

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Hukuk Devletinde İnsan Hâkimin Rolünü Yeniden Düşünmek*

Rethinking the Role of the Human Judge in the Rule of Law

Halil ÇİÇEKFİDAN**

ÖZ

Hukuk devleti insanın keyfi yönetimi yerine hukukun hâkim olduğu adil ve objektif düzen idealidir. Bu hedefi gerçekleştirmek için hukukun ve yargılamanın objektifliğini sağlayacak hukukilik ilkeleri öngörür. İlkel vizyonun hayata geçirilmesinde ise en önemli rollerden biri hâkime aittir. Öznelerden bağımsız bir varoluşa sahip hukuk kurallarının vakıya etkisi hâkim eliyle gerçekleşir. Hukuk devleti anlayışı insan edimi söz konusu olduğunda sübjektifliğin kaçınılmazlığını göz ardı etmez. Hatta, ahlaki değerlerle genişleyen anlamıyla hukuk devleti, nötr hukuk düzenini bütünüyle mekanik olmaktan kurtarma ve toplumsal değerlerle insanileştirme yönüyle sübjektifliğe alan açar. Buna karşın, kural temelli rasyonel hukuki muhakeme ve hükmün gerekçelendirilmesi gibi tedbirlerle hukukun objektifliği ile yargılamanın görece sübjektifliğini birbirini tamamlayacak unsurlar olarak konumlandırır.

Yapay zekâ teknolojilerinin hukuk alanında günden güne yaygınlık kazanması, hukukun uygulanmasında hâkimin merkezi rolüne dair yerleşik kabullerin sorgulanmasını beraberinde getirmektedir. Yapay zekâ uygulamalarının hukuki muhakeme kabiliyeti kazanması ve ilerleyen süreçte hâkime yardımcı bir araç olmaktan öteye geçerek yargısal karar verme rolünü üstlenmesi ihtimali, mevcut hukuk devleti anlayışı içinde hâkimin işlevini yeniden düşünmeyi gerektirir. Çalışmamızda, insan hâkimin sistem içindeki işlevi irdelendikten sonra, anayasal nitelik kazandırılan toplumsal değerlerin yargılamada insan unsurunu zorunlu kıldığı sonucuna ulaşılmıştır. Bununla birlikte, yapay zekâ uygulamalarının yargılamada etkililiği ve verimliliği artıracak potansiyelinden yararlanmanın olumlu katkılar sunacağı vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk devleti, insan hâkim, objektiflik, yapay zekâ, hâkimin rolü.

* Makale gönderim tarihi: 19.11.2024. Makale kabul tarihi: 06.03.2025. Halil Çiçekfidan, “Hukuk Devletinde İnsan Hâkimin Rolünü Yeniden Düşünmek”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1, 2025, ss. 89-149, DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2025.12.1.4>

Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı için hazırlanan “Hukuk Devleti Perspektifinden Yargıda Yapay Zekâ Uygulamaları” başlıklı tezden üretilmiştir.

** Doktora Öğrencisi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, hcicekfidan@fsm.edu.tr

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

ABSTRACT

The rule of law aspires to establish a just and objective order in which the law prevails over the arbitrary rule of man. To achieve this ideal, it envisages principles of legality that ensure the objectivity of law and adjudication. One of the most important roles in the realization of the principled vision rests with the judge. The mind-independent laws apply to the facts by the judge's rational endeavor. The rule of law does not ignore the inevitability of subjectivity in human conduct. In fact, it makes room for subjectivity in the sense that it saves the legal order from being purely mechanical and humanizes it with social values. At the same time, it reconciles the objectivity of law with the judge's relative subjectivity through rational legal reasoning and justified judgments.

Legal AI applications throw into question the centrality of human judges. The potential for AI to develop human-like legal reasoning and possibly take on judicial decision-making functions compels a reconsideration of the judge's role in the rule of law. Our research suggests that constitutionalized social values necessitate a human element in adjudication, though AI can positively enhance effectiveness and efficiency within the judiciary.

Keywords: The rule of law, human judge, objectivity, artificial intelligence, judge's role.

Giriş

Hukuk devleti, insanın keyfi yönetimi yerine hukukun hâkim olduğu adil ve objektif düzen idealidir. Bu tanımda hukuk, geniş anlamda “adalete yönelmiş toplumsal yaşam düzeni”¹ iken, dar anlamda hukukilik ilkelerini karşılayarak tesis edilen kurallar bütünüdür. Objektif hukuk düzeni hedefi hukukun inşasına ve uygulanmasına dair şekli ilkeleri (formal legality), adalet idesine hizmet yönü² ise maddi ilkeleri (substantive legality) hukuk devletinin bileşenleri haline getirir. Hukuk devletinin bu kapsayıcı/güçlü kavramsallaştırması³, insan haysiyeti, eşitlik ve hakkaniyet gibi değerlerle birlikte temel hak ve hürriyetleri koruma altına alan anayasal devletin⁴ yönetim anlayışıdır.

Hukuk devleti, klasik deyişle, gücün hukuka tabi olmasıdır⁵. Tamanaha, huku-

1 Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 14.

2 Gustav Radbruch (Terc. Melike Belkis Aydın), “Hukuk Kavramı”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2015, s. 145 ve 147; Hukuk devletinin insan hakları öğretisini benimseyen “adalet devleti” olduğu görüşü için bkz. Hüseyin Hatemi, *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Yayınları, İstanbul, 1989, ss. 10-13.

3 Hukuk devletinin şekli ve maddi kavramsallaştırmaları için bkz. Paul Craig, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”, Ed. Richard Bellamy, *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Routledge, London, 2005.

4 Luigi Ferrajoli, “The Past and the Future of the Rule of Law”, Ed. Pietro Costa, Danilo Zolo, *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer Netherlands, Dordrecht, 2007, s. 331.

5 Pietro Costa, “The Rule of Law: An Outline of Its Historical Foundations”, Ed. Christopher

kun üstünlüğünün dayandığı karşıtlıklardan birini şöyle tespit eder: “Hukuk objektiftir, insan sübjektiftir.”⁶ Objektif düzen olarak hukuk devleti, insanın başkalarının tutku, heves, ön yargı, bilinçli veya bilinçsiz temayülleri, cehalet, kapris gibi zaaflarından korunduğu yönetimdir⁷.

Buraya kadarki anlatıma kaynaklık eden ve çalışmamızın da omurgasını oluşturan üç ana esası şöyle tespit edebiliriz: 1) Hukuk devleti, yönetimde insan keyfiliğinin antitezi olarak hukuku hâkim kılmaktır. 2) Hukuk devleti, objektif normlara dayalı bir hukuk düzenidir. 3) Hukuk devleti, işlerliği olan bir devlet düzenini tesis edecek teknik ölçütlerin ötesinde adaletin gerçekleştirilmesi hedefini içkindir. Çalışmamızın temel sorusu ise, çerçevesini bu şekilde çizdiğimiz hukuk devletinde hâkimin nasıl bir role sahip olduğudur.

Kanaatimizce, insan haysiyetinin korunması, bu zamana kadar gelişen hukuk müktesebatının insan failliği (*human agency*) esasına dayandığı gerçeğini ciddiye almayı gerektirir. Yapay zekâ teknolojilerinin hızla ilerleme kaydederek yaygınlaşmasıyla hukuki muhakeme kabiliyeti olan robot hâkim ihtimallerinden karar vermede yardımcı roller üstlenecek yargısal yapay zekâ uygulamalarına kadar birçok yenilik gündemimize girmiştir. Bu gelişmeler, insan hâkimin geleceğine ve işlevine ilişkin kapsamlı sorgulamaları beraberinde getirmektedir. Hiç şüphesiz, hukuk devletinin yerleşik kabulleri ve ne yöne evrileceği meselesi de bu tartışmalarda önemli bir yeri hak eder. Yapay zekânın yasama, yürütme ve yargı erklerinin bütünü üzerinde dönüştürücü etkiler göstereceği artık izah gerektirmeyecek derecede açıktır. Burada, yapay zekâ uygulamalarının özellikle yargı alanında ve hâkimlik mesleği özelinde somutlaşan yönlerini ele alarak hukuk devleti gereklilikleri doğrultusunda muhasebesini yapmaya çalışacağız.

Hukuk devletinde hâkimin rolünü ortaya koymak için, hukuk devleti kavramsal kurgusunu yukarıda saydığımız üç esas üzerinden irdelemenin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Buna göre ilk olarak, hukuk devletinin tarihsel gelişimi üzerinden yönetime hâkimiyet konusundaki pozisyonu ortaya konulmalıdır. Ardından, objektif hukuk düzenini tesis edebilmek için yasaların hem biçimsel hem de içerik olarak taşıması gereken niteliklerden söz etmek gerekir. Sonrasında, hukukun üstün olduğu bir yönetimde yürürlüğe konulan objektif normların yargısal uyumsuzlıklara yansması gündeme gelir ki hâkimin sis-

May, Adam Winchester, *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s. 135.

6 Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, s. 122, (On the Rule of Law).

7 Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 122.

tem içindeki kritik rolü bu noktada devreye girer. Bu temel üzere, yapay zekâ uygulamalarının hukuk düzenini ilgilendiren yönlerini somutlaştırmak, insan kısıtlılığını aşan kabiliyetlerinin yargısal karar verme süreçlerindeki getirilerini ve insan faktörü üzerine inşa edilmiş ilkeler bakımından taşıdığı yıkıcılık potansiyelini ortaya koymak, hukuk devletinde insan hâkimin rolünü yeniden değerlendirmekte yarar sağlayacaktır.

I. Hukuk Devleti: Keyfî Yönetim Karşısında Hukukun Hâkimiyeti

A. Hukukun Üstünlüğü

Hukuk devletinin kavramsal kullanımı modern döneme ait olsa da hukukun üstün olduğu devlet fikri çok daha eskiye dayanır. Platon *Devlet Adamı* adlı eserinde, filozof yöneticinin başta olmadığı durumda en iyi yönetim şeklinin hukuk devleti (*government of law*) olduğunu söyler⁸. Aristo ise, *Politika* isimli kitabında “*en iyi insan tarafından mı yoksa en iyi yasalar tarafından mı yönetilmenin daha faydalı olduğu*”⁹ sorusunu irdelemiştir. Yasaların yönetimi Aristo’ya göre, Tanrının ve aklın yönetimini temsil eder. İnsanın yönetiminde ise vahşi bir hayvan misali arzular devrededir. Hükümdarlar insanların en iyileri olsalar dahi hırsın saptırmalarına açıktırlar. Bu yüzden, arzulardan arınmış akıl demek olan yasaya tabi olmak gerekir¹⁰.

Yönetimin esası olacak yasa, yasa koyucu tarafından kabul edilmiş herhangi bir genel, objektif ve soyut kuraldan ziyade, amacı ve uygulanışı itibarıyla belirli nitelikteki yasalardır. Buna göre hukuk devletinde yasalar kamu yararı doğrultusunda çıkarılır ve uygulanmaları bu amacı gerçekleştirmeye yönelmek zorundadır. Yöneticilerin iradesi kamu yararını gözeten yasalara tabidir. Eğer yasalar kamu yararından başka amaçlara hizmet ediyorsa, bu yönetim hukuk devleti değil keyfiliğe tabi olmuş bir kanun devleti (*rule by law*) olarak nitelendirilir¹¹.

Modern öncesi dönemde hukukun hükümranlığı/egemenliği düşüncesinin anayasal düzlemdeki izdüşümlerini Ortak Hukuk (*Common Law*) geleneği içinde takip etmek mümkündür. 1215 tarihli Magna Carta, bugün gelişmiş halleriyle modern hukuk devletinin temel bileşenlerinden olan hukukun üstün-

8 Plato (Terc. C. J. Rowe), “Statesman”, Ed. John M. Cooper, D. S. Hutchinson, *Complete Works*, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1997, [297e], s. 342.

9 Aristotle (Terc. Benjamin Jowett), “Politics”, Ed. Jonathan Barnes, *Complete Works of Aristotle*, Cilt 2, Princeton University Press, Princeton, 1984, [1286a], s. 2040.

10 Aristotle, [1287a], s. 2042 ve 2043.

11 Mortimer N. S. Sellers, “What Is the Rule of Law and Why Is It So Important?”, Ed. James R. Silkenat, James E. Hickey Jr., Peter D. Barenboim, *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Springer International Publishing Cham, 2014, s. 4.

lülüğü ve etkililiği ilkelerinin nüvelerini taşımaktadır¹². 13. yüzyıl İngiliz hukukçularından Henry de Bracton, kralın kendisine tabi insanlara üstün ve fakat Tanrıya ve hukuka tabi olduğunu söyler. Çünkü yeryüzünde Tanrının vekili (*the vicar of God*) olan kralı kral yapan hukuktur¹³.

Sir Edward Coke (ö. 1634), Bracton'ın çizgisini devam ettiren hukukçulardan-
dır. Hukukun üstünlüğü fikrini ortak aklın işlevi ve niteliği hakkındaki gö-
rüşleriyle temellendirir. Coke'a göre akıl, hukukun canı (*the life of the law*)
mesabesindedir. Ortak Hukuk ise, aklın sentetik olarak mükemmelleştirilmiş
biçimidir. Uzun soluklu çabaların, gözlem ve tecrübenin ürünüdür. Tekil akılla
değil, çağlar boyu sayısız bilgili insanın katkısıyla rafine edilmiştir. Dolayısıyla
“hiç kimse salt kendi aklıyla, aklın mükemmelleştirilmiş formu olan hukuktan
daha bilge olamaz.”¹⁴ Buna kral da dahildir.

Hukuk devleti fikrinin gelişiminde en önemli pay sahiplerinden biri hiç şüp-
hesiz John Locke'tur. *Two Treatises of Government* (1689) adlı eserinin ikin-
cisinde, “ilan edilen ve halk tarafından bilinen yerleşik yasalar” yoluyla yö-
netimin önemini vurgular. Bu yönetim, “geçici-keyfi kararnameler” yoluyla
yönetimin karşıtıdır. Kamu gücü, yasaların uygulanması için kullanılacak;
halkın huzuru, güvenliği ve kamu yararının gerçekleştirilmesi amacına özgü-
lenecektir¹⁵. Halkın ödevlerinden haberdar ve yasal sınırlar dahilinde güven
içinde olduğu bu düzen, yöneticilerin ellerindeki gücü halkın bilemeyeceği ve
gönüllü rıza göstermeyeceği amaçlar doğrultusunda kullanmasına engel olur¹⁶.
Locke'un özgürlük anlayışı hukukun üstünlüğüne dair çizdiği çerçeveyi de
ortaya koyar: “hükümet altındaki insanların özgürlüğü, yaşadıkları toplum
içinde tesis edilen yasama gücü tarafından konulan, o toplumdaki herkes için
ortak ve bağlayıcı olan daimi bir kurala sahip olmaktır; kuralın öngörmediği
her konuda kendi irademi takip etme özgürlüğüdür; ve başka bir insanın tu-
tarsız, belirsiz, bilinmeyen, keyfi iradesine tabi olmamaktır (...).”¹⁷

12 Beverley McLachlin, *The Relevance of Magna Carta in Today's World*, Bingham Centre for the Rule of Law, London, 2015, https://www.biicl.org/documents/700_chief_justice_mclachlin_magna_carta_lecture_-_slh.pdf?showdocument=1 (15.11.2024), s. 11 ve 12.

13 Henry de Bracton, *On the Laws and Customs of England*, Vol. II, <https://amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/Unframed/English/v2/33.htm> (14.11.2024), s. 33.

14 Edward Coke, *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, Cilt 1, 19. Bası, J. & W. T. Clarke and Others, London, 1832, Sect. 138.

15 John Locke, *Second Treatise of Government*, Ed. C. B. Macpherson, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1980, para. 131.

16 Locke, para. 137.

17 Locke, para. 22.

B. Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı

Locke yasama ve yürütmenin ayrı erkler olarak konumlandırılmasını savunmuş olsa da yasama organına yargısal denetim gibi açık sınırlamalar getirilmesinden ya da yargının bağımsız bir erk olarak konumlandırılmasından söz etmez. Geçici ve keyfi nitelikte yasama işlemleriyle idare etme yetkisinin bulunmaması ve kamu yararına dönük çalışma zorunluluğu, Locke'un düşüncesinde yasama gücünün sınırlarını oluşturur¹⁸.

Modern anlamda kuvvetler ayrılığı fikri ile özdeşleşen Montesquieu'ye göre ise, *"güce sahip herkesin bu gücü istismar etme eğiliminde olduğu öteden beri tecrübe edilen bir gerçektir. Kişi, sınırlarla karşılaşana kadar gücünü istismar eder. (...) Gücün istismar edilmemesi için öyle bir düzenleme yapılmalıdır ki, güç gücü durdursun."*¹⁹ Devleti oluşturan erklerin tek kişinin veya belirli bir kesimin üyelerinden oluşan tek bir kurumun elinde toplanması her şeyi mahveder. Daha da önemlisi, özgürlükten söz edebilmek için yargı erkinin yürütme ve yasamadan ayrı konumlandırılması gerekir. Yargının yasama ile birleşmesi halinde, *"vatandaşların canı ve özgürlüğü üzerinde sahip olunan güç keyfi hale gelecektir; zira hâkim bu durumda yasa koyucu olacaktır."* Yürütmeyle yargının tek elde toplanması ise, hâkimi *"bir zorbanın gücüne sahip"* kılabilir²⁰.

Hâkimin hür bir vicdani kamı ile karar verebilmesi için kendisi üzerinde doğrudan ya da dolaylı baskı kurabilecek kamusal güç merkezlerinden bağımsız olması gerekir. Bu aynı zamanda tarafsızlığın ön koşuludur. Tarihsel gelişim çizgisi içinde yargının müstakil bir erk olma vasfı, hukuk devletinin olmazsa olmaz (*sine qua non*) unsurlarından biri haline gelmiştir²¹.

C. Modern Dönemde Üç Farklı Gelenek:

The Rule of Law, Rechtsstaat, État de droit

On dokuzuncu yüzyıl İngiltere'sinde hukuk devleti kavramının literatürde merkezi bir konuma gelmesini sağlayan A. V. Dicey'dir. Onun düşüncesinde *the rule of law* birden çok anlama gelir: Her şeyden önce, keyfi güce karşı olağan hukukun mutlak üstünlüğünü/hâkimiyetini ifade eder. Bu düzende keyfiliğe, imtiyaza ve hükümetin geniş takdir yetkisine yer yoktur. Ayrıca, *the rule of law* yasa önünde eşitlik manasına sahiptir. Buna göre, sınıf farkı gözetmeksizin herkes yürürlükteki hukuka eşit şekilde tabidir. Memuriyet veya bir

18 Locke, para. 131 ve 136.

19 Montesquieu (Terc. Berna Günen), *Kanunların Ruhu Üzerine*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s. 197.

20 Montesquieu, s. 199.

21 Abdullah Dinçkol, "Hâkimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Afa Yayınları, Cilt 2, 1995, s. 169, (Temel İlkeler).

başka nitelikten ötürü kanuna itaat yükümlülüğünden veya olağan mahkemelerin yargı yetkisinden muaf olunamaz²².

Dicey, esasen yargıç yapımı²³ olan İngiliz Anayasasının bu niteliği sayesinde yazılı anayasalara göre hakları daha fazla koruduğunu savunmuştur. Çünkü, yazılı anayasalardaki haklar hukukun olağan işleyişine yabancısıdır ve ondan bağımsız bir varlığa sahiptir. Statülerini ise anayasaya borçlu oldukları için bu haklar askıya alınabilir²⁴. İngiliz hukukunda ise haklar, ülkenin olağan hukukunda verilen yargı kararlarının genelleştirilmesinden çıkarılır²⁵. Bu haklar “ulusun kurumlarında ve davranış biçimlerinde kapsamlı bir devrim olmaksızın neredeyse yok edilemeyecek” statüdedir²⁶. Bireysel hak ve yükümlülükleri tanımlama ve genel anlamda hukuk yapma işlevi (yargısal yasama), hukuk devleti bünyesindeki değerleri korumada yargının temel aktör olarak benimsendiğini gösterir²⁷.

Alman hukuk geleneğinde *Rechtsstaat* (hukuk devleti) kavramı, on sekizinci yüzyılda Friedrich Wilhelms’in tahtta olduğu dönemdeki topluma müdahaleci uygulamalarla özdeşleştirilen, devletin kamu düzenini korumak üzere her çeşit yöntemi kullanabildiği, hükümdarın iradesinin denetim altına alınamadığı, keyfi ve sınırlandırılmamış bir yönetim biçimi olan polis devletinin karştı olarak düşünülmüştür²⁸. Terimin mucidi sayılan J. W. Placidus²⁹ bununla otoritenin doğal haklarla sınırlandırıldığı devleti tarif etmekteydi. Kişi özgürlüğü ve güvenliğiyle birlikte mülkiyet hakkının da koruma altına alındığı bu devlet anlayışı, liberal özü itibarıyla İngiliz *the rule of law* fikriyle büyük benzerlik göstermekteydi³⁰.

22 Dicey, üçüncü bir anlamdan daha söz eder. Buna göre, *the rule of law* parlamento ve mahkemelerin faaliyetleriyle özel hukuk ilkelerinin Kraliyet ve görevlilerinin konumlarını belirleyecek kadar genişlemesini ifade eden bir formül oluşudur. Albert Venn Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, Ed. J. W. F. Allison, Cilt 1, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 202 ve 203.

23 Dicey, s. 197.

24 Dicey, s. 201.

25 Dicey, s. 197.

26 Dicey, s. 201.

27 Mehmet Tefik Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, 2. Bası, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 197.

28 Berke Özenç, *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, 2. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 178; Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 310; Karl Doebling (Terc. Ahmet Mumcu), *Genel Devlet Kuramı: Sistematik Bir Yaklaşım*, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 210.

29 Hatemi, s. 8.

30 Jacques Chevallier (Terc. Ertuğrul Cenk Gürçan), *Hukuk Devleti*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 9.

Rechtsstaat, on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında, yalnızca yasayla hareket eden ve yalnızca (biçimsel anlamda) hukukla ilgilenen devlet manasına bürünmüştür³¹. C. F. Gerber ve P. Laband gibi imparatorluk hukukçularının hukuk teorisini her türlü felsefi, siyasal ve etik motiften uzak tutmaya dayalı pozitivist yaklaşımı, biçimsel yasallığa bağlılık eğilimini kuvvetlendirmiştir³². Varlığını yirminci yüzyılın ortalarına dek sürdüren bu düzen aslında hukuk devleti değil, “*yasa devleti*”dir³³.

Salt biçimsel yasallığa dayalı pozitivist düzenin yıkıcı sonuçlar doğurabileceği Nasyonal Sosyalist Parti tecrübesiyle acı bir şekilde kanıtlanmıştır³⁴. Radbruch’a göre, hukuki pozitivistin “yasa yasadır (*Gesetz ist Gesetz*)” ilkesi, Alman hukuk mesleğini keyfi ve suç teşkil eden Nazi kanunlarına karşı savunmasız bırakmıştır³⁵. Etik ve adalet gibi değerlerden soyutlanmış hukuk anlayışı, hâkimlerin gayri ahlaki Nazi yasalarını uygulamaktan imtina etmemesiyle sonuçlanmıştır. Bu durum, açıkça adaletsiz olan yasaların geçersiz kabul edilmesini savunan bir çeşit doğal hukuk anlayışının yeniden gündeme gelmesine yol açmıştır³⁶. Nitekim, İkinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan Alman Anayasası temel hakların bağlayıcı olarak kabul edilmesiyle maddi hukuk devleti anlayışını benimsemiştir³⁷.

Fransız literatüründe ise *État de droit* kavramı, yirminci yüzyılın ilk yıllarında *Rechtsstaat*’ın birebir çevirisi olarak kullanılmaya başlanmıştır. Fransız hukuk devleti yaklaşımı genel olarak İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (1789) üzerinden okunabilir. Bildirgenin 16. maddesinde kuvvetler ayrılığına dayanan ve temel hakları koruyan bir devlet öngörülmüştür. *État de droit* nosyonunda devlet, yasa koyucuya karşı Anayasada yer alan temel hakların garantörüdür³⁸. Fransız devrimi sonrasında, Anayasanın yasaya üstünlüğünü tanıyan bir hu-

31 Doebling, s. 209.

32 Chevallier, s. 10.

33 Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 108; Uygun, s. 310.

34 Hatemi, s. 30.

35 Gustav Radbruch (Terc. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson), “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 26, Sayı 1, 2006, s. 6.

