptığımız kuralların gelecekteki her şeyi kapsadığı bir dünya, mekanik hukuk bilimi için uygun bir dünya olurdu. Hart’a göre böyle bir dünya, bizim dünyamız değildir. Haklı olarak Hart, yasa koyucuların, gelecekte vuku bulacak bütün durumların bileşimlerini kapsayacak bir bilgi-

---

9 Bkz. Işıқтаç, Yasemin, “Yargıcın Hukuk Yaratma Fonksiyonu Üzerine Bir İnceleme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, yıl. 1988, Cilt. 62, sayı 1-2-3, s. 83; Oğuzman/Barlas, s. 102.

10 Oğuzman/Barlas, s. 102; Özsunay, s. 199-200.

11 Gözler, s. 241.

12 Bkz. Hart, *The Concept of Law*, Second Edition, 1994, (with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz), Clarendon Press, Oxford 1994, s. 124 vd.

13 Hart, s. 128.

14 Hart, s. 128.

ye sahip olamayacaklarını söyler<sup>15</sup>. Hart, kurallar tarafından düzenlenmemiş bir mesele olduğunda, yargıcın yeni kural yaratabileceğini de savunmuştur<sup>16</sup>. Hart açısından, yargıcın hukuk yaratma girişimi, hukuk sistemi dışındaki standartlara başvurma yoluyla da olabilir<sup>17</sup>. Hart’a göre, eğer yargıç, önündeki mesele için biçimsel hukuk kaynaklarından bir hüküm getiremiyorsa, hukuk sistemi dışındaki kaynaklara, *inter alia* Digesta’ya veya bir Fransız hukukçusunun yazdıklarına başvurabilir<sup>18</sup>. Hart, bu kaynakları, ihtiyarî kaynaklar” (permissive sources) olarak nitelemektedir<sup>19</sup>. Böylece Hart, bir hukuk sisteminde boşlukların ortaya çıkmasının her zaman ihtimal dahilinde olduğunu kabul ederek, hukuk sistemlerini, kendi kendine yeten mükemmel bir sistem olarak algılayan pozitivist hukukçulardan ayrılmış olmaktadır.

Bununla birlikte Hart, *The Concept of Law* adlı eserinin 1994 baskısına eklenen *Postscript*’te, yargıcın hukuk yaratma yetkisinin, yasa koyucuya göre sınırlı olduğunu söyler. Yargıç, sadece belirli olaylarla sınırlı geçici çözümler getirir; yasa koyucu gibi, geniş ölçekli bir reform veya bir *code* niteliğinde bir kanun yapamaz. Ayrıca yargıcın hukuk yaratma yetkisi, maddî sınırlamalara tabidir. Hart, mevcut hukukun, doğru olarak düzenlemediği olaylarda da yargıcın hukuk yaratma yetkisini kullanmasını kabul eder. Ancak o, yargıcın keyfi davranamayacağını, vicdanına göre davranan bir yasa koyucu gibi yetkisini kullanması gerektiğini vurgular<sup>20</sup>. Hart’a göre, eğer bu şartlar sağlanırsa, yargıç, hukukun öngörmediği standartlara ve nedenlere (reasons) göre karar verebilir veya emsal kararlardan ayrılarak meseleyi çözebilir<sup>21</sup>.

---

15 Hart, s. 128.

16 Bkz. Hart, s. 172; Klatt, Matthias, “Taking Rights Less Seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion”, *Ratio Juris*, Vol. 20 No. 4 December 2007, s. 508.

17 Gardner, John, “Concerning Permissive Sources and Gaps”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 3, (1988), s. 457.

18 Hart, s. 294; bkz. Gardner, s. 458.

19 Hart, s. 294; bkz. Gardner, s. 458.

20 Hart, s. 273.

21 Hart, s. 273.

## 2- Boşluk Kavramının Analizi

### a) Boşluk Kavramının Genel Özellikleri

Pierluigi Chiassoni, analitik bir bakış açısıyla, Kara Avrupası hukuk sisteminde boşluk kavramına ilişkin dört temel özellik saptamıştır<sup>22</sup>. Şimdi Chiassoni'nin saptadığı bu özellikleri kısaca gözden geçirelim:

a) Boşluk, pozitif hukuk sistemlerinin zorunlu değil, ihtimalî bir niteliğindedir. Bu, “boşluğun ihtimalî olması tezi” (*contigent existance thesis*) olarak ifade edilir<sup>23</sup>.

Anglo-Sakson geleneği içerisinde değerlendirebileceğimiz Joseph Raz ise, kendi hukuk teorisi açısından hukuk sistemindeki boşluğun, *ihimalî* değil, *kaçınılmaz* olduğunu söyler<sup>24</sup>. Salt mantık açısından baktığımızda, Chiassoni, uygulama açısından baktığımızda ise, Raz haklı gözükmektedir. Çünkü insan ve toplumun doğasına ilişkin koşullar başka türlü olsaydı, (örneğin insan zihinsel ve dil yeteneği açısından mükemmel olsaydı) boşluk olmazdı. Bundan dolayı pozitif hukukta boşluk salt mantık açısından *zorunlu* değil, *ihimalî* ya da *olumsal* (*contigent*)'dir. Ancak realitedeki insan ve toplum doğasının mükemmel olmayışı, pozitif hukukta boşluk durumlarını kaçınılmaz kılmaktadır. Dolayısıyla mevcut koşullarda hukukta boşluk durumu pratik bakımından kaçınılmazdır.

b) Batı hukuk geleneğinde, boşluk doldurmanın evrensel bir yolu yoktur. Aksine, her yargıç boşluğu kendi seçtiği tekniklere göre doldurur ve muhtemelen her bir yargıç farklı sonuçlara ulaşabilir. Buna, “tercihe bağlı boşluk doldurma tezi” (*optional filling-up thesis*) denir<sup>25</sup>.

c) Yargıç, hukuk sistemindeki bir boşluğu, salt mekanik ve mantıksal olarak belirleyemez (tanımlayamaz). Bu belirleme, doğrudan veya dolaylı olarak, empirik ve/veya yorumlayıcı bir faaliyet yoluyla olur. Dolayısıyla

---

22 Bkz. Chiassoni, Pierluigi, “A Tale From Two Traditions: Civil Law, Common Law, and Legal Gaps”, *Analisi e diritto* 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica a cura di P. Comanducci e R. Guastini -G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, s. 54.

23 Chiassoni, s. 54.

24 Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Clarendon-Oxford University Press, Reprinted 2002, s. 77.

25 Chiassoni, s. 54.

boşlukları belirleme (tanımlama) faaliyeti, en azından bazı davalarda, değer yüklüdür (value-laden). Başka bir anlatımla, boşlukların belirlenmesi bazı durumlarda değer yargılarının etkisi altında gerçekleşir. Bu yaklaşım da, “tercihe bağlı belirleme tezi” (*optional identification thesis*) olarak adlandırılır<sup>26</sup>.

d) Uygulama açısından, değişik boşluk türlerini birbirinden ayırmak önem arz etmektedir. Bu da, “kavramsal çoğulculuk tezi” (*conceptual pluralism thesis*) olarak adlandırılır<sup>27</sup>.

## **b) Boşluk Durumunun Analizi**

### **aa) Öğretide Boşluk Durumunun Tanımlanması**

Hukuk biliminde boşluk kavramı bakımından önemli olan noktalardan biri, ne zaman bir boşluğun var sayılacağı ya da hangi koşulların varlığının, boşluk için zorunlu olacağı konusudur. Bu sorular, aynı zamanda boşluğun tanımlanmasıyla doğrudan ilgilidir. Ayrıca boşluk kavramının tanımlanması, boşluk türlerine göre değişiklik arz eder.

Örneğin, Edis, boşluk kavramını tanımlamaya çalışırken, *kanun boşluğu* ve *hukuk boşluğu* ayırımından hareket etmektedir. Edis’e göre, kanun boşluğu, “...gerekli ve zorunlu bir düzenlemenin kanun koyucu tarafından yapılmamış olması”dır<sup>28</sup>. Yazara göre hukuk boşluğu ise, “Bir mesele hakkında ne kanunda, ne de örf adet hukukunda bir cevap bulunmaması hali”dir<sup>29</sup>.

Aral’a göre, objektif olarak değerlendirildiğinde, kanun kendi planına aykırı bir şekilde susuyorsa, kanunda bir boşluğun olduğu kabul edilir<sup>30</sup>.

İşıktaç/Metin de, hukuk boşluğu ve yasa boşluğu ayırımını dikkate alarak, yazılı hukukta bir olaya dair bir kural yoksa, bu durumu *yasa (kanun) boşlu-*

---

26 Chiassoni, s. 54.

27 Chiassoni, s. 54.

28 Edis, s. 107.

29 Edis, s. 109.

30 Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s. 157.

ğu; hem yazılı hukukta ve hem de örf adet hukukunda ilgili olaya ilişkin bir hüküm yoksa, bu durumu da *hukuk boşluğu* olarak tanımlamaktadırlar<sup>31</sup>.

Dinçkol, boşluğu, hukuk boşluğu olarak, “*bir hukukî sorun hakkında yasanın, örf-adet hukukunun ve diğer herhangi bir hukuk kaynağının cevap veremediği durumlar*” biçiminde tanımlamaktadır<sup>32</sup>.

Akipek/Akıntürk’e göre, kanun boşluğu, gerekli kanuni düzenlemenin yapılmamış olmasıdır. Bunun tespiti de, kanunun hem sözü ve hem de ruhundan/yorumundan hareketle yapılacaktır<sup>33</sup>.

