

## TAKDİR HAKKI, HAKKANİYET VE ALGORİTMA

Yılmaz Kurban

**Özet:** Bu makale, hukukun kesinliğini ve yeknesaklığını yerle bir eden takdir hakkının ve bununla birlikte bu hakkın kullanımındaki ilke olarak kabul edilen hakkaniyetin işlevsizliğini ve dolayısıyla her iki kavramın ortadan kaldırılmasını iddia etmekte ve gerekçelendirmeye çalışmaktadır. Başlıkta algoritma teriminin yer alması ise salt mevcut bir fırsatın değerinin öne çıkarılması gayesiyledir. Ancak bu fırsatın önemi, teknolojinin niteliklerini anlatan sayısız makaleye bir yenisini ekleyerek değil- ki bu yöntem hukuk dünyasına çakılı kavramların etrafındaki haleyi daha da kalınlaştırarak olan biteni görme şansımızı azaltmaktadır - tüm felsefe tarihinde kökleşmiş bir yer edinen özellikle Aydınlanma dönemi filozoflarıyla zirveye çıkan hukuk disiplinindeki birtakım kavramların zeminini Wittgenstein'in yöntemi/teknisiyle sarsarak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Hakkaniyet, algoritma, takdir hakkı, hakkaniyet ve kesinlik.

### GİRİŞ

Bir dönem Prusya Devleti Umumi Yasası'nda, hâkimin, hakkında yasal bir hüküm bulunmadığı bütün hallerde, durumu yasa komisyonuna sormaya ve komisyonun vereceği karara göre hareket etmeye mecbur olduğu hükme rağmen kanunların genelliğinin her özel somut olaya indirgenememesi, toplumsal yaşamın çeşitliliği ve değişimi karşısında sürekli yeni bir hüküm konulması gerekmesi ve bu durumun ciddi bir zorluk yaratması nedeniyle söz konusu hüküm kaldırılmış, pratik ve etkili olarak kabul edilmeyen bu yöntem terk edilerek yerine, genel ve soyut kurallar belirlenerek bu kuralları somut olaya uygulayacak olan hâkime "takdir yetkisi" tanınması yoluna gidilmiştir. (Dinçkol) Elbette tanınan bu hak, sınırsız bir hak olmayıp belirli sınırlar içerisinde ve hakkaniyete göre kullanılacaktır.

### **Yaşam Bir Bütün Olarak Genel İlkelerle Değerlendirilecek Spinozavari Tutarlı Bir Yapı Değildir**

Hukuk, bünyesinde bolca ilkeler barındırır. Öyle ki elinde imkân olsa en tepeden ayak tırnağına kadar Spinoza'nın *Ethica*'sında olduğu gibi meşruluğundan sul olunamayacak aksiyomlarla başlayıp buradan türetilecek çıkarımlarla muhtemel

tüm arızı meselelere yanıt bulmak ister. Gerek normlar hiyerarşisi ve gerekse tüm bu normlar arasına serpiştirilmiş *dictum*'larla bu arzu açıkça vücut bulur. Böylelikle tüm yaşamın kendisine yukarıdan bir otoriter bakışla sistem kurulur ve yargı dağıtılır. Ancak tüm bu hevesler sıklıkla *somut olayla* karşılaşınca duvara toslar.

Genelin özele indirgenmesindeki bu zorluğu aşmak için getirilen takdir hakkı ve yetkisinin nasıl kullanılacağını gösteren ilkelerin de bizzat kendisinin genelliği karşısında hukukun vazgeçilmezi yeknesaklık ve kesinlik ağır zarar görmüş ve söz konusu hak ve yetkinin kullanılması sonucu ortaya çıkan tutarsızlık hiçbir şekilde aşılamamıştır. Kaldı ki yaşamın kendisinin, bütününde tutarlı olduğu gibi hatalı bir varsayım söz konusudur.