36 David Schiff, Richard Nobles, “The Evolution of Natural Law”, Ed. James Penner, David Schiff, Richard Nobles, *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 43 ve 44; Brian Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 180, (A Dictionary).

37 Bkz. Donald P. Kommers, Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3. Baskı, Duke University Press, Durham, 2012, s. 445.

38 Venice Commission, *Report on The Rule of Law*, Council of Europe, 2011, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e) (15.11.2024), s. 4, para. 14; Chevallier, s. 17.

kuki çerçeve benimsenmişti.³⁹ Bununla birlikte, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde, ilan edilen temel hakların ne şekilde kullanılabileceği ile sınırlarının ne olacağı konusu yasaya havale edildiği için, insan haklarının üstünlüğü ve siyasi otoriteye karşı güvence altına alınması sözden öteye gidememiştir⁴⁰. Zira, temel haklara aykırılık teşkil eden yasalar karşısında başvurulabilecek etkin bir tedbir mekanizması bulunmamaktaydı⁴¹. Bu ise Rousseau'nun "*genel irade ürünü olan yasanın doğru, haklı ve yanılmaz olduğu*" görüşünün yansımasıdır⁴². Anayasanın üstünlüğü, onu gerçekten uygulamaya yansıtacak bir yaptırım öngörülmediği için ilke düzeyinde kalmıştır⁴³.

Öte yandan, *État de droit* anlayışının temel haklar lehine gelişen bir çizgi izlediği de belirtilmelidir. 1971'de Anayasa Konseyi'nin bir yasayı iptal edilişiyle beraber sistem içinde etkinlik kazanmaya başlamıştır. 1982'de Anayasa Konseyi'nce 1789 Deklarasyonunda yer alan tüm hakların anayasal statüde olduğuna hükmedilmesiyle gücünü artırmıştır⁴⁴. Nihayet, 2008 yılında somut norm denetimi usulünün kabulüyle *État de droit*, en azından temel haklara ilişkin anayasal normlara aykırı parlamento yasalarının Anayasa Konseyi tarafından iptal edilebildiği bir noktaya ulaşmıştır⁴⁵.

II. Objektif Hukuk Düzenini Temin Eden Hukukilik İlkeleri

İnsanın keyfi yönetimine karşıt olarak hukukun hâkimiyeti düşüncesi, hukukun ve yargılamanın yapısına ilişkin birçok alt ilkeyi bünyesinde barındırır. Hukuk devletinin varoluşunu ve işlerliğini mümkün kılan bu ilkeler bütünü her şeyden önce objektif düzen algısı meydana getirir. Başka bir ifadeyle, hukuk devleti idealini hayata geçirmek, hukukun paydaşları nazarında objektif düzeni tesis etmektir. Bu manada hukukun objektifliği adalet kavramından ayrılamaz. Çünkü insanlar "*hukuktan adalet beklerler.*"⁴⁶ Hayek'in ifadesiyle, insanların hukuk düzenini keyfi yönetimden ayırırken akıllarında tuttıkları ve bu nedenle hâkimlerden gözetmelerini istedikleri ölçüt adalet idealidir⁴⁷.

39 Chevallier, s. 21.

40 Chevallier, s. 21.

41 Uygun, s. 311; Doehring, s. 224 ve 225.

42 Uygun, s. 311.

43 Chevallier, s. 23.

44 Alain Laquière, "État de Droit and National Sovereignty in France", Ed. Pietro Costa, Danilo Zolo, Emilio Santoro, *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer, Dordrecht, 2007, s. 278.

45 Chevallier, s. 84 ve 85.

46 Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 12. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, s. 125.

47 F. A. Hayek, *Law, Legislation, and Liberty*, Ed. Jeremy Shearmur, The University of Chicago Press, Chicago, 2021, s. 249.

Bu anlamda objektif düzen, hukukun öznel değerlendirmelerden bağımsız biçimde var olduğu, hukuk normlarının uygulanmasında ise keyfiliğin dışlandığı, böylece adalet duygusunu tatmin eden rasyonel hukuk düzenidir. Dayandıkları tarihsel süreç itibarıyla birbirinden farklı olan *The Rule of Law*, *Rechtsstaat* ve *État de droit* anlayışları sonuç olarak, objektif düzeni sağlarken biçimsel hukukilik gereklerinin yanında temel hakların da etkili bir şekilde korunmasını sağlamak konusunda ittifak etmiştir.

Normatif bir ideal olarak hukuk devletinin uygulamada bir “derece meselesi”⁴⁸ olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Aynı durum objektif hukuk düzeni kavramsallaştırması için de geçerlidir. Objektif hukuk düzeninden söz ederken, “hukukun objektifliği” meselesinin çokça tartışmaya konu olduğunu belirtmek gerekir⁴⁹. Kramer’a göre genel nitelikteki hukuk kuralları (zayıf anlamda) zihinden bağımsız bir varoluşa sahiptir. İnsanlar normlar üzerine düşünmese de normlar geçerli ve bağlayıcıdır⁵⁰. Çalışmamız açısından hareket noktamız ise, hukuk devleti anlayışının hukukun ve yargılamanın objektifliğini sağlamak için kapsamlı ilkeler ortaya koymasıdır. Bu bağlamda, bir hukuk kuralının objektifliğinden kasıt, hâkimin kimliğinden bağımsız olarak benzer durumlara uygulandığında benzer sonuçlar doğurmasını sağlayan niteliğidir⁵¹.

Yargılamanın objektifliğinin anlam ifade etmesi için, öncelikle kararın dayandığı hukuk kurallarının objektif olması mantıksal bir gerekliliktir. Örneğin, alenileştirilmemiş bir hukuk kuralı, yöneldiği bireylere davranışlarını kural doğrultusunda yönlendirme fırsatı vermez. Böylesi bir hukuk kuralının objektif usuli ilkelere riayet edilerek gerçekleştirilecek yargılama sonunda meydana getireceği sonuç, yalnızca yasalaşan keyfiliği temsil eder. Bu sebeple, bir hukuk devletinde hukukun objektif karakterini meydana getiren ilkesel koşulları irdelemekte fayda vardır. Bu koşullar çerçevesinde yasalaşan normlar, yargılama esnasında hâkimin rasyonel ve objektif dayanağını oluşturacaktır.

Birinci bölümde, hukuk devletinin tarihsel olarak biçimsel gereklilikler veya maddi adalet yönüyle benimsendiği anlayışlara yer vermiştik. Burada ise söz konusu yönleri somutlaştırarak güncel bir çerçeve ortaya koymayı hedeflemekteyiz. Hukuk devletinin hangi unsurları içermesi gerektiği, literatürde şekli hukuk devleti ve maddi hukuk devleti kavramsallaştırmaları olmak üzere iki ana hat üzerinden takip edilebilir.

48 Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 211, (The Authority).

49 Bu tartışmaların ayrıntısı için bkz. Matthew Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

50 Kramer, s. 6 ve 7.

51 George D. Braden, “The Search for Objectivity in Constitutional Law”, *The Yale Law Journal*, Cilt 57, Sayı 4, 1948, s. 572, dn. 5.

A. Şekli Hukukilik

Hukuk devletinin şekli kavramsallaştırması (formal/thin conception), normun üretimine, uygulanmasına ve yargısal süreçlere ilişkin biçimsel-usuli ilkeler öngörür. Normun içeriğine dair belirlemelerde bulunmaz⁵². Dolayısıyla geçerli olan normun iyi veya adil olacağını garanti etmez⁵³. Zira iyi olanın ne olduğu üzerinde uzlaşmaktaki zorluk bu ilkeyi uygulanamaz hale getirecektir. Şekli anlayış, esasen yasaların doğru hukuki biçimde çıkarılmış olmasını ve kişinin davranışlarına rehberlik edebilecek nitelikte olmasını şart koşar⁵⁴.

Şekli hukuk devleti anlayışına göre yasaların taşınması gereken nitelikler ve uygulanmalarına rehberlik edecek bazı ilkeler, bir doğal hukukçu olan Fuller tarafından ortaya konmuştur. Hepsisi birlikte “hukukun iç ahlakı”nı teşkil eder. Buna göre, yasalar, ilk olarak, genel nitelikte olmalıdır. Hükümler insan davranışlarını yönlendirecek genel ölçütler şeklinde yapılandırılmalı, özel kişi ve durumlar konu edilmemelidir. İkinci olarak, yasalar kamusal/aleni olmalıdır. Kurala tabi olanların önceden kuraldan haberdar olmasını sağlamak üzere yasa ilan edilmelidir. Üçüncüsü, yasalar geleceğe yönelik olmalıdır. Zira hukukun insan faaliyetlerini yapılandırma işlevi normların insan faaliyetinin öncesinde varlık göstermesini gerektirir. Dördüncüsü, yasalar tutarlı olmalıdır. Birbiriyle çelişen yasalar yasaya uygun davranışı imkânsız kılar. Beşinci olarak, yasalar açık olmalıdır. Yasanın dili ona tabi olacak herkes tarafından anlaşılır olmalıdır ki davranışlara yön verebilsin. Altıncısı, yasalar istikrarlı olmalıdır. Yasaların amacına ulaşabilmesi, sürekli biçimde uygulanmalarına ve sıkça değiştirilmemelerine bağlıdır. Yedinci olarak, yasalar uygulanabilir olmalıdır. Yasalar uygulanması imkânsız hükümler vazetmemelidir. Son olarak ise, kamusal uygulamalar ile ilan edilen kural arasında uyum olmalıdır. Yanlış yorumlama, hukukun erişilemezliği, bir hukuk sisteminin bütünlüğünü korumak için neyin gerekli olduğuna dair içgörü eksikliği, rüşvet, ön yargı, kayıtsızlık, aptallık ve kişisel güç arzusu gibi nedenlerle bu uyumun berhava edilmesi önlenmelidir⁵⁵.

Raz, bunların yanına uygulamaya dönük başka gereklilikleri de ilave eder: 1) kamusal kararların dayandığı nedenler ilan edilmeli, 2) karar verme süreçleri adil ve tarafsız olmalı, 3) karardan etkilenenlerin konuyla ilgili argüman ve bilgi sunmasına imkân verilmeli, 4) kararlar makul olmalı ve kendileri için

52 Joseph Raz, “The Law’s Own Virtue”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 39, Sayı 1, 2019, s. 2, (The Law’s).

53 Raz, *The Law’s*, s. 9.

54 Craig, s. 97.

55 Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Gözden Geçirilmiş Bası, Yale University Press, New Haven, 1969, ss. 46-81.

gösterilen gerekçelerle uyumlu olmalı, 5) hükümet faaliyetlerinde kamu yararına uygun hareket edildiği inancını destekleyecek teamüller sürdürülmeli, 6) hukuk devleti anlayışının kamusal kültürün parçası haline gelmesi sağlanmalıdır⁵⁶.

Şekli hukukiliğin amacı, hukuki belirliliğin ve hukuki güvenliğin temin edilmesidir. Hukuki karar alma süreçlerinin pek çok durumda takdir yetkisine dayalı gerçekleşmesi, hukuki belirlilik ve hukuki güvenliğin mutlak olarak tesis edilmesine imkân vermese de bu standartların asgari düzeyde sağlanmadığı durumun keyflikle eşdeğer olduğu unutulmamalıdır⁵⁷. Kanaatimizce genellik, açıklık, aleniyet ve erişilebilirlik ilkeleri hukuki belirliliği sağlarken, öngörülebilirlik, istikrar, tutarlılık, geçmişe yürümezlik ve eşit uygulama ilkeleri hukuki güvenliği tesis eder. Yasanın belirliliği hukuki güvenliğin ön şartıdır⁵⁸. Bu ilkeleri kısaca ele almak hukukun objektifliğinden ne anlaşılması gerektiği hususunda fayda sağlayacaktır.

Genellik: Hukuk devletinde yasaların konusu geneldir. Yasa, tâbiyeti altındakileri özel bireyler olarak değil toplu olarak, eylemleri ise tekil örneklerle dayalı olmadan, soyut düzlemde ele alır⁵⁹. Bunun nedeni, yasaların ayrıntılı olarak öngörülmesi mümkün olmayan durumlarda işleyecek şekilde düzenlenmesi gerekliliğidir⁶⁰. Devletin eylemlerinin öngörülebilir olması, ancak bu eylemlerin önceden kestirilemeyecek ve hesaba katılamayacak somut koşullardan bağımsız olarak oluşturulmuş kurallar tarafından belirlenmesiyle sağlanabilir⁶¹.

Açıklık: Hukuk devleti yasaların açık, anlaşılır ve kesin olmasını, belirsizliğe mahal vermemesini talep eder. Bu nitelikleri taşımayan bir yasanın, onunla davranışlarına yön verecek olanların en azından bir kısmını yanıltması veya kafa karışıklığına yol açması muhtemeldir⁶². Anayasa Mahkemesi (AYM), “*yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi*”ni belirlilik ilkesinin gereği olarak kabul etmektedir⁶³.

56 Raz, *The Law's*, s. 8.

57 András Sajó, Renáta Uitz, *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 310.

58 Bkz. Osman Can, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1-2, 2005, s. 93.

59 Jean-Jacques Rousseau (Terc. Vedat Günyol), *Toplum Sözleşmesi*, 10. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2013, s. 35.

60 F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Routledge, London, 2006, s. 79 ve 80, (The Road).

61 Hayek, *The Road*, s. 79.

62 Raz, *The Authority*, s. 214.

63 AYM, E. 2015/41, K. 2017/98 (05 Nisan 2017), para. 153.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) ise, normların yasa olarak kabul edilebilmesi için yeteri kadar açık olmasının şart olduğunu, bununla birlikte yasalardaki açıklık ve kesinliğin beraberinde katılığı da getirebileceğini belirtmektedir. Açıklık ve kesinlik, yasaların değişen hayat koşullarına uyum sağlamasını zorlaştırabilir. Bu nedenle yasaların bazen az çok muğlak ifadelerle kaleme alındığı, bunların ne şekilde icra edileceğinin ve yorumlanacağını uygulamaya havale edildiği görülür⁶⁴. Açıklık ilkesi mutlak anlamda benimsendiğinde, genellik ilkesiyle çatışma ihtimali oldukça yüksektir. Bir norm ne kadar genelse, belirli koşullar için o denli az netlikte sonuçlar doğurmaktadır. Diğer taraftan, normun “gerektiği ölçüde açık” formüle edilmesi dahi mutlak genellikten uzaklaşmayı zorunlu kılar⁶⁵. Şu hâlde, belirlilik açısından söz konusu iki ilke arasında denge gözetmek önem arz eder.

Aleniyet: Hukuk Devleti, “devletin tüm eylemlerinin önceden belirlenmiş ve duyurulmuş kurallarla sınırlı olduğu” düzendir⁶⁶. Yasaların resmî kanallarla yayımlanmak (*promulgation*) suretiyle alenileştirilmesi geçerliliğin ve belirliliğin temel koşuludur. Waldron’a göre, normların alenileştirilmesi bireyler için, şahsi menfaatlerine etki eden ve fiillerinin yetkili makamlarca değerlendirilmesinde ölçüt alınacak hükümleri önceden bilinebilir kılar⁶⁷. Diğer bir ifadeyle, devletin dışındaki taraflar kanunen neyin murat edildiğine ve bir uyumsuzluk halinde çözüme esas kurallara ancak bu yolla vakıf olur. Aleniyet prensibi geçerli olmadığında ise “hukuki bir sistem”den söz edilemeyecektir⁶⁸.

Erişilebilirlik: Yürürlükteki yasaların erişilebilirliği (*accessibility*) iki boyutludur: 1) yasaların fiziki veya şekli açıdan ulaşılabilir olması, 2) yasaların herkesçe anlaşılabilir şekilde açık ve net olması (*intelligibility*)⁶⁹. İHAM, *Sunday Times v. United Kingdom* kararında “hukukun yeterince erişilebilir olması gerektiği”ni vurgulamıştır. Böylece “vatandaş, belirli bir davaya uygulanan hukuk kurallarının koşulları hakkında yeterli bir göstergeye” sahip olabilecektir.⁷⁰ Açıklık ilkesiyle yakından ilişkili olan anlaşılabilirlik boyutu, normun ilk bakışta herkes için aynı manaya gelmesi değildir. Anlamanın erişilebilirliği olarak nitelendirebileceğimiz bu ilkeye göre hukuk normu onu “uygu-

64 İHAM, *The Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1), No. 6538/74 (26 Nisan 1979), para. 49, (The Sunday).

65 Kramer, s. 108 ve 109.

66 Hayek, *The Road*, s. 75.

67 Jeremy Waldron, “The Concept and the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, Cilt 43, Sayı 1, 2008, s. 25 ve 26, (The Concept).

68 Waldron, *The Concept*, s. 25 ve 26.

69 Bkz. Chevallier, s. 101.; Sajó, Uitz, s. 310.

70 İHAM, *The Sunday*, para. 49.

layanlar ve normun muhatapları tarafından, belirli bir kurumun sunduğu yorumların düzenli olarak kabul edilmesi durumunda anlaşılabilir sayılır.”⁷¹

Öngörülebilirlik: Hukuk devletinde “önceden belirlenmiş ve ilan edilmiş kurallar, otoritenin zorlayıcı güçlerini belirli koşullar altında nasıl kullanacağını adil bir kesinlikle tahmin etmenizi mümkün kılar ve bu bilgiye dayanarak bireysel işlerinizi planlamanıza olanak tanır.”⁷² Öngörülebilirlik, yasal olan siyasi ve ekonomik faaliyetlerin yasal kalmaya devam edeceğine olan itimattır⁷³. Hukuk devletinde kabul edilebilir davranış sınırları dahilinde, kişilerin hayatlarını planlamadaki özerkliğini artırır, çünkü toplumun hukuk sistemleri aracılığıyla belirlediği sınırlara ne zaman, neden ve nasıl çarpılacağı tahmin edilebilir durumdadır⁷⁴. Aksi halde iki temel sorun ortaya çıkar: 1) İşlevsel açıdan, öngörülebilirliğin olmadığı hukuk düzeni insanların davranışlarını önceden planlama yeteneklerini zayıflatması nedeniyle bu davranışları yönlendirmede başarısız olur. 2) Ahlaki açıdan, böylesi bir hukuk düzeni insanların özgürlüğüne ve özerkliğine saygısızlık teşkil eder⁷⁵.

İstikrar: Hukukun öngörülebilir bir düzen teşkil edebilmesi için normların sürekli değişmemesi gerekir. Ancak belirli ölçüde istikrarlı olan kanunlar kişilere normun içeriğini anlayarak kendi davranışlarını planlama imkânı sunar ve böylece uzun vadeli kararlarına yön verebilir⁷⁶. Öte yandan, “bir kanun soyut olarak öngörülebilir olsa bile, bu kanunun uygulamasındaki istikrarsızlığın kanunu öngörülebilir olmaktan çıkaracağı”⁷⁷ unutulmamalıdır. İstikrar ile hukukun değişen hayat koşullarına uyumu birbirini dışlamaz. Dikkat edilmesi gereken şey, normların ancak kişilerin yeni hukuki duruma uyum sağlamasına fırsat tanıyacak adil ikaz (*fair warning*) uygulamalarına başvurularak değiştirilmesidir.⁷⁸

Tutarlılık: Hukuk devletinde normların kendi içinde çelişmezliği ve birbiriyle sistematik uyumu gözetilir. Aynı zamanda kuralların uygulanmasında da tu-

71 Mark Tushnet, “Rule by Law or Rule of Law?”, *Asia Pacific Law Review*, Cilt 22, Sayı 2, 2014, s. 88.

72 Hayek, *The Road*, s. 75 ve 76.

73 Bkz. Christopher May, “The Centrality of Predictability to the Rule of Law”, Ed. Christopher May, Adam Winchester, *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s. 99, (Predictability).

74 May, *Predictability*, s. 101.

75 Andrei Marmor, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford University Press, New York, 2007, s. 22 ve 23.

76 Raz, *The Authority*, s. 214 ve 215.

77 Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 463.

78 Venice Commission, *The Rule of Law Checklist*, Council of Europe, Venice, 2016. https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf (16.11.2024), s. 26, Checklist. Ayrıca bkz. Fuller, s. 80.

tarlılık esastır⁷⁹. Aynı maddi olgulara dayanan mahkeme kararlarının birbiriyle çelişmemesi gerekir. İHAM, birbiriyle çelişen mahkeme kararlarının hukuki belirliliğe aykırı olabileceği ve mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açabileceği görüşündedir⁸⁰. Bu konuda Aristo’dan bu yana genel ilke, aynı davaların aynı şekilde görülmesidir (“*treat like cases as like*”)⁸¹.

Geçmişe Yürümezlik: Yasaların yürürlüğe konulduğu tarihten önce vuku bulan olaylara uygulanmaması anlamına gelen geçmişe yürümezlik (*non-retroactivity*), bir kuralın insan davranışına rehberlik edebilmesi için en temel gereklilik ve güvencelerdendir. Bununla birlikte geçmişe yürümezlik hukukun tüm alanlarını kapsayacak şekilde mutlak değildir. İHAM medeni hukuka dair konular bakımından geçmişe dönük yeni hükümler kabul edilmesini doğrudan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne aykırı görmez. Fakat böyle bir yasama faaliyeti ancak kamu yararına ilişkin zorlayıcı gerekçeler bulunduğu takdirde kabul edilebilir. Aksi halde hukuk devleti ilkesi ve Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur⁸².

Eşit Uygulama: Kanunların eşit uygulanması ilkesi, sosyal statüsü, ırkı, dini, etnik kökeni, cinsiyeti veya diğer özellikleri ne olursa olsun tüm kişi ve kuruluşlara kanun önünde eşit muamele edilmesi gerektiği anlamına gelir. Bu tanım yasa ile bireyler arasındaki objektif durumu tasvir eder. Bununla birlikte, eşit uygulama ilkesi yasa karşısında bireysel farklılıkları da dikkate alır. Bingham’a göre yasalar herkese eşit olarak uygulanmalıdır, meğerki nesnel farklılıklar uygulamadaki farklılaştırmayı haklı kılsın⁸³. Diğer deyişle, kanun “benzer durumdaki” herkese eşit şekilde uygulanacaktır.

Şekli hukukilik ilkelerini genel hatlarıyla ortaya koyduktan sonra, normun geçerliliği ile hukuk devleti arasındaki ilişkiden de söz etmek yerinde olacaktır. Hukuk devletinin şekli ve maddi kavramsallaştırmaları, geçerliliğe ilişkin teorik arka plan açısından da birbirinden oldukça farklı dayanaklara sahiptir.

Doğal hukuk düşüncesi, yasaların geçerliliğini doğal hukuk ilkelerine uygunlukla özdeşleştirirken, hukuki pozitivizm normun bir hukuk sistemi içinde öngörülen usullere uygun olarak yürürlüğe konulmasını geçerlilik için yeterli kabul eder. Fuller, ortaya koyduğu ilkeleri “*prosedürel doğal hukuk*” olarak sunmuşsa da⁸⁴, Waldron’un yerinde tespitiyle bu ilkeler normun yasalaşma veya uygulan-

79 Venice Commission, *Checklist*, s. 26.

80 İHAM, *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey*, No. 13279/05 (20 Ekim 2011), para. 57.

81 Aristotle, [1282b], s. 2035.

82 İHAM, *Scordino v. Italy (no. 1)*, No. 36813/97 (29 Mart 2006), para. 126.

83 Tom Bingham, *The Rule of Law*, Allen Lane, London, 2010, s. 55.

84 Fuller, s. 96 ve 97.

ma usulleriyle değil, netice itibarıyla aldığı biçimle ilgilidir⁸⁵. Fuller’a göre, şekli gereklilikler hususunda önemli ölçüde sapma gösteren yasalar “*kötü yasa*” olarak görülemez, çünkü bu düzenlemeler yasa olma vasfı taşımamaktadır⁸⁶. Raz ise, şekli ilkelere uyumu hukuk devleti olmak bakımından gerekli görürken bunlarla norm arasında bir geçerlilik ilişkisi kurmaz. Bu anlayış farkı, Fuller’ın doğal hukukçu, Raz’ın ise hukuki pozitivist olmasından ileri gelir⁸⁷.