Sözer de yasa (kanun) boşluğu ve hukuk boşluğunu ayrı ayrı tanımlamaktadır. Sözer’e göre yasa boşluğunda, “*konuya ilişkin bir yasa mevcuttur. Ancak, ilgili yasada- varlık nedeni dikkate alındığında- olması gereken bir kural bulunmamaktadır*”<sup>34</sup>. Sözer, hukuk boşluğunu ise, “*düzenlemeye ihtiyacı olan bir yaşam alanı için gerekli yasal düzenlemelerin mevcut olmadığı*”<sup>35</sup> bir durum olarak tanımlamıştır. Sözer takip eden açıklamasında, hukuk boşluğu için, *yasada ve örf adet hukukunda bir hüküm bulunmaması ve ayrıca bu durumun olumsuz bir düzenleme sayılmaması gerektiğini de şart koşmuştur*<sup>36</sup>.

Esener ise, boşluk kavramını, kanun boşluğundan hareketle tanımladıktan sonra, boşluk türlerinde tekrar *kanun boşluğu* (düzenleme boşluğu) ve *hukuk boşluğu* olarak da adlandırılabilceğini söylediği *kanun dışı veya kanun üstü boşluk* ayırımını yaparak tanımlamaktadır. Esener’e göre kanun boşluğu “*yasama organı tarafından bir düzenlemenin yapılmamış olduğunu ifade eder*”<sup>37</sup>. Aynı yazara göre kanun dışı ve kanun üstü boşluk (hukuk

---

31 Yasemin Işıktaç/Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 227.

32 Dinçkol, Abdullah, *Hukuka Giriş*, Genişletilmiş Dördüncü Baskı, Der Yayınları İstanbul 2007, s. 271.

33 Akipek, Jale G./ Akıntürk, Turgut, *Türk Medenî Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)* Cilt I, Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul 2007, s. 126.

34 Sözer, Ali Nazım, *Hukukta Yöntem Bilim*, 1. Baskı, Beta Yayını, İzmir 2008, s. 116.

35 Sözer, s. 116 ve 124.

36 Sözer, s. 124.

37 Esener, Turhan, *Hukuk Başlangıcı*, (yeniden gözden geçirilmiş) 7. Baskı, Alkım, İstanbul 2004, s. 256.

boşluğu) ise, “bir hukukî sorun hakkında ne kanunda bir hüküm ne de örf adet kuralı mevcut değilse”<sup>38</sup> söz konusu olur.

A. Aybay/R. Aybay ise, boşluk kavramını, *yasa (kanun) boşluğu* olarak, “somut olaya uygulanacak hükmün hiç olmaması ya da yetersiz olması”<sup>39</sup> biçiminde tanımlamaktadırlar.

Dural/Sarı, boşluğu, “bulunması gereken kanuni düzenlemenin yokluğu”<sup>40</sup> şeklinde tanımlamaktadırlar. Yine, bu yazarlar, boşluğun, “kanunun yapısıyla çelişen bir eksiklik”<sup>41</sup> olduğunu belirtmektedirler.

Öztan, boşluğu, *kanun boşluğu* olarak, “gerekli kanunî düzenlemedeki eksiklik”<sup>42</sup> şeklinde tanımlamıştır.

Kırca da boşluğu, kanun boşluğu olarak, “gerekli kanuni düzenlemenin yapılmamış olması”<sup>43</sup> biçiminde tanımlamıştır. Kırca, özellikle, bu tanımdaki “gerekli” kelimesinin önemli olduğunu, dolayısıyla, her düzenleme eksikliğinin boşluk sayılamayacağını; boşluk olduğunun kabul edilebilmesi için, düzenlenmesi gerekli olan bir meselenin düzenlenmemiş olmasını haklı olarak vurgulamaktadır<sup>44</sup>.

Joseph Raz, öncelikle boşluğu, *yargı boşluğu* (jurisdictional gap) ve *hukukî boşluk* (legal gap) olmak üzere ikiye ayırarak tanımlamaktadır. Raz’a göre *yargı boşluğu* (jurisdictional gap), *bir hukuk sisteminde mahkemelerin bazı hukuksal meseleler üzerinde yargı yetkilerinin olmadığı* durumları ifade eder. Başka bir anlatımla, *eğer mahkemelerin, bazı hukuksal meseleler üze-*

---

38 Esener, s. 257.

39 Aydın Aybay/Rona Aybay, s. 235; benzer bir tanım için bkz. Deryal, Yahya, *Hukukun Temel Kavramları* (genişletilmiş) 6. Baskı Trabzon 2008, s. 52.

40 Dural, Mustafa/Sarı, Suat, *Türk Özel Hukuku*, Cilt I, (Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri), Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 108.

41 Dural/Sarı, s. 108.

42 Öztan, Bilge, *Medenî Hukukun Temel Kavramları*, 31. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 143.

43 Kırca, Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Uygun Sınırlama”, *Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2001, Cilt. 50, sayı 1, s. 91.

44 Kırca, s. 191.



*rinde yargı yetkileri yoksa, orada bir yargı boşluğu vardır*<sup>45</sup>. Hukukî boşluk ise, mahkemelerin yargı yetkisinde olan bir hukukî sorunun, ilgili hukuk sisteminde tam bir cevabının bulunmayışıyla (no complete answer) ilgilidir. Dolayısıyla Raz'a göre, bir hukuk sistemindeki mahkemelerin yargı yetkisindeki bir hukuksal soruna tam bir cevap bulunamıyorsa, hukukî bir boşluk var demektir<sup>46</sup>. Raz açısından hukukî boşluğun ortaya çıkma nedenleri ise, *belirsizlik* (indeterminacy)<sup>47</sup> ve *çözümeyen çatışmalar/ihtilaflar* (conflicts)'dir<sup>48</sup>. Belirsizlik, dil, niyet ve diğer olgulardan kaynaklanabilir<sup>49</sup>. Çatışmalar/ihtilaflar, hukuksal nedenler (legal reasons) arasındaki *çözümeyen çelişkilerden* kaynaklanır<sup>50</sup>. Buradaki hukuksal nedenleri, hukuksal normlar olarak anlayabiliriz. Dolayısıyla Raz açısından, normlar arasındaki *çözümeyen çatışmalar/ihtilaflar*, hukuksal boşluğun nedenlerinden biridir<sup>51</sup>.

Raz, kanunun, bir olay hakkında sessiz kalmasını boşluk olarak kabul etmez. Ona göre, kanunun sessiz kaldığı olaylarda, analitik doğrular niteliğindeki kapatma kuralları (closure rules) devreye girer ve boşluğun ortaya çıkmasını engeller<sup>52</sup>. Örneğin, "yasaklanmamış olan eylemlere izin verilmiştir" ilkesi, bir kapatma kuralı olarak, işlev görecektir<sup>53</sup>. Ancak her şey Raz'ın söylediği gibi kolay olmayabilir. Eğer kanunun susması, kendi normatif yapısı bakımından bir eksiklik ise, burada bir boşluğun olduğu kabul edilebilir<sup>54</sup>.

---

45 Raz, s. 70; Chiassoni, s. 70.

46 Raz, s. 70; bkz. Chiassoni, s. 70; Otakpor, N., "On Indeterminacy of Law", *Journal of African Law*, (1988), Vol. 32, No. 1, s. 113.

47 Raz, s. 72.

48 Raz, s. 74.

49 Raz, s. 73; Chiassoni, s. 71.

50 Raz, s. 74 vd.

51 Raz, s. 75; bkz. Chiassoni, s. 71.

52 Raz, s. 77.

53 Raz, s. 76.

54 Bkz. Kırca, s. 92.

**bb) Görüşümüz**

Biz, boşluğu, “pozitif hukukun, bir meseleyi düzenlemesi gerekirken kendi normatif düzenine aykırı olarak düzenlememiş olması” biçiminde tanımlıyoruz<sup>55</sup>. Yaptığımız bu tanım, hem yazılı hukuktaki boşluğu ve hem de örf-adet hukukundaki boşluğu kapsamaktadır. Doğal olarak pozitif hukukun her suskunluğu boşluk olarak değerlendirilmeyecektir. Bazı hallerde pozitif hukukun bir meseleye ilişkin suskunluğu, o meseleyi olumsuz (negatif) olarak karara bağladığı anlamına gelebilir<sup>56</sup>. Dolayısıyla, kanunda boşluk olduğu, bir meselenin sadece düz anlamı bakımından bir hükmün kapsamına girmediğinin tespitiyle değil, aynı zamanda zıt anlamı bakımından da bir hükmün kapsamına girmediğinin tespitiyle söylenebilir<sup>57</sup>. Örneğin, Medeni Kanun (MK), mutlak butlanla batıl olan evlenmeleri 145. maddesinde tüketici olarak saymıştır. Burada sayılanların dışında kalan nedenler, evliliğin mutlak butlanını gerektirmez<sup>58</sup>. Muvazaalı evlilikler, MK. m. 145. madde kapsamında kalarak evliliğin butlanını gerektirmeyen durumlara örnek teşkil edebilir. Yine aynı şekilde kanunî mirasçılarının kimler olacağı sınırlı sayı ilkesine göre Medeni Kanunda sayılmıştır (MK. m. 495-501). Bu mirasçılar dışında kalanlardan birisi (Hâtemi’nin örneğinde komşu), Kanunda boşluk olduğunu iddia ederek hâkimden bu yönde boşluğu doldurmasını isteyemez<sup>59</sup>. Dolayısıyla, bir hükmün mefhumu muhalifi (argumentum a contrario) açısından baktığımız zaman, bir mesele söz konusu hükmün dışında kalıyorsa, kanunda boşluk olduğundan söz edemeyiz<sup>60</sup>.