Bu varsayım, yasal düzenlemelerde de kendini gösterir. Toplumsal uzlaşının en güçlü biçimde ortaya çıktığı yasaklardan biri insan öldürmedir. İnsan hayatının dokunulmazlığı hem ahlaki hem de hukuki düzlemde temel bir değer olarak kabul edilir ve bu nedenle kasten öldürme fiili ceza kanunlarında suç olarak düzenlenir. Bununla birlikte ceza hukuku, bir fiilin yalnızca tipik olmasını değil, aynı zamanda hukuka aykırı olmasını da arar. Bu sebeple meşru savunma, zorunluluk hali veya görevin ifası gibi durumlarda insan öldürme fiili gerçekleşmiş olsa dahi hukuka aykırılıktan söz edilmez. Öte yandan bazı durumlarda bireylerin belirli yükümlülükleri yerine getirmemesi ceza sorumluluğunu doğurabilir. Örneğin savaş halinde askerî görevlerin yerine getirilmemesi, fiilin sonucundan bağımsız olarak askerî ceza hukuku bakımından suç teşkil edebilir. Böylece mutlak ve genel görünen yasakların, hiç de genel olmadığı ve istisnaları olabileceğini görürüz. Bu durumda kanun koyucu istisnalara ilişkin karmaşık normatif yapılar kurmak zorunda kalarak düzenlemeler yapar. Kriz çözülür.

Bir genel ilke olarak bunun meşruluğundan şüphe etmesek de şunu da çok iyi biliriz ki bazı hallerde insan öldürmek suç değildir. Hatta daha da ileri giderek tereddüt etmeksizin şunu da söyleriz: Öyle haller vardır ki insan öldürmemek suçtur. Örneğin savaş halinde, cephede düşmana kurşun sıkmamanız bazı hallerde vatana ihanettir ve ağır bir şekilde cezalandırılabilir. Böylelikle genel ilkenin hiç de genel olmadığı ve istisnaları olabileceğini görürüz. Bu durumda kanun koyucu istisnalara ilişkin düzenlemeler yapar. Kriz çözülür.

Peki kriz gerçekten çözülür mü? Hayır. Çünkü istisnaya ilişkin düzenlemeler de genel bir ilke olarak düzenlenir. Yaşam öyle çeşitlidir ki bu çeşitliliği genel ilkelerle idare edemeyip istisnai durumlarla karşılaşınca istisnai düzenlemelerle genel ilke mahiyetinde tepeden bakışla yeni bir ilke ihdas edildiğinde krizler yatışmaz, devam

eder. İnsan öldürmenin istisnası olarak yürürlüğe koyacağımız birtakım ilkelerin de çok sayıda istisnası olacaktır. İnsan öldürmeyi değil de insan öldürmemeyi cezalandıran düzenleme, öyle haller olur ki uygulanamaz bir ilke haline gelebilir. Açıktır ki yaşam, ilkelerle ele geçirilemez, ilkelerle anlaşılabilir.

### **Son Çare Takdir Hakkı**

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesinde hâkimin kendisine takdir yetkisi tanıdığı konularda hukuka ve hakkaniyete göre karar vermesi gerektiği düzenlenmiştir. "Hukuka göre" ibaresiyle hâkimin sınırlandırılmasının ironisi bir yana, hakkaniyet kavramının kullanımındaki çeşitlilik, amaca ulaşamadığını göstermektedir. Genellik, tek tek tikelliklerden/olaylardan ortaklaşa alınan ve bu yolla olaylardan/yaşamdan *koparılan* bir kavramdır. Bu şekilde bir *kendilik* atfedilmesiyle genellik ve bu paragrafta geçtiği üzere hakkaniyet, daima bir sorundur. Hakkaniyet nedir dendiğinde, getirilen tanımlamalar, uygulama söz konusu olduğunda işe yaramayacaktır. Hakkaniyet için eşitlik, denge, adalet, denklik vs. dediğimizi varsayalım. Aynı sorun, bu kavramlar için de söz konusu olacaktır. Bu kavramlarla ilgili sunulabilecek ölçütler ya da tanımlamalar, kavramın kullanımına yönelik uygulamaya bakıldığında tek bir yapı olarak kendini göstermeyecektir. Bu durumda ortaya çıkan sonuç, tek bir hakkaniyetin değil, hakkaniyetlerin olduğu kullanımlar çeşitliliğidir denebilir. (Wittgenstein: 21-22) İşte tam bu noktada, hâkimden, hakkaniyet tayfı içerisinde hangi hakkaniyetin uygulamasını bekleyeceksiniz? Açıktır ki, kendilik olarak bir hakkaniyetin varlığının kabulünün, uygulamada karşılığı yoktur. Uygulama, hakkaniyetin değil, hakkaniyetlerin olduğunu göstermektedir şeklinde bir değerlendirme yapılması daha yerinde olurdu. Böylelikle hukukun varoluş amacına, kural oyununa aykırı bir durum söz konusudur. Uygulanması istenen kural (hakkaniyete göre karar verme), uygulanamaz bir kuraldır. Takdir hakkı da tam da bu nedenle hukuka aykırıdır. Kanunların genelliğinin her özel somut olaya indirgenememesi nedeniyle getirilen takdir hakkı ve yetkisinin, her özel somut olayla temasının derecesi belirsiz genelliklerle kullanılması paradoksu ile karşı karşıyayız.