Hukuk devletini şekli hukukilikle sınırlayan anlayış, hukuk ile ahlaki ayırıştırılan hukuki pozitivismle uyumludur⁸⁸. Hukuki pozitivismin “ayrılabilirlik tezi”, hukuk ve ahlaki iki ayrı kavramsal kategori olarak kabul eder ve bir hukuk normunun geçerliliğinin ahlaki içeriğinden bağımsız olduğunu savunur⁸⁹. Kelsen’e göre, “Hukuk her zaman pozitif hukuktur ve pozitifliği, insanların eylemleri tarafından yaratılması ve iptal edilmesine, dolayısıyla ahlak ve benzeri norm sistemlerinden bağımsız olmasına yaslanır.”⁹⁰ Adalet standartları olarak kullanılan normlar ise kişiden kişiye değişen, göreceli bir yapı arz eder. Doğal hukuktaki insan iradesinden bağımsız ve objektif nitelik taşıyan adalet düşüncesi, aslında öznel çıkarların nesnelleştirilmesinden kaynaklanan bir yanılsamadır. Diğer taraftan, pozitif hukuk tektir. İçeriği objektif yöntemlerle özgün olarak belirlenebilir. Hukuksal değer yargıları, olgular yardımıyla nesnel olarak test edilebilir. Fakat adalete ilişkin yargılarda olduğu gibi ahlaki ve politik yargıların da nesnel olarak sınanmaya imkân vermemesi, bunları hukuk biliminin dışında bırakmayı gerektirir⁹¹.

Raz da hukuk devleti ile ahlaki değer ve ilkeleri birbirinden bağımsız konumlandırır. Ona göre, hukuk devleti, bir hukuk sisteminin sahip olabileceği birçok erdemden bir tanesidir. Bunu, demokrasi, adalet, eşitlik, insan hakları, insan haysiyetine saygı gibi değerlerle karıştırmak doğru değildir. Bir devlet, temel hakların reddedildiği, demokratik olmayan, hatta ırk ayrımcılığına dayanan

85 Jeremy Waldron, “The Rule of Law and The Importance of Procedure”, Ed. James E. Fleming, *Getting to the Rule of Law: NOMOS L*, New York University Press, New York, 2011, s. 8, (Procedure).

86 Fuller, s. 197.

87 Sururi Aktaş, “Hukuk Devleti İdeali Felsefi Bir Bakış”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2020, s. 14. after having made the conceptual analysis of the rule of law, the components of the concept of rule of law are tried to be explained in terms of the ideals of different understandings of the rule of law. It is also discussed the nature of principles and rules of the concept of rule of law and analyzed in terms of Hart’s primary rules-secondary rules distinction. The formal (procedural

88 Craig, s. 105.

89 Andrei Marmor, “The Rule of Law and Its Limits”, *Law and Philosophy*, Cilt 23, Sayı 1, 2004, s. 42 ve 43.

90 Hans Kelsen (Terc. Anders Wedberg), *General Theory of Law and State*, Russell and Russell, New York, 1961, s. 114, (General Theory).

91 Kelsen, *General Theory*, s. 48 ve 49.

bir hukuk sistemine sahip olsa da şekli hukukilik ilkelerini sağlamak suretiyle hukuk devleti vasfını kazanmış olur⁹².

B. Maddi Hukukilik

Hukuk devletinin maddi kavramsallaştırması (*substantive/thick conception*), biçimsel-usuli gereklilikleri kapsamakla birlikte ahlaki değer ve ilkelerin hayata geçirilmesini sağlamak üzere hukukun içeriğine odaklanır. İnsan haklarına yönelik objektif bir çaba olarak⁹³, hukukun maddi anlamda adil olmasını talep eder⁹⁴. Bunun için hem temel insan haklarını kapsamına alır hem de tüm yasaları ve bunlara ilişkin yorum faaliyetlerini temel adalet ilkelerine tabi kılar⁹⁵. Hukuk devleti, Batı toplumlarında şekli yasallığı, bireysel hakları ve demokrasiyi kapsayan bir bütün olarak anlaşılır, ki toplumdaki yaygın kanaat bir idealin neyi temsil ettiği konusunda önemli bir göstergedir⁹⁶. Aslında hukuk devletinin şekli kriterleri de netice itibarıyla şekli boyutu aşan (maddi) amaçlara hizmet eder. Hukuki prosedürler ve kurumlar hem malvarlığına hem de itibar gibi soyut varlıklara ilişkin zararı, adaletsizliği, sömürüyü önlemek ve telafi etmek; zayıf, savunmasız kişilerin haklarını korumak gibi maddi hedefleri gerçekleştirmek için vardır⁹⁷.

Maddi hukuk devleti kavramsallaştırmasında Lord Bingham'ın ortaya koyduğu unsurlar iyi bir çerçeve sunar: (1) Yasa erişilebilir ve mümkün olduğunca anlaşılır, açık ve öngörülebilir olmalıdır. (2) Yasal hak ve yükümlülük sorunları, olağan şartlarda takdir yetkisinin kullanılmasıyla değil, yasanın uygulanmasıyla çözülmelidir. (3) Ülkenin kanunları, nesnel farklılıkların farklılaşmayı haklı çıkardığı durumlar dışında, herkese eşit olarak uygulanmalıdır. (4) Bakanlar ve her düzeydeki kamu görevlileri, kendilerine verilen yetkileri iyiniyetle, hakkaniyete uygun olarak, yetki sınırlarını aşmadan kullanmalı, haksız yere kullanmamalıdır. (5) Hukuk, temel insan haklarının yeterli düzeyde korunmasını sağlamalıdır. (6) Tarafların kendilerinin çözemeyecekleri gerçek hukuk uyuşmazlıklarının fahiş maliyetler veya aşırı gecikme olmaksızın çözülmesi

92 Raz, *The Authority*, s. 211.

93 Mustafa Kutlu, "Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi - İstanbul Barosu Yayını*, Cilt 7, 2003, s. 120.

94 Aleardo Zanghellini, "The Foundations of the Rule of Law", *Yale Journal of Law & the Humanities*, Cilt 28, Sayı 2, 2017, s. 214.

95 Adriaan Bedner, "The Promise of a Thick View", Ed. Christopher May; Adam Winchester, *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s. 38. Ayrıca bkz. Robert A. Stein, "What Exactly Is The Rule of Law?", *Houston Law Review*, Cilt 57, 2019, s. 195.

96 Tamanaha, *On the Rule of Law*, s. 111. Ayrıca bkz. Zanghellini, s. 214.

97 John Finnis, "Natural Law Theories", Ed. Edward N. Zalta, Uri Nodelman, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University, 2020, <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/natural-law-theories/> (16.11.2024).

için gerekli araçlar sağlanmalıdır. (7) Devlet tarafından ortaya konulan yargılama usulleri adil olmalıdır. (8) Hukuk devleti ilkesi, devletin ulusal hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da yükümlülüklerine uymasını gerektirir⁹⁸.

Bingham'ın listesinde yer alan şekli ve maddi unsurlar ancak bir bütün halinde sağlandığı takdirde hukuk devletinin varlığından söz edilebilir. Nazi Almanya'sında görüldüğü üzere, şekli hukukiliğin sağlandığı ve fakat adaletsiz yasaların yürürlükte olduğu bir düzen maddi anlayışta hukuk devleti olmaktan uzaktır⁹⁹.

1. Doğal Hukuk Boyutu

Doğal hukuk teorisine göre, insan doğasına içkin, akıl yoluyla keşfedilebilen bir evrensel ahlaki düzen vardır. Doğal hukuk teorisyenleri, genel olarak, insan yapımı yasaların bu ahlaki düzene uyması gerektiğine ve doğal hukuku ihlal eden yasaların adaletsiz ve geçersiz olduğuna inanırlar. O yüzden, adaletsiz kanunların bağlayıcılıkları yoktur. *Lex iniusta non est lex*, yani “adil olmayan bir kanun, kanun değildir” anlayışı, geleneksel doğal hukuk teorisinin ana umdelerindendir¹⁰⁰.

Adalet kavramı genellikle bir kanunun veya hukuki kararın adil ve hakkaniyete uygun olup olmadığını değerlendirmek için kullanılır¹⁰¹. Thomas Aquinas adalet prensibi hakkında şu açıklamaları yapar: “İnsan hukuku, doğru akıldan pay aldığı ölçüde hukuk doğasına sahiptir ve bu bakımdan ezelî kanundan türediği açıktır. Ancak akıldan saptığı ölçüde adaletsiz yasa olarak adlandırılır ve yasadan çok şiddet niteliğindedir.”¹⁰² Fakat Aquinas, adil olmayan yasanın yasa olmadığını söylemekten kaçınır¹⁰³. Bununla birlikte, doğal hukukla çelişen insan yasalarının vicdanı bağlamadığını ve tebaanın bu tür yasaları dayatan zalim yöneticilere direnme hakkına sahip olduğunu savunur¹⁰⁴.

98 Bingham, ss. 37-132.

99 Stein, s. 195.

100 Bkz. Bix, *A Dictionary*, s. 127 ve 128.

101 “Birleşmiş Milletler’e göre adalet, hakların korunması ve yerine getirilmesinde, ayrıca hukuka aykırılıkların önlenmesi ve cezalandırılmasında hesap verebilirlik ve hakkaniyet idealidir. Adalet, suçlananların haklarına, mağdurların menfaatlerine ve genel olarak toplumun huzuruna saygı gösterilmesi anlamına gelir. (...) Uluslararası toplum, yarım yüzyıllık aşkın bir süredir adaletin yerine getirilmesine ilişkin maddi ve usûlî gereklilikleri birlikte ifade etmek için çalışmaktadır.” UN Secretary-General, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, United Nations Security Council, 2004, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n04/395/29/pdf/n0439529.pdf> (16.11.2024), para 7.

102 Thomas Aquinas, “*Summa Theologiae*”, 1920, <https://www.newadvent.org/summa/> (15.11.2024), I-II q.93 a.3.

103 John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 364, (Natural Law and Natural Rights) Christopher May, “The Centrality of Predictability to the Rule of Law”, Ed. Christopher May, Adam Winchester, *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s. 99, (Predictability).

104 Aquinas, I-II q.96, a.4. Direnme hakkı için bkz. Aquinas, II-II q.42, a.2., Reply to Objection 3.

Finnis ise, adil olmayan yasaların geçerli olmaya devam ettiği görüşündedir. Böyle bir durumda bireylere düşen pozitif hukuka uymaktır. Ancak bu “*ahlaki anlamda hukuki yükümlülük*” olarak düşünülmemelidir. Adaletsiz yasaya uymak genel anlamda yasalara uymanın iyiliğine değil, yalnızca hukuk sisteminin adil kısımlarını etkisiz hale getirmeme arzusuna dayanır¹⁰⁵. Kanun koyucuya düşen bu adaletsiz yasayı yürürlükten kaldırmaktır¹⁰⁶.

Zanghellini, hukuk devleti fikrinin doğal hukuk anlayışıyla sıkı bir bağlantı içinde olduğunu savunur¹⁰⁷. Ona göre, yasanın erdemli olması ve tam adaleti hedeflemesi gibi içerikle ilgili belirlemeler, Platon ve Aristo tarafından ileri sürülen hukuk devletine dair fikirlerin doğal hukukçu karakterini ortaya koymaktadır¹⁰⁸. Doğal hukuk düşüncesinin yasanın içeriğine ve hedefine yönelik belirlemeleri, adil bir sonucun şekli adalete olduğu gibi maddi adalete de yasalandığını¹⁰⁹ savunan maddi hukuk devleti anlayışının en azından kavramsal temellendirme bakımından doğal hukuk çizgisinde olduğunu göstermektedir.

2. Temel Haklar Boyutu

Maddi anlayışta hukuk devleti, belirli maddi hakların kaynağı veya istinat noktasıdır¹¹⁰. “İyi” yasaları “kötü” yasalardan ayıran belirleyici faktör onların maddi haklara riayet edip etmemesidir¹¹¹. Foran’a göre, hukuk devleti olma iddiasındaki bir hukuk düzeni, hukukun içeriğine dair sınırlamalar getirerek bu yolla vatandaşlar için birtakım haklar yaratır. Sistemin öz nitelikleri arasında olduğu için bu haklar “*temeldir*”. Vatandaşların hukukun üstünlüğüne aykırı olan yasalardan, politikarlardan veya kararlardan korunma talep edebilmesini sağlar. İster şekli ister maddi yaklaşım benimsensin, sonuç olarak hukuk devletinin yasal öznelerin bazı haklarına saygı duymak anlamına geldiği açıktır. Maddi – şekli ayrımı, esasen bu hakların doğasına ilişkindir¹¹².

Hukuk devletine temel hakların korunmasını da dahil eden maddi yaklaşımlar içinde Dworkin’in haklar kavramsallaştırması (*rights conception*) öne çıkar. Dworkin, şekli ilkeleri de kapsayacak biçimde hak temelli bir hukuk devleti an-

105 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 361.

106 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 362.

107 Zanghellini, s. 214.

108 Zanghellini, s. 225 vd.

109 Gülriz Uygur, “Adalet ve Hukuk Devleti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 53, Sayı 3, 2004, s. 30.

110 Bkz. Craig, s. 95.

111 Craig, s. 95.

112 Michael P. Foran, “The Rule of Good Law: Form, Substance, and Fundamental Rights”, *The Cambridge Law Journal*, Cilt 78, Sayı 3, 2019, s. 12.

layışı ortaya koyar¹¹³. Bu düzende vatandaşların birbirlerine karşı ahlaki hak ve yükümlülükleri, devlete karşı ise siyasi hakları olup, bunların pozitif hukukta tanınması gerekir. Zira, vatandaşların haklarını korumak adına mahkemeleri veya diğer yargısal kurumları kullanabilmeleri ancak bu şekilde mümkün olur. Hukuk devleti, bireysel haklara ilişkin doğru bir kamusal anlayışla yönetilme idealidir. Bu doğrultuda haklar anlayışı, bir çeşit şekli hukuk devleti kavram-sallaştırması olan kural kitabı (*rule-book conception*) anlayışının yaptığı gibi hukukun üstünlüğünü maddi adaletten ayırmak yerine, kitaptaki kuralların ahlaki hakları kapsamasını ve hayata geçirmesini talep eder¹¹⁴.

C. Ara Değerlendirme: Anayasal Düzende Objektif Hukukun Kapsamı

Hukuki pozitivizmde bir normun geçerliliği ile içeriğinin birbirinden bağımsız olduğunu, doğal hukuk anlayışında ise adaletsiz yasanın hakiki manada geçerlilik taşımadığını ortaya koyduğumuz teorik zeminin üstüne, çalışmamızın amacı doğrultusunda hukuk devletini anayasal düzendeki somut yansımaları üzerinden ele almak yerinde olacaktır. Zira hâkimin istinat edeceği objektif hukuk düzeni anayasal kaynaktan doğar, onunla çerçevelenir ve meşruiyetini de ondan alır. Anayasal düzende normun geçerliliğine ilişkin yaklaşımın yanında, normun şekli ve maddi nitelikleri hangi hukuk devleti anlayışının benimsendiğini de ortaya koyacaktır.

Anayasal düzende bir hukuk normunun geçerliliği üzerine düşünürken, Kelsen'in normlar hiyerarşisi görüşü ve Hart'ın tanıma kuralı bağlamında maddi ilkelerin yerini belirlemenin yeni bir bakış açısı sağlayacağı kanaatindeyiz. Zira teorik planda hukukun ve ahlakın ayrılığını savunan bu yazarların ortaya koyduğu çerçeve, temel hakları ve ahlaki ilkeleri içeren anayasalar söz konusu olduğunda pratik anlamda maddi ilkelerin normun geçerlilik ölçütü olmasına imkân tanır.

Kelsen, normlar hiyerarşisi görüşüyle, piramidal norm basamaklarında yer alan her bir kuralın meşruiyetini bir üst basamaktaki normdan aldığını ve geçerli olabilmesi için üst norma uygun olması gerektiğini ileri sürmüştür¹¹⁵. Geçerlilik incelenirken kuralın içeriği sadece üst norma uygunluğa göre değerlendirilir, hiyerarşi basamaklarındaki normlar dışında herhangi bir ölçüt ayrılık tezi gereği bu değerlendirmeye dahil edilmez¹¹⁶. Kelsen "anayasa" kavramını

113 Bkz. Craig, s. 107.

114 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, s. 11 ve 12.

115 Hans Kelsen (Terc. Max Knight), *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley, 1967, s. 221. vd., (Pure Theory).

116 Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", *Anayasa Yargısı*, Cilt 28,

geniş anlamda kullanır ve geçerliliğin ilk nedenini geriye doğru takip ederek varsayımsal temel yasaya (*Grundnorm*) dayandırır. Fakat anayasa teşkil eden normların kodifiye edilerek bir yazılı anayasa şekline bürünebileceğini de kabul eder¹¹⁷. Dolayısıyla, bir yazılı anayasa temel hakları veya ahlaki değerleri kodifiye eden hükümler içerdiğinde, bu ahlak temelli pozitif normlar hiyerarşik olarak kendisinden altta olan normların geçerlilik şartı haline gelir.

Hart'ın hukuk kurallarının belirlenmesini sağlayan ölçüt olarak ortaya koyduğu “tanıma kuralı” (*rule of recognition*), modern hukuk sistemlerinde yazılı anayasaları, yasama faaliyetlerini ve yargısal içtihatları da kapsar¹¹⁸. Hart bir hukuki pozitivist olsa da adalet ilkelerini veya temel ahlaki değerleri hukuki geçerliliğin nihai kriterleri olarak açıkça benimseyen örnekleri görmezden gelmez¹¹⁹. Böyle bir düzende bireysel haklarla çelişen bir yasa, anayasal hükümlerle çeliştiği ölçüde mahkemeler tarafından geçersiz ilan edilebilmektedir¹²⁰. Çünkü anayasal devlet, yasaların geçerliliğini yalnızca biçimsel normların değil, anlama ilişkin maddi normların da karşılanması şartına bağlar¹²¹.

Gerek normlar hiyerarşisi gerekse tanıma kuralı, günümüz anayasalarının ortaya koyduğu objektif hukuk düzeninde temel hakların ve ahlaki ilkelerin alt normlar açısından birer geçerlilik şartı olmasına imkân tanır. 1982 Anayasası md. 11/2'ye göre “*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*” Söz gelimi, Anayasa da korunan bir temel hakka açıkça aykırı olan kanun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilecektir. Zira böyle bir kanun, normlar hiyerarşisinde üst norm olan Anayasaya aykırı olduğu için geçerlilikten mahrumdur. Bu şekli geçerlilik formülasyonu aynı zamanda yasaların maddi anlamda haklara ve ahlaki ilkelere uygunluğunu temin etme işlevi görür. Başka bir ifadeyle, anayasal devlet temel hakları ve ahlak temelli ilkeleri anayasanın parçası haline getirmek suretiyle, şekli geçerlilik ilişkisini maddi hukukilik hedeflerini de gerçekleştirecek biçimde yapılandırmış olmaktadır.

Hukuk devletinin haklar odaklı maddi formatı, Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası mekanizmalarda söyleme hâkim olan anlayıştır. BM'nin geniş tanımı uluslararası insan hakları standartlarına ve hukukun uygulanmasında hakkaniyete atıf yaparken¹²², Avrupa Birliği Liz-

2011, s. 75, (Hart-Dworkin).

117 Kelsen, *Pure Theory*, s. 222.

118 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 101.

119 Hart, s. 204.

120 Hart, s. 72.

121 Ferrajoli, s. 328.

122 “*Hukuk devleti, Örgüt'ün misyonunun tam merkezinde yer alan bir kavramdır. Devletin kendisi de dahil olmak üzere, tüm kamu ve özel kişi, kurum ve kuruluşların, kamuya açık*

bon Antlaşması'yla bağlayıcılık kazandırdığı Temel Haklar Şartını faaliyetlerinin hukuka uygunluk ölçütü haline getirmiştir¹²³. Avrupa Konseyi ise, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile bölgesel insan hakları standartlarını şekillendirmiş olmakla birlikte özellikle Venedik Komisyonu'nun çalışmalarıyla hukuk devletinin hak temelli anlayışını yaygınlaştırmayı hedeflemektedir. Venedik Komisyonu, hukuk devleti nosyonunun herkese haysiyet, eşitlik ve akılcılık gibi değerler doğrultusunda muamele edilmesini gerektirdiğini belirtirken, saf formalistik yaklaşımın risklerine özellikle dikkat çeker¹²⁴.

Bahse konu kuruluşların bünyesinde yapılan tanımlamalarda hukuk devletinin maddi içeriği git gide genişlerken, bu durum yerel mahkemelerin yorumuna da etki etmektedir: "...uluslararası sözleşmelere dayalı ulusüstü bir hukukun ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi gibi kimi ulusüstü (supra national) organların verdiği kararların bağlayıcılığı ve insan haklarının ortak değer olarak korunması anlayışı, Anayasa Mahkemesinin getireceği yorumlardaki çağdaş niteliği belirleyen ölçütler haline dönüşmüştür."¹²⁵

Anayasa Mahkemesinin 2009 yılındaki bir kararında hukuk devleti şöyle tanımlanmıştır: "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir."¹²⁶ AYM'nin bu tanımı bir yandan yasanın genel ve objektif olması gibi şekli nitelikleri vurgularken, aynı zamanda kuralların içerik olarak adalet ve hakkaniyet ölçütleriyle kamu yararı amacını gö-

olarak ilan edilen, eşit şekilde uygulanan ve bağımsız olarak karara bağlanan ve uluslararası insan hakları norm ve standartlarıyla tutarlı olan yasalara karşı sorumlu olduğu bir yönetim ilkesini ifade eder. Aynı zamanda, hukukun üstünlüğü, kanun önünde eşitlik, hukuk önünde hesap verebilirlik, kanunların uygulanmasında hakkaniyet, kuvvetler ayrılığı, karar alma sürecine katılım, hukuki belirlilik, keyfilikten kaçınma ve usulî ve hukuki şeffaflık ilkelerine bağlılığı sağlayacak tedbirlerin alınmasını gerektirir." UN Secretary-General, para. 6.

123 Bu konuda ayrıntı açıklamalar için bkz. Halil Çiçekfidan, *Avrupa Birliği'nde Temel Hakların Korunması: Temel Haklar Şartı ve Onu Doğuran Süreç Üzerine Bir İnceleme*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

124 Venice Commission, *Checklist*, para. 15.

125 AYM, E.1992/1, (Siyasi Parti Kapatma) K.1993/1 (14 Temmuz 1993).

126 AYM, E. 2006/65, K. 2009/114 (23 Temmuz 2009).

zetmesini dahil etmek suretiyle maddi anlayışın benimsendiğini gösterir. Kısacası, AY md. 2 hukuk devleti ilkesini alt normların geçerlilik ölçütlerinden biri olarak kabul etmiş, AYM de ilkeye maddi anlayış doğrultusunda içerik kazandırmıştır.

AYM'nin bir başka kararında ise, bağlayıcılık niteliğini haiz *“hukukun üstün kurallarına”* atıfta bulunulur. Hatta bu kurallar yasa koyucunun iradesini aşan, *“Anayasa kurallarından da önde gelen”*¹²⁷ temel hukuk ilkeleri olarak hukuk devleti olmanın kriterlerinden kabul edilir. *“Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinden uzaklaştığında niteliğinin geçersiz kalacağını bilen devlettir.”*¹²⁸ İyiniyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı gibi ilkeler, AYM kararlarında temel hukuk ilkeleri olarak anılmaktadır¹²⁹.

Neticede, anayasal düzende hukuk devleti, hukuk normlarının oluşturulmasında şekli hukukilik ilkelerini asgari işlerlik şartı olarak kabul etmekle birlikte hem temel hakları hem de bazı ahlaki değer ve ilkeleri kodifiye ederek, bazılarını da evrensel geçerlilik söylemi altında kendi bünyesinin parçası haline getirmiştir. Dolayısıyla hukuk devletinde yasalar ve genel olarak hukuk sistemi, biçimsel objektifliğin yanında değerler seti olarak da objektif hale getirilmiş bir çerçeveye istinat eder¹³⁰.

Kanaatimizce şekli hukukilik ilkelerini kapsayarak objektif bir zemine oturan, ayrıca temel haklar anlayışını sistemin adil karakterinin oluşumunda referans noktası olarak belirleyen maddi hukuk devleti kavramsallaştırması bir bütün olarak, teknolojik gelişmelerin getirdiği karmaşık problemleri çözmede çok daha zengin bir kaynak sunmaktadır. Adaletsiz yasaların şekli ve prosedürel testleri geçmesi, kamusal gücün toplum için ortak iyi/kamu yararı adına hareket ettiği inancının altını oyarak meşruiyet problemine yol açar. Hukuk sisteminin herkes için iyi olanı temsil ettiğine olan güvenin kaybolduğu durumda, keyfiliğin ya da belirli grupların çıkarlarının sistemli uygulamasına dönüşeceği gözden kaçırılmamalıdır. Ortak adalet ilkelerini göz ardı eden ve fakat makine gibi işleyen bir sistemin adalet duygusunu tatmin etmesi ve böylece kararların

127 AYM, E. 1992/1, (Siyasi Parti Kapatma) K. 1993/1, s. 186.

128 AYM, E. 1992/8, K. 1992/39 (16 Haziran 1992).

129 AYM, E. 1984/14, K. 1985/7 (13 Haziran 1985).

130 Objektif değerler düzeni anlayışının somut örneği Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konulmuştur. Bu konudaki açıklamalar “Anayasal Düzende Hâkimin İşlevine Bakış” başlığı altında yapılmıştır.

meşruiyetini sürdürebilmesi düşünülemez.