Kanunun başka kurallara atıf yapması halinde de boşluktan söz edemeyiz<sup>61</sup>. Serozan’ın konuya ilişkin verdiği MK 5. madde örneği konuyu aydın-

---

<sup>55</sup> Bkz. Aral, s. 157; Işıkaç/Metin, s. 228.

<sup>56</sup> Kırca, s. 91-92; Oğuzman/Barlas, s. 88; Işıkaç/Metin, s. 222; Dural/Sarı, s. 109; Tekinay, s. 64; Çağıl, s. 121; Akyol, Şener, *Medenî Hukuka Giriş*, İkinci Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 265.

<sup>57</sup> Oğuzman/Barlas, s. 88.

<sup>58</sup> Bkz. Serozan, Rona, *Medenî Hukuk (Genel Bölüm)* Genişletilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 124; Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 11. Baskı, Siyasal Kitabevi, Eylül 2006, s. 104.

<sup>59</sup> Hâtemi, Hüseyin, *Medenî Hukuka Giriş*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997, s. 74.

<sup>60</sup> Bkz. Oğuzman/Barlas, s. 88.

<sup>61</sup> Serozan, s. 126.

latacak niteliktedir<sup>62</sup>. MK. m. 5'e göre "Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır". Buna göre, özel hukuk alanında düzenlenmeyen herhangi bir mesele, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinin düzenlediği meselelerle uygunluk (veya benzerlik) arz etmesi halinde, düzenlenmeyen mesele konusunda boşluk olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü bu gibi durumlarda Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygun düştüğü ölçüde diğer düzenlenmeyen özel hukuk ilişkilerine de uygulanır. Aslında MK'nın 5. maddesi kıyası öngörmektedir<sup>63</sup>. Dolayısıyla kanunun açıkça kendisinin kıyası öngörmesi ve kıyas yapılacak kurallara atıf yapması halinde boşluktan söz edilemez. Benzer bir örnek olarak BK'nın 217. maddesi verilebilir<sup>64</sup>. BK'nın. 217. maddesinde yer alan, "Menkul satımına müteallik hükümler, kıyas tarikiyle gayrimenkul satımına da tatbik olunur" düzenlemesi, tartışma konumuza örnek teşkil edebilir. Taşınmaz (gayrimenkul) satımına ilişkin düzenlenmeyen hususlar, taşınır (menkul) malların satımıyla ilgili hususlarla esaslı olarak benzerlik arz etmesi halinde, artık boşluktan söz edemeyiz. Çünkü, bu durumda menkul mallara ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla, taşınmaz malların satımına uygulanması Kanun gereğidir. Tekinay, daha ileri giderek, bir meseleye kanunun herhangi bir hükmü örnekseme (kıyas) yoluyla uygulanabiliyorsa kanun boşluğundan söz edilemeyeceğini ileri sürmektedir<sup>65</sup>. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Eğer kanun koyucu hangi kurallara göre kıyas yapılacağını kendisi atıf yoluyla göstermişse [BK. 217. (yeni BK. 246.) madde örneğinde olduğu gibi], bu halde boşluktan söz edilemez. Ancak hâkim, kendisi kıyasa karar verip kıyas yapılacak kuralları belirlemek durumunda ise, burada boşluk olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Kanun hükmünde ahlâk ve âdâba veya yerel âdete yollama yapılmışsa, hâkimin hukuk yaratması gereken bir boşluktan değil, hüküm içi boşluktan söz edilir.

---

<sup>62</sup> Serozan, s. 126.

<sup>63</sup> Hâtemi, s. 69.

<sup>64</sup> BK'nın 217. maddesi, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı ve 11/01/2011 tarihli yeni Borçlar Kanununun 246. maddesine karşılık gelmektedir. Yeni BK'nın 246. maddesi, "Taşınır satımına ilişkin kurallar, kıyas yoluyla taşınmaz satışında da uygulanır" biçimindedir.

<sup>65</sup> Tekinay, s. 64.

### 3-Boşluk Türlerinin Analizi

#### a) Aleksander Peczenik'in Analizi

Boşluk türleriyle ilgili olarak Aleksander Peczenik'in sınıflaması ilgi çekicidir. Bundan dolayı yazarın boşluk türlerine ilişkin sınıflamasına burada değinmeyi uygun buluyoruz. Peczenik, boşluğu, önce, *pozitif hukukun sözel anlamında ortaya çıkan boşluk* ve yorum yoluyla pozitif hukuktan elde edilen bir normlar grubunda ortaya çıkan boşluk olmak üzere ikiye ayırmaktadır<sup>66</sup>. Peczenik, pozitif hukuktan yorum yoluyla elde edilen normlar grubunda ortaya çıkan boşluğu *yorumlanan hukukta boşluk* (gaps in interpreted law) olarak tanımlamakta ve bu boşluk türünü klasik boşluk türlerinden ayırarak yorum bahsinde incelemektedir<sup>67</sup>. Pozitif hukukun sözel anlamında ortaya çıkan boşluk türlerini ise, *yetersizlik boşluğu* (insufficiency gap), *tutarlılık boşluğu* (inconsistency gap), *belirsizlik boşluğu* (indeterminacy gap) ve *aksiyolojik boşluk* (axiological gap) olmak üzere dört başlık altında toplamıştır<sup>68</sup>. Biz burada sadece, Peczenik'in, *pozitif hukukun sözel anlamında ortaya çıkan boşluk* olarak tanımladığı ve Türk hukuk doktrinindeki bazı boşluk türlerine karşılık gelebilecek boşluk türlerini, kısaca ele almakla yetineceğiz.

**aa) Yetersizlik Boşluğu** (Insufficiency Gap): Yetersizlik boşluğu, mevcut hukuk sisteminin belirli bir meseleyi (düzenlemesi gerektiği halde) düzenlemediği zaman ortaya çıkan boşluktur. Peczenik, bu boşluğu, Carlos Achourron ve Eugenio Bulygin'in<sup>69</sup> verdiği bir örnekle anlatmaktadır. Varsayalım ki, yazılı bir hukuk kuralı, şöyle bir düzenleme getirmektedir: "*Bir aynı hakkı, bir şey karşılığında devralan kişi iyi niyetli olsa bile, eğer bu hakkı devreden kişi kötü niyetli ise, o aynı hakkın iadesi zorunludur. Bir aynı hak, karşılıksız devredilmiş ise, iadesi zorunludur*". Bu hüküm karşısında, yazar, şöyle bir olayın olduğunu varsaymaktadır: İyi niyetli bir kişi bir aynı hakkı bir şey karşılığında kötü niyetli birisine devretmektedir. Varsayımsal hukuk kuralımız, hakkı devralan kişinin iyi niyetli, devreden kişinin ise kötü

---

<sup>66</sup> Peczenik, Aleksander, *On Law and Reason*, Springer, 2008, s. 18.

<sup>67</sup> Bkz. Peczenik, s. 206-207.

<sup>68</sup> Peczenik, s. 18.

<sup>69</sup> Peczenik, bu örneği, Carlos Achourron ve Eugenio Bulygin'in *Normative Systems* (1971) adlı eserlerinden vermektedir.

niyetli olması durumunu düzenlemiş, bu olayın tersi olan durumu, yani, devreden kişinin iyi niyetli, devralan kişinin kötü niyetli olması durumunu düzenlememiştir. Acaba bu durumda, o aynı hakkın iadesi zorunlu mudur? Peczenik, varsayımsal hukuk kuralının bu soruna çözüm getirmediğini, dolayısıyla burada bir yetersizlik boşluğundan söz edileceğini belirtmektedir<sup>70</sup>.

**bb) Tutarsızlık Boşluğu** (Inconsistency Gap): Bu tür boşluklar, hukuk normlarının mantıksal tutarsızlığından kaynaklanır. Peczenik, bu boşluğa örnek olarak Danimarka Anayasasında yer alan iki normu göstermektedir. Bu normlardan birisi, parlamentonun ilk meclisinin (first chamber) 78 üyeden oluşacağını, diğer norm ise 79 üyeden oluşacağını öngörmektedir. Bu tür sorunlar, daha az genel norm, daha çok genel olan normun istisnası sayılabileceği ve dolayısıyla daha az genel normun tercih edilmesi gerektiği biçiminde çözülebilir. Ancak bazı durumlarda, hangi normun daha az genel veya daha çok genel olduğunu belirlemek olanaksız olabilir. Dolayısıyla Peczenik'e göre buradaki boşluğun doldurulması bir değer yargısını gerektirecektir<sup>71</sup>.

**cc) Belirsizlik Boşluğu** (Indeterminacy Gap): Belirsizlik boşlukları, bir hukuk normunun anlamındaki kapalılık (vagueness) veya muğlaklıktan (ambiguity) kaynaklanır. Peczenik, belirsizlik durumlarını boşluk olarak nitelendirmede tereddütlüdür. Peczenik'e göre, eğer belirsizlik durumları boşluk olarak kabul edilecekse, *belirsizlik boşluğunu doldurma* ile *bir hukuk kuralını yorumlama faaliyeti* birbirinden ayrılabilir. Ancak yazar böyle bir ayırımın da belirsiz olacağını söylemektedir<sup>72</sup>. Ancak bize göre, yorum yoluyla bir hukuk kuralının anlamını belirleyemiyorsak, burada bir boşluğun olduğu kabul edilmelidir.