Paradoksun ortadan kaldırılması için hakkaniyetin ne olduğunu anlamamız gerekir.

### **Hakkaniyetin Ne Olduğunu Anlamamız İçin İse "İyi Bir Tanımlama" Peşinde Koşmak Yerine, Onun Rolüne ve İşlevine Bakmak Zorundayız**

Şimdi yargının bunu nasıl kullandığına bakalım.

Kronoloji önem arz ettiğinden Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bir kararını ayrıntılı haliyle aktarıyorum:

*“Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalı ... aleyhine 07/01/2011 gününde verilen dilekçe ile rücuen tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 19/04/2016 günlü kararın Yargıtay’ca incelenmesi davalı tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.*

1- Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir

2- Diğer temyiz itirazına gelince;

*Dava, rücuen tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.*

*Davanın kabulüne dair Mahkemenin 13/03/2012 tarihli ilk kararı, Dairemizin .. karar sayılı ilamı ile bozulmuştur. Bozma ilamında; davaya konu olayın oluş şekli ile olay yerinin bozma ilamında belirtilen özelliği nazara alındığında, hesaplanan tazminattan uygun bir hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği belirtilmiştir. Mahkemece bozma ilamına uyularak, tazminat miktarından %30 oranında indirim yapılmıştır. Mahkemenin 25/12/2014 tarihli ikinci kararı, Dairemizin .. karar sayılı ilam ile yeniden bozulmuştur. İkinci bozma ilamında olayın özelliğine göre yapılan hakkaniyet indiriminin az olduğu ifade edilmiştir. Mahkemece bozma ilamına uyulmuş, hesaplanan tazminattan %50 oranında hakkaniyet indirimi yapılmasına karar verilmiştir.*

*Rücuuya esas olan olay terör olaylarının yoğun yaşandığı .. meydana gelmiştir. Davalı gerek, muhtemel terörist baskın ve sabotajı olması halinde beraberinde götürdüğü askerleri korumak ve ateş üstünlüğünün teröristlerde olmasını engellemek, gerekse yapılan tamirat sırasında meydana gelebilecek kazaları önlemek amacıyla azami gayret göstermiş ve düşünülebilecek birçok önlemi almıştır. Ne var ki buna rağmen davalının tüfeği istem dışı ateş almış ve bir asker yaşamını yitirmiştir.*

*Davacı idare tarafından, davalının kusurlu davranışı sonucu ölüm olayının gerçekleştiğinden ve ölenin yakınlarına tazminat ödeme yükümü altına girildiğinden bahisle eldeki rücuen tazminat davası açılmıştır. Ölüm olayının gerçekleşmesi ile davalının eylemi arasında illiyet bağı bulunuyor ise de; ülke*

*güvenliğini sağlamak ile görevlendirilen askerlerin vazifelerini yaptıkları sırada meydana gelen olaylar nedeniyle yakınlarına ödenecek tazminatta aslolan devletin sorumluluğudur. İlgilinin kasıt ya da ağır ihmal halleri ayrık olmak kaydıyla, zararlı sonuç nedeniyle sorumluluğuna gidilirken hakkaniyet ilkeleri bu husus göz ardı edilmeden uygulanmalıdır. Bu tür davalarda devletin, tazmin sorumluluğunu sosyal devlet ilkeleri uyarınca üstlendiği unutulmamalıdır. Mahkemece yapılan indirim olayın özelliğine ve hakkaniyet ilkelerine göre azdır. Tazminat miktarından önemli oranda hakkaniyet indirimi yapılması gerekirken yazılı biçimde karar verilmiş olması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” (Yargıtay 4.HD, E. 2016/12712, K. 2016/12257 sayılı karar)*