Hukuk devleti, hesap verebilirlik ve etkililiğin yanında hakkaniyeti ve insan haysiyetine saygı gibi erdemleri teşvik eder¹³¹. Diğer taraftan, maddi anlayışın adalet, hakkaniyet, eşitlik, insan haysiyeti gibi üzerinde uzlaşmış bir tanıma sahip olmayan kavramlara dayanması, objektiflik konusunda itirazlara sebep olabilir. Hukuk devletinde maddi hukukilik dahilindeki ilkelerin hukuk kural-
larının içeriği ve yargılamanın adaleti bakımından kriter olarak alınabilmesi, bunların yaygın kabul edilen anlamlarıyla anayasallaştırılması sayesinde ob-
jektif zemin kazanır. Zaten İkinci Dünya Savaşı sonrası ihdas edilen anayasa-
lar ve insan hakları belgeleri bu ortak değerlerin somutlaştığı pozitif metinler
olmakla¹³², hukuk devletinden anlaşılması gerekenin maddi anlayış olduğuna
delil teşkil eder. Anayasal düzende bir normun geçerliliği açısından değeren-
dirildiğinde ise, maddi hukukilik, üretilen normların içeriği veya anlamı olan
özün anayasada belirtilen ilkeler ve haklarla uyumlu olması zorunluluğu anla-
mı taşır¹³³.

III. Hukuk Devletinde Yargısal Karar Verme: Objektif Hukukun Uygulayıcısı Olarak İnsan Hâkim

A. Mekanik Uygulayıcılıktan Sübjektif Yorumculuğa Hâkimin Rolü Sorunu

Hukuki formalizm ve hukuki realizm akımları arasındaki karşıtlığın, hâkimin
rolüne ilişkin normatif soruları incelemek için verimli bir zemin sunacağı ka-
naatindeyiz. Bu karşıtlık, doğasında sübjektiflik bulunan insan hâkimin, hukuk
devletinin gerektirdiği objektif yargılama işlevini nasıl yerine getirdiği üzerine
düşünme imkânı sağlamaktadır. Karar vermeye ve yoruma dair zıt perspektif-
leri yan yana getirmek, hukuk devletinin teorik çerçevesi içinde yargısal faali-
yetin idealleri ile pratik gerçeklerini anlamayı kolaylaştıracaktır.

Geleneksel anlamıyla formalizm, bir hukuki uyumsuzluğu ortadan kaldıracak,
olayın niteliklerine özgü çözümün genel bir kuralın uygulanmasından kesin
olarak türetilebileceğini savunur¹³⁴. Yargılamada kurala bağlılık esastır, ama-
çların veya sonuçların değerlendirilmesi söz konusu değildir¹³⁵. Kural ile uygu-

131 Jeffrey L. Jowell, "The Rule of Law and Its Underlying Values", Ed. Jeffrey L. Jowell, Dawn Oliver, *The Changing Constitution*, 7. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 24.

132 Bkz. Ferrajoli, s. 323.

133 Ferrajoli, s. 328.

134 Margaret Jane Radin, "Reconsidering The Rule of Law", *Boston University Law Review*, Cilt 69, Sayı 4, 1989, s. 792.

135 Brian Z. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, Princeton University Press, Princeton, 2010, s. 166.

laması arasındaki bağlantının biçimsel olduğu bu anlayış, pejoratif (kötüleyici) manada mekanik hukuk bilimi ya da yargılamanın bilgisayar modeli (*the computer model of judging*) olarak adlandırılır¹³⁶. Bu modelde hâkimler yargılama yapmazlar; onlar sadece kural ile tikeli yan yana getirme işlevi gören, yani ikisi arasındaki biçimsel bağlantıyı tesis eden kara kutulardır¹³⁷.

Klasik formalizmin hukuka dair üç temel gerekliliği şöyledir: İlk olarak, hukuk belirli olmalıdır; hükümler, takdir yetkisi veya tartışmalı değerlendirmeler olmaksızın normların olgulara uygulanmasından doğmalıdır. İkinci olarak, hukuk sistematik olmalıdır; nispeten soyut kavramlar ve ilkelerden oluşan tutarlı bir yapı oluşturmalıdır. Son olarak, hukuk özerk olmalıdır; normlarını dini, felsefi veya politik ekonomi gibi tartışmalı kaynaklardan değil, kendine özgü hukuki kaynaklardan türetmelidir¹³⁸. Bu özcü/kavramsalci yaklaşım, Tamanaha'nın ifadesiyle, hukuku belirli durumlarda mekanik olarak belirli cevaplara yol açan, rasyonel örüntüler içindeki bir dizi soyut kavram ve ilkeler bütünü olarak görür. Hâkim bu anlayışa göre önceden var olan soyut kavram ve ilkeleri keşfeder, bu nedenle hukuk-yapıcı değildir. Zaten hukukun parçası olan kavram ve ilkeleri somut olaya mekanik bir biçimde uyguladığı için hâkimin sübjektif değerleri muhakeme sürecine etki etmeyecektir¹³⁹. Hâkim, insani faktörlerden soyutlanmış bir karar otomatu olarak faaliyet göstereceğinden objektiflik ve dolayısıyla öngörülebilir hukuk düzeni tesis edilmiş olacaktır.

Montesquieu'nün hâkimin işlevi konusundaki görüşleri hâkime takdir alanı bırakmama bağlamında formalizmle benzer çizgidedir. Buna göre yargının rolü “*kanunların ağzı*” olmaktan başkası değildir. Hâkimler sadece kanunun gereğini dile getirir. Kanunun gücünü ve katılığını yumuşatmak konusunda aciz ve hareketsizlerdir¹⁴⁰. Neumann, bu anlayışta hâkimin rolünün bir “*ta-nıma eylemi*” gerçekleştirmekten ibaret olduğunu ifade eder. Hâkime düşen, genel normda soyut bir şekilde zaten yer alan fikirleri karara dönüştürmektir. Bunun için hâkim, mantıksal altlama (*subsumption*) yöntemini kullanarak, büyük önerme olan hukuku küçük önerme olan davanın somut olgularına uygulamakla yetinecektir¹⁴¹.

¹³⁶ Radin, s. 793.

¹³⁷ Radin, s. 793.

¹³⁸ Thomas C. Grey, “The New Formalism”, *Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No. 4, Stanford, 1999, s. 5.

¹³⁹ Brian Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Clarendon Press, Oxford, 2004, s. 35.

¹⁴⁰ Montesquieu, s. 207.

¹⁴¹ Franz L. Neumann, *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Berg, Leamington Spa, 1986, s. 225.

Mekanik tûmdengelimci yaklaşım ceza hukuku bağlamında Beccaria'nın söyleminde de açıkça görülebilir: “*Her suçu yargılarken, yargıç, yetkin bir tasımlama (kıyas, sillogismo, syllogisme) yapmak durumundadır. Bu tasımlamada, büyük önerme, genel yasadır. Küçük önerme, eylemin yasaya uygun olup olmadığıdır. Sonuç ise, ya özgürlüktür/aklanmadır ya da hükümlülüktür/cezalandırmadır. Yargıç, yasaların kusuru yüzünden iki tasımlamaya birden zorlanırsa ya da bunu kendiliğinden yaparsa belirsizlik kapısı aralanmış, karanlığa yol açılmış olur.*”¹⁴²

Hukuki formalizmin mekanik hukuk bilimi yaklaşımının karşısında hukuki realizm düşüncesi yer almıştır. Hukuki realizme göre, hukuk kuralları amaçlar, temel değerler ve hukukun olası sonuçları ışığında belirlenecek, yorumlanacak ve ihdas edilecektir¹⁴³. Kuralların ideal olgu kalıplarına mekanik olarak uygulanmasını savunan formalizmi reddeden bu görüş, muhakemede hâkimi etkileyen kaprisleri, ön yargıları, etik ve ahlaki değerler ile çevresel faktörleri dikkate almayı savunur¹⁴⁴.

Yargısal önsezi (*judicial hunch*) kavramı hukuki realistlerin söyleminde önemli bir yer tutar. Buna göre, hâkimler davaları karara bağlarken öncelikle hukuka göre değil, davanın olgularına göre neyin “adil” olacağına dair hislerine dayanarak bir kanaate varır¹⁴⁵. Hutcheson, hükme varmada önsezinin rolünü şöyle ifade eder: “*..ve dava üzerinde düşünürken, [hâkim] hissi, önseziyi bekler - soru ile karar arasında sıçramalı bir bağlantı kuran ve yolun yargı adımları için en karanlık olduğu noktada, yol boyunca ışığı yakan o sezgisel anlayış parıltısını.*”¹⁴⁶ Cardozo'ya göre, insanı insan yapan nitelikler olarak tercihler, ön yargılar, içgüdüler, duygu karmaşası, hoşlanılan ve hoşlanılmayan şeyler, alışkanlıklar ve kanaatler hâkimlerin kararlarının biçimini ve içeriğini şekillendiren bilincin derinliklerindeki faktörlerdir¹⁴⁷. Bu çerçevede hukuk kuralları ve gerekçeler esasen hukuki olmayan değerlendirmelere istinat eden hükmün

142 Cesare Beccaria (Terc. Sami Selçuk), *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 5. Bası, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2015, s. 37.

143 Wilson Huhn, “The Stages of Legal Reasoning: Formalism, Analogy, and Realism”, *Villanova Law Review*, Cilt 48, 2003, s. 317.

144 E. C. Jr. Lashbrooke, “Legal Reasoning and Artificial Intelligence”, *Loyola Law Review*, Cilt 34, Sayı 2, 1988, s. 291.

145 Brian Leiter, “Llewellyn, Karl Nickerson (1893–1962)”, Ed. James David Wright, *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Cilt 14, 2. Bası, Elsevier, Amsterdam, 2015, s. 276.

146 Joseph C. Hutcheson Jr., “Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decision”, *Cornell Law Review*, Cilt 14, Sayı 3, 1929, s. 278.

147 Benjamin C. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Universal Law Publishing, New Delhi, 2010, s. 167.

post-hoc rasyonalizasyonu sırasında kullanılır¹⁴⁸. Kısacası, hâkim sübjektif etmenlerin yapılandığı kanaatini hükme esas tutar ve sonrasında hukuk kurallarına müracaat ederek kararını gerekçelendirir.

Hukuki realizmin öncülerinden Oliver Wendell Holmes, yargılamada hâkimin tecrübeye dayalı sezgilerinin etkisine dikkat çeker. Formalizmin ileri sürdüğü tezin aksine “*hukukun yaşamı mantık değil, tecrübe olagelmıştır.*”¹⁴⁹ Hukukun tecrübi karakterini anayasa bağlamında şöyle vurgular: “... *Anayasa’nın hükümleri, özyerini biçimlerinde taşıyan matematiksel formüller değildir; İngiliz toprağından nakledilmiş organik, yaşayan yapılarıdır. Önemleri biçimsel değil, yaşamsaldır; sadece kelimeleri ve sözlüğü olarak değil, kökenlerini ve gelişim çizgilerini göz önünde bulundurarak anlaşılmalıdır.*”¹⁵⁰ Holmes’a göre, zamanın koşulları, hâkim olan ahlaki ve siyasi teoriler, açıkça beyan edilen ya da bilinçdışı kamu politikası sezgileri gibi hususlar davada uygulanacak kuralı belirlemede kıyastan çok daha etkilidir¹⁵¹.

Hukuki realizm düşüncesi dahilinde yargısal karar verme sürecine ilişkin iki temel yaklaşımdan bahsedilebilir. Bunlar, hâkimlerin davadaki olgulara ve olguların sunulmuş biçimine duyarlı bir şekilde karar verdiklerini ileri süren olgu şüpheciliği ile kararların oluşumunda hukuk kurallarının, kavramların ve emsal kararların belirleyici olmadığını ve bu nedenle hâkimlerin birçok davada, eşit güçteki gerekçelerle birden fazla şekilde karar verebileceklerini savunan kural şüpheciliğidir¹⁵².

Olgu şüpheciliği, yargılama esnasında olguların tespitinde sübjektifliğin etkili olduğu, bu nedenle kesinlikten uzak olgulara dayalı yargılamanın tahmin edilebilirlik özelliği taşımadığı kanaatine dayanır¹⁵³. Frank, yargı kararının ideal işleyişi karşısında gerçekte nasıl meydana geldiğini bir formülle izah eder: geleneksel formüle göre $R \times F = D$ hukuk kuralı, F davanın olguları, D davadaki karar ise: $R \times F = D$ olmalıdır. Yani karar, davada uygulanan hukuk kuralları ile tespit edilen olguların ürünüdür¹⁵⁴. Gerçekte olan yargılama süreci ise S hâkimi ve

148 Leiter, s. 276.

149 Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Ed. Mark DeWolfe Howe, Little, Brown & Co., Inc., Boston, 1963, s. 5, (The Common Law).

150 Oliver Wendell Holmes, *Gompers v. US*, 233 U.S. 604 (1914), <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/233/604.html> (16.11.2024).

151 Holmes, *The Common Law*, s. 5.

152 Brian H. Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, 8. Baskı, Sweet & Maxwell, London, 2019, s. 226.

153 Ahmet Ulvi Türkbağ, “Amerikan Hukuki Realizm Akımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 58, Sayı 1-2, 2000, s. 89.

154 Jerome Frank, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, New Jersey, 1973, s. 14.

davayı çevreleyen tüm uyaranlar, P hâkimin kişiliği, D karar olarak: $S \times P = D$ ile ifade edilmelidir¹⁵⁵. Fakat bu durumda söz konusu uyaranların belirsizliği ve öngörülemezliği nedeniyle yargılama tahmin edilebilirlik açısından bir değer taşımaz¹⁵⁶. Frank'ın nihai formülü şöyledir: R hukuk kuralları, SF sübjektif olgular, D karar olmak üzere: $R \times SF = D$ ¹⁵⁷. Dolayısıyla yargılamada hukuk kuralları duruşma öncesinde belirli bir zaman ve mekânda meydana gelen asıl objektif olgulara değil, hâkim ve jüri tarafından saptanan sübjektif olgulara uygulanarak karara varılmaktadır¹⁵⁸. Frank'e göre davadaki olgular birer tahmindir: *“ne zaman tanıkların inanılabilirliği, ifadelerinin güvenilirliği söz konusu olsa, o zaman kaçınılmaz olarak duruşma hâkimi veya jüri olgular hakkında bir tahminde bulunmak zorundadır.”*¹⁵⁹ Zira, olguların belirlenmesi, insan hafızasının zayıflığı, gözlemin kusurluluğu, ifadelendirmedeki eksiklikler gibi sübjektif faktörlerin tesiri altında gerçekleşir¹⁶⁰.

Kural şüpheliği ise Llewellyn'ın görüşlerinde somutlaşır. Llewellyn'a göre hukuk, kuralların oluşturduğu bir bütün olmaktan ziyade hâkimlerin yargılama esnasında yapıp ettiklerinden ibarettir¹⁶¹. Bu itibarla, kurallar yargılama faaliyetinde belirleyici rol oynamaz: *“Hukuk alanında ...kurallar yol gösterir, ama kararı belirlemez. Hâkimin ihtiyaç duyduğunda jilet inceliğinde törpüleyemeyeceği ya da bir sopaya dönüştüremeyeceği hiçbir emsal karar yoktur.”*¹⁶² Yargısal karar verme sürecinde kural şüpheliğinin gerekçesi birbiriyle ilişkili beş faktöre dayanmaktadır. İlk olarak, davada uygulanacak kuralı tespit etmek için emsal kararları yorumlarken kullanılan çok sayıda ve birbiriyle çelişebilen teknik bulunur. İkinci olarak, hiçbir özel önerme (bir davada verilen karar) mantıksal olarak herhangi bir genel önermeyi (davanın kuralı) göstermez. Üçüncü olarak, hukuk dilinin doğasında var olan muğlaklık - “gereken özen” veya “iyiniyet” gibi terimler- yorumlamada takdir alanı oluşturur. Dördüncü olarak, hızlı sosyal ve ekonomik değişimler sıklıkla hukuk kurallarını uygulanmak zorunda oldukları koşullara uyumsuz hale getirir. Son olarak, her davadaki olgusal durumların benzersizliği bunların önceden kurallar altında sınıflandırılmasına imkân vermez¹⁶³.

155 Julius Paul, *The Legal Realism of Jerome N. Frank*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1959, s. 73.

156 Paul, s. 73.

157 Frank, s. 24.

158 Paul, s. 73.

159 Frank, s. 16.

160 Frank, s. 17 ve 18.

161 Karl N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, Oxford University Press, New York, 2008, s. 5.

162 Llewellyn, s. 165.

163 Wilfrid E. Jr. Rumble, “Rule-Skepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism”, *Journal of Public Law*, Cilt 15, Sayı 2, 1966, ss. 262-266.

B. Anayasal Düzendeki Hâkimin İşlevine Bakış

Hukuki realizmin yargılamada insan sübjektifliğini göz önüne seren argümanları katı formalizmin dedüksiyon esaslı mekanik işlerlik tezini zayıflatırken, bir yandan da anayasal demokrasilerin bağlı olduğu hukuk devleti değer ve ilkelerinin etkili bir şekilde hayata geçirilmesinin ampirik imkânı anlamında ciddi şüpheleri beraberinde getirmiştir¹⁶⁴. Chiassoni'nin dikkati çektiği üzere, eğer hâkimler davalara uygulayacakları hukuku “yaratan”, takdire bağlı aktörlerse, yasalık, belirlilik, kuvvetler ayrılığı, normlar hiyerarşisi gibi hukuk devletinin çerçevesini oluşturan unsurlar neyi ifade eder¹⁶⁵? Yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız objektif hukuk düzeni, realistlerin çizdiği çerçevede hâkim sübjektifliğine yenik düşen kâğıt üstündeki bir dizi entelektüel ideal olarak görünür.

O halde, maddi hukuk devleti kavramsallaştırmasının benimsendiği bir anayasal düzende hâkimin nasıl konumlandırıldığına bakmak, gerçek anlamda işleyen ve kendi içinde tutarlı bir yapısal kurguya sahip olup olmadığını ortaya koymak bakımından gereklidir. Bu amaçla hâkimin yerine getirdiği ikisi metodolojik, biri toplumsal olmak üzere üç işleve odaklanmak yerinde olacaktır. 1) Hâkim normların anlamına dair yorum yapmaktadır. 2) Hukuk normlarının somut olgulara uygulanmasında hâkim bazı durumlarda takdir kullanmaktadır. 3) Hâkim, gerçekleştirdiği yargılama faaliyetinin insani özellikleri dikkate alan niteliği sayesinde toplumsal barışın tesisine hizmet eder.

1. Hâkimin Yorum Faaliyeti

Hâkimin esas metodolojik işlevi yorum yapmaktır. Hukuki metinlere içkin olan anlam ve değerlerin idrak ve ifade edilmesi olarak yargılama, temelde bir yorumlama sürecidir¹⁶⁶. Davanın olguları belirlendikten sonra, hangi hukuk kuralının ilgili norm olduğu ve somut olayda ne ölçüde geçerli olduğu hâkimin yorumuyla tespit edilir¹⁶⁷. Kuralın somut olaya her uygulanışı bir yeniden yorumlama işlemidir¹⁶⁸. Normun anlam bakımından açıklığa kavuşturulması sadece somut olaya uygulanabilirlik açısından değil, aynı zamanda geniş an-

164 Bkz. Pierluigi Chiassoni, “Is Realism at Odds with Constitutional Democracy?”, Ed. Pierluigi Chiassoni, Bojan Spaić, *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Springer International Publishing, Cham, 2021, s. 36.

165 Chiassoni, s. 36.

166 Owen M. Fiss, “Objectivity and Interpretation”, *Stanford Law Review*, Cilt 34, Sayı 4, 1982, s. 739.

167 Robert J. Sharpe, “How Judges Decide”, Ed. Rabeea Assy, Andrew Higgins, *Principles, Procedure, and Justice: Essays in Honour of Adrian Zuckerman*, Oxford University Press, Oxford, 2020, s. 92.

168 Radin, s. 819.

lamda hukuk devleti gereklerine uygunluğun sağlanabilmesi için de şarttır¹⁶⁹. Hâkimin normun anlamını tespit ederken başvurduğu geleneksel araçlar, sözel, sistematik, tarihsel ve teleolojik yorum metotlarıdır. Sözel/lafzi yorum, hukuki metnin dildeki düz anlamına odaklanır. Bu yöntemde bir normun en dolaysız anlamı yerleşik dilbilgisi kuralları doğrultusunda metni oluşturan kelime ve cümlelerin incelenmesinden elde edilir. Fakat bu sadece bir başlangıç noktasıdır. Zira kanunun lafzı her zaman somut durumun çözümüne ilişkin gereken rehberliği sağlamayabilir. Şüphe durumunda sistematik yorum marifetiyle normun normlar ağındaki konumuna, yani bağlama göre anlamlandırma yapılır. Bununla birlikte, lafzın yetersizliği halinde yasa koyucunun normun yapım sürecindeki amacını belirlemek de anlamın aydınlatılmasını sağlayabilir. Bunun için tarihsel yorum, kanun koyucunun sübjektif iradesini gösteren yasama geçmişini, o döneme ait hazırlık belgeleri ve parlamento tartışmaları ışığında ele alır. Son olarak, teleolojik/amaçsal yorum, normun yürürlüğe konduğu dönemdeki anlamının ve ihdas edilme amacının ötesine geçerek, hukuk düzeninin değişen yapısı içinde kazandığı rasyonel/objektif anlamı ve hedefleri tespit etmeye çalışır¹⁷⁰. Tüm bu yorum usulleri hâkimin yorum faaliyetinin karmaşık doğasına işaret eder. Normların tutarlı ve istikrarlı bir şekilde uygulanmasının yanında anayasal değerlerin gerçekleştirilmesini sağlama ödevi, hâkimin yorum faaliyetinin mekanik işlemekten uzak bir zihni çabanın ürünü olduğunu ortaya koyar. Özbudun’a göre bu zihni faaliyet, doğası gereği sübjektiftir¹⁷¹.

Yorumun sübjektifliği, hâkimin kişisel ahlak ve değer ölçütlerinin yorumu belirlemesi riskini beraberinde getirir. Tamanaha’nın ifade ettiği gibi, “Eğer hâkimler hukuki kararlarını -ister sadece kuralların uygulanmasını, isterse kurallar ve amaçların bir kombinasyonunu içeriyor olsun- büyük ölçüde kişisel görüşlerine dayandırıyorlarsa, o zaman hukuk devleti ideali bir aldatmacadan ibarettir.”¹⁷² Daha önce, maddi hukuk devleti anlayışının biçimsel objektifliğin yanında değerler seti olarak da objektif hale getirilmiş bir çerçeve oluşturduğundan bahsetmiştik. Böylece ahlak, eşitlik, hakkaniyet, iyiniyet, sağduyu gibi değerler alanına ait kavramların hâkimin sübjektif algısına bırakılmayıp pozitif alana çekilmesi söz konusu olur.

169 Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 9.

170 Aral, ss. 185-190.; Oder, s. 55, 74 ve 104; Yasemin Işıktac ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 201 ve 202.

171 Ergun Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 2. Bası, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 67.