**dd) Aksiyolojik Boşluk** (Axiological Gap): Aksiyolojik boşluk ise, ilgili hukuk kuralının belirli bir ahlaki değerle çatışmasından kaynaklanır. Eğer mevcut bir hukuk normu, bir meseleyi ahlaken (etik olarak) kabul edilemeyecek bir tarzda düzenlemişse, burada bir aksiyolojik boşluğun olduğu kabul

---

<sup>70</sup> Peczenik, s. 19.

<sup>71</sup> Peczenik, s. 19.

<sup>72</sup> Peczenik, s. 19.

edilecektir<sup>73</sup>. Peczenik'e göre değer yargılarına başvurulmadan bu tür boşluklar doldurulamaz<sup>74</sup>.

### b) Türk Hukuk Öğretisindeki Analiz

Türk hukuk öğretisinde genelde kabul gören boşluk türleri, *hüküm içi boşluklar-kanun boşlukları (kanun yanında/dışında boşluklar), gerçek boşluklar-gerçek olmayan boşluklar, bilinçli boşluklar-bilinçsiz boşluklar ve açık boşluklar-örtülü boşluklar* şeklindedir<sup>75</sup>. Biz bunlara ek olarak bazı yazarların üzerinde durduğu *çatışma boşluğuna*<sup>76</sup> ve kavram olarak benimsediğimiz *hukuk boşluğuna* da değineceğiz. Bazı yazarlar kanun boşluğu türlerine girmeden önce *kanun boşluğu-hukuk boşluğu* ayrımı yaparlar<sup>77</sup>.

**aa) Hüküm İçi Boşluk (Intra Legem Boşluk) Kavramı:** Hüküm içi boşluk durumlarında yazılı hukukta bir düzenleme vardır. Ancak, kanun koyucu ilgili hukuk normunu bir çerçeve şeklinde belirlemiş, içeriğinin doldurulmasını yargıca bırakmıştır<sup>78</sup>. Yargıç hüküm dışı öğelerle, söz konusu normu tamamlayacaktır<sup>79</sup>. Dolayısıyla bu tür boşluklar bilinçli olarak bırakılmış boşluklardır<sup>80</sup>. Hüküm içi boşlukta içeriğinin doldurulması gereken çerçeve bir norm olduğu için, bu tür bir boşluk, geniş anlamda bir boşluktur<sup>81</sup>. Çün-

<sup>73</sup> Peczenik, s. 20.

<sup>74</sup> Peczenik, s. 20.

<sup>75</sup> Bkz. Edis, s. 116-119; Işıktaç/Metin, 226-230; Kayıhan, Şaban, Hukukun Temel Kavramları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 177-180; Oğuzman/Barlas, s. 90-95; Esener, 256; 258; Özsunay, s. 201-204; Kırca, 93-97; Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre, *Medenî Hukuk (Giriş, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku)*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000, s. 97-101; Dural/Sarı, s. 110-112; Boşlukla ilgili olarak daha değişik bir sınıflama için bkz. Sözer, s. 116-127.

<sup>76</sup> Bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 100; Sözer, s. 122.

<sup>77</sup> Dural/Sarı, s. 108; Işıktaç/Metin, s. 227; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 96-97; Sözer, s. 116 ve 124.

<sup>78</sup> Kırca, s. 93.

<sup>79</sup> Işıktaç/Metin, s. 230; Edis, s. 117; Deryal, s. 52.

<sup>80</sup> Overbeck, Alfred E. Von, "Some Observation on The Role of The Judge Under The Swiss Civil Code" *Louisiana Law Review*, Vol. 37, Issue 3 (1976-1977), s. 686; Akyol, s. 274; Edis, s. 116; . Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ekin Yayını, 2009, s. 243-244.

<sup>81</sup> Özsunay, s. 201.

kü yazılı hukuk ilgili konuda tamamen susmuş değildir. Hüküm içi boşluklar, yargıçlara takdir yetkisi tanıyan boşluklardır<sup>82</sup>. Örneğin Medeni Kanunun 27. maddesinin 1. fıkrası, “*Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir*” biçiminde bir hüküm getirmiştir. Bu hükümdeki *haklı nedenler*’in ne olduğu belirlenmeyip, bunun takdiri yargıca bırakılmıştır. Yine, Borçlar Kanununun 47. maddesinin getirdiği, “*Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevî zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir*” biçimindeki hükmünde yer alan adalete muvafık tanımlamasının içi boştur. Yargıç, özel durumları dikkate alarak, *adalete uygunluğu* kendisi belirleyecektir. Hüküm içi boşlukta, genellikle, yazılı hukuk dışındaki ölçüt ve olgulara yollama yapılır<sup>83</sup>. Örneğin, Borçlar Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrası, “*Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlâka (âdâba) mugayir olursa o akit batıldır*” demektir. Bu hükümdeki ahlaka aykırılık, pozitif hukukun dışındaki bir ölçüttür; nelerin ahlaka aykırı olduğunu yargıç belirleyecektir.

Öztan, hüküm (kural) içi boşluğu üçe ayırarak ele almaktadır. Birincisi, bir kuralın, başka bir kurala atıf yaptığı durum; ikincisi, kuralın genel klozlar içermesi durumu; üçüncüsü ise, tanımlamadan kaynaklanan durumdur<sup>84</sup>. Yazar, kuralın başka bir kurala atfından kaynaklanan boşluğa MK 157. maddesi örnek vermektedir. MK. m. 157/2’ye göre, mahkemenin evliliğin butlanına karar vermesi durumunda “*Çocuklar ile ana ve baba arasındaki ilişkilere boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır.*” Ancak, bir kuralın başka bir kurala atıf yaptığı durumda, atıf yapılan kurallar (örneğimizde olduğu gibi) açık ve olaya doğrudan doğruya uygulanabiliyorsa, hüküm içi boşluktan söz edemeyiz. Örnek olayda butlanına karar verilmiş evlilikten doğan çocukların ana ve babalarıyla ilişkisine MK. m. 157/2 gereği Medeni Kanunun boşanmaya ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Burada, hangi kuralların uygulanacağına ilişkin yargıcın takdir yetkisine girecek bir husus söz konusu değildir; zira, hangi kuralların uygulanacağı bellidir. Dolayısıyla yazarın hüküm içi boşluk olarak değerlendirdiği bu durumda hüküm içi boşluktan söz edile-

---

82 Kayıhan, s. 175; Dinçkol, s. 273; Gözler, s. 244; Hâtemi, s. 83-84; Ayan, Mehmet, *Medenî Hukuka Giriş*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Mimoza Yayını, Konya 2007, s. 57.

83 Edis, s. 117.

84 Öztan, s. 146.

mez. İkinci durumda, yani, yasa koyucunun genel klostara atıf yaptığı durumlarda, yargıcın takdir yetkisini kullanmasını gerektiren *haklı sebep* gibi olasılıklar söz konusudur<sup>85</sup>. Hüküm içi boşluğun tipik örneğini oluşturan bu durumlara yukarıda yer verdiğimiz için burada tekrar etmiyoruz. Yazara göre hüküm içi boşluğun kaynaklandığı üçüncü durum ise, kanun koyucunun yer verdiği bazı sözcüklerin tanımlanma ihtiyacıdır. Yazarın verdiği örnek, MK. m. 175/1’de geçen “yoksulluk” kavramıdır<sup>86</sup>. MK. m. 175/1’e göre, “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir”. Kimler için hangi durumların *yoksulluk* sayılacağıının her somut olayda belirlenmesi gerektiğinden, burada da bir tanımlama boşluğundan söz edilir<sup>87</sup>.

**bb) Kanun Boşluğu (Praeter Legem Boşluk) Kavramı:** Kanun boşluğu, *kanun yanında boşluk*, *kanun dışında boşluk*<sup>88</sup> veya *kural dışı boşluk*<sup>89</sup> olarak da ifade edilir. Kanun boşlukları (Praeter legem boşluklar) genelde bilinçli olmayan, yani iradi olmayan boşluklardır<sup>90</sup>. Kanun boşlukları, dar anlamda veya gerçek anlamda boşluklardır<sup>91</sup>. Bu tür boşluklarda, yapılması gereken kanuni düzenleme yapılmamıştır<sup>92</sup>. Dolayısıyla böyle durumlarda yargıcın hukuk yaratması gerekir. Hüküm içi boşlukların aksine, kanun boşlukları (praeter legem boşluklar) yargıçların takdir yetkisiyle doldurulabilen boşluklar değildir<sup>93</sup>.

**cc) Hukuk Boşluğu (Hukukta Boşluk) Kavramı:** Bazı yazarlar önce kanunda boşluk-hukukta boşluk ayrımı yapıp, daha sonra kanun boşluğu türle-

---

85 Öztan, s. 147.

86 Öztan, s. 147.

87 Bkz. Öztan, s. 147.

88 Özsunay, s. 201.

89 Dinçkol, s. 273; Öztan, s. 147; Gözler, s. 244.

90 Edis, s. 117; Öztan, s. 147.

91 Özsunay, s. 201.