Hakkaniyet ilkeleri uygulanarak, ilk derece mahkemesinde 2011 yılının başında ikame edilen davada 2012 yılının başlarında %30 indirim uygulanmış, bozma üzerine 2014’ün sonunda %50 uygulanmıştır. Daha sonra Yargıtay tarafından 2016’nın sonunda “önemli oranda” indirim yapılmadığı için bozulmuştur. Aradan geçen yaklaşık 6 yıllık sürede vakalar değişmemiş, ihtilaf konusu yapılmamış, zarar miktarı da tartışma konusu olmamıştır ancak bu zarar üzerinden hangi oranda indirim yapılacağıyla ilgili *hakkaniyete* uygun karar ihdas edilememiştir. Altı yıl sonra dosya önüne yeniden gelen hâkim, bozma kararına uyarsa eğer, *hakkaniyete* göre ne karar vermelidir? Yüzde altmış mı, yetmiş mi, seksen mi? Ne karar verirse versin, hakkaniyete göre karar verilmiş midir? Bunu hâkim nasıl bilecektir? Biz nasıl bileceğiz? Yanılgı şuradadır: Hakkaniyetin tek başına bir rolü var zannedilmektedir.

### **Hakkaniyetin Sabit Bir Referans Unsuru Yoktur**

Bir *şey*e göre karar verilebilmesi veya o *şeyin* ölçüt olabilmesi için, sabitlik içermesi gerekmektedir. Bir masanın uzunluğu size sorulduğunda, vereceğiniz cevabın doğru olup olmadığını ölçmek için bir metre kullanabilirsiniz sabit bir referans olarak. Peki benzer bir şekilde bir olayla ilgili olarak vereceğiniz bir karar, takdir hakkının kullanımının bir sonucu olduğunda, bu sonucun hakkaniyete göre verilip verilmediğini nasıl test edersiniz? Hakkaniyet gibi “yüce” bir şey, bir çocuğun bile rahatlıkla kullanabileceği basitlikte bir alet olan metrenin yapabildiklerinin yanından bile geçemiyor. Yanından bile geçemiyor ifadesinden, bir dereceye kadar iş gördüğü de anlaşılmasın. Aksine hakkaniyetin tek başına hiçbir işlevi veya rolü yoktur.

Ancak sözcüğün kendisi öyle güçlü ki, hukuk yargılamasında işlevinin olamayacağı tahayyül dahi edilemiyor, kabullenilemiyor. Bunun açıklaması pekâlâ gündelik

dilde çokça kez kelimenin kullanılması ve bir şekilde işlev görmesi olabilir. Ayrıca sözcük, herkesin üzerinde uzlaştığı kutsal kimliklerden birini veya birkaçını içerebilir.

Günlük yaşantımızda kendimize yahut başkasına yapılan eylemlerle ilgili sıklıkla hakkaniyet kullanıma dahil edilir. Bu kullanım tarzlarının kimilerine baktığınızda, eleştirel bir tutum, itiraz, karşı çıkış, denge/eşitlik talebi vs. olarak bir rolü bulunur. Bu rolde de başarılı olur. Fakat bu rolün ötesinde hukuk yargılamasında naifçe ümit edildiği üzere bir ışık kaynağı gibi her ihtilafta yol göstermesi beklenmez. Hukuk yargılamasındaki hakkaniyetin konumlandığı yer, trajik bir şekilde tam olarak budur. Günlük yaşamımızdaki bu güçlü kelime, ait olduğu yerden kopararak kendisine, hukuk yargılamasında *vicdandan* sonraki en ihtişamlı statü verilmiştir. Buna tüm tebaası olan yargıçlar da şuurlu ya da şuursuz boyun eğmiştir. Sonra? Sonrası yukarıdaki kararda da gördüğümüz üzere evlere şenlik.

#### **Hakkaniyete Uyuma Zorunluluğu Hiç Olmasa Dahi Aynı Karar Verilecektir**

Kaldı ki daha yakından bakıldığında, takdir yetkisi sonucu verilen kararların gerekçesinde hakkaniyete değinilmesinin de bir önemi olmaz. Çünkü gerekçe her ne ise, meşruiyetin bizzat kaynağıdır. Ayrıca bir alet ya da hamle olarak hakkaniyete ihtiyaç duyulmaz. Hakkaniyete yer verilmiş olması, mahkemelerce verilen her kararın “vicdani” oluşunun lüzumsuzca ifade edilmesinden öteye gidemez. (Kurban) Salt bir retorik süsle karşı karşıya olduğumuzun farkına varmak zorundayız. Hakkaniyete uyuma zorunluluğu, karanlıkta güneş gözlüğü takmaya benzer.