172 Brian Z. Tamanaha, “How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law”, *DePaul Law Review*, Cilt 56, Sayı 2, 2007, s. 494.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin (FAYM) “objektif değerler düzeni” (*objektive Wertordnung*) yaklaşımı maddi hukuk devleti anlayışının en somut halidir. Bu anlayışın temel dayanak noktası olan Federal Alman Anayasası md. 1(3), Anayasada korunan temel hakların yasama, yürütme ve yargıyı bağlayan doğrudan uygulanabilir hukuk normları olduğunu söyler¹⁷³. FAYM, *Lüth* Kararında temel hakların kamu gücünün müdahaleleri karşısında koruma sağlamanın ötesinde hukukun bütünü üzerinde etki doğurduğunu kabul etmiştir: “[Anayasanın] temel haklara ilişkin bölümü objektif bir değerler düzeni kurar ve bu düzen temel hakların etkili gücünü daha da pekiştirir. Bireyin toplum içinde özgürce gelişen kişiliğine ait haysiyetini merkeze alan bu değerler sistemi hem kamu hem de özel hukukun tüm alanlarını etkileyen temel bir anayasal karar olarak görülmelidir.”¹⁷⁴ Objektif değerler düzeninin hukukun bütününe etkili olduğu kabul edildiğinde, anayasa-altı normların yorumunda objektif bir ölçüt belirlenmiş olmaktadır. Oder’in “anayasa odaklı yorum” olarak nitelendirdiği bu yaklaşımda Anayasa normlarının yaslandığı temel değerler normlar hiyerarşisinin alt basamaklarındaki tüm normların yorumunu şekillendirir¹⁷⁵. Dahası, normun muhtemel yorumlarından anayasaya uygun olanın seçilmesinden öte¹⁷⁶, norma ideal anlamını ortaya çıkaracak şekilde içerik kazandırılması söz konusudur: “Objektif normlar olarak temel hakların hukuki içeriği, hukukun bu alanına doğrudan uygulanabilen yasal hükümler aracılığıyla özel hukukun içeriğini belirler.”¹⁷⁷ Böylece özgül bir anayasal içerik kazanan özel hukuk normunun yorumu objektif değerler sistemi doğrultusunda anayasaya uygun olarak gerçekleşir¹⁷⁸.

Maddi hukuk devleti anlayışının hayata geçirilmesi için şart olduğunu düşündüğümüz anayasa odaklı yorum yönteminin değerleri de içeren objektif hukuk düzeninin işlerliği açısından önem arz eden pratik işlevlerine bakıldığında:

- 1- Anayasal düzende pozitif nitelik kazanan haysiyet, dürüstlük, basiretlilik, haklı neden, adalet ve hakkaniyet gibi kavramların Anayasada öngörülen objektif değerler sistemi doğrultusunda hak temelli yoruma tabi tutulması¹⁷⁹, değerlerin göreceliliği ve sübjektifliği eleştirilerine karşı maddi hukuk devleti anlayışına güç katar.
- 2- Anayasa odaklı yorumun benimsenmesi, geleneksel yorum yöntemlerinin

173 Bkz. Kommers, Miller, s. 445.

174 Lüth Kararının (7 BVerfGE 198, 1958) İngilizce çevirisi için bkz. Kommers, Miller, s. 444.

175 Oder, s. 139.

176 Oder, s. 140.

177 Kommers, Miller, s. 444.

178 Kommers, Miller, s. 444.

179 Bkz. Oder, s. 140 ve 141.

hak, ilke ve değer temelli bir karakter kazanmasını sağlar¹⁸⁰. Böylece yorum yöntemlerinin çalışma prensibi adil olmayan sonuçlardan kaçınmayı da içerecektir.

- 3- Kanun yorumunda Anayasa odaklı yoruma başvurulması, hukuk sisteminin bütününde anayasaya uygunluk seviyesini yükseltir¹⁸¹. Bu sayede maddi hukuk devleti anlayışı, normlar hiyerarşisinin tamamında etkililik kazanmış olur.

Türk Anayasa Mahkemesi de derece mahkemeleri tarafından gerçekleştirilen kanun yorumunda Anayasanın koruduğu temel hak ve özgürlüklerin dikkate alınmamasının hak ihlali teşkil edeceği görüşündedir: “*Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece* derece mahkemelerinin kararlarındaki *kanunun yorumuna* ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususlar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanması da derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak kanun veya *Anayasa’ya bariz şekilde aykırı yorumlar* ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde *hak ve özgürlük ihlaline* sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir.”¹⁸² Gökcan’ın da tespit ettiği üzere, kanunu uygulayacak merciin normu temel haklar odaklı yorumlaması anayasal zorunluluk teşkil eder¹⁸³.

Yorum aynı zamanda kanunun anayasaya uygun olup olmadığını ortaya çıkarabilecek bir süreçtir. Wacks’in deyimiyle hâkimlerin “*hukuk devletinin yorumcusu ve koruyucusu*”¹⁸⁴ olması en etkili haliyle anayasaya uygunluk denetiminde görülür. Kanunların anayasaya uygunluk denetiminin kabul edildiği sistemlerde hâkimin yorumu ülkenin temel politik kararı üzerinde belli ölçüde etki doğurabilmektedir. Amerikan sisteminde derece mahkemesi hâkimleri anayasaya aykırılık tespit ettiği hallerde ilgili yasa hükmünü yok sayma/ihtimal yoluna gider. Türk hukukunda ise derece mahkemesi hâkimi anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulması halinde veya kendi tespiti üzerine önündeki davayı askıya alarak itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir. Anayasa yargısı da iptal davası veya itiraz yoluyla kendisine başvurulduğunda söz konusu hükme anlam verirken ve geçerliliğini değerlendirirken özünde

¹⁸⁰ Oder, s. 141.

¹⁸¹ Oder, s. 142.

¹⁸² AYM, *Abdullah Ünal Başvurusu*, B. No: 2012/1094, (03 Temmuz 2014), para. 39. Vurgular bize ait.

¹⁸³ Hasan Tahsin Gökcan, “Anayasal Denetimin Fonksiyonları Bağlamında Türk Anayasa Mahkemesinin Hak İhlali Kararlarının Objektif Etkisinin Anayasal Temelleri Üzerine Bir İnceleme”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 41, Sayı 1, 2024, s. 50.

¹⁸⁴ Raymond Wacks, *The Rule of Law Under Fire?*, Hart Publishing, Oxford, 2021, s. 36 ve 43.

bir yorum faaliyetinde bulunur. Yorum yoluyla hukuk düzeninde etki doğurma gücü bu şekilde zirveye ulaştığında, hâkimlerin “*partizan politik tercihler*” doğrultusunda değil, koruduğu değer ve ilkelerle anayasal bütünlüğü gözeterek hareket etmesi keyfiliğin önlenmesi ve yargıya olan güvenin sürdürülmesi için şarttır¹⁸⁵.

2. Yargısal Takdir

Hâkimin yerine getirdiği metodolojik işlevlerden ikincisi olan yargısal takdire (*judicial discretion*) geldiğimizde ise, takdir yetkisinin kullanımında sınırın ne olduğu sorusu karşımıza çıkar. Yargısal takdirin “hukuk yaratma” anlamının yanında, hukuk normunun uygulanmasında hâkime bıraktığı hareket alanı anlamında kullanıldığını belirtmek gerekir.

Hâkimin hukuk yaratma anlamında kullanacağı takdir, çetin davalarda kararın nasıl verileceğini belirler. Çetin davalar (*hard cases*), Hart’a göre, hukuk tarafından herhangi bir kararın dikte edilmediği ve buna bağlı olarak hukukun kısmen belirsiz veya eksik olduğu davalardır¹⁸⁶. Hukuken öngörülmemiş veya düzenlenmemiş böylesi davalarda hâkim yargısal takdir yoluyla hukuk yapıcı rol üstlenir¹⁸⁷. Hart, hukuk sistemlerinin davranışları yönetmek için ağırlıklı olarak genel kurallara dayandığını söyler. Genel kuralın geçerli olduğu ve doğrudan uygulanabildiği açık davalar çoğunluktadır. Fakat bazı davalarda genel kuralın uygulanması sırasında bir muğlaklık ortaya çıkar. Bu durumda söz konusu kuralın uygulanıp uygulanmayacağı konusu belirsizdir. Kuralın yapısı hem uygulanma yönünde hem de uygulanmama yönünde sebepler bulmaya müsaittir. İşte bu durumu Hart, hukuk kurallarının insan dilinin genel bir özelliği olarak açık dokulu (*open texture*) oluşuyla açıklar¹⁸⁸. Hayatın akışında meydana gelebilecek olguları öngörmekteki sınırlılığımız, her ihtimali kapsayan yasalar yapmayı imkânsız kılar. Bu öngörü yetersizliği kuralların amacına dair görelî bir belirsizliğe neden olur¹⁸⁹. Öngörülme-yen bir durum ortaya çıktığında, yasanın amacına dair açık alternatifler arasında bir seçim yapılacaktır. Çözüm, seçimin çatışan menfaatler arasında bizi en iyi tatmin edecek şekilde gerçekleştirilmesidir¹⁹⁰. Böylece hâkim, vicdanlı bir yasa koyucu gibi, davanın yarı-şan çözümleri arasında en iyisinin ne olduğuna dair hissine güvenerek seçim yapacaktır¹⁹¹.

185 Bkz. Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 95.

186 Hart, s. 272.

187 Hart, s. 272.

188 Hart, s. 123.

189 Hart, s. 128.

190 Hart, s. 128 ve 129.

191 Hart, s. 275.

Hâkimin takdirinin sınırını hukukun genel mantığı ile sağduyu oluşturur¹⁹².

Dworkin ise, mevcut kuralların esnetilmesi veya yeniden yorumlanmasıyla bile karara bağlanamayan özgün meseleleri gündeme getiren çetin davalarda dahi hâkimin hukuk yaratma işlevini kabul etmez¹⁹³. Yerleşik bir kural davanın sonucunu dikte etmiyorsa, kararı belirleyecek olan ilkelerdir¹⁹⁴. Dworkin’in varsayımsal yargıcı Herkül’den beklediği, bireysel haklara işlerlik sağlamak için toplum ahlakından yola çıkarak önündeki davada geçerli tek doğru cevabı bulmasıdır¹⁹⁵. Zira, hâkimlerin hukuk sisteminin altında yatan ilkeleri yorumlayarak bulmaya çalışması gereken doğru bir hukuki cevap her zaman vardır¹⁹⁶. Dworkin’e göre ilkeler, “*arzu edildiği düşünülen ekonomik, siyasi veya sosyal bir durumu ilerleteceği veya güvence altına alacağı için değil, adaletin, hakkaniyetin veya ahlakın başka bir boyutunun bir gereği olduğu için uyulması gereken standartlardır.*”¹⁹⁷ Kuralların “*ya hep ya hiç*” şeklindeki çalışma prensibinin aksine, ilkeler ağırlık ve önem bakımından tartım faaliyetine tabidir¹⁹⁸. Yargısal takdiri sınırlayan bu ilkeler, bizatihi hukukun parçası olup aynı zamanda hukuk güvenliğini de temin eden faktördür¹⁹⁹. Hâkimin çetin davalardaki işlevi özgür yasa koyuculuk değil, “*insanların hakları ve ödevleriyle ilgili tutarlı bir dizi ilke içinde, toplumlarının siyasi yapısının ve hukuki doktrininin en yapıcı yorumunu bulmaya çalışmak*” ve böylece adalet, hakkaniyet ve uygun hukuki usule göre davranma anlayışını takip ederek hukukun bütünlüğüne hizmet etmektir²⁰⁰.

Kanun koyucunun irade ve isteği olmadan, normatif planına ve amacına aykırı biçimde norm boşluğu ortaya çıkması halinde hâkimin hukuk yaratması gündeme gelir²⁰¹. Bu olgu, kanun koyucunun normu ayrıntılandırmada benimsemiştiği yaklaşımdan (genel/kazuistik) veya gösterdiği özenden bağımsız olarak ortaya çıkabilir²⁰². Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 1 yargısal karar vermede

192 Türkbağ, *Hart-Dworkin*, s. 73.

193 Ronald Dworkin, “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, Cilt 88, Sayı 6, 1975, s. 1058, (Hard Cases).

194 Dworkin, *Hard Cases*, s. 1060.

195 Wacks, s. 60.

196 Bkz. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, London, 2013, s. 335 vd., (TRS).

197 Dworkin, *TRS*, s. 39.

198 Dworkin, *TRS*, ss. 40-43.

199 Türkbağ, *Hart-Dworkin*, s. 74.

200 Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, Belknap Press, Cambridge, Massachusetts, 1986, s. 225 ve 255.

201 Seyfullah Ediş, “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, Sayı 1, 1973, s. 173; Aral, s. 157.

202 Oder, s. 262.

hukuk yaratmaya varabilecek süreci kademeli olarak düzenlemiştir. Buna göre, öncelikle hâkim kanunun lafzına ve amacına göre önündeki uyumsuzluğu karara bağlamaya çalışacaktır. Eğer bu şekilde somut olaya uygulanabilecek hükme ulaşamıyorsa örf ve âdet hukukundan hüküm çıkartacak, bu da mümkün olmadığında yasa koyucunun somut olayı düzenleyecek olsa ne şekilde norm üreteceği hakkında muhakemede bulunarak uyumsuzluğu o doğrultuda çözecektir²⁰³. Hukuk yaratma faaliyetinde hâkim 1) normun genel ve soyut nitelikte olmasını temin etmeli, 2) yarışan menfaatler arasında dengeyi gözetmeli, 3) yaratılan normun hukukun bütünlüğüyle tutarlı olmasına özen göstermelidir²⁰⁴. Hâkimi sınırlayan bir hukuk kuralı bulunmadığı hallerde yargısal takdirin bir genel ilke olarak hakkaniyetle sınırlı olduğu da unutulmamalıdır²⁰⁵.

AY md. 138 “*Hâkimler, ... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*” demek suretiyle hâkimin hukuk yaratma yetkisine anayasal dayanak oluşturmuştur. Buradaki vicdani kanaat hâkimin sübjektif karakterinden doğan bir ölçüt değildir. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygunlukla kayıtlanmış²⁰⁶ ve bu şekilde objektif çerçeveye oturtulmuş bir tartımı ifade eder. Bu doğrultuda, TMK md. 1 kapsamında başvurulacak normu aşan hukuk yaratma faaliyeti, ilgili normu, Anayasayı ve hukukun genel ilkelerini birlikte ele alarak, bunların ortaya koyduğu müşterek hedefi ve değerleri hesaba katmak durumundadır²⁰⁷.

Hâkimin hukuk yaratması anayasa hukuku alanında da geçerlidir. AYM’nin yürürlüğü durdurma kararları alma yetkisini kendinde görmesi, normu aşan hukuk yaratma faaliyetine örnektir²⁰⁸. 1993 yılında verdiği kararda AYM, öncelikle yürütmeyi durdurmayı “*yargısal denetimin etkinliğinin özünde var olan bir araç*” olarak konumlandırmış, Anayasaya aykırı kanunları iptal yetkisini haiz olan Mahkemenin, sonuçları iptalden çok daha hafif olan yürürlüğü durdurma yetkisine evleviyetle sahip olduğunu ifade etmiştir. Ardından yazılı kurallarda yürütmeyi durdurma yetkisini düzenleyen herhangi bir normun bulunmadığını, bu konuda boşluk olduğunu tespit etmiştir. TMK md. 1’deki hukuk yaratma yetkisinin ceza hukuku dışında diğer hukuk alanlarında da geçerli

203 Türk Medeni Kanunu Madde 1 – “(1) Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. (2) Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”

204 Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 17. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, s. 404.

205 Abdullah Dinçkol, “Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi-İstanbul Barosu Yayını*, Cilt 9, 2003, s. 178, (Hakkaniyet).

206 AYM, E. 1993/33, K. 1993/40 (21 Ekim 1993).

207 Oder, s. 284.

208 Oder, s. 275.

olduğunu belirterek, AY md. 138’i delil göstermiştir. Buna göre, AY 138. maddede vicdani kanaatin ölçütlerinden sayılan “hukuk” kavramı hâkimin hukuk boşluğunu doldurmak için koyduğu kuralı da kapsar. Böylece, AYM hâkimleri de diğer yargı organları gibi boşluk durumunda hukuk yaratma faaliyetine başvurabilecektir. Mahkeme, kararlarında yalnızca yazılı kuralların sözüyle bağlı olmadığını; Anayasa’nın, yasaların, hukukun ve yargı işlevinin özünü de dikkate alacağını ifade ettikten sonra, kararlarında hukukun üstün ilkelerinin ölçü norm olarak kabul edildiğini hatırlatmıştır. Kararda ayrıca demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve bunlara dayanan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ile hak arama özgürlüğü, yürürlüğü durdurma yetkisinin varlığını gerektiren dayanaklar olarak zikredilmiştir²⁰⁹.

Normu aşan hukuk yaratma faaliyetinin başka bir örneği de Avrupa Birliği’nde temel hak ve özgürlükler alanının ortaya çıkışında görülebilir²¹⁰. Adalet Divanı ilk olarak *Stauder* (1969) kararıyla Birliğin genel prensiplerine içkin temel hakların kendisi eliyle korunacağından söz etmiş, *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) davasında, temel hakların tespitinde ilham kaynağı olarak “üye devletlerin ortak anayasal geleneklerine” müracaat edileceğini kararlaştırmıştır. *Nold II* (1974) kararında ise, mülkiyet hakkı ile serbest ekonomik aktivite hakkını genel prensiplere dahil etmiştir²¹¹. Temel haklar meselesi 1987’de imzalanan Avrupa Tek Senedi’ne kadar Birliğin antlaşmalarında yer bulmazken, Birlik hukukunda temel haklar koruması Divan’ın hukuk yaratması yoluyla kademeli olarak somutlaşan bir gelişim süreci izlemiştir.

Oder, hukuk yaratma ile hukuk devleti arasındaki ilişkiye dikkat çeker. Buna göre, hâkimin önündeki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktan imtina edememesi hukuk devletinin gereğidir. Fakat hakkın hâkim tarafından yerine getirilmesi zorunluluğu, anayasanın koruduğu hukuk güvenliği, hukukun eşit uygulanması ve erkler ayrılığı gibi ilkelerin feda edilebilmesi anlamına gelmeyecektir. Hukuk yaratma ihtiyacını ortaya çıkaran zaruri nedenlerin diğer anayasal ilkelerle desteklenmesi, gerilim içinde olduğu ilkeler karşısında bu faaliyeti kabul edilebilir kılabilir. Şu hâlde, hukuk yaratma anayasal ilkelerin birbiriyle dengelendiği bir zeminde gerçekleşecektir. Anayasa odaklı yorum, bu noktada, hukuk yaratmanın anayasal gerekçelerini ortaya çıkarma işlevi yüklenebilir²¹². Hâkimin hukuk yaratma faaliyetini nesnel olarak gerekçelendirebildiği haklı nedenlere dayandır-

209 AYM, E. 1993/33, K. 1993/40.

210 Bkz. Oder, s. 260.

211 Çiçekfidan, ss. 32-36.

212 Oder, s. 282 ve 283.

ması²¹³, hukuk devletinin keyfîlik karşıtı düzen idealinin bir gereğidir.

Yargısal takdirin normu aşan hukuk yaratma boyutunu ele aldıktan sonra, hukuk normunun uygulanmasında hâkime bıraktığı hareket alanı anlamındaki takdir yetkisinden söz etmek gerekir. Takdir yetkisi, hâkimin somut olaya uygulayabileceği bir kuralın var olduğu ve fakat uyuşmazlığı çözecek hükmün uygulanma şartlarına dair tam bir rehberlik sağlamadığı durumlarda söz konusu olur²¹⁴. Bu noktada kanun gerekli kesinliği sağlamadığı için hüküm içi boşluk oluşur²¹⁵. Kanun metninde bazen belirli hususların açıkça hâkim tarafından takdir edileceğine yer verilirken, bazen de “*durumun gerekleri*”, “*işin mahiyeti*”, “*iyiniyet*” gibi ifadeler yoluyla hâkime takdir yetkisi bırakılır²¹⁶. Bu gibi ifadeler hâkime belirli bir doğrultuyu işaret ederken aynı zamanda somut olayda uygulanabilmeleri ek muhakeme gerektirir²¹⁷. Takdir yetkisi, dayandığı kanun maddesinin koruduğu değer doğrultusunda, aynı hukuki durumdakilere kanunun eşit şekilde uygulanması kuralını ve ölçülülük ilkesini dikkate alarak kullanılır²¹⁸.

TMK md. 4’e göre, “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*” Buradaki hakkaniyet, katı bir saptama ile düzenlenmesi halinde sakınca doğuracak bazı şart ve çözümlerin kural içinde eksik veya esnek bırakılması durumunda devreye girer²¹⁹. Tarafların özel durum ve koşulları göz önünde bulundurularak karara varılmasını temin eder²²⁰. Böylece hâkim kararında, objektif adalet ilkesinin sübjektif düzeyde gerçekleşmesini gözetecektir. Yani hakkaniyet “*adaletin somut olaya uygulanmasıdır.*”²²¹ Öte yandan, hakkaniyete ilişkin takdir yetkisi de nesnel ve maddi sebeplere tabi olup, salt hissi değerlendirmelerle kullanılamaz²²². Hakkaniyetin, uyuşmazlıkta öne çıkan ve başka olaylarda tekrar başvurulabilecek temel özelliklerin belirleyici olduğu rasyonel bir karar faaliyeti olduğu unutulmamalıdır²²³.

Özetle, ister normu aşan hukuk yaratma isterse hâkimin takdir yetkisi bağla-

213 Oder, s. 263.

214 Gözler, s. 405 ve 406.

215 Aral, s. 159.

216 Gözler, s. 407.

217 Aral, s. 159.

218 Osman Gökhan Antalya, “*Hukuk Bilimine Katkı Olarak*” *Hukuk Metodolojisi*, Cilt 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 778 ve 779.

219 Edis, s. 190.

220 Gözler, s. 409.

221 Dinçkol, *Hakkaniyet*, s. 185.

222 Edis, s. 191; Gözler, s. 409.

223 Aral, s. 207.

mında ele alınsın, yargısal takdir, hâkimin önündeki uyuşmazlığı çözmekten imtina edememesi, dilin doğasından ve yaşamdaki öngörülemezlikten kaynaklanan belirsizliklerin hukukta takdiri gerektirmesi anlamında zorunlu; somut uyuşmazlıkta öznel durumlar dikkate alınmakla beraber, üretilecek çözümün hukuk sisteminin bütünlüğünü gözeterek objektif nedenlere dayandırılması anlamında tarafsız; hukuk sisteminin genel ilkeleri ve koruduğu değerlerle çerçevelendiği için sınırlı nitelikte bir faaliyettir²²⁴.

Maddi hukuk devleti, takdire dayalı muhakeme ile somutlaştırılan değer ve ilkeler içerir. Ancak, bu değer ve ilkelerle şekli hukukilik gereklerinin karşılıklı uyumu ve birlikte geçerliliği sağlanmadan keyfiliğin önlenmesi mümkün görünmemektedir. Etcheverry, bu noktada çözülmesi gereken bazı gerilim alanlarına işaret eder. Buna göre, hukuk devletinde normların açıklığı ve kesinliği ilkesi ile takdir yetkisine açık ve dolayısıyla bir ölçüde muğlaklık taşıyan normların kabul edilmesi bir vakiadır. Takdire dayanan kararlar genel kuralın öngördüğü tek çözümün uygulanması şeklinde işlememektedir. Ayrıca, güçlü yargısal takdirle yaratılan kuralların geleceğe dönük olma şartını tam manasıyla sağlamadığı düşünülebilir. Zira davadan önce bu kural bilinmemektedir. Kararın takdire bağlı oluşu öngörülebilirliği de zedeleyebilir. Yargısal takdir sınırsız olmamakla birlikte, bir noktada hukukun kontrol edemediği marjı içerdiğinden kamu görevlilerinin eylemleri ile yasalar arasındaki uyum şartı mutlak anlamda sağlanamayacaktır²²⁵.

Solum ise, yargısal takdirin hukuk devleti ile uyumunu sağlamak hususunda hâkimin rolünü öne çıkarmaktadır. Eğer hâkim belirli erdemleri kendinde taşırsa, hakkaniyet gibi yargısal takdir meselelerinin hukuk devleti ile potansiyel gerilimi aşılarak bu kavramların birbirini destekleyecek şekilde iç içe geçmesi sağlanabilecektir. Solum'a göre hâkimin sahip olması gereken erdemler şunlardır²²⁶: 1) Yargısal akıl (*judicial intelligence*): Hâkimler hukuku anlayıp teorik yaklaşım geliştirmede yetkinlik sahibi olmalıdır. Bu, incelikli hukuki muhakeme ve diğer pratik disiplinlere ait karmaşık olguları anlamak için gereklidir. 2) Yargısal bilgelik (*judicial wisdom*): Hâkimler, davada hangi hedeflerin peşinden gidileceği konusunda ve bunları gerçekleştirmeye en müsait araçların seçiminde pratik bilgelige sahip olmalıdır. 3) Yargısal dürüstlük (*judicial integrity*): Hâkimler, kararlarını kişisel hırslarının veya siyasi/ahlaki tercihlerinin etkisinden arındırıp hukuka dayalı oluşturmak suretiyle, hukuka

224 Bkz. Juan B. Etcheverry, "Rule of Law and Judicial Discretion: Their Compatibility and Reciprocal Limitation", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Cilt 104, Sayı 1, 2018, s. 127 ve 128.