92 Gözler, s. 244; Overbeck, s. 686.

93 Gözler, s. 244.



rini ele alırlar<sup>94</sup>. Bu yazarlar kanunda boşluğu, kanunda (yazılı hukukta) bir hüküm olmaması olarak, hukukta boşluğu ise, hem kanunda ve hem de örf-adet hukukunda bir kural olmaması olarak tanımlarlar<sup>95</sup>. Bizim görüşümüze göre boşluk, pozitif hukukun bir eksikliğidir. Bundan dolayı, hukuk boşluğu tanımlamasını terminolojik olarak doğru bulmuyoruz. Çünkü, hukukta boşluk olmaz<sup>96</sup>. Eğer hukukta boşluk olsaydı, bazı ihtilaflar çözümsüz kalırdı<sup>97</sup>. Oysa çağdaş hukuk sistemleri, olaya uygulanacak hukuk kuralının olmaması nedeniyle, yargıca, hüküm vermektan kaçınma imkânı tanımamışlardır. Örneğin, 1982 Anayasası “Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz” (AY. m. 36/2) hükmüyle, yargıçların görev ve yetkileri dahilindeki ihtilaflarda karar vermektan imtina etmelerini yasaklamıştır<sup>98</sup>. Oğuzman/Barlas’ın da belirttiği gibi, hukuk boşluğu, Medenî Kanunumuzun 1. maddesinin yargıca verdiği hukuk yaratma yetkisinden dolayı, hiçbir zaman var olmayacaktır<sup>99</sup>. Yukarıda belirttiğimiz gibi Fransız Medenî Kanununun 4. maddesi de, Kanunun, sessiz kalması belirsizliği ve yetersizliğini mazeret göstererek hüküm vermektan kaçınan yargıcın cezaî takibata maruz kalacağını hükme bağlamıştır.

94 Dural/Sarı, s. 108; Işıktaç/Metin, s. 227; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 96-97; Sözer, s. 116 ve 124.

95 Dural/Sarı, s. 108; Işıktaç/Metin, s. 227; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 96-97; Sözer, s. 124.

96 Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk Başlangıcı Dersleri* (Birinci Kitap) İst. Üniv. Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1961, s. 119; Oğuzman/Barlas, s. 88.

97 Akyol, *Medenî Hukuka Giriş* (4. Baskı, 2006) kitabının 266. sayfasında “Kanunda boşluk olur, hukukta boşluk olmaz” dedikten sonra, 279. sayfada, hiçbir ihtilafların çözümsüz kalamayacağı anlamında “hukukta boşluk” kavramının, “kanunda boşluk” anlamına gelmeyeceğini, ancak, hukuk sistemindeki boşluğu anlatabilmek için “hukukta boşluk” kavramının kullanılabilmesini kabul etmektedir. Yazara göre, tüketicinin korunmasıyla ilgili Kanun çıkarılmadan önce, tüketicilerin korunması konusunda “hukuk boşluğu” vardı. (Akyol, s. 279). Ancak Akyol’un 279. sayfadaki tanımlamaları isabetli görünmüyor. Çünkü, hukukta boşluk tanımlaması, zaten kanunda boşluk kavramı yerine kullanılmamaktadır. Hem kanunda ve hem de örf-adet hukukunda bir boşluk varsa, hukukta boşluk kavramı (bazı yazarlarca) kullanılmaktadır. Diğer yandan Yazarın kullandığı “hukuk sisteminde boşluk” tanımlaması da isabetli görünmüyor. Çünkü yazarın verdiği örnekte, *pozitif hukuk* (de lege data) açısından bir boşluktan daha ziyade, *olması gereken hukuk* (de lege ferenda) açısından bir boşluk veya hukuku politikası bakımından bir eksiklik söz konusudur. (Bkz. Akyol, s. 266 ve 279).

98 Bkz. Dinçkol, s. 272; Serozan, s. 123.

99 Oğuzman/Barlas, s. 88.

**dd) Gerçek Boşluk Kavramı:** Gerçek boşluk, kanunda yer alması gereken bir düzenlemenin yapılmamış olması veya bir mesele hakkında herhangi bir kuralın yer almamış olması biçiminde tanımlanır<sup>100</sup>. Ancak, gerçek boşluk, örtülü boşluğu da kapsayacak şekilde tanımlanmalıdır. Bundan dolayı, hâkimin hukuk yaratmak zorunda olduğu her durumda, gerçek boşluk vardır. Gerçek boşluk, gerçek olmayan boşluğu anlatabilmek için başvurulan bir kavramdır. Aksi takdirde, hâkimin hukuk yaratması gereken diğer boşluk türlerinden ayrılması söz konusu olurdu. Oysa, nerede hâkim hukuk yaratmak zorunda ise, orada gerçek bir boşluk vardır.

**ee) Gerçek Olmayan Boşluk Kavramı:** Gerçek olmayan boşluk, kanunda yer alan bir düzenlemenin, yeterli ve tatminkâr bulunmamasıdır<sup>101</sup>. Gerçek olmayan boşluklar, yargıcın doldurması gereken bir boşluk değildir. Çünkü boşluk gibi görünen durumda kanuni düzenleme vardır. Ancak yasa koyucunun yanlış hukuk politikasından dolayı<sup>102</sup> ilgili hüküm tatminkâr değildir. Bazı yazarlar, *örtülü boşluğu*, gerçek olmayan boşluğun bir türü gibi algılamaktadırlar<sup>103</sup>. Oysa aşağıda göreceğimiz gibi örtülü boşluk, yargıcın doldurması gereken gerçek bir boşluktur. Bu doğrultuda bazı yazarlar haklı olarak örtülü boşluğu gerçek boşluk altında sınıflandırmaktadır<sup>104</sup>. Işıқтаç/Metin'e göre, gerçek olmayan boşluk, kanuni düzenlemelerin istisnalarının iyi düzenlenmemesinden değil, yanlış hukuk politikasından kaynaklanmaktadır<sup>105</sup>. Bizim de benimsediğimiz bu yaklaşım açısından, gerçek olmayan boşlukta, *olması gereken hukuk* (de lege ferenda) açısından bir yetersizlik vardır. Bu yetersizliği ve tatminsizliği giderecek olan yasa koyucudur<sup>106</sup>. Yanlış hukuk politikasından kaynaklanan yetersizlikler boşluk olarak

<sup>100</sup> Özsunay, s. 202; Kayıhan, s. 179; Işıқтаç/Metin, s. 118; Edis, s. 118.

<sup>101</sup> Edis, s. 118; Özsunay, s. 207; Oğuzman/Barlas, s. 94; Kayıhan, s. 179; Öztan, s.148; Akipek/Akıntürk, s. 127; Işıқтаç, Yasemin, *Hukuk Başlangıcı*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 204.

<sup>102</sup> Işıқтаç/Metin, s. 229.

<sup>103</sup> Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 100; Edis, s. 118; Oğuzman/Barlas, s. 93-94; Öztan, s. 148; konuyla ilgili tartışmalar için bkz. Kırca, s. 95.

<sup>104</sup> Dural/Sarı, s. 111-112; Işıқтаç/Metin, s. 230; Hatemi, s. 78; ayrıca bkz. Kırca, s. 96, dipnot, 35 ve s. 98.

<sup>105</sup> Işıқтаç/Metin, s. 229.

<sup>106</sup> Oğuzman/Barlas, s. 94.

görülemez<sup>107</sup>. Eğer bu yetersizlik hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuruyorsa, burada bir örtülü boşluk vardır<sup>108</sup>. Bu durumda yargıç, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracak hükmü uygulamayarak kendisi hukuk koyacaktır<sup>109</sup>. Başka bir anlatımla, gerçek olmayan boşluk durumunda yetersiz normun uygulanması hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurmuyorsa yargıcın söz konusu normu değiştirme yetkisi olmamalıdır<sup>110</sup>.

Dolayısıyla bir taraftan *gerçek olmayan* sıfatını kullanmak, diğer yandan da gerçek boşlukta olduğu gibi burada da doldurulması gereken bir boşluk olduğunu kabul etmek kavramsal düzeyde bir çelişki olacaktır. Kırca da çeşitli karışıklıklara neden olmasından dolayı gerçek olmayan boşluk kavramından vazgeçilmesi gerektiğini önermektedir<sup>111</sup>.

**ff) Açık Boşluk Kavramı:** Kanunun, düz ve zıt anlam itibariyle bir olay hakkında hiçbir hüküm getirmediği açıkça görülüyorsa, açık bir boşluğun olduğu söylenir<sup>112</sup>. Açık boşluklara verilen yaygın örnek, terekesinde cenaze giderlerini karşılayacak malvarlığı olmayan kişinin cenaze masraflarının nasıl karşılanacağıdır. Medeni Kanun m. 507/2'ye göre, miras bırakanın cenaze giderleri terekesinden karşılanır. Ancak, terekesinde cenaze giderlerini karşılayacak mal varlığı yoksa, söz konusu giderlerin nasıl karşılanacağı düzenlenmemiştir<sup>113</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi, buradaki boşluğu İsviçre Medeni Kanununun nafaka hükümlerini kıyas yoluyla uygulayarak doldurmuştur<sup>114</sup>. Türk Öğretisinde de bu boşluğun, Medeni Kanunun 364 ve 365. maddeleri kıyas yoluyla uygulanarak terekeden karşılanamayan cenaze giderlerinin nafaka borçlularına yüklenerek doldurulacağı kabul edilir<sup>115</sup>.

---

<sup>107</sup> Kırca, s. 92.

<sup>108</sup> Edis, s. 119; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 100.

<sup>109</sup> Oğuzman/Barlas, s. 94; Kayıhan, s. 180.

<sup>110</sup> Kayıhan, s. 180.