Hukuk mahkemesi kararlarında tazminat miktarının artırılmasına veya azaltılmasına yahut ceza mahkemesi kararlarında cezanın artırılmasına veya azaltılmasına dayanak olarak ileri sürülen hususlara dikkatle bakın: Somut olayda özellik arz eden unsur/lar, değişken/lerdir. Yargıcı harekete geçirecek olan da budur. Kararına dayanak olarak da bu hususları gösterir, göstermelidir. Hiç kimse, “hakkaniyet gereğince aleyhine şu kadar tazminata yahut cezaya hükmediyorum.” şeklinde mahkûm olmak istemez. Gerekçenin, dayanağın, aleyhine artırılma gidilmesinin somut unsurunu bilmek ister. Gerekçe, hukuk oyununun en temel kurallarından biridir.

#### **Peki Ya Çelişki?**

Tabi burada şu iddia edilebilir: “Hakkaniyete uyuma zorunluluğu hiç olmasa da aynı karar verilecekse, yani işlevsizse, zararlı olduğu nasıl iddia edilebilir?” Gerçekten de aynı zamanda hakkaniyetin tutarsızlığa ve keyfiliğe yol açarak zarar verdiğini de

ifade ettim. Bu durumda problem açık: Ya işlevsizdir (dolayısıyla zararsızdır) ya da zararlıdır (dolayısıyla işlevi vardır). Bu ikisi aynı anda doğru olamaz.

Bu çelişkiyi çözebilmek için hakkaniyet kelimesine neden ihtiyaç duyulduğunu hatırlayalım: Kanunların genelliğinin her somut olaya indirgenememesi nedeniyle ortaya çıkan adaletsizlik, haksızlık, dengesizlik, eşitsizlik, hukuka aykırılık vs. söz konusuydu. Nitekim tüm bu olumsuzluklar ortadan kaldırılmalı, hukuk, denge, adalet, eşitlik vs. geri getirilmeliydi. Bunlar güzel temenniler. Ancak şuna dikkatle bakalım: Bu serzenişlerde bulunurken, neyin olumlu, hukuki, dengeli, adil, eşit veya hakkaniyetli olduğunu henüz bilmiyoruz. Dolayısıyla “orada bir köy var uzakta” misali, sempati ve özlem beslediğimiz, amaçlanan ve ulaşılmaya çalışılan bir idealden bahsediyor gibiyiz. Sonuç olarak somut, belirgin, öngörülebilir bir hakkaniyet değil, ne idüğü belirsiz bir şeyin peşinde koşuyor gibiyiz. Sanki şöyle bir şeyde mutabık kalmışız: “Evet, ben sana şu anda tam izah edemeyebilirim, ama için rahat olsun, onu görünce sen de tanıyacaksın”. Sanırım bir kurum olarak tesis edilmek istenen hakkaniyetin ne menem bir şey olduğu ya da olmadığı daha iyi anlaşılmalıdır. Hatta daha ileri giderek burada sözcüğün, kullanımı ile amaçlanan sonuca ulaşmasının imkânsız, yani “dilin işlevinde başarısız” olduğunu da iddia edebilirim. Bunu konuşmak şimdilik yersiz ancak dikkat etmişsinizdir ki hukuk literatüründeki en büyüğü sözcüklerden olan hakkaniyet ve ona atfedilen rolün kendisi bir arada ve içler acısı durumda.

Peki nasıl tesis edilecekti bu hakkaniyet? Hâkime takdir hakkını vermekle ve eline bu yetkiyi alan hâkimin takdir hakkını kullanmasıyla. Açıktır ki hakkaniyet ve hakkaniyete uyma gereğince takdir hakkının kullanılması apayrı iki şeydir. Hakkaniyetin kendi başına elbette bir rolü yoktur. Tutarsızlığa ve keyfiliğe yol açan, takdir hakkının kullanılmasının kendisidir, hakkaniyet değildir.

Şimdi aleyhinizde karar verecek hâkimin, kulağınıza şöyle fısıldadığını düşünün: “Evet, ben sana şu anda tam izah edemeyebilirim, ama için rahat olsun, onu görünce sen de tanıyacaksın”.