225 Etcheverry, s. 130.

226 Lawrence B. Solum, "Equity and The Rule of Law", Ed. Ian Shapiro, *The Rule of Law: Nomos XXXVI*, NYU Press, New York, 1994, s. 130, 131 ve 132.

sadakati ve hukukun tutarlılığını gözeten bir tutum takınmalıdır. 4) Yargısal mizaç (*judicial temperament*): Hâkimler, yargı sürecini tehlikeye atabilecek aşırı tepkilerden kaçınmakla beraber, tahrikler karşısında dengeli ve orantılı bir yanıt verebilecek ve böylece yargılamanın kaotik bir hal arz etmesini önleyebilecek mizaçta olmalıdır. 5) Yargısal tarafsızlık (*judicial impartiality*): Hâkimler, uyuşmazlıkta taraflardan birine diğerinden daha güçlü eğilim göstermeden, tüm taraflara karşı eşit düzeyde sempati ve empati geliştirmelidir. 6) Adalet (*justice*): Hâkimler, uyuşmazlığın taraflarına hakları neyse onu verme gayretinde olmalıdır. Bu bazen kuralın doğrudan uygulanmasından hasıl olabileceği gibi, bazen de kuralın lafzından ayrılmayı gerektirebilir.

Maddi ve şekli hukuk devleti ilkeleri arasındaki uyumu sağlamak üzere hâkimin yerine getireceği görevlerden ilki, yargısal takdir hukukun bütünlüğünü koruyacak şekilde kullanmaktır. Yasaların genelliği ilkesi ile yasaların açıklığı ilkesi arasındaki gerilimin yanında, hukuk sisteminin yeni olgulara göre esnekliğini sağlamak amacıyla bilinçli olarak bırakılan muğlaklıklar takdire alan açar. Bu durum hukuk devletinin yasa koyucu ve hâkimler arasındaki “iş birliğine” yaslandığını gösterir²²⁷. Yargısal takdir yetkisinin şekli hukukilik ilkeleri bakımından doğurabileceği potansiyel sakıncalar, yargısal dürüstlüğe sahip bir hâkim tarafından en aza indirilebilir. Çünkü böyle bir hâkim, kuralın lafzından ayrılırken ruhunu korumayı önemseyecek, takdir kullanırken hukukun tutarlılığına öncelik verecektir²²⁸.

Hâkimin uyuma ilişkin ikinci görevi, yargısal takdirin hukuk kurallarının ileriye dönüklüğü ilkesi bakımından oluşturduğu öngörülebilirlik sorununu izale etmektir. Sorunun kaynağı, takdir yetkisine dayanan bir kuralın kesin içeriğinin bir dava karara bağlanmadan önce tam olarak bilinmemesidir²²⁹. Öngörülebilirlik problemi, hâkimin takdirini hakkaniyet çerçevesinde kullanmasıyla aşılabılır. Zira bu durumda, hukuk kuralının uygulanmasından doğacak sonuçlara ilişkin olağan beklentiler, kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınan kararlara göre daha fazla korunmuş olacaktır²³⁰. Hakkaniyet, yargısal takdirin kanunun ruhuna uygun biçimde kullanılmasını temin eder. Böylece, katı lafzi uygulamadan kaynaklanabilecek, kuralın amacıyla uyumsuz ve beklenmedik kararların ortaya çıkması önlenmiş, hukuki öngörülebilirlik artırılmış olur. Hakkaniyetin öngörülebilirliği artıracak şekilde kullanılması, hâkimin amaç-

227 Etcheverry, s. 131.

228 Solum, s. 136.

229 Bkz. Etcheverry, s. 130.

230 Solum, s. 139.

lara ve araçlara ilişkin yargısal bilgeliği kuşanmış olmasıyla ilişkilidir²³¹.

Yargısal takdirin tüm ilkesel önlemlere rağmen yine de hukuk normlarının sıkı kontrolünün dışına taşan bir boyut ihtiva etmesi, hukuk kurallarıyla kamu görevlilerinin faaliyetleri arasındaki uyum ilkesinin karşılanmasında hâkimin şahsi iradesinin etkisini öne çıkarır. Bu noktada hukuk devletinin gereği, takdire başvurma kaçınılmaz olsa da yalnızca istisnai bir durum olarak görülmesi, kullanımının adil ve rasyonel seçeneklerle sınırlı olmasıdır²³². Kısacası, hâkim takdir bakımından bir noktada kendi kendini sınırlamakla yükümlüdür. Hâkimin kendini sınırlama becerisi, karar verme sürecinin bütününe adalet ilkesi başta olmak üzere maddi hukuk devleti anlayışının kapsadığı değerlerle bağdaştırmakta hayati önem taşır.

Yargısal takdirin hukuk devletiyle bağdaşmasında belirleyici kriter gerekçeliliktir. Hukuk devletinin öngördüğü objektif hukuk düzeni hükmün dayanaklarının sorgulanabildiği ve hukuka aykırılık halinde düzeltici mekanizmaların işletilebildiği bir yargı sistemi öngörür. Hesap verebilirlik ilkesi bu sayede yargılama sürecinin bütününe sirayet eder. Yargısal kararın hukukiliği, geleneksel yorum yöntemlerinden hukuk yaratmaya kadar hâkimin tercihlerinin sübjektifliğe değil, rasyonel bir kanıtlama ve gerekçelendirmeye yaslanmasına bağlıdır²³³. Hart'ın yasa koyucu hâkimi de kararını haklı çıkaracak gerekçeleri mutlaka sunacaktır²³⁴. "*Gerekçe, hukukun adalete nasıl dönüştüğünün metodolojik izahıdır.*"²³⁵

Gerekçe yükümlülüğü, hâkimi makul kararlar vermeye yöneltir. Hükmü destekleyecek argümanları bir araya getirirken hâkim davanın olgularına daha fazla nüfuz etmiş olur²³⁶. Takdire bağlı kararın gerekçelendirilmesinde, dava konusu olayın hangi özelliklerinin göz önünde bulundurulduğu, bunların nasıl değerlendirildiği ve hakkaniyetli sonuca nasıl ulaşıldığı izah edilmelidir²³⁷. Erdem merkezli hakkaniyet düşüncesi de ancak paylaşılabılır rasyonel gerekçelendirme sayesinde hukuk devletini destekleyen ve onunla bağdaşan bir çerçeveye kazanır²³⁸.

231 Solum, s. 139.

232 Etcheverry, s. 132 ve 133.

233 Oder, s. 241.

234 Hart, s. 273.

235 Hilmi Şeker, *Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe*, 2. Bası, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 48.

236 Dinçkol, *Temel İlkeler*, s. 176.

237 Antalya, s. 780.

238 Bkz. Solum, s. 144 ve 145.

3. Yargılamanın İnsani Kurgusu

Hukuk devletinde yargılamanın kurgusu insan merkezlidir. Şekli-prosedürel hukuk devletini ele alsak dahi, korunması ve saygı gösterilmesi istenilenin özünde insan haysiyeti ve özgürlüğü gibi insanın varoluşuna içkin değerler olduğu görülür²³⁹. Hatta Fuller’a göre şekli ilkelerden “*her sapma insanın sorumlu bir fail olarak haysiyetine yönelik bir hakarettir.*”²⁴⁰ Yasa yapımından başlayan, yasanın uygulanmasını yöneten ve yargılamanın her aşamasında etkili olan ilkelere insani niteliklerin kaynaklık ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Zira insan, varoluşundan ileri gelen hususiyetlerin dikkate alınmasını beklemektedir. İlkelerin fonksiyonu, bu beklentileri gözetten bir hukuk düzeni kurmaktır.

Yargılamaya yön veren usuli adalet ilkeleri elimizdeki kurgunun insani beklentiler doğrultusunda şekillendiğini kanıtlar. Tyler’ın ortaya koyduğu şekilde, usuli adalet ilkeleri hukuki dinlenilme, tarafsızlık, saygı ve güvendir. Bireyler, haklarında karar verilmeden önce seslerini duyurabilmeye, kendilerini doğru- dan ifade etme fırsatı bulmaya, kısacası otorite tarafından dinlenilmeye önem verir. Nihai karar ne olursa olsun görüşlerinin samimiyetle dikkate alındığını hissetmek yargılamanın tatminkâr olmasına dair kanaati güçlendirir. İnsanların uyuşmazlıklarını mahkemeye taşımalarının altında yatan sebeplerden birisi, hâkimlerin uyuşmazlığı şahsi düşüncelerine göre değil kurallara dayalı olarak, objektif bir biçimde çözecekleri inancıdır. Hâkimden tarafsız ve ilkeli bir otorite olarak davaları tutarlı bir şekilde çözüme bağlaması beklenir. Saygı ilkesi ise, kişilerin bir uyuşmazlık durumunda hem şahsen hem de yaşadıkları problem itibarıyla hukuk sistemi tarafından ciddiye alınma beklentilerinden doğar. Haklar ve bunlara dair koruma mekanizmaları, insanların kişiliklerine saygı duyulduğunu, hukuk sistemi içinde önemli ve değerli görüldüklerini hissettirir. Yargı sisteminin geneline ilişkin kanaati belirleyen temel özellik ise karar vericinin karakteridir. İnsanların gözünde yargıya güven, hâkimin samimiyeti ve ilgisi ile doğru orantılıdır. Hâkim, tarafları dinleyerek argümanlarını değerlendirecek, kararının dayanaklarını dürüst ve açık bir şekilde izah edecektir. Taraflar için iyi olan neyse onu gerçekleştirmeye çalıştığı, bu yönde şahsi ön yargılarla değil tarafların çıkarlarını önceleyerek hareket ettiği algısı, güven duygusunu tesis edecek diğer unsurlardır²⁴¹. Hâkimlerin kişilere saygı duyup onların kaygıları-

239 Bkz. Waldron, *Procedure*, s. 4.

240 Fuller, s. 168.

241 Tom R. Tyler, “Procedural Justice and the Courts”, *Court Review: Journal of the American Judges Association*, Cilt 44, Sayı 1, 2007, s. 30 ve 31.; Ayrıca bkz. Lenore E. Walker, David Shapiro, Stephanie Akl, “Therapeutic Jurisprudence and Problem-Solving Courts”, Ed. Lenore E. Walker, David Shapiro, Stephanie Akl, *Introduction to Forensic Psychology: Clinical and Social Psychological Perspectives*, Springer International Publishing, Cham, 2020, s. 112.

na, ahlaki bakış açılarına, inançlarına, hırslarına ve duygularına ilgi göstermesi aynı zamanda mahkemelerin ahlaki otoritesinin dayanağıdır²⁴².

İHAM'ın nazarında “mahkeme”, hukuk devletinde kendisinden beklenen yargısal işlevleri yerine getirmek için teknik yeterlilik ve ahlaki dürüstlük gerekliliklerini karşılayan liyakatli hâkimlerden oluşur²⁴³. Bu çerçevede hâkimler hukuk bilgisini olaya aktaran kamu görevlisi olmaktan öte, uyuşmazlığı usuli adalet ilkelerine göre çözüme kavuşturan erdemli ve güvenilir hakemlerdir. Hâkimin “işlevini hukuk devletinin amacına uygun olarak yerine getirebilmesi, onun kişi olarak etik özgürlüğüne, bilgi donanımına, yeteneklerine ve hukukun üstün ilkelerine ilişkin doğru değerlendirmeler yapabilmesine bağlıdır.”²⁴⁴

Yargılamanın insanı odağına alan yapılanması çelişmeli yargılama usulünde somut olarak görülebilir. Adil yargılanma hakkının kapsadığı ilkelerden birisi olan çelişmelilik, hakkaniyete göre yargılamayı gerçekleştirmek üzere “*taraf-lara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını*” ifade eder²⁴⁵. Tarafların kendi iddia ve delillerini hâkim önünde birbirine yöneltmelerini sağlayan, hem ceza hem medeni hukuk davalarında geçerli olan bu aktif katılım imkânı, Zuckerman’a göre, mahkemenin itaat talep etme hakkına sahip olduğuna dair kamuoyu algısı anlamında meşruiyetinin temelini oluşturmaktadır²⁴⁶.

Uygun hukuki usullere göre yargılama, kuralların katı uygulamasından ibaret mekanik bir süreç değil, yüz yüze etkileşime dayalı, takdir yetkisi olan bir hâkimin çok çeşitli faktörleri göz önünde bulundurduğu bir faaliyettir²⁴⁷. “*Hâkim insana, tabiata, gerçeğe, olanağa sırt çevirmeden ve katı kalpler içinde sıkışıp kalmadan uyuşmazlığa “insan kokusu” taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır.*”²⁴⁸ Posner’a göre hâkimin ortaya koyacağı “iyi muhakeme”, empati, alçakgönüllülük, olgunluk, orantı duygusu, denge, insani

242 Adrian Zuckerman, “Artificial Intelligence – Implications for the Legal Profession, Adversarial Process and the Rule of Law”, UK Constitutional Law Association, <https://ukconstitutionallaw.org/2020/03/10/artificial-intelligence-implications-for-the-legal-profession-adversarial-process-and-the-rule-of-law/> (09.11.2024).

243 İHAM, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*, No. 26374/18 (01 Aralık 2020), para. 220.

244 Kutlu, s. 134.

245 AYM, *Bülent Karataş Başvurusu*, B. No: 2013/6428 (26 Haziran 2014), para. 71.

246 Zuckerman, “Artificial Intelligence – Implications for the Legal Profession, Adversarial Process and the Rule of Law”.

247 Daniel Kahneman, Olivier Sibony, Cass R. Sunstein, *Noise: A Flaw in Human Judgment*, Little, Brown Spark, New York, 2022, s. 340.

248 Yargıtay, 1.H.D., E: 1976/9370, K: 1976/13138, KT: 31.12.1976.

kısıtlılıkların tanınması, aklı selim, ihtiyatlılık, gerçeklik duygusu ve sağduyunun bir bileşimidir²⁴⁹. Gerçekten de davanın hakkaniyete uygun bir sonuca varması hâkimin tüm tarafların bakış açısını kavramak adına empati kurmasını gerektirir²⁵⁰. Bu sayede, davadaki maddi olguları tespit etmek ve anlamlandırmak kolaylaşacağından, kanunun belirlediği ölçütler dahilinde terazinin hangi yöne ağır basması gerektiği daha isabetli tespit olunacaktır. Başka bir ifadeyle, empati hukuk dışı unsurların kararı yönlendirmesi değil, hâkimin yargılama işlevinin sağlıklı gerçekleştirilebilmesi için hukuk devleti anlayışıyla sıkı sıkıya bağlı bir niteliktir²⁵¹. Posner'ın listelediği diğer insani özelliklerin de aynı çerçevede değerlendirilmesi gerekir. Nasıl ki hukuk devletinde “*hâkimin Anayasa'ya, yasaya ve hukuk kurallarına uymayan bir vicdan kanısından ... söz edilemez*”²⁵², aynen öyle de sağduyu ve aklı selim gibi niteliklerin de kararı belirleyen hukuk dışı unsurlar olarak kabulü mümkün değildir. Bunlar ancak hukukun somut olayın gerçekliğine tam olarak nüfuz etmesini kolaylaştıran yardımcı araçlar olarak görülmelidir.

Yargılamanın insani karakteri terapötik yargı fikriyle yeni bir boyut kazanmıştır. Bu görüş, hâkimlerin kanunları uygulamakla hukuki çözümü ortaya koyan kişi olma rolünden, davanın tarafları üzerinde davranış değiştirme etkisi tesis edebilmek için rehabilitasyonla ilgili profesyonellerle ortak çalışan bir süreç yöneticisi olmasını gerekli görür²⁵³. “*Hâkim, bir yandan kişinin kendisini mahkemeye getiren eylemlerin yanlışlığını anlamasına yardımcı olurken, diğer yandan da şefkat, sempati, samimiyet ve anlayış duygusunu aktarmalıdır.*”²⁵⁴ Hüküm verildikten sonraki süreçte hâkimin sanıklara duruşmada dile getirilen ihtiyaçları görüşmek üzere ekibinden bir personelin kişiyi ziyaret etmesini sağlayacağını söylediği mektuplar göndermesi terapötik müdahaleye örnektir²⁵⁵.

Yargılama sürecindeki terapötik uygulamaları usuli adalet ilkeleriyle uyumlu olacak şekilde geliştirmenin insan merkezli adalet sistemini ileriye taşıyacağı

249 Richard A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2010, s. 117.

250 Thomas B. Colby, “In Defense of Judicial Empathy”, *Minnesota Law Review*, Cilt 96, 2012, s. 1966, (Empathy).

251 Colby, *Empathy*, s. 1946, 2014.

252 AYM, E. 1968/38, K. 1969/34 (06 Aralık 1969).

253 Bkz. Tania Sourdin, Richard Cornes, “Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging”, Ed. Tania Sourdin, Archie Zariski, *The Responsive Judge: International Perspectives*, Springer, Singapore, 2018, s. 97.

254 Walker, Shapiro, Akl, s. 113.

255 David B. Wexler, “Two Decades of Therapeutic Jurisprudence”, *Touro Law Review*, Cilt 24, Sayı 1, 2014, s. 19.

açıktır. Kanaatimizce, hukuk devletin maddi değer ve ilkeleri içine alan, hukukun uygulanmasında insan hâkimi hakkaniyetle yükümlü kalan yaklaşımı, terapötik uygulamaları usuli adaletin parçası haline getirmekte zorlanmayacaktır. Bu aynı zamanda hukuk devletin toplumsal barışı sürdürme hedefiyle de örtüşür. Usuli adalet ilkeleri çerçevesinde hâkimin “*sosyal düzenin en önemli barışlandırma aracına dönüştüğü*”²⁵⁶ kabul edilir. Dinçkol’un ifade ettiği gibi, “*hukuk mesleğinin bir bakımdan fonksiyonu, toplum içindeki gerilimleri, kaygıları, baskıları gidermektir.*”²⁵⁷ Bu ise en başta hâkimin uyuşmazlığın tarafları üzerinde mümkün olan sağaltıcı tedbirleri muhakemenin doğal bir parçası olarak uygulamaya koymasını gerektirir.

IV. Yapay Zekâ Uygulamaları Karşısında Hukuk Devletin İnsan Hâkime Bıçtığı Rolden Doğan Sorgulamalar

Çalışmamızın önceki başlıkları altında, hukuk devletin keyfiliği reddeden objektif bir hukuk düzeni öngördüğünü, maddi kavramsallaştırma doğrultusunda temel bazı değerleri objektifleştirdiğini, hukukun mekanik yönlerini hayatın organik esnekliğiyle uzlaştırmak üzere erdemli ve yetkin “insan hâkimi” adaletin yönetiminde vazgeçilmez bir konuma yerleştirdiğini ortaya koymaya çalıştık. Burada ise, hâkimin hukuk devletindeki rolünün yapay zekâ alanındaki gelişmeler karşısında değişme potansiyelini ele alarak insan hâkim fikrinin geleceğine dair verilmesi gereken temel kararlara işaret etmenin yerinde olacağını düşünmekteyiz. Zira, asıl sorun yapay zekâ hâkiminin teknik olarak gerçekleştirilebilme imkânından çok, hukuk devletin mevcut kurgusunda böylesi bir yeniliğin adalet ereği açısından “arzu edilir” olup olmadığı noktasında düğümlenmektedir.

Yapay zekâ bağlamında çözülmesi gereken ilk sorun, hâkimin uygulayıcısı olduğu objektif yasaların yapay zekâ uygulamaları tarafından işlenebilirliği konusundadır. Hukuk devletinde yasaların genelliği ve açıklığı arasındaki denge, normların içeriğinin belirliliği konusunda yasa koyucunun bazı meseleleri olabildiğince net olarak düzenlemesini, diğer taraftan hakkaniyet gibi takdire dayalı konuları ise yorumla netleştirilecek şekilde düzenlemesini beraberinde getirir. Değer yüklü kelime tercihleri de yasanın anlamını bir ölçüde belirsizleştirir.

Yasaların bütünüyle algoritmalarla temsili, aslında hukuki formalistlerin öngördüğü, hukuki belirliliğin tam olarak tesis edildiği bir düzeni ifade eder. Bu temsil hukuk normlarının tamamı için mümkünse, sistemin insan hâkime ba-

²⁵⁶ Kutlu, s. 134.

²⁵⁷ Dinçkol, *Temel İlkeler*, s. 172.

ğımlılığı ortadan kaldırılabılır. Posner da yargılamanın “açık kuralların” davalara uygulanmasından ibaret bir faaliyet olarak kabulü halinde hâkimin yapay zekâ programları tarafından ikame edilebileceğini söyler²⁵⁸. Hukuk normlarının algoritmik temsiline ne derece imkân dahilinde olduğu hususunda algoritmanın tanımı bize yol gösterir. Berlinski’nin tanımıyla “*bir algoritma, sabit bir sembolik dağarcığa göre yazılmış, kesin talimatlarla yönetilen, 1, 2, 3, ... gibi ayrıntı adımlarla ilerleyen, yürütülmesi hiçbir içgörü, akıl, sezgi, zekâ veya feraset gerektirmeyen ve er ya da geç nihayete eren sonlu bir prosedürdür.*”²⁵⁹ Hukuk normlarının ancak çok azı algoritma tanımındaki iç mekanizmaya uyum sağlayabilecek niteliktedir. Normların açık dokulu oluşu, sistemdeki kanun ve hukuk boşlukları, “*kesin talimatlarla yürütülen sonlu bir sistem*” fikrine oldukça uzaktır.

Hukuk normlarının yorum gerektiren yapısı bir ölçüde belirsizliğin sistemin parçası olarak kabul edildiğini gösterir²⁶⁰. Hukuk mutlak belirlilik esasına göre işlemez. Hal böyleyken, yasaların algoritmik kodlara dönüştürülmesiyle hukuk dilinin karakteristik belirsizlik ve esneklik biçimlerini ortadan kaldırmak hedeflenir²⁶¹. Böylece takdire alan açan normların yerini yoruma kapalı mekanik normlar alacaktır²⁶². Kanaatimizce, mevcut hukuk devleti gereklilikleri çerçevesinde oluşturulan yasaların algoritmanın tanımındaki gibi mekanik bir süreçle işleyebilmesi mümkün görünmemektedir. Aksine, buradaki tercih, yasanın belirli kişilik özelliklerini taşıyan, hukuk eğitimi ile bilgisi ve muhakemesi şekillenen, toplumsal değer anlayışlarını sürekli gözetken, toplumun bir üyesi olarak var olan insan hâkim tarafından uygulanması yönünde yapılmıştır.

Hukuk normlarının tümenden algoritmik dile dönüştürülmesi, bir başka ifadeyle tam formalizasyonu, anlaşılabilirlik bakımından da hukuk devletine uygunluk problemi ortaya çıkarır. Pasquale, hukuk normlarının insan dilinde temsil edilmesini temel hukuk devleti prensiplerinin gerçekleşmesinin tek yolu olarak görür²⁶³. Zira, yasaların herkesçe anlaşılabilir şekilde açık ve net olması erişilebilirlik ilkesinin gereğidir. Hukuk devleti, kuralların insan davranışına yön verebilmesini sağlayacak olan tedbirlerden birini yasaların anlaşılabilirliğinin sağlanması olarak belirlemiştir. Mevcut yasaların algoritmalara dönüştü-

258 Posner, s. 5.

259 David Berlinski, *The Advent of the Algorithm: The 300-Year Journey From an Idea to the Computer*, Harcourt, San Diego, 2000, s. xix.

260 Sharpe, s. 92.

261 Frank Pasquale, “A Rule of Persons, Not Machines: The Limits of Legal Automation”, *The George Washington Law Review*, Cilt 87, Sayı 1, 2019, s. 3.

262 Seda Yağmur Sümer, “Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hâkim”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, 2021, s. 1552.

263 Pasquale, s. 5.

rülmesindeki zorluğu sıfırdan yapılacak yasaları yapay zekânın işleyebileceği algoritmik bir dilde ihdas ederek aşma düşüncesi, erişilebilirliğin bir boyutu olan herkes tarafından anlaşılabilirlik şartını karşılamadığı için mevcut hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmaz.