<sup>111</sup> Bkz. Kırca, s. 96.

<sup>112</sup> Dural/Sarı, s. 111; Işıқтаç/Metin, s. 227-228; Edis, s. 119; Oğuzman/Barlas, s. 92; Kayıhan, s. 178; Akyol, s. 278.

<sup>113</sup> Işıқтаç, *Hukuk Başlangıcı*, s. 202; Oğuzman/Barlas, s. 92-93; Serozan, s. 125; Kırca, s. 94; Akyol, s. 278.

<sup>114</sup> Bkz. Oğuzman/Barlas, s. 106.

<sup>115</sup> Serozan, s. 125-126; Kırca, s. 94.

**gg) Örtülü Boşluk Kavramı:** Kanunda bir olaya ilişkin bir kural olmasına karşın, gerekli istisnalara yer verilmeyip, kuralın kapsamının çok geniş tutulması dolayısıyla uygulanmasının adalete aykırı bir durumu ortaya çıkarıyorsa örtülü boşluk vardır<sup>116</sup>. Başka bir tanıma göre, bir hükmün uygulanmasının hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurması durumunda örtülü boşluktan söz edilir<sup>117</sup>. Öztan'a göre açık boşlukta "kural eksikliği" söz konusuysen, örtülü boşlukta "kural aksaklığı" söz konusudur<sup>118</sup>. Örtülü boşluk, Peczenik'in sözünü ettiği *aksiyolojik boşluğa* benzemektedir. Çünkü, yeterince ayrıksı duruma yer vermeyen hükmün uygulanması, etik bir sorun ortaya çıkarmaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi biz, örtülü boşluğu gerçek boşluğun bir türü olarak gören yazarların görüşlerini benimsiyoruz. Çünkü örtülü boşlukta, yargıcın hukuk yaratması gereken bir durum söz konusudur. Yargıç amaca uygun sınırlama yoluyla bu tür boşlukları dolduracaktır<sup>119</sup>. Eldeki olaya uygulanmak istenilen kural, bu olay bakımından bir istisna hükmüyle sınırlanarak uygulanacaktır<sup>120</sup>. Bu konuda verilen en çarpıcı örnek, ayırt etme gücü olmayanların, istisnalar hariç, yaptıkları hukukî işlemleri geçersiz sayan Medeni Kanunun 15. maddesidir. Bu maddeye göre, "*kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimse nin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz*" (MK. m. 15). Ancak kanunda ayrık (istisna) tutulmayan bazı olasılıklar yüzünden kuralın uygulanması, adaletsiz sonuçlar doğuracaktır. Örneğin, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin yaptığı geçersiz iş sözleşmesi gereği olarak çalıştığı işverenden ücretini isteyebilmesi durumu kanunda ayrık tutulmamıştır. Böyle bir durumda kanunun bu hükmünün olduğu gibi uygulanması adalet hislerini zedeleyecek ve hükmün bu şekilde uygulanmasına dönük işverenin talebi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacaktır. Dolayısıyla bu durumda, ayırt etme gücüne sahip olmayan tarafından yerine getirilen iş ediminin karşılığı olarak ücretini iste-

---

<sup>116</sup> Kırcı, s. 96; Işıktaç/Metin, s. 229; Serozan, s. 131; Tekinay, s. 64-65. Öztan, s. 149.

<sup>117</sup> Kırcı, s. 98; Edis, 119; Oğuzman/Barlas, s. 93; Kayıhan, s. 179; Işıktaç, *Hukuk Başlangıcı*, s. 203; Dinçkol, s. 272; Serozan, s. 123; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 100.

<sup>118</sup> Öztan, s. 149.

<sup>119</sup> Kırcı, s. 98-99; Işıktaç/Metin, s. 229-230; Serozan, s. 132.

<sup>120</sup> Serozan, s. 132.

yebilmesi bir istisna kabul edilip, hükmü amacına uygun daraltarak uygulamak gerekir<sup>121</sup>. Bu şekilde ortaya çıkan boşluk doldurulmuş olacaktır.

**hh) Bilinçli Boşluk Kavramı:** Bilinçli boşluklar, kanun koyucunun bir meseleyi iradi olarak ve bilerek düzenlemediği zaman ortaya çıkan boşluklardır<sup>122</sup>. Yukarıda da belirtildiği gibi, hâkimin takdir yetkisiyle dolduracağı hüküm içi boşluklar genel olarak bilinçli olarak bırakılmış boşluklardır<sup>123</sup>. Örneğin MK.'nın 128. maddesi, “*Hâkim, haklı sebep olmaksızın evlenmeye izin vermeyen yasal temsilciği dinledikten sonra, bu konuda başvuran küçük veya kısıtlının evlenmesine izin verebilir*” şeklinde bir hüküm getirmiştir. Ancak, bu maddede yer alan *haklı sebeplerin* neler olabileceğini yargıca bilinçli olarak bırakmıştır. Çünkü yasa koyucu, bütün haklı nedenleri önceden tüketici olarak sayamaz. Tüketici olarak sadece bazı haklı nedenleri belirlerse, bunlar dışındaki haklı nedenler dışarıda kalacak ve dolayısıyla kanun birçok benzer olaya uygulanma kabiliyetini kaybedecektir. Kanuna esneklik vermek ve gelecekte birçok olayı kapsayacak bir nitelik kazandırmak için, hüküm içi boşluklar bilinçli olarak bırakılırlar.

Kanun boşluklarının (praeter legem/kanun yanında/dışında boşlukların) bir kısmı da bilinçli boşluklardır. Türk hukukunda bu konuya sıkça verilen örnek, taşınır malları başkasına geçiren tasarruf işleminin illi olup olmadığı, yani geçerli bir sebebe bağlı olup olmadığı hususudur. Kanun koyucu taşınmaz mallara ilişkin tasarruf işlemlerinin hüküm doğurmasını geçerli bir sebebe bağladığı halde (MK. 716/1), taşınmaz mallara ilişkin tasarruf işlemlerinin geçerli bir sebebe bağlı olup olmadığını bilinçli olarak düzenlememiştir<sup>124</sup>. Bilinçli boşluklar genelde kanun koyucunun hukuk politikasından kaynaklanır. Kanun koyucu, bazı meselelerin doktrin ve yargısal içtihatlar yoluyla şekillenmesini isteyebilir<sup>125</sup>.

**ii) Bilinçsiz Boşluk Kavramı:** Bilinçsiz boşluklar, kanun koyucunun isteği dışında ortaya çıkan boşluklardır. Bilinçsiz boşlukların bazıları genel olarak kanun koyucunun ihmal, unutkanlık ve dikkatsizliğinden ileri ge-

---

<sup>121</sup> Bkz. Kırca, s. 103; Serozan, s. 133.

<sup>122</sup> Oğuzman/Barlas, s. 91; Edis, s. 117; Kayıhan, s. 122; Işıқтаç/Metin, s. 228, Öztan, s. 150.

<sup>123</sup> Dinçkol, s. 272.

<sup>124</sup> Bkz. Oğuzman/Barlas, s. 91; Kayıhan, s. 177-178; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 99.

<sup>125</sup> Çağıl, s. 119; Işıқтаç/Metin, s. 227.

lir<sup>126</sup>. Bu tür boşluklar, *ihmalden doğan boşluklar* olarak nitelendirilir<sup>127</sup>. Örneğin, MK 74/2'ye göre derneklerin, “*Olağan genel kurul toplantılarının en geç üç yılda bir yapılması zorunludur*”. Ancak bu süre içerisinde olağan genel kurul toplantısının yapılmaması halinde ne tür bir yaptırım uygulanacağı Kanunda yer almamaktadır. Burada tipik bir ihmalden doğan boşluk söz konusudur. Bazı boşluklar ise, öngörülemeyen ekonomik, toplumsal ve teknik gelişmelerin sonucu ortaya çıkabilir<sup>128</sup>. Bu tür bilinçsiz boşluklara ise *fiili boşluklar* denir<sup>129</sup>. Pozitif hukuktaki boşlukların çoğu bilinçsiz boşluklardır. Çalışmanın başında da belirttiğimiz gibi bilinçsiz boşlukların bir kısmının (kanun koyucunun ihmali hariç) ortaya çıkması kaçınılmazdır. Özellikle, yeni gelişmelerin aniden ortaya çıktığı dönemlerde, kanun koyucunun gerekli düzenlemeleri yapmasına kadar kanun boşlukları var olamaya devam ederler.

**jj) Çatışma Boşluğu:** Bilinçsiz boşlukların bazıları, hukuk kuralları arasındaki çatışmadan (çelişkiden) kaynaklanır<sup>130</sup>. Yukarıda belirttiğimiz gibi Peczenik, bu tür boşluğa, *tutarsızlık boşluğu* (inconsistency gap) demektedir<sup>131</sup>. Bazı yazarlar ise, kurallar arasındaki çelişkiden kaynaklanan boşluğa, çatışma boşluğu demektedirler<sup>132</sup>. Ancak kurallar arasındaki her çelişki (çatışma) boşluk durumuna neden olmaz. Hukuk kuralları arasındaki çelişkiden boşluk doğabilmesi için, kuralların, aynı anda yürürlüğü girmiş olması, ikisinin de ya genel ya da özel olması ve aralarında altlık-üstlük ilişkisinin olmaması gerekir<sup>133</sup>. Ancak bunlara başka bir ölçüt daha eklememiz gerekir. Bu ölçüt, kuralları birbirine tercih etmemizi sağlayan haklı bir nedenimizin olmamasıdır<sup>134</sup>. Örneğin amaca göre (gaî) yorum yaparak kuralların birini tercih edebiliyorsak yine boşluktan söz edilememesi gerekir. Gözler, hâki-

<sup>126</sup> Tekinay, s. 64; Kayıhan, s. 178; Işıktaç/Metin, s. 227.