### **Asıl Çelişki, On Binlerce Yönetmelik Maddesi Düzenlerken, Yeni Bir Yasa Koymanın Zorluğunu İleri Sürmektir**

Toplumsal yaşamın çeşitliliği nedeniyle sürekli yeni bir yasa konulmasının gerekmesi ve bunun ciddi zorluk yarattığı iddiası, gelinen aşamada önemli sayıda vaka için düzenlenmiş olan halihazırda on binlerce yönetmelik hükmünün olması sebebiyle bu bahanenin anlamsızlığını göstermektedir. Üstelik bugüne kadar birikmiş olan ve hâkimlerin kanaat oluşturmada takip ettiği yüksek mahkeme

kararlarının sayısının çokluğu dikkate alındığında, toplumsal yaşamın çeşitliliği nedeniyle yasa olmasa da en az yasa kadar üzerinde çalışılan ve önemsenen devasa bir yönetmelik ve içtihat külliyatı mevcuttur. Bu devasa külliyatın, mevcut teknolojik şartlarda, algoritma olarak programlanarak hizmete sunulmasıyla takdir hakkının kullanımının yarattığı kesinliğe ve yeknesaklığa aykırılık da ortadan kalkacaktır. Algoritma ile benzer olarak hukuk faaliyeti de sınırları, çerçevesi, işlem sırası vs. belirlenmiş bir rasyonel faaliyettir. (*“Ussal etkinlik çoğu kez algoritma adıyla anılan ve iyi tanımlanmış işlemler sırasının uygulanmasından ibarettir.”*) (Penrose: 41) Algoritma ile izleğin takip edilmesiyle, kesinlik ve yeknesaklık sağlanacaktır.

Prusya modeli, *her olaya özel kural üretmenin* pratik olmadığı gerekçesiyle çökmüştü. Burada algoritmik mikro-yasa modelini önererek sanki aynı sorunu tekrarladığım düşünülebilir ancak durum hiç de öyle değil. Algoritmayı bir “kural üretme aracı” olarak görmüyorum. Algoritmayı mevcut “devasa külliyatı organize etme aracı” olarak görüyorum. Çok sayıda mikro yaşamlarla ilgili devasa külliyatın algoritmaya temsil edilmesiyle takdir hakkına ihtiyaç minimum hale gelecektir.

Toplumsal yaşamın çeşitliliğinin yasa yapma zorluğuna bir gerekçe olarak sunulup takdir hakkı ve yetkisiyle bu zorluğun üstesinden gelme iddiasına, bu çeşitliliğin ele geçirilemeyeceği düşüncesi örtülü olarak eşlik eder. Bir kere bu ele geçirilemezlik düşüncesi kabul edilince mağlubiyet ilan edilir ve artık tek çare olarak genellik ve genelliğin kusurlarını giderecek takdir hakkı görülür. Halbuki takdir hakkı ve yetkisinin en kötü ve popüler uygulamalarından biri olan manevi tazminat hesaplamalarında dikkate alınması gereken ölçütler oldukça sınırlı ve belirlidir. (Demir) “Hakkaniyet” iddiası uğruna ölçütler ve değişkenlerle ilgili bir model belirlenmemiş olması sonucunda trajikomik bir anarşi sürüp gitmektedir. Açıktır ki, modelin/kuralın olduğu yerde anarşi olmayacak, takdir hakkı ve yetkisine de gerek kalmayacaktır.

Keza ceza hukukundaki takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına ilişkin ölçütlerde de durum böyledir. (Benzer kafa karışıklığı, temel cezanın belirlenmesinde de söz konusudur). Bu ölçütler daha önce ETCK<sup>1</sup> “gibi haller” ibaresi nedeniyle sınırsızlığı ima ederken uygulamadaki kaos nedeniyle YTCK<sup>2</sup>’da<sup>2</sup> sınırlı hale getirilmiştir. Ancak bu ölçütlerin her daim genel olması nedeniyle her somut olay karşısında farklı bir uygulaması söz konusu olabilecektir. İşte bu nedenle ağacın gövdesi ve dallarına benzer algoritma modelinde, bir somut olayda

---

<sup>1</sup> ETCK: 765 sayılı *Eski Türk Ceza Kanunu* (01.03.1926 – 01.06.2005)

<sup>2</sup> YTCK: 5237 sayılı *Türk Ceza Kanunu* (Yeni Türk Ceza Kanunu – 01.06.2005 sonrası yürürlükte)

uygulanan ölçütlerin, başka bir somut olayda farklı uygulanmasının kabul edilmesi halinde ya gövdeye yeni bir dal eklenmeli ya da mevcut dala bağlı yeni bir dal eklenmelidir. Bir kez bu kabul edildiğinde algoritmanın sağladığı teknolojik izlerle yeknesaklık ve kesinlik sağlanacaktır. Bu varsayımda takdir hakkı ve yetkisine de ihtiyaç duyulmayacaktır.