Hukukun alan-bazlı formalizasyonu ihtimali ele alındığında ise, yapay zekâ lehine bazı uygulama senaryolarından bahsedilebilir. Yeni Zelanda'da yapılmış bir çalışmada, belirli içerikteki yasaların yapay zekâ uygulamaları tarafından işlenebilecek formata dönüştürülebileceği ileri sürülmüştür. Yasa eğer 1) bir hesaplama içeriyorsa, 2) başvuru, uygunluk, yetkilendirme veya kapsamı belirlemek için olgusal bilgi gerektiren bir süreci öngörüyorsa, 3) tekrar tekrar kullanılan bir süreç içeriyorsa, 4) bir uygunluk süreci veya yükümlülüğü öngörüyorsa (örneğin, çiğ sütün insan tüketimine uygun olduğunun belgelendirilmesinden önce gerçekleştirilmesi gereken 14 farklı adımı belirleyen normlar), 5) dijital olarak sunulabilecek bir süreç veya sistem öngörüyorsa makine tarafından işlenebilir formata dönüştürülmesinin faydalı olabileceği sonucuna ulaşılmıştır²⁶⁴. Bu içerikteki yasaların algoritmik dilde ifade edilebilmesi ancak sınırlı bir alanda söz konusudur. Hukukta yapay zekâ uygulamalarının en başından beri vergi hukuku gibi normları büyük oranda standardize edilmiş kural tabanlı alanlarda uygulamaya geçirilmesi bunun göstergesidir. Ancak hukuk kurallarının standardize edilmesi amacıyla hukuk dilinin basitleştirilmesi, önemli nüansların kaybolmasına yol açtığı ölçüde hukuk devletine aykırılık teşkil edecektir²⁶⁵. İnsan haysiyeti, hakkaniyet, iyiniyet gibi bağlama göre anlam dairesi sürekli güncellenen hukuki kavramların sayısallaştırılması ise şimdilik yapay zekâ kabiliyetlerinin ötesinde kalmaktadır²⁶⁶.

Yapay zekâ uygulamalarının hukuk devletinde hâkimin işlevleri açısından aşması gereken engellerden bir diğeri, hukuk normlarının yoruma ve yargısal takdire tabi yapısıdır. Normların yorumunda hâkim, doğru anlamın belirlenmesi ve benzer davalarda eşit uygulama ilkesine göre bu anlamlandırmanın istikrarlı bir şekilde sürdürülmesi vazifesini yüklenmiştir. Hukukun iç tutarlılığı bu şekilde tesis edilmektedir. Yaşam olaylarının öngörülemezliği karşısında normlara yorum yoluyla kurallı bir esneklik sağlanması, keyfilikten uzak olmak ve hukuk sisteminin öngördüğü metotlarla gerçekleştirilmek kaydıyla kabul gören bir hukuksal olgudur. Bench-Capon'a göre, yorum faaliyetinin dinamik karakteri, yeni durumlara cevap vermeyi ve toplumsal değişime ayak

264 Better Rules for Government Discovery Report, 2018, <https://www.digital.govt.nz/dmsdocument/95-better-rules-for-government-discovery-report/html> (15.11.2024), s. 27.

265 Bkz. Pasquale, s. 54.

266 Krş. Sevda Bora-Çınar, "Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 20, Sayı 234, 2022, s. 2124.

uydurmayı temin eden, hukukun en güçlü yönlerinden birisidir²⁶⁷. Bu sayede toplumun ortak değerlerinde zamanla ortaya çıkan değişimler karşısında hâkimin yorum faaliyeti, hukukun bu duruma adapte olmasını sağlayarak yargı kararlarının yaşamsal gerçekliği takip etmesine olanak tanır²⁶⁸. Makine öğrenmesi yoluyla geliştirilen algoritmaların geçmiş verilere dayalı eğitim süreci, işte bu dinamik yapıyla bir noktada ayrışır. Davaya uygulanacak kuralın yorum yoluyla güncel ve yeni bir anlam kazanması, retrospektif analiz esasıyla çalışan makine öğrenmesi algoritmalarının etkili olamayacağı bir boyutu ifade eder²⁶⁹.

Hukukun uygulanmasındaki bağlamsallık yorumu zorunlu kılar. Her davanın benzersiz yönler içeren vakıaları hukuk normunun yeniden yorumlanması ihtiyacını ortaya çıkarır²⁷⁰. Bladini ve Bergman-Blix'in ortaya koyduğu üzere, örneğin kasıt, dikkatsizlik, uyumlu eylem, meşru müdafaa veya güvenilirlik gibi kavramlar her olayda yorumlanarak bağlama göre anlam kazanır. Kişinin meşru müdafaa içinde hareket edip etmediğini belirlemek için hâkim, bağlamı anlamaya çalışacak, taraf anlatımlarını dinleyecek ve empati kurmak suretiyle kanaatini netleştirmeye çalışacaktır. Yargılamadaki bu bağlama oturtma çabası da insana özgü duygusal ve bilişsel kabiliyetlerin ürünüdür²⁷¹. Meşru müdafaa gibi kritik sonuçlar doğurabilecek bir hukuki kavramın yargılama sırasında sarfedilen söylemlerden etkilenmeye açık oluşu, hâkimin insani duyarlılık ve mesleki uzmanlığı bir arada kullanarak adil sonuç elde etme faaliyetinin önemini ortaya koyar. Bu bağlamsallık hassasiyeti de yapay zekâ uygulamalarının kazanması zor görünen özellikler arasındadır.

Hukuk devleti kurgusu ilkelerle çerçevelenmiş yargısal takdiri kabul eder. Kanun metninde takdire göre karar verileceğinin açıkça ifade edildiği durumda kanunun sınırları dahilinde hâkime hareket alanı sağlanırken, hukuk boşluğu halinde bu hareket alanı daha da genişler ve norm koyuculuk seviyesine ulaşır. Anayasal düzenin parçası olarak hukuk devleti ilkesi, yargısal takdirin keyfilğe varabilecek karakterini hukuk sisteminin bütünlüğü içerisinde rasyonel gerek-

267 Trevor Bench-Capon, *The Need for Good Old Fashioned AI and Law, Jusletter-IT*, 2020, <https://doi.org/10.38023/cefe7081-e6dd-49de-9592-9adbb6063fd6> (15.11.2024), s. 27.

268 Bkz. Pıralı Çağrı Şensoy, "Hukuk Felsefesi Sorun ve Tartışmaları Bağlamında Güncel Bir Soru: Yapay Zekâ Hâkimler İnsan Hâkimlerin Yerini Alabilir Mi?", *Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2024, s. 110.

269 Bench-Capon, s. 26 ve 27.

270 Radin, s. 819.

271 Moa Bladini, Stina Bergman-Blix, "The Judge Under Pressure: Fostering Objectivity by Abandoning the Myth of Dispassion", Ed. Dimitrios Giannouloupoulos, Yvonne McDermott, *Judicial Independence Under Threat*, Proceedings of the British Academy, Cilt 250, Oxford University Press, Oxford, 2022, s. 239. Ayrıca bkz. Şermin Birtane, "Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 59, 2024, s. 252.

çelendirme yoluyla ehlileştirir. Hukuk devletinin tercihi, katı kural uygulayıcılığının aksine, hâkimin rasyonel faaliyet olarak gerçekleştireceği yargısal takdirden yanadır. Hukukun doğal bir parçası olarak benimsenen takdir kavramı, yapay zekâ hâkiminin gerçekleşmesi önündeki handikaplardan biridir²⁷².

Hâkimin belki de en kritik işlevi, çetin davalarda hukukun genel ilkeleri doğrultusunda vicdani kanaatine dayanarak hukuk yaratmaktır. Kanaatimizce, hukuk devletinde insan hâkimin bir yapay zekâyâ dayalı robot hâkimle ikame edilmesinin önündeki en büyük engel budur. Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığından murat edilenin, en başta hem kurumsal hem kişisel anlamda hâkime baskılardan arındırılmış, hür bir vicdani kanaat geliştirme zemini sağlamak olduğu söylenebilir. Hâkim vicdanen bir kaniya varmak için, yürürlükteki hukuk normlarının çizdiği çerçeveyi, Anayasanın da üstünde konumlanan ortak hukuk ilkelerini, hakkaniyet çerçevesinde tarafların sübjektif durumlarını, davada yarışan değerleri, aldığı hukuk eğitimi ve hem bir meslek icracısı hem de bir insan olarak edindiği şahsi tecrübeler doğrultusunda birlikte değerlendirir. Böylesi kapsamlı bir sentezleme işlemi olarak vicdani kanaat, hukukun bütünlüğü içinde gerçekleşen muhakeme sonucunda ortaya çıkmakla keyfilikten ve kayıtsız sübjektiflikten ayrılan, insana has bir özelliktir²⁷³. İlkelerle yönetilmesine rağmen vicdani kanaatin oluşum sürecini tam olarak izah etmek mümkün değildir. İnsan hâkimin vicdan duygusunu geliştirmek hukuk eğitiminin zorlu hedeflerinden biri²⁷⁴, robot hâkim bakımından hangi parametrelerin vicdani temsil edebileceği sorusu nihai bir cevaptan yoksundur. Bu yönüyle vicdani kanaatin yapay zekâ uygulamaları marifetiyle taklit edilmesi şu anki bilgilerimiz dahilinde ihtimal dışıdır²⁷⁵.

Hâkimin hukuk normlarını yorumlama, takdir kullanma ve muhakeme sonucunda hüküm kurma süreçleri değer yargısında bulunabilme ve değer yargılarını anlamlandırabilme becerisi gerektirir. Hukuk devletinin objektif bir değerler sistemi kurduğundan bahsetmiştik. Somut uyuşmazlıklarda ise çok defa birbiriyle yarışan veya birbiriyle bağdaşmayan değerler söz konusu olabilmektedir. İnsan hâkim uyuşmazlığı çözüme yükümlülüğü gereği bu değerler arasında seçim yapmak zorundadır²⁷⁶. Hukukun objektif nitelik kazandırdığı

272 Gökhan Erdoğan, “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, s. 157.

273 Aynı yönde bkz. Burak Görentaş, *Sanal Yargıç*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, s. 46 ve 47.

274 Yasin Aydoğdu, *Hukuk Devletinin Dijital Çağdaki Görünümü: Riskler, Önlemler ve Bir Öneri Olarak Robot Yargıçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 124.

275 Aynı yönde bkz. Muharrem Kılıç, “Hukuksal Aklın Transhümanistik Temsilleri ve Onto-robotik Varoluş Formları”, *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, s. 38, 39 ve 40.

276 Andrew C. Michaels, “Artificial Intelligence, Legal Change, and Separation of Powers”, *Uni-*

değerler doğrultusunda tarafların sübjektif durumları da dikkate alınarak gerçekleştirilen değer tartımı o hukuk düzeninin çizdiği anlam dairesindeki soyut bir faaliyettir. Değer tartımının rasyonel zeminde gerçekleştirilmesi ve hukuki gerekçelendirmeye dayanması kararın adil olduğu kanaatini oluşturacak olan unsurlardandır. Başka bir deyişle, kararın başarısı insan sübjektifliğinin objektif kriterlere göre muhakemeye tabi tutulmasıyla adalet duygusunun ne derece tatmin edildiği ile ilgilidir. Yapay zekânın başarılı karar vermesi uyumsuzlukta ileri sürülen değer yargılarına anlam vererek bir tartımda bulunması ve netice itibariyle hukuk adına bir değer yargısında bulunmasına bağlıdır. Fakat algoritmaların değer yargısında bulunamayacağı kabul edilmektedir²⁷⁷. Bu gerekçeyle, insan haysiyeti gibi hukuk içinde dahi yoruma tabi olan, kesinleşmiş ve katı ölçütlerle belirlenemeyen değerler hakkında yargısal yapay zekâ tarafından değer yargısı geliştirmek uygulanabilir bir yol olarak görülmemektedir. İnsan hâkimin karar verme sürecindeki değer yargıları, sezgisellik, ön yargılar ve kişilik özellikleri gibi bilinç dışı faktörlerin etkisine açıktır. Sourdin ve Cornes'in işaret ettiği gibi, sorumluluk sahibi bir hâkimin bu bilinç dışı faktörlerin farkına vararak kararına etki etmemesi için gereken tedbirleri aldığı görüşünün yanında, bu faktörlerin hâkimler tarafından tespit edilse bile ciddiye alınmadığı iddiası²⁷⁸ objektif yargılama konusunda soru işareti doğurmak için yeterlidir. Yargılamanın tarafsız ve ön yargılardan arındırılmış bir biçimde gerçekleştirilmesi hukuk devletinin gereğidir. Öte yandan, hâkimin kaçınılmaz olarak bilinç dışı etkiler altında karar verdiği kabul edilip yapay zekâ hâkiminin bu etkilerden bağımsız ve bu sayede objektif kararlar vereceğini söylemek kolay değildir. Makine öğrenmesi yöntemiyle eğitilen yapay zekânın mevzuat, önceki mahkeme kararları ve bilimsel kaynaklardan oluşan veri seti pekâlâ ön yargılı materyalleri içerebilecektir. Algoritmik karar vermede girdilerin kalitesi çıktıların kalitesini belirler (*garbage in / garbage out*)²⁷⁹. Tarafgir, ön yargılı ve ayrımcı girdilerle eğitilen yapay zekâ hâkiminin tam manasıyla tarafsız kararlar vermesi beklenemez. Bu durumda ise, yaşadığı toplumun bir parçası olduğu için ön yargı ve ayrımcılık gibi negatif kavramların ne anlama geldiğini bilen, verdiği kararların kabul görmesi hukuki temellendirmeye bağlı olmasının yanında toplum vicdanını yansıtmaya kaygısı taşıyan insan hâkimin tarafsız-

versity of Cincinnati Law Review, Cilt 88, Sayı 4, 2020, s. 1085.

²⁷⁷ Bladini, Bergman-Blix, s. 238.

²⁷⁸ Bkz. Sourdin, Cornes, s. 96.

²⁷⁹ Mariavittoria Catanzariti, "Algorithmic Law: Law Production by Data or Data Production by Law?", Ed. Hans-W Micklitz, Oreste Pollicino, Amnon Reichman, Andrea Simoncini, Giovanni Sartor, Giovanni De Gregorio, *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 90 ve 91.

lık bakımından halen daha fazla güven telkin ettiği söylenmelidir²⁸⁰.

Yargısal karar vermenin insan hâkim esasına göre yapılandırılmış işleyişi göz önüne alındığında, yapay zekâ uygulamalarının hâkimi ikame etmek²⁸¹ yerine karar vermeye yardımcı rol üstlenmesi hukuk devletinin mevcut çerçevesiyle uyum bakımından doğru olan seçenektir. Hâkime yardımcı yapay zekâ, erişiminde olan hukuk kaynaklarından yola çıkarak uyuşmazlığın çözümüne ilişkin gerekçeli²⁸² önerilerde bulunabilir, delillerin yeterliliğini değerlendirebilir, hâkimin takdir yetkisinin sınırlarına ilişkin tavsiyeler verebilir²⁸³. Hâkimin bu önerileri hesaba katarak daha isabetli bir yorumda bulunması mümkündür. Aynı şekilde, böyle bir yardım takdirin doğruluğu ve vicdani kanaatin sağlanması yolunda potansiyel faydalar barındırmaktadır. Ancak, yardımcı yapay zekâ uygulamalarının hukuken makbul katkılar sunup sunmadığı temkinli bir uygulama süreciyle teyit edilmeye muhtaçtır. Örneğin, kolluk görevlilerinin etiketleme ve sınıflandırmalarına dayalı veri setiyle eğitilen COMPAS uygulaması, mükerrer suç işleme riskini analiz ederken siyahiler aleyhine ön yargılı sonuçlar verebilmekte, değerlendirmeyi suçlu gruplarını esas alarak gerçekleştirdiği için bireye özgü faktörlerin karar sürecinde etkisizleşmesine yol açabilmektedir²⁸⁴. Muhakemeyi şekli ve maddi açıdan daha rasyonel hale getirebilecek yardımcı yapay zekâ uygulamalarının çıktıları hakkında son sözün insan hâkimde olması gerektiği unutulmamalıdır²⁸⁵.

Yargısal yapay zekâ tartışmalarında temel sorulardan birisi, robot hâkimin insan hâkime göre daha insancıl ve bilgece kararlar verdiği kör testlerle orta-

280 Krş. Şensoy, s. 112.

281 İnsan hâkimin ontik özgüllüğü nedeniyle algoritmik aygıtlarla ikame edilemeyeceğine ilişkin bkz. Kılıç, s. 49.

282 Uluslararası Barolar Birliği yayınladığı raporda yargısal yapay zekâ uygulamalarının karar verme süreçlerindeki opaklığın (ya da yaygın kullanımıyla kara kutu etkisinin) hukuk devleti gerekleriyle bağdaşmadığına dikkat çekmektedir. “Tekrarlanamayan, geriye doğru izlenemeyen, sorgulanamayan veya kanıtlanamayan sonuçlar üreten opak karar alma sistemleri, açık ve şeffaf yargılamalar yoluyla gerçeği tespit etmeye çalışan hukuk mesleği ile çelişmektedir.” International Bar Association and the Center for Ai and Digital Policy, *The Future is Now: Artificial Intelligence and the Legal Profession*, London, 2024, <https://www.ibanet.org/document?id=The-future-is-now-artificial-intelligence-legal-profession> (10.01.2025), s. 27. Hâkime yardımcı yapay zekâ araçlarının geriye dönük takibe imkan veren bir muhakeme sürecini hukuk profesyonellerinin anlayabileceği netlikte izahlarla ortaya koyabilmesi açıklanabilirlik, şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerinin karşılanması ve bu araçların uygulamada daha fazla yer bulabilmesi için aşılması gereken eşik durumundadır.

283 Mateus De Oliveira Fornasier, “Artificial Intelligence and Democratic Rule of Law”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria Do Direito*, Cilt 13, Sayı 3, 2022, s. 363.

284 Buket Abanoz-Öztürk, “Ceza Muhakemesinde Sanığın Mükerrer Suç İşleme Riskinin Hesaplanması: COMPAS Algoritması ve Adil Yargılanma Hakkı”, Ed. Murat Balcı, Hüseyin Aydın, *Yapay Zekânın Cezai Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 93, 94 ve 95.

285 Fornasier, s. 363.

ya konulduğu takdirde yine de insan hâkimde ısrar edilip edilmeyeceğidir²⁸⁶. Volokh, önemli olanın süreç değil sonuç olduğundan hareketle tercihini robot hâkimden yana kullanır. Fakat hukuk devletinde usuliadalet ilkelerinin fonksiyonu düşünüldüğünde sürecin de sonuç gibi önem arz ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Diğer bir deyişle, hukuk devletinde salt karar adaleti değil, yargılamanın da adil yürütülmesi gözetilir. Zira usuli adaletin taraflar üzerindeki ikna edici işlevi, uyuşmazlık çözümünü bozulan toplumsal barışın tekrar temin edilmesine aracı kılar.

Mahkemenin takdirine bağlı olarak duruşmalı görülebilen bazı idari davalarda davacıların çoğu zaman duruşma talep etmesi, yüz yüze iletişim yoluyla meramını anlatma ve mağduriyeti muhatabına hissettirme beklentisine dayanır²⁸⁷. Uygun hukuki usule göre karar verme süreci insanın anlatısına dayalı bir iletişim faaliyeti olduğundan bilgisayar yazılımlarına indirgenemez²⁸⁸. Hepsinden önemlisi, insani duyarlılıkla etkileşim kurma kabiliyeti olmayan robot hâkim, kararlar vicdanen boğuşan bir karar verici görme ihtiyacını karşılayamayacaktır²⁸⁹.

Yargısal yapay zekâ uygulamaları karşısında insan hâkimin konumunu ilgilendiren hukuki tercihler “insan kararına tabi olma hakkı” bağlamında tartışılmaktadır. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü md. 22’ye göre “*Veri öznesinin kendisiyle ilgili hukuki sonuçlar doğuran veya benzer biçimde kendisini kayda değer şekilde etkileyen, profilleme de dâhil olmak üzere yalnızca otomatik işlemeye dayalı bir karara tabi olmama hakkı bulunur.*”²⁹⁰ Aynı maddenin devamında “*veri öznesinin kendi görüşünü ifade etme ve karara karşı çıkma yönündeki hak ve özgürlükleri*” güvence altına alınmaktadır. İnsan kararına tabi olma hakkının en önemli formülasyonu durumundaki bu düzenlemeye göre yargı kararlarının tam otomasyonu mümkün değildir. Süreçte mutlaka bir insan hâkim var olacaktır²⁹¹. Pasquale’ye göre, hukuk devleti ilkelelerine tam uygunluk için hukuki otomasyon alanında “*makine hâkimiyeti yerine insan hâkimiyeti*” anlayışı benimsenmelidir. Algoritmik yargılar ve yorumlar nihayetinde onları açıklayabilecek bir gerçek kişiye atfedilmediği sürece hesap

286 Eugene Volokh, “Chief Justice Robots”, *Duke Law Journal*, Cilt 68, 2019, s. 1189.

287 Aydoğdu, s. 133.

288 Pasquale, s. 1.

289 Sourdin, Cornes, s. 99.

290 Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR), <https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/Nihai-ABB-HCDB-GDPR.pdf> (12.11.2024).

291 Aziz Z. Huq, “A Right to A Human Decision”, *Virginia Law Review*, Cilt 106, 2020, s. 616 ve 617.

verilebilirlikten söz edilemez²⁹². Bu ise yapay zekânın yargısal karar vermede ancak yardımcı bir rol üstlenebileceğini göstermektedir.

Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası ise yüksek risk taşıyan yapay zekâ uygulamalarında etkin insan gözetimini şart koşmaktadır (Madde 14/1). Bu yolla yapay zekâ kullanımı nedeniyle sağlık, güvenlik ve temel haklar üzerinde oluşabilecek risklerin azaltılması amaçlanmıştır (Madde 14/2). Gözetimi gerçekleştirecek gerçek kişilere yapay zekâ uygulamalarına müdahale ederek gerektiği takdirde kullanımını durdurma veya sonuçlarını tersine çevirme yetkisi verilmiştir (Madde 14/4). Düzenleme, yargısal yapay zekâ uygulamalarını demokrasi, hukuk devleti ve bireysel özgürlükler üzerindeki potansiyel etkileri nedeniyle yüksek riskli olarak değerlendirmektedir: “Özellikle, muhtemel tarafgirlik, hata ve opaklık risklerini ortadan kaldırmak için, bir yargı makamı tarafından veya onun adına, olguları ve hukuku araştırmada, yorumlamada ve hukuku somut bir dizi olguya uygulamada yargı makamlarına yardımcı olmak için kullanılması amaçlanan YZ sistemlerinin yüksek riskli olarak nitelendirilmesi uygundur.” (Recital 61) Yapay Zekâ Yasası insan hâkimin yargılamadaki asli rolünü koruma hususunda çok açık bir pozisyon benimsemiştir: “Yapay zekâ araçlarının kullanımı, hâkimlerin karar verme gücünü veya yargı bağımsızlığını destekleyebilir, ancak bunların yerini almamalıdır: nihai karar verme insan güdümlü bir faaliyet olarak kalmalıdır.” (Recital 61)²⁹³ Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, yargısal hüküm kuruculuğun halen insan failliğine ait bir işlev olduğu yönünde ciddi bir kararlılık ortaya konulduğu söylenebilir. Davaların çözümünde etkisi inkâr edilemeyecek ahlaki değer yargıları meselesi makineler tarafından çözülmediği müddetçe hukuk devletinde insan hâkim birincil konumunu korumayı sürdürecektir²⁹⁴.

AB Yapay Zekâ Yasası bir yardımcı araç olarak yapay zekâ programlarının olgu araştırması ve davaya uygulanacak normların belirlenmesi için kullanılmasını da yüksek riskli olarak değerlendirmiştir. Fakat meseleye bir de yargılamanın etkililiği ve verimliliği penceresinden bakmak yerinde olacaktır. Hukuk devleti, prosedürel haklar boyutuyla adalete erişim sürecinin tamamında etkililiğin gerçekleştirilmesini öngörür. Yargısal etkililiğin sağlanması için yargı kurumlarının verimli bir işleyişe sahip olması şarttır. Bu ilkesel hedeflerin gerçekleştirilmesi yönünde yapay zekâ araçlarının potansiyelinden yararlanmak kanaatimizce bir zorunluluk haline gelmiştir. Zira, istatistikler tüm ilkesel söylemin

292 Pasquale, s. 5.

293 Artificial Intelligence Act (Regulation (Eu) 2024/1689), https://eur-lex.europa.eu/Legal%20Content/En/Txt/Pdf/?Uri=Oj:L_202401689 (16.11.2024).