<sup>127</sup> Oğuzman/Barlas, s. 91; Özsunay, s. 203.

<sup>128</sup> Aral, s.155; Işıktaç/Metin, s. 226; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 99.

<sup>129</sup> Oğuzman/Barlas, s. 92; Özsunay, s. 203.

<sup>130</sup> Çağıl, s. 122; Aral, s. 155; Işıktaç/Metin, s. 227.

<sup>131</sup> Peczenik, s. 19.

<sup>132</sup> Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 100; Sözer, s. 122.

<sup>133</sup> Gözler, s. 240.

<sup>134</sup> Bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 100; Işıktaç/Metin, s. 227.

min, aynı anda yürürlükte bulunan ikisi de özel veya ikisi de genel olan ve aralarında altlık-üstlük ilişkisi de olmayan iki kuralın birini diğerine tercih etme yetkisi bulunmadığını söylemektedir<sup>135</sup>. Akipek/Akıntürk de, bu durumlarda bir normun diğerine tercih edilmesinde haklı bir neden bulunmayacağına söylemektedirler<sup>136</sup>. Tekrar ifade edelim ki biz bu görüşe katılmıyoruz. Eğer, *hakkaniyet*, *menfaatler içtihadı* veya *amaca uygunluk* gibi kriterleri kullanarak aynı niteliklere sahip iki normdan birisini diğerine tercih edebiliyorsak, boşluk bulunduğu kabul edilmemesi gerekir. Çağıl, çelişen normlardan hangisi, hukuk düzeninin fikri yapısına, anlam ve amacına en iyi şekilde uyarsa, o normun tercih edileceğini, diğerinin ise yürürlükten kalkacağını düşünmektedir<sup>137</sup>. Yazara göre, eğer böyle bir tercih yapılamıyorsa, normlar birbirini yok edecek ve boşluk ortaya çıkacaktır<sup>138</sup>. Ancak bazı durumlarda bu tercihi yapamayabiliriz. Peczenik'in *tutarsızlık boşluğu*'na verdiği (makalenin başında zikrettiğimiz) örnek, bu durumu tasvir edebilir. Danimarka Anayasasının bir hükmü, Parlamentonun ilk meclisinin 78 üyeden, diğer bir hükmü, 79 üyeden oluştuğunu düzenlemesi halinde, iki kural genellik ve özellik bakımından aynı nitelikte ise, burada kurallardan birini diğerine tercih etmede haklı bir nedenimizin olduğunu söylememiz zor olacaktır, boşluk bulunduğundan söz edilebilir.

Eğer aynı seviyede iki hukuk kuralının yürürlük tarihleri farklı ise veya yürürlük tarihleri aynı olup da birisi genel diğeri özel ise, kurallar çelişiyor diye boşluktan söz edilemez. Bu ihtimallerde, hukuka özel mantık kuralları diye niteleyebileceğimiz, *lex posterior* veya *lex specialis* yöntemi devreye sokularak normlardan birisi uygulanır<sup>139</sup>. Kurallar arasında altlık-üstlük ilişkisi varsa, genelde *lex superior* (üstün kural) yöntemine göre çözümlenir<sup>140</sup>. Ancak bizim hukukumuzda göre Anayasa kuralları ile kanunlar arasında çatışma olduğunda mahkemelerin doğrudan Anayasa kuralını uygulamak yerine, konunun ya iptal davası veya somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesi gerekir. Ancak bir kanunla tüzüğün veya

---

135 Gözler, s. 240.

136 Akipek/Akıntürk, s. 127-128.

137 Çağıl, s. 123.

138 Çağıl, s. 123.

139 Gözler, s. 236-237.

140 Gözler, s. 234.

yönetmeliğin çatışması halinde doğrudan (lex superior gereği) kanunun uygulanması gerekir<sup>141</sup>.

#### 4- Boşluk Doldurma Yöntemlerine Pozitif Hukuklardan Örnekler

Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, pozitif hukuktaki boşlukların doldurulmasıyla ilgili olarak çeşitli yöntemler vardır. Her hukuk sistemi kendine özgü bir usul benimsemiştir. Roberto G. MacLean bu yöntemleri dört başlık altında toplamıştır<sup>142</sup>. Ancak biz bunlardan tipik olan üçüne kısaca değinmekle yetineceğiz.

Birincisi, 1907 yılında kabul edilip, 1912 tarihinde yürürlüğe giren *İsviçre Medeni Kanununun* (ve dolayısıyla 1926 ve daha sonra da 2001 tarihli Türk Medeni Kanununun) benimsediği yöntemdir. İsviçre Medeni Kanununun m. 1/2 hükmü (aynı şekilde Türk MK'nın 1/2 hükmü), yargıcın, yazılı hukuk ile örf-adet hukukunda bir meseleye dair bir hüküm bulamaz ise, kanun koyucu gibi davranıp, söz konusu meseleye dair bir kanun koyarak uyumsuzluğu çözeceğini öngörmüştür<sup>143</sup>. Ancak İsviçre Medeni Kanunu m. 1/3'deki hüküm, yargıcın, boşluk doldurmak için kanun koyucu gibi hareket ederken, *kabul edilmiş doktrin ve gelenekleri (bewährter Lehre und Überlieferung)* takip edeceğini öngörmüşken, Türk Medeni Kanunu m. 1/3'deki hükümde hâkim, kanun koyucu gibi hareket ederek hukuk yaratırken, *bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından* yararlanacağı hükme bağlanmıştır. Fakat hem İsviçre hukukundaki "*kabul edilmiş doktrin ve gelenekler*" ve hem de Türk hukukundaki "*bilimsel görüşler ve yargı kararları*", gerek İsviçre Medeni Kanunu ve gerekse Türk Medeni Kanunu açısından bağlayıcı olmayan yardımcı kaynaklardır. Her iki kanun açısından sadece "kanun koyucu gibi hareket etme" hükmü, yargıcı bağlayacaktır<sup>144</sup>. Ancak, "kanun koyucu gibi hareket etme", başvurulması gereken bir kaynak değil, yargıcın benimsemesi gereken bir davranış biçimidir.

İkincisi, boşluk doldurma durumunda olan yargıcın, hukukun genel ilkelere başvurmasını öngören yasaların benimsediği yöntemdir. Buna örnek

---

<sup>141</sup> Bkz. Gözler, s. 234-235.

<sup>142</sup> MacLean, Roberto G., "Judicial Discretion in The Civil Law", *Louisiana Law Review*, (1982-1983), vol. 43, s. 51-55.

<sup>143</sup> MacLean, s. 51-52.

<sup>144</sup> Değerlendirme için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 103.



olarak da 1869 tarihinde kabul edilip, 1871 yılında yürürlüğe giren *Arjantin Medeni Kanunu* örnek gösterilebilir<sup>145</sup>. Bu Kanunun 16. maddesi (article 16) şöyledir:

*“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”.*

Avustura Genel Medenî Kanunu-ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) da benzer bir hüküm getirmiştir. Bu Kanunun 7. maddesi boşluk durumlarında nasıl hareket edilmesi gerektiğini şöyle düzenlemektedir:

*“Bir dava kanunun sözünden ve doğal anlamından hareketle karara bağlanamıyorsa, yasaların karara bağladığı benzer davalar ile, diğer yasaların bunlara benzer gerekçeleri dikkate alınmalıdır. Dava hâlâ şüpheli bir durumda kalmaya devam ederse, dikkatlice derlenmiş ve iyi incelenmiş durumlar (vakıalar) dikkate alınarak, doğal hukuk ilkelerine göre karar verilmelidir”<sup>146</sup>.*

Görüldüğü gibi Avusturya Genel Medenî Kanunu, kanunda boşluk olması halinde, önce kıyasa başvurulması gerektiği, kıyasın da çözüm olamaması halinde ise, meselenin doğal hukuk ilkelerine göre çözülmesi gerektiğini öngörmüştür<sup>147</sup>.

Üçüncü yöntem, boşluk durumlarında yargıcı, hakkaniyete (equity) göre hüküm vermeye çağırın yaklaşımıdır. Buna da, 1987 tarihinde kabul edilen ve 1988 tarihinde yürürlüğe giren *Louisiana Medeni Kanunu* örnek verilmektedir<sup>148</sup>. Bu Kanunun 4. maddesi (Article 4) boşluk durumlarında yargıcın ne yapması gerektiğini şöyle düzenlemektedir:

*“Belirli bir durum için yasamadan (yazılı hukuktan) veya örf ve âdetten bir kural bulunamıyorsa, mahkeme, hakkaniyete göre davayı görmek zorundadır. Hakkaniyete göre karar vermek, adalete, akla ve yaygın uygulamalara müracaat etmektir”.*

---

<sup>145</sup> MacLean, s. 52.

<sup>146</sup> Benzer bir çeviri için bkz. Edis, s. 132..

<sup>147</sup> Bkz. Edis, s. 132; Özsunay, s. 123; Oğuzman/Barlas, s. 103.

<sup>148</sup> MacLean, s. 53.

Konumuzla ilgili olarak anılmaya değer diğer bir düzenlemeyi Rusya Federasyonu Medeni Kanunu (Civil Code of Russia Federation)<sup>149</sup> getirmiştir. Bu Kanunun 6. maddesi, boşlukların nasıl doldurulması gerektiğine ilişkin olarak şöyle bir düzenleme getirmiştir:

*“Bu Kanunun 2. maddesinin 1 ve 2. paragrafında düzenlenen ilişkilerle ilgili meseleler, yasama organı veya taraflarca yapılan sözleşme tarafından doğrudan düzenlenmemiş ve bu hususlara uygulanacak ticarî örf-adet kuralı da yoksa, benzer meseleleri düzenleyen medeni yasa kuralları, nitelikleriyle çelişmemek koşuluyla, yasa kıyas yoluyla (analogy of statute) bu meselelere de uygulanır.*

*Yasa kıyasının (analogy of statute) mümkün olmaması durumunda, tarafların hak ve görevleri, Medeni Kanunun (civil legislation) genel prensipleri ve ruhundan hareketle yapılan hukuk kıyası yoluyla (analogy of law) ve iyi niyet, akla uygunluk ve adaletin gerekleriyle belirlenir”.*

Görüldüğü gibi, Rusya Federasyonu Medeni Kanunu çok ilginç bir düzenleme getirmiştir. Söz konusu Kanunun 6. maddesi, dereceli olarak iki tür kıyasa yer vermiştir: Bunlar, Yasa kıyası (analogy of statute / analogia lex) ve hukuk kıyası (analogy of law / analogia juris)’dir<sup>150</sup>. Rus Yargıcı önce, Kanunun 2. maddesinin 1 ve 2. paragrafındaki meseleler için, yazılı hukukta veya tarafların yaptığı sözleşmelerde *doğrudan* uygulanacak bir hüküm bulamaz ise, ticarî örf-adete başvuracak, orada da bir hüküm bulamaz ise, *Rusya Federasyonu Medeni Kanununun* benzer meseleleri düzenleyen hükümlerini kıyasen (yasa kıyası yoluyla) uygulayacaktır. Böyle bir kıyasın mümkün olmaması durumunda, yani, yasa kıyasının mümkün olmaması durumunda,

<sup>149</sup> Sovyetler Birliği sonrası Rusya Federasyonu Medenî Kanunu, dört kısımdan oluşmaktadır. Birinci Kısım 21 Ekim 1994 yılında Rusya Parlamentosunda (Duma’da) kabul edilip, 1995 yılında yürürlüğe girdi. İkinci Kısım, 22 Aralık 1995’te kabul edilerek, 1996 yılında yürürlüğe girmiştir. Üçüncü Kısım, 26 Kasım 2001’de kabul edilerek 2002 yılında yürürlüğe girmiştir. Dördüncü Kısım ise 2008 yılında yürürlüğe girmiştir. (Bkz. *The Civil Code of The Russian Federatio : Parts 1 and 2*, with an Introduction by A.L. Makovsky and S.A. Khokhlov, Edited and Translated by Peter B. Maggs and A. N. Zilthzov, ME Sharpe, Inc. 1997, s. xlix; *The Civil Code of The Russian Federation:Part 3*, With Amendments toThe First and Second Parts, Edited and Translated,With Introductory Commentary by Peter B. Maggs, ME Sharpe, Inc, 2002, s. xiii; *Russian Civil Legislation*, Editet, Compiled and Translated by William E. Butler, Simonds&Hill Publishing, Kluwer Law International 1999, s. xiv.)

<sup>150</sup> Türk hukukunda “olağan/basit kıyas” ve” hukukî kıyas (ilke kıyası)” ayrımı için bkz. Serozan, s. 129.

tarafların hak ve görevleri, Medeni Kanunun genel prensipleri ve ruhundan (general principles and sense of civil legislation) hareketle yapılan hukuk kıyası (analogy of law) yoluyla ve *iyi niyet, akla uygunluk* (reasonableness) ve *adaletin* gerekleriyle belirlenecektir. Burada dikkatimizi çeken şey, Kanunun genel prensiplerinin ve ruhunun (sense) kıyas yoluyla uygulanmasının öngörülmesidir. Böyle bir kıyasla (analogy of law) eşdeğer ve buna paralel olarak da *iyi niyet, akla uygunluk* ve *adaletin* gerekleri, yargıcın başvuracağı bir kaynak olarak öngörülmüştür<sup>151</sup>.

Ancak Rus yargıcı, yasa kıyasına (analogia lex) sık sık başvurduğu halde, hukuk kıyasına (analogia juris) nadiren başvurmaktadır<sup>152</sup>.

Yargıcın hukuk yaratmasıyla ilgili sınırlamalar, hukuk sistemlerine göre değişmektedir. Anglo-Saxon hukuk dünyasının (common law) kendi içerisinde bile farklar vardır. Amerikan yargıçlarının, hukuk yaratmada, İngiliz yargıçlara göre daha etkin olduğu ileri sürülmektedir<sup>153</sup>. İngiliz yargıcının hukukla ilgili hassasiyeti (önceliği), esneklik değil, kesinlik/belirlilik (certainty)'dir. İngiliz hukukunda kesinlik/belirlilik, yasaların dar yorumu, mevcut hukuk kurallarının kıyasa dayanan yorumu ve emsal kararlara bağlılıkla sağlanmaya çalışılmaktadır<sup>154</sup>. Doğal olarak, İngiliz hukukuna ilişkin bu tespit, Amerikan Hukuku esas alınarak yapılmıştı. Kara Avrupası hukukuyla karşılaştırıldığında, İngiliz hukukunda yargıçların hukuk yaratma yetkisi Kara Avrupası yargıçlarına göre çok daha geniştir. Bundan dolayı, İngiliz hukuku için, "yargıçların yarattığı hukuk" tanımlaması yaygın bir görüştür<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> Rusya Federasyonu Medeni Kanunundan ayrı olarak, 2002 tarihli *Rusya Federasyonu Medeni Usûl Kanunu* (madde 11/3) ile yine ticaret davalarına uygulanan 2002 tarihli *Rusya Federasyonu Arbitrazh Usul Kanunu* (13/6) da kıyasla ilgili hükümler içermektedir. (Bkz. Vereshchagin, s. 65, dipnot 19). Rusya Federasyonu Ceza Kanunu, 3. maddesiyle *suçta ve cezada kanunilik ilkesi* getirerek, bir ceza yasasının kıyas yoluyla uygulanmasını yasaklamıştır.

<sup>152</sup> Vereshchagin, Alexander, *Judicial Law-Making in Post-Soviet Russia*, Routledge Cavandish Publishing, 2007, s. 65.

<sup>153</sup> Vereshchagin, s. 75.

<sup>154</sup> Vereshchagin, s. 75.

<sup>155</sup> Bkz. Gözler, s. 134.

### 5- Sonuç

Suç, ceza ve vergi yükümlülüğü gibi *kanunilik* ilkesinin katı uygulandığı bazı alanlar hariç, pozitif hukukun boşluklara sahip olabileceği artık çağdaş hukuk sistemleri tarafından reddedilen bir durum değildir. Hukuk sistemlerinde, yargıçların hukuk yaratmak yoluyla doldurabilecekleri boşlukların olabileceğinin kabul edilmesi, yazılı hukukun veya kodifikasyonlar sonucu ortaya çıkmış kanunların (kodların) kendi kendine yeten mükemmel yapılar olmadığı anlayışının güçlendiğini göstermektedir. Böyle bir durum, yazılı hukuk sistemlerinin kendi kendilerini besleyen kapalı sistemler olduğuna dair XIX. yüzyıldaki katı pozitivist yaklaşımın artık kabul görmediğine işaret etmektedir.

Yukarıda da açıkladığımız gibi “boşluk”, pozitif hukukta ortaya çıkan bir durumdur. Dolayısıyla “hukukta boşluk” kavramı isabetli bir tanımlama değildir. Eğer hukukta boşluk olsaydı, ortaya çıkan bazı hukukî meselelerin çözümü hiçbir şekilde olanaklı olmazdı. Bundan dolayı hukuk boşluğu, bir boşluk türü olarak kabul edilmemelidir.

Hukukta boşluk kavramını kabul eden sistemler, genelde yargıçlara hukuk yaratma yetkisini vermişlerdir. Ancak, hukuk sistemleri, yargıçların neye göre boşlukları dolduracağı konusunda, bazı benzerliklere sahip olsalar da, birbirinden ayrılmaktadırlar. Örneğin, Türk Medeni Kanunu m. 1/2’de yargıcın hukuk yaratma yetkisi kabul edildiği halde, *kanun koyucu gibi hareket etmesi* gerektiği zorunlu tarzı dışında, boşlukları dolduracağı bağlayıcı bir kaynak gösterilmemiştir. Sadece boşluk dolduran yargıcın, *bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından* yararlanacağına işaret edilmiştir. Bilimsel görüşler ve yargı kararları, boşluk doldurmada bağlayıcı kaynak değildir. Oysa Avusturya Genel Medeni Kanununun 7. maddesinde (paragrafında), boşluk durumunda yargıcın, önce kıyasa başvuracağı, kıyasın da mümkün olmaması durumunda, doğal hukuk ilkelerine göre davayı karara bağlayacağı hükme bağlanmıştır. Türk Medeni Kanunu, 4. maddesi yargıcın (hüküm içi boşluklarda) takdir yetkisini kullanırken hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceğini hükme bağlarken, kanun boşluklarında bağlayıcı bir ölçü veya kaynak göstermemesi eleştirilebilecek bir konudur.