Takdir hakkının ve yetkisinin meşruluğu için gösterilen dayanaklardan biri olan toplumsal yaşamın değişimi ise söz konusu hak ve yetkinin muhtemelen en kötü uygulandığı yerlerden biri olmalıdır. Yaşamın değişimiyle birlikte, kuralların değişebilecek olması ihtimali kuvvetle muhtemeldir. Kaldı ki yaşamın değiştiği yerde kuralların ihtiyacı karşılamaya devam etmesi halinde, takdir hakkına ihtiyaçtan da bahsedilemez. Eğer değişim nedeniyle takdir hakkı ve yetkisinin kullanımından bahsediliyorsa artık mevcut kuralların, yaşama uygulanmasında yetersiz kaldığı örtük bir şekilde kabul edilmiş demektir. Uygulamada ise hâkimler, bu halde olmaktan son derece rahatsız olmalarına rağmen değişimin olduğu ya da beklenmedik/öngörülemeyen somut durumlarda, kendilerine hiçbir şekilde yol göstermeyen hakkaniyete göre karar vermek yerine mevcut kurallara sıkı sıkıya bağlı kalarak (değişim ya da beklenmedik durum gerçekleşmeseydi hangi kararı verecekse) statükoyu devam ettirmektedirler. Hiç olmazsa yaşamın değişiminin söz konusu olduğu hallerde Prusya Devleti dönemindeki durumu yasa komisyonunda sorma ve komisyonun vereceği karara göre hareket etme düzenlemesinin devam ettirilmesi gerekirdi. Burada toplumsal değişimin algoritmaya bırakılmasından değil aksine, bu halde dahi (mevcut veya gelecekteki yapay zekadaki ilerlemeler/gelişmeler bir yana) yasa komisyonu aracılığıyla algoritmanın güncellenmesi/yeni bir dal eklenmesini kastediyorum.

## SONUÇ

Gelinen teknolojik aşamada, elimizde muazzam olanaklar vardır. Algılama, derin öğrenme, uzman programlama vs. gibi olanaklar dışında tek başına algoritma, genel yapay zekayla karşılaştırıldığında küçümsense bile salt algoritmanın kendisi, yeknesaklığı, şeffaflığı ve takip edilebilirliği sağlamada müthiş bir fırsattır. Burada ayrıntılı bir genel-özel yapay zekâ tartışmasına girmek kapsam gereği mümkün değildir. Kaldı ki halihazırdaki çalışmalar son derece gizli yürütülmekle birlikte, başarıya ulaşıldığı konusunda üzerinde uzlaşılan henüz bir yapay zekâ çalışması bulunmamaktadır. Ancak çok kritik bir şeyin açıklığa kavuşturulması gerekir. O da genel yapay zekadan ayrı olarak başarıya ulaşacak algoritmanın tüm yaşamı esas alan geometrik ve tutarlı bir inşa yerine, yaşamın çeşitliliğini ve birbirleriyle olan tutarsızlığını esas alan, mikro yaşamların makro yaşamın yüz suyu hürmetine feda edilmediği bir faaliyeti temsil etmesi gerektiğidir. Bu gerçekleştiğinde takdir hakkına ihtiyacın minimum seviyeye ineceğine ve hala takdir hususu gereken hallerde de Prusya dönemindeki gibi yeni bir mikro-yasa yapılarak algoritmayla temsil edildiğinde sorunların giderileceğine inanıyorum.

## KAYNAKÇA

- Demir, K. *Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış*.  
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/shd/article/1079800>  
Dinçkol, A. *Prusya Devleti Umumi Yasası ve Takdir Yetkisi*. HFSA 9.  
Sempozyumu Bildirisi.
- Kurban, Y. *Boşa Dönen Çark: Vicdan*. HFSA 29. Sempozyum Bildirisi.
- Penrose, R. *Kralın Yeni Aklı*. Koç Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı.  
Wittgenstein, L. *Mavi Kitap – Kahverengi Kitap*. Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2. Baskı.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 15.12.2016 tarihli, E. 2016/12712, K. 2016/12257 sayılı karar.