294 Huq, s. 686.

ikna ediciliğine zarar verebilecek bir “geciken adalet” problemi ile karşı karşıya olduğumuzu göstermektedir. AYM’nin bugüne dek bireysel başvuru kapsamında verdiği ihlal kararlarının %71,2’si makul sürede yargılanma hakkına ilişkindir²⁹⁵. Yapay zekâ programları yoluyla uyuşmazlıkla ilgili mevzuata hızlı erişim sağlanması, hacimli dava dosyaları içinde önceki içtihatlarla bağlantısı kurulabilecek bölümlerin işaretlenmesi, bağlamı hatırlatacak özetlerin hazırlanması gibi uygulamalar yargılamanın makul sürede gerçekleşmesine olumlu katkılar sağlayacaktır. Ayrıca bizzat hâkim tarafından tespit edilen argümanlarla sınırlı olmak kaydıyla yapay zekâ ile karar taslağı hazırlanmasının hükmün kaleme alınma sürecini kolaylaştıracığı düşüncesindeyiz²⁹⁶.

Son olarak, makul sürede yargılama bakımından mahkemelerin iş yükü fazlalığının etkisi göz önüne alındığında, vatandaşların ve avukatların yapay zekâ programları marifetiyle iddialarının ileri sürülebilirliğini ve bireysel başvuru bağlamında kabul edilebilirliğini önceden ölçebilmeleri, şekli ve usuli eksikliklerle mâlûl dosyaların mahkemeleri meşgul etmesinin önüne geçebilecektir. Başlangıçtan bu yana yapılan bireysel başvuruların %82,7’si hakkında kabul edilemezlik kararı verildiği düşünülürse²⁹⁷, yargı sistemi bünyesinde bu amaca yönelik hizmete sunulacak uygulamaların iş yükü ve yargısal verimlilik açısından getireceği faydalar yadsınamaz niteliktedir. Böylece hâkimlerin esasa ilişkin meselelere daha fazla odaklanması sağlanarak adalet mekanizmasının etkinliği artırılabilecektir.

Sonuç

Hukuk devletinin mevcut çerçevesinde insan hâkim kilit bir konuma sahiptir. Hâkimin kararının geçerlilik kaynağı olan hukuk normları, maddi hukuk devleti anlayışının benimsendiği bir anayasal düzende belirli ahlaki değer ve ilkeleri pozitifleştirmiş ve böylece objektif hale getirmiştir. Bununla birlikte usuliadalet ilkeleri benimsemek suretiyle yargılama sürecini insan doğasından ileri gelen beklentilere duyarlı bir şekilde yapılandırmıştır. Hâkim bu kurguda hem aldığı eğitim vasıtasıyla uyuşmazlığı çözecek donanımına sahip, hem de içinde bulunduğu toplumun dinamiklerine vakıf olan bir hakemdir. Aynı zamanda sübjektif özellikleri rasyonel bir çerçevede ele alarak kararın objektifliğini sağlamakla vazifelidir. Hukuk sisteminin elle tutulur bir norm içermediği boşluk hallerinde norm koyuculuk işlevini gerçekleştirir. Hukuk devleti ilkeleri böylesi kritik bir faaliyetin keyflikle mâlûl olmaması için hâkime sınırlar çir-

295 Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, *Bireysel Başvuru İstatistikleri (23 Eylül 2012 - 31 Aralık 2024)*, <https://www.anayasa.gov.tr/media/9630/bbistatistikler.pdf> (03.03.2025), s. 13.

296 Krş. Oğuz Gökhan Yılmaz, “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı-Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?”, *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, s. 406.

297 Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, “Bireysel Başvuru İstatistikleri”, s. 6.

zer. Fakat hâkim son kertede dış denetime kapalı olan vicdani kanaatini hukuk düzeninin bütünlüğü ile uyumlu kullanacağına güven duyulan kişidir. Kısacası hukuk devletinde hâkim, prensiplerle kayıtlanmış sübjektifliğine, rasyonel muhakemesine, toplum vicdanının hukuk alemine yansıtılmasındaki ve uyumsuzlukla bozulan barışın yeniden tesis edilmesindeki rolüne, insan uyumsuzluklarının çözümünde insani duyarlılığı temsil etmesine ve böylece adaletin yerine getirilmesindeki etkisine değer verilen bir aktördür. Kanaatimizce hukuk devletinde hâkimi böylesine önemli kılan onun insani özellikleridir. Bu nedenle hukuk devletinin özünde korumak istediği değerler konusunda temel bir değişime gidilmediği müddetçe insan hâkimin bütünüyle algoritmik sistemlerle ikame edilmesi mümkün görünmemektedir. Öte yandan, hâkime yardımcı yapay zekâ uygulamaları aracılığıyla yargısal verimlilik ve etkililik bakımından ilerleme kaydedilmesi, hukuk devletinin şekli ve maddi hukukilik hedeflerinin git gide karmaşılaşan ve çerçevesi genişleyen hukuki uyumsuzluklar karşısında makul ve sürdürülebilir bir gerçekliğe kavuşmasına hizmet edecektir.

KAYNAKLAR

- Abanoz-Öztürk, Buket, “Ceza Muhakemesinde Sanığın Mükerrer Suç İşleme Riskinin Hesaplanması: COMPAS Algoritması ve Adil Yargılanma Hakkı”, Ed. Balcı, Murat; Aydın, Hüseyin, *Yapay Zekânın Cezai Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, ss. 81-100.
- Aktaş, Sururi, “Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2020, ss. 1-32.
- Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, “Bireysel Başvuru İstatistikleri (23 Eylül 2012 - 31 Aralık 2024)”, <https://www.anayasa.gov.tr/media/9630/bbistatistikler.pdf>. (03.03.2025).
- Antalya, Osman Gökhan, “Hukuk Bilimine Katkı Olarak” *Hukuk Metodolojisi*, Cilt 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Aquinas, Thomas, “Summa Theologiae”, 1920, <https://www.newadvent.org/summa/> (15.11.2024).
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- Aristotle (Terc. Benjamin Jowett), “Politics”, Ed. Jonathan Barnes, *Complete Works of Aristotle*, Cilt 2, Princeton University Press, Princeton, 1984, ss. 1986-2129.
- *Artificial Intelligence Act (Regulation (EU) 2024/1689)*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689 (16.11.2024).
- *Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)*, <https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/Nihai-ABB-HCDB-GDPR.pdf> (12.11.2024).
- Aydoğdu, Yasin, *Hukuk Devletinin Dijital Çağdaki Görünümü: Riskler, Önlemler ve Bir Öneri Olarak Robot Yargıçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Beccaria, Cesare (Terc. Sami Selçuk), *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 5. Bası, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2015.
- Bedner, Adriaan, “The Promise of a Thick View”, Ed. Christopher May, Adam Winchester, *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, ss. 34-47.
- Bench-Capon, Trevor, “The Need for Good Old Fashioned AI and Law”, *Jusletter-IT*, 2020, <https://doi.org/10.38023/cefe7081-e6dd-49de-9592-9adbb6063fd6> (15.11.2024).
- Berlinski, David, *The Advent of the Algorithm: The 300-Year Journey From an Idea to the Computer*, Harcourt, San Diego, 2000.
- *Better Rules for Government Discovery Report*, 2018, <https://www.digital.govt.nz/dmsdocument/95-better-rules-for-government-discovery-report/html> (15.11.2024).
- Bingham, Tom, *The Rule of Law*, Allen Lane, London, 2010.
- Birtane, Şermin, “Hâkime Yardımcı Yapay Zekâ”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 59, 2024, ss. 233-272.
- Bix, Brian H., *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- Bix, Brian H., *Jurisprudence: Theory and Context*, 8. Bası, Sweet & Maxwell, London, 2019.
- Bladini, Moa; Bergman-Blix, Stina, “The Judge Under Pressure: Fostering Objectivity by Abandoning the Myth of Dispassion”, Ed. Dimitrios Giannouloupoulos, Yvonne McDermott, *Judicial Independence Under Threat*, Proceedings of the British Academy, Cilt 250, Oxford University Press, Oxford, 2022, ss. 223-240.

- Bora-Çınar, Sevda, “Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 20, Sayı 234, 2022, ss. 2089-2130.
- Bracton, Henry de, *On the Laws and Customs of England*, Vol. II, <https://amesfoundation.law.harvard.edu/Bracton/Unframed/English/v2/33.htm> (14.11.2024).
- Braden, George D., “The Search for Objectivity in Constitutional Law”, *The Yale Law Journal*, Cilt 57, Sayı 4, 1948, ss. 571-594.
- Can, Osman, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1-2, 2005, ss. 89-125.
- Cardozo, Benjamin C., *The Nature of the Judicial Process*, Universal Law Publishing, New Delhi, 2010.
- Catanzariti, Mariavittoria, “Algorithmic Law: Law Production by Data or Data Production by Law?”, Ed. Hans-W Micklitz, Oreste Pollicino, Amnon Reichman, Andrea Simoncini, Giovanni Sartor, Giovanni De Gregorio, *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, ss. 78-92.
- Chevallier, Jacques (Terc. Ertuğrul Cenk Gürcan), *Hukuk Devleti*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Chiassoni, Pierluigi, “Is Realism at Odds with Constitutional Democracy?”, Ed. Chiassoni Pierluigi, Bojan Spaić, *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Springer International Publishing, Cham, 2021, ss. 35-64.
- Coke, Edward, *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, Cilt 1, 19. Bası, J. & W. T. Clarke and Others, London, 1832.
- Colby, Thomas B., “In Defense of Judicial Empathy”, *Minnesota Law Review*, Cilt 96, 2012, ss. 1944-2015.
- Costa, Pietro, “The Rule of Law: An Outline of Its Historical Foundations”, Ed. Christopher May, Adam Winchester, *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, ss. 135-148.
- Craig, Paul, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”, Ed. Richard Bellamy, *The Rule of Law and the Separation of Powers*, Routledge, London, 2005, ss. 467-487.
- Çiçekfidan, Halil, *Avrupa Birliği’nde Temel Hakların Korunması: Temel Haklar Şartı ve Onu Doğuran Süreç Üzerine Bir İnceleme*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Dicey, Albert Venn, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, Ed. J. W. F. Allison, Cilt 1, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Dinçkol, Abdullah, “Hâkimi Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, Afa Yayınları, Cilt 2, 1995.
- Dinçkol, Abdullah, “Hâkimi Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi-İstanbul Barosu Yayını*, Cilt 9, 2003, ss. 179-181.
- Doehring, Karl (Terc. Ahmet Mumcu), *Genel Devlet Kuramı: Sistemik Bir Yaklaşım*, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2019.
- Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985.
- Dworkin, Ronald, “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, Cilt 88, Sayı 6, 1975, ss. 1057-1109.

- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Belknap Press, Cambridge, Massachusetts, 1986.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury Academic, London, 2013.
- Ediş, Seyfullah, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, Sayı 1, 1973, ss. 169-196.
- Erdoğan, Gökhan, "Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış", *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, ss. 117-162.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 12. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015.
- Etcheverry, Juan B., "Rule of Law and Judicial Discretion: Their Compatibility and Reciprocal Limitation", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Cilt 104, Sayı 1, 2018, ss. 121-134.
- Ferrajoli, Luigi, "The Past and the Future of the Rule of Law", Ed. Pietro Costa, Danilo Zolo, *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer Netherlands, Dordrecht, 2007, ss. 323-352.
- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Finnis, John, "Natural Law Theories", Ed. Edward N. Zalta, Uri Nodelman, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University, 2020, <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/natural-law-theories/> (16.11.2024).
- Fiss, Owen M., "Objectivity and Interpretation", *Stanford Law Review*, Cilt 34, Sayı 4, 1982, ss. 739-763.
- Foran, Michael P., "The Rule of Good Law: Form, Substance, and Fundamental Rights", *The Cambridge Law Journal*, Cilt 78, Sayı 3, 2019, ss. 570-595.
- Fornasier, Mateus De Oliveira, "Artificial Intelligence and Democratic Rule of Law", *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria Do Direito*, Cilt 13, Sayı 3, 2022, ss. 351-369.
- Frank, Jerome, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, New Jersey, 1973.
- Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Gözden Geçirilmiş Bası, Yale University Press, New Haven, 1969.
- Gökcan, Hasan Tahsin, "Anayasal Denetimin Fonksiyonları Bağlamında Türk Anayasa Mahkemesinin Hak İhlali Kararlarının Objektif Etkisinin Anayasal Temelleri Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı*, Cilt 41, Sayı 1, 2024.
- Görentaş, Burak, *Sanal Yargıç*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024.
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, 17. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020.
- Grey, Thomas C., "The New Formalism", *Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No. 4, Stanford, 1999.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 3. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Hatemi, Hüseyin, *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Yayınları, İstanbul, 1989.
- Hayek, F. A., *Law, Legislation, and Liberty*, Ed. Jeremy Shearmur, The University of Chicago Press, Chicago, 2021.
- Hayek, F. A., *The Road to Serfdom*, Routledge, London, 2006.
- Holmes, Oliver Wendell, *Gompers v. US*, 233 U.S. 604 (1914), <https://caselaw.find-law.com/court/us-supreme-court/233/604.html> (16.11.2024).

- Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, Ed. Mark DeWolfe Howe, Brown Little & Co., Inc., Boston, 1963.
- Huhn, Wilson, “The Stages of Legal Reasoning: Formalism, Analogy, and Realism”, *Villanova Law Review*, Cilt 48, 2003, ss. 305-380.
- Huq, Aziz Z., “A Right to A Human Decision”, *Virginia Law Review*, Cilt 106, 2020, ss. 611-688.
- Hutcheson Jr., Joseph C., “Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decision”, *Cornell Law Review*, Cilt 14, Sayı 3, 1929, ss. 274-288.
- International Bar Association and the Center for Ai and Digital Policy, *The Future is Now: Artificial Intelligence and the Legal Profession*, London, 2024, <https://www.ibanet.org/document?id=The-future-is-now-artificial-intelligence-legal-profession> (10.01.2025).
- Işıktaç, Yasemin; Metin, Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- Jowell, Jeffrey L., “The Rule of Law and Its Underlying Values”, Ed. Jeffrey L. Jowell, Dawn Oliver, *The Changing Constitution*, 7. Bası, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Kahneman, Daniel; Sibony, Olivier; Sunstein, Cass R., *Noise: A Flaw in Human Judgment*, Little, Brown Spark, New York, 2022.
- Kelsen, Hans (Terc. Anders Wedberg), *General Theory of Law and State*, Russell and Russell, New York, 1961.
- Kelsen, Hans (Terc. Max Knight), *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley, 1967.
- Kılıç, Muharrem, “Hukuksal Aklın Transhümanistik Temsilleri ve Onto-robotik Varoluş Formları”, *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, ss. 15-54.
- Kommers, Donald P.; Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3. Bası, Duke University Press, Durham, 2012.
- Kramer, Matthew, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Kutlu, Mustafa, “Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi - İstanbul Barosu Yayını*, Cilt 7, 2003.
- Laquière, Alain, “État de Droit and National Sovereignty in France”, Ed. Pietro Costa, Danilo Zolo, Emilio Santoro; *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer, Dordrecht, 2007.
- Lashbrooke, E. C. Jr., “Legal Reasoning and Artificial Intelligence”, *Loyola Law Review*, Cilt 34, Sayı 2, 1988, ss. 287-313.
- Leiter, Brian, “Llewellyn, Karl Nickerson (1893–1962)”, Ed. Wright, James David, *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Cilt 14, 2. Bası, Elsevier, Amsterdam, 2015, ss. 276-278.
- Llewellyn, Karl N., *The Bramble Bush*, Oxford University Press, New York, 2008.
- Locke, John, *Second Treatise of Government*, Ed. Macpherson, C. B., Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1980.
- Marmor, Andrei, *Law in the Age of Pluralism*, Oxford University Press, New York, 2007.

- Marmor, Andrei, “The Rule of Law and Its Limits”, *Law and Philosophy*, Cilt 23, Sayı 1, 2004, ss. 1-43.
- May, Christopher, “The Centrality of Predictability to the Rule of Law”, Ed. May, Christopher; Winchester, Adam, *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, ss. 96-108.
- McLachlin, Beverley, *The Relevance of Magna Carta in Today's World*, Bingham Centre for the Rule of Law, London, 2015, https://www.biicl.org/documents/700_chief_justice_mclachlins_magna_carta_lecture_-_slh.pdf?showdocument=1 (15.11.2024).
- Michaels, Andrew C., “Artificial Intelligence, Legal Change, and Separation of Powers”, *University of Cincinnati Law Review*, Cilt 88, Sayı 4, 2020, ss. 1083-1103.
- Montesquieu (Terc. Berna Günen), *Kanunların Ruhu Üzerine*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.
- Neumann, Franz L., *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Berg, Leamington Spa, 1986.
- Oder, Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Özbudun, Ergun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 2. Bası, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.
- Özcan, Mehmet Tefik, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, 2. Bası, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Özenç, Berke, *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, 2. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.
- Pasquale, Frank, “A Rule of Persons, Not Machines: The Limits of Legal Automation”, *The George Washington Law Review*, Cilt 87, Sayı 1, 2019, ss. 44-54.
- Paul, Julius, *The Legal Realism of Jerome N. Frank*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1959.
- Plato (Terc. C. J. Rowe), “Statesman”, Ed. Cooper, John M.; Hutchinson, D. S., *Complete Works*, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1997.
- Posner, Richard A., *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2010.
- Radbruch, Gustav (Terc. Melike Belkıs Aydın), “Hukuk Kavramı”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2015, ss. 144-150.
- Radbruch, Gustav (Terc. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson), “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 26, Sayı 1, 2006, ss. 1-11.
- Radin, Margaret Jane, “Reconsidering The Rule of Law”, *Boston University Law Review*, Cilt 69, Sayı 4, 1989, ss. 781-819.
- Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Raz, Joseph, “The Law’s Own Virtue”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 39, Sayı 1, 2019, ss. 1-15.
- Rousseau, Jean-Jacques (Terc. Vedat Günyol), *Toplum Sözleşmesi*, 10. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2013.
- Rumble, Wilfrid E. Jr., “Rule-Skepticism and the Role of the Judge: A Study of American Legal Realism”, *Journal of Public Law*, Cilt 15, Sayı 2, 1966, ss. 251-285.

- Sajó, András; Renáta Uitz, *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- Schiff, David; Nobles, Richard. “The Evolution of Natural Law”, Ed. James Penner, David Schiff; Richard Nobles, *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory: Commentary and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2002, ss. 35-90.
- Sellers, Mortimer N. S., “What Is the Rule of Law and Why Is It So Important?”, Ed. James R. Silkenat, James E. Hickey Jr., Peter D. Barenboim, *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Springer International Publishing, Cham, 2014, ss. 3-13.
- Sharpe, Robert J., “How Judges Decide”, Ed. Rabeea Assy, Andrew Higgins, *Principles, Procedure, and Justice: Essays in honour of Adrian Zuckerman*, Oxford University Press, Oxford, 2020, ss. 91-112.
- Solum, Lawrence B., “Equity and The Rule of Law”, Ed. Ian Shapiro, *The Rule of Law: Nomos XXXVI*, NYU Press, New York, 1994, ss. 120-147.
- Sourdin, Tania; Cornes, Richard, “Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging”, Ed. Tania Sourdin, Archie Zariski, *The Responsive Judge: International Perspectives*, Springer, Singapore, 2018, ss. 87-119.
- Stein, Robert A., “What Exactly Is The Rule of Law?”, *Houston Law Review*, Cilt 57, 2019.
- Sümer, Seda Yağmur, “Ceza Yargılamasının Geleceği: Robot Hakim”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, 2021, ss. 1543-1591.
- Şeker, Hilmi, *Esbab-ı Mucibe’den Retoriğe Hukukta Gerekçe*, 2. Bası, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Şensoy, Piralı Çağrı, “Hukuk Felsefesi Sorun ve Tartışmaları Bağlamında Güncel Bir Soru: Yapay Zekâ Hâkimler İnsan Hâkimlerin Yerini Alabilir Mi?”, *Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2024, ss. 87-127.
- Şirin, Tolga, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Tamanaha, Brian Z., *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, Princeton University Press, Princeton, 2010.
- Tamanaha, Brian Z., “How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law”, *DePaul Law Review*, Cilt 56, Sayı 2, 2007, ss. 469-505.
- Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- Tamanaha, Brian Z., *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Clarendon Press, Oxford, 2004.
- Tushnet, Mark, “Rule by Law or Rule of Law?”, *Asia Pacific Law Review*, Cilt 22, Sayı 2, 2014.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi, “Amerikan Hukuki Realizm Akımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 58, Sayı 1-2, 2000, ss. 79-95.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi, “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 28, 2011, ss. 77-88.
- Tyler, Tom R., “Procedural Justice and the Courts”, *Court Review: Journal of the American Judges Association*, Cilt 44, Sayı 1, 2007, ss. 26-31.

- UN Secretary-General, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, United Nations Security Council, 2004, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/no4/395/29/pdf/no439529.pdf> (16.11.2024).
- Uygun, Oktay, *Devlet Teorisi*, 7. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Uygur, Gülriz. “Adalet ve Hukuk Devleti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 53, Sayı 3, 2004, ss. 29-38.
- Venice Commission, *Report on The Rule of Law*, Council of Europe, 2011, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e) (15.11.2024).
- Venice Commission, *The Rule of Law Checklist*, Council of Europe, Venice, 2016, https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf (16.11.2024).
- Volokh, Eugene, “Chief Justice Robots”, *Duke Law Journal*, Cilt 68, 2019, ss. 1135-1192.
- Wacks, Raymond, *The Rule of Law Under Fire?*, Hart Publishing, Oxford, 2021.
- Waldron, Jeremy, “The Concept and the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, Cilt 43, Sayı 1, 2008, ss. 1-61.
- Waldron, Jeremy, “The Rule of Law and The Importance of Procedure”, Ed. James E. Fleming, *Getting to the Rule of Law: NOMOS L*, New York University Press, New York, 2011, ss. 3-31.
- Walker, Lenore E.; Shapiro, David; Akl, Stephanie, “Therapeutic Jurisprudence and Problem-Solving Courts”, Ed. Walker, Lenore E.; Shapiro, David; Akl, Stephanie, *Introduction to Forensic Psychology: Clinical and Social Psychological Perspectives*, Springer International Publishing, Cham, 2020.
- Wexler, David B., “Two Decades of Therapeutic Jurisprudence”, *Touro Law Review*, Cilt 24, Sayı 1, 2014, ss. 17-29.
- Yılmaz, Oğuz Gökhan, “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı-Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek Mi?”, *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, ss. 379-415.
- Zanghellini, Aleardo, “The Foundations of the Rule of Law”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Cilt 28, Sayı 2, 2017, ss. 213-240.
- Zuckerman, Adrian, “Artificial Intelligence – Implications for the Legal Profession, Adversarial Process and the Rule of Law”, UK Constitutional Law Association, <https://ukconstitutionallaw.org/2020/03/10/artificial-intelligence-implications-for-the-legal-profession-adversarial-process-and-the-rule-of-law/>

Mahkeme Kararları

- AYM, *Abdullah Ünal Başvurusu*, B. No: 2012/1094 (03 Temmuz 2014).
- AYM, *Bülent Karataş Başvurusu*, B. No: 2013/6428 (26 Haziran 2014).
- AYM, E. 1968/38, K. 1969/34 (06 Aralık 1969).
- AYM, E. 1984/14, K. 1985/7 (13 Haziran 1985).
- AYM, E. 1992/1, (Siyasi Parti Kapatma) K. 1993/1 (14 Temmuz 1993).
- AYM, E. 1992/8, K. 1992/39 (16 Haziran 1992).
- AYM, E. 1993/33, K. 1993/40 (21 Ekim 1993).
- AYM, E. 2006/65, K. 2009/114 (23 Temmuz 2009).
- AYM, E. 2015/41, K. 2017/98 (05 Nisan 2017).

- Yargıtay, 1.H.D., E. 1976/9370, K. 1976/13138 (31 Aralık 1976).
- İHAM, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*, No. 26374/18 (01 Aralık 2020).
- İHAM, *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey*, No. 13279/05 (20 Ekim 2011).
- İHAM, *Scordino v. Italy (no. 1)*, No. 36813/97 (29 Mart 2006).
- İHAM, *The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1)*, No. 6538/74 (26 Nisan 1